

DURCHSETZUNG DER VERGÜTUNG AM BAU

**Kanzlei am
Steinmarkt**

RECHTSANWÄLTE
FACHANWÄLTE

Kanzlei am Steinmarkt
Steinmarkt 12
93413 Cham

Dr. Andreas Stangl | Rechtsanwalt

Fachanwalt Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Telefon: 0 99 71 / 85 40 – 0
Telefax: 0 99 71 / 4 01 80
E-Mail: info@kanzlei-am-steinmarkt.de

Durchsetzung der Vergütung am Bau

Inhaltsverzeichnis

Musterverzeichnis/Texte	03
1. Einleitung	04
2. Werklohnforderung im Bauablauf	05
3. Abrechnung, Zahlung allgemein	06
3.1. Prüfbarkeit der Rechnung	07
3.2. Zahlungsansprüche des Auftragnehmers	10
4. Abschlagsrechnung	11
4.1. Die Voraussetzung der Abschlagsrechnung	11
4.2. Die Durchsetzung und Sicherung der Abschlagsrechnung	14
4.2.1. Arbeitseinstellung, § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B	15
4.2.1.1. Bedeutung für die Praxis	15
4.2.1.2. Voraussetzungen der Arbeitseinstellung	15
4.2.1.3. Einwendungen des Auftraggebers	16
4.2.2. Unsicherheitseinrede, § 321 BGB	19
4.2.2.1. Bedeutung in der Praxis	19
4.2.2.2. Voraussetzungen der Unsicherheitseinrede	20
4.2.3. Entfernung Baumaterial, § 985 BGB	22
4.2.4. Sicherungshypothek, § 648 BGB	23
4.2.4.1. Bedeutung für die Praxis	23
4.2.4.2. Vereinbarung der Sicherheit	24
4.2.4.3. Stellung der Sicherheit	24
4.2.4.4. Verwertung der Bauhandwerkersicherungshypothek	28
4.2.5. Bauhandwerkersicherung, § 648a BGB	29
4.2.5.1. Bedeutung für die Praxis	30
4.2.5.2. Vereinbarung der Sicherheit	31
4.2.5.3. Stellung der Sicherheit	32
4.2.5.4. Rechtsfolgen der Nichtstellung	38
4.2.6. Kündigung, § 9 Abs. 1 b) VOB/B	40
4.2.6.1. Bedeutung für die Praxis	40
4.2.6.2. Voraussetzungen der Kündigung nach VOB/B	41
4.2.7. Sperrkonto, § 17 Abs. 6 VOB/B	42
4.2.7.1. Bedeutung für die Praxis	42
4.2.7.2. Voraussetzungen der Sperrkontoeinzahlung	42
4.3. Fehlerquellen bei Abschlagsrechnung	44
5. Abnahme	47
5.1. Rechtswirkungen der Abnahme	47
5.2. Abnahmeformen	50
5.3. Fehlerquellen bei Abnahme	55

6.	Schlussrechnung	58
6.1.	Die Voraussetzungen der Schlussrechnung	58
6.2.	Die Durchsetzung und Sicherung der Schlussrechnung	60
6.2.1.	Unsicherheitseinrede, § 321 BGB	60
6.2.1.1.	Bedeutung für die Praxis	61
6.2.1.2.	Voraussetzungen der Unsicherheitseinrede	61
6.2.2.	Entfernung Baumaterial, § 985 BGB	64
6.2.3.	Sicherungshypothek, § 648 BGB	65
6.2.3.1.	Bedeutung für die Praxis	65
6.2.3.2.	Vereinbarung der Sicherheit	66
6.2.3.3.	Stellung der Sicherheit	66
6.2.3.4.	Verwertung der Bauhandwerkersicherungshypothek	70
6.2.4.	Bauhandwerkersicherung, § 648a BGB	71
6.2.4.1.	Bedeutung für die Praxis	71
6.2.4.2.	Vereinbarung der Sicherheit	73
6.2.4.3.	Stellung der Sicherheit	74
6.2.4.4.	Rechtsfolgen der Nichtstellung	80
6.2.5.	Sperrkonto, § 17 Abs. 6 VOB/B	82
6.2.5.1.	Bedeutung für die Praxis	82
6.2.5.2.	Voraussetzungen der Sperrkontoeinzahlung	82
6.3.	Fehlerquellen bei Schlussrechnung	84
7.	Zusammenfassung	87

Musterverzeichnis/Texte

MUSTER	: Stellung einer Sicherheit nach § 321 BGB	088
MUSTER	: Nachfristsetzung nach § 321 BGB	089
MUSTER	: Antrag auf einstweilige Verfügung wegen Eintragung einer Vormerkung zu einer Bauhandwerkersicherungshypothek	090
MUSTER	: Sicherungsverlangen nach § 648a BGB	093
TEXTE	: BGB	094
	BGB (Werkvertrag)	113
	VOB/B 2012	118

Durchsetzung der Vergütung am Bau

1. Einleitung

Sinn und Zweck des Seminars ist es, dem Auftragnehmer die Möglichkeiten der Durchsetzung und Sicherung der eigenen Werklohnforderung am Bau darzustellen. Dazu ist ein Basiswissen unabdingbar. Wer heute am Bau erfolgreich tätig sein will, muss nicht nur handwerkliche Erfahrung besitzen, sondern zudem auch rechtliche Grundlagen beherrschen.

Der Schwerpunkt der Darstellung liegt dabei nicht nur bei den Voraussetzungen für die Durchsetzung einer Abschlags- und Schlusszahlungsrechnung, sondern auch bei flankierenden Maßnahmen, um dieses Ziel zu fördern bzw. abzusichern. Diese können reichen von der bloßen Ausübung eines Drucks, z. B. Arbeitseinstellung, der Absicherung der Werklohnforderung bis hin zur Beendigung des Werkvertrags.

Entscheidend ist, dass der Auftragnehmer „Wissenslücken“ schließt und frühzeitig und konsequent seine Möglichkeiten nutzt.

