

## Pause, BauR 2018, 882

Thema: Strittige Nachträge und das Leistungsverweigerungsrecht bei BGB-Bauverträgen nach der Reform des Bauvertragsrechts

**Zeitschrift:** BauR - Baurecht

**Autor:** Felix Pause

**Rubrik:** Aufsätze

**Referenz:** BauR 2018, 882 - 891 (Heft 6)

### Strittige Nachträge und das Leistungsverweigerungsrecht bei BGB-Bauverträgen nach der Reform des Bauvertragsrechts



von Rechtsanwalt Felix Pause, LL.M., München\*

**Gegenstand dieses Aufsatzes ist die Auswirkung der Reform des Bauvertragsrechts auf ein Leistungsverweigerungsrecht von Auftragnehmern bei BGB-Bauverträgen, wenn Nachträge strittig sind. Zunächst wird das Leistungsverweigerungsrecht bei VOB/B-Verträgen untersucht. Dabei werden das Anordnungsrecht des Auftraggebers, die Anforderungen an ein Leistungsverweigerungsrecht, sowie dessen Sinn und Zweck diskutiert. Als nächstes wird das Leistungsverweigerungsrecht im Hinblick auf das durch die Reform des Bauvertragsrechts geänderte BGB behandelt. Dabei werden**

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Kanzlei SCHWAMB Rechtsanwälte.

**Pause: Strittige Nachträge und das Leistungsverweigerungsrecht bei BGB-Bauverträgen nach der Reform des Bauvertragsrechts - BauR 2018 Heft 6 - 883 >>**

**die neuen Vorschriften zum Anordnungsrecht kurz dargestellt und anschließend mit dem Anordnungsrecht in der VOB/B verglichen. Des Weiteren erfolgt eine Diskussion der Regelungen im BGB, die nicht in der VOB/B enthalten sind, sowie deren Einfluss auf ein Leistungsverweigerungsrecht. Kernaussage des Aufsatzes ist, dass Auftragnehmern beim BGB-Bauvertrag kein Leistungsverweigerungsrecht mehr zusteht, wenn Nachträge strittig sind.**

#### I. Einleitung

In der Praxis kommt es vor allem bei größeren Bauvorhaben vor, dass Auftraggeber auf der Grundlage der VOB/B Leistungsänderungen oder zusätzliche Leistungen anordnen. Daraufhin entstehen oftmals Streitigkeiten über die Vergütung dieser angeordneten Leistungen. Auftraggeber stellen sich dabei häufig auf den Standpunkt, dass die angeordneten Leistungen vertraglich geschuldet seien und somit keine Vergütungsanpassung rechtfertigen. Hierauf reagieren Auftragnehmer nicht selten mit einer Einstellung ihrer Leistungen, um eine Vergütungsanpassung in Bezug auf die angeordneten Leistungen durchzusetzen.

Die Interessenlage bei VOB/B-Verträgen ist im Hinblick auf Leistungsverweigerungen schwierig. Wie Pauly<sup>1</sup> zutreffend ausführt, führen Leistungsverweigerungen bei Auftraggebern zu erheblichen Nachteilen in baubetrieblicher Hinsicht. Insofern ist es angebracht wie Vygen<sup>2</sup> hier von typischen Erpressungssituationen zu sprechen. Andererseits bezeichnen Kues/Kaminsky<sup>3</sup> die Leistungsverweigerung durchaus zu Recht als ein probates Mittel, um berechnete Nachträge gegenüber dem Auftraggeber durchzusetzen. Neben der schwierigen Interessenlage tritt als weiteres Problem die Beurteilung der Frage, ob die vom Auftraggeber angeordneten Leistungen überhaupt nachtragsfähig sind. Kimmich<sup>4</sup> führt aus, dass zur Beantwortung dieser Frage eine Vertragsauslegung und die Beurteilung von teilweise äußerst komplizierten technischen Fragen notwendig sind. Prognosen zur Nachtragsfähigkeit von angeordneten Leistungen seien daher kaum möglich.

Weniger schwierig war die Rechtslage bisher bei BGB-Verträgen.<sup>5</sup> Aufgrund des Fehlens eines Rechts des Auftraggebers, Leistungsänderungen bzw. zusätzliche Leistungen anzuordnen, wurde die Ansicht

vertreten, dass der Auftragnehmer bei strittigen Nachträgen die Leistungen bis zum Abschluss einer Vergütungsvereinbarung verweigern darf.<sup>6</sup> Diese Rechtslage dürfte sich mit der Reform des Bauvertragsrechts geändert haben. Schließlich wurden in diesem Zusammenhang Regelungen eingeführt, die dem Auftraggeber auch beim BGB-Bauvertrag i.S.v. § 650a BGB die Möglichkeit einräumen, Leistungsänderung bzw. zusätzliche Leistungen anzuordnen. Insofern haben sich die Regelungen im BGB an die VOB/B angeglichen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bei BGB-Bauverträgen ausgestaltet ist, wenn Nachträge strittig sind.

Der Aufsatz besteht aus zwei Hauptkapiteln, die das Leistungsverweigerungsrecht von Auftragnehmern bei VOB/B-Verträgen und bei BGB-Bauverträgen zum Gegenstand haben. In diesem Zusammenhang wird zunächst das Anordnungsrecht von Auftraggebern nach der VOB/B, welches die Grundlage für die Diskussionen über das Leistungsverweigerungsrecht bildet, dargestellt. Anschließend werden die Anforderungen an ein Leistungsverweigerungsrecht behandelt und der Sinn und Zweck eines Leistungsverweigerungsrechts erforscht.

