



# Leistungsverweigerungsrecht bei Nachträgen

**Dr. Maximilian R. Jahn**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

08.11.2023, Bad Nauheim



# Dr. Maximilian R. Jahn



- Studium an der Universität zu Köln und der London School of Economics
- 2013 bis 2016 Equity-Partner bei Kapellmann Rechtsanwälte
- seit 10/2016 bis 12/2018 Equity-Partner bei GvW Graf von Westphalen
- **seit 01.01.2019 Namenspartner bei JAHN HETTLER**
- **Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht (seit 2011)**
  - Privates Bau- und Architektenrecht
  - Projektentwicklung und Bauträgerrecht
  - Immobilien-, WEG-, Grundstücks- und Nachbarrecht
  - Bauversicherungsrecht, Bauinsolvenzrecht, Sicherheiten
  - Nachhaltiges Bauen, Task-Force ESG
  - Baubegleitende Rechtsberatung und gestörter Bauablauf
  - Prozessführung: Schiedsrichter, Adjudikation, Streitbeilegung
- Autor in: **Bolz/Jurgeleit, VOB/B, §§ 8 und 9; Ulbrich, Formularbuch Bau- und Architektenrecht, Der Bauträgervertrag**, 6. Auflage (mit A. Koenen); Herausgeber, **ESG in der Baupraxis**
- Lehrbeauftragter für VOB/B und HOAI an der DHBW Mosbach



Herr Dr. Jahn wird im **JUVE-Handbuch** Wirtschaftskanzleien sowie bei **The Legal 500 Deutschland** als Anwalt für privates Baurecht und Immobilienrecht empfohlen und erhielt durch die **WirtschaftsWoche** die begehrte Auszeichnung „Top Anwalt“ und „Top Kanzlei“. Er ist im **Handelsblatt**-Ranking „Deutschlands Beste Anwälte 2023“ im Baurecht gelistet.

# Referenzen – Highlights



**Laufende Beratung und Prozessführung für Auftraggeber**



**Baubegleitende Beratung zu Stuttgart 21,**  
Durchsetzung Restwerklohnanspruch i. H. V. 8.3 Mio €



**Großprozessführung und -steuerung bei Neu- und Ausbaustrecke F- und S-Bahn**  
8 Klageverfahren – Klageschrift 2.300 Seiten, 75 Ordner Anlagen  
Kumulierter Streitwert ca. 90 Mio. €



**Durchsetzung Werklohnforderung und Ansprüche wegen gestörtem Bauablauf und Abwehr  
Widerklageforderung wegen Verzug für Auftragnehmer im dreistelligen Millionenbereich;**  
„Vertragsdekonstruktion“ anhand AGB-Inhaltskontrolle



**Wohnkomplex aus mehreren Gebäuden Köln**  
Ensemble aus Bestandsgebäude und Neubau von Wohn- und Büroimmobilien  
Volumen ca. 110 Mio. €, 329 Nachträge; Beratung Auftragnehmer zu Wegfall der Geschäftsgrundlage

# Referenzen



**Komplettberatung S + S Grundbesitzgesellschaft mbH Karsten Schreyer bei Forward-Deal über 190 WE in Wohnpark Brüder-Grimm-Straße in Hanau mit Nassauische Heimstätte Wohnungs- und Entwicklungsgesellschaft mit beschränkter Haftung**

Volumen: mittlerer achtstelliger Betrag



**Laufende Beratung GaLa-Bauunternehmen, bei öffentlichen und privaten GaLa-Baufträgen**



**Beratung großes Bauunternehmen bei Durchsetzung Schlussrechnungsforderung komplexe Tunnelbaumaßnahme**



**Laufende Beratung Generalunternehmer gegen BLB**

1 Klageverfahren, 3 Beweisverfahren, 21 Streitverkündungen, Beratung Erstellung Schlussrechnungsklage und Nachtragsaufstellung - Streitwert ca. 12 Mio. €

# Referenzen



## **Projektbegleitende Beratung zu Sanierung Autobahnteilstück**

Volumen: 64 Mio. €



## **Laufende Beratung Generalunternehmer zu Klinik-Neubau (Volumen: ca. 200 Mio. €)**

Vertragsstrafe, unwirksame Vertragsklauseln, Vorbereitung Leistungseinstellung usw.



