

# Die „Auftragssumme“ bei Vereinbarung einer Vertragsstrafe

## I. Das Problem

Die in Bauverträgen übliche Vertragsstrafe wird i.d.R. so vereinbart, daß im Fall ihrer Verwirkung ein bestimmter Prozentsatz der „Auftragssumme“ täglich oder monatlich zu bezahlen ist; häufig werden auch statt „Auftragssumme“ die Begriffe „Vertragssumme“, „Bausumme“ oder andere sinnverwandte Wörter verwendet. Das Problem dabei ist, daß diese Begriffe nicht verbindlich definiert sind. Lediglich die VOB/A erwähnt die „Auftragssumme“ (nur von ihr soll im Folgenden - stellvertretend für die anderen vg. Begriffe - die Rede sein) in § 11 Nr. 4, wo verordnet wird, daß ein pauschalierter Verzugschaden 5 v.H. der Auftragssumme nicht überschreiten dürfe; was unter „Auftragssumme“ zu verstehen ist, sagt die VOB aber nicht. Streitigkeiten bei der Interpretation der „Auftragssumme“ und somit bei der Abrechnung der Vertragsstrafe können dann entstehen, wenn sich die für den Bauvertrag maßgeblichen Abrechnungsdaten im Laufe der Vertragsdurchführung geändert haben, namentlich wenn der Abrechnungspreis höher ist als der Angebotspreis. Folgende Fälle sind dabei denkbar:

- Beim Einheitspreisvertrag werden mehr oder weniger als die im Angebot prognostizierten Mengen geleistet. Da die Mengen nach dem tatsächlichen Verbrauch berechnet werden, erhöht oder verringert sich die Abrechnungssumme dementsprechend gegenüber der Angebotssumme.
- Vereinbart ist ein Pauschalpreis mit „Preisgleitung“. Diese soll den im Verlauf der Vertragsdurchführung gestiegenen Aufwand des Bauunternehmers für Material und Leistungen infolge von Preissteigerungen durch entsprechende „gleitende“ Erhöhung des Pauschalpreises berücksichtigen.
- Der Vertragsinhalt wird durch Vereinbarung von Zusatzleistungen nachträglich erweitert.
- Der Besteller nimmt von der vereinbarten Vergütung des Auftragnehmers (berechtigte) Abzüge vor, entweder aufgrund von Mängeln des Werkes<sup>1</sup> oder indem er einen Skonto in Anspruch nimmt.

In allen diesen Fällen stellt sich die Frage, ob die Vertragsstrafe aus dem ursprünglichen Wert (Angebotspreis bzw. -wert) oder dem endgültigen Wert (Abrechnungspreis bzw. -wert) berechnet werden muß und welche Abzüge oder Zuschläge ggf. zu berücksichtigen sind.

## II. Tendenzen in Literatur und Rechtsprechung

1. In der Literatur sind eindeutige Stellungnahmen zu dieser Frage kaum zu finden. Das ist erstaunlich, weil man sich i.d.R. ausführlich mit dem Problem der betragsmäßigen Obergrenze der Vertragsstrafe befasst und in diesem Zusammenhang an sich der hierfür maßgebliche Berechnungswert klargelegt werden müsste.<sup>2</sup> Die Rechtsprechung - näher zu ihr noch unten 2. -

<sup>1</sup> Wobei an dieser Stelle dahingestellt bleiben kann, auf welcher rechtlichen Grundlage der Abzug stattfindet (Zurückbehaltungsrecht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung mit oder ohne Aufrechnung usw.).

