

Die Vertragsstrafe im Transportrecht¹

Rechtsanwalt Jan Otto Bodis, LL.M. (Münster)²

1. Einführung

Die in den §§ 339 ff. BGB geregelte Vertragsstrafe ist ein Fremdkörper im deutschen Zivilrecht. Da das Strafmonopol ausschließlich bei dem Staat liegt, bewegt sich die Straffunktion der Vertragsstrafe in dem Spannungsfeld zwischen einer unzulässigen Privatstrafe und der im Grundsatz durch die Sittenwidrigkeit und gesetzliche Beschränkungen limitierten Privatautonomie.³ Deutlich wird die Problematik bei einem Blick über die Grenze in den angelsächsischen Rechtskreis des common law. Dort wird trotz geltender Privatautonomie einer der vorrangig der Bestrafung dienenden »Penalty« im Gegensatz zu »liquidated damages«, bei denen die Schadenskompensation im Vordergrund steht, die Wirksamkeit abgesprochen.⁴

Im deutschen Recht ist ebenfalls nicht leicht festzustellen, wann eine Vertragsstrafenklausel die Grenze zu einer unzulässigen Privatstrafe überschreitet. Der BGH hat die Möglichkeit der Vereinbarung parteiautonomer Strafen in einer frühen Entscheidung bezüglich der Vereins-Ehrstrafe abgelehnt.⁵

Die grundsätzliche Ablehnung von Zivilstrafen dürfte einer der Gründe sein, weshalb deutsche Gerichte amerikanische Urteile, die »punitive damages« zusprechen, nicht für vollstreckbar erklären. Ein solcher Strafcharakter widerspricht der Aufteilung: Strafe beim Staat und Ausgleichsfunktion durch Privatautonomie.⁶ Diese Aufteilung ist Teil des deutschen »ordre public«, so dass eine Vollstreckung gegen die unverzichtbaren Grundsätze eines freiheitlichen Rechtsstaates verstößt. Deshalb steht das Strafmonopol des Staates einem deliktischen Strafschadensersatz, ausgesprochen durch einen

Zivilrichter, entgegen. Während die Zivilstrafe zur Bestrafung deliktischen Handelns unzulässig ist, ist eine parteiautonome Strafvereinbarung in engen Grenzen zulässig und nicht verboten.⁷ Das deutsche Recht lässt mit dem Rechtsinstitut der Vertragsstrafe gemäß §§ 339 ff. BGB Bestrafungsfunktionen im Privatrecht zu.⁸

Diese Vorschriften befinden sich im allgemeinen Teil des Schuldrechtes des BGB und finden deshalb im Grundsatz Anwendung auf sämtliche Vertragstypen des besonderen Schuldrechtes. Praktische Bedeutung kommt ihnen beim Bauvertrag, also im Werkvertragsrecht, sowie im Arbeitsrecht und Wettbewerbsrecht zu.

1 Vortrag gehalten vor der Jahresversammlung der Deutsche Gesellschaft für Transportrecht am 8. November 2012 in Berlin. Die Vortragsform wurde beibehalten. Der Bereich des Seerechtes wurde an das seit dem 25. April 2013 geltende und reformierte Seehandelsrecht (§§ 476 ff. HGB) angepasst.

2 Fachanwalt für Versicherungsrecht (BODIS I Rechtsanwälte).

3 Der Begriff der Vertragsstrafe selbst, bzw. der Wortlaut des § 339 BGB »Zahlung einer Geldsumme als Strafe«, legt die Annahme einer Privatstrafe nahe. Eine Schlussfolgerung, die jedoch allgemein abgelehnt wird, vgl. *Steltmann*, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, S. 27; *Knütel*, AcP 175 (1975), 56 m. w. N.

4 *Steltmann*, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht 2000, S. 41.

5 *Steltmann*, a. a. O., S. 30; BGHZ 29, 357.

6 BGH Z 118, 312, 344; allerdings hat das BVerfG, NJW 2013, 990 die Zustellung einer Klage auf Zahlung von »punitive damages« zugelassen, weil die Zustellung für sich genommen, nicht gegen die unverzichtbaren Grundsätze des freiheitlichen Rechtsstaates verstößt.

7 *Steltmann*, a. a. O., S. 30.

8 BGHZ 118, 312, 339.

Im Transportrecht wird die Vertragsstrafe eher beiläufig erörtert. Sie wird teilweise, insbesondere bei zwingenden Vorschriften wie der CMR, für unwirksam gehalten, jedoch bei der gesetzlich nicht spezifisch geregelten Mischform des Logistikvertrages als vertragliche Möglichkeit erwähnt.⁹

Dabei vermisst man eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit der Vertragsstrafe im Transportrecht, obwohl gerade das Aufeinandertreffen der von der Privatautonomie beherrschten Vertragsstrafe und den zwingenden und halbzwingenden Vorschriften des Transportrechtes interessante Abgrenzungsfragen verspricht. Judikate sind eher selten und die auf Vertragsstrafeversprechen gestützten Klagen scheitern in der Regel bereits an den Anforderungen der §§ 339 ff. BGB bevor sich Gerichte mit transportrechtlichen Besonderheiten auseinandersetzen müssen.¹⁰

Dennoch erfreut sich die Vertragsstrafe kautelarjuristisch bei der Formulierung von Transport-Rahmenverträgen sowie den Logistikverträgen einer großen Beliebtheit. Dort ist sie regelmäßig im Zusammenhang mit der Absicherung von Lieferfristen und von sog. Service Level Agreements (SLA) und die zu deren Überprüfung definierten Key Performance Indicators (KPI's) zu finden.¹¹

Bevor die Zulässigkeit von Vertragsstrafen und ihre Grenzen unter Berücksichtigung der zwingenden und halbzwingenden Vorschriften des Transportrechtes untersucht wird, soll zunächst ihre Relevanz in der transportrechtlichen Praxis dargestellt werden.

