



# Leseprobe

Unsere Fachinhalte bieten Ihnen praxisnahe Lösungen, wertvolle Tipps und direkt anwendbares Wissen für Ihre täglichen Herausforderungen.

- ✓ **Praxisnah und sofort umsetzbar:** Entwickelt für Fach- und Führungskräfte, die schnelle und effektive Lösungen benötigen.
- ✓ **Fachwissen aus erster Hand:** Inhalte von erfahrenen Expertinnen und Experten aus der Berufspraxis, die genau wissen, worauf es ankommt.
- ✓ **Immer aktuell und verlässlich:** Basierend auf über 30 Jahren Erfahrung und ständigem Austausch mit der Praxis.

Blättern Sie jetzt durch die Leseprobe und überzeugen Sie sich selbst von der Qualität und dem Mehrwert unseres Angebots!

## 4/6.5.1 Wirksame Vereinbarung von Vertragsstrafen

Um aus einer Vertragsstrafenabrede Ansprüche herleiten zu können, muss diese nicht nur überhaupt, sondern auch **wirksam** vereinbart worden sein. Die einschlägige Rechtsprechung zeigt, dass die Gerichte Vertragsstrafenvereinbarungen sehr kritisch gegenüberstehen.

Der Prüfungsmaßstab, an dem sich Vertragsstrafeversprechen messen lassen müssen, ist unterschiedlich, je nachdem, ob die Vereinbarung der Vertragsstrafe individuell erfolgte oder mittels sog. Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

*Individualvereinbarung oder AGB?*

### Individuelle Vereinbarung einer Vertragsstrafe

Vertragsstrafeversprechen können individuell ausgehandelt worden sein. Sie sind wirksam, wenn sie nicht nach den allgemeinen gesetzlichen Regelungen nichtig sind.

In einem ersten Schritt ist deshalb zu hinterfragen, ob überhaupt eine Individualvereinbarung vorliegt, die getroffene Regelung also ausgehandelt wurde. Aushandeln ist mehr als nur reines Verhandeln<sup>1</sup> und bedeutet, dass derjenige, der seinem Vertragspartner eine bestimmte Vertragsstrafenregelung andient, diesem auch ernsthaft die Möglichkeit einräumen muss, den Inhalt zu beeinflussen.<sup>2</sup> Es genügt also beispielsweise nicht, dass der Verwender, im Regelfall der Auftraggeber, die prozentuale Höhe der Vertragsstrafe sowie deren Höchstgrenze anlässlich der Vergabeverhandlung erläutert hat und dies von seinem Vertragspartner lediglich abgenickt

*Ernsthafte Möglichkeit, den Inhalt zu beeinflussen*

<sup>1</sup> BGH, Urteil v. 22.10.2015, Az.: VII ZR 58/14, NZBau 2016, 213.

<sup>2</sup> BGH, Urteil v. 07.03.2013, Az.: VII ZR 162/12; BGH, Urteil v. 14.04.2005, Az.: VII ZR 56/04, NZBau 2005, 460.

wurde.<sup>1</sup> Ebenso wenig genügt es für ein Aushandeln, dass in einem Vertragsformular lediglich mehrere Alternativen angegeben werden, von denen eine angekreuzt werden kann<sup>2</sup>.

### *Unangemessene Vertragsstrafe*

Nach den bereits erwähnten allgemeinen gesetzlichen Regelungen finden Vertragsstrafenregelungen ihre Grenzen dort, wo ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn eine völlig unangemessene Vertragsstrafe festgelegt wurde.

#### **Beispiel**

Nach der Vereinbarung soll die Vertragsstrafe bereits mit einem Tag der Fristüberschreitung verwirkt sein und zudem auch dann anfallen, wenn nur ein Mangel vorhanden ist.<sup>3</sup>

Ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt oder nicht, muss einer Einzelfallprüfung vorbehalten werden. Ein solcher kann allerdings nicht schon allein deshalb angenommen werden, weil die Vertragsstrafenvereinbarung nicht verschuldensabhängig ausgestaltet wurde.