## **Beratung Auftragnehmer zu Teilstück große Kanalbaumaßnahme**



## **Beratung Straßenbaumaßnahme (Ortsumgehung)**

Volumen: 4,8 Mio. €



## **Beratung großer Rohstofflieferant (Bitumen, Asphalt, Gesteinsmaterialien) bei Durchsetzung Kaufpreisforderung sowie Abwehr Gegenforderungen aufgrund Verzögerungsschäden bei Lieferung**

Volumen: 1,3 Mio. €

# Herausforderung: Vorleistungspflicht des Unternehmers



- Wenn die Bezahlung in Vorleistung durchgeführter Arbeiten ausbleibt, wird die Luft für den AN gerade in der derzeitigen Wirtschaftslage schnell dünn
- Ungünstige rechtliche Ausgangsposition des AN. Er muss:
  - Notwendige Materialien vorab beschaffen und als Vorleistung einbauen;
  - unvorhergesehene angeordnete Änderungen ausführen, obwohl diese Leistungen regelmäßig nicht im Vertragspreis enthalten sind;
  - Steuern auf gestellte Rechnungen sofort abführen;
  - Löhne und Lieferanten bezahlen.

→ **Leistungsverweigerungsrecht des AN von erheblicher Relevanz**

→ **Zentrale Regelung hierfür § 320 BGB**

# Regelungsinhalt des § 320 BGB



*(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung.*

*(2) Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung **insoweit** nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger **Geringfügigkeit** des rückständigen Teils, gegen **Treu und Glauben** verstoßen würde.*

# Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB



1. Wirksamer gegenseitiger Vertrag
2. Teilweise erbrachte und zurückgehaltene Leistung sind wechselseitig miteinander verknüpfte Hauptleistungen der Parteien
  - **z.B. Werklohn und Werkerfolg** (*BeckOK BGB/H. Schmidt BGB § 320 Rn. 12*)
3. Fälligkeit der Forderung wegen deren Nichterfüllung der AN die Einrede des § 320 BGB erhebt
4. Fehlende nicht nur geringfügige Bewirkung der Gegenleistung (Zahlung des Werklohns)
5. Eigene Vertragstreue



# Voraussetzungen § 320 BGB – Fälligkeit



- Die **Gegenforderung** muss **wirksam und fällig** sein, wobei die Gegenleistung noch nicht bewirkt sein darf.
- Fälligkeit setzt die Prüffähigkeit der Rechnung oder **jedenfalls den Ablauf der Prüffrist** voraus.
  - BGB: Schlussrechnung 30 Kalendertage (§ 650g Abs. 4 S. 3 BGB)
  - VOB/B: Abschlagsrechnungen 21 Kalendertage (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B)
  - VOB/B: Schlussrechnung i.d.R. 30 Kalendertage (§ 16 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B)

# Leistungsstand und Mängel



- Der AG kann gegenüber einer Leistungsverweigerung jederzeit einwenden, dass der **abgerechnete Leistungsstand** so nicht zutrifft.
- Im Hinblick auf **Mängel** gilt:
  - Nur soweit der Vergütungsanspruch des AN den Druckzuschlag (Sonderregel § 641 Abs. 3 BGB) übersteigt, kommt eine Leistungsverweigerung in Betracht.
  - Leistungsverweigerungsrecht des Auftraggebers gemäß §§ 320, 632a BGB ist zu beachten. Daraus ergibt sich für den Unternehmer das **Risiko**, dass später im Prozess ein (von Anfang an bestehender) Mangel des Werks vorgetragen wird und dadurch die **Einstellung der Arbeiten durch den Unternehmer „rückwirkend“ vertragswidrig wird.**
  - Es spielt keine Rolle, ob der Mangel zu einer nur abgerechneten oder bereits bezahlten Leistung gehört (*BGH NJW 1984, 725*).

# Voraussetzungen § 320 BGB – Keine Geringfügigkeit



Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB wird durch § 320 Abs. 2 BGB eingeschränkt:

- Lediglich verhältnismäßig „**geringfügiger**“ fehlender Teil der Gegenleistung berechtigt nicht zur Leistungsverweigerung
- Sonstiger Verstoß gegen Treu und Glauben

# Keine Geringfügigkeit

## Wann ist ausstehende Vergütung nicht mehr verhältnismäßig geringfügig und insbesondere welche Bezugsgröße ist heranzuziehen?