2. Die Vertragsstrafe in der Praxis der Transport- und Speditionsunternehmen

a. Bei der Anbahnung von Rahmenverträgen

Selbst kleinere und mittelständische Versender halten den Verlauf ihrer Warenströme hinsichtlich der Destinationen und Kunden für geheimhaltungsbedürftig. Schreiben sie ihre Transporte aus oder bitten sie um Angebote für Rahmenverträge, lassen sie sich zuvor Geheimhaltungserklärungen unterschreiben, die auch als NDA (Non-Disclosure-Agreements) oder Vertraulichkeitserklärung bezeichnet werden. Dabei wird die Mitteilung von häufig wenig konkret und allgemein als vertraulich bezeichneten Informationen an Dritte unter Strafe gestellt. Neben absoluten Beträge, die häufig exzessiv anmuten, finden sich auch Formulierungen nach »Hamburger Brauch«, wonach die Festlegung der Vertragsstrafe in das Ermessen des Gläubigers gestellt wird und dem Schuldner auferlegt wird

... für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe in von der Unterlassungsgläubigerin nach billigem Ermessen zu bestimmende und vom zuständigen Amts- oder Landgericht überprüfbare Vertragsstrafe zu bezahlen...

Der Dienstleister, der sich an der Ausschreibung beteiligen möchte, zeichnet derartige Erklärungen häufig leichtfertig. Diese Vertragsstrafe kann nämlich allein dadurch verwirkt sein, dass ein Mitarbeiter des Transportdienstleisters etwa in die Logistikabteilung eines Wettbewerbers wechselt und dort seine Kenntnisse – nachweislich – mitteilt.¹²

b. Bei Ausschließlichkeitsvereinbarungen

Es ist nicht unüblich, dass sich Lkw-Unternehmer vertraglich mit einem bestimmten Fahrzeug ausschließlich an

einen Spediteur binden, der ihnen im Gegenzug einen bestimmten Umsatz garantiert. Ein Vertragsstrafeversprechen, wonach *der Unternehmer für den Fall des Vertragsbruches eine Vertragsstrafe von 10 % auf die vereinbarte Garantiesumme für die Restlaufzeit des Vertrages schuldet, ohne dass ein konkreter Schaden nachgewiesen werden muss...* wurde vom BGH als wirksam angesehen.¹³

c. Bei Wettbewerbsverboten/ sog. Kundenschutzklauseln

Spediteure haben ein Interesse, dass die von ihnen eingesetzten Frachtführer nicht unter Umgehung des Mittlers ihre Transportleistungen direkt dem Kunden des Spediteurs anbieten. Das OLG Jena hatte sich mit einer Kundenschutzklausel auseinander zusetzen, wonach der Unternehmer bei CMR-Transporten seine Leistungen den Kunden des Spediteurs auch sechs Monate nach Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht anbieten durfte.

Bei Verstoß gegen dieses Wettbewerbsverbot wird eine Vertragsstrafe für jeden Fall des Verstoßes in Höhe von 10.000,- Euro fällig. Weitergehende Schadensersatzansprüche bleiben unberührt.

Das OLG Jena hielt diese Vertragsstrafe für unangemessen hoch und versagte ihr die Wirksamkeit. Für ein Gericht ungewöhnlich sagte das OLG Jena obiter, dass es eine Vertragsstrafe von rund 1.500,- Euro für angemessen halte.¹⁴ Von dem Mittel des § 343 BGB¹⁵, wonach eine Vertragsstrafe durch das Gericht auf das angemessene Maß zurückgeführt werden könne, konnte das OLG Jena nicht nur wegen des § 348 HGB¹⁶ keinen Gebrauch machen. § 343 BGB ist auf Individualvereinbarungen zugeschnitten und stellt die Gültigkeit der getroffenen Absprache nicht in Frage. Dem Gericht wird vielmehr nur die Befugnis eingeräumt, eine bereits verwirkte Vertragsstrafe herabzusetzen, sofern die besonderen Umstände des Einzelfalls dies gebieten; zusätzlich bedarf es eines entsprechenden Antrags des Schuldners¹⁷. Darauf abgestimmt ist die Vorschrift des § 348 HGB, die im kaufmännischen Bereich ebenfalls nur individuell ausgehandelte Strafversprechen betrifft. Demgegenüber sind Vertragsstrafeklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen typischerweise einseitig gestaltet. Sie unterliegen im Rahmen der Billigkeitsprüfung der richterlichen Inhaltskontrolle, die nicht erst an die verwirkte, sondern bereits an die vereinbarte Strafe anknüpft und von Amts wegen vorzunehmen ist. Die Billigkeitsprüfung orientiert sich dabei nicht, wie § 343 BGB vorsieht, an den Besonderheiten der jeweiligen Vertragsbeziehung; viel-

9 Pokrant, *Gran*, Transport- und Logistikrecht, 10. Aufl., S. 249 f.

10 Vgl. zum Beispiel OLG Köln vom 19. 8. 2003 – 3 U26/03 – zitiert nach BeckRS 2008, 26317.

11 Pokrant, *Gran*, a. a. O.; *Pulverich, Schietinger*, Service Levels in der Logistik 2007, S. 49.

12 Vgl. den Fall des LAG Berlin – 9 Sa 71/85, zitiert nach BeckRS 1985, 30903241.

13 BGH NJW-RR 1988, 39.

14 OLG Jena, 26. 11. 2008 – 7 U 329/08 – zitiert nach BeckRS 2009, 01159.

15 § 343 Abs. 1 Satz 1 BGB: »Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden.«

16 Nach § 348 HGB findet § 343 BGB bei Vertragsstrafeversprechen im Rahmen von Handelsgeschäften (»im Betriebe eines Kaufmannes«) keine Anwendung.

17 BGH, NJW 1968, 1625 = WM 1968, 799 (800).

mehr werden die allgemeinen Verhältnisse der üblicherweise an dem jeweiligen Vertrag Beteiligten berücksichtigt. Dieser unterschiedliche Ansatz rechtfertigt eine andere Rechtsfolge. Ebenso wie unangemessene Geschäftsbedingungen allgemein als nichtig angesehen werden, führt der erhöhte Schuldnerschutz auch zur Unwirksamkeit überzogener Vertragsstrafeklauseln. Hierbei ergeben sich keine Abweichungen im Rechtsverkehr mit Kaufleuten, da diese ebenfalls gegen unbillige Geschäftsbedingungen zu schützen sind.¹⁸

d. Verspätete Übernahme

In dem Interesse, nicht mit den transportrechtlichen Verspätungshaftungen zu kollidieren¹⁹, stellen findige Versender bereits die nicht rechtzeitige Übernahme unter eine Vertragsstrafe:

Hält der Auftragnehmer den vertraglich vorgesehenen Übernahmetermin nicht ein, so fällt für den Zeitraum der Verspätung eine Vertragsstrafe in der Höhe von X % der Fracht des betroffenen Transportes an.