Cham, den 9. März 2015

Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl

- Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

- Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Freizeichnung:

Dieses Skript wurde in bestmöglicher Sorgfalt erstellt. Es kann aber nicht das Spruchmaterial aller deutschen Gerichte berücksichtigen. Folglich ist je nach den Einzelfallumständen mit abweichenden Gerichtsentscheidungen zu rechnen. Hinzu kommen technische Neu- bzw. Weiterentwicklungen. Der Autor übernimmt hinsichtlich Sach- und Vermögensschäden keinerlei Gewährleistung für evtl. vorhandene Unvollständigkeiten, ungenaue Angaben oder Fehler sowie hinsichtlich einer Änderung von Gesetzen, Rechtsprechung, Vorschriften, technischen Normen und Regeln.

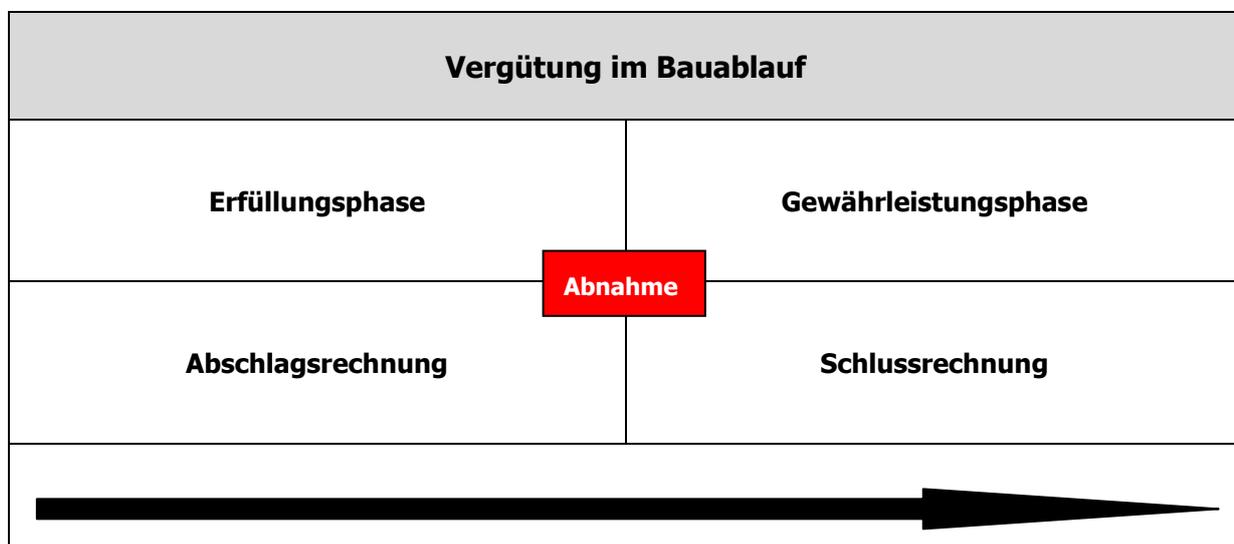
Die Verwendung dieses Skripts oder einzelner Teile davon geschieht ausschließlich auf eigene Verantwortung des Erwerbers oder Verwenders.

Dieser vorstehende Haftungsausschluss gilt nicht, soweit die vorgenannten Mängel bzw. Risiken auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Autors zurückzuführen sind.

2. Werklohnforderung im Bauablauf

Die Werklohnforderung am Bau unterliegt im Bauablauf Veränderungen. Der Bauablauf untergliedert sich in die „Erfüllungsphase“ und die „Gewährleistungsphase“. Diese Phasen werden getrennt durch die Abnahme, die Dreh- und Angelpunkt am Bau ist. Vor der Abnahme darf der Auftragnehmer die Vergütung nur als Abschlagsrechnung, nach der Abnahme darf der Auftragnehmer die Vergütung nur als Schlussrechnung gegenüber dem Auftraggeber geltend machen.

Nachfolgende Übersicht verdeutlicht den „Wandel“ der Vergütungsforderung:



Die nachfolgenden Ausführungen sind entsprechend dem Bauablauf gegliedert, d. h. in:

- Abschlagsrechnung
- Abnahme
- Schlussrechnung

Dabei werden zunächst Abrechnung und Zahlung allgemein, sodann die Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen Rechnungstypen, d. h. Abschlagsrechnung und Schlussrechnung, dargestellt und erläutert, d. h. wie die Werklohnforderung des Auftragnehmers durchgesetzt bzw. gesichert werden kann.

3. Abrechnung, Zahlung allgemein

Im Bauvertrag sollten nicht nur der Preis und die Leistung vereinbart sein. Es sollten zusätzlich auch weitere Zahlungsmodalitäten geklärt werden.

Die Vereinbarung eines Zahlungsplans hat besonders für den Auftragnehmer erhebliche Bedeutung. Nach dem BGB ist der **Auftragnehmer vorleistungspflichtig**. Erst Leistung, dann Geld! Dies führt bei längeren Bauvorhaben zu erheblichen **Risiken** für den **Auftragnehmer**. Grundsätzlich gibt es erst nach Abnahme gem. BGB eine Vergütung, sofern die Leistung mangelfrei ist. Der Auftragnehmer hat hier Handlungsbedarf bei der Vertragsgestaltung.

Die Abrechnung der Bauleistungen kann im Bauvertrag erfolgen als:

- Abschlagsrechnung
- Teilschlussrechnung
- Schlussrechnung

Für die Abrechnung und die Voraussetzungen für eine Zahlung sind in der **VOB/B** an verschiedenen Stellen **Grundsätze** formuliert.

Aus diesen Bestimmungen lassen sich für alle Rechnungen folgende Regeln für die Abrechnung ableiten:

HINWEIS:

Die Abrechnungen müssen klar, eindeutig und nachprüfbar sein.

