

GPA-Mitteilung Bau 6/2005

Az. 600.532, 600.536

01.12.2005

Vertragsstrafen in Bauverträgen

1 Vergabebestimmungen, Vertragsregelungen

1.1 § 12 Nr. 1 VOB/A

Vertragsstrafen für die Überschreitung von Vertragsfristen sind nur auszubedingen, wenn die Überschreitung erhebliche Nachteile verursachen kann. Die Strafe ist in angemessenen Grenzen zu halten.

1.2 § 11 VOB/B

1. Wenn Vertragsstrafen vereinbart sind, gelten die §§ 339 bis 345 BGB.
2. Ist die Vertragsstrafe für den Fall vereinbart, dass der Auftragnehmer nicht in der vorgesehenen Frist erfüllt, so wird sie fällig, wenn der Auftragnehmer in Verzug gerät.
3. Ist die Vertragsstrafen nach Tagen bemessen, so zählen nur Werktage; ist sie nach Wochen bemessen, so wird jeder Werktag angefangener Wochen als 1/6-Woche gerechnet.
4. Hat der Auftraggeber die Leistung abgenommen, so kann er die Vertragsstrafe nur verlangen, wenn er dies bei der Abnahme vorbehalten hat.

1.3

Nr. 4 der Besonderen Vertragsbedingungen - KEVM(B)BVB -

4. Vertragsstrafen (§ 11)

werden keine vereinbart.

Der Auftragnehmer hat als Vertragsstrafe für jeden Werktag des Verzugs zu zahlen:

4.1 bei Überschreitung der **Fertigstellungsfrist**

... EUR ... v.H. des Endbetrages der Abrechnungssumme (Bruttosumme).

4.2 bei Überschreitung von **Einzelfristen**

... EUR ... v.H. des Endbetrages der Abrechnungssumme (Bruttosumme).

4.3 Die Vertragsstrafe wird auf insgesamt ... v.H. der Abrechnungssumme (Bruttosumme) begrenzt.

4.4 Die Vertragsstrafe gilt auch für Nebenangebote mit verkürzter Frist.

2 Vertragsstrafe, Schadenspauschale, Beschleunigungsvergütung

Eine **Vertragsstrafe** ist ein **Druckmittel**. Sie soll einen Auftragnehmer zur Vertragstreue bzw. zur fristgerechten Erfüllung seiner Verpflichtungen anhalten. Zur Durchsetzung einer Vertragsstrafe muss kein Schaden entstanden sein¹.

Nach § 11 Nr. 4 VOB/A darf der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen eine **Pauschalierung des Verzugschaden** vorsehen. Die Geltendmachung einer solchen Pauschale setzt - im Unterschied zur Vertragsstrafe - voraus, dass tatsächlich ein Schaden eingetreten ist und der Auftraggeber den Schaden dem Grunde nach darlegt und beweist. Lediglich die Höhe des Schadens muss der Auftraggeber nicht nachweisen.

Eine **Beschleunigungsvergütung** (§ 12 Nr. 2 VOB/A) bzw. Zusatzvergütung kann beispielsweise nach Vertragsabschluss vereinbart werden für den Fall, dass Vertragsfristen vorverlegt werden müssen bzw. der Auftragnehmer die ursprünglichen **Vertragsfristen unterschreitet**². Sie ist das **Gegenteil einer Vertragsstrafe** und steht mit dieser in keinem recht-

¹ Insofern unklar die Hinweise in Teil I Abschnitt A. 2.3.1.4 des KVHB-Bau.

² Eine Notwendigkeit kann sich beispielsweise ergeben in den Fällen, in denen sich die Auftragserteilung wegen eines Vergabenaachprüfungsverfahrens i.S. der §§ 102 ff. GWB erheblich verzögert und die Vertragsfristen in den Verdingungsunterlagen hinfällig geworden sind.

lichen und sachlichen Zusammenhang¹. Möglich ist, eine Vertragsstrafe auch für eine vorverlegte Vertragsfrist zu vereinbaren.

3 Vergaberecht

Sollen Vertragsstrafen vereinbart werden, sind bei Erstellung der Verdingungsunterlagen entsprechende **Regelungen** in **Besonderen Vertragsbedingungen** vorzusehen (§ 10 Nr. 4 Abs. 1 Buchst. f VOB/A). Für die Anwender der Kommunalen Einheitlichen Verdingungsmuster in Teil II des KVHB-Bau gilt Nr. 4 der Besonderen Vertragsbedingungen - KEVM(B)BVB -².

Nach § 12 Nr. 1 VOB/A dürfen Vertragsstrafen nur für den Fall der „**Überschreitung von Vertragsfristen**“ vorgesehen werden. **Vertragsstrafenregelungen für andere Tatbestände**, beispielsweise für den Fall, dass ein Auftragnehmer bei Angebotsabgabe unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder Leistungen an Nachunternehmer ohne Zustimmung des Auftraggebers vergibt (§ 4 Nr. 8 VOB/B), sieht das Bauvergaberecht **nicht** vor.

Bei Aufnahme einer Vertragsstrafenregelung sind zugleich auch **verbindliche** - nach Kalenderdatum oder nach Zeiteinheiten bemessene - **Vertragsfristen** i.S. des § 11 VOB/A zu vereinbaren. Von den Anwendern der Kommunalen Einheitlichen Verdingungsmuster werden die Fristen in Nr. 3 der BVB festgelegt (s.u. Abschn. 4.2).

Nach § 12 Nr. 1 VOB/A sind Vertragsstrafen nur auszubedingen, wenn eine Fristüberschreitung **erhebliche Nachteile** verursachen kann. Diese Vergabebestimmung setzt nicht voraus, dass dem Auftraggeber bei Nichteinhaltung einer Vertragsfrist **finanzielle Nachteile**³ entstehen können. Die Aufnahme einer Vertragsstrafenregelung kann auch berechtigt sein bei **anderen Nachteilen**, die einem Auftraggeber im Verzugsfalle entstehen können. Ein Auftraggeber kann auch allgemein ein erhebliches Interesse an einer termingerechten Fertigstellung einer Bauleistung haben⁴.

