

6. Jahrgang / Juli 2015 / Nr. 4

Belegexemplar

*bau*aktuell

Baurecht – Baubetriebswirtschaft – Baumanagement

Herausgegeben von

Detlef Heck / Georg Karasek / Arnold Tautschnig

Interview mit Raffaele Zurlo

Bestbieterprinzip vor Billigstbieterprinzip

Konstantin Pochmarski/Christina Kober

Richtige Vereinbarung und Handhabung von Vertragsstrafen

Clemens M. Berlakovits/Vladimir Michailovitch Schbanov

Schlusszahlungsvorbehalt auch bei Aufrechnung!

Gerald Fuchs

Der baurechtliche Geschäftsführer nach der Wiener Bauordnung

Christian Wetzlmaier/Florian Gschösser/Tobias Cordes

Tunnelvortriebsmethoden beim Brenner Basistunnel

Wolfgang Hussian

Aus der aktuellen Rechtsprechung

Das letzte Wort hat Rainer Kurbos



Linde

Aspekte der richtigen Vereinbarung und Handhabung von Vertragsstrafen

Konstantin Pochmarski / Christina Kober

Der nachstehende Beitrag soll dem Praktiker für die richtige Vereinbarung und Handhabung von Vertragsstrafen (Pönalen) Verhaltensregeln zur Hand geben. Dabei sollen die Unterschiede zwischen einem Bauvertrag, welcher rein dem ABGB unterliegt, und einem Bauvertrag, welcher auch der ÖNORM B 2110 (Ausgabe 15. 3. 2013) unterliegt, herausgearbeitet werden. Als Folgerung aus den juristischen Grundlagen sollen Praxistipps die richtige Handhabung und insbesondere Streitvermeidung erleichtern.

1. Vereinbarung von Vertragsstrafen

1.1. Rechtsgrundlagen

Mit Inkrafttreten des Handelsrechts-Änderungsgesetzes (HaRÄG), BGBl I 2005/120, am 1. 1. 2007 ist im bürgerlichen Recht die Vereinbarung einer Vertragsstrafe ausschließlich in § 1336 ABGB geregelt. Diese Bestimmung ist somit sowohl für Nichtunternehmer als auch für Unternehmer gültig.¹

Auch Art 8 Nr 3 Abs 2 EVHGB (Recht zur Geltendmachung eines die Vertragsstrafe übersteigenden Schadens) gilt nicht mehr;² hier kommt nunmehr allgemein gegenüber Unternehmern wie Nichtunternehmern § 1336 Abs 3 ABGB zur Anwendung.

Die Regelungen zur Vertragsstrafe finden sich in Punkt 6.5.3 der ÖNORM B 2110, wobei die ÖNORM B 2110 selbst keine Vertragsstrafe in Kraft setzt, sondern nur deren Handhabung im Falle der Vereinbarung³ einer solchen regelt.⁴

Die Vertragsstrafe hat die doppelte Funktion, sowohl auf den Schuldner Druck zur ordnungsgemäßen bzw zeitgerechten Erfüllung auszuüben wie auch dem Gläubiger durch die Pauschalierung die Geltendmachung des Schadens zu erleichtern.⁵

1.2. Unterschiede ABGB – ÖNORM B 2110

Relevante Unterschiede ergeben sich in den folgenden Punkten.

1.2.1. Grund der Vertragsstrafe

Die ÖNORM B 2110 sieht die Vertragsstrafe nur für die zeitliche Komponente der Leistung des Auftragnehmers vor.⁶ Es wäre demgegenüber nach § 1336 Abs 1 ABGB freilich auch möglich, eine

Vertragsstrafe auch für qualitative Schlechtleistung („nicht auf gehörige Art erfüllt“) oder sonstige Vertragsverstöße zu vereinbaren.⁷

1.2.2. Verschulden

Im Zweifel ist nach bürgerlichem Recht die Vertragsstrafe vom Verschulden des Auftragnehmers⁸ abhängig („verschuldensabhängig“). Natürlich muss sich der Auftragnehmer gemäß § 1298 ABGB von dem vermuteten Verschulden freibeweisen.⁹ Daneben ist im Rahmen des bürgerlichen Rechts auch die Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe („*unechte Vertragsstrafe*“¹⁰) denkbar.¹¹

Punkt 6.5.3.1 der ÖNORM B 2110 sieht demgegenüber bloß eine verschuldensabhängige¹² Vertragsstrafe vor.

Zu berücksichtigen ist weiters, dass nach herrschender Lehre im Anwendungsbereich des BVergG 2006 die Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe als unzulässig angesehen wird, da dadurch dem Bieter bzw Auftragnehmer ein unkalkulierbares Risiko überwältigt würde, was gemäß § 78 Abs 3 BVergG 2006 unzulässig ist.¹³

1.2.3. Begrenzung

Während das ABGB nach der insgesamten Höhe keine fixe Begrenzung vorsieht,¹⁴ sieht Punkt



Dr. Konstantin Pochmarski ist Rechtsanwalt in Graz mit dem Schwerpunkt ziviles Baurecht.