Im Folgenden wird zu prüfen sein, ob Vertragsstrafen für die Nichteinhaltung von Übernahmefristen mit den zwingenden und halbzwingenden Vorschriften des Transportrechtes kollidieren oder der Vertragsfreiheit – auch im Rahmen von AGB unterliegen. Ferner wird zu erörtern sein, ob eine Verhandlung über die Höhe der Vertragsstrafe diese zu einer Individualvereinbarung macht.

e. Vertragsstrafe für Verspätung

Fast als üblich sind Vertragsstrafen zu bezeichnen, die eine Verspätung unter Strafe stellen:

»Sollte der AN die genannten Fristen zuzüglich einer Karenzfrist von 5 Arbeitstagen nicht einhalten, hat der AN dem AG eine Vertragsstrafe zu zahlen, und zwar bei einer Verspätung

von 01 – 05 Tagen – 10 %

von 06 – 10 Tagen – 20 %

von 11 – 20 Tagen – 30 %

von 21 – 30 Tagen – 40 %

von 31 – 40 Tagen – 50 %

von 41 – 50 Tagen – 60 %

insgesamt (nicht kumulativ), jeweils vom Wert der Transportvergütung (See- und Landtransport) für den verspäteten Transport.«

Bei einer derartigen Gestaltung, die Beträge ansetzt, die unterhalb der Haftungsgrenzen für Verspätung von einfacher bzw. dreifacher Fracht (Art. 23 CMR bzw. § 425 HGB) liegen, stellt sich die berechnete Frage, ob es mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung vereinbar ist, derartige Beträge auch ohne Nachweis eines tatsächlichen Schadens festzulegen.

f. Frachtverdopplung

Ein Beispiel für eine Vertragsstrafe, die nicht etwa ein Versender seinem Spediteur/Frachtführer auferlegt, sondern umgekehrt ein Transportunternehmer seinem Kunde, ist die in Konnossementsbedingungen zu findende Straffrachtklausel:

»In case the particulars furnished by shipper of goods are found to be erroneous the carrier is entitled to charge double the freight which should have been charged had the particulars been furnished correctly.«

Der BGH hielt diese Klausel für wirksam.²⁰

g. Pönalen bei Verstoß gegen KPI

Logistikverträge enthalten häufig Regelungen von Service Levels, die sog. Service Level Agreements (SLA) bei denen die Dienstleistungsqualität anhand von Key Performance Indicators (KPI's) gemessen wird. KPI's sind Kennzahlen, auf deren Basis das Management die Leistung von Prozessen misst.²¹ In diesen SLA werden diese Kennzahlen als Sollkennzahlen vorgegeben und ihr Über- und Unterschreiten mit Bonus- und Malusregelungen, letztere in Form von Pönalen, unterlegt:

»1. Bei einer Transportdauer (Zeit von der Verladung bis zur Anlieferung) gemessen durchschnittlich pro Monat von 48 Stunden oder weniger, erhält der Logistik Dienstleister einen Bonus von 2 % berechnet auf die vereinbarte Standardvergütung;

2. Wenn die durchschnittliche Transportzeit mehr als 60 Stunden aber weniger als 72 Stunden ist, hat der Logistikdienstleister eine Gutschrift von 3 % seines Umsatzes für diesen Monat zu erteilen.«²²

Dabei handelt es sich wirtschaftlich wohl um nichts anderes als Pönalen für Verspätungen, die entsprechend zu bewerten sein dürften.

3. Die Rechtsnatur der Vertragsstrafe

Für die Beurteilung der Vertragsstrafe im Transportrecht kommt es maßgeblich darauf an, ob diese ihrer Rechtsnatur nach ein Schadensersatzanspruch ist und damit an den halbzwingenden und zwingenden Vorschriften des Transportrechtes für den Schadensersatz bei Verlust, Beschädigung und Verspätung zu messen ist, oder, ob es sich bei ihr um einen Rechtsbehelf eigener Art handelt, der mangels Regelung als arteigenes Rechtsinstitut unbeeinflusst von den Spezialregelungen des Transportrecht separat daneben steht und nach allgemeinen Vorschriften zu beurteilen wäre. Für letzteres könnte bereits sprechen, dass das Transportrecht keine »Strafen«, sondern nur die Schadenskompensation regelt.

Den Protokollen bei der Schaffung des BGB soll zu entnehmen sein, dass die Vertragsstrafe dem Gläubiger vorrangig als »Kompelle«, d. h. als Zwangsmittel dienen soll.²³ Dass der Gläubiger sich einen über den erwarteten Schaden hinausgehenden Strafbetrag auszubedingen berechtigt ist, bringen die Redaktoren unmissverständlich mit dem Hinweis zum Ausdruck, dass ein gewisses Maß an Härte gegen den vertragsbrüchigen Schuldner geboten sei, lediglich ein unangemessenes Recht zur Verhängung von Vermögensstrafen nicht geduldet werden könne.²⁴

18 BGH NJW 1983, 385.

19 Das OLG Naumburg (Urteil vom 15. Juni 2012 – 10 U 47/11; RdTW 2013, 357) hat eine verzögerte Ablieferung eines CMR-Transportes außerhalb der CMR angesiedelt und nach den §§ 280, 283, 311 a BGB beurteilt, weil sich die Verzögerung als Folge einer überschrittenen Ladezeit darstelle. Das dürfte zweifelhaft sein.

20 BGH vom 28. 9. 1978 – II ZR 72/76 – zitiert nach BeckRS 1978 30404776.

21 *Pulverich, Schietinger*, u. a. Service Levels in der Logistik S. 25 ff.

22 Beispiel nach *Pulverich, Schietinger*, u. a. Service Levels in der Logistik S. 42.

23 *Hess*, Vertragsstrafe, S. 24, m. w. N.

