

Rundschreiben 10/2012

Thema: Die Kündigung des Auftragnehmers wegen Zahlungsverzug, § 9 Absatz 1b VOB/B / Baurecht

1. Einleitung

Die Kündigung des Werkvertrages ist das letzte Mittel des Auftragnehmers, um Zahlungsausfälle zu vermeiden. Im Kern geht es bei dieser Maßnahme darum, den Vertrag zu beenden, um sich selbst vor einem Zahlungsausfall zu schützen.

BGB-Vertrag	- Bei vereinbarter und ausbleibender Abschlagszahlung - Bei fehlender „Mitwirkung“ gem. §§ 642, 643 BGB - Bei fehlender Sicherheit nach § 648a BGB
VOB/B-Vertrag	Bei geforderter und ausgebliebener Abschlagszahlung § 9 Abs. 1 b) VOB/B
Bauvorhaben	Keine Einschränkung
Auftraggeber	Alle

2. Bedeutung für die Praxis

Sinn und Zweck der Kündigung, d. h. der Beendigung des Auftrags, ist es, eine nicht zielführende Baustelle frühzeitig abzuschließen. Es macht aus Sicht des Auftragnehmers keinen Sinn, bei einem Bauvorhaben weiterzuarbeiten, bei dem der Auftraggeber nicht zahlungsfähig ist. Entweder ist die Durchsetzung eigener Werklohnforderungen zu zeit- und kostenintensiv, weil mit erheblichem Arbeitsaufwand oder gar gerichtlichen Schritten gearbeitet werden muss oder aber es droht sogar die Insolvenz des Auftraggebers. In diesem Fall können Forderungen nur zur Insolvenztabelle angemeldet werden. Selbst wenn Zahlungen kurz vor Insolvenz erfolgt sind, kann ein Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren diese – unter bestimmten Voraussetzungen – anfechten. Die hart erarbeitete und schon bezahlte Werklohnforderung muss wieder an die Insolvenzmasse bezahlt werden.

Der Auftragnehmer wird sich in derartigen Situationen ein „Ausstiegsszenario“ überlegen, wobei es eine Frage des Einzelfalls, aber auch des eröffneten Anwendungsbereiches ist, ob der Weg über § 648a BGB gewählt wird, der grundsätzlich einfacher ist, oder über § 9 Abs. 1 b) VOB/B.

3. Voraussetzungen der Kündigung nach VOB/B

Die Tatbestandsvoraussetzungen der Kündigung bei Zahlungsverzug des Auftraggebers sind:

- **Zahlungsverzug mit Abschlagsrechnung**

Der Auftragnehmer kann den Werkvertrag kündigen, wenn der Auftraggeber in Zahlungsverzug gerät, insbesondere wenn Abschlagszahlungen nicht geleistet werden.

Fälligkeit tritt ein, wenn die Abschlagszahlungen binnen 21 Tagen nach Rechnungszugang, § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B nicht bezahlt sind.

Verzug tritt ein, wenn der Auftraggeber trotz angemessener Nachfristsetzung durch den Auftragnehmer (in der Regel 6 – 7 Werktagen) nicht zahlt bzw. die 30 Tagesfrist ab Zugang abgelaufen ist.

Nach der VOB/B 2012 ist die Nachfristsetzung nicht mehr zwingend notwendig für den Verzug.

- **Fristsetzung mit Kündigungsandrohung**

Der Auftragnehmer muss, nachdem der Auftraggeber in Verzug ist, eine Nachfrist setzen mit der Androhung der Vertragskündigung im Falle der Nichtzahlung.

Die Frist muss angemessen sein, was je nach Einzelfall eine Frist von 6 – 7 Werktagen bzw. 10 – 12 Werktagen bedeutet.

- **Kündigung**

Nach Ablauf dieser Frist muss der Auftragnehmer die Kündigungserklärung schriftlich vornehmen und auf beweisbaren Zugang achten, § 9 Abs. 2 Satz 1 VOB/B.

Nachfolgende Übersicht soll die Situation verdeutlichen:

Kündigung durch den Auftragnehmer, § 9 Abs. 1 b) VOB/B
Verzug mit Abschlagsrechnung
Nachfristsetzung nach Zahlungsverzug mit Kündigungsandrohung
Kündigung (schriftlich)
Vergütung und Entschädigung, § 9 Abs. 3 VOB/B, § 642 BGB.

Im Ergebnis ist die Kündigung das letzte Mittel des Auftragnehmers, um aus einem riskanten Vertrag auszusteigen. Es ist eine Frage des Einzelfalls, ob der Weg über diese Vorschrift gewählt wird oder ob es im Anwendungsbereich des § 648a BGB einfachere Möglichkeiten gibt, das Ziel risikoärmer zu erreichen.