Mag. Christina Kober, Bakk. ist Rechtsanwaltsanwärterin in Graz.

1 Der alte § 348 HGB, welcher die Zulässigkeit des Ausschlusses des richterlichen Mäßigungsrechts gegenüber Kaufleuten vorsah, gilt nicht mehr. Auch wenn in vielen Vertragsmustern noch von einem Verzicht auf das Mäßigungsrecht die Rede ist, ist eine solche Bestimmung zufolge des zwingenden Charakters des § 1336 Abs 2 ABGB auch gegenüber Unternehmern unwirksam.

2 Ebenfalls durch das HaRÄG mit BGBl I 2005/120 entfallen.

3 Den den Auftraggeber beratenden Architekten trifft eine Hinweispflicht auf die Möglichkeit, mit dem Auftragnehmer eine Vertragsstrafe zu vereinbaren. Er hat auch die Grundstruktur einer Vertragsstrafenklausel zu kennen; vgl *Schrammel/Stoye in Motzke/Preussner/Kehrborg, Die Haftung des Architekten*¹⁰ (2015) 502.

4 *Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement* (2014) 344; ebenso § 11 VOB/B; vgl *Oberhauser in Kuffer/Wirth, Handbuch des Fachanwalts – Bau- und Architektenrecht*⁴ (2013) 721.

5 Durch die Druckfunktion unterscheidet sich die Vertragsstrafe von einer bloßen Schadenspauschale, welche anders als die Vertragsstrafe zwingend den Eintritt eines Schadens voraussetzt; vgl *Oberhauser in Kuffer/Wirth, Bau- und Architektenrecht*⁴, 720.

6 *Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement*, 344.

7 *Karasek, ÖNORM B 2110*² (2009) Rz 960.

8 Oder der ihm zuzurechnenden Erfüllungsgehilfen nach § 1313a ABGB.

9 Vgl *Kurz, Vertragsgestaltung im Baurecht* (2015) 280; *K. Müller in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management*² (2015) 627 mwN.

10 *Danzl in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB*⁴ (2014) § 1336 Rz 3.

11 Vgl RIS-Justiz RS0017471. Eine selbstverständliche oder auch nur naheliegende Sittenwidrigkeit einer verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe ist nicht anzunehmen, hat eine solche doch „Garantiefunktion“ und sind (verschuldensunabhängige) Garantien im Geschäftsleben üblich und keinesfalls *per se* sittenwidrig; vgl zur Rechtslage in Deutschland *Oberhauser in Kuffer/Wirth, Bau- und Architektenrecht*⁴, 724.

12 Der Auftragnehmer wird sein mangelndes Verschulden gegenüber der begehrten Vertragsstrafe auch dann noch im Streitfall nachweisen können, wenn er eine Anzeige nach Punkt 7.3.2 der ÖNORM B 2110 (Behinderungsanzeige) unterlassen hat; vgl dazu BGH 14. 1. 1999, VII ZR 73/98, BauR 1999, 645.

13 *Kurz, Kalkulierbarkeit von Bauleistungen gemäß Bundesvergabe-gesetz (Teil II), ZVB 2009*, 6 (8).

14 Ein Fehlen einer Begrenzung nach oben hin stellt nicht *per se* eine Sittenwidrigkeit der Vertragsstrafenabrede dar. Eine allzu große Höhe der gesamten Vertragsstrafe kann ohnehin im Rahmen des Mäßigungsrechts gemäß § 1336 Abs 3 ABGB berücksichtigt werden; vgl OGH 29. 6. 1999, 1 Ob 105/99v; *K. Müller in Müller/Stempkowski, Claim-Management*², 632.

6.5.3.1 der ÖNORM B 2110 eine maximale Höhe von 5 % der ursprünglichen Auftragssumme vor.

1.2.4. Ersatz eines die Vertragsstrafe übersteigenden Schadens

Während § 1336 Abs 3 ABGB ohne weitere Voraussetzungen vorsieht, dass der Gläubiger neben der Konventionalstrafe den Ersatz eines übersteigenden Schadens geltend machen kann, sieht Punkt 12.3.2 der ÖNORM B 2110 den Ersatz über die Vertragsstrafe hinausgehenden Schadens nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Auftragnehmers vor.¹⁵

1.2.5. Werktage bzw Kalendertage

Die ÖNORM B 2110 regelt in Punkt 6.5.3.3, dass Vertragsstrafen „im Regelfall“ nach Kalendertagen (und nicht nach Werktagen) zu berechnen sind. Für das ABGB gibt es keine vergleichbare Lösung. Wird im Anwendungsbereich des ABGB nur von einer Konventionalstrafe „pro Tag“ gesprochen, ohne nun genau festzulegen ob es sich dabei um Kalendertage oder Werktage handelt, ist allerdings ebenfalls davon auszugehen, dass im Zweifel damit Kalendertage gemeint sind.