¹ Insoweit unklar die Hinweise in Teil I Abschnitt A. 2.3.1.4 des KVHB-Bau.

² Nachfolgend nur kurz „BVB“ genannt.

³ Z.B. bei nicht rechtzeitiger Fertigstellung einer Schulerweiterung und weiterer Bereitstellung von Wohncontainern können erhebliche finanzielle Nachteile entstehen.

⁴ Z.B. kann ein Auftraggeber ein erhebliches Interesse daran haben, dass im Falle einer Vollsperrung bei einer Straßenbaumaßnahme diese alsbald und termingerecht wieder aufgehoben wird, um die Anlieger nicht weiter zu belasten.

Etwaige drohende Nachteile bei Nichteinhaltung einer Vertragsfrist sind im **Zeitpunkt der Erstellung** der **Verdingungsunterlagen** festzustellen. Es ist für die spätere Geltendmachung einer Vertragsstrafe von Vorteil, wenn der Auftraggeber die Gründe für die Aufnahme einer Vertragsstrafenregelung aktenkundig gemacht hat (s.u. Abschn. 4.7).

Werden die Verdingungsunterlagen von beauftragten Architekten oder Ingenieuren erstellt, sind diese darauf hinzuweisen, dass die Regelungen in den Besonderen Vertragsbedingungen (u.a. auch Vertragsstrafenregelungen) mit der **Verwaltung abzustimmen** sind.

Wurden Vertragsstrafen aus berechtigten Gründen vereinbart, sind sie bei Vorliegen der Voraussetzungen grundsätzlich auch durchzusetzen bzw. geltend zu machen, weil sie andernfalls auf Dauer ihre abschreckende Wirkung bzw. ihre Wirkung als **Druckmittel** verlieren.

4 Vertragsrecht

4.1 Voraussetzungen für die Geltendmachung einer Vertragsstrafe (Zusammenfassung)

Nach § 11 VOB/B i.V.m. §§ 339 ff. BGB kann ein Auftraggeber eine Vertragsstrafe im Falle einer Fristüberschreitung nur dann geltend machen, wenn

- zugleich eine **Vertragsfrist** vereinbart worden ist (Abschn. 4.2),
- eine entsprechende **Regelung** in den BVB **getroffen** worden ist (Abschn. 4.3),
- sie **wirksam vereinbart** worden ist (Abschn. 4.4),
- der Auftragnehmer in **Verzug** geraten ist (Abschn. 4.5),
- der Auftraggeber die Geltendmachung bei **Abnahme vorbehalten** hat (Abschn. 4.6),
- der Geltendmachung **Treu und Glauben** (§ 242 BGB) nicht entgegenstehen (Abschn. 4.7) und wenn
- sie auch bei **wiederholten Bauzeitverschiebungen** noch berechenbar ist (Abschn. 4.8).

4.2 Vertragsfrist

Eine wirksame Vertragsstrafenvereinbarung setzt eine wirksame **Hauptschuld** voraus. Vertragsstrafen wegen nicht fristgerechter Vertragserfüllung können somit nur dann geltend gemacht werden, wenn in BVB **Vertragsfristen** vereinbart worden sind. Es muss sich hierbei grundsätzlich um **verbindliche** Vertragsfristen handeln. Eine vertraglich festgelegte Frist ist im Zweifel nur dann verbindlich, wenn die Verbindlichkeit in der Formulierung auch klar zum Ausdruck kommt. Vertragsklauseln wie beispielsweise „die Arbeiten **sollen** in der Zeit von ... bis ... ausgeführt werden“ enthalten grundsätzlich keine verbindlichen Fristen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.01.1982, BauR 1982, 582).

In Ausnahmefällen kann ein Auftragnehmer auch **ohne verbindliche Vertragsfristen** in Verzug geraten (§ 242 BGB), vorausgesetzt, der Auftraggeber hat dem Auftragnehmer eine angemessene Zeit für die ausgeschriebenen Arbeiten bemessen und ihn nach Ablauf dieser Zeit angemahnt (BGH, Urt. v. 22.02.2001, Baurechts-Report 6/2001).

Werden nach den vorformulierten Regelungen in **Nr. 3 der BVB** Ausführungsfristen vereinbart, bestehen verbindliche Vertragsfristen.

Verbindliche Vertragsfristenregelungen können bei Bedarf einvernehmlich auch noch im Zeitpunkt der Auftragserteilung geändert oder nach Auftragserteilung erstmals getroffen werden (z.B. auf der Grundlage eines gemeinsam anerkannten Bauzeitenplans).

In Verbindung mit Vertragsstrafenregelungen sind auch realistische **angemessene Fristen** festzulegen (§ 11 Nr. 1 VOB/A). Die Grundlage für eine Vertragsstrafe kann ferner dann entfallen, wenn eine Ausführungsfrist so kurz bemessen wurde, dass eine Bauausführung in der festgelegten Zeit objektiv nicht möglich war.

4.3 Vertragsstrafenregelung

Die Geltendmachung einer Vertragsstrafe setzt die Aufnahme einer Vertragsstrafenregelung in BVB und eine wirksame Auftragserteilung voraus (s.o. Abschn. 3). Allein aus § 11 VOB/B oder aus den Bestimmungen des BGB können keine Ansprüche abgeleitet werden.

Werden unter den Voraussetzungen des § 6 Nr. 2 und 4 VOB/B **Ausführungsfristen verlängert**, gilt die Vertragsstrafenregelung auch für die verlängerten Fristen.

Sind aufgrund bestimmter Ereignisse vor oder nach Auftragserteilung einvernehmlich **völlig neue Fertigstellungstermine zu vereinbaren**, gilt eine ursprünglich vereinbarte Vertragsstrafe nur dann, wenn in der neuen Fristvereinbarung zugleich ausdrücklich festgelegt wurde, dass alle übrigen Vertragsinhalte - und somit auch die Vertragsstrafenregelung - weiterhin Gültigkeit haben (OLG Celle, Urt. v. 05.06.2003, Baurechts-Report 5/2004 = IBR 2004, 236; OLG Köln, Urt. v. 30.08.2000, BauR 2001, 1105; KG, Urt. v. 07.05.2004, IBR 2005, 470).