Für die **praktische Tätigkeit** bedeutet dies:

- der Rechnungsempfänger muss bei der Prüfung sicher die erbrachte Leistung mit der berechneten Leistung vergleichen können,
- der Rechnungsempfänger muss sich sicher sein, dass eine bestimmte Leistung nur einmal berechnet wurde und nicht mit Hilfe anderer Worte ein zweites Mal beschrieben und berechnet wird,
- in Abhängigkeit von der Fachkompetenz des Rechnungsempfängers muss er die Rechnung verstehen können.

HINWEIS:

Die Abrechnung muss auf der Grundlage von (möglichst gemeinsamen) Feststellungen erfolgen.

Das erfordert:

- eine baubegleitende Dokumentation der später verdeckten Arbeiten
- eine Dokumentation von Leistungen, die sich der späteren Feststellung entziehen (z.B. Abbruch von Bauteilen kann nach der Leistung nicht mehr aufgemessen werden)
- einen sicheren Nachweis der Anspruchsgrundlagen für die Abrechnung (hierzu gehören neben dem Bauvertrag vor allem die Ankündigungen von Mehrvergütungsansprüchen aus Mehrleistungen, geänderten Leistungen und Behinderungen sowie die Grundlagen für die Bildung neuer Einheitspreise bei Mengenminderungen),
- eine formgerechte Dokumentation über die Ausführung von Stundenlohnarbeiten (vertragliche Grundlage, Ankündigung von Stundenlohnarbeiten, Stundenlohnzettel mit Rücklauf),
- die Vereinbarung und Nutzung eindeutiger Aufmaßregeln (z.B. nach VOB/C)

3.1. Prüfbarkeit der Rechnung

In § 14 VOB/B sind die Mindestanforderungen an die Abrechnung von Leistungen geregelt. Daneben können weitere Anforderungen vertraglich vereinbart sein.

Die Bestimmungen in § 14 VOB/B gelten für die Abschlagsrechnung nach § 16 Abs. 1 VOB/B, für die Schlussrechnung nach § 16 Abs. 3 VOB/B sowie entsprechend für die Abrechnung von Stundenlohnarbeiten nach § 15 VOB/B.

Besondere Bedeutung hat die **Prüfbarkeit** von Abrechnungen, da sie stets **Fälligkeit voraussetzung** für den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers ist.

Daneben regelt § 14 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B die Verpflichtung des Auftragnehmers, eine prüfbare Schlussrechnung zu erteilen, bzw. die rechtlichen Möglichkeiten des Auftraggebers, wenn der Auftragnehmer dieser Pflicht nicht nachkommt.

Überblick

Prüfbarkeit der Rechnung			Notwendige Feststellungen (Aufmaß)	Pflicht des Auftragnehmers zur Rechnungslegung
§ 14 Abs. 1 VOB/B			§ 14 Abs. 2 VOB/B	§ 14 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B
Übersichtliche Aufstellung	Nachweis Art und Umfang der Leistung	Nachträge gesondert ausweisen		Frist zur Rechnungslegung § 14 Abs. 3 VOB/B
				Rechte des Auftraggebers, wenn Auftragnehmer dieser Verpflichtung nicht nachkommt § 14 Abs. 4 VOB/B

Reihenfolge der Posten

Der Auftragnehmer hat sämtliche Rechnungen *übersichtlich aufzustellen und dabei die Reihenfolge der Posten einzuhalten und die in dem Vertragsbestandteil enthaltenen Bezeichnungen zu verwenden* (§ 14 Abs. 1 Satz 2 VOB/B).

Daraus ergibt sich, dass die Rechnung spiegelbildlich in der Reihenfolge der einzelnen Positionen der Leistungsbeschreibung aufzustellen ist. Dies ist der Regelfall und sollte, wenn möglich, stets beachtet werden. In der Rechtsprechung gibt es jedoch anerkannte Ausnahmefälle.

Beispiel:

- Wenn die Schlussrechnung nur die Zusammenfassung der Abschlagsrechnungen darstellt und diese im Einzelnen bereits das Erfordernis der Prüfbarkeit erfüllen, muss die Schlussrechnung nicht nochmals das Spiegelbild der Leistungsbeschreibung sein¹.
- Die Einhaltung der Reihenfolge der Rechnungsposition ist nicht erforderlich, wenn die Überprüfung der Rechnung dadurch nicht wesentlich erschwert wird.

Beizufügende Unterlagen

Nach § 14 Abs. 1 Satz 3 VOB/B hat der Auftragnehmer der Abrechnung sämtliche Unterlagen, die zum Nachweis von Art und Umfang der Leistung erforderlich sind, beizufügen. Damit ist in der Regel das Aufmaß gemeint. Dieses ist erforderlich, wenn die Abrechnung der Bauleistung eine Mengenfeststellung voraussetzt.

Beispiel:

- Massenberechnungen
- Zeichnungen
- Belege (z. B. Regieberichte)

Für den Umfang der zu übergebenen Unterlagen kommt es auf die Fachkunde des Auftraggebers selbst oder seiner Führungsgehilfen an bzw. darauf, welche Unterlagen bereits beim Auftraggeber vorliegen, die eine Prüfung der Abrechnung ermöglichen.

Kenntlichmachung von Leistungsänderungen

Leistungsänderungen oder Ergänzungen infolge von Anordnungen des Auftraggebers sind nach § 14 Abs. 1 Satz 4 VOB/B in der Abrechnung gesondert kenntlich zu machen. Auf Verlangen des Auftraggebers hat eine getrennte Abrechnung zu erfolgen.

Notwendige Feststellungen

Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 VOB/B soll zur Beweiserleichterung möglichst ein gemeinsames Aufmaß erstellt werden. Eine Verpflichtung der Vertragsparteien besteht hierzu jedoch nicht. Ist vertraglich vereinbart, dass ein gemeinsames Aufmaß durchzuführen ist und verweigert der Auftraggeber die Durchführung, ändert dies nichts an der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers. Daneben kann sich die Beweislast zulasten des Auftraggebers umkehren².

¹ BGH, BauR 1999, 1185 = IBR 1999, 510

² BGH, BauR 1999, 1185 = IBR 1999, 510

Haben die Vertragsparteien ein gemeinsames Aufmaß erstellt und unterzeichnet, so sind sie daran gebunden.