Nach einer Entscheidung des OLG München<sup>4</sup> ist eine individuell vereinbarte Vertragsstrafenregelung sittenwidrig und damit nichtig, wenn für die Vertragsstrafe keine absolute Obergrenze festgelegt wird.

Hält der Auftragnehmer eine vereinbarte und verwirkte Vertragsstrafe für zu hoch, hat er die Möglichkeit, bei Gericht zu beantragen, dass diese auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt wird.

<sup>1</sup> OLG Köln, Urteil v. 17.08.2012, Az.: 3 U 69/09, IBR 2011, 692.

<sup>2</sup> OLG Stuttgart, Urteil v. 07.12.2016, Az.: 3 U 105/16, NZM 2017, 598.

<sup>3</sup> OLG Celle, Urteil v. 22.03.2001, Az.: 13 U 213/00, BauR 2001, 1108.

<sup>4</sup> OLG München, Beschluss v. 13.07.2018, Az.: 28 U 429/18 Bau, IBRRS 2020, 0327.

**Hinweis**

**Diese Möglichkeit besteht nach § 343 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht mehr, wenn die Vertragsstrafe bereits bezahlt wurde.**

Die vorbeschriebene Möglichkeit besteht nicht für Kaufleute (§ 348 HGB). In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass nach § 1 HGB (Handelsgesetzbuch) die meisten Unternehmer im Baugewerbe als Kaufleute einzustufen sein dürften. Liegt Kaufmannseigenschaft vor, ist eine Herabsetzung der Strafe dennoch möglich, wenn die Durchsetzung der Vertragsstrafe gegen Treu und Glauben verstoßen würde.<sup>1</sup>

Zusammenfassend darf an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen werden, dass individuell ausgehandelte Vertragsstrafenvereinbarungen nicht den strengen Prüfungsmaßstäben unterliegen, wie sie für die nachfolgend behandelte Vereinbarung mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen gelten. Gleichwohl lohnt es sich zu hinterfragen, ob überhaupt eine Individualvereinbarung vorliegt. Auch wenn dies der Fall ist, kann die Vereinbarung gleichwohl dann unwirksam sein, wenn sie das gesetzlich zulässige Maß überschreitet.

**Vertragsstrafenvereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

Vertragsstrafversprechen finden sich häufig in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Grundsätzlich können auch dort wirksam Vertragsstrafenvereinbarungen getroffen werden. Eine Individualvereinbarung ist nicht notwendig.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> BGH, Urteil v. 17.07.2008, Az.: I ZR 168/05.

<sup>2</sup> BGH, Urteil v. 16.07.1998, Az.: VII ZR 9/97, NJW 1998, 3488.

*Definition: AGB*

Nach der Legaldefinition in § 305 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei als Verwender der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt.

*Absicht zur Mehrfachverwendung*

Die Mehrfachverwendungsabsicht kann sich bereits aus dem Inhalt und der Gestaltung der in einem Bauvertrag verwendeten Bedingungen ergeben.<sup>1</sup> Allgemeine Geschäftsbedingungen können beispielsweise dann vorliegen, wenn der Vertrag, ohne dass er auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist, zahlreiche formelhafte Klauseln enthält.<sup>2</sup> Ist danach ein Anschein für die Absicht der Mehrverwendung gegeben, muss der Verwender diesen Anschein widerlegen, was nicht immer leicht sein dürfte.

Werden vorformulierte Vertragsbedingungen gegenüber einem Verbraucher verwendet, genügt nach § 310 Abs. 3 BGB bereits die einmalige Verwendung; einer Mehrverwendungsabsicht bedarf es in diesem Falle nicht.

**Hinweis**

**Dass eine Mehrfachverwendung beabsichtigt ist, kann sich bereits aus dem Inhalt und der Gestaltung der Vertragsstrafenregelung ergeben. Dies v. a. dann, wenn der Verwender bei der Formulierung des Vertrags auf gebräuchliche Muster zurückgreift. Will er dem entgegentreten, muss er den Anschein der Mehrverwendungsabsicht widerlegen. Dies gilt auch für Privatpersonen. Der Verwender muss also nicht zwingend Profi im Baugewerbe sein.<sup>3</sup>**

<sup>1</sup> BGH, Urteil v. 20.08.2009, Az.: VII ZR 212/07, BauR 2009, 1736.