Der zweite Hauptteil beschäftigt sich mit einem Leistungsverweigerungsrecht bei BGB-Bauverträgen und beginnt mit einer überblicksartigen Darstellung des durch die Reform des Bauvertragsrechts eingeführten Anordnungsrechts des Auftraggebers. Anschließend wird das Anordnungsrecht nach VOB/B und BGB miteinander verglichen, um herauszufinden, ob die im Rahmen von VOB/B-Verträgen geführten Diskussionen über ein Leistungsverweigerungsrecht auf BGB-Bauverträge übertragbar sind. Darüber hinaus werden noch die §§ 650c Abs. 3 und 650d BGB behandelt, da mit diesen Vorschriften vergleichbare Regelungen in der VOB/B nicht existieren. Hier wird sich die Frage stellen, welchen Einfluss diese beiden Vor-

---

1 Siehe Pauly, BauR 2012, 851 (852) .

2 Siehe Vygen, BauR 2005, 431 (431) .

3 Siehe Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368 (1375) .

4 Siehe Kimmich, BauR 1494 (1494).

5 Vor der Reform des Bauvertragsrechts unterschied das BGB nicht zwischen verschiedenen Vertragstypen. Es gab nur den BGB-Vertrag.

6 Siehe Kuffer, ZfBR 2004, 110 (114).

*Pause: Strittige Nachträge und das Leistungsverweigerungsrecht bei BGB-Bauverträgen nach der Reform des Bauvertragsrechts - BauR 2018 Heft 6 - 884 << >>*

schriften auf ein mögliches Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers haben.

Der Aufsatz wird mit dem Fazit enden, dass Auftragnehmern bei BGB-Bauverträgen nach der Reform des Bauvertragsrechts kein Leistungsverweigerungsrecht im Rahmen von strittigen Nachträgen zusteht.

## **II. Das Leistungsverweigerungsrecht beim VOB/B-Vertrag**

In diesem Kapitel wird das Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bei VOB/B-Verträgen behandelt. Dabei werden in den nachfolgenden Abschnitten das Anordnungsrecht des Auftraggebers, die Anforderungen an ein Leistungsverweigerungsrecht, sowie Sinn und Zweck eines Leistungsverweigerungsrechts dargestellt und diskutiert.

### **1. Das Anordnungsrecht des Auftraggebers nach VOB/B**

Die Diskussionen über ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bei strittigen Nachträgen sind vor dem Hintergrund entstanden, dass Auftraggeber gem. §§ 1 und 2 VOB/B<sup>7</sup> die Durchführung von Leistungsänderungen bzw. zusätzlichen Leistungen angeordnet haben.<sup>8</sup>

Die VOB/B unterscheidet zwischen der Anordnung von Leistungsänderungen in § 1 Abs. 3 VOB/B und der Anordnung von zusätzlichen Leistungen in § 1 Abs. 4 VOB/B.<sup>9</sup> Während die Anordnung von Leistungsänderungen nach § 1 Abs. 3 VOB/B dem Auftraggeber unbeschränkt möglich ist, setzt die Anordnung von zusätzlichen Leistungen voraus, dass diese erforderlich sind und dass der Betrieb des Auftragnehmers auf diese Leistungen eingerichtet ist.<sup>10</sup>

Die Vergütung von Leistungsänderungen ergibt sich aus § 2 Abs. 5 VOB/B, während die Vergütung von zusätzlichen Leistungen auf der Grundlage von § 2 Abs. 6 VOB/B ermittelt wird.<sup>11</sup> Für die Bestimmung der Vergütungshöhe ist für beide Varianten die Urkalkulation des Auftragnehmers entscheidend. Diese wird im Hinblick auf die Leistungsänderungen und die zusätzlichen Leistungen fortgeschrieben. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Regelungen liegt darin, dass der Anspruch auf Vergütung von zusätzlichen

Leistungen dem Auftraggeber vor Beginn der Leistungsausführung angekündigt werden muss.<sup>12</sup> Fehlt eine solche Ankündigung, entfällt grundsätzlich<sup>13</sup> ein Vergütungsanspruch des Auftragnehmers für die zusätzlichen Leistungen.

## 2. Die Anforderungen an ein Leistungsverweigerungsrecht nach VOB/B

Das Leistungsverweigerungsrecht bei VOB/B-Verträgen von Auftragnehmern in Bezug auf Nachträge, die vom Auftraggeber ganz oder zum Teil verweigert werden, ist allgemein anerkannt.<sup>14</sup> Begründet wird das Leistungsverweigerungsrecht überwiegend<sup>15</sup> mit § 320 BGB.<sup>16</sup> Jedoch wird auch das Kooperationsgebot als Begründung in diesem Zusammenhang herangezogen.<sup>17</sup>

Beim Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers wird nicht zwischen der Anordnung von geänderten und zusätzlichen Leistungen unterschieden. Trotz der unterschiedlichen Wortlaute in § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B sind die Inter-

---

7 Zur Kritik an der Regelung des Anordnungsrechts in der VOB/B siehe von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, 6. Aufl. 2018, VOB/B, § 1, Rdnr. 50b.

8 Siehe z.B. BGH, Urt. v. 24.06.2004 - VII ZR 271/01, BauR 2004, 1613.

9 Ausführlich zu § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B siehe z.B. Althaus, ZfBR 2007, 411.

10 Zu den Grenzen des Anordnungsrechts nach § 1 Abs. 3 VOB/B siehe z.B. von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 1, Rdnr. 82 ff.

11 Ausführlich zu § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B siehe z.B. Keldungs, in: Ingenstau/Korbion, 20. Aufl. 2017, VOB/B, § 2 Abs. 5, Rdnr. 1 ff.; § 2 Abs. 6, Rdnr. 1 ff.

12 Zur Kritik an dem Ankündigungserfordernis siehe Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 1, Rdnr. 199.

13 Zur Entbehrlichkeit des Ankündigungserfordernisses siehe BGH, NJW 1996, 2158 [BGH 23.05.1996 - VII ZR 245/94].

14 Für eine ausführliche Darstellung der einzelnen Meinungen in Literatur und Rechtsprechung siehe Kimmich, BauR 2009, 1494.

