

# Das Schicksal einer bei der Abnahme nicht vorbehaltenen, jedoch vor Abnahme zur Aufrechnung gestellten Vertragsstrafe

Ein Vorbehalt der Vertragsstrafe bei Abnahme ist gemäß § 341 Abs. 3 BGB jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn der Besteller bereits vor Abnahme die Aufrechnung mit der Vertragsstrafe erklärt hat und der Anspruch auf Vertragsstrafe infolgedessen bereits vollständig erloschen ist.

(Auszug aus dem amtl. Leitsatz)

Autorin:

Birgit Appenrodt, Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Bau- und  
Architektenrecht  
Magdeburg

tragsstrafenvereinbarung insgesamt hinfällig sein, wenn durch den Auftraggeber bedingte Verzögerungen den Zeitplan völlig außer Takt gebracht haben. Vertragsstrafenvereinbarungen können auch hinfällig werden, wenn die Vertragsparteien einverständlich den Vertragstermin ändern. Hierbei kommt es dann im Einzelnen darauf an, wie die Vertragsstrafenvereinbarung formuliert ist.

Sowohl bei einem BGH- als auch bei einem VOB/B-Vertrag schuldet der Bauunternehmer bei Überschreitung vertraglich vereinbarter Fristen nur dann eine Vertragsstrafe, wenn eine solche zwischen den Vertragsparteien vereinbart ist. Ist eine Vertragsstrafe zwischen den Vertragsparteien vereinbart, ist zunächst zu prüfen, ob es sich um eine wirksame Vertragsstrafenvereinbarung handelt. Dies muss insoweit gerade bei einseitig formularmäßig vom Auftraggeber vorgegebenen Vertragsstrafenklauseln nicht immer der Fall sein. Liegt eine wirksame Vertragsstrafenvereinbarung vor, entfacht sich der Streit vielfach darüber, ob die Überschreitung der vereinbarten Fristen, wie Zwischenfristen, Fertigstellungsfristen, Bezugsfertigkeitsfristen, Einzelfristen, Gesamtfristen usw., welche unter Vertragsstrafe gestellt worden sind, vom Bauunternehmer zu vertreten ist. Hierbei kann bereits problematisch sein, ob die vereinbarte Frist überhaupt Bestand hat. Denn gerade im Laufe des Baugeschehens kommt es oft zur Beauftragung von zusätzlichen Leistungen, geänderten Leistungen durch den Auftraggeber, Baubehinderungen etc. So kann nach Rechtsprechung des BGHs eine Ver-

tragsstrafenvereinbarung vor und hat der Bauunternehmer den Verzug schuldhaft zu vertreten, so kann der Auftraggeber darüber hinaus nur dann eine Vertragsstrafe verlangen, wenn er sich dies entsprechend § 341 Abs. 3 BGB bzw. § 11 Abs. 4 VOB/B, vorbehaltlich einer anderen zulässigen Vereinbarung, bei der Abnahme vorbehalten hat. Gibt der Auftraggeber im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen vor, dass das Erfordernis des Vertragsstrafenvorbehaltes bei der Abnahme abgedungen ist, ist eine Vertragsstrafenklausel insgesamt unwirksam. Dann kann sich der Auftraggeber auf eine Vertragsstrafenvereinbarung nicht berufen. Eine Verschiebung des Vorbehaltes bis zur Schlusszahlung ist hingegen zulässig. Allerdings muss, wenn der Auftraggeber die Bezahlung endgültig verweigert, ein entsprechender Vorbehalt vom Auftraggeber erklärt werden.

In der Entscheidung des BGHs vom 05.11.2015 hatte dieser nun zu entscheiden, ob ein Vorbehalt der Vertragsstrafe bei der Abnahme auch dann erforderlich ist, wenn der Auftraggeber bereits vor der Abnahme gegenüber der Werklohnforderung des Bau-

unternehmers die Aufrechnung mit der Vertragsstrafe erklärt hat.

Hierzu hat der BGH zunächst die Rechtsansicht der Vorinstanz nochmals bestätigt, wonach von einer konkludenten oder stillschweigenden Abnahme selbst bei einer Ingebrauchnahme der Werkleistung durch den Auftraggeber nicht ausgegangen werden kann, wenn noch erhebliche eine Abnahmeverweigerung rechtfertigende Mängel vorhanden bzw./und nicht nur unwesentliche Restleistungen zu erbringen sind. Ferner spricht der Wortlaut des § 341 Abs. 3 BGB, welcher in § 11 Abs. 3 VOB/B übernommen ist, dafür, dass ein Vorbehalt allein dann erforderlich ist, wenn der Vertragsstrafenanspruch bei der Abnahme noch besteht. Ist die Vertragsstrafe zu diesem Zeitpunkt aufgrund einer vom Auftraggeber erklärten Aufrechnung gegenüber dem Werklohn des Bauunternehmers bereits erloschen, kann er diese nicht mehr verlangen. Dies, da durch die erklärte Aufrechnung gegenüber dem Werklohnanspruch des Bauunternehmers die Vertragsstrafe bereits erfüllt ist.

## Die wichtigste Konsequenz für die Praxis lautet:

Die Entscheidung des BGHs vom 05.11.2015 insgesamt zu lesen ist durchaus empfehlenswert. Insoweit liegt diese ganz auf der Linie, welche die höchstrichterliche Rechtsprechung an die Anforderungen einer konkludenten Abnahme stellt. Jedenfalls dann, wenn noch erhebliche eine Abnahmeverweigerung rechtfertigende Mängel vorhanden bzw./und nicht nur unwesentliche Restleistungen zu erbringen sind, ist in der Regel auch bei einer Ingebrauchnahme der Werkleistung durch den Auftraggeber nicht von einer konkludenten oder auch still-



schweigenden Abnahme auszugehen. Denn eine konkludente Abnahme setzt ein nach den Umständen des Einzelfalles nach außen hervortretendes Verhalten des Auftraggebers voraus, welches rechtfertigt anzunehmen, der Auftraggeber billige das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß erbracht. Dies kann nicht angenommen werden, wenn der Auftraggeber vor Beginn der Nutzung oder innerhalb einer angemessenen Prüffrist Mängel rügt, die ihn zu einer Abnahmeverweigerung berechtigen oder wenn die Werkleistung noch nicht vollständig fertiggestellt ist. Zudem bestätigt der BGH, dass eine vereinbarte Fertigstellung „8 Monate nach Baugenehmigung“ in Bezug auf einen vereinbarten Fertigstellungstermin hinreichend bestimmt ist, ebenso wie das Erfordernis eines im Rahmen der Beweislast des Bauunternehmers hinreichenden und vereinzelt Vortrages des Bauunternehmers, wonach dieser bei Geltendmachung einer Vertragsstrafe durch den Auftraggeber die Nichteinhaltung des vereinbarten Vertragstermines nicht zu vertreten hat.

(BGH, Urteil vom 05.11.2015 – VII ZR 43/15)