<sup>2</sup> BGH, Urteil v. 27.11.2003, Az.: VII ZR 53/03, BauR 2004, 488.

<sup>3</sup> BGH, Urteil v. 20.08.2009, Az.: VII ZR 212/07, BauR 2009, 1736.

Eine Vertragsstrafe kann vom Auftraggeber dann nicht gefordert werden, wenn die zugrunde liegende Vereinbarung in von ihm verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und die Vereinbarung den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Allgemeine Geschäftsbedingungen des Verwenders, die diesen Grundsatz verletzen, halten einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nicht stand und sind damit unwirksam.

### **Vertragsstrafenklauseln müssen transparent sein**

Vertragsstrafenklauseln müssen transparent sein, sie dürfen also nicht unklar oder unverständlich formuliert sein (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Klausel muss demnach die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Verwenders so klar und präzise wie möglich umschreiben. Unter diesem Aspekt hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 20.08.2009<sup>1</sup>, um ein Beispiel zu nennen, eine von einem Auftraggeber in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete Vertragsstrafenklausel kassiert, die vorsah, dass für den Fall des Verzugs des Auftragnehmers eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,1 % der Auftragssumme je Werktag, höchstbegrenzt auf 10 %, verwirkt sein solle. Dies u. a. mit der Begründung, dass die Klausel nicht in dem gebotenen Maße deutlich mache, auf welche Vertragspflichten sich der Verzug beziehen sollte.

*Klauseln müssen klar und verständlich formuliert sein*

Stets kritisch hinterfragt werden sollte auch, ob die Vertragsstrafe hinreichend transparent auf eine bestimmte Bezugsgröße verweist. Eine Mehrfachdeutung und damit Unwirksamkeit der Vertragsstrafenvereinbarung hat der BGH<sup>2</sup> beispielsweise in einem Fall angenommen, wo sich nach der Vereinbarung die Vertragsstrafe pro Zeiteinheit nach der Auftragssumme bemessen sollte, in der

<sup>1</sup> BGH, Urteil v. 20.08.2009, Az.: VII ZR 212/07, BauR 2009, 1736.

<sup>2</sup> BGH, Urteil v. 06.12.2007, Az.: VII ZR 28/07, NZBau 2008, 376.

Klausel aber eine weitere Bezugsgröße, nämlich die Schlussrechnungssumme, genannt wurde.

Als ausreichend transparent sah das OLG Zweibrücken<sup>1</sup> den Begriff der „Abrechnungssumme“ an. Dieser sei jedenfalls nach § 305 Abs. 2 BGH in der Weise auszulegen, dass der Berechnung der Vertragsstrafe die Netto-Abrechnungssumme zugrunde zu legen ist.

Das OLG Zweibrücken<sup>2</sup> hat in einem 2020 entschiedenen Fall den Begriff der „Abrechnungssumme“ zwar als mehrdeutig angesehen, da sowohl die Brutto- als auch die Nettoabrechnungssumme gemeint sein kann. Da Verwender der Klauseln im entschiedenen Fall der Auftraggeber war und unklare Klausel zulasten des Verwenders auszulegen sind (§ 305 c BGB), kam es zu dem Ergebnis, dass die Nettoabrechnungssumme zur Berechnung der Vertragsstrafe zugrunde zu legen ist. Die hiergegen eingelegte Revision blieb ohne Erfolg<sup>3</sup>. Die Frage, ob die Vertragsstrafenklausel wegen Intransparenz oder unangemessener Höhe unwirksam ist, konnte der Bundesgerichtshof (BGH) offenlassen.

### **Vertragsstrafen dürfen nicht unangemessen hoch sein**

Das Gebot der nicht unangemessenen Höhe bezieht sich sowohl auf die absolute Höhe der Vertragsstrafe als auch auf den Tages- oder Wochensatz.

