

# Leistungseinstellung am Bau – ein hohes Risiko für den Unternehmer

Gastbeitrag von Dr. Michael T. Stoll, LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH

**München (Bayern) – Wer kennt diese Situationen nicht: Es entsteht Streit über Nachträge oder der Auftraggeber kürzt längst fällige Abschlagsrechnung erheblich. Bauunternehmer neigen als Reaktion oft dazu, die Leistungen einzustellen. Doch hierbei handelt es sich um ein Spiel mit dem Feuer. Denn der Auftraggeber wird auf die Leistungseinstellung des Unternehmers hin nicht untätig bleiben, sondern dem Unternehmer eine kurze Frist zur Wiederaufnahme der Arbeiten setzen, für den Fall des fruchtlosen Fristablaufes die außerordentliche Kündigung des Vertrages androhen und dann auch aussprechen.**

In solchen Fallkonstellationen ist der Gang zum Gericht unvermeidlich. Kommt das Gericht dann, wie so oft, zu dem Ergebnis, dass der Auftragnehmer die Leistungserbringung zu Unrecht verweigert hat, ist der Schaden bei dem Bauunternehmer groß: Er verliert nicht nur die Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen, sondern muss dem Auftraggeber vielmehr die Mehrkosten der Fertigstellung durch Dritte sowie gegebenenfalls weiteren entstehenden Schaden ersetzen. Der Versuch, die eigene Position zu verbessern, endet in der Katastrophe.

Grundsätzlich gilt, und das kommt auch in § 18 Abs. 5 VOB/B zum Ausdruck, dass Streitfälle nicht zur Einstellung der Leistungen berechtigen. Zur Leistungsverweigerung gegenüber dem Auftrag-

geber kann sich der Auftragnehmer nur auf ein gesetzliches oder ein vertraglich vereinbartes Leistungsverweigerungsrecht berufen.

## Leistungseinstellung bei Nachtragsstreitigkeiten

Der in der Praxis bedeutsamste Fall, die Leistungseinstellung bei verweigerter Nachtragsbeauftragung, ist gesetzlich nicht geregelt. Auch eine ausdrückliche vertragliche Regelung existiert hierzu nicht, da sich Auftraggeber und Auftragnehmer auf die Nachtragsbeauftragung nicht einverstanden erklären. Die VOB/B kennt in §§ 2 Abs. 5 VOB/B zwar den Grundsatz, dass die geänderte/zusätzliche Vergütung vor der Ausführung vereinbart werden sollte, schweigt sich jedoch dazu aus, was passiert, wenn dies nicht der Fall ist. Die Rechtsprechung behilft sich daher mit dem Grundsatz von Treu und Glauben und erkennt ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers dann – aber wirklich auch nur dann – an, wenn der Auftraggeber ernsthaft und endgültig einen Nachtrag ablehnt hat, obwohl der Nachtrag berechtigt und prüfbar ist (vergleiche BGH, VII ZR 194/06). Selbst wenn man auf den in der Praxis seltenen Fall trifft, dass der Auftraggeber jegliche Verhandlungen über den Nachtrag abgelehnt hat, ist der Auftragnehmer bei einer Leistungseinstellung nicht auf der sicheren Seite: Stellt sich im Nachgang heraus, dass der Nachtrag nicht berechtigt war, so ist der Auftragnehmer nicht zur Leistungseinstellung berechtigt.



Foto: Herbert Käfer / pixelio.de

Den Bauunternehmer trifft also gleiche Lösung zu suchen (BGH, VII ZR 393/98).

Sollte im Ausnahmefall gleichwohl eine Berechtigung zur Leistungseinstellung bestehen, weil der Auftraggeber die Verhandlungen über einen berechtigten Nachtrag zu Unrecht ernsthaft und endgültig verweigert, darf der Bauunternehmer nicht die gesamte Baustelle „dichtmachen“, da sich das Leistungsverweigerungsrecht lediglich auf die betreffende Nachtragsleistung bezieht.

## Leistungseinstellung bei gekürzter Abschlagsrechnung

Für den Fall, dass der Auftraggeber fällige Zahlungen trotz angemessener Fristsetzung nicht leistet, bestimmt § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B für VOB/B-Verträge, dass der Auftragnehmer die Arbeiten bis zur Zahlung einstellen darf.

Aber auch hier liegt die Tücke im Detail. Denn das Leistungsverweigerungsrecht setzt voraus, dass die Abschlagszahlung auch berechtigt war und dem Auftraggeber keine Gegenrechte zustehen. Den Bauunternehmer trifft also abermals

das Prognose- und Nachweisrisiko, dass die von ihm abgerechneten Massen zutreffend sind, mithin der Vergütungsanspruch sachlich berechtigt ist, und auch keine Mängel an seinen Leistungen vorliegen, die den Auftraggeber zum Einbehalt berechtigen. Kommt es infolge einer Leistungseinstellung zum Gerichtsprozess, muss der Auftragnehmer seinen Vergütungsanspruch nachweisen sowie das Vorhandensein vom Auftraggeber behaupteter Mängel widerlegen. Die Erfahrung zeigt, dass dies in Gerichtsverhandlungen Jahre nach dem Streitfall zu Lasten des Auftragnehmers nicht gelingt.

## Leistungseinstellung der wegen Nichtleistung der Bauhandwerkersicherheit

Einen Weg gibt es für den Bauunternehmer, um relativ sicher das Recht zu erhalten, die weitere Leistungserbringung zu vermeiden. Sofern es sich nicht um einen Auftrag der öffentlichen Hand oder um einen Auftrag einer Privatperson zur Erstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses handelt, hat der Bauunternehmer Anspruch auf die sogenannte Bauhandwerkersicherheit nach § 648a BGB in Höhe des noch offenen Restverlohns zuzüglich 10 Prozent. Wird diese Sicherheit trotz Fristsetzung nicht beigebracht, so ist der Bauunternehmer zur Leistungsverweigerung berechtigt. Zwar ist auch hier im Einzelfall umstritten, inwieweit streitige Nachträge ebenfalls abzuschließen sind. Allerdings kann der

Auftragnehmer das Risiko für sich, eine überhöhte Sicherheit zu fordern, minimieren, indem er bei der Ermittlung der Höhe der Sicherheit streitige Nachträge außer Betracht lässt. Zudem ist der Auftraggeber beim überhöhten Sicherheitsverlangen verpflichtet, die Sicherheit gleichwohl in der von ihm zu ermittelnden, korrekten Höhe zu stellen. Kommt er dieser Verpflichtung trotz Fristsetzung nicht nach, ist der Bauunternehmer zur Leistungsverweigerung berechtigt.

## Streitfälle berechtigen grundsätzlich nicht zur Leistungseinstellung

Leistungsverweigerung des Bauunternehmers ist ein schwieriges Terrain. Auftragnehmer können nur davor gewarnt werden, bei Streitigkeiten über Nachträge oder bei Kürzungen von Rechnungen vorschnell die Baustelle einzustellen. In jedem Einzelfall ist eine genaue und sorgfältige juristische Prüfung der Voraussetzungen für eine Leistungseinstellung erforderlich. Ansonsten verkehrt sich das mit der Leistungseinstellung verfolgte Ziel ins Gegenteil und es entsteht ein immenser Schaden beim Bauunternehmer.

**Autor RA Dr. Michael T. Stoll, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, ist Partner der Rechtsanwaltskanzlei LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH. Herr Dr. Stoll ist auf die Vertretung von Unternehmen der Bauwirtschaft spezialisiert und deutschlandweit tätig.**