Daneben ist in § 14 Abs. 2 Satz 2 VOB/B nochmals klargestellt, dass der Auftragnehmer die vertraglichen Abrechnungsbestimmungen einzuhalten hat. Dies ergibt sich in der Regel jedoch bereits aus dem Vertrag.

Sofern im Rahmen der Fortführung der Arbeiten Leistungen nur noch schwer feststellbar sind, hat der Auftragnehmer gemäß § 14 Abs. 2 Satz 3 VOB/B die Verpflichtung, eine rechtzeitige gemeinsame Feststellung zu beantragen. Den Auftraggeber trifft insoweit eine Mitwirkungspflicht. In der Regel wird dann eine Zustandsfeststellung nach § 4 Abs. 10 VOB/B durchgeführt.

Frist zur Rechnungslegung

In § 14 Abs. 3 VOB/B sind entsprechende Fristen geregelt, in denen der Auftragnehmer seine Leistung abzurechnen hat.

Kommt der Auftragnehmer dieser Verpflichtung nicht nach, kann der Auftraggeber ihm gemäß § 14 Abs. 4 VOB/B eine entsprechende Frist zur Abrechnung setzen. Hält der Auftragnehmer diese Frist nicht ein, kann der Auftraggeber im Wege der Ersatzvornahme die Abrechnung auf Kosten des Auftragnehmers selbst oder durch Dritte erstellen lassen. Die Abrechnung des Auftraggebers muss entsprechend ebenfalls angemessen sein.

3.2. Zahlungsansprüche des Auftragnehmers

Die Voraussetzungen, insbesondere für die Fälligkeit der Vergütungsansprüche des Auftragnehmers aus Abschlagsrechnungen, Schlussrechnungen und Teilschlussrechnungen sind in der VOB/B in § 16 VOB/B geregelt. Daneben enthält § 16 VOB/B Bestimmungen über die Voraussetzungen des Zahlungsverzuges, die Höhe von Zinsen sowie die Wirkung der Schlusszahlungserklärung des Auftraggebers und die Voraussetzungen für Direktzahlungen an die vom Auftragnehmer beauftragten Nachunternehmer.

Zahlungsansprüche aus Leistungsabrechnung				Ansprüche aus Verzug	
Abschlagszahlungen	Vorauszahlungen	Schlusszahlung	Teilschlusszahlung	Abschlagszahlung	Schlusszahlung
§ 16 Abs. 1 VOB/B	§ 16 Abs. 2 VOB/B	§ 16 Abs. 3 VOB/B	§ 16 Abs. 4 VOB/B	§ 16 Abs. 5 Nr. 3-4 VOB/B	
Vertragsgemäße Leistungen Prüfbare Abrechnung	Vertragliche Vereinbarung	Abnahme Prüfbare Schlussrechnung	In sich abgeschlossener Leistungsteil	Angemessene Nachfrist bzw. 30 Tage	Angemessene Nachfrist bzw. 30 Tage (60 Tage)
Fälligkeit spätestens nach 21 Tagen	Sicherheit/ Verzinsung	Fälligkeit spätestens nach 30 Tagen (bzw. 60 Tagen)		Arbeitseinstellung (Frist nötig) Zinsanspruch Schadensersatz	

Nachfolgend wird auf die beiden wichtigsten Rechnungsstellungen, die Abschlagsrechnung und die Schlussrechnung eingegangen.

4. Abschlagsrechnung

4.1. Die Voraussetzung der Abschlagsrechnung

Die VOB/B sieht in § 16 Abs. 1 VOB/B eine Abrechnung nach Baufortschritt vor. Im BGB dagegen gibt es den Anspruch auf Abschlagszahlung erst seit dem Jahr 2000, und zwar nur für „in sich abgeschlossene Teile der Leistung“, § 632a BGB. Seit 2009 besteht ein Anspruch auf Abschlagszahlung bei „Wertzuwachs“.

Abschlagsrechnung VOB/B

- VOB/B-Werkvertrag
- in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen Leistung (vertragsgemäße Leistung)
- prüfbare Abrechnung
- Ablauf 21 Tage ab Zugang (= Fälligkeit)
- Ablauf Nachfristsetzung oder 30 Tage ab Zugang (= Verzug)

Abschlagsrechnung BGB

- BGB-Werkvertrag
- in Höhe, in der der Auftraggeber einen Wertzuwachs erlangt hat (vertragsgemäße Leistung)
- prüfbare Abrechnung
- Zugang Abschlagsrechnung (= Fälligkeit)
- Mahnung (bzw. 30-Tageregelung) (= Verzug)

In der Abschlagsrechnung können grundsätzlich nur schon erbrachte Leistungen abgerechnet werden und nicht solche, die erst innerhalb der nächsten Woche fertig werden. Die Leistungen müssen vertragsgemäß sein, d.h. frei von wesentlichen Mängeln und entsprechend in der vereinbarten Beschaffenheit. Sofern dies nicht der Fall ist, können sie auch nicht im Rahmen der Abschlagsrechnung abgerechnet werden.

Ausnahme:

Abschlagsrechnungen können ausnahmsweise bereits vor erfolgter Leistungserbringung durch den Auftragnehmer für eigens angefertigte Bauteile (die noch beim Auftragnehmer oder Lieferanten lagern) oder für bereits auf die Baustelle gelieferte Baustoffe gestellt werden. Diese können aber nur nach Leistung einer Sicherheit oder Übertragung des Eigentums auf den Auftraggeber abgerechnet werden.

Der Auftraggeber wird meist die Eigentumsübertragung ablehnen, weil er das Risiko von Diebstählen, Beschädigungen nicht übernehmen will.

Mit einer **Abschlagszahlung** ist **keinerlei Anerkenntnis** des Auftraggebers hinsichtlich der Vertragsgemäßheit der Leistung oder Vergütungspflicht verbunden. Der Auftraggeber ist daher auch noch im Rahmen der Prüfung der Schlussrechnung berechtigt, einzelne Positionen zu streichen, die eigentlich schon bezahlt sind, eben weil es sich nur um vorläufige Zahlungen handelt³.