- Gerichte haben bei der Beurteilung, ob und inwieweit die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechtes bei Teilleistungen berechtigt ist, einen **weiten Beurteilungsspielraum** (*MüKoBGB/Emmerich, 9. Aufl. 2022, BGB § 320 Rn. 63*).
- Ob es auf das Verhältnis zur insgesamt geschuldeten Vergütung (Auftragssumme) oder auf das Verhältnis zur abgerechneten, offenen Vergütung (alle offenen Abschlagsrechnungen, ggf. auch nur die aktuelle) ankommt wird daher nicht einheitlich beurteilt.

# Keine Geringfügigkeit

## Beispiele aus der Rechtsprechung:

- Kürzungsbetrag im **Verhältnis zur Abschlagssumme** (OLG Saarbrücken (Urteil vom 13.10.2010 - 1 U 380-09/95) Kürzung der AR um **1,5% geringfügig**.
- Ausstehende Nachtragsvergütung im **Verhältnis zur Gesamtauftragssumme** (OLG Brandenburg, Urteil vom 23.4.2009 - 12 U 111/04), **4% der Nettoauftragssumme**, nicht geringfügig.
- Unzumutbarkeit der weiteren Ausführung ab **Ausständen von 2-5%** der Auftragssumme (Leinenmann, BauR 2022, 308 ff.) .
  - Allenfalls als Obergrenze der Geringfügigkeit denkbar. Aber Bewertung im Einzelfall.

# Keine Geringfügigkeit



- Beachte: Die verhältnismäßige Geringfügigkeit der ausstehenden Vergütung ist **nur einer von mehreren Aspekten**, der für das Leistungsverweigerungsrecht ausschlaggebend sein kann (*m.w.N. MüKo BGB/Emmerich, 9. Auflage 2022, Rn. 63*). Beispiele:
  - Durchsetzungsinteresse des Unternehmers bzgl. der offenen Vergütung
  - Schwere des vertragswidrigen Verhaltens des anderen Teils
  - Dauer der Rückstände, z. B. Nachtragsvergütung bleibt über mehrere AR offen
  - wechselseitiges Verhalten der Vertragspartner

# Leistungsverweigerungsrecht bei Nachträgen – Überblick Konstellationen



- 1) Leistungsverweigerung vor Ausführung der Nachtragsleistungen**
  
- 2) Leistungsverweigerung bei bedingter Anordnung**
  
- 3) Leistungsverweigerung bei nicht bezahlten Rechnungen**

# Fall 1: Leistungsverweigerung vor Ausführung der Leistung



Ausgangspunkt: Häufig ist der Auftraggeber der Auffassung, dass eine Leistungsänderung nicht vorliegt, z. B. weil er sich sicher ist, dass die Leistung vom AN im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung oder als Mangelbeseitigungsmaßnahme **sowieso geschuldet** ist und er demnach auch keine Anordnung erteilt. Es stellt sich dann die Frage:

**Kann der Auftragnehmer die Leistung verweigern, wenn der Auftraggeber von vornherein eine Bezahlung der von ihm geforderten Bauleistung ablehnt?**



# Ausgangsfall: Leistungsverweigerung vor Ausführung der Leistung



- **Hat der AN Recht**, dann liegt schon kein Änderungsbegehren und erst recht keine Anordnung im Sinne von § 650b BGB oder §§ 1 Abs. 3 oder 4 VOB/B vor.
  - Wenn die Leistung nicht zum Vertragsoll gehört, geht die Aufforderung (keine vertragsändernde Wirkung) ins Leere.
  - Der AN muss diese Leistung dann nicht ausführen (*m.w.N. Kapellmann/Messerschmidt/Markus, VOB/B § 2 Rn. 404; BGH, IBR 2004, 486*).
  - **Führt der Unternehmer die Leistung gleichwohl aus**, besteht mangels Anordnung kein vertraglicher Vergütungsanspruch. Er kann eine Zahlung bloß auf eine **Geschäftsführung ohne Auftrag** oder das **Bereicherungsrecht** stützen.
  - Möchte sich der Unternehmer hiervor schützen, muss er die Ausführung der aus seiner Sicht nicht beauftragten Leistung deshalb ablehnen und von einer Anordnung des Bestellers abhängig machen und ggf. Bedenken anmelden.