<sup>2</sup> Nach der Rspr. Des BGH verstößt eine in AGB enthaltene Vertragsstrafenregelung nämlich gegen § 9 AGBG, wenn sie unangemessen hoch ist bzw. keine Begrenzung nach oben enthält. Hieraus resultiert das Bemühen der Gerichte und der Literatur, verlässliche Leitlinien für die Höhe der - noch - zulässigen Vertragsstrafe zu finden. Nachweise hierzu in den folgenden

hat es insofern zunächst leichter, als sie nur den Einzelfall verbindlich entscheiden muß. So kann sie z.B. feststellen, daß die Vereinbarung von „1,5 % der Auftragssumme ohne Begrenzung nach oben“ unwirksam,<sup>3</sup> „0,1 %, höchstens jedoch 2 % der Angebotssumme“ hingegen wirksam ist<sup>4</sup> - und offenlassen, was denn generell unter den Begriffen „Auftragssumme“ und „Angebotssumme“ zu verstehen ist. Auch die Literatur verwendet unter Referierung der Rechtsprechung des BGH die genannten Begriffe freilich regelmäßig ohne nähere Definition.<sup>5</sup> Mitunter läßt sich zwar aus einigen Stellungnahmen auf bestimmte Tendenzen der Begriffs-Interpretation schließen, jedoch sind diese gegenläufig. So ist bei Ingenstau/Korbion zu lesen, es sei üblich, „die Vertragsstrafe durch einen Teilbetrag der Auftragssumme oder auch der Abrechnungssumme auszubedingen“; Die Gegenüberstellung von „Auftragssumme“ und „Abrechnungssumme“ deutet darauf hin, daß es sich dabei um verschiedene Werte handeln soll.<sup>6</sup> Kapellmann/Langen schlagen vor, „nicht an die Auftragssumme, sondern an die Abrechnungssumme anzuknüpfen, weil erst die Abrechnungssumme das wirkliche Volumen des Auftrages zeigt und erst damit die richtige Relation zur Vertragsstrafe ergibt“.<sup>7</sup> Auch daraus läßt sich schliessen, daß die Auftragssumme auf den Angebots- und nicht auf den Abrechnungspreis zu beziehen sei. Demgegenüber empfehlen Döbereiner/Vygen/Cuyper (im Hinblick auf Zusatzleistungen und Leistungsänderungen) bei Bezugnahme auf die „Auftragssumme“ „klarzustellen, was mit dieser Summe gemeint ist - der ursprünglich vereinbarte Betrag, dieser Betrag zuzüglich vereinbarter Nachträge, der vom AN endgültig abgerechnete Betrag oder der zu Recht abgerechnete Betrag (bei Zweifeln gilt das Letzte)“.<sup>8</sup> Kurz gesagt lassen sie also eine generelle Definition der „Auftragssumme“ dahinstehen, befürworten aber im Zweifel - anders als die zuvor genannten Autoren - eine Interpretation, wonach die „Auftragssumme“ mit der „Abrechnungssumme“ gleichzusetzen sei. In die gleiche Richtung gehen - vermutlich - die Ausführungen bei Vygen/Schubert/Lang, wonach die Vertragsstrafe „grundsätzlich als Prozentsatz der Gesamtauftragssumme oder der Gesamtabrechnungssumme von dem Brutto- oder Netto-Betrag, was letztlich auf dasselbe hinausläuft“, zu berechnen sei.<sup>9</sup> Dieser Satz legt nämlich die Gleichstellung von „Auftragssumme“ und „Abrechnungssumme“ nahe.

2. Mag die Rechtsprechung auch von eindeutigen Definitionen meistens Abstand halten, so läßt sich bei ihr dennoch eine starke Tendenz zur Gleichsetzung von „Auftragssumme“ und „Abrechnungssumme“ ausmachen. Betrachten wir zunächst die wichtigsten einschlägigen Ur-

---

Fußnoten sowie in der jüngsten Vertragsstrafen-Entscheidung des BGH, ZfBR 1998, 308 = BauR 1998, 1094.

<sup>3</sup> BGH ZfBR 1981, 182 = BauR 1981, 374 = NJW 1981, 1509.

<sup>4</sup> BGH ZfBR 1987, 35 = BauR 1987, 92 = NJW 1987, 380.

<sup>5</sup> S. z.B. Boergers, BauR 1997, 917; Cuyper, ZfBR 1998, 272; Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zu VOB, 8. Aufl. 1997, B § 11 Rn. 5; Knacke, Die Vertragsstrafe im Baurecht, 1988, S. 39, 46 ff; Korbion/Hochstein, VOB-Vertrag, 7. Aufl. 1998, Rn. 341; Nicklisch/Weick, VOB/B, 2. Aufl. 1991, § 11 Rn. 2; Schlünder, ZfBR 1995, 281; Vygen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 3. Aufl. 1997, Rn. 260; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 9. Aufl. 1998, Rn. 2069 ff.

