

Rundschreiben 05/2012

Thema: Die Arbeitseinstellung am Bau/ Baurecht

1. Einleitung

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

2. 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.

3. Voraussetzungen der Arbeitseinstellung

Die Tatbestandsvoraussetzungen einer Arbeitseinstellung nach § 16 Abs. 5 Nr. 5 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 18 Werktagen 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 Werktage. 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
- 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 Basiszinssatz 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. Einwendungen des Auftraggebers

Der Weg über § 16 Abs. 5 Nr. 5 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 erreicht damit zumindest ein gewisses „Zeitspiel“, das letztlich der Auftragnehmer nur dadurch unterbinden kann, in dem 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 mehr oder weniger 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 18 Werktag-Frist auszuschöpfen. Die eigentlich nach VOB/B vorgesehenen Höchstfristen der Prüfung werden bewusst als „Mindestfristen“ missverstanden. Solange noch keine Nachfristsetzung erfolgt, 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 das Setzen der Nachfrist bzw. deren Ablauf abwarten. Auf diese Weise gewinnt der Auftraggeber zusätzlich Zeit, in denen der Auftragnehmer weiter arbeiten 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, dass eine Nachfrist notwendig ist. Auftragnehmer versäumen das „Nachsetzen“, d. h. die Setzung einer Nachfrist. 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 einbehaltener Betrag überhöht ist¹.

- **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

¹ BGH NJW-RR 2008, 401

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.

5. Zusammenfassung

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.