# Ausgangsfall: Leistungsverweigerung vor Ausführung der Leistung



- Führt der AN nicht aus, kommt es darauf an, wer Recht hat. Es kommt also zum „**Showdown**“.
  - **Liegt der AG richtig**, musste der AN ausführen und es lag ein wichtiger Kündigungsgrund für den AG vor (vgl. *LG Potsdam, IBR 2023, 390*).
  - **Liegt der AG falsch**, musste der AN nicht ausführen und eine Kündigung wäre als freie Kündigung auszulegen (vgl. *BGH, IBR 2004, 486; BGH, NJW-RR 1996, 1108*).
  - Um den „Showdown“ zu vermeiden, wird in der Praxis immer wieder zur sogenannten „**bedingten Anordnung**“ gegriffen.

# Fall: Leistungsverweigerung bei bedingter Anordnung



Der AN hat mit dem öffentlichen AG einen Pauschalpreisvertrag über den Umbau eines Stadions abgeschlossen. Dem AN werden vom AG im Rahmen des vorgeschalteten wettbewerblichen Dialogs in der Angebotsphase ein Entwässerungsbescheid vorgelegt, nach dem die **Versickerung auf dem Grundstück** erfolgt.

In der Angebotsphase besteht bei Festlegung der Schnittstellen Einigkeit, dass keine weiteren Entwässerungsleistungen erforderlich sind. **Tatsächlich werden dann weitere Entwässerungsleistungen mit einem Volumen von 568.000 € erforderlich.** Der AG meint, der AN sei aufgrund Komplettheitsklausel im Vertrag zur Ausführung verpflichtet; auch habe der AN eine fehlerhafte Grundlagenermittlung durchgeführt.

Der AG reagiert mit folgendem Schreiben (bevor Sie fragen: es wurde nicht durch unsere Kanzlei erstellt):

## Fall 2: Leistungsverweigerung bei bedingter Anordnung



*„Wir erachten die folgenden Nachträge als grundsätzlich vertraglich geschuldet:*

*NA XX .... [...]*

*Zwischen uns ist streitig, ob es sich bei den Leistungen, die im Nachtragsangebot enthalten sind, um ganz oder teilweise zusätzliche bzw. geänderte Leistungen handelt. Wir stehen auf dem Standpunkt, dass diese Leistungen bereits zum ursprünglichen Leistungsumfang gehören und vom Pauschalpreis umfasst sind, sodass Sie keine zusätzliche Vergütung dafür verlangen können. Sie stehen auf dem Standpunkt, dass es sich um zusätzliche bzw. geänderte Leistungen handelt, die wir separat vergüten müssen.*

*Wir ordnen hiermit an, die im Nachtragsangebot enthaltenen Leistungen unverzüglich auszuführen. Sollte sich im Nachhinein herausstellen, dass Ihr Standpunkt richtig ist, d. h., dass es sich tatsächlich um zusätzliche oder geänderte Leistungen handelt, werden wir Ihnen eine zusätzliche Vergütung für diese Leistungen gewähren, auch wenn wir Ihr Nachtragsangebot jetzt nicht beauftragten. Mit dieser Anordnung ist kein Anerkenntnis der im Nachtragsangebot verbundenen Preise verbunden. [...]*“

# Lösung Fall: Bedingte Anordnung



**Liegt in diesem Schreiben eine wirksame Anordnung und muss der AN die Leistungen ausführen?**

Das Kammergericht (*Urteil vom 13.06.2017 – 21 U 24/15*) besonders anschaulich in einem anderen Fall dazu (altes Bauvertragsrecht):