24 *Hess*, a. a. O., S. 25, m. w. N.

Doch bevor dieser dogmatischen Frage nach der Rechtsnatur der Vertragsstrafe nachgegangen wird, ist zunächst zu fragen, was eine zur Zahlung eines Geldbetrages bei Vertragsverstößen verpflichtende Klausel zu einer Vertragsstrafe oder zu einem von der Vertragsstrafe abzugrenzenden pauschalierten Schadensersatz macht.

a. Vertragsstrafe oder pauschaliertes Schadensersatz

Eine Vertragsstrafe ist anzunehmen, wenn die Zahlung des versprochenen Betrages in erster Linie die Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung sichern und auf den Vertragspartner einen möglichst wirkungsvollen Druck ausüben soll, die übernommenen Pflichten einzuhalten. Dagegen liegt eine Schadenspauschalabrede vor, wenn sie der vereinfachten Durchsetzung eines als bestehend vorausgesetzten Schadensersatzanspruches dient.²⁵ Es ist also in jedem Fall eine Auslegung einer Klausel erforderlich, wobei als maßgebliches Kriterium der Zweck der vereinbarten Zahlung sowie ihre Höhe heranzuziehen sind. Sofern bei der Vereinbarung die Sicherung der Erfüllung der Hauptverpflichtung im Vordergrund steht, ist eher von einer Vertragsstrafe auszugehen, während ein pauschaliertes Schadensersatz anzunehmen ist, wenn ein Schadensersatzanspruch vorausgesetzt wird und die Vereinbarung der Zahlungsverpflichtung die vereinfachte Durchsetzung beabsichtigt. Wenn die Höhe der vereinbarten Summe den vernünftigerweise zu erwartenden Schaden beträchtlich übersteigt, soll die Klausel nicht den Nachweis des Schadens ersparen, sondern in erster Linie die vertragsgerechte Erfüllung sichern, weshalb eine Vertragsstrafe anzunehmen ist.²⁶ Eine Vertragsstrafe setzt ihrem Wortlaut nach nicht das Bestehen eines Schadens voraus.²⁷

Die die Vertragsstrafe betreffenden Vorschriften der §§ 339 ff. BGB sind auf den pauschalierten Schadensersatz nicht anzuwenden.²⁸ Stattdessen findet § 309 Ziff. 5 BGB und zwar über § 307 BGB auch im kaufmännischen Verkehr Anwendung.²⁹

b. Zielrichtung der Vertragsstrafe

Die Vertragsstrafe ist nach den §§ 340, 341 BGB bei Nichterfüllung bzw. nicht gehöriger Erfüllung von Verbindlichkeiten verwirkt. Damit ist die Vertragsstrafe das Versprechen des Schuldners, an den Gläubiger eine Leistung zu bewirken, wenn sich der Schuldner nicht vertragsgemäß verhält. Diese Koppelung an vertragliche Leistungspflichten, die zum einen die bei der Vertragsstrafe erforderliche Akzessorietät ausmacht, deutet auf eine Ergänzung des vertraglichen Leistungsstörungenrecht hin und bestätigt die Rechtsnatur eines Sekundäranspruches. Somit ist die Vertragsstrafe ein aufschiebend bedingtes Leistungsversprechen für den Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung. Entgegen dem Wortlaut (»versprechen«) handelt es sich nicht um eine einseitige Leistungszusage, sondern um eine vertragliche und damit einvernehmliche Erweiterung der Rechte, die aus einer Nicht- oder Schlechterfüllung von vertraglichen Verpflichtungen folgen.³⁰

Dabei ist die Vertragsstrafe kein Schadensersatz im engeren Sinne. Ihre Zahlung setzt nicht zwingend einen Schaden voraus. Auf der anderen Seite ist die verwirkte Vertragsstrafe, der Mindestbetrag eines Nichterfüllungsschadens und wird bei einer Schlechterfüllung auf einen Schadensersatzanspruch angerechnet. Dieser Anrechnungszwang kann nicht durch AGB abgeändert werden.³¹

Nach fast einhelliger Auffassung liegt eine Vertragsstrafe nur dann vor, wenn ihre Vereinbarung eine Doppelfunktion erfüllt (»Bi-Funktionalität der Vertragsstrafe«). Sie muss zum einen als »Druckmittel« die Erfüllung der akzessorischen Verpflichtung absichern (sog. Beuge- oder Druckfunktion) und zum anderen dem Gläubiger einen detaillierten Schadensnachweis ersparen (Ausgleichsfunktion).³² Das Verhältnis dieser beiden Funktionen zueinander soll sich über die Entwicklung der Vertragsstrafe in der Gesetzeshistorie verändern haben. Während die Konventionalstrafe als gesetzliche Vorgängerin der Vertragsstrafe ausdrücklich die Ausgleichsfunktion bezweckte, soll die Vertragsstrafe nunmehr den Schuldner vorrangig zur Einhaltung seiner vertraglichen Verpflichtungen anhalten, während die Ausgleichsfunktion vermehrt zurücktritt.³³

Diese herrschende Auffassung verkennt allerdings, dass auch der Schadenspauschalierung eine Bi-Funktionalität zukommt. Der Gläubiger möchte auch mit seiner Schadenspauschalierung vorrangig die Erfüllung absichern. Erst wenn dieses zeitliche Primärziel verfehlt wird, soll die Pauschale den erwarteten Schaden ausgleichen.³⁴

Es wundert deshalb nicht, wenn *Fischer* die Auffassung vertritt, dass es sich beim pauschalierten Schadensersatz gar nicht um ein von der Vertragsstrafe zu unterscheidendes Institut handelt, die Schadenspauschale vielmehr in der Vertragsstrafe aufgehe.³⁵