Ausnahme:

Ein Anerkenntnis wird nur dann angenommen, wenn sich die Parteien in Kenntnis des Klärungsbedarfs oder der Regelungsbedürftigkeit über einen Streitpunkt oder eine Ungewissheit geeinigt haben⁴.

Der Anspruch auf Abschlagszahlung ist immer auf eine vorläufige Zahlung für schon erbrachte Leistung gerichtet. Sobald der Bauvortrag durch vollständige Erfüllung (**Abnahmereife**) oder Kündigung oder in sonstiger Weise beendet ist, **erlischt** automatisch das **Recht auf Abschlagszahlungen**. Dann hat der Auftragnehmer die Schlussrechnung zu erstellen.

HINWEIS:

Falls streitig ist, ob die Leistung abnahmefähig ist und die Schlussrechnung überhaupt gestellt werden kann, die ja die Abnahme als Tatbestandsvoraussetzung hat, kann eine Vergütungsklage hilfsweise neben der Schlussrechnung auch auf eine noch nicht bezahlte Abschlagsforderung gestützt werden⁵.

Die Abschlagsrechnungen sind prüffähig, wenn die entsprechenden Mengenberechnungen beigelegt sind.

Dies gilt sowohl für Einheitspreis- als auch für den Pauschalpreisvertrag.

Entspricht die ausgeführte Leistung den Plänen, ist anhand der Pläne abzurechnen. Sofern keine Zeichnungen existieren oder abweichend gebaut wurde, muss ein Aufmaß vor Ort stattfinden.

Sofern Zeichnungen (Abrechnungspläne oder Aufmaßskizzen) für das Verständnis der Aufmaßblätter und damit die Prüfbarkeit der abgerechneten Leistungen notwendig sind, müssen diese ebenfalls beigelegt werden.

HINWEIS:

Beim Pauschalpreisvertrag ist es ebenfalls notwendig, die Leistung so abzurechnen, dass der Auftraggeber prüfen kann, ob die in der Abschlagsrechnung abgerechneten Leistungen im Verhältnis zum vereinbarten Pauschalpreis dem erreichten Leistungsstand entspricht⁶.

Der Auftragnehmer sollte darauf achten, dass die erbrachte Leistung gemeinsam festgestellt wird. Die Vorschrift des § 14 Abs. 2 VOB/B wird leider in der Praxis zu selten beachtet.

³ OLG Düsseldorf, IBR 2001, 247

⁴ BGH IBR 1999, 512

⁵ BGH IBR 2000, 479

⁶ BGH IBR 1991, 113

Für Leistungen, die bei Weiterführung der Arbeiten nur schwer feststellbar sind, hat der Auftragnehmer **rechtzeitig gemeinsame Feststellung** zu beantragen.

Dies ist deshalb wichtig, weil der Auftragnehmer im Rahmen eines Bauprozesses später grundsätzlich für die von ihm erbrachten und abgerechneten Bauleistungen voll beweispflichtig ist. Bestreitet der Auftraggeber die abgerechneten Massen und ist eine abgerechnete Bauleistung durch den weiteren Baufortschritt verdeckt worden, läuft der Auftragnehmer in Gefahr, die Durchführung einer bestimmten Position nicht mehr beweisen zu können.

HINWEIS:

Der Auftragnehmer sollte daher, um nicht in Beweisprobleme zu geraten, rechtzeitig die notwendigen Feststellungen gemeinsam mit dem Auftraggeber treffen. Er sollte deshalb den Auftraggeber zu solchen Aufmaßterminen schriftlich einladen. Dabei sollte auch darauf hingewiesen werden, dass die Leistung aufgrund des Baufortschritts verdeckt wird. Bleibt der Auftraggeber dem Termin zum gemeinsamen Aufmaß fern und ist ein neues Aufmaß nicht mehr möglich, trägt der Auftraggeber im Prozess die Beweislast für die Unrichtigkeit des Aufmaßes⁷.

Weigert sich der Auftraggeber, an der Leistungsfeststellung und Prüfung teilzunehmen, begeht er eine Pflichtverletzung, die zu einer Umkehr der Beweislast führen kann.

Die Abschlagsrechnung muss **übersichtlich aufgebaut** sein. Das bedeutet, dass das Leistungsverzeichnis bzw. das Preisangebot die Grundlage ist und die Abschlagsrechnung in genau der gleichen Reihenfolge der Titel und Einzelpositionen mit den gleichen Positionsbezeichnungen aufzubauen ist.

Zusätzliche Leistungen (Nachträge) werden **gesondert abgerechnet**. Die fortlaufend durchnummerierten Nachträge können entweder am Ende des jeweiligen Leistungstitels oder am Ende der Rechnung alle nacheinander abgerechnet werden.

Die VOB/B regelt zwar nicht ausdrücklich, ob eine **kumulative Rechnungslegung** erfolgen soll, sie ist aber empfehlenswert.

Dies bedeutet, dass in jeder Abschlagsrechnung komplett die bis dahin erbrachten Leistungen abgerechnet werden (unter Abzug der bislang erhaltenen Zahlungen).

Vorteil für den Auftraggeber ist, dass dieser auf einen Blick und ohne Durchsicht der vorherigen Abschlagsrechnungen sieht, welcher Leistungsstand erreicht ist.

Vorteil für den Auftragnehmer ist, dass durch Prüfung der Abschlagsrechnung auch das Gesamtaufmaß zum Zeitpunkt der Rechnungslegung immer bestätigt wird, was es für den Auftraggeber etwas schwieriger macht, bei der Schlussrechnungsprüfung dann noch Massenkürzungen vorzunehmen.

⁷ BGH IBR 2003, 347

4.2. Die Durchsetzung und Sicherung der Abschlagsrechnung

Das Problem des Auftragnehmers ist in der Regel nicht die Einhaltung der Voraussetzungen einer Abschlagsrechnung, sondern die Nichtzahlung der Werklohnforderung trotz Fälligkeit und Verzug.

