

Rundschreiben 09/2013

Thema: Vertragsstrafe im Baurecht / Baurecht

1. Einleitung

In vielen Bauverträgen ist eine Vertragsstrafe vereinbart. Sofern diese formularmäßig getroffen wurde, was regelmäßig der Fall ist, ist zu prüfen, ob die vom Auftraggeber gestellte Vertragsstrafe tatsächlich wirksam ist. In der Praxis sind einige Regelungen anzutreffen, die unwirksam sind. Viele Auftragnehmer stellen sich die Frage, wann eine Vertragsstrafe wirksam ist. Welche Grenzen gilt es zu beachten im Hinblick auf die Höhe des Tagessatzes oder der Höhe des Gesamtbetrages. Was kann der Auftraggeber bei der Abnahme falsch machen? Dieser und anderer Fragen wird nachfolgend nachgegangen.

2. Wann ist eine Vertragsstrafe wirksam?

Die Regelung der Vertragsstrafe steht in einem engen Zusammenhang mit Ausführungsfristen. Die Vertragsstrafe hat ihre Grundlage in § 11 VOB/B sowie in den §§ 339 – 345 BGB.

Die bloße Vereinbarung der VOB/B reicht nicht aus, um dem Auftraggeber einen Vertragsstrafenanspruch einzuräumen, wie bereits die Formulierung des § 11 Abs. 1 VOB/B deutlich macht.

„Wenn Vertragsstrafen vereinbart sind, gelten die §§ 339 bis 345 BGB“.

Somit knüpft die Regelung der VOB/B an eine entsprechende vertragliche Vereinbarung an. Vertragsstrafen können für verschiedene Fälle nicht vertragsgerechten Handelns vereinbart werden (Nachunternehmereinsatz, unzulässige Wettbewerbsabrede), in der Baupraxis hat sie aber vor allem im Zusammenhang mit Fristüberschreitungen Bedeutung.

Sinn und Zweck der Vertragsstrafe ist es, aus der Perspektive des Auftraggebers die rechtzeitige Fertigstellung des Bauvorhabens zu erreichen. Dahinter stehen finanzielle Interessen, sei es ein Finanzierungskonzept oder schlichtweg die Notwendigkeit der Realisierung eines Nutzungskonzeptes, um keine Nachteile zu erleiden.

Die Vertragsstrafe bildet das Druckmittel auf den Auftragnehmer, die vertraglich vereinbarten Ausführungsfristen auch einzuhalten.

Vertragsstrafe		
Grundlage	Vertragliche Vereinbarung	Vereinbarung Vertragsfristen (= verbindliche Frist)
Regelung	- § 11 VOB/B, §§ 339- 345 BGB	
Voraussetzung	- Verzug mit Vertragsfrist	
Rechtsfolge	- Vertragsstrafe in vereinbarter Höhe - Begrenzung durch §§ 305 ff. BGB	
Berechnung	- nach Tagen, Arbeitstagen oder Werktagen bemessen - Berücksichtigung von Behinderungszeiten	

Für den Auftraggeber ist das Hauptproblem die Nichtberücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Vertragsstrafenklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Gerade in den letzten Jahren sind durch die Rechtsprechung die Wirksamkeitsanforderungen an Vertragsstrafenklauseln zum Teil erheblich verschärft worden, so dass viele Klauseln in der Praxis unwirksam sind.

2.1. Vereinbarung Vertragsstrafe

Für den Auftragnehmer besteht das Problem, dass häufig die Bedeutung von Vertragsstrafen unterschätzt wird, obwohl diese erhebliche wirtschaftliche Konsequenzen haben können.

Eine Vertragsstrafe setzt voraus:

- Bestehen einer gesicherten Hauptverbindlichkeit (Bauvertrag)
- Wirksames Vertragsstrafenversprechen
 - Tagessatz
 - Höchstsatz
 - hier Kumulation
- Verletzung der gesicherten Verbindlichkeit (Vertragsfrist in Bauvertrag)
- Verschulden
- Vorbehalt bei der Abnahme

Eine Vertragsstrafenvereinbarung muss in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** so gestaltet werden, dass eine zweifache Begrenzung der Höhe der Vertragsstrafe aufgenommen wird, damit diese wirksam ist.

Bei Fristüberschreitung ist für die Wirksamkeit der Vertragsstrafenklausel eine **zweifache Begrenzung** notwendig.

Höhe des Tagessatzes:

Vertragsstrafe pro Tag des Verzuges

Höhe des Gesamtbetrages:

Maximalbetrag der insgesamt zu verwirkenden Vertragsstrafe

Sofern die zweifache Begrenzung fehlt oder aber bestimmte Grenzen überschritten werden, ist die **Klausel** von vornherein **unwirksam**.