<sup>6</sup> VOB-Kommentar, 13. Aufl. 1996, B § 12 Rn. 13. Zugleich ist allerdings in der Kommentierung zu § 11 Nr. 4 VOB/A zu lesen, bei der Auftragssumme komme es grundsätzlich auf diejenige Summe an, die bei Vertragsschluß als Vergütung des Auftragnehmers festgelegt worden sei.

<sup>7</sup> Bemessung von Vertragsstrafen für verzögerte Baufertigstellung in AGB, BB 1987, 560.

<sup>8</sup> Baurecht für Praktiker, 3. Aufl. 1990, G II 1 c.

<sup>9</sup> Bauverzögerung und Leistungsänderung, 3. Aufl. 1998, Rn. 122.

teile des BGH: Dem Urteil vom 18.11.1982<sup>10</sup> lag der (Regel-)Fall zugrunde, daß die Vertragsstrafe als Prozentsatz der „Auftragssumme“ vereinbart war. Dazu stellte der BGH u.a. fest: „Durch die starre Anbindung der Vertragsstrafe an den Werklohn wird die Beklagte hier entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt“. Diesem Satz und auch dem Zusammenhang der nachfolgenden Urteilsgründe ist zu entnehmen, daß der BGH „Auftragssumme“ und „Abrechnungssumme“ gleichsetzt; denn „Werklohn“ und „Abrechnungssumme“ sind ja wiederum dasselbe. Im Fall des Urteils vom 19.01.1989<sup>11</sup> war als Vertragsstrafe vereinbart „0,3 % der Brutto-Schlußrechnungssumme je Werktag“. Der Leitsatz dazu lautete: „Eine Vertragsstrafe, deren Höhe sich nach einem bestimmten vom-Hundert-Satz der Vertragssumme je Kalender-, Werk- oder Arbeitstag richtet, ... muß eine Begrenzung nach oben aufweisen. Daraus folgt, auch wenn der BGH darauf in den Gründen nicht einging, daß die „Schlußrechnungssumme“ mit der „Vertragssumme“ identisch sein soll; die Begriffe „Auftragssumme“ und „Vertragssumme“ aber sind synonym. Schließlich gab der BGH im Urteil vom 21.12.1995<sup>12</sup> der Klage des Bestellers der Sache nach statt, mit der dieser als Vertragsstrafe „3 % der Rechnungssumme“ verlangte, obwohl bzw. weil vertraglich „3 % der Auftragssumme“ vereinbart waren.<sup>13</sup> Auch dieses Urteil legt also die Schlußfolgerung nahe: Auftragssumme = (Ab-)Rechnungssumme.

Von den Oberlandesgerichten hat sich am frühesten und deutlichsten das OLG München geäußert, das im Urteil vom 17.04.1973<sup>14</sup> über die Klausel zu entscheiden hatte, wonach als Vertragsstrafe 1 % der Auftragssumme bei der Schlußrechnung in Abzug gebracht werden sollte. Es hat festgestellt: „Bei der Errechnung der Auftragssumme ... ist von den in der geprüften Schlußrechnung angegebenen Zahlen auszugehen ...“. Das OLG Bamberg setzt eine als Prozentsatz aus der Auftragssumme vereinbarte Vertragsstrafe bei deren Verfall mit der Berechtigung gleich, die entsprechende Summe „von der Werklohnforderung aus der Schlußrechnung abzuziehen“.<sup>15</sup> Das deutet darauf hin, daß auch die **Berechnung** der Vertragsstrafe aus der Schlußrechnung erfolgen soll, wenngleich dies nicht zwingend ist.<sup>16</sup> Das OLG Nürnberg und das OLG Zweibrücken schließlich verwenden die Begriffe „Abrechnungssumme“ und „Bausumme“ bzw. „Vertragssumme“ und „(Brutto- oder Netto-)Abrechnungssumme ganz einfach synonym.<sup>17</sup>