15 Siehe OLG Koblenz, IBR 2015, 9 [OLG Koblenz 06.11.2014 - 6 U 245/14]; OLG Brandenburg, IBR 2009, 567 [OLG Brandenburg 23.04.2009 - 12 U 111/04]; In beiden Urteilen wird das Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers von den Gerichten auf § 242 BGB gestützt.

16 Vgl. Althaus/Heindl, der öffentliche Bauauftrag, 2. Aufl. 2013, Teil 3, Rdnr. 289; Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 2, Rdnr. 205; Kimmich, BauR 2009, 1494 (1500 f.); Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368 (1371 ff.); Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 5. Teil, Rdnr. 159; Kuffer, ZfBR 2004, 110 (114 f.); Motzke/Bauer/Seewald, Prozesse in Bausachen, § 5, Rdnr. 289.

17 Vgl. von Rintelen, in: Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2018, Stand 12.12.2017, § 650b, Rdnr. 239 f.; Kniffka/Koebler, 5. Teil, Rdnr. 159; Locher, in: Ingenstau/Korbion, § 18 Abs. 5, Rdnr. 39.

*Pause: Strittige Nachträge und das Leistungsverweigerungsrecht bei BGB-Bauverträgen nach der Reform des Bauvertragsrechts - BauR 2018 Heft 6 - 885 << >>*

essenslagen identisch und eine einheitliche Auslegung aus Gründen der Rechtsklarheit notwendig.<sup>18</sup>

Grundlegende Voraussetzung für das Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts sind das Vorliegen einer nachtragsfähigen Leistung, eines prüffähigen Nachtragsangebots, die Aufforderung des Auftragnehmers zu Nachtragsverhandlungen, die Unzumutbarkeit weiterer Leistungen, sowie keine Gegenforderungen und/oder Einbehalte des Auftraggebers.<sup>19</sup>

Es wird zwischen Nachträgen unterschieden, die dem Grunde bzw. der Höhe nach strittig sind.<sup>20</sup> Bei Nachträgen, die dem Grunde nach strittig sind, verweigert der Auftraggeber ernsthaft und endgültig jegliche zusätzliche Vergütung für eine – nach Ansicht des Auftragnehmers – zusätzliche Leistung. Bei diesen Nachträgen wird allgemein<sup>21</sup> ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bejaht.

Bei der Höhe nach strittigen Nachträgen, wenn also der Auftraggeber nur dazu bereit ist einen Teil der vom Auftragnehmer geforderten zusätzlichen Vergütung zu leisten, kommt es nach herrschender Meinung<sup>22</sup> auf eine Erheblichkeitsgrenze an. Erst wenn die Differenz zwischen der vom Auftragnehmer verlangten zusätzlichen Vergütung und der vom Auftraggeber angebotenen Vergütung mehr als 3–5 %<sup>23</sup> der Auftragssumme beträgt, steht dem Auftragnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht zu.<sup>24</sup>

## 3. Sinn und Zweck eines Leistungsverweigerungsrechts nach VOB/B

In der Einleitung zu diesem Aufsatz wurde bereits die schwierige Interessenlage in Bezug auf

Leistungsverweigerungen angesprochen. Auf der einen Seite steht das Interesse von Auftragnehmern, berechnete Nachträge durchzusetzen. Andererseits besteht dadurch die Gefahr, dass Auftraggeber in eine Erpressungssituation geraten. Vor diesem Hintergrund ist es notwendig, das Leistungsverweigerungsrecht im Hinblick auf dessen Sinn und Zweck näher zu untersuchen. Einerseits wird dadurch deutlich, wo genau das Problem von strittigen Nachträgen besteht und wie dieses gelöst wird. Des Weiteren ist ein tiefergehendes Verständnis des Leistungsverweigerungsrechts auch für die Frage von Leistungsverweigerungen beim BGB-Bauvertrag essentiell.

In seinem Urt. v. 23.04.2009 - 12 U 111/04 - hat das OLG Brandenburg<sup>25</sup> einen Hinweis zu dem Sinn und Zweck des Leistungsverweigerungsrechts bei VOB/B-Verträgen gegeben. In diesem Verfahren vor dem OLG Brandenburg hatte die Beklagte die Klägerin mit der Errichtung eines Hallenneubaus inklusive Haustechnik beauftragt. Zwischen den Vertragsparteien kam es dann zu einem Streit über den Einbau einer Lüftungsanlage für den gesamten Bistrobereich. Die Klägerin sah diese Leistung als zusätzliche Leistung an und verlangte von der Beklagten hierfür eine zusätzliche Vergütung. Die Beklagte war der Meinung, dass es sich hierbei um eine vertraglich geschuldete Leistung handelt, und war daher nicht dazu bereit, diese Leistungen zusätzlich zu vergüten. Die Klägerin stellte daraufhin die Arbeiten ein und die Beklagte kündigte den Bauvertrag vom 22./29.10.2002 außerordentlich.

In Bezug auf die Frage, ob die Leistungseinstellung der Klägerin rechtmäßig und somit die außerordentliche Kündigung der Beklagten rechtswidrig war führte das *OLG Brandenburg* aus:

„(...) aufgrund der Tatsache, dass der Auftragnehmer regelmäßig eine Vertragserfüllungssicherheit von bis zu 10 % stellen muss, Einbehalte des Auftraggebers nach § 16 Nummer 1 Abs. 2 VOB/B zulässig sind und Zahlungen auf Abschlagsrechnungen nachschlüssig erfolgen, sodass der Auftragnehmer wegen der sich darin ausdrückenden *Vorleistungspflicht* regelmäßig

18 Siehe dazu Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 2, Rdnr. 205; Kimmich, BauR 2009, 1494 (1499 f.); Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368 (1371 f.) .