1.3. Praxistipps

In der Praxis wird zwischen **Stichtagspönalen** und **akkumulierenden Pönalen** unterschieden. Bei Stichtagspönalen verfällt die gesamte Pönale bei Nichteinhaltung des vereinbarten Stichtages, während bei einer akkumulierenden Pönale diese mit der Dauer des Verzugs steigt und unter Umständen nach oben hin gedeckelt ist.¹⁶ Es empfiehlt sich, bei der Vertragsformulierung darauf zu achten, ob ein einziger – eben besonders wichtiger Stichtagstermin – pönalisiert werden soll oder ob eine ansteigende Pönale gewünscht ist.

In vielen Vertragsmustern bzw Verträgen findet sich die Höhe der Pönale mit einem prozentuellen Anteil an der „Auftragssumme“ definiert. Hier ist zunächst jedenfalls die Klarstellung geboten, ob es sich um die Brutto- oder Nettoauftragssumme¹⁷ sowie die ursprüngliche Auftragssumme bei Vertragsschluss oder jene Auftragssumme nach Durchführung der Arbeiten (Schlussrechnungssumme) handelt.¹⁸ Bei Vereinbarung der ursprünglichen Auftragssumme kommt es leicht zu Unsicherheiten, wenn sich die Auftragssumme (nachträglich) ändert. Nach der Entscheidung des OGH vom 20. 12. 2011, 4 Ob 137/11t, ist eine nach der Bruttoauftragssumme vereinbarte Pönale ohne entsprechende Regelung im Vertrag nicht auf

Zusatzaufträge und Mengenänderungen heranzuziehen.¹⁹ Eine ursprünglich zulässige Pönale kann bei nachträglicher massiver Reduktion des Auftragsumfangs nachträglich unzulässig werden.²⁰ Die Vereinbarung der Schlussrechnungssumme erscheint aber auch problematisch, weil deren Höhe naturgemäß strittig sein kann oder die Legung einer Schlussrechnung unter Umständen sogar unterbleiben kann (man denke an Fälle des Rücktritts vom Vertrag).

Ebenso hat die Orientierung an der Auftragssumme²¹ den Nachteil, gerade bei niedrigen Auftragssummen einzelner Professionisten bloß unzureichende Pönalen festzulegen. **Es macht daher durchaus Sinn, sich bei Vertragerrichtung die Mühe zu machen, einen bestimmten Eurobetrag – durchaus in Korrelation zur Auftragssumme – individuell für jeden einzelnen Auftragnehmer festzulegen.** Dies löst naturgemäß nicht das Problem einer sich nachträglich verschiebenden Relation zwischen Vertragsstrafe und tatsächlicher Abrechnungssumme; immerhin ist aber beiden Teilen von Anfang an klar, wie hoch die Pönale pro Tag ist, da dieser Wert ausdrücklich ausgewiesen ist und ohne Rechenoperation ermittelt werden kann. Ebenso macht es Sinn, die Höhe der Vertragsstrafe in Hinblick auf spätere Streitigkeiten über deren Höhe in groben Zusammenhang zu den möglichen Verzugsauswirkungen²² zu setzen.

Weiters hat es sich als vorteilhaft erwiesen, das Pönalsystem für die Einhaltung von (Zwischen-) Terminen nicht bloß als „strafendes“ System zulasten des Auftragnehmers zu vereinbaren. Mindestens ebenso wirksam – wenn nicht wirksamer – wie die Drohung mit einer Pönale bei Überschreitung von Fristen ist die Auslobung eines Bonus²³ für die Erreichung von Terminen oder Unterschreitung von Fristen.²⁴ Eine solche kombinierte Strafen-Bonus-Regelung sollte auch insgesamt höhere Vertragsstrafen zulassen, da dies im Rahmen der Sittenwidrigkeitskontrolle zu berücksichtigen sein wird.²⁵

Ein weiteres Problem, dem besondere Aufmerksamkeit aufseiten eines Generalunternehmers zu schenken ist: Es gilt sowohl bezüglich der Termine als auch bezüglich der Höhe der Vertragsstrafe die prinzipiell getrennten Verträge **Werkvertrag Auftraggeber – Generalunternehmer** und **Werkvertrag Generalunternehmer – Subunternehmer** zu „synchronisieren“. Kurz: Ein für den Generalunternehmer gegenüber dem Auftraggeber mit einer Pönale bewehrter Termin muss auch gegenüber dem oder den dafür verantwortlichen Sub-