Auf der anderen Seite kann der Schadensausgleich kein bestimmendes Element der Vertragsstrafe sein, wenn beispielsweise eine Regelung, wonach bei einem verzögerten Transport ein bestimmter Betrag an eine gemeinnützige Einrichtung zu zahlen ist, nach allgemeiner Auffassung auch als Vertragsstrafe anzusehen ist.³⁶ Die Funktion des Schadensausgleiches ist hier keineswegs nur in den Hintergrund gedrängt, eine solche Abrede besitzt vielmehr keinerlei Schadenersatzfunktion.³⁷ Wenn Rechtsprechung und Literatur dennoch nicht am Vorliegen einer Vertragsstrafe zweifeln, so liegt dies darin begründet, dass diese Absprachen durch die für die Vertragsstrafe als wesensbestimmt bezeichnete Funktion der Erfüllungssicherung geprägt werden.³⁸

Wenn demnach eine Vertragsstrafe abzulehnen ist, wenn ihr die auf Erfüllungssicherung zielende Druckfunktion fehlt, aber auf der anderen Seite nach allgemeiner Auffassung von einer Vertragsstrafe gesprochen wird, wenn sie keinerlei Schadensersatzfunktion besitzt, dann kann letztere nicht wesensbestimmend für das Institut der Vertragsstrafe sein.³⁹

Deshalb bietet sich an, den Vorrang der einen oder ande-

25 BGHZ 49, 84 (89) = NJW 1968, 149; BGHZ 63, 256 (259) = NJW 1975, 163; BGH, NJW 1970, 29 (32).

26 *Oberhauser*, Vertragsstrafe – ihre Durchsetzung und Abwehr, 2003, S. 5, m. w. N.

27 BGH NJW 1983, 1542.

28 BGH NJW 1992, 2625.

29 *Palandt*, *Grüneberg*, 72. Aufl., Rn. 38 zu § 309 BGB.

30 BGH NJW-RR 2006, 1477.

31 *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl., S. 659, m. w. N.

32 BGHZ 105, 27.

33 *Hess*, Die Vertragsstrafe S. 27.

34 *Hess*, Die Vertragsstrafe, S. 163.

35 *Fischer*, Vertragsstrafe, S. 175.

36 Vgl. *Hess*, a. a. O., S. 165, m. w. N.

37 Vgl. *Hess*, a. a. O., S. 165.

38 *Hess*, S. 165.

39 Vgl. *Hess*, a. a. O., S. 165.

ren Funktion von der beabsichtigten Zielrichtung der konkret vereinbarten Regelung abhängig zu machen. Wenn im Transportrecht in einem Vertrag mit einem Spediteur die Einhaltung von bestimmten Laufzeiten von Verschiffungen durch Vertragsstrafen abgesichert werden soll, dann weiß der Absender in aller Regel, dass die Einflussnahme des Spediteurs erheblich eingeschränkt ist. Eine derartige Vereinbarung zielt somit ersichtlich auf die Erleichterung des Schadensnachweises, der bei Verzögerungsfällen regelmäßig schwer zu führen ist. Vereinbaren die Parteien als KPI beispielsweise eine Zielgröße von nicht mehr als 0,5 % Schadensquote bei den transportierten Sendungen, deren Überschreitung mit einer Vertragsstrafe belegt wird, dann ist die Zielrichtung die »Druckfunktion« bzw. Bestrafungsfunktion, weil die Schäden ohnehin – unter Anrechnung der Vertragsstrafe – erstattet werden.

c. Folgerungen für das Transportrecht

Wenn also von einer Vertragsstrafe auch dann gesprochen werden kann, wenn die betreffende Klausel keinerlei Schadensausgleichsfunktion besitzt, dann verbietet sich eine generalisierende Betrachtung der Bedeutung einer Vertragsstrafe für das Transportrecht. Vertragsstrafe und Transportrecht können nur dann kollidieren, wenn der konkrete Deckungsbereich der Vertragsstrafe das Transportrecht zumindest teilweise überlagert. Deshalb ist die Qualifikation einer Klausel als Vertragsstrafe oder pauschalierter Schadensersatz für die Zwecke des Transportrechtes nicht hilfreich. Entscheidend ist der materielle Inhalt der Klausel und seine Vereinbarkeit mit den zwingenden und halbzwingenden Vorschriften des Transportrechtes.

4. Beurteilung der Beispielsklauseln

a. Geheimhaltung und Ausschließlichkeit/ Kundenschutz

Die Vertragsstrafen bei Geheimhaltungsvereinbarungen, Ausschließlichkeit und Kundenschutz enthalten, auch wenn sie in einem transportrechtlichen Umfeld angesiedelt sind, keine Überschneidung mit transportrechtlichen Spezifika. Sie sind nach allgemeinen Regeln zu beurteilen, wie dies die angerufenen Gerichte getan haben.

b. Verzögerte Übernahme

Anders kann es bei Klauseln sein, die die Nichteinhaltung von Beladeslots sanktionieren.

Das deutsche Transportrecht und insbesondere der Frachtvertrag unterliegen innerhalb der Grenzen der §§ 449, 451 h, 452 d HGB; §§ 134, 138, 305 ff. BGB der Inhaltsfreiheit. Dabei betrifft die Haftung des Frachtführers für Verlust, Beschädigung und Verspätung den Zeitraum von der Übernahme des Gutes bis zur Ablieferung. Der Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Übernahme des Gutes wird mit einigen Ausnahmen von dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht der §§ 280 ff., 323 BGB bestimmt.⁴⁰

Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für die Einhaltung eines vereinbarten Übernahmetermins wird als zulässig angesehen. Sie soll allein nach den Regelungen der §§ 305 ff. BGB überprüft werden.⁴¹ Diese Auffassung ist in ihrer Allgemeinheit nicht überzeugend. Entscheidend dürfte sein, welche

»Druckfunktion« und »Schadenskompensation« die Parteien bezwecken. Geht es allein darum, durch die rechtzeitige Übernahme eine Verspätung und damit den Eintritt eines Schadens nach Übernahme (§ 425 HGB) zu verhindern, dann soll mit der Vertragsstrafe das Haftungssystem der §§ 425 ff. HGB ergänzt bzw. sogar verstärkt werden. In derartigen Fällen, dürfte die Vertragsstrafe vorrangig nach § 449 Abs. 2 HGB zu überprüfen sein. So sind Schäden, die daraus resultieren, dass das Gut nicht innerhalb der Lieferfrist (§ 423 HGB) bei Empfänger ankommt, ausschließlich im Rahmen der §§ 425 ff. HGB zu liquidieren. Vertragsstrafen mit einer derartigen auf Rechtzeitigkeit der Leistung zielenden Druckfunktion sind deshalb ebenso zu behandeln, wie Vertragsstrafen, die ausdrücklich Verlust, Beschädigung und Verspätung zusätzlich zu den §§ 425 ff. HGB mit einer Geldstrafe belegen.⁴²

Damit sind allein Vertragsstrafen für Beladeverzögerungen nach den §§ 305 ff. BGB zu beurteilen, die den Frachtführer deshalb zu einer zeitgerechten Übernahme der Güter anhalten wollen, weil ansonsten höhere Lager-, Umschlags- im Terminal oder gar Liegegelder von anliefernden Binnen- oder Seeschiffen entstehen.