19 Vgl. Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368 (1373 f.) ; ähnlich Kimmich, BauR 2009, 1494 (1499 f.) ; Leinemann, NJW 1998, 3672 (3677).

20 Siehe z.B. Kimmich, BauR 2009, 1494 (1494) ; Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368 (1371 f.) .

21 Vgl. Althaus/Heindl, Teil 3, Rdnr. 289; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, § 2, Rdnr. 205; Kimmich, BauR 2009, 1494 (1500) ; von Rintelen, in: Kniffka, § 650b, Rdnr. 239 f.; Kniffka/Koebler, 5. Teil, Rdnr. 159; Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368 (1372) ; Kuffer, ZfBR 2004, 110 (116).

22 Vgl. Kimmich, BauR 2009, 1494 (1500 ff.) ; von Rintelen, in: Kniffka, § 650b, Rdnr. 41; Kniffka/Koebler, 5. Teil, Rdnr. 159; Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368 (1371 ff.) ; a.A. Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 2, Rdnr. 206.

23 A.A. Virneburg, ZfBR 2004, 419 (420); Virneburg sieht die Grenze des Leistungsverweigerungsrechts erst bei einer Differenz von 25 % gegeben.

24 Die Erheblichkeitsgrenze von 3-5 % ist auch bei dem Grunde nach strittigen Nachträgen anwendbar. Dies ergibt sich aus dem OLG Brandenburg, Urt. v. 23.04.2009 - 12 U 111/04 , IBR 2009, 567.

25 Siehe OLG Brandenburg, IBR 2009, 567 [OLG Brandenburg 23.04.2009 - 12 U 111/04] .

*Pause: Strittige Nachträge und das Leistungsverweigerungsrecht bei BGB-Bauverträgen nach der Reform des Bauvertragsrechts - BauR 2018 Heft 6 - 886 << >>*

einen den Zahlungsstand deutlich überschreitenden Leistungswerte erstellt hat, (...) [ist] die Ausführung der geänderten Leistung für den Auftragnehmer (...) unzumutbar (...).“

Im vorliegenden Fall hat das *OLG Brandenburg* somit ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bejaht und in seiner Begründung auf dessen Vorleistungspflicht verwiesen. Die Vorleistungspflicht mache es dem Auftragnehmer nicht zumutbar, zusätzliche Leistungen zu erbringen, wenn der Auftraggeber eine Vergütung hierfür ablehne.

Das Problem an der Vorleistungspflicht von Auftragnehmern liegt darin, dass Auftraggeber erst mit der Abnahme der Leistungen zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet sind (vgl. § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB ), weshalb Auftragnehmer ihre Leistungen vorfinanzieren müssen.<sup>26</sup> Folge dieser Vorleistungspflicht ist, dass Auftragnehmer ihre Leistungen vorfinanzieren müssen. Für Auftragnehmer ist dies grundsätzlich hinnehmbar, da sie über § 632a BGB a.F. Abschlagszahlungen vom Auftraggeber verlangen und dadurch ihre Liquidität sicherstellen konnten. Bei strittigen Nachträgen ist die Situation eine andere, denn Auftragnehmer müssen hier die zusätzlichen bzw. geänderten Leistungen ausführen und können erst nach Abnahme der Leistungen eine zusätzliche Vergütung (notfalls gerichtlich) geltend machen. Auf § 632a BGB a.F. können Auftragnehmer nicht zurückgreifen, da ein offener Dissens über die Vergütungsanpassung vorliegt und die h.M.<sup>27</sup> daher die Anwendung von § 632a BGB a.F. ausschließt.

Insofern besteht die Gefahr, dass es bei Auftragnehmern zu Liquiditätsengpässen kommt.

Dieser für den Auftragnehmer nachteiligen Situation soll das Leistungsverweigerungsrecht entgegenwirken. Dementsprechend kann der Auftragnehmer bei strittigen Nachträgen seine Leistungen einstellen und den Auftraggeber dadurch unter Einigungsdruck setzen. Wenn sich die Vertragsparteien daraufhin über eine zusätzliche Vergütung für die Leistungsänderungen bzw. die zusätzlichen Leistungen einigen, kann der Auftragnehmer für die erbrachten Leistungen Abschlagszahlungen gem. § 632a BGB a.F. verlangen. Liquiditätsengpässe bei Auftragnehmer werden dadurch vermieden.

Vor diesem Hintergrund lässt sich auch die Anwendung einer Erheblichkeitsgrenze auf strittige Nachträge erklären. Wenn das Angebot des Auftragnehmers über eine zusätzliche Vergütung nur unerheblich (3–5 %) von der vom Auftraggeber angebotenen Vergütung abweicht, ist kein Liquiditätsengpass des Auftragnehmers zu befürchten. Dementsprechend steht dem Auftragnehmer in einer solchen Situation auch kein Leistungsverweigerungsrecht zu.

Das Leistungsverweigerungsrecht bezweckt also die Sicherung der Liquidität von Auftragnehmern bei strittigen Nachträgen.<sup>28</sup> Die schwierige Interessenlage bei Leistungsverweigerungen wird somit dahingehend gelöst, dass die wirtschaftliche Existenz des Auftragnehmers gesichert wird. Dementsprechend ist die Gefahr einer Erpressungssituation in solchen Fällen gerechtfertigt und dadurch hinzunehmen. Sobald jedoch keine Liquiditätsengpässe zu befürchten sind, besteht auch keine Gefahr für die wirtschaftliche Existenz von Auftragnehmern. Hier ist dann die Gefahr einer Erpressungssituation nicht hinnehmbar und es ist dem Auftragnehmer zuzumuten, den Streit über den Nachtrag nach Abschluss der Arbeiten zu klären.