*„Wenn ein Unternehmer die Fortsetzung der vertraglich geschuldeten Arbeiten – und sei es auch nur partiell – davon abhängig macht, dass der Besteller ihm eine zusätzliche Vergütung zusagt, dann verstößt damit gegen seine Vorleistungspflicht aus dem Werkvertrag, aufgrund derer er allein aufgrund von Meinungsverschiedenheiten über die Vergütungshöhe nicht zur Einstellung seiner Leistungen berechtigt ist. Solange sich der Besteller nicht objektiv in Verzug mit der Zahlung fälliger Abschlagszahlungen befindet (die natürlich auch für umstrittene Nachträge entstehen können), gilt nach Abschluss eines Bauvertrags der **Grundsatz, wonach Vertragsdurchführung Vorrang vor Preisgewissheit hat** (vgl. § 18 Abs. 5 VOB/B).“*

# Lösung Fall: Bedingte Anordnung



Nach altem Bauvertragsrecht:

- **Der AN muss trotz fehlender Vereinbarung die geforderte Leistung erst einmal erbringen** und die **Auseinandersetzung** mit dem AG über die Vergütung ist nur **„aufgeschoben“**. Der AN muss –„sehenden Auges“ – weiterarbeiten, obwohl er mit recht großer Sicherheit weiß, dass der AG seine Leistung nicht vergüten wird.
- Der AG erhält so Gelegenheit, die Baustelle zunächst störungsfrei bis zur Fälligkeit der nächsten Rechnung (i.d.R. 2 Monate) weiterlaufen zu lassen.
- Dies gilt auch beim BGB-Bauvertrag (*m.w.N. Leinemann/Kues/Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rn. 169*).

**ABER: Dieses Ergebnis geht auf die Rechtsprechung zum alten Bauvertragsrecht zurück.**

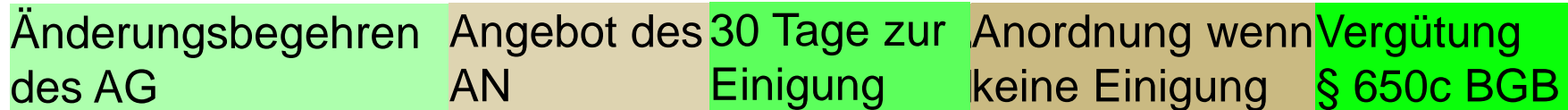
**Wie stellt sich die Rechtslage nach neuem Bauvertragsrecht dar?**

# Lösung Fall: Bedingte Anordnung



- Das **neue Bauvertragsrecht** zielt darauf möglichst auf ein **Einvernehmen** zwischen den Vertragsparteien zu bewirken (vgl. § 650b BGB) , um eine Belastung der weiteren Ausführung des Bauvorhabens möglichst zu vermeiden (*BT-Drucks. 18/8486, S. 53*).
- Das sofortige Anordnungsrecht der VOB/B wird aufgrund seiner Abweichung von diesem gesetzlichen Leitbild, daher überwiegend als unwirksam erachtet (*m.w.N. Bolz/Jurgeleit, ibr-online-Kommentar VOB/B, § 1 Rn. 170 ff.; Oberhauser, NZBau 2019, 3; a. A. von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, Rdn. 130 ff.*).
- Die Vorleistungspflicht des Auftragnehmers zur Ausführung **geänderter / zusätzlicher Leistungen bzw. einer Änderung** (§ 650b BGB) besteht **nur noch nach Maßgabe der Regelungen in §§ 650b BGB** (Ausnahmen nur innerhalb sehr enger Ausnahmen)

# Anordnung nach § 650b BGB



- 1) Änderungsbegehren des AG nach § 650b Abs. 1 S. 1 BGB (ggf. **unter Vorlage geänderter Planung** nach § 650b Abs. 1 S. 4 BGB )
- 2) Ausführung der Leistung ist dem AN nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB zumutbar
- 3) (ggf.) Nachtragsangebot des AN
- 4) Verhandlungen (bis zu 30 Tage)
- 5) Kommt keine Einigung zustande, kann der AG die Ausführung der Leistung anzuordnen



# Bedingte Anordnung nach neuem Bauvertragsrecht



- AG und AN müssen nach neuem Bauvertragsrecht dieses **Prozedere zwingend durchlaufen**, bevor eine bedingte Anordnung **überhaupt erst denkbar** wird.
- Weigert sich der AG, die Planung für die Ausführung beizustellen, hat der AG die Voraussetzungen für die gesetzliche Vergütungspflicht nach § 650b BGB in dem Fall, dass er Unrecht hat, bereits nicht geschaffen. Er kann **keine wirksame Anordnung** erteilen, weil die Grundlage ein Nachtragsangebot und darüber geführte Verhandlungen von ihm nicht geschaffen wurden. Seine „bedingte Anordnung“ geht ins Leere, wenn die Leistung nicht sowieso geschuldet war.
- Das Gleiche gilt, wenn keine Verhandlungen geführt werden.