Unterfällt die Vertragsstrafe nach Auslegung den §§ 305 ff. BGB, ist zu prüfen, ob der Bestimmtheitsgrundsatz eingehalten und die Höhe zulässig ist. Bei der Höhe ist zu beachten, dass diese nach oben gedeckelt sein muss und eine Kumulation mit anderen Vertragsstrafen unzulässig ist. Außerdem darf die Notwendigkeit eines Vorbehaltes nicht ausgeschlossen werden. Dabei kommt es im wesentlichen auf vier Kriterien an: das Transparenzgebot (1), die Höhe der Vertragsstrafe pro Tag und insgesamt (2) der Vorbehalt bei der Annahme der Leistung (3) sowie die Anrechnung auf einen sich aus dem gleichen Lebenssachverhalt ergebenden Schadensersatzanspruch (4).

Der Bundesgerichtshof hat für das Baugewerbe in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003⁴³ eine Höchstgrenze von 5 % der Auftragssumme für eine Vertragsstrafe festgelegt. Die Strafe müsse im Hinblick auf die Druck- und Ausgleichsfunktion in einem angemessenen Verhältnis zu der Vergütung stehen und ihr Sinn dürfe nicht in der Begründung neuer Einnahmequellen liegen. Die Druckfunktion müsse sich für den Auftragnehmer wirtschaftlich vernünftigen Grenzen halten. Angesichts einer Umsatzrendite von 5 % im Baugewerbe dürfe die Vertragsstrafe ohne sonstigen Schadensnachweis maximal die Gewinnmarge abschöpfen.

Projiziert man diese Rechtsprechung auf das Transportgewerbe, dann müsste die Vertragsstrafe noch unterhalb der 5 % liegen, da im Transportgewerbe von Umsatzrenditen von 1 bis 2 % gesprochen wird.⁴⁴ Dennoch rechtfertigt nicht nur die Ergänzungsfunktion des Werkvertragsrechtes für das Transportrecht, die zu Vertragsstrafen bei Bauverträgen ergangene Rechtsprechung auch für die Beurteilung von Vertragsstrafen für sanktioniertes Verhalten vor Übernahme nutzbar zu machen. Das Ungleichgewicht zwischen Nachfrager und Anbieter ist im Speditions- und Frachtbereich mit

40 Vgl. *Koller*, Transportrecht, 7. Aufl., Rn. 82 ff. zu § 407 HGB.

41 *Koller*, a. a. O., Rn. 109; OLG Celle, TranspR 2005, 261, das allerdings die Vertragsstrafe als zu unbestimmt ablehnt.

42 A. A. OLG Naumburg, Fn. 19.

43 BGHZ 153, 311 ff.

44 Verkehrsrundschau vom 22. März 2013 »Geringe Renditen für Transportdienstleister« (www.verkehrsrundschau.de).

den Wettbewerbsverhältnissen in der Baubranche durchaus vergleichbar. Auch im Speditionsbereich treffen die Nachfrager auf harten Wettbewerb, der ihnen ermöglicht, einige Vertragskonditionen als gleichsam alternativlos durchzusetzen. Der vom Bundesgerichtshof angesprochene Schutz der Bauunternehmern vor durch überhöhte Vertragsstrafen verursachte Liquiditätsengpässe trifft ebenso auf die Speditionsgesellschaften zu.

Die vom Bundesgerichtshof angenommenen 5 % wurden dabei im Umfeld des allgemeinen Zivilrechtes festgelegt, in dem es für Schadensersatzansprüche grundsätzlich keine Haftungsbeschränkungen gibt. Deshalb kann die Haftungsbegrenzung des § 431 Abs. 3 HGB, die die Haftung auf den dreifachen Betrag der Fracht beschränkt, nicht nutzbar gemacht werden, zumal die Rechtsfolgen bei der verzögerten Übernahme dem allgemeinen Zivilrecht unterfallen und somit die Haftungsbegrenzungen dort keine Bedeutung besitzen.

Unter Berücksichtigung der durch die vereinbarte Vertragsstrafe bezweckten Druckfunktion, dürfte deshalb eine max. Höhe von 5 % der Fracht bei verzögerter Übernahme nicht überschritten werden.

c. Sanktionen für Verspätungen

aa. Bei nationalen Landtransporten

Die Haftung für Schäden aus Verspätungen, also die Überschreitung von Lieferfristen, ist nach § 431 Abs. 3 HGB auf die dreifache Fracht beschränkt. Von dieser Haftungsbeschränkung kann nach § 449 Abs. 2 HGB nur durch qualifizierte Individualvereinbarung abgewichen werden. Bei einer Klausel, die der Höhe nach hinter der 3-fachen Fracht zurückbleibt, liegt keine Abweichung der Höhe nach vor. Allerdings weicht eine derartige Klausel von § 425 HGB ab, der für die Grundlage der Haftung einen Schaden fordert, der bei einer Vertragsstrafenklausel eben nicht vorausgesetzt wird. Die Klausel würde also von dem Erfordernis eines Schadens abweichen, was ausschließlich durch eine qualifizierte Individualvereinbarung möglich wäre. Ohne qualifizierte Individualvereinbarung ist eine derartige Klausel also nichtig. Dies gilt im übrigen auch bei qualifiziertem Verschulden, denn § 435 HGB beseitigt lediglich die Haftungsbefreiungen und -grenzen nicht jedoch den in § 425 HGB geforderten nachgewiesenen Schaden.⁴⁵ Von § 425 HGB kann demnach ausschließlich durch qualifizierte Individualvereinbarung abgewichen werden.