### III. Das Leistungsverweigerungsrecht beim BGB-Bauvertrag

Im Gegensatz zur VOB/B enthielt das BGB bis zum 01.01.2018 kein Recht des Auftraggebers Leistungsänderungen oder zusätzliche Leistungen anzuordnen. Dementsprechend fanden kaum Diskussionen zum Bestehen oder Nichtbestehen eines Leistungsverweigerungsrechts statt. Es wurde lediglich die Ansicht vertreten, dass der Auftragnehmer bei strittigen Nachträgen die Leistungen bis zum Abschluss einer Vergütungsvereinbarung verweigern darf.<sup>29</sup>

Durch die Reform des Bauvertragsrechts hat sich diese Situation grundlegend geändert, denn mit der Einführung der §§ 650b und 650c BGB steht dem Auftraggeber jetzt auch bei BGB-Bauverträgen ein Anordnungsrecht zu. Da das Leistungs-

---

26 Siehe dazu KG, NJW 2017, 3726 [KG Berlin 13.06.2017 - 21 U 24/15].

27 Siehe z.B. OLG Bremen, IBR 2009, 253 [OLG Bremen 29.10.2008 - 1 U 47/08].

28 Ähnlich Kimmich, BauR 2009, 1494 (1494, 1501 f.).

29 Siehe Kuffer, ZfBR 2004, 110 (114).

*Pause: Strittige Nachträge und das Leistungsverweigerungsrecht bei BGB-Bauverträgen nach der Reform des Bauvertragsrechts - BauR 2018 Heft 6 - 887 << >>*

verweigerungsrecht auf das Anordnungsrecht in der VOB/B zurückgeht und das BGB nun ebenfalls ein Anordnungsrecht enthält, stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Auftragnehmern beim BGB-Bauvertrag ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, wenn Nachträge strittig sind.

Nach einer kurzen Darstellung der neuen Regelungen in §§ 650b und 650c BGB werden das Anordnungsrecht nach VOB/B und BGB miteinander verglichen. Ziel dieses Vergleichs ist herauszufinden, ob die Diskussionen in Bezug auf ein Leistungsverweigerungsrecht bei VOB/B-Verträgen auf BGB-Bauverträge übertragen werden können. Sollte dies der Fall sein, würde das Leistungsverweigerungsrecht mit den oben in II, 2 dargestellten Anforderungen auf BGB-Bauverträge Anwendung finden. Anschließend werden die §§ 650c Abs. 3 und 650d BGB näher beleuchtet, da Regelungen, die mit diesen Vorschriften vergleichbar sind, in der VOB/B nicht existieren. Diese Regelungen werden im Hinblick auf ein Leistungsverweigerungsrecht von Auftragnehmern bei BGB-Bauverträgen analysiert.

#### 1. Das Anordnungsrecht des Auftraggebers nach §§ 650b , 650c BGB

Mit der Reform des Bauvertragsrechts wurden zwei Vorschriften eingeführt, die Leistungsänderungen bzw. deren Anordnung durch den Auftraggeber und die Vergütung von Leistungsänderungen regeln. § 650b BGB<sup>30</sup> behandelt Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs und Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind.<sup>31</sup> Primär sollen sich die Vertragspartner über diese Änderungen einigen.<sup>32</sup> In diesem Zusammenhang ist der Auftragnehmer gem. § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB grundsätzlich<sup>33</sup> dazu verpflichtet ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung, die aufgrund von den angeordneten Leistungsänderungen anfällt, abzugeben.<sup>34</sup> Sollte eine Einigung nicht innerhalb von 30 Tagen<sup>35</sup> nach Zugang

des Änderungsbegehrens<sup>36</sup> zustande kommen, kann der Auftraggeber die Änderungen gem. § 650b Abs. 2 BGB anordnen.

Die Vergütung der angeordneten Leistungen erfolgt auf der Grundlage des neuen § 650c BGB.<sup>37</sup> Demnach erhält der Auftragnehmer die tatsächlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn (vgl. § 650c Abs. 1 BGB).<sup>38</sup> Er kann aber auch zur Ermittlung des vermehrten oder verminderten Aufwands auf die vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation zurückgreifen. Es wird dann vermutet, dass die so ermittelte Vergütung den tatsächlichen Kosten mit den angemessenen Zuschlägen entspricht (vgl. § 650c Abs. 2 BGB). Eine Besonderheit enthält § 650c Abs. 3 BGB. Demnach kann der Auftragnehmer als Abschlagszahlung 80 % der von ihm angebotenen zusätzlichen Vergütung verlangen. Dabei steht ihm bei der Erstellung des Angebots ein Wahlrecht dahingehend zu, dass er die Vergütungsanpassung auf der Grundlage von § 650c Abs. 1 oder Abs. 2 BGB berechnet.<sup>39</sup> Die Endabrechnung erfolgt mit der Abnahme der Leistungen, wobei eine Überzahlung mit Zinsen an den Auftraggeber zurückgezahlt werden muss.

Die §§ 650b und 650c BGB werden durch die Regelung in § 650d BGB ergänzt.<sup>40</sup> Diese Vorschrift hat Streitigkeiten über das Anordnungsrecht bzw. die Vergütungsanpassung bei Leistungsänderungen zum Gegenstand. Gem. § 650d BGB haben Auftragnehmer und Auftraggeber die Möglichkeit im Falle der eben genannten Streitigkeiten

---

30 Siehe zu § 650b BGB z.B. Schramke/Keilmann, NZBau 2016, 333; Orlowski, BauR 2017, 1427; Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901; Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047; Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1.

31 Zur Auslegung des Begriffs „Werkerfolg“ siehe Langen, NZBau 2015, 658 (663).

32 Kritisch zur Einigung äußern sich Schramke/Keilmann, NZBau 2016, 333 (336).

33 § 650b Abs. 1 Satz 2-4 BGB enthält eine Einschränkung von diesem Grundsatz.