4. Fehlerquellen bei Abschlagsrechnung

Die nachfolgenden exemplarischen Beispiele dienen dazu, dem Auftragnehmer aufzuzeigen, welche Fehler häufig gemacht werden:

Rechnungskürzungen bei Abschlagsrechnungen

Auftragnehmer prüfen häufig nicht die Berechtigung der Kürzungen bei Abschlagsrechnungen. Kürzungen in Bezug auf einen Sicherheitseinbehalt, Baustrom und Bauwesen (um die häufigsten zu nennen) sind nur möglich, wenn eine entsprechende Vereinbarung getroffen wurde. Auftraggeber und deren Erfüllungsgehilfen, beispielsweise Architekten und Ingenieure, unterliegen häufig dem Irrtum, dass es eine Art Handelsbrauch oder Verkehrssitte sei, dass man 10 % bei Abschlagsrechnungen kürzen könnte. Dies ist unzutreffend. Es gibt keine gesetzliche Sicherheit zugunsten des Auftraggebers mit Ausnahme des § 632a Abs. 3 BGB in Höhe von 5

% des Vergütungsanspruchs bei Verlangen von Abschlagszahlungen, wenn der Auftraggeber ein Verbraucher ist.

Auftragnehmer nehmen dies häufig widerstandslos hin, obwohl der Auftraggeber dazu nicht berechtigt ist.

Rechnungsprüfung und Zahlung sind kein Anerkenntnis

Auftragnehmer unterliegen dem Irrtum, dass der Rechnungsrücklauf einer Abschlagsrechnung mit darauffolgender Zahlung ein rechtliches Anerkenntnis sei.

Mit einer Abschlagzahlung 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 eine vorläufige Zahlung handelt¹. Auftragnehmer wägen sich daher häufig in der trügerischen Sicherheit, dass der Haken des Architekten (meist noch nicht einmal bevollmächtigt) ein Freibrief für Verzicht auf Dokumentation bedeutet. Ein fataler Irrtum, wenn im Rahmen der Schlussrechnungsprüfung später verdeckte Leistungen nicht mehr nachgewiesen werden können.

Bedeutung einseitiges Aufmaß des Auftragnehmers

Nur ein gemeinsames Aufmaß bindet beide Vertragsparteien wie ein feststellendes deklaratorisches Schuldanerkenntnis. Beide Vertragspartner sind an die festgestellten Massen gebunden, selbst wenn diese falsch sein sollten, denn sie wollen mit dem Aufmaß jede weitere Abrechnungsstreitigkeit vermeiden.

Die Bindungswirkung eines Aufmaßes entfällt nur dann, wenn der Auftraggeber nachweist, dass das Aufmaß unrichtig ist und ihm die Unrichtigkeit begründenden Tatsachen erst nachträglich bekannt wurden².

Der Auftragnehmer kann den Auftraggeber nicht dazu zwingen, das Aufmaß gemeinsam vorzunehmen, da es nach dem Wortlaut der VOB/B nur „möglichst gemeinsam“ aufzustellen ist.

Dennoch sollte der Auftragnehmer nachweisbar ein gemeinsames Aufmaß einfordern, da wenn der Auftraggeber dies verweigert, wenigstens für verdeckte Leistungen sich die Beweislast umkehrt. Insofern muss nicht mehr der Auftragnehmer, sondern der Auftraggeber die zutreffenden Massen beweisen. Es ist vorteilhaft, auf diesen Umstand den Auftraggeber ausdrücklich hinzuweisen.

Auftragnehmer müssen unabhängig von diesen rechtlichen Fragestellungen stets baubegleitend ihre Leistung dokumentieren.

Nachtragsvereinbarung und Arbeitseinstellung

Auftragnehmer gehen mit dem Mittel der Arbeitseinstellung leichtfertig um, und riskieren eine Kündigung des Auftraggebers aus wichtigem Grund. Folge ist neben dem Entzug des Auftrags, drohende weitere Ansprüche in Form von Mehrkosten des Auftraggebers.

Dem Auftragnehmer steht regelmäßig kein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn die Vereinbarung nicht vor Beginn der Ausführung zustande kommt.

Weder aus § 2 Abs. 5 VOB/B noch aus § 2 Abs. 6 VOB/B lässt sich ein Anspruch des Auftragnehmers ableiten, vor Beginn der Ausführung eine Nachtragsvereinbarung durchzusetzen. Bereits der Wortlaut „soll“ bei § 2 Abs. 5 VOB/B bzw. „möglichst“ bei § 2 Abs. 6 VOB/B bestätigen dies. Es handelt sich nicht um „Muss-Vorschriften“.

Der Auftraggeber muss im Sinne der Kooperationspflicht an dem Zustandekommen der Vereinbarung mitwirken.