In der Praxis gibt der Versender in aller Regel einen Prozentsatz vor oder lässt diesen im Rahmen von Ausfüllklauseln offen. Selbst wenn die Parteien – meistens vehement – über die Höhe der Vertragsstrafe streiten und diese vielleicht auch individuell aushandeln, verhandeln sie in aller Regel nicht über das Grundproblem der Vertragsstrafeklauseln, nämlich über den Verzicht auf den Nachweis eines Schadens. Da § 449 II HGB ein Verhandeln über die konkret in § 449 I HGB »genannten Vorschriften« verlangt, muss also über die Abbedingung des nach § 425 HGB geforderten aktuellen Schaden verhandelt werden, um überhaupt in den Bereich einer qualifizierten Individualvereinbarung zu kommen. Da die Verwender diesen Grundsatz der Vertragsstrafe, den Schaden nicht nachweisen zu müssen, nicht abweichen wollen, stellen sie diesen auch nicht ernsthaft zur Disposition, was die Annahme einer Individualvereinbarung entfallen lässt. Derartige Klauseln sind mithin unwirksam, selbst wenn über die Höhe verhandelt wurde.

bb. CMR

Vielleicht überraschend, ist die Zulässigkeit von Vertragsstrafen im Bereich der CMR strittig. Während *Thume* eine Zulässigkeit für Regelungsbereiche, die nicht der CMR unterliegen, wie beispielsweise die Übernahme, annimmt,⁴⁶ sieht *Jesser-Huß* die Vertragsstrafen grundsätzlich außerhalb der CMR und lässt ihre Zulässigkeit allein nach nationalem Recht beurteilen. Für sie ist der präventive Charakter und damit die » Druckfunktion« im Vordergrund, die die Vertragsstrafe aus dem Regelungsbereich der CMR nimmt und sie dem nationalen Recht zuweist.⁴⁷

Doch auch im Bereich der CMR gilt, dass der Frachtführer bei einem Überschreiten der Lieferfrist nur dann eine Entschädigung bis zur Höhe der Fracht zu zahlen hat, wenn ein Schaden entstanden ist (Art. 23 Abs. 5 CMR). Regelungen, die den Frachtführer zu einer Zahlung verpflichten, selbst wenn kein Schaden aufgetreten ist, erweitern die Zahlungsverpflichtung für den gleichen Anlass, nämlich die Überschreitung der Lieferfrist, und sind deshalb nach Art. 41 CMR nichtig.⁴⁸

cc. CIM

Art. 33 § 6 CIM gestattet im internationalen Eisenbahntransport ausdrücklich, dass die Parteien eine schadensunabhängige Pauschalentschädigung (Vertragsstrafe) oder – bei Verkürzung der gesetzlichen Lieferfrist – eine niedrigere Höchstentschädigung als das Vierfache der Fracht vereinbaren. Ist in einem solchen Fall nicht nur die vereinbarte, sondern auch die gesetzliche Lieferfrist überschritten, so kann der Berechtigte entweder die vereinbarte oder die in Art. 33 CIM vorgesehene gesetzliche Entschädigung verlangen.⁴⁹

dd. Internationaler Lufttransport

Sowohl das Warschauer Abkommen (WA) wie auch das Montreal Übereinkommen (MÜ) sind lediglich einseitig zwingend.⁵⁰ Demnach kann die in den Übereinkommen geregelte Haftung des Luftfrachtführers nicht gegenüber den Regelungen der Übereinkommen reduziert, aber erweitert werden. Da die Vertragsstrafe für die Nichteinhaltung von vertraglichen Lieferfristen neben die Verspätungshaftung der Übereinkommen tritt und diese nach deutschem Verständnis einer Vertragsstrafe weder begrenzt noch ausschließt, bestehen keine Bedenken gegen die Vereinbarung einer Vertragsstrafe im internationalen Lufttransportrecht. Die Vertragsstrafe ist somit nach den §§ 305 ff. BGB zu überprüfen, wenn neben den Übereinkommen deutsches Recht zur Anwendung kommt.

45 A. A. *Koller*, Transportrecht, 7. Aufl., Rn. 17 zu § 431 HGB.

46 *Thume, Schmid*, CMR, 2. Aufl., Rn. 12 zu Art. 41 CMR; so auch *Koller*, a. a. O., Rn. 64 zu Art. 17 CMR.

47 *Jesser-Huß*, MüKo, Transportrecht, 2. Aufl., Rn. 97 zu Art. 17 CMR und Rn. 14 zu Art. 26 CMR.

48 So auch *Otte* in *Ferrari* u. a. Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 28 zu Art. 26 CMR, der jedoch – insofern widersprüchlich – in Rn. 37 zu Art. 17 CMR eine Vertragsstrafe bei einer Lieferfristüberschreitung wegen ihres präventiven Charakters für möglich hält; auch für Nichtigkeit OLG München, TranspR 1985, 395.

49 *Freise* in MüKo, Transportrecht, 2. Aufl., Rn. 8 zu Art. 33 CIM.