34 Siehe hierzu ausführlich Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (3 ff.); Deckers, ZfBR 2017, 523 (535).

35 Nach der Gesetzesbegründung stellt die 30-Tages-Frist eine Höchstfrist dar von der vertraglich abgewichen werden kann. Vgl. hierzu von Rintelen, in: Kniffka, § 650b, Rdnr. 248 ff.

36 Zum Änderungsbegehren siehe Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (2 f.).

37 Siehe dazu z.B. Langen, in: Langen/Berger/Dauner-Lieb, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 1. Aufl. 2018, § 650c, Rdnr. 1 ff.; von Rintelen, in: Kniffka, § 650c, Rdnr. 1 ff.; Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, 1. Aufl. 2018, S. 45 ff.

38 Zur Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten siehe Bötzel, IBR 2017, 1039.

39 Vgl. Langen, in: Langen/Berger/Dauner-Lieb, § 650c, Rdnr. 91; Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, S. 54.

40 Vgl. zu § 650d BGB z.B. Oppler, NZBau 2018, 67; Langen, in: Langen/Berger/Dauner-Lieb, § 650d BGB, Rdnr. 1 f.; MünchKomm.-Busche, BGB, 7. Aufl. 2018, § 650d BGB, Rdnr. 1 f.

*Pause: Strittige Nachträge und das Leistungsverweigerungsrecht bei BGB-Bauverträgen nach der Reform des Bauvertragsrechts - BauR 2018 Heft 6 - 888 << >>*

eine einstweilige Verfügung unter erleichterten Bedingungen zu beantragen. Es muss dann kein Verfügungsgrund glaubhaft gemacht werden. Voraussetzung für die Anwendung von § 650d BGB ist, dass mit der Bauausführung bereits begonnen worden ist.<sup>41</sup>

## **2. Das Anordnungsrecht des Auftraggebers nach VOB/B und BGB**

Da das Anordnungsrecht des Auftraggebers bei VOB/B-Verträgen die Grundlage für ein Leistungsverweigerungsrecht von Auftragnehmern darstellt und da nun auch das BGB dem Auftraggeber ein Anordnungsrecht zugesteht, stellt sich die Frage, ob die Diskussionen in Zusammenhang mit einem Leistungsverweigerungsrecht bei VOB/B-Verträgen auf BGB-Bauverträge übertragen werden kann. Folge hiervon wäre, dass Auftragnehmern bei BGB-Bauverträgen ein Leistungsverweigerungsrecht bei strittigen Nachträgen zusteht und dass dieselben Anforderungen an dieses Leistungsverweigerungsrecht gestellt werden würden, wie beim VOB/B-Vertrag. Um diese Frage zu beantworten ist es zunächst notwendig, die Regelungen des Anordnungsrechts in der VOB/B mit denen im BGB zu vergleichen. Dabei ist für die Frage der Übertragbarkeit der Diskussionen über ein Leistungsverweigerungsrecht auch der Sinn und Zweck von Leistungsverweigerungsrechten zu berücksichtigen.

Sowohl § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B, als auch § 650b Abs. 1 und Abs. 2 BGB sehen ein Recht des Auftraggebers vor, Leistungsänderungen anzuordnen. Des Weiteren gibt es in § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B, sowie in § 650c Abs. 1 und Abs. 2 BGB Regelungen zur Vergütungsanpassung bei angeordneten Leistungsänderungen. Insofern stimmt der Regelungsinhalt der Anordnungsrechte in VOB/B und BGB im

Grundsatz überein. Eine genauere Analyse der Anordnungsrechte nach VOB/B und BGB offenbart jedoch auch einige Unterschiede.<sup>42</sup>

In der VOB/B wird zwischen der Anordnung von Leistungsänderungen in § 1 Abs. 3 VOB/B und der Anordnung von zusätzlichen Leistungen in § 1 Abs. 4 VOB/B unterschieden. Eine solche Unterscheidung wird in § 650b BGB nicht getroffen. Dort wird lediglich zwischen Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB) und Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB) unterschieden. Für die Fragen, ob dem Auftragnehmer bei BGB-Bauverträgen ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, ist diese Abweichung jedoch unerheblich. Schließlich spielte eine Unterscheidung zwischen geänderten und zusätzlichen Leistungen gem. § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B in Bezug auf das Leistungsverweigerungsrecht ebenfalls keine Rolle.<sup>43</sup> Insofern dürfte auch die Unterscheidung zwischen den Änderungen nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB keine Auswirkungen auf die Frage eines Leistungsverweigerungsrechts beim BGB-Bauvertrag haben.

Des Weiteren sieht § 650b Abs. 1 BGB vor, dass sich die Vertragsparteien über die geänderten bzw. zusätzlichen Leistungen einigen. Erst wenn 30 Tage nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Auftragnehmer verstrichen sind, kann der Auftraggeber die Leistungen gem. § 650b Abs. 2 BGB anordnen. In § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B ist ein solcher Einigungsversuch nicht vorgesehen. Auch dieser Unterschied steht einem Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bei BGB-Bauverträgen nicht entgegen. Schließlich bezweckt das Leistungsverweigerungsrecht die Vermeidung von Liquiditätsengpässen beim Auftragnehmer bei angeordneten Leistungsänderungen. Der in § 650b Abs. 2 BGB vorgesehene Einigungsversuch ist jedoch eine Ausprägung des Kooperationsgebots<sup>44</sup> und hat somit keinen direkten Einfluss auf die Liquidität des Auftragnehmers.

Eine weitere Abweichung der VOB/B-Regelungen von den neuen Regelungen im BGB betrifft die Vergütung von angeordneten bzw. zusätzlichen Leistungen. In § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B ist vorgesehen, dass der zusätzliche Aufwand des Auftragnehmers für die geänderten

---

41 Dementsprechend findet § 650d BGB keine Anwendung auf Streitigkeiten in Bezug auf die (ungeänderten) vertraglich geschuldeten Leistungen, auf Streitigkeiten außerhalb des Anwendungsbereichs von § 650a BGB und auf Streitigkeiten in der Phase vor Beginn der Bauarbeiten. Vgl. hierzu Oppler, NZBau 2018, 67 (67).