**Ergo:** Fügt der AN sich nicht, so kommt es dann doch wieder darauf an, wer Recht hat und damit zum „Showdown“, der Streit ist also gerade nicht „aufgeschoben“. **Wer also zur bedingten Anordnung greift, um den Streit zu verschieben, muss die Anforderungen des neuen Bauvertragsrechts umsetzen.**

## § 650 c Abs. 3 BGB als „Konflikthemmer“?



**Für die Lösung des Falls unterstellen wir nachfolgend, dass der AG dem AN mit seinem Änderungsbegehren die Entwässerungsplanung übergeben hat und zudem mit ihm erfolglos verhandelt hat, also dass die Voraussetzungen für eine (bedingte) Anordnung jedenfalls nach 30 Kalendertagen vorliegen:**

Die entscheidende Frage ist nun, ob der Gesetzgeber wollte, dass es dann nach Fälligkeit der Abschlagsrechnung über die umstrittene Leistung zum „Showdown“ kommt oder ob das ganze Thema durch § 650c BGB sogar bis zur Schlussrechnung verschoben wird, wenn der Auftragnehmer nach § 650c BGB abrechnet.

Nach § 650 c Abs. 3 BGB kann der AN lediglich 80 % der angebotenen, aber nicht beauftragten Vergütung in seine Abschlagsrechnung einstellen.

**Kann der AG auch dann noch die vorgenannten Einwände gegen den Vergütungsanspruch erheben, also diesen dem Grunde nach bestreiten?**

## § 650 c Abs. 3 BGB als „Konflikthemmer“?

- Die wohl h. M. gesteht dem AG grundsätzlich alle Einwände gegen die Abschlagsrechnung zu, die er sonst auch hat (*m.w.N. Kniffka in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, 4. Teil, Rn. 326; Retzlaff BauR 2017, 1781, 1817; Oppler NZBau 2018, 67, 71; Franz/Göppner BauR 2018, 557, 569; Sacher/Jansen NZBau 2019, 20, 22*). **Z.B.: Leistung gehört nicht zum Bausoll; Mängel; Überzahlung**
- Nur **Kürzung der Vergütungshöhe nicht zulässig**, d. h. der AG kann die Höhe des Nachtrags nicht angreifen (Prüfbarkeit / fehlerhafte Herleitung der Preise).
- **Begründung der wohl h. M. :**
  - Ausreichender Schutz des AN durch § 650d BGB
  - Wortlaut des § 650c Abs. 3 S. 1 („bei der Berechnung“ und „geschuldeten Abschlagszahlungen“)

## § 650 c Abs. 3 BGB als „Konflikthemmer“?



- Die **Gegenansicht** vertritt, dass der AG kann lediglich **Einwände bezogen auf die erbrachte Leistung vorbringen, d. h. Mängel z. B. nur bezogen auf die Nachtragsleistung** (*m.w.N. BeckOGK/Mundt, § 650d BGB, Rn. 25.1-25.2; Bolz, IBR 2018, 60; von Rintelen, ibrOK; § 650c BGB, Rn. 129; Leinemann/Kues § 650c Rn. 103*).
- **Begründung im Vordringen befindliche Gegenansicht:**
  - § 650c Abs. 3 BGB läuft sonst in der Praxis leer, wenn bei dem Grunde nach streitigen Nachträgen Abs. 3 keine Anwendung findet.
  - Zweck der Regelung einfach durchzusetzender Anspruch auf Abschlagszahlungen für Liquidität läuft sonst leer.
  - AG ist durch § 650d BGB geschützt.