Die vorstehend skizzierte Rechtsprechung wird abgerundet durch ein jüngeres Urteil des LG Berlin,<sup>18</sup> das als einziges definitive Aussagen zu den hier erörterten Begrifflichkeiten trifft. Es ging dabei wieder um einen Fall, in dem die Vertragsstrafe als Prozentsatz der „Auftragssumme“ vereinbart war. Was das LG Berlin hierzu ausführt, kann als zutreffende Zusammenfassung der obergerichtlichen Vorgaben gelten: „Schließlich ist die Höhe der Schadensersatz-

<sup>10</sup> ZfBR 1983, 78 = BauR 1983, 80 = NJW 1983, 385 = BGHZ 85, 305.

<sup>11</sup> ZfBR 1989, 102 = BauR 1989, 327.

<sup>12</sup> ZfBR 1996, 141 = BauR 1996, 384.

<sup>13</sup> Die Sache wurde nur deshalb zurückverwiesen, weil das OLG dem Beweisangebot des Beklagten, wonach der Schaden im konkreten Fall niedriger gewesen sei, nicht nachgegangen war.

<sup>14</sup> Schäfer/Finnern/Hochstein, Z 2.411, Bl. 59. Bekannt - und viel kritisiert - wurde das Urteil allerdings wegen seiner Ausführungen dazu, daß die Vertragsstrafe nur nach demjenigen Teil der Gesamtvergütung zu bemessen sei, welcher dem verspätet fertiggestellten Anteil an der Gesamtleistung entspreche; dieses Problem kann hier dahingestellt bleiben.

<sup>15</sup> BauR 1990, 475.

<sup>16</sup> Es lässt sich natürlich auch ein anderweitig - namentlich nach der Angebotssumme - berechneter Betrag von der Schlußrechnung abziehen.

forderung ... anhand der jeweiligen Schlußabrechnungsbeträge zu ermitteln. Unerheblich ist dabei, daß die Angebotssumme jeweils niedriger war als die in den Schlußabrechnungen genannten Beträge. Der Begriff 'Auftragssumme' bezieht sich nicht lediglich auf die Angebotssumme. Auftragssumme ist vielmehr diejenige Summe, die aufgrund sämtlicher in Auftrag gegebenen Leistungen zu entrichten ist; auch den Nachtragsangeboten lagen entsprechende Aufträge zugrunde".

### III. Stellungnahme und Fazit

1. Der sicherste Weg, Interpretationsstreitigkeiten zu vermeiden, besteht natürlich darin, die Vertragsstrafenregelung aus sich heraus unmissverständlich zu fassen, also etwa nicht nur einen „Prozentsatz der Auftragssumme“ zu vereinbaren, sondern klarzustellen, was damit gemeint ist.<sup>19</sup> Ist das nicht geschehen, so hat für die Interpretation einer Vereinbarung als Leitlinie zu gelten, daß die Vertragsstrafe als Prozentsatz der Schlußrechnung (bzw. des Werklohns; ausgehend also von der Abrechnungs- oder Schlußrechnungssumme) berechnet werden muß. Hierfür spricht schon die oben dargestellte forensische Praxis als solche, ferner folgende Überlegungen:

Die Vertragsstrafe soll als „Druckmittel“ die Einhaltung der vertraglichen Pflichten sichern. Wird eine Preisgleitung vereinbart oder werden Zusatzaufträge in erkennbarer Abhängigkeit vom Hauptauftrag bzw. unter Einbeziehung in diesen erteilt, würde der durch die Vertragsstrafe bewirkte Druck in relativer Hinsicht abnehmen, wenn man nur auf die dem ursprünglichen Vertragsabschluß zugrunde liegende (Angebots-)Summe abstellen würde. Dafür gibt es aber keinen einleuchtenden Grund. Zu bedenken ist auch, daß die Parteien es bei Vertragschluß in der Hand haben, als Vertragsstrafe einen festen Betrag zu vereinbaren. Tun sie das nicht, sondern vereinbaren sie stattdessen einen Prozentsatz vom Auftragswert, geben sie zu erkennen, daß die Höhe der Vertragsstrafe kein von vornherein absolut fixierter Wert sein soll. Auch die Praktikabilität spricht dafür, die Vertragsstrafe nicht nur - wie es meistens der Fall sein wird - von der Schlußrechnung abzuziehen, sondern sie auch anhand dieser zu errechnen. Sollte zwischen der Erteilung der Schlußrechnung und dem vertragsstrafebegründenden Verzugseintritt ein so langer Zeitraum liegen, daß die Zahlung der Vertragsstrafe bereits vor Erteilung der Schlußrechnung beginnen sollte, so spricht nichts dagegen, ihre Höhe zunächst anhand vorläufiger Zwischenabrechnungen zu ermitteln.