15 Dies entspricht dem allgemeinen Regime von Punkt 12.3.1 der ÖNORM B 2110, welches bei leichter Fahrlässigkeit Beschränkungen des Schadenersatzes vorsieht.
 16 K. Müller in Müller/Stempkowski, Claim-Management², 631.
 17 Es erscheint problematisch, für einen vorsteuerabzugsberechtigten Auftraggeber die Bruttoauftragssumme heranzuziehen; vgl auch Jansen/von Rintelen in Kniffka, Bauvertragsrecht (2012) § 631 BGB Rz 302; ähnlich Oberhauser in Kuffer/Wirth, Bau- und Architektenrecht⁴, 727 und 733; anderer Ansicht Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, 346, der sogar im Falle des Reverse-Charge-Systems die Umsatzsteuer als Teil der Bemessungsgrundlage berücksichtigt.
 18 Vgl BGH 6. 12. 2007, VII ZR 28/07, BauR 2008, 508.

19 Punkt 6.5.3.1 der ÖNORM B 2110 bietet hier auch keine Lösung, da er nur für die Höchstgrenze von 5 % die Heranziehung der ursprünglichen Auftragssumme verlangt.
 20 Vgl Kurz, Vertragsgestaltung, 282, der zur Abhilfe vorschlägt, die Pönale an die Schlussrechnungssumme zu koppeln.
 21 Egal, ob ursprüngliche Summe oder Schlussrechnungssumme.
 22 ZB Entfall von Förderungen, Entfall von Mieten, Kosten für alternative Objektnutzung bei verspäteter Fertigstellung; vgl Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB⁵ (2013) Rz 1707.
 23 In Deutschland ist der Begriff „Beschleunigungsvergütung“ üblich; vgl § 9 Abs 5 Satz 3 VOB/A.
 24 Vgl Kurz, Vertragsgestaltung, 280.
 25 Vgl Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht⁵, Rz 1707.

unternehmern pönal bewehrt sein. Auch ist die Pönale der Höhe nach zu „synchronisieren“, da sonst bei Verzug des Subunternehmers und Verknüpfung von dessen Pönalschuld mit dessen (oft sehr geringer) Auftragssumme der Generalunternehmer auf einer höheren, gegenüber dem Auftraggeber verwirkten Pönale „sitzen bleibt“. ²⁶ Grenzen für die völlige Gleichschaltung der Pönale des Generalunternehmers gegenüber dessen Auftraggeber auf dessen Subunternehmer werden sich freilich abhängig eben von der verschiedenen Höhe der Auftragssumme des Generalunternehmers und des Subunternehmers aus § 879 Abs 3 ABGB ergeben. Hier bleibt nur die Möglichkeit, die vom Generalunternehmer gegenüber dem Auftragnehmer verwirkte höhere Pönale im Wege des Schadenersatzes ²⁷ „durchzustellen“. ²⁸

Werden Zwischentermine pönalisiert, ist zu bedenken, ob diese nur zur Sicherung der Einhaltung des Endtermins desselben Auftragnehmers dienen ²⁹ oder ob der Zwischentermin eingehalten werden muss, um für einen weiteren Auftragnehmer einen pünktlichen Leistungstermin zu ermöglichen. ³⁰

Denkbar und zulässig ist es auch, neben einer allfälligen Pönale für den Verzug mit der Hauptleistung eine Pönale für den Verzug mit Nebenpflichten ³¹ festzulegen. Diese hat dann aber der Höhe nach angemessen zum Gewicht des Vertragsverstoßes und dessen Folgen für den Auftraggeber zu sein. ³²

2. Handhabung von Pönalen

Übliche Fehler bei der **Vereinbarung** von Pönalen ergeben sich daraus, dass die pönalisierten Termine nicht genau genannt werden.

Ein Fall ist, dass den Vertragsverhandlungen und dem Vertrag ein Bauzeitplan zugrunde liegt, der freilich durch lang andauernde Vertragsverhandlungen bis zur tatsächlichen Vertragsunterfertigung schon überholt ist. Wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Leistungszeitraum laut Bauzeitplan gar nicht mehr eingehalten werden kann, fällt die Vertragsstrafe gemäß § 878 ABGB fort, da hier eben „*Unmögliches*“ versprochen wurde. ³³

Ein anderer Fall, der sich häufig ergibt, ist, dass im schriftlichen Bauwerkvertrag vereinbart wird, dass die Vertragsparteien nach Vertragsschluss „*gemeinsam und einvernehmlich*“ einen Bauzeitplan erstellen werden. ³⁴ Die praktische Erfahrung zeigt, dass in vielen Fällen solche gemeinsamen und einvernehmlichen Bauzeitpläne schlicht nicht mehr erstellt werden und erst bei der Abrechnung die Diskussion über die Pönale wieder auftaucht.