Bei der Begrenzung sind folgende Rechtsprechungsübersichten hilfreich:

Höhe des Tagessatzes					
0,1 %	0,2 %	0,3 %	0,4 %	0,5 %	> 0,5 %
- pro Werktag:	- pro Werktag:	- pro Arbeitstag:	- pro Arbeitstag:	- pro Arbeitstag:	- immer
wirksam	wirksam	wirksam	unwirksam	unwirksam	unwirksam
(BGH, BauR 1987, 92)	(BGH, IBR 2008, 143)	(BGH BauR 1976, 279; KG, KGR 1999, 254)	(OLG Dresden BauR 2001, 949)	(BGH, BauR 2000, 1049)	(BGH, BauR 1981, 374: 1,5 % pro Arbeitstag: OLG Naumburg, IBR 1999, 469: 1 % pro Werktag)
		- pro Werktag: wirksam			
		(BGH IBR 2008, 143)			
	- pro Kalendertag: wirksam	- pro Kalendertag: unwirksam		- pro Kalendertag: unwirksam	
	(OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 1597)	wenn Höchstbetrag 10 % (OLG Dresden, BauR 2001, 949)		(BGH BauR 1983, 80; OLG Koblenz, BauR 2000, 1338)	

Höhe des Gesamtbetrages			
wirksam	unwirksam		
bis 5 %	über 5 %	12 %	20 %
(BGH BauR 2003, 870)	(BGH BauR 2003, 870)	(OLG Saarbrücken, NJW-RR 2001, 1030)	(OLG Zweibrücken, BauR 1994, 509)

MERKE:

Die vorstehend genannten Höchstgrenzen sind unbedingt zu beachten. Am besten ist es, hier nicht die Grenzen der Rechtsprechung auszureizen, da jederzeit mit einem Rechtsprechungswechsel zu rechnen ist.

Zu beachten bei der Gestaltung der Vertragsstrafenklausel ist auch, dass der Auftraggeber nicht „zu viel des Guten“ tun sollte, da dies kontraproduktiv wird. Vereinbaren die Parteien etwa eine Vertragsstrafe, deren Maximum bereits nach kurzer Zeit verwirkt ist, führt dies entgegen dem beabsichtigten Zweck gerade nicht mehr dazu, dass der Auftragnehmer im Hinblick auf die sonst drohenden wirtschaftlichen Nachteile bestrebt ist, fristgerecht seine Leistung zu erbringen.

Da ohnehin schon die Vertragsstrafe verwirkt ist, geht der Anreiz rechtzeitiger Fertigstellung vollständig verloren, der ja gerade mit der Vertragsstrafe bezweckt ist. Manche Auftraggeber

missbrauchen die Vertragsstrafe als zusätzliches Finanzierungsinstrument, was eigentlich dem Sinn und Zweck der Vertragsstrafe widerspricht.

Bei der Wirksamkeit der Vertragsstrafe ist darauf zu achten, dass die Klausel zu einer Vertragsstrafe führt, obwohl der Auftragnehmer die zugrundeliegende Fristüberschreitung nicht zu vertreten hat. Keine Vertragsstrafe ohne Verschulden (Verzug). Bei VOB/B-Verträgen ist in § 11 Abs. 2 VOB/B bereits geregelt, dass die Vertragsstrafe den Verzug des Auftragnehmers und damit dessen Verschulden voraussetzt, so dass eine ausdrückliche Erwähnung zur Klarstellung nicht notwendig ist¹.

2.2. Vorbehalt der Vertragsstrafe

Eine **Vertragsstrafe geht verloren**, wenn sie nicht **bei** Abnahme vorbehalten wird. Da aber der Abnahmezeitpunkt häufig nicht eindeutig feststellbar ist, die Parteien auf eine förmliche Abnahme verzichten, kann eine Vertragsstrafe leicht verloren gehen. Die Notwendigkeit des Vorbehaltes ergibt sich aus § 341 Abs. 3 BGB bzw. § 11 Abs. 4 VOB/B.

Es ist auch in AGB's zulässig, abweichend von § 11 Abs. 4 VOB/B, der § 341 Abs. 3 BGB entspricht, zu regeln, dass sich der Auftraggeber die Vertragsstrafe noch bis zur Schlusszahlung vorbehält².

Nicht möglich ist es, den Vorbehalt der Vertragsstrafe noch nach der Schlusszahlung zuzulassen, noch die Notwendigkeit des Vorbehalts auszuschließen.

Unzureichend ist es, lediglich zu regeln, dass der Auftraggeber die Vertragsstrafe von der Schlussrechnung abziehen kann³.

TIPP:

- Die Vertragsstrafe ist ausdrücklich und gesondert im Bauvertrag zu vereinbaren.
- Die Vertragsstrafe bezieht sich üblicherweise auf die nicht fristgerechte Fertigstellung des Bauvorhabens.
- Die maximale Vertragsstrafe sollte nicht bereits bei geringfügiger Fristüberschreitung verwirkt sein (Fertigstellungsanreiz).
- Die Vertragsstrafe darf nicht ohne Verschulden verwirkt sein.
- Der Zeitpunkt für den Vorbehalt der Vertragsstrafe kann vertraglich bis zur Schlusszahlung hinausgeschoben werden.
- Die Vertragsstrafe ist auf einen eventuellen Schadensersatzanspruch anzurechnen.
- Vertragsstrafen für verschiedene Fristen dürfen sich nicht kumulieren.
- Vertragsstrafen für die Überschreitung von Zwischenfristen sind nicht auf Basis der Gesamtauftragssumme, sondern aus dem Wert der Teilleistungen zu errechnen, auf die sich die Zwischenfrist bezieht.

3. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen belegen, dass nicht jede Vertragsstrafe in einem Vertrag auch wirksam ist. Es ist häufig zu beobachten, dass Auftragnehmer aus Furcht vor Vertragsstrafen sich diese im Rahmen der Schlussrechnung in unbegründeter Weise abziehen lassen. Selbst wenn die Vertragsstrafe wirksam ist, sollte der Auftragnehmer ernsthaft überprüfen, ob tatsächlich ein Verzug vorliegt.

¹ BGH IBR 2004, 490

² BGH BauR 2003, 870, BGH BauR 2000, 1758

³ BGH IBR 2000, 596