---

<sup>17</sup> Im Fall des OLG Nürnberg, BB 1983, 1307 ff., war eine Vertragsstrafe von 1 % der „Abrechnungssumme“ vereinbart; das Urteil bezeichnete im Leitsatz diese Klausel als eine Bestimmung, wonach 1 % der „Bausumme“ vereinbart sei. - Zur Gleichsetzung von „Vertragssumme“ und „(Brutto- oder Netto-)Abrechnungssumme“ s. OLG Zweibrücken in BauR 1994, 509.

<sup>18</sup> BauR 1996, 245. Auf den Sachverhalt läßt sich allerdings nur schließen, weil der Tatbestand des Urteils nicht abgedruckt ist.

<sup>19</sup> So auch Döbereiner/Vygen/Cuyper, aaO. (Fn. 8). Als Beispiel sei verwiesen auf das Bauvertrags-Formular des Kohlhammer-Verlags: soweit es nicht um einen Pauschalpreisvertrag geht, ist unter der Überschrift „Vertragsart und Vertragssumme“ von einer „vorläufigen Vertragssumme“ (nämlich bezogen auf die Mengenangaben etc.) die Rede. Die Vertragsstrafe aber wird vereinbart als Prozentsatz der „Abrechnungssumme“, womit klargestellt ist, daß sie sich nicht aus der „vorläufigen Vertragssumme“ errechnet. Terminologisch könnte man also die „vorläufige Vertragssumme“ als „Angebotssumme“ und die „Abrechnungssumme“ als „endgültige Vertragssumme“ bezeichnen.

**2.** Für die Berechnung sollten ferner folgende Grundsätze gelten: außer Betracht zu bleiben hat zunächst der Skonto, denn er ist eine Belohnung des Bestellers für fristgerechte Bezahlung, die von der Vertragsstrafe völlig unabhängig ist; die Inanspruchnahme des Skonto darf für den Besteller nicht den Nachteil mit sich bringen, daß sich die Höhe der Vertragsstrafe entsprechend verringert. Erst recht dürfen berechnete Abzüge des Bestellers wegen Mängeln des Werkes die für die Vertragsstrafenberechnung maßgebliche Abrechnungssumme nicht verringern, denn sonst würde der Auftragnehmer für die Mangelhaftigkeit seiner Leistung auch noch belohnt. Entsprechendes gilt schließlich für Schadensersatzansprüche des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer aus anderen Gründen. Dagegen sind Abgebote zu berücksichtigen, weil hier der Vertrag von vornherein zu dem niedrigeren Preis zustande kommt und dies auch auf die Schlussrechnung durchschlägt. Umlagen für Baustrom, Bauschutt u.ä. werden - soweit sie vertraglich wirksam vereinbart und berechtigt sind - ebenfalls zu Lasten des Auftragnehmers in die Schlussrechnung eingestellt und wirken sich dementsprechend (reduzierend) auf die Höhe der Vertragsstrafe aus.

**3.** Als Fazit kann somit festgehalten werden: Soweit es um die Interpretation einer Vertragsstrafenvereinbarung geht, ist der Begriff der Auftragssumme als synonym mit den Begriffen Vertragssumme, Bausumme und Abrechnungs- bzw. Schlußrechnungssumme zu betrachten. Er bezieht sich auf den in der Schlußrechnung ermittelten Werklohn des Auftragnehmers inklusive etwaiger Zusatzleistungen und Preisgleitung, aber ohne Berücksichtigung von Skonto und Mängelabzügen.