#### *Obergrenze von 5 % der Auftragssumme*

Welche Obergrenze im konkreten Fall eingehalten werden muss, kann nicht allgemein gesagt werden. Vielmehr hängt dies vom jeweils zu beurteilenden Einzelfall ab. Eine gewisse Generalisierung hat allerdings der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 23.01.2003<sup>4</sup>

<sup>1</sup> OLG Zweibrücken, Urteil v. 06.10.2020, Az.: 8 U 71/17 (die gegen das Urteil eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde wurde zurückgenommen).

<sup>2</sup> OLG Zweibrücken, Ur. v. 06.10.2020, Az.: 8 U 71/17 (die gegen das Urteil eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde wurde zurückgenommen).

<sup>3</sup> BGH, Beschl. v. 06.05.2022, Az.: VII ZR 176/20, NZBau 2022, 648.

<sup>4</sup> BGH, Ur. v. 23.01.2003, Az.: VII ZR 210/01, BauR 2003, 870.

vorgenommen. Danach darf eine Vertragsstrafenklausel, die generell für alle Bauverträge verwendet wird, die Obergrenze von 5 % der Auftragssumme nicht übersteigen.

Eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers mit der Folge der Unwirksamkeit der vom Auftraggeber verwendeten Vertragsstrafenklausel kann auch in der vereinbarten Höhe des Tagessatzes liegen. Dies auch dann, wenn eine – an sich zulässige – Obergrenze festgelegt wurde.<sup>1</sup> Unangemessen ist danach eine Vertragsstrafenregelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, die als Vertragsstrafe einen Tagessatz von 0,5 %, höchstbegrenzt auf 5 % der Auftragssumme, vorsieht.<sup>2</sup>

*Unangemessene Benachteiligung durch Höhe des Tagessatzes*

Von der Rechtsprechung bisher nicht beanstandet wurden generell für Bauverträge verwendete Vertragsstrafenregelungen, die im Falle der Überschreitung der **Fertigstellungsfrist** folgende Tagessätze vorsehen:

- 0,3 % pro Arbeitstag<sup>3</sup>
- 0,2 % pro Kalendertag<sup>4</sup>

In seiner Entscheidung vom 06.12.2007<sup>5</sup> hat der Bundesgerichtshof festgelegt, dass eine Vertragsstrafe von 0,3 % pro Werktag des Terminverzugs keine den Auftragnehmer unangemessene Benachteiligung darstellt. Der Tagessatz von 0,3 % darf allerdings nicht durch absolut angegebene Beträge erhöht werden. Unter diesem Aspekt hat das Kammergericht<sup>6</sup> eine Vertragsstrafenklausel kassiert, die zwar grundsätzlich eine Vertrags-

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 17.01.2002, Az.: VII ZR 198/00, NZBau 2002, 385.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 20.01.2000, Az.: VII ZR 46/98, BauR 2000, 1049.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 01.04.1976, Az.: –VII ZR 122/74, BauR 1976, 279.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 18.01.2001, Az.: VII ZR 238/00, BauR 2001, 791.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 06.12.2007, Az.: VII ZR 28/07.

<sup>6</sup> KG, Beschl. v. 23.02.2017, Az.: 21 U 126/162, NZBau 2018, 46.



strafe von 0,3 % pro Werktag vorsah, werktäglich jedoch mindestens 520 Euro.

Unwirksam ist eine Vertragsstrafenklausel auch, wenn der Auftragnehmer die Vertragsstrafe **mehrfach** verwirken und es dadurch zu einer Kumulation der verwirkten Vertragsstrafen von über 5 % der Auftragssumme kommen kann. In einem vom OLG Koblenz<sup>1</sup> Mitte 2021 entschiedenen Fall hatte der AG in seinen Geschäftsbedingungen Folgendes vorgesehen:

Mit den Arbeiten sollte nach den AGB am 17.12.2012 begonnen werden, weiter hieß es:

*„Der AN hat die übertragenen Leistungen in einer Vertragsfrist von acht Wochen bei >5 °C fertigzustellen (Fertigstellungsfrist). Der AN hat die ihm übertragenen Leistungen in der 7. KW 2013 fertigzustellen. Die genannten Ausführungsfristen sind verbindlich.“*