# § 650 c Abs. 3 BGB als „Konflikthemmer“?



## ▪ Ergebnis:

- Meinungsstreit läuft darauf hinaus, wem man die Pflicht auferlegen will, seine Rechtsposition nach § 650d BGB überprüfen zu lassen. **Das spricht für die letztere Ansicht.** Schließlich fordert der AG eine Leistung.
- Einwände der Höhe nach gegen Nachtrag 2 können nach der ersten Ansicht als Überzahlungsanspruch bei Nachtrag 3 verfolgt werden. Das ist inkonsequent.
- Zudem erste Ansicht inkonsequent, weil sie erst den AN zur Befolgung verpflichtet, wenn die Voraussetzungen nach § 650b BGB eingehalten sind, dann aber den Anwendungsbereich von § 650c BGB abhängig von der materiellen Rechtslage machen will.
- Ausgleich für den AG: der AN hat die erhaltenen Zahlungen mit 9 % über dem Basiszinssatz nach § 650c Abs. 3 S. 4 BGB zu verzinsen (*m.w.N. Langen, in: Langen/Berger/Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 17)*).

## § 650 c Abs. 3 BGB als „Konflikthemmer“?

### Folgen der im Vordringen befindlichen Meinung: § 650c Abs.3 ist Konflikthemmer

- Wird eine Abschlagszahlung nicht geleistet und auch keine anderslautende gerichtliche Entscheidung im Wege einer einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB erwirkt, ist der **Unternehmer nach § 320 BGB berechtigt, die weitere Ausführung aller Arbeiten (nur der Änderungsleistung) zu verweigern.**
- **Nicht der Unternehmer, sondern der Besteller kommt in Verzug** und muss ggf. Entschädigung für eingetretene Behinderungen zahlen (*Leinemann/Kues/Leinemann/Kues, BGB § 650c Rn. 112; BeckOK BauvertrR/Althaus/Kattenbusch, BGB § 650c Rn. 145*).
- Beim Vorgehen nach § 650c Abs. 3 BGB ist es unschädlich, wenn das Gericht nachträglich feststellt, dass die Vergütung niedriger sein müsste als die gestellte Abschlagsrechnung. Der vorläufige Anspruch des AN auf Zahlung der Abschlagsrechnung entfällt **nur mit Wirkung für die Zukunft** (*Leinemann/Kues/Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650c Rn. 113*).

# § 650 c Abs. 3 BGB als „Konflikthemmer“?



## Folgen der Sichtweise der wohl h. M.: § 650c Abs. 3 ist kein Konflikthemmer

- Wird eine Abschlagszahlung nicht geleistet und auch keine anderslautende gerichtliche Entscheidung im Wege einer einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB erwirkt, und fügt der AN sich nicht, so kommt es zum **Showdown**.
- Wieder stellt sich die Frage, wer inhaltlich recht hat. Wenn der AN sein Risiko begrenzen will, muss er, der bereits vorgeleistet hat und – sollte er inhaltlich Recht haben – Monate auf sein Geld gewartet hat, nun auch noch nach § 650d vorgehen oder „es darauf ankommen lassen“ und einstellen.
- Leistungseinstellung ist für ihn indes immer riskant wegen Mängeln, Leistungsstand usw. (siehe oben), selbst wenn er Recht hat.
- Für den AN also „**Wahl zwischen Pest und Cholera**“. Vielleicht fügt er sich, vielleicht nicht. Für den AG ebenfalls nicht befriedigend und rechtssicher.
- Sinn und Zweck der Regelungen des neuen Bauvertragsrechts laufen leer.

# § 650 c Abs. 3 BGB als „Konflikthemmer“?



## Reaktion AN:

- Abrechnung nach § 650c Abs. 3 BGB nutzen und nach Fälligkeit anhand Prognose reagieren: wie sicher fühlt der AN sich mit Blick auf Mängel, Leistungsstand und Rechtsfrage der Berechtigung?

## Reaktion AG:

- 80 Prozent-Rechnung des AN bezahlen oder
- möglichst früh § 650d nutzen, wenn er Baustelleneinstellung um jeden Preis vermeiden will (auf Risiko Leistungseinstellung präventiv reagieren) oder
- AG fühlt sich in Rechtsfrage sicher, hat Folgeunternehmer an der Hand und lässt es zum Showdown kommen.