Deshalb stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten der Auftragnehmer hat, den Druck auf den Auftraggeber auszuüben, damit die Werklohnforderung durchgesetzt, zumindest aber gesichert werden kann.

Möglichkeit	Norm	Ziel
Arbeitseinstellung	§ 16 Abs. 5 Nr. 5 VOB/B	Druck
Unsicherheitseinrede	§ 321 BGB	Druck
Entfernung Baumaterial	§ 985 BGB	Druck
Sicherungshypothek	§ 648 BGB	Sicherung
Bauhandwerkersicherung	§ 648a BGB	Sicherung + Druck + Vertragsbeendigung
Kündigung	§ 9 Abs. 1 b) VOB/B	Vertragsbeendigung
Sperrkonto	§ 17 Abs. 6 VOB/B	Sicherung + Druck

Die Situation vor Abnahme ist für den Auftragnehmer insofern vorteilhaft, da der Auftraggeber in dieser Erfüllungsphase „druckempfindlich“ ist.

Dabei geht es nicht nur um drohende verzögerte Bauleistung des Auftragnehmers, sondern auch um die Gefahr für den Auftraggeber, dass andere am Bau beteiligte im Bauablauf gestört werden und der Auftraggeber durch deren Ansprüche bedroht wird. Zudem können Dritte, beispielsweise Mieter, Ansprüche stellen und schlimmstenfalls den Mietvertrag kündigen. Maßnahmen des Auftragnehmers können die Finanzierung des Bauvorhabens bedrohen. Diese Tatsache kann der Auftragnehmer nutzen, sofern er Kenntnis seiner Möglichkeiten hat und diese Maßnahmen frühzeitig und konsequent umsetzt.

In der Praxis dominieren „Wissenslücken“ und die Angst vor dem „Liebesentzug“ des Auftraggebers.

MERKE:

Auftraggeber in der Erfüllungsphase „druckempfindlich“.

- Verzögerung bzw. Nichtausführung Bauleistung des Auftragnehmers
- Störung des Bauablaufs anderer Baubeteiligter
- Ansprüche Dritter, beispielsweise des Bauherrn oder Mieters
- Finanzierungslücken

4.2.1. Arbeitseinstellung, § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B

Der Auftragnehmer hat grundsätzlich Anspruch auf beschleunigte Zahlungen des Auftraggebers; § 16 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B. Sofern die Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind, ermöglicht es die Vorschrift bei Zahlungsverzug des Auftraggebers, die Arbeiten einzustellen. Es handelt sich somit um eine Form der Leistungsverweigerung.

BGB-Vertrag	Nicht möglich, dort aber § 320 BGB bzw. § 321 BGB
VOB/B-Vertrag	Möglich
Bauvorhaben	Alle
Auftraggeber	Alle

4.2.1.1. Bedeutung für die Praxis

Die Arbeitseinstellung ist eines der wichtigsten Druckmittel des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber. Insbesondere in der Erfüllungsphase ist der Auftraggeber „druckempfindlich“.

Der Auftragnehmer darf seinen Vertrag nicht isoliert betrachten. Häufig gibt es noch andere Verträge des Auftraggebers mit Dritten, beispielsweise anderen am Bau Beteiligten oder späteren Nutzern. Die Störung des Bauablaufs führt daher zu erheblichen finanziellen Folgen.

Da die Arbeitseinstellung eine gravierende Maßnahme ist, sollte der Auftragnehmer sorgfältig die Einhaltung der Tatbestandsvoraussetzungen prüfen. Er geht ein Risiko ein, insbesondere, wenn berechtigt oder unberechtigt (aber nicht beweisbar) Einwendungen des Auftraggebers erhoben werden.

Stellt sich später heraus, dass die Voraussetzungen nicht gegeben waren, gerät der Auftragnehmer selbst in Verzug und sieht sich nun Ansprüchen seines Auftraggebers ausgesetzt, die bis hin zur Kündigung reichen können.

4.2.1.2. Voraussetzungen der Arbeitseinstellung

Die Tatbestandsvoraussetzungen einer Arbeitseinstellung nach § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B sind:

Der Verzug des Auftraggebers mit der Zahlung einer Abschlagsrechnung setzt naturgemäß voraus, dass der Auftragnehmer berechtigt ist, Abschlagsrechnungen zu stellen. Beim VOB/B-Vertrag kann er grundsätzlich nach Leistungsstand abrechnen, es sei denn, es wurde ein Zahlungsplan vereinbart. Im letzteren Falle müssten die Voraussetzungen für die Zahlung vorliegen.

Der Anspruch auf eine Abschlagszahlung wird gem. § 16 Abs. 1 VOB/B innerhalb von 21 Tagen nach Zugang der prüffähigen Abschlagsrechnung fällig. Es ist also notwendig, dass die Abschlagsrechnung prüffähig ist und ein entsprechender Zeitraum abgelaufen ist.

Verzug des Auftraggebers liegt vor, wenn der Auftraggeber trotz Nachfristsetzung gem. § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B nicht zahlt. Eine angemessene Nachfrist sind in der Regel 6 bis 7 Werk-

tage. Ausnahmsweise ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn der Auftraggeber die Zahlung undgültig und ernsthaft verweigert. Auf die Ausnahmen sollte sich der Auftragnehmer allerdings nicht verlassen.

Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen stehen dem Auftragnehmer folgende Rechte zu:

- Arbeitseinstellung (nach Fristsetzung)
- Zinsanspruch
- Schadensersatz

Der Auftragnehmer hat deshalb die Möglichkeit der Arbeitseinstellung, wenn der Auftraggeber innerhalb der gesetzten Nachfrist nicht zahlt.

Daneben kann der Auftragnehmer Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinsatz gem. § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B geltend machen. Handelt es sich bei dem Auftraggeber um einen Verbraucher, beläuft sich der zu berechnende Zinssatz auf 5 Prozentpunkte über dem Basiszins.