Eine Vertragsstrafenregelung in einem Hauptvertrag gilt nicht für einen nachfolgenden freihändigen **Anschlussauftrag**. Auch in solchen Fällen sind ausdrücklich neue Regelungen erforderlich.

Wird ein Auftrag auf ein **Nebenangebot mit verkürzter oder verlängerter Ausführungsfrist** erteilt, gilt die Vertragsstrafenregelung, wenn im Auftragschreiben auf das Nebenangebot ausdrücklich Bezug genommen wird.

4.4 Wirksame Vertragsstrafenregelung

4.4.1 Allgemeines

Zur Geltendmachung einer Vertragsstrafe genügt nicht nur eine Vertragsstrafenregelung. Diese muss auch **wirksam** sein.

Vorformulierte Vertragsstrafenregelungen sind Allgemeine Geschäftsbedingungen - **AGB** - i.S. des § 305 BGB. Sie unterliegen der Rechtskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB (ehem. AGB-Gesetz).

Auch die unter Nr. 4 der BVB vorformulierten Regelungen gelten als **AGB** i.S. des § 305 BGB und unterliegen der Rechtskontrolle. Daran ändert auch nichts die Tatsache, dass die v.H.-Sätze **individuell** einzutragen sind. Die Vertragsklausel wird deshalb nicht insgesamt zu einer Individualabrede i.S. des § 305 b BGB, die einer Rechtskontrolle entzogen wäre.

Nach § 307 BGB unwirksam sind insbesondere solche Vertragsklauseln in **AGB**, die eine unangemessen hohe Vertragsstrafe vorsehen oder die abweichend von § 339 BGB verzugs- bzw. verschuldensunabhängig formuliert sind (s. nachfolgend).

4.4.2 Angemessene v.H.-Sätze pro Werktag

Nach Nr. 4 der BVB ist für jeden Werktag der Fristüberschreitung ein **v.H.-Satz** festzulegen. Vertragsstrafenklauseln sind unwirksam, wenn die v.H.-Sätze pro Werktag der Fristüberschreitung unangemessen hoch sind. Dies gilt auch dann, wenn die Obergrenze (s. nachfolgend) angemessen festgelegt worden ist.

Nach der Rechtsprechung sind Vertragsklauseln mit Vertragsstrafensätzen von **0,1 v.H. bis 0,3 v.H.¹ der Bruttoauftragssumme je Werktag** noch wirksam (vgl. u.a. BGH, Urt. v. 25.09.1986, BauR 1987, 92, BGH, BauR 1979, 56 und BGH, Urt. v. 14.01.1999, NJW 1999, 1108).

Dagegen sind Vertragsklauseln mit Vertragsstrafensätzen **von 0,5 v.H. der Bruttoauftragssumme pro Werktag** - unabhängig von der festgelegten Obergrenze - unwirksam (BGH, Urt. v. 17.01.2002, IBR 2002, 241 = BauR 2002, 790 = NZBau 2002, 385). Dies gilt umso mehr, wenn der v.H.-Satz nicht auf Werktage, sondern auf Kalendertage bezogen ist. Unangemessen hoch ist ein **Kalendertagesatz von 0,5 v.H. der Bruttoauftragssumme**, auch wenn eine angemessene Obergrenze von beispielsweise 5 v.H. der Bruttoauftragssumme vereinbart worden ist (BGH, BauR 1983, 80; BGH, Urt. v. 20.01.2000, BauR 2000, 1049 = NJW 2000, 2106 = Baurechts-Report 5/2000 = NZBau 2000, 327; OLG Koblenz, Urt. v. 23.03.2000, BauR 2000, 1338; BGH, Urt. v. 07.03.2002, Baurechts-Report 6/2002 = NZBau 2002, 383). Zu hoch ist ferner ein **Kalendertagesatz von 0,3 v.H.**, begrenzt auf 10 v.H. der Bruttoabrechnungssumme (OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.02.2001, BauR 2001, 949 = Baurechts-Report 9/2001; OLG Dresden, Urt. v. 08.02.2001, BauR 2001, 949 = IBR 2001, 413).

4.4.3 Ober-/Höchstgrenze einer Vertragsstrafe

Eine Vertragsstrafenregelung in AGB ist nur dann wirksam und durchsetzbar, wenn sie zugleich eine Strafenobergrenze enthält. Dies gilt auch dann, wenn der Tagesatz selbst angemessen ist (BGH, Urt. v. 22.10.1987, BauR 1988, 86 = ZfBR 1988, 84 und BGH, Urt. v. 19.01.1989, BauR 1989, 327). Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um kleinere oder größere Bauaufträge handelt.

Eine Vertragsstrafenregelung ist ferner dann unwirksam, wenn eine Obergrenze zwar festgelegt wurde, diese aber unangemessen hoch ist. Dazu folgende Rechtsprechung:

Rechtsprechung des BGH bis 30.06.2003

¹ Es sollten 0,1 v.H. oder 0,2 v.H. je Werktag festgelegt werden.

Nach früherer Rechtsprechung war eine Vertragsstrafenobergrenze **bis 10 v.H. der Bruttoauftragssumme** noch wirksam (BGH, Urt. v. 25.09.1986, BauR 1987, 92, BGH, Urt. v. 19.01.1989, BauR 1989, 327 oder BGH, BauR 1988, 86 = ZfBR 1988, 84). Vertragsklauseln mit höheren Obergrenzen wurden für unwirksam erklärt (vgl. OLG Saarbrücken, Urt. v. 05.04.2001, IBR 2001, 476 betr. **12 v.H.** oder OLG Zweibrücken, BauR 1994, 509 betr. **20 v.H.**).

