

## Rundschreiben 03/2015

### Thema: Die Unsicherheitseinrede, § 321 BGB / Baurecht

#### 1. Einleitung

Die „Unsicherheitseinrede“ des § 321 BGB ist weithin unbekannt. Grund hierfür ist die unglückliche Fassung der Norm bis zum 31.12.2011. 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.

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

#### 2. 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.

#### 3. Voraussetzungen der Unsicherheitsreinrede

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 aus<sup>1</sup>.

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)<sup>2</sup>.

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) heilt<sup>3</sup>.

Dem Auftragnehmer stehen bei Erfüllung des Tatbestandes als Rechtsfolge folgende Möglichkeiten offen:

- Leistungsverweigerungsrecht (Arbeitseinstellung)
- Rücktrittsrecht

Der Auftragnehmer kann die Arbeit einstellen, bis die Leistung bewirkt, d. h. die Vergütung bezahlt oder Sicherheit für sie geleistet ist. Der bloße Bestand der Einrede schließt einen Verzug des Auftragnehmers bereits aus<sup>4</sup>.

Rein vorsorglich sollte wegen der einschneidenden Wirkung einer Arbeitseinstellung diese vorab angekündigt werden. Empfehlenswert ist auch die Setzung einer Nachfrist.

---

<sup>1</sup> BGH NJW 2010, 1272

<sup>2</sup> Palandt, § 321 BGB, Rn. 7, 70. Auflage 2011

<sup>3</sup> Palandt, § 321 BGB, Rn. 7, 70. Auflage 2011

<sup>4</sup> BGH NJW 2010, 1272

#### **4. Zusammenfassung**

Im Ergebnis bietet § 321 BGB eine – wenn auch weitgehend unbekannte – Möglichkeit, Druck auf den Auftraggeber auszuüben. Der Auftragnehmer muss äußerst sensibilisiert sein für Veränderungen oder Gerüchte auf der Baustelle. Diese Vermutungen genügen zwar nicht, da objektive Anknüpfungspunkte vorhanden sein müssen, sind aber ein erstes Indiz für drohenden Zahlungsausfall. Deshalb sollen konsequent Informationen gesammelt werden, um gegebenenfalls über diese Norm Druck ausüben zu können.