Der Auftraggeber kann darüber hinaus weitere Schäden geltend machen, beispielsweise auch einen höheren Zinssatz bei Inanspruchnahme eines höher verzinslichen Bankkredits.

4.2.1.3. Einwendungen des Auftraggebers

Der Weg über § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B zu einer Arbeitseinstellung zu gelangen, ist regelmäßig risikobehaftet.

Die Vorschrift bietet dem Auftraggeber zahlreiche Möglichkeiten, diesen Anspruch zu unterlaufen.

- Prüffähigkeit der Abschlagsrechnung

Der Auftraggeber wendet ein, dass die Abschlagsrechnung nicht prüffähig sei. Es fehlen Unterlagen und Aufmaße, aus denen sich der Leistungsstand ergeben könnte. Der Auftraggeber spielt damit zumindest auf Zeit, was letztlich der Auftragnehmer nur dadurch unterbinden kann, dass er möglichst viele und vollständige Unterlagen der Abschlagsrechnung beifügt und im Bauablauf für ein fortschreitendes, gemeinsames Aufmaß sorgt.

Beim Pauschalvertrag, wenn entsprechende Meilensteine für die Abschlagszahlung nicht vereinbart wurden, kann der Leistungsstand kaum in Bezug gesetzt werden zu einer bestimmten Abschlagszahlung. Je nach Gliederungstiefe des Pauschalvertrages ergeben sich hier Probleme. Häufig wird dann mit Prozentquoten die Abschlagsrechnung abgerechnet, wobei man trefflich streiten kann, wie viel Prozent einer Leistung bereits abgearbeitet sind oder nicht.

- Leistungsstand

Der Auftraggeber greift nicht nur die Formalie der Prüffähigkeit an, sondern er bezweifelt bereits den Leistungsstand. Dadurch wird die Rechnung passend gekürzt, wobei der Auftragnehmer aufgrund seiner Vorleistungspflicht und den laufenden, gegenüber dem BGB längeren Fälligkeits- und Nachfristen, weiter bauen muss. Der Auftragnehmer kann nur durch baubegleitende gemeinsame Aufmaße dieses Risiko minimieren.

- Fälligkeit

Der Auftraggeber soll grundsätzlich beschleunigt zahlen. Der Auftraggeber nutzt meistens die in der VOB/B gegebenen Möglichkeiten aus, die 21 Tages-Frist auszuschöpfen. Die eigentlich nach VOB/B vorgesehenen Höchstfristen der Prüfung werden bewusst als „Mindestfristen“ missverstanden. Solange noch keine Nachfristsetzung erfolgt, bzw. die Frist von 30 Tagen abgelaufen ist, geht der Auftraggeber kein Risiko ein. Eine zeitnahe Prüfung provoziert viel mehr das Risiko des Auftraggebers, dass der Auftragnehmer wegen Kürzungen die Arbeit einstellt.

- Verzug

Der Auftraggeber kann gelassen den Ablauf der 30 Tages-Frist abwarten. Auf diese Weise gewinnt der Auftraggeber zusätzlich Zeit, in denen der Auftragnehmer weiterarbeiten muss, quasi zugunsten des Auftraggebers weiterhin Werte schafft, währenddessen der Auftraggeber im Grunde nur einen Leistungsstand bezahlen wird, der bereits vor 3 oder 4 Wochen vorhanden war. Auftraggeber nutzen häufig die Unwissenheit des Auftragnehmers. Es fehlt vielen Auftragnehmern an einem entsprechenden Kontrollsystem der Fristüberwachung.

- Mängel

Der Auftraggeber hat es relativ einfach, Ansprüche zu unterlaufen, in denen Mängelrügen erhoben werden. Nach dem Motto „ein bisschen findet sich immer“, werden mehr oder weniger große oder kleine Mängelpunkte gerügt. Der Vorteil dieser Vorgehensweise ist es, dass der Auftraggeber nicht nur den einfachen Mangelwert abziehen darf, sondern auch einen entsprechenden Druckzuschlag. Zwar wurde im Rahmend des Forderungssicherungsgesetzes ab 01.01.2009 für Werkverträge ab diesem Zeitpunkt der Druckzuschlag vom dreifachen des Mängelbeseitigungsaufwandes auf das Zweifache reduziert, dennoch ist dies eine gefährliche Einwendung. Dabei muss sich der Auftraggeber noch nicht einmal die Mühe machen, diesen Mängeleinwand der Höhe nach näher zu begründen. Nach Auffassung der Rechtsprechung ist dies allein Aufgabe des Auftragnehmers.

In der Erfüllungsphase, d. h. im Zeitraum vor Abnahme, muss der Auftragnehmer beweisen, dass kein Mangel vorliegt. Er muss auch darlegen und beweisen, inwieweit ein über den gesetzlichen Umfang (doppelter Mängelbeseitigungsbetrag) hinaus einbehaltenen Betrag überhöht ist⁸.

⁸ BGH NJW-RR 2008, 401

- Unangemessenheit der Leistungsverweigerung

Der Auftraggeber kann auch versuchen, durch Zahlungen, die nicht den vollen Rechnungsbetrag erreichen, ein Leistungsverweigerungsrecht zu unterlaufen. Er räumt sich quasi selbst einen Zahlungsaufschub ein. Es gibt Rechtsprechung, wonach die Leistungsverweigerung nicht erfolgen darf, wenn diese unangemessen ist. Wegen kleinerer Beträge im Verhältnis zum Rechnungsbetrag die gesamte Leistung einzustellen, kann aufgrund der nach der Rechtsprechung bestehenden Kooperationspflichten unverhältnismäßig sein.

- Zugang

Auftraggeber schweigen und streiten den Zugang der Abschlagsrechnung bzw. eine Nachfristsetzung ab. Damit erreicht der Auftraggeber auf einfachste Weise einen erheblichen Zahlungsaufschub. Wenn der Auftragnehmer seine Rechnung nebst prüffähigen Unterlagen bzw. die Nachfristsetzung nicht beweisbar zugehen lässt, läuft er Gefahr, rechtswidrig die Leistung verweigert zu haben. Der Auftraggeber kann dann umgekehrt den Vertrag kündigen und selbst Ansprüche wegen Mehrkosten stellen.