Voraussetzung für jede Pönale ist freilich die Vereinbarung pönalisierter Termine (bzw. Zwischentermine). Mangels Vereinbarung bestimmter Fertigstellungstermine (oder Zwischentermine) schuldet der Auftragnehmer nur (aber immerhin) die Fertigstellung innerhalb „*angemessener Frist*“. ³⁵ Bei Überschreitung dieser angemessenen Frist gerät der Auftragnehmer auch in Verzug. Wäre die Konventionalstrafe für den Fall des „*Verzuges*“ vereinbart, könnte diese auch hier gefordert werden. Es bedarf keiner langen Erörterung, dass die nachträgliche Festlegung der angemessenen Frist zur Entscheidung der Frage, ob der Auftragnehmer nun in Verzug war oder nicht, viel Diskussionsstoff bietet.

Wichtige Grundlage für die spätere Geltendmachung einer Pönale ist Einhaltung bzw. Fortschreibung des Bauzeitplanes bei Änderungen im Bauablauf. Die Erfahrung zeigt, dass es praktisch bei jedem Bauzeitplan zu Änderungen und zu Verschiebungen kommt. Diese müssen Anlass sein, die neuen (Zwischen-)Termine einvernehmlich festzulegen und zu dokumentieren. Ansonsten ist der nachträgliche Rekonstruktionsaufwand zur Ermittlung des Bau-Soll ³⁶ bzw. Bau-Ist ³⁷ bzw. Bau-Sollte ³⁸ ein immenser. Punkt 6.5.3.1 der ÖNORM B 2110 sieht vor, dass bei einvernehmlicher Verlängerung der Leistungsfrist die anstelle der alten Termine tretenden vereinbarten neuen pönalisierten Termine ausdrücklich als solche festzuhalten sind. Wird diese „Pönalisierung“ der neuen Termine unterlassen, gilt die Vertragsstrafe nicht für diese Termine. ³⁹

In Bezug auf die Fertigstellungsfristen treffen den Auftragnehmer gemäß Punkt 7.3 der ÖNORM B 2110 **Mitteilungspflichten**. Hierzu ist festzuhalten, dass die „*Mehrkostenforderung*“ nach Punkt 3.10 der ÖNORM B 2110 nicht bloß die Forderung auf preisliche Anpassung des Vertrages ist, sondern auch auf **terminliche** Anpassung des Vertrages. In der Regel wird somit der Auftragnehmer im Falle von Leistungsstörungen und Leistungsänderungen eine Verlängerung der einzuhaltenden Leistungs-

26 Vgl. *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft³ (2012) 92 f.

27 Problematisch am Regress der vom Generalunternehmer zu zahlenden Pönale gegenüber dessen säumigen Subunternehmer wird regelmäßig nicht der Nachweis des Schadens sein; dieser gelingt dem Generalunternehmer leicht durch den Rechnungsabzug, den der Auftraggeber getätigt hat. Problematisch kann freilich an der auf Schadenersatzrecht gestützten Regressforderung die Begrenzung bei bloß leichter Fahrlässigkeit gemäß Punkt 12.3.2 der ÖNORM B 2110 sein; vgl. *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft³, 93.

28 Vgl. *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 745.

29 Sogenannte Kontrollfristen; vgl. *Oberhauser in Kuffer/Wirth*, Bau- und Architektenrecht⁴, 726.

30 Siehe dazu unten zur Anrechnung von Pönalen auf Zwischentermine.

31 ZB zur Erzwingung des Einsatzes von ordnungsgemäß angemeldeten Arbeitskräften (vgl. *Jansen/von Rintelen in Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 631 BGB Rz 262) oder zur Durchsetzung der Übergabe von notwendigen (Betriebs-)Unterlagen, Prüfbüchern, Unterlagen nach dem BauKG etc.

32 Vgl. *Oberhauser in Kuffer/Wirth*, Bau- und Architektenrecht⁴, 723.

33 Vgl. *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 970 mwN; *K. Müller in Müller/Stempkowski*, Claim-Management², 631.

34 Oder dass der Auftragnehmer einen Bauzeitplan dem Auftraggeber zur Genehmigung vorlegt; ausführlich hierzu *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 563.

35 Vgl. *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 548f.

36 Hier gemeint die vertraglich vorgesehenen einzuhaltenden Termine.

37 Hier gemeint die tatsächlich eingehaltenen Termine.

38 Hier gemeint die vom Auftragnehmer einzuhaltenden Termine unter Berücksichtigung der Bauzeitverlängerungen, welche ihm zustehen (zB aufgrund Leistungsabweichungen).