42 Siehe zu den Unterschieden von Rintelen, in: Kniffka, § 650b, Rdnr. 12 ff.

43 Vgl. Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 2, Rdnr. 205; Kimmich, BauR 2009, 1494 (1499 f.); Kues/Kaminsky, BauR 2008, 1368 (1371 f.).

44 Siehe z.B. Althaus, BauR 2017, 412 (415 f.).

*Pause: Strittige Nachträge und das Leistungsverweigerungsrecht bei BGB-Bauverträgen nach der Reform des Bauvertragsrechts - BauR 2018 Heft 6 - 889 << >>*

bzw. zusätzlichen Leistungen auf der Grundlage der Vertragspreise erfolgt. Der Auftragnehmer hat also seine Urkalkulation fortzuschreiben. Dahingegen sieht § 650c Abs. 1 BGB vor, dass die zusätzliche Vergütung anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge für die allgemeinen Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn ermittelt wird. Zwar hat der Auftragnehmer gem. § 650c Abs. 2 BGB auch die Möglichkeit, seine vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation fortzuschreiben. Es wird dann jedoch lediglich vermutet, dass die Fortschreibung der Urkalkulation den tatsächlich erforderlichen Kosten nebst angemessenen Zuschlägen entspricht. Somit ist nach § 650c BGB nicht die Urkalkulation die Grundlage für die zusätzliche Vergütung, sondern die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge. Auch dieser Unterschied schließt ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bei BGB-Bauverträgen nicht aus. Schließlich ist die Ermittlung der Vergütungshöhe bei strittigen Nachträgen nicht das Problem. Entscheidend ist vielmehr, dass der Auftraggeber eine berechtigte Nachtragsforderung ganz bzw. zum Teil verweigert und dass dadurch beim Auftragnehmer Liquiditätsengpässe entstehen können.

Im Hinblick auf die obige Analyse der Regelungen in §§ 1, 2 VOB/B und §§ 650b, 650c BGB ist festzuhalten, dass die neuen Regelungen des BGB im Wesentlichen mit den Regelungen der VOB/B übereinstimmen.<sup>45</sup> Soweit Unterschiede bestehen, wirken sich diese nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bei BGB-Bauverträgen aus. Insofern ist es grundsätzlich gerechtfertigt, ein Leistungsverweigerungsrecht von Auftragnehmern bei strittigen Nachträgen im Geltungsbereich von BGB-Bauverträgen zu bejahen und die im Rahmen von VOB/B-Verträgen entwickelten Anforderungen an ein Leistungsverweigerungsrecht auch bei BGB-Bauverträgen anzuwenden.

### **3. Der Einfluss von §§ 650c Abs. 3 und 650d BGB auf das Leistungsverweigerungsrecht beim BGB-Bauvertrag**

Das neue BGB enthält in den §§ 650c Abs. 3 und 650d BGB zwei Regelungen in Zusammenhang mit dem

Anordnungsrecht, zu denen vergleichbare Regelungen in der VOB/B fehlen. Es stellt sich daher die Frage, wie sich diese beiden Regelungen auf ein Leistungsverweigerungsrecht von Auftragnehmern bei BGB-Bauverträgen auswirken. Dabei ist, wie gleich zu sehen sein wird, zwischen der Höhe nach und dem Grunde nach strittigen Nachträgen zu unterscheiden.

### **a. § 650c Abs. 3 BGB und der Höhe nach strittige Nachträge**

§ 650c Abs. 3 BGB sieht vor, dass Auftragnehmer im Rahmen der Berechnung von Abschlagszahlungen 80 % der für die Leistungsänderungen angebotenen Vergütungsanpassung geltend machen können. Nach Ansicht des Gesetzgebers soll diese Regelung

„dem vorleistungspflichtigen Unternehmer schnell *Liquidität* verschaffen, wenn es infolge der Anordnung zu Änderungen des Leistungsprogramms kommt, die der an der ursprünglich vereinbarten Vergütung orientierte Abschlagszahlungsplan noch nicht berücksichtigt. Streiten die Parteien über die Höhe der Mehrvergütung, soll diese durch die 80-Prozent-Regelung zumindest pauschal auch schon im Rahmen von Abschlagszahlungen berücksichtigt werden können.“<sup>46</sup>

Mit der Einführung von § 650c Abs. 3 BGB bezweckt der Gesetzgeber somit Streitigkeiten zwischen Auftragnehmern und Auftraggebern in Bezug auf der Höhe nach strittigen Nachträgen entgegenwirken. Der Anwendungsbereich von § 650c Abs. 3 BGB ist demnach eröffnet, wenn sich die Parteien darüber einig sind, dass die angeordnete Leistungsänderung nicht vom ursprünglichen Vertrag erfasst ist und somit eine Vergütungsanpassung nach § 650c Abs. 1 und Abs. 2 BGB erfordert. Streit zwischen den Vertragsparteien besteht hier nur noch über die Höhe der Vergütungsanpassung. Für solche Situationen legt § 650c Abs. 3 BGB fest, dass der Auftragnehmer bei der nächsten Abschlagszahlung 80 % seines Angebots zur Vergütung der Leistungsänderung geltend machen kann.