Neuere Rechtsprechung des BGH

Der BGH ist mit Urt. v. 23.01.2003, Baurechts-Report 4/2003 = NZBau 2003, 321 und vom 08.07.2004, IBR 2004, 561 = BauR 2004, 1609 = Baurechts-Report 9/2004 = NZBau 2004, 609 von seiner früheren Rechtsprechung abgerückt. Er hat entschieden, dass Vertragsklauseln, die Obergrenzen von **10 v.H.** vorsehen, unwirksam sind. In seinem Urteil vom 08.07.2004 hat der BGH insbesondere Folgendes klargestellt:

- Bei Abrechnungssummen **ab 15 Mio. DM** sind **bis 30.06.2003** vereinbarte Vertragsklauseln, die eine Obergrenze von **10 v.H.** vorsehen, **unwirksam**.
- Bei Abrechnungssummen **unter 15 Mio. DM** sind **bis 30.06.2003** vereinbarte Vertragsklauseln, die eine Obergrenze von **10 v.H.** vorsehen, **wirksam** (Vertrauensschutz für sog. **Altverträge**)¹
- Bei allen **nach dem 30.06.2003** geschlossenen Verträgen sind Vertragsklauseln, die eine Obergrenze von **10 v.H.** vorsehen, **unwirksam**.

Der BGH hat keine wirksame Obergrenze genannt. Auch die VOB/B nennt keine Obergrenze. Es wird jedoch dringend empfohlen, die Vertragsstrafen insgesamt auf **5 v.H. der Bruttoabrechnungssumme bzw. Bruttoauftragssumme** zu begrenzen.

4.4.4 Verzugsabhängige Vertragsstrafenregelung

Nach § 339 BGB wird eine Vertragsstrafe nur verwirkt, wenn der Bauunternehmer in **Verzug** kommt (s.u. Abschn. 4.5). In AGB vorformulierte Vertragsstrafenregelungen sind nur wirksam, wenn sie verzugs- bzw. verschuldensabhängig abgefasst sind. Dagegen sind vorformulierte verzugs-/verschuldensunabhängige Vertragsstrafenregelungen unwirksam (vgl. u.a. OLG Hamm, Urt. v. 18.04.1996, BauR 1997, 663 oder OLG Oldenburg, Urt. v. 23.02.2000, Baurechts-Report 11/2000).

¹ Dazu ist anzumerken, dass das LG Lübeck mit Urt. v. 19.08.2004, IBR 2005, 10 dem BGH widersprochen bzw. Vertrauensschutz auch für Altverträge abgelehnt hat.

In Nr. 4 der BVB fehlten in früheren Fassungen die Worte „des Verzugs“. Es war dann zeitweilig umstritten, ob die Regelung ohne die Worte „des Verzugs“ wirksam ist. Dies hatte die Rechtsprechung bejaht mit der Begründung, dass die Regelung in Nr. 4 der BVB ergänzt wird durch § 11 Nr. 2 VOB/B, wonach Verzug vorausgesetzt wird (vgl. dazu BGH, Urt. v. 25.09.1986, BauR 1987, 92; ferner OLG Frankfurt, Urt. v. 21.12.1998, BauR aktuell 1999, 789; BGH, Urt. v. 13.12.2001, BauR 2002, 782 = Baurechts-Report 4/2002 = NZBau 2002, 265; BGH, Urt. v. 07.03.2002, Baurechts-Report 6/2002; BGH, Urt. v. 08.07.2004, NZBau 2004, 613 = IBR 2004, 490 = ZfBR 2005, 47; a.A. OLG Oldenburg, Urt. v. 23.02.2000, BauR 2001, 812).

Zwischenzeitlich hat sich dieser Streit erledigt. Nr. 4 KEVM(B)VVB enthält seit geraumer Zeit vorsorglich den klarstellenden Hinweis, dass nur bei **Verzug** eine Vertragsstrafe fällig wird.

4.4.5 Vertragsstrafenregelung für Einzelfristen

Unter Nr. 3.3 der BVB können für Teile eines Bauauftrags auch **Einzelfristen als Vertragsfristen** i.S. des § 5 Nr. 1 VOB/B vereinbart werden (z.B. bei Zusammenfassung mehrerer Fachlose Fristen für einzelne Fachlose).

Nach § 12 Nr. 1 VOB/A sollten Vertragsstrafen für Einzelfristen nur ausbedungen werden, wenn es sich hierbei um für den Fortgang der Bauarbeiten besonders wichtige Zwischentermine handelt, bei deren Nichteinhaltung für den Auftraggeber erhebliche Nachteile entstehen können.

Die Absicherung von Zwischenfristen durch Vertragsstrafenklauseln ist aber generell problematisch (vgl. dazu BGH, Urt. v. 08.02.2001, Baurechts-Report 5/2001), dies insbesondere bei einer Kumulierung mehrerer Einzelfristen und in den Fällen, in denen zugleich auch Endfristen abgesichert werden sollen. Beispielsweise ist eine Regelung „**0,3 v.H. der Gesamtauftragssumme pro Werktag der Überschreitung von Zwischenfristen**“ nach § 9 AGB-Gesetz¹ unwirksam, weil dann durch die Kumulierung der Einzelvertragsstrafen innerhalb weniger Tage die gesamte Vertragsstrafe verwirkt sein kann, und zwar unabhängig davon, ob der Endtermin eingehalten wird oder nicht (OLG Hamm, Urt. v. 10.02.2000, BauR 2000, 1202). In dem Urteil wurde offengelassen, ob eine Regelung dergestalt möglich wäre, dass sich die Höhe der Vertragsstrafe am Wert der entsprechenden **Teilleistungen** orientiert.

¹ Ab 01.01.2002 nach § 307 BGB.

Ferner ist beispielsweise folgende Klausel bezüglich der Zwischentermine unwirksam (BGH, Urt. v. 18.01.2000, Baurechts-Report 3/2001):

„Der Auftraggeber ist berechtigt, für den Fall der Überschreitung eines einzelnen Termins 0,2 v.H. der Bruttoabrechnungssumme, höchstens jedoch insgesamt 10 v.H. hieraus geltend zu machen“.