39 *K. Müller in Müller/Stempkowski*, Claim-Management², 628; *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, 350; anderer Ansicht *Kurz*, Vertragsgestaltung, 283, der diese Anordnung der ÖNORM B 2110 als bloße Beweiserleichterung interpretiert.

frist verlangen können bzw müssen. Korrespondierend ordnet Punkt 7.3.1 der ÖNORM B 2110 für eine Leistungsänderung an, dass der Auftragnehmer einen Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist **anzumelden** hat. Gleiches gilt gemäß Punkt 7.3.2 der ÖNORM B 2110 für Störungen der Leistungserbringung, insoweit sich für den Auftragnehmer erkennbar eine notwendige Verlängerung der Leistungsfrist ergibt.

Der nach Lehre und Rechtsprechung schlimmste Fall der Abänderung des Bauzeitplans ist die Rechtsfigur des Über-den-Haufen-Werfens des Bauzeitplans.⁴⁰ Erfolgen so massive Änderungen im Bauablauf, dass es sich nicht mehr nur um geringfügige und übliche Änderungen handelt, spricht man von einem „über den Haufen geworfenen Bauzeitplan“.⁴¹ Dies bedeutet, dass die vereinbarten Vertragsstrafen wegfallen. Der Auftragnehmer ist nicht mehr zur Einhaltung der vertraglich vereinbarten Termine laut Bauzeitplan verpflichtet, wohl aber noch – bei sonstigem Verzug – zur Fertigstellung innerhalb angemessener Frist.⁴²

3. Geltendmachung der Vertragsstrafe

Im Regelfall erfolgt die Geltendmachung einer Pönale mit der Schlussrechnung. Im ABGB erfolgt eine Aufrechnung des Anspruchs des Auftraggebers auf Vertragsstrafe gegenüber dem Werklohnanspruch des Auftragnehmers, da ja die Pönale nichts anderes als ein eigener Schadenersatzanspruch ist. Freilich ist es durchaus auch möglich (aber nicht zwingend), bereits verfallene Pönalanprüche des Auftraggebers (zB aus Zwischenterminen) mit Werklohnansprüchen aus Abschlagsrechnungen aufzurechnen.

Demgegenüber ordnet Punkt 6.5.3.2 der ÖNORM B 2110 an, dass die Vertragsstrafe den Gesamtpreis mindert, sodass sich zB auch ein von diesem prozentuell zu berechnender Haftrücklass reduziert.⁴³

Zu beachten ist Punkt 10.2.3 der ÖNORM B 2110, wonach in der Niederschrift bei der förmlichen Übernahme die Feststellung von Vertragsstrafen aufzunehmen ist. Dabei handelt es sich aber um eine bloße Wissenserklärung ohne rechtliche Bindung.⁴⁴ Die Vertragsstrafe kann natürlich auch noch zB im Zuge der Schlussrechnungsprüfung oder sogar nach Zahlung des Werklohnes geltend gemacht werden. Zu beachten ist nur, dass der Anspruch auf aktive⁴⁵ klagsweise Geltendmachung

der Pönale als Schadenersatzanspruch in drei Jahren⁴⁶ verjährt.

Gerade im Verhältnis Generalunternehmer – Subunternehmer⁴⁷ ist das „Durchstellen von Vertragsstrafen“ im Wege des Schadenersatzes eine relevante Thematik: Aus dem Titel des Schadenersatzrechtes kann es zum sogenannten Durchstellen einer gegenüber dem eigenen Vertragspartner verfallenden und zu zahlenden Vertragsstrafe auf den eigentlich Schuldigen kommen: Die vom Generalunternehmer an den Auftraggeber bezahlte Vertragsstrafe ist eben ein Schadenersatzanspruch des Auftraggebers gegen den die Verzögerung im Innenverhältnis verschuldet habenden Subunternehmer.⁴⁸

Im Zweifel erstreckt sich die im ursprünglichen Werkvertrag vereinbarte Pönale nicht auf **Zusatzaufträge** und den Verzug bei Erfüllung von Zusatzaufträgen, sondern müsste (ausdrücklich oder schlüssig) auch auf diese ausgedehnt werden.⁴⁹

Zu berücksichtigen ist, dass Pönalen für **Verzug bei Zwischenterminen und Verzug beim Endtermin** nicht doppelt verfallen dürfen, sondern aufeinander angerechnet werden müssen. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Auftraggeber an der Einhaltung des Zwischentermins über die Sicherstellung des Endtermins hinaus ein eigenes Interesse hat. Dies kann dann der Fall sein, wenn die Einhaltung des Zwischentermins für den Leistungstermin anderer Folgegewerke entscheidend ist.⁵⁰

4. Einwendungen gegen die vereinbarte Konventionalstrafe

Da in den meisten Fällen für Bauwerkverträge sogenannte Formularverträge verwendet werden, kommen § 864a und § 879 Abs 3 ABGB zur Anwendung.⁵¹

Zunächst ist der Formularvertrag selbst nach dem Maßstab des **§ 864a ABGB** zu prüfen, ob der Form nach die Vereinbarung der Konventionalstrafe „überraschend“ im Sinne dieser Gesetzesbestimmung ist. Will man also besonders hohe oder auch von ihren Voraussetzungen ungewöhnliche Vertragsstrafen gültig zum Vertragsbestandteil machen, muss darauf im Sinne dieser Gesetzesbestimmung eindeutig hingewiesen werden.