Das OLG Koblenz hat diese formularvertraglichen Regelungen wegen Intransparenz, aber auch deswegen für unwirksam erachtet, da die Vertragsstrafe mehrfach bis zu 5 % (kumuliert also bis zu 15 % der Auftragssumme) verwirkt werden konnten. Die gegen die Entscheidung eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom BGH<sup>2</sup> zurückgewiesen

### **Vertragsstrafe für Überschreitung von Zwischenfristen**

Vertragsstrafen werden oftmals nicht nur für den Fall vereinbart, dass die vertraglich vorgesehene Fertigstellungsfrist schuldhaft überschritten wird. Häufig werden zusätzliche Vertragsstrafen auch für den Fall vorgesehen, dass Zwischenfristen überschritten werden. Ein Bedürfnis hierfür kann dann vorliegen, wenn die Einhaltung von Zwischenfristen notwendig ist, um keine Ver-

<sup>1</sup> OLG Koblenz, Urt. v. 24.06.2021, Az.: 2 U 391/19.

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 10.08.2022, Az.: VII ZR 632/21.

zögerung bei anderen Gewerken und damit die Auslösung eines sog. „Schneeballeffekts“ eintreten zu lassen.

Auch in diesem Fall muss aber beachtet werden, dass sich ein an und für sich niedriger Tagessatz infolge der Kumulation nicht zu einem unangemessen hohen und damit unwirksamen Tagessatz wandelt. Zu beachten ist zudem, dass, um wirksam zu sein, Vertragsstrafeversprechen für die Überschreitung von Zwischenterminen regelmäßig nicht an die gesamte Auftragssumme anknüpfen dürfen, sondern auf den anteiligen Auftragswert begrenzt werden müssen.<sup>1</sup> Vertragsstrafen auf Zwischen- und Endtermine sind getrennt zu beurteilen.<sup>2</sup>

### **Vertragsstrafe nur bei Verschulden**

Nach dem gesetzlichen Leitbild in § 339 BGB verwirkt der Auftragnehmer eine Vertragsstrafe nur dann, wenn er hinsichtlich einer vertraglich vereinbarten Frist in Verzug gerät. Verzug wiederum setzt Verschulden voraus.

Wird die Vertragsstrafe in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers festgelegt, muss das Verschuldenserfordernis vertraglich hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht werden. Die Verwirkung der Vertragsstrafe darf also grundsätzlich nicht lediglich an die Überschreitung eines Vertragstermins geknüpft werden.<sup>3</sup> Wird die VOB/B in das Vertragsverhältnis einbezogen, ergänzt deren § 11 Abs. 2 eine an anderer Stelle getroffene Vertragsstrafenvereinbarung.<sup>4</sup> Damit ist, sofern die Auslegung des gesamten Vertragswerks nichts anderes ergibt, dem Verschuldenserfordernis hinreichend Rechnung getragen. § 11 Abs. 2 VOB/B lässt näm-

*Vertragsstrafe nicht lediglich an die Überschreitung eines Termins knüpfen*

<sup>1</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 21.12.2018, Az.: 8 U 55/17, IBR 2019, 185; BGH, Urt. v. 06.12.2012, Az.: VII ZR 133/11, NZBau 2013, 222.

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 27.11.2013, Az.: VII ZR 371/12, IBR 2014, 70.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 26.09.1996, Az.: VII ZR 318/95, BauR 1997, 123.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 30.03.2006, Az.: VII ZR 44/05, NZBau 2006, 504.

lich die Vertragsstrafe nur dann fällig werden, wenn der Auftragnehmer in Verzug gerät, was wiederum Verschulden voraussetzt.

# Bestelloptionen



## VOB und BGB am Bau

Sie haben Fragen zum Produkt oder benötigen Unterstützung bei der Bestellung? Unser Kundenservice ist für Sie da:

☎ 08233 / 381-123 (Mo - Do 7:30 - 17:00 Uhr, Fr 7:30 - 15:00 Uhr)

✉ [service@forum-verlag.com](mailto:service@forum-verlag.com)

Oder bestellen Sie bequem über unseren Online-Shop:

[Jetzt bestellen](#)