Im Urteilsfalle wurden nicht nur einige Zwischentermine überschritten, sondern auch der Endtermin. Laut BGH ist die Klausel bezüglich der Zwischentermine wegen der Höhe der Vertragsstrafe unwirksam. Die Klausel, die zugleich auch für die Überschreitung der Endfrist gilt, kann aber dahingehend ausgelegt werden, dass sie zwei **eigenständige Vertragsstrafentatbestände** enthält und dass sie bezüglich der Endfrist wirksam ist¹. Das OLG Jena hat mit Urt. v. 10.04.2002, Baurechts-Report 10/2002 dagegen entschieden, dass eine Vertragsstrafenklausel, die gleichzeitig für die Überschreitung von Zwischenterminen und eines Endtermins gelten soll, insgesamt unwirksam und auch nicht dahingehend auslegungsfähig ist, dass sie zumindest für den Fall der Überschreitung der Endfrist gilt.

Aufgrund der z.Z. bekannten Rechtsprechung wird dringend empfohlen, von einer Vertragsstrafenklausel für **mehrere Einzelfristen** grundsätzlich Abstand zu nehmen, außerdem auch von einer „**Vertragsstrafenkombination**“ nach Nr. 4.1 und 4.2 der BVB abzusehen². Nach derzeitigen Erkenntnissen wäre lediglich eine isolierte Vertragsstrafenklausel für **eine** Einzelfrist nach Nr. 4.2 der BVB wirksam.

4.4.6 Sonstige Vertragsstrafenregelungen

Eine Vertragsstrafenklausel mit dem Wortlaut „vergift der Auftragnehmer Leistungen ohne Zustimmung des Auftraggebers an Nachunternehmer, wird eine Vertragsstrafe von ...v.H. des Auftragswerts fällig“, ist in AGB unwirksam, weil sie verschuldensunabhängig formuliert ist (KG Berlin, Urt. v. 13.03.2001, Baurechts-Report 7/2001 = NZBau 2002, 278 = BauR 2001, 1105.)³. Außerdem wird sie als sog. **Überraschklausel**⁴ nach § 305 c BGB nicht Vertragsbestandteil (KG, a.a.O.).

¹ Das Urteil ist zu einer Zeit ergangen, zu der die Obergrenze von 10 v.H. noch als wirksam angesehen wurde. Die Obergrenze war also nicht Gegenstand dieser Entscheidung.

² Weil Nr. 4.2 der BVB die Vertragsstrafe auf die volle Bruttoabrechnungssumme bezieht und nicht auf Teilwerte.

³ Zum Verschulden s. nachfolgend Abschn. 4.5.

⁴ Ein Bieter, der sich an einem Wettbewerb nach VOB/A beteiligt, braucht nicht mit Klauseln zu rechnen, die abweichend von den Vorgaben des § 12 Nr. 1 VOB/A aufgenommen werden.

4.5 Verzug des Bauunternehmers

Eine Vertragsstrafe kann nur dann geltend gemacht werden, wenn der Bauunternehmer in Verzug geraten ist (§ 339 BGB). Nach § 286 BGB setzt **Schuldnerverzug** begrifflich voraus

- **Fälligkeit** einer Bauleistung (ggf. **Mahnung**) und
- **Verschulden** des Bauunternehmers.

Eine Bauleistung wird zum vertraglich vereinbarten Termin **fällig**. Verzug tritt aber grundsätzlich erst ein nach **Mahnung** durch den Auftraggeber (Aufforderung zur Fertigstellung der Bauleistungen), die nach Eintritt der Fälligkeit zu erfolgen hat, mit **Zugang des Mahnschreibens** beim Auftragnehmer (§ 286 Abs. 1 BGB). Eine Mahnung **vor Fälligkeit der Leistung** setzt den Auftragnehmer nicht in Verzug (OLG Köln, Urt. v. 06.06.2003, Baurechts-Report 2/2004).

Nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 BGB ist eine **Mahnung entbehrlich** in den Fällen, in denen

- eine Vertragsfrist nach dem **Kalenderdatum** bestimmt worden ist,
- eine Vertragsfrist nach **Zeiteinheiten** bemessen worden ist und sich die Ausführungsfrist nach dem **Kalender berechnen** lässt (z.B. Ausführungsbeginn 10 Werktage nach Auftragserteilung; Fertigstellung 100 Werktage nach Ausführungsbeginn) oder
- der Auftragnehmer die Leistung ernsthaft und endgültig **verweigert**.

Der Auftragnehmer kommt dann in Verzug mit Ablauf der Vertragsfrist bzw. bei ernsthafter und endgültiger Leistungsverweigerung ab diesem Zeitpunkt, Verschulden des Auftragnehmers vorausgesetzt (s. nachfolgend).

In den Fällen, in denen ein Auftragnehmer nach § 6 Nr. 2 und Nr. 4 VOB/B einen Anspruch auf Bauzeitverlängerung hat und diese nicht einvernehmlich so festgelegt wird, dass die Verlängerungszeit nach dem Kalender berechenbar ist, bedarf es grundsätzlich einer Mahnung.

Beispiele aus der Rechtsprechung.

Nach dem Vertrag war der 30.04.1998 als Fertigstellungstermin vereinbart. Wegen fehlender Planunterlagen meldete der Auftragnehmer Behinderung an. Nach Vorlage der Pläne **nennt der Auftraggeber** den 02.01.1999 als neuen Endtermin. Dieser Termin wurde vom Auftragnehmer schuldhaft überschritten. Der Auftraggeber hatte versäumt, den Auftragnehmer am 02.01.1999 durch **Mahnung**

in Verzug zu setzen. Eine Mahnung wäre nur dann entbehrlich gewesen, wenn der neue Endtermin **einvernehmlich** durch Vertragsänderung festgelegt worden wäre.