Die nächste Schranke für eine solcherart (nach der Schranke des § 864a ABGB) wirksam vereinbarte Vertragsstrafe ist die Sittenwidrigkeit nach **§ 879 Abs 3 ABGB**. Die Sittenwidrigkeit einer

40 Ausführlich *Oberndorfer*, Wann ist ein Bauzeitplan über den Haufen geworfen? ZVB 2011/87.

41 Vgl zu den gleichförmigen Konsequenzen bei der „tiefgreifenden Störung des Bauablaufs“ *Oberhauser in Kuffer/Wirth*, Bau- und Architektenrecht⁴, 729.

42 Vgl RIS-Justiz RS0111948; OGH 23. 2. 1999, 1 Ob 58/98f; *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 971; ebenso die Rechtslage in Deutschland; vgl *Vygen/Joussen*, Bauvertragsrecht², Rz 1809 mwN aus der Rechtsprechung des BGH.

43 Vgl *Kurz*, Vertragsgestaltung, 284.

44 Vgl *Kurz*, Vertragsgestaltung, 448; *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, 451.

45 Die aufrechnungsweise Geltendmachung der Vertragsstrafe gegenüber dem Werklohn (soweit nicht gemäß Punkt 6.5.3.2 der ÖNORM B 2110 ein Abzug vom Preis erfolgt) ist als Gegenforderung auch länger möglich; vgl *Meissl in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴, § 1451 Rz 3 (zur Aufrechnung mit einer verjährten Forderung).

46 RIS-Justiz RS0032308; *Danzl in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴, § 1336 Rz 7.

47 Aber auch im ähnlichen Verhältnis Wohnungskäufer – Bauträger – Bauunternehmen.

48 Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 745 mwN aus der Rechtsprechung; *K Müller in Müller/Siempkowski*, Claim-Management², 627 mwN; RIS-Justiz RS0022567; ebenso zur deutschen Rechtslage *Vygen/Joussen*, Bauvertragsrecht⁴, Rz 1843 und 1883.

49 *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 973 mwN; OGH 5. 8. 1999, 1 Ob 110/99d.

50 Vgl zur deutschen Rechtslage *Vygen/Joussen*, Bauvertragsrecht⁴, Rz 1708; *Jansen/von Rintelen in Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 631 BGB Rz 282.

51 Ausführlich zum Begriff des Vertragsformblattes *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02}, § 864a Rz 1 bis 4/1.

Vertragsstrafe kann sich einerseits aufgrund deren Voraussetzungen ergeben, wenn zB die vereinbarte Leistungszeit *ex ante* schon zwar nicht völlig unmöglich, aber praktisch nicht einzuhalten ist. Üblicherweise wird freilich die Höhe der Vertragsstrafe der Kontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen: So wäre – *ex ante* gesehen⁵² – eine Vertragsstrafenvereinbarung sittenwidrig, wenn diese quasi das „*Verderben des Schuldners*“ bewirken würde⁵³ oder wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit übermäßig beeinträchtigt würde.⁵⁴ Es ist aber festzuhalten, dass die Höchstgrenze von 5 % nach der ÖNORM B 2110 keine starre Grenze ist.⁵⁵ Gerade mit sachlicher Begründung ist es sicherlich zulässig, auch höhere Gesamtstrafen zu vereinbaren. Man denke etwa daran, dass der Fertigstellungstermin für den Auftraggeber zur Erreichung von Förderungen oder beispielsweise um abgeschlossene Mietverträge nicht zu verlieren, besonders wichtig ist. In solchen – begründeten – Fällen werden sowohl ein höherer Tagessatz als auch eine höhere Gesamtpönale zulässig zu vereinbaren sein.⁵⁶ Wichtig ist es freilich, diese Gründe dem Vertragspartner am besten im Vertrag deutlich bekannt zu geben. Zu überlegen wird freilich in diesem Lichte sein, eine „*ansteigende*“ Pönale⁵⁷ zu vereinbaren, da damit einerseits dem im Verzug befindlichen Schuldner eher Zeit zur Erbringung seiner Leistung gegeben wird und andererseits mit zunehmendem Zeitablauf der Verzug auch den Auftraggeber regelmäßig immer härter trifft.