Der „Verdunstungsgrad wichtiger Schreiben bei der Deutschen Post“ ist ungewöhnlich hoch. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Neigung des Auftraggebers – wahrheitswidrig – den Zugang wichtiger Schreiben zu bestreiten, sehr hoch ist. Letztlich muss der Auftragnehmer den Zugang darlegen und beweisen, was schwerlich gelingt. Deshalb müssen Auftragnehmer, wenn sie eine derart einschneidende Maßnahme, wie die Arbeitseinstellung, ergreifen wollen, auf den Zugang der Schreiben achten.

Im Ergebnis zeigen die Ausführungen, dass eine Arbeitseinstellung über den Weg des § 16 Abs. 5 Nr. 5 VOB/B erheblich risikobehaftet ist. Das gleiche Ziel lässt sich auch über § 648a BGB leichter und risikoloser erreichen, sofern dessen Anwendungsbereich eröffnet ist.

4.2.2. Unsicherheitseinrede, § 321 BGB

Die „Unsicherheitseinrede“ des § 321 BGB ist weithin unbekannt. Grund hierfür ist die unglückliche Fassung der Norm bis zum 31.12.2001. Im Rahmen der Schuldrechtsreform wurde diese Vorschrift überarbeitet und neu gefasst. Dennoch gibt es kaum praktische Erfahrungen mit dieser Vorschrift, da deren Anwendungsbereich nach wie vor schmal ist.

BGB-Vertrag	Möglich
VOB/B-Vertrag	Möglich
Bauvorhaben	Alle
Auftraggeber	Alle mit Ausnahme öffentlicher Auftraggeber (strittig)

4.2.2.1. Bedeutung in der Praxis

Die Unsicherheitsreinrede des § 321 BGB ermöglicht dem Auftragnehmer, der vorleistungspflichtig ist, seine Leistung zu verweigern, wenn *nach* Abschluss des Werkvertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung, d. h. die Vergütung, durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Es handelt sich damit um eine Form der „Druckausübung“ auf den Auftraggeber, in dem die Möglichkeit der Arbeitseinstellung eingeräumt wird. In der Zielrichtung ähnelt sich § 321 BGB teilweise der Vorschrift des § 648a BGB.

Interessant ist die Bestimmung des § 321 BGB dort, wo der Anwendungsbereich des § 648a BGB, beispielsweise beim Eigenheimbau, nicht eröffnet ist.

Deshalb kann in diesem Bereich eine Arbeitseinstellung über § 321 BGB erreicht werden, wobei allerdings der Anwendungsbereich deutlich enger gefasst ist.

Grundvoraussetzung der Anwendbarkeit ist eine nach Abschluss erkennbar werdende (beweisbar!) fehlende Leistungsfähigkeit des Auftraggebers.

4.2.2.2. Voraussetzungen der Unsicherheitseinrede

Die Voraussetzungen des § 321 BGB sind:

Vorleistungspflicht

§ 321 BGB setzt voraus, dass eine Partei eine Vorleistungspflicht trifft. Dies ist beim Werkvertrag die Vorleistungspflicht des Auftragnehmers, seine Leistung zu erbringen.

Gefährdung des Anspruchs

Die Gefährdung muss erst *nach* Vertragsschluss erkennbar geworden sein. Dass die Gefährdung objektiv bereits vorher bestand, schließt die Anwendung des § 321 BGB nicht aus⁹.

Erfasst sind anfängliche Risiken aber nur, wenn sie der Vorleistungspflichtige bei der gebotenen Überprüfung der Leistungsfähigkeit des anderen Teils nicht erkennen konnte.

Die Gefährdung kann auch nur vorübergehend sein.

Die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Auftraggebers ist eine Gefährdung des Anspruchs. Maßgebend ist eine wirtschaftliche Beurteilung. Eine allgemeine Verschlechterung der Wirtschaftslage, etwa durch Inflation oder Kriegsereignisse, reicht für die Anwendung nicht aus.

Sofern der Auftragnehmer den Bauvertrag in Kenntnis der mangelnden Zahlungsfähigkeit des Auftraggebers schließt, ist § 321 BGB unanwendbar.

Der Auftragnehmer darf sich nicht auf bloße Vermutungen oder Gerüchte verlassen. Es müssen objektive Anknüpfungstatsachen vorliegen, die geeignet sind, den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers zu gefährden.

Sind beispielsweise Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Auftraggeber erfolglos, werden ungedeckte Schecks hingegeben oder bestätigt gar der Auftraggeber selbst Zahlungsprobleme zu haben, ist der Tatbestand erfüllt.

Zeitpunkt

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Gefährdung des Anspruchs ist die Fälligkeit der Vorleistungspflicht. Bei nachträglichem Wegfall der Anspruchsgefährdung entfällt auch die Einrede des § 321 BGB. Dies soll selbst dann gelten, wenn der Auftragnehmer vom Wegfall der Gefährdung keine Kenntnis hat (strittig)¹⁰.

Er kommt jedoch allerdings nicht selbst in Verzug wegen § 286 Abs. 4 BGB, solange er von der Änderung des Sachverhalts keinerlei Kenntnis hat.

Ist der vorleistungspflichtige Auftragnehmer bei Erkennbarkeit der Anspruchsgefährdung bereits selbst in Verzug, soll § 321 BGB unanwendbar sein. Dies soll anders sein, wenn der Auftragnehmer den Verzug durch Angebot der Leistung Zug um Zug gegen die Gegenleistung (Vergütung) heilt¹¹.

⁹ BGH NJW 2010, 1272

¹⁰ Palandt, § 321 BGB, Rn. 7, 70. Auflage 2011

¹¹ Palandt, § 321 BGB, Rn. 7, 70. Auflage 2011

.....