BGH, Urt. v. 22.05.2003, Baurechts-Report 8/2003

Vereinbart war eine Ausführungszeit von 8 Monaten. Nach Auftragserteilung wurde der Baubeginn einvernehmlich auf den 06.08.1996 festgelegt. Damit war die Ausführungsfrist nach dem Kalender berechenbar. Sie endete am 06.04.1997 (nach acht Monaten). Die Arbeiten wurden erst im Sommer 1997 fertiggestellt. Damit war der Unternehmer seit dem 07.04.1997 auch ohne Mahnung in Verzug.

BGH, Urt. v. 13.12.2001, IBR 2002, 242 = NJW 2002, 1274 = NZBau 2002, 265 = BauR 2002, 782

Ist für die Fertigstellung einer Bauleistung ein Kalendertag vertraglich vereinbart und verschiebt sich dieser Fertigstellungstermin infolge einer vom Auftragnehmer nicht zu vertretenden Arbeitsunterbrechung, so ist die Leistung nicht mehr nach dem Kalender bestimmt. Die Fristverlängerung wird nach § 6 Nr. 4 VOB/B berechnet. Der Auftragnehmer kommt in diesem Falle erst durch **Mahnung** in Verzug.

BGH, Urt. v. 27.10.1977, Sch.-F.-H., Nr. 1/2 zu § 6 VOB/B; BGH, Urt. v. 14.01.1999, NJW 1999, 1108

Ursprünglich war eine kalendermäßig bestimmte Fertigstellungsfrist vereinbart. Der Auftragnehmer hatte wegen verspäteter Übergabe der Schal- und Bewehrungspläne einen Anspruch auf Bauzeitverlängerung nach § 6 Nr. 2 VOB/B. Da dies offenkundig war, bedurfte es gemäß § 6 Nr. 1 VOB/B keiner Behinderungsanzeige. Da die verlängerte Frist **nicht mehr nach Kalenderdatum** festgelegt war, hätte der Auftraggeber den Auftragnehmer nach Ablauf der verlängerten Frist in Verzug setzen bzw. mahnen müssen (§ 284 Abs. 1 BGB a.F.), um die Vertragsstrafe geltend machen zu können.

OLG Dresden, Urt. v. 01.09.1999, BauR 2000, 1881

Haben die Vertragsparteien einen nach dem Kalender bestimmten Fertigstellungstermin (§ 284 Abs. 2 BGB a.F.) vereinbart, kommt es dann aber zu Behinderungen des Auftragnehmers durch den Auftraggeber und deshalb zu einer Verlängerung der Ausführungsfrist gemäß § 6 Nr. 2 VOB/B, so wird dadurch die Fälligkeit der Leistung verschoben und diese ist gemäß § 6 Nr. 4 VOB/B neu zu berechnen. Erfolgt nach diesem neuen Fälligkeitszeitpunkt eine Mahnung seitens des Auftraggebers, so kommt der Auftragnehmer dadurch in Verzug (§ 284 Abs. 1 BGB a.F.) und die vereinbarte Vertragsstrafe wird verwirkt, ohne dass sich der Auftragnehmer allein wegen dieser Verlängerung der Ausführungsfrist darauf berufen kann, der gesamte Zeitplan sei durcheinander geraten und deshalb ein Vertragsstrafenanspruch entfallen.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.06.1997, BauR 1997, 1041

Ein Bauunternehmer kommt in Verzug, solange die Bauleistung durch einen **Umstand** unterbleibt, den er oder einer seiner Erfüllungsgehilfen¹ zu **vertreten** hat (§§ 276 bis 278 BGB). Auch verschuldete Unmöglichkeit führt zum Verzug. Verzug tritt insbesondere ein in den Fällen, in denen Bauzeitverzögerungen ursächlich zurückzuführen sind auf eine verschleppe oder mangelhafte Bauausführung des Bauunternehmers.

In allen anderen Fällen kann sich der Bauunternehmer entlasten. Gründe, die den Eintritt des Verzugs hindern, sind insbesondere solche, die dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers zuzurechnen sind, durch Dritte verursacht worden sind (z.B. Vorunternehmer) oder naturbedingte Ereignisse darstellen mit Ausnahme „normaler Witterungsverhältnisse“ (vgl. § 6 Nr. 2 VOB/B). Verzug tritt insbesondere nicht ein in den Fällen, in denen Bauzeitver-

¹ Z.B. Lieferanten.

zögerungen ursächlich zurückzuführen sind auf unterlassene Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers (z.B. verspätete Planübergabe) oder Leistungsmehrungen während der Bauausführung (z.B. baugrundbedingte Nachträge).

4.6 Vorbehalt bei Abnahme

Weitere Voraussetzung für die Geltendmachung einer Vertragsstrafe ist, dass diese gemäß § 11 Nr. 4 VOB/B bei der Abnahme vorbehalten wird (vgl. auch § 341 BGB). Es genügt eine einfache Erklärung „**die Geltendmachung der Vertragsstrafe wird vorbehalten**“. Die Vorbehaltserklärung ist erforderlich bei allen Abnahmeformen, auch bei sog. stillschweigenden oder fiktiven Abnahmen (OLG Dresden, Urt. v. 19.03.2003, Baurechts-Report 12/2003; ferner OLG Naumburg, Urt. v. 08.01.2004, IBR Dez, 2004)¹.

Ein Vorbehalt ist auch dann erforderlich, wenn die Vertragsstrafe schon **vor der Abnahme** (z.B. in einer Abschlagsrechnung) geltend gemacht bzw. aufgerechnet wurde (OLG Celle, Urt. v. 17.12.1998, BauR 2000, 278 = Baurechts-Report 2/2000). Ein Vorbehalt ist ausnahmsweise nur dann entbehrlich, wenn der Auftragnehmer schon vor der Abnahme die Geltendmachung der Vertragsstrafe eindeutig anerkannt bzw. eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, dass er die Vertragsstrafe endgültig gegen sich gelten lassen will (OLG Celle, a.a.O.).