# Fall 3: Leistungsverweigerung bei nicht bezahlten Rechnungen



**Wir unterstellen nachfolgend weiter, dass der Fall nach der h. M. zu lösen ist.**

**Hat der AG (wirksam) eine bedingte Anordnung erteilt und bezahlt er dann eine daraufhin vom AN gestellte Rechnung nicht, so kommt es, wenn der AN einstellt, spätestens jetzt zum „Showdown“.**

# Lösung: Leistungsverweigerung bei nicht bezahlten Rechnungen



- Dem AN steht jedenfalls dann **grundsätzlich ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB** zu, wenn der Besteller eine fällige (Abschlags-) Rechnung nicht bezahlt (*m.w.N. OLG Celle NJW-RR 2008, 180*).
- **Ausnahme:**
  - Abgerechnete **Leistungsstand** entspricht nicht den Tatsachen; Nachtragsforderungen nicht berechtigt
  - **Mängel mit Druckzuschlag steht Fälligkeit entgegen**
  - Aufrechnung AG mit Gegenforderungen
  - **Nicht bezahlte Leistung** im Verhältnis zur Auftragssumme **geringfügig** i.S.v. § 320 Abs. 2 BGB

**Beachte:** Das Leistungsverweigerungsrecht des AN muss dieser jedenfalls im BGB-Vertrag nicht ggü. dem AG „erklären“ oder „ankündigen“ (*m. w. N. BGH, BauR 1993, 600, 601; IBR 2003, 464; NJW 2008, 2106 Rn. 45; BauR 1996, 544*).

# Nachfrist und/oder Ankündigungspflicht?

- Beim VOB/B-Vertrag wird teilweise die Setzung einer Nachfrist nach § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B für erforderlich gehalten (z.B. *Kapellmann/Messerschmidt-Messerschmidt, VOB/B, Rn. 486; 497*).
- **ABER: § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B ist bei isolierter Inhaltskontrolle wegen Verstoß gegen §§ 307 BGB i. V. m. § 309 Nr. 2 BGB unwirksam** (*m.w.N. Bolz/Jurgeleit, Ibr-online-Kommentar VOB/B, 30.05.2023, § 16, Rn. 224*).
  - § 320 BGB setzt keine Abmahnung/Nachfristsetzung durch den AN voraus. Das Leistungsverweigerungsrecht muss nicht vorher geltend gemacht werden (*BGH, IBR 2003, 464*).
  - Aus § 16 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B und § 16 Abs. 3, Nr. 1, S. 4 VOB/B ergibt sich die klare Wertung, dass alle Zahlungen „aufs Äußerste zu beschleunigen“ sind.

# Weitere Denkanstöße



- Der AN ist im Verzug. Währenddessen stellt der AN eine Abschlagsrechnung. Der AG muss diese bezahlen und kann seinerseits in Verzug geraten. Indes: eine Leistungseinstellung könnte für den AN in dieser Situation schwierig sein, weil § 320 BGB die **eigene Vertragstreue** des AN erfordert. Insofern stellt sich die Frage, ob der Zeitpunkt der eigenen Leistungserbringung insoweit zu berücksichtigen ist.
- **Wenn der AN weiterarbeitet**, obwohl er nach § 320 BGB zur Leistungseinstellung berechtigt wäre, weil der AG Rechnungen in nicht geringfügigem Umfang zu spät (oder nicht) bezahlt oder nicht bezahlt, **generiert er dadurch einen Zeitpuffer?** Kann er diesen Zeitpuffer etwaigen Verzugs- oder Vertragstrafeansprüchen des AG am Ende der Bauzeit entgegenhalten? [Eine Ankündigungspflicht besteht nicht, siehe vorstehende Folie.]

# Ihr Ansprechpartner



## **Dr. Maximilian R. Jahn**

Partner, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

JAHN HETTLER Rechtsanwälte PartG mbB  
Guiollettstraße 48 (Solo West)  
60325 Frankfurt am Main

Tel. +49 69 9897278-11  
Fax +49 69 9897278-99

[jahn@jahnhetzler.de](mailto:jahn@jahnhetzler.de)

[www.jahnhetzler.de](http://www.jahnhetzler.de)



**Haben Sie noch Fragen?  
Sprechen Sie uns gern jederzeit an.**

**Bleiben Sie stets aktuell mit JAHN HETTLER – News**

**Melden Sie sich direkt an**



**[www.jahnhetzler.de](http://www.jahnhetzler.de)**