5. § 1336 ABGB

Nunmehr gilt § 1336 Abs 2 ABGB sowohl für Unternehmer wie auch für Nichtunternehmer.⁵⁸ Ein

Ausschluss des richterlichen Mäßigungsrechts ist sowohl für Unternehmer wie auch für Nichtunternehmer unwirksam.⁵⁹ Auf Verlangen des Schuldners – nicht von Amts wegen⁶⁰ – hat daher das Gericht die Höhe der Vertragsstrafe zu prüfen und gegebenenfalls zu mäßigen.

Findet das Gericht bei der vereinbarten Vertragsstrafe eine übermäßige Höhe gegeben, ist die Vertragsstrafe auf das zulässige Ausmaß zu reduzieren. Würde beispielsweise pro Tag eine (übermäßige) Pönale von 30 % der Auftragssumme vereinbart, wäre diese im Streitfall vom Gericht zB auf zulässige 0,3 % pro Kalendertag zu reduzieren.

Die Kriterien für die Anwendung des richterlichen Mäßigungsrechts sind folgende:

Bei der Mäßigung sind die wirtschaftlichen Verhältnisse beider Parteien zu berücksichtigen sowie das Ausmaß des Verschuldens am Verfall der Vertragsstrafe. Die Untergrenze für die Mäßigung ist der tatsächlich erwachsene Schaden.⁶¹ Insofern macht es durchaus Sinn, im Streitfall nicht nur die Pönale selbst aufzubereiten, sondern die tatsächlich durch den Verzug verwirklichten Nachteile.

Zusammenfassung

1. § 1336 ABGB und Punkt 6.5.3 der ÖNORM B 2110 regeln die Handhabung vereinbarter Vertragsstrafen für den ABGB-Vertrag und den ÖNORM-Vertrag.
2. Bei Vereinbarung der Vertragsstrafe ist auf präzise Formulierung im Hinblick auf den Zweck der Vertragsstrafe und die Höhe bzw Bemessungsgrundlage Wert zu legen.
3. Es empfiehlt sich, eine individuelle Beurteilung zweckmäßiger Regelungen bezogen auf das konkrete Bauprojekt, um die Vertragsziele des Auftraggebers wirksam durch Vertragsstrafen abzusichern.
4. Ein genauer Bauzeitplan und dessen exakte Fortschreibung ist entscheidende Grundlage für die wirksame Vereinbarung und erfolgreiche Geltendmachung der Vertragsstrafe.
5. In Formularverträgen unterliegen Vertragsstrafenregelungen insbesondere der Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB.
6. Das zwingende richterliche Mäßigungsrecht nach § 1336 Abs 2 ABGB schützt nunmehr auch den Unternehmer vor übermäßigen Vertragsstrafen.

52 Von der Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 879 ABGB der Vereinbarung einer Vertragsstrafe zu trennen ist die Mäßigung nach § 1336 Abs 2 ABGB einer wirksam vereinbarten und verfallenen Vertragsstrafe. Die Auswirkungen sind freilich parallel.

53 OGH 19. 8. 2003, 4 Ob 167/03t; vgl *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, 343 und *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 990, die von der „*Ruinentheorie*“ sprechen.

54 OGH 19. 8. 2003, 4 Ob 167/03t; vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 990.

55 Der BGH nimmt für formularmäßig vereinbarte Vertragsstrafen seit der Entscheidung vom 23. 1. 2003, VII ZR 210/01, BauR 2003, 870, eine zulässige Höchstgrenze von 5 % an.

56 Eine „zu hohe“ Vertragsstrafe ist in Österreich deswegen weniger problematisch, als diese eben bloß der Teilnichtigkeit unterliegt; vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 990 mwN. In Deutschland ist für zu hoch vereinbarte Tagessätze oder Gesamtpönalen keine geltungserhaltende Reduktion zulässig, sodass bei bloß gering überhöht vereinbarter Gesamtpönale bzw einem solchen Tagessatz die gesamte Pönalabrede wegfällt; vgl *Jansen/von Rintelen in Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 631 BGB Rz 279; *Oberhauser in Kuffer/Wirth*, Bau- und Architektenrecht⁴, 725. Dies führt zur korrespondierenden Haftung des Vertragsverfassers; vgl *Schrammel/Stoye in Motzke/Preussner/Kehrberg*, Haftung des Architekten¹⁰, 502 mwN.

57 Im Gegensatz zu einer bloß linear steigenden Pönale nach einzelnen Tagen bzw Wochen usw.

58 Siehe hierzu schon Punkt 2.1.

59 *Danzl in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴, § 1336 Rz 10 mwN; *K. Müller in Müller/Stempkowski*, Claim-Management², 633.

60 Vgl RIS-Justiz RS0032136.

61 Vgl RIS-Justiz RS0110692.