Es gilt der Grundsatz, dass Streitfälle den Auftragnehmer nicht berechtigen, die Arbeiten einzustellen, § 18 Abs. 5 VOB/B. Es ist unzutreffend, ein Leistungsverweigerungsrecht des Auf-

¹ OLG Düsseldorf IBR 2001, 247

² OLG Hamm BauR 1992, 242

tragnehmers anzunehmen, wenn sich der Auftraggeber weigert, vor Beginn der Ausführungen der Leistungen eine Vereinbarung zu treffen³.

Im Ausnahmefall besteht ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn dem Auftragnehmer nicht zumutbar ist, die Leistung zu erbringen in Erkenntnis der Tatsache, dass der Vergütungsanspruch nur mit gerichtlicher Hilfe wird durchsetzbar sein können, etwa wenn der Auftraggeber das Vorliegen einer Leistungsänderung überhaupt bestreitet und eine Preisänderung grundsätzlich ablehnt⁴.

Der Auftragnehmer sollte über alternative Möglichkeiten der Arbeitseinstellung nachdenken, beispielsweise § 648a BGB.

Verspätete Geltendmachung gesetzlicher Sicherheiten

Auftragnehmer scheuen sich aus Angst vor Liebesentzug des Auftraggebers, rechtzeitig von ihren gesetzlichen Möglichkeiten, d. h. § 648 BGB bzw. § 648a BGB Gebrauch zu machen. Die gesetzlich eingeräumten Möglichkeiten können nur erfolgversprechend eingesetzt werden, wenn dies rechtzeitig geschieht.

Ein Sicherungsverlangen nach § 648a BGB zu stellen, ist wenig hilfreich, wenn es keine zukünftig zu erbringende Leistung mehr gibt. Allenfalls wenn Mängelrügen erhoben werden, kann der Einsatz noch sinnvoll sein.

§ 648 BGB ist nur erfolgversprechend, wenn man nicht der letzte in der Kette der Gläubiger ist. Bei größeren Bauvorhaben erfüllt sich schnell das Grundbuch mit Vormerkungen, die belegen, dass der Auftraggeber mehrere Gläubiger hat.

Es ist eine Frage des Einzelfalls, welches Mittel eingesetzt wird. Nachfolgende Übersicht soll helfen:

Vor- und Nachteile im Vergleich § 648 und § 648a BGB	
Sicherungshypothek, § 648 BGB:	§ 648a BGB:
Vergütung, die bereits erbrachte Leistungen betrifft und für andere Forderungen aus dem Bauwerksvertrag	Vergütung, die noch nicht erbrachte Leistungen betrifft Für Nebenforderungen und Nachträge pauschal 10 %, § 648a Abs. 1 S. 2 BGB
Bauwerksvertrag	Bauwerk oder Außenanlage Unanwendbar bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts und bei „Einfamilienhäusern“, § 648a Abs. 6 BGB
Selbständig durchzusetzen, ggf. auch durch einstweilige Verfügung	Bei Verweigerung nur Möglichkeit der Arbeitseinstellung und ggf. Kündigung, § 648a Abs. 5 BGB
Sicherung nicht kündbar bei Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des AG	Widerrufsmöglichkeit bei Vermögensverschlechterung des AG zulässig, soweit Sicherheit auf noch nicht erbrachte Leistungen entfällt, § 648a Abs. 1 S. 3 BGB
AG muss Eigentümer sein	Auch Sicherung des Nachunternehmers möglich
In der Regel wirtschaftlich wertlos, da Grundbesitz regelmäßig schon mit Grundpfandrechten für andere Gläubiger belastet ist	Wahl der Sicherheit ist AG überlassen
Kosten: nur Gebühren für Beurkundung und Eintragung (ggf. aber mehrfach bei Anpassung der Summe); vom AG zu tragen	Kosten: vom AN zu erstatten, § 648a Abs. 3 BGB

³ Leupertz, Nachträge und Preisanpassung (Teil II), S. 29, a. A.: Kappellmann/Schiffers, Band 1, Rn. 973 ff.

⁴ OLG Düsseldorf, NZ-Bau 2002, 276; BGH BauR 2000, 409; Heiermann/Riedel/Rusam, § 2 VOB/B, Rn. 175, 11. Auflage 2008; Leupertz, Nachträge und Preisanpassung (Teil II), S. 29

5. Zusammenfassung:

Die Kündigung ist das letzte Mittel des Auftragnehmers. Leider ist es in manchen Fällen nicht zu vermeiden, dieses Instrument einzusetzen. Vorrangig sollte aber geprüft werden, ob es andere Möglichkeiten gibt, die Leistung durchzuführen, gegebenenfalls über andere Sicherungsinstrumente wie § 648a BGB oder § 648 BGB.