Der Vorbehalt muss nicht unbedingt zwingend genau am Tag der Abnahme erklärt werden. Verlangt wird zumindest aber eine Vorbehaltserklärung „**zeitnah**“ zur Abnahme. Beispielsweise kann es genügen, wenn der Auftraggeber im Zusammenhang mit der **Vereinbarung eines Abnahmetermins** seine Vertragsstrafenforderung beziffert und nach Widerspruch des Auftragnehmers zwei Tage vor der Abnahme schriftlich auf der rechtlichen Klärung des Vertragsstrafenanspruchs besteht (OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.09.2000, NZBau 2001, 91).

Es ist zulässig, einen Vertragsstrafenvorbehalt **formularmäßig** zu **erklären** (vgl. BGH, Urt. v. 25.09.1986, BauR 1987, 92). Bei Durchführung einer förmlichen Abnahme (was bei allen größeren Bauleistungen empfohlen wird) und bei Verwendung des Kommunalen Einheitlichen Formblatts „Abnahmeniederschrift“ - KEFB AbnN - wird die Vertragsstrafe automatisch formularmäßig erklärt.

¹ Vgl. dazu noch § 12 Nr. 4 Abs. 1 und Nr. 5 Abs. 3 VOB/B.

Die beauftragten Architekten/Ingenieure gelten als **bevollmächtigt**, für den Bauherrn einen Vorbehalt auszusprechen (BGH a.a.O.).

Der **Adressat der Vorbehaltserklärung** ist der Bauunternehmer. Es reicht aber aus, die Vorbehaltserklärung gegenüber derjenigen Person zu erklären, die der Unternehmer zur Durchführung der Abnahme entsandt hat (BGH a.a.O.). Wenn ein Vertreter des Unternehmers nicht bei der Abnahme zugegen ist, ist der Form auch Genüge getan, wenn dem Unternehmer die Abnahmeniederschrift zugesandt wird.

Eine **Vereinbarung in Zusätzlichen Vertragsbedingungen**, dass ein **Vorbehalt** bei der Abnahme nicht erforderlich ist und dass die Vertragsstrafe bis zur Schlusszahlung geltend gemacht werden kann, ist nach dem AGB-Gesetz¹ **wirksam** (BGH, NJW 1979, 212). Die Klausel ist aber so auszulegen, dass als „Schlusszahlung“ in zeitlicher Hinsicht die „Fälligkeit der Schlusszahlung“ anzunehmen ist (zwei Monate nach Zugang der Rechnung) und nicht der Tag der tatsächlichen Zahlung. Denn andernfalls hätte es der Auftraggeber in der Hand, den Auftragnehmer lange Zeit im Ungewissen zu lassen, ob eine Vertragsstrafe geltend gemacht wird (KG Berlin, Urt. v. 23.03.1999, BauR 2000, 575).

Ein Architekt ist von seiner Beratungspflicht hinsichtlich des Vertragsstrafenvorbehalts bei eigener Sachkunde des Auftraggebers befreit (OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.03.2002, NZBau 2002, 457).

4.7 Treu und Glauben

Der BGH hat mit Urt. v. 07.01.2002, Baurechts-Report 3/2003 entschieden², dass die Geltendmachung **ausnahmsweise** gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen kann, wenn der Auftraggeber nicht darlegen kann, welche berechtigten Gründe ihn **seinerzeit in der Phase der Ausschreibung** bewogen haben, eine Vertragsstrafenregelung aufzunehmen. Ansonsten aber ist laut BGH die Geltendmachung einer Vertragsstrafe nicht davon abhängig, dass der Auftraggeber auch noch nach Fertigstellung einer Bauleistung Nachteile oder gar finanzielle Schäden nachweist.

¹ Ab 01.01.2002 nach den §§ 305 ff. BGB.

² Im Entscheidungsfalle wurde dem Auftraggeber die Geltendmachung der Vertragsstrafe zuerkannt; vgl. früher die widersprüchlichen Entscheidungen des OLG Jena, Urt. v. 22.10.1996, BauR 2001, 1446 und OLG Naumburg, Urt. v. 08.01.2001, IBR 6/2002).

4.8 Erhebliche Bauzeitverzögerungen

Problematisch ist die Anwendung einer Vertragsstrafenregelung in den Fällen, in denen die Bauzeit (wiederholt) erheblich hinausgeschoben werden musste aus Gründen, die aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers stammen. In solchen Fällen gelten folgende **Grundsätze**:

- Hat ein Auftragnehmer Anspruch auf Fristverlängerung nach § 6 Nr. 2 VOB/B und ist sie nach § 6 Nr. 4 VOB/B **berechenbar**, bleibt eine Vertragsstrafenregelung grundsätzlich erhalten.
- Dagegen kann eine Vertragsstrafenregelung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) **hin-fällig** werden, wenn die Bauzeitverzögerungen so häufig und insbesondere so gravierend sind, dass der gesamte **Zeitplan umgeworfen** werden muss bzw. eine durchgreifende Neuordnung der Bauzeiten erforderlich ist (vgl. u.a. BGH, NJW 1966, 971, OLG Düsseldorf, BauR 1982, 582 oder OLG Hamm, BauR 1996, 392). Dies kann beispielsweise der Fall sein bei gravierenden Planungsänderungen, bei einer Häufung schwerwiegender, teils unüberschaubarer bauzeitverzögernder Ereignisse (z.B. baugrundbedingt) oder bei längeren (vom Bauherrn angeordneten) Unterbrechungen. Dies gilt umso mehr, wenn die ursprüngliche Ausführungsfrist knapp bemessen war. In solchen Fällen kann es zweckmäßig sein, einvernehmlich eine völlig neue Ausführungsfrist festzulegen. Die Vereinbarung einer neuen Vertragsstrafenregelung wäre möglich.

5 Weitere Hinweise

5.1 Fehlende Behinderungsanzeige

Ein Auftragnehmer hat bei Bauzeitverzögerungen nach § 6 Nr. 2 VOB/B u.a. nur dann einen Anspruch auf Fristverlängerung, wenn er dem Auftraggeber die Behinderungen unverzüglich **schriftlich angezeigt** hat, es sei denn, dem Auftraggeber waren die Tatsachen (Ursachen) und deren hindernde Wirkung auf die Ausführungsfristen **offenkundig** bekannt (§ 6 Nr. 1 VOB/B).