50 Vgl. *Krins*, Der Umfang des zwingenden Charakters des deutschen Transportrechts, S. 73.

ee. Internationaler Seetransport

Das Recht des Seetransportes ist nach der Reform des Seehandelsrechtes zu Lasten des Verfrachters einseitig zwingend. Der Verfrachter haftet bei Verlust und Beschädigung innerhalb des durch § 504 HGB vorgegebenen Haftungsrahmens. Dass das Seehandelsrecht nur eine Haftung für Verlust und Beschädigung vorsieht, führt nicht zu dem Schluss, dass für Verspätung nicht gehaftet wird. Die Verspätungshaftung regelt sich vielmehr – bei Anwendung deutschen Rechtes – nach den allgemeinen Vorschriften des BGB.⁵¹ Anders als nach früherem Recht ist der Reeder auch für Verschulden bei Feuer und nautische Fehler seiner Leute haftbar. Es wird ihm allerdings die Möglichkeit eingeräumt, diese Haftung durch AGB, also Bedingungen auf Seefrachtbriefen oder in Konnossementen, wirksam zu beschränken (auf eigenes Verschulden). Ansonsten bleibt den Parteien eine qualifizierte Individualvereinbarung, mit der sämtliche Haftungsregelung und sonstige Vorschriften des Seehandelsrecht zur Disposition gestellt werden können. Diese ist auszuhandeln und kann dann aber im Form von Rahmenverträgen für eine Mehrzahl von Einzelverträgen und Verschiffungen zur Anwendung kommen. Der Befrachter kann seinerseits durch AGB (Verschiffungsbedingungen) über die Haftungsbegrenzungen des § 504 HGB hinausgehen, was Großversender sicherlich tun werden. Deshalb sind – wie bisher – Vereinbarungen, die die Haftung des Reeders erweitern und/oder dem Reeder eine Vertragsstrafe auferlegen, wenn er nicht zügig den Transport durchführt und abschließt, möglich aber vollkommen unüblich und werden von den Reedern auch nicht akzeptiert. Anders sieht es bei den Spediteuren aus, die als Fixkostenspediteur nach § 459 HGB die Rechte und Pflichten eines Verfrachters haben. Diese gehen gerade bei Projektladung derartige Vertragsstrafen ein, die bei einer reinen Seereise, die der Privatautonomie unterliegt, nur nach den §§ 305 ff. BGB zu überprüfen sind.

ff. Multimodaltransporte

Vorstehend wurde festgestellt, dass die Zulässigkeit von Vertragsstrafen, die im Fall von Verspätungen – ohne Nachweis eines Schadens – eine Zahlung an den Vertragspartner vorsehen, abhängig von dem Beförderungsmittel unterschiedlich eingeordnet wird. So ist eine Vertragsstrafe für eine Verspätung im Landtransport unwirksam, während Luft-, See- und Eisenbahntransporte durchaus Vertragsstraferegelungen zulassen.

Beim Multimodaltransport gelten die Gedanken des sog. Network-Prinzips, wonach sich die Haftung nach der Teilstrecke richtet, auf der der Schaden oder die Verspätung eingetreten ist (§ 452 a HGB).

Einer Vertragsstrafenklausel, die die Lieferfristüberschreitung – insgesamt – bei einem Multimodaltransport unter Strafe stellt, der auch eine dem deutschen Recht unterliegende Teilstrecke auf Land enthält, ist bei der gebotenen abstrakten Betrachtung dann die Wirksamkeit abzusprechen, wenn die konkrete Verzögerung im Bereich des See- oder Lufttransportes eintritt. Eine Zuordnung ist in einer derartigen Klausel nicht vorgesehen, so dass sie bei der gebotenen abstrakten und generalisierenden Betrachtung einen Bereich abdeckt, nämlich den Landschadensbereich, in dem die Vertragsstrafen für Verspätungen unwirksam sind. Aufgrund des Verbotes der geltungserhaltenen Reduktion, kann die Klausel nicht auf den Bereich reduziert werden, in dem Vertragsstrafen nicht gegen die zwingenden und halbzwingenden Vorschriften des Transportrechtes verstoßen.

Deshalb ist zu empfehlen, bei Vertragsstraferegelungen, die Lieferfristüberschreitungen bei Multimodaltransporten sanktionieren sollen, die Lieferfristen und ihre Sanktionen auf Teilstreckenbereiche zu konkretisieren, auf denen Vertragsstrafen möglich sind.

d. Vertragsstrafen auf KPI's im Logistikbereich

Die Haftung im Lagerbereich nach § 475 HGB ist grundsätzlich dispositiver Natur. Ein dem § 449 HGB entsprechende Regelung besteht nicht, so dass grundsätzlich das Nichterreichen von Leistungskennzahlen im Lager- und Logistikbereich, jedoch beschränkt auf die Tätigkeit im Lager, durchaus mit Vertragsstrafen sanktioniert werden können.

Dies ändert sich maßgeblich, wenn Auslieferungstransporte hinzukommen. Dort gilt bei Lieferfristüberschreitung das bereits vorstehend Gesagte. Interessant wird es jedoch, wenn beispielsweise unter ausdrücklicher Aufnahme der Verpflichtung zur schadensfreien Beförderung, die Überschreitung von gewissen Schadensquoten im Rahmen von KPI's unter »Strafe« gestellt werden. In diesen Fällen dient die Vertragsstrafe nicht der Schadenskompensation, denn diese erfolgt im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen und Haftungsgrenzen ohnehin. In dieser Konstellation besitzt die Vertragsstrafe ihre ursprüngliche Funktion einer »Kompelle« und damit einer Privatstrafe, mit der der Dienstleister unabhängig und neben einem Schadensausgleich zu vertragsgrechtem Handeln angehalten werden soll. Dieser Vorrang des Präventivgedanken rechtfertigt es, eine Vertragsstrafe nicht an § 449 HGB zu messen, sondern als eigenständige Regelung neben dem Transportrecht allein nach Maßgabe der §§ 307 ff. BGB zu überprüfen.

Zusammenfassung und Ergebnis

Die Vertragsstrafen im Transportrecht stellen sich als ausgesprochen facettenreich dar. Ihre Wirksamkeit ist insbesondere in Bereichen problematisch, in denen die Vertragsstrafe ein Verhalten sanktioniert, das zumindest in Teilen mit den zwingenden und halbzwingenden Haftungsregelungen des Transportrechtes deckungsgleich ist. Eine Überprüfung nur nach allgemeinen AGB-rechtlichen Regelungen kommt allerdings dort in Betracht, wo die Schadenskompensation zurücktritt und das überwiegende Schwergewicht der Klausel auf der Erfüllungssicherung und damit in dem Anreiz zu vertragsgrechtem Verhalten liegt. Mit einer derartigen Zielrichtung verlässt die Vertragsstrafe den Regelungsbereich des Transportrechtes und ist damit allein nach allgemeinen Regeln des nationalen Rechtes zu beurteilen.

51 HOLG Hamburg, Urteil vom 13. 1. 2011 – 6 U 150/09 (zitiert nach BeckRS 2011, 07060). Insofern hat sich die Rechtslage durch die Reform des Seehandelsrechtes nicht geändert.