Das Fehlen einer Behinderungsanzeige i.S. des § 6 Nr. 1 VOB/B spielt im Zusammenhang mit Vertragsstrafen keine Rolle. Es hindert den Auftragnehmer nur, seine eigenen Ansprüche geltend zu machen (z.B. Schadensersatzansprüche nach § 6 Nr. 6 VOB/B). Er kann aber in

den Fällen, in denen ein Auftraggeber Ansprüche geltend macht (z.B. Kündigungsansprüche nach §§ 5 Nr. 4 i.V.m. 8 Nr. 3 VOB/B oder Vertragsstrafenansprüche), einwenden, dass er nicht in Verzug ist bzw. ihn wegen der Bauzeitverzögerung kein Verschulden trifft (BGH, Urt. v. 14.01.1999, NJW 1999, 1108 = BauR aktuell 1999, 516; OLG Saarbrücken, Urt. v. 31.03.1998, BauR 1998, 1010; OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.05.2000, BauR 2000, 1336). Es kann also der Fall eintreten, dass ein Auftragnehmer wegen fehlender Behinderungsanzeige i.S. des § 6 Nr. 1 VOB/B nach § 6 Nr. 2 VOB/B keinen Anspruch auf Bauzeitverlängerung hat, er aber trotzdem nicht in Verzug ist.

5.2 Höhe der Vertragsstrafe, Dauer des Verzugs

Die Berechnung der Vertragsstrafe ist unproblematisch in den Fällen, in denen der Auftragnehmer eindeutig in Verzug war. Der **Verzug beginnt** mit Ablauf einer nach dem Kalender berechenbaren Vertragsfrist (andernfalls mit der Mahnung). Der **Verzug endet** mit der tatsächlichen Fertigstellung der Bauleistung, nicht erst mit der Anzeige der Fertigstellung oder bei Bauabnahmeverlangen (BGH, Urt. v. 14.01.1999, NJW 1999, 1108 = BauR aktuell 1999, 516).

Für die Fristenberechnung gelten die Bestimmungen der §§ 187 ff. BGB. Bei einer nach Werktagen bemessenen Vertragsstrafe werden Sonn- und Feiertage nicht mitgezählt, jedoch Samstage (BGH, a.a.O.).

Nach Nr. 4 der BVB beträgt die Vertragsstrafe je Werktag der Verspätung ... v.H. der **Bruttoabrechnungssumme**. Es wäre zweckmäßiger, die Vertragsstrafe auf die **Bruttoauftragssumme** zu beziehen. Die Vertragsstrafe je Werktag ist dann von Anfang an eine feste Größe.

Bei Bemessung der Vertragsstrafe ist die vertraglich festgelegte **Obergrenze** zu beachten (z.B. 5 v.H. der Bruttoabrechnungssumme).

Die Berechnung der Vertragsstrafe wird schwieriger in den Fällen, in denen der Auftragnehmer eine Fristüberschreitung nur **teilweise zu vertreten** hat. Dann sind anteilig diejenigen Werktage, in denen der Auftragnehmer in Verzug war, herauszurechnen.

5.3 Geltendmachung einer Vertragsstrafe

Nach Eingang einer Bauschlussrechnung kann ein fälliger Vertragsstrafenanspruch mit den Vergütungsforderungen des Auftragnehmers **verrechnet** werden. Im Falle überzahlter Abschlagszahlungen ergeht an den Auftragnehmer eine Schlusszahlungsmitteilung mit der Aufforderung, die Überzahlungen einschl. etwaiger Verrechnungsposten zu erstatten.

Eine Schlusszahlung ohne Verrechnung eines fälligen Vertragsstrafenanspruchs kann als (konkludenter) Verzicht auf die Geltendmachung solcher Ansprüche ausgelegt werden mit der Konsequenz, dass zu einem späteren Zeitpunkt die Ansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können.

Bei Geltendmachung einer Vertragsstrafe muss der Auftraggeber **keinen Schaden nachweisen**. Etwaige Einwendungen des Auftragnehmers nach Abschn. 4.7 (Treu und Glauben) bleiben unberührt.

Macht ein Auftraggeber neben der Vertragsstrafe **Schadensersatzansprüche wegen Verzugs des Auftragnehmers** geltend (z.B. nach §§ 5 Nr. 4 und 6 Nr. 6 VOB/B), muss er diesen Schaden nachweisen. Ist der nachgewiesene Schadensbetrag höher als der Vertragsstrafenbetrag und macht der Auftraggeber Schadensersatzansprüche geltend, muss er die Vertragsstrafe anrechnen, d.h. der Schadensersatz beschränkt sich dann nur noch auf den Betrag, der die Vertragsstrafe übersteigt.

5.4 Kündigung

Im Falle einer Kündigung wegen Verzugs des Auftragnehmers (§§ 5 Nr. 4 und 8 Nr. 3 VOB/B) ist zu berücksichtigen, dass eine wegen Verzugs verwirkte Vertragsstrafe nur für die Zeit bis zum Tag der Kündigung gefordert werden kann (§ 8 Nr. 7 VOB/B).

5.5 Sicherheiten für Vertragsstrafenansprüche

Sind Sicherheitsleistungen (z.B. Bürgschaften) für die vertragsgemäße Erfüllung **einschließlich** Abrechnung vereinbart (vgl. dazu Nr. 8.1 der BVB oder das Formblatt KEFB Sich 1), unterliegt ein Vertragsstrafenanspruch auch dem Bürgschaftszweck. Im Falle einer frühzeitigen Insolvenz des Bauunternehmers können Vertragsstrafenansprüche ggf. auch gegenüber dem Bürgen geltend gemacht werden, wenn die Voraussetzungen für die Geltendmachung einer Vertragsstrafe gegeben waren. Fehlt beispielsweise die Vorbehaltserklä-

rung bei der Abnahme, kann der Bürge Einwendungen erheben (OLG Brandenburg, Urt. v. 25.03.1999, NZBau 2002, 236).

Abt. 5/50