---

45 So auch Langen, in: Langen/Berger/Dauner-Lieb, § 650c, Rdnr. 128.

46 Vgl. BT-Drucks. 18/11437, S. 42; s.a. MünchKomm.-Busche, BGB, § 650c, Rdnr. 8.

*Pause: Strittige Nachträge und das Leistungsverweigerungsrecht bei BGB-Bauverträgen nach der Reform des Bauvertragsrechts - BauR 2018 Heft 6 - 890 << >>*

Somit wird der Streit bei der Höhe nach strittigen Nachträgen vorläufig zugunsten des Auftragnehmers entschieden. Die Liquidität des Auftragnehmers ist dadurch gesichert.<sup>47</sup>

Somit ist festzuhalten, dass § 650c Abs. 3 BGB die Liquidität des Auftragnehmers bei der Höhe nach strittigen Nachträgen<sup>48</sup> sichert und damit den Zweck erfüllt, den ein Leistungsverweigerungsrecht verfolgt. Der Auftragnehmer hat also nach der Reform des Bauvertragsrechts bei BGB-Bauverträgen kein berechtigtes Interesse mehr daran, bei der Höhe nach strittigen Nachträgen seine Leistungen einzustellen.

### **b. § 650d BGB und dem Grunde nach strittige Nachträge**

Gem. § 650d BGB hat der Auftragnehmer die Möglichkeit bei Streitigkeiten mit dem Auftraggeber über die Vergütungsanpassung im Rahmen von Leistungsänderungen eine einstweilige Verfügung zu beantragen, ohne dass er hierfür einen Verfügungsgrund glaubhaft machen muss. Hintergrund der Einführung von § 650d BGB ist, dass

„nach einer Anordnung (...) die Parteien die Möglichkeit erhalten [müssen], schnell Rechtsschutz zu erlangen, um Baustillstände und Liquiditätsengpässe soweit als möglich zu vermeiden.“<sup>49</sup>

Insofern spielt auch bei § 650d BGB die Vermeidung von Liquiditätsengpässen beim Auftragnehmer eine wichtige Rolle und verfolgt dadurch denselben Zweck wie das Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bei strittigen Nachträgen. Während § 650c Abs. 3 BGB bei der Höhe nach strittigen Nachträgen zur Anwendung kommt, ist der Anwendungsbereich des § 650d BGB bei dem Grunde nach strittigen Nachträgen eröffnet. Wenn der Auftraggeber also eine Leistungsänderung anordnet und eine Vergütungsanpassung z.B. mit der Begründung ablehnt, dass es sich hierbei um eine vertraglich geschuldete Leistung handelt, kann sich der Auftragnehmer an das örtlich zuständige Landgericht<sup>50</sup> wenden und eine einstweilige Verfügung gem. § 650d BGB beantragen. Dieser Antrag könnte z.B. die Feststellung zum Gegenstand haben, dass die Anordnung des Auftraggebers eine Leistungsänderung nach § 650b Abs. 1 und Abs. 2 BGB darstellt und dass er deshalb dazu verpflichtet wird, eine Vergütung nach § 650c Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB zu bezahlen.<sup>51</sup> Sofern das Gericht den Anträgen des Auftragnehmers folgt, kann dieser gem. § 650c Abs. 3 BGB bei der nächsten Abschlagszahlung 80 % seines Angebots zur Vergütung der Leistungsänderungen geltend machen. Ein Liquiditätsengpass des Auftragnehmers ist hier nicht zu befürchten.

Auch bei Nachträgen, die dem Grunde nach strittig sind, ist die Liquidität des Auftragnehmers bei BGB-



Bauverträgen durch die Regelungen in §§ 650d und 650c Abs. 3 BGB sichergestellt. Ein berechtigtes Interesse des Auftragnehmers an einem Leistungsverweigerungsrecht besteht daher in dieser Situation nicht mehr.

#### IV. Fazit

Das Leistungsverweigerungsrecht von Auftragnehmern bei VOB/B-Verträgen, wenn Streit über Nachträge besteht, hat in der Vergangenheit für kontroverse Diskussionen gesorgt. Bei BGB-Bauverträgen werden sich solche Diskussionen aufgrund der Reform des Bauvertragsrechts wohl nicht mehr ergeben. Zwar hat der Vergleich der VOB/B-Regelungen zum Anordnungsrecht von Auftraggebern mit den entsprechenden neuen Regelungen im BGB gezeigt, dass Auftragnehmern bei BGB-Bauverträgen im Prinzip ein Leistungsverweigerungsrecht unter den im Rahmen der VOB/B entwickelten Voraussetzungen zusteht. Jedoch sichern die §§ 650c Abs. 3 und 650d BGB die Liquidität von Auftragnehmern bei strittigen Nachträgen und erfüllen somit den Zweck, den Leistungsverweigerungsrechte verfolgen. Insofern ist es nicht mehr gerechtfertigt, dass Auftragnehmer beim BGB-Bauvertrag ihre Leistungen einstellen, um den Auftraggeber zu einer Vergütung von

---

47 Zu der Gefahr der Geltendmachung von überhöhten Angeboten siehe zum Beispiel BeckOGK/Mundt, 01.10.2017, BGB n.F. § 650c, Rdnr. 51 f.; Kimpel, NZBau 2016, 734 (736).

48 Nach herrschender Meinung ist § 650c Abs. 3 BGB bei dem Grunde nach strittigen Nachträgen nicht anwendbar. Siehe zum Beispiel von Rintelen, in: Kniffka, § 650c, Rdnr. 119 f.; Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, S. 54 f.; Retzlaff, BauR 2017, 1747, (1808) .

49 Vgl. BT-Drucks. 18/11437, S. 42; s.a. Langen, in: Langen/Berger/Dauner-Lieb, § 650d, Rdnr. 5.

50 Zur Zuständigkeit des Landgerichts im Rahmen von § 650d BGB siehe BeckOGK/Mundt, § 650d, Rdnr. 16.

51 Siehe z.B. Oppler, NZBau 2018, 67 (69); Langen, in: Langen/Berger/Dauner-Lieb, § 650d, Rdnr. 20 f.

*Pause: Strittige Nachträge und das Leistungsverweigerungsrecht bei BGB-Bauverträgen nach der Reform des Bauvertragsrechts - BauR 2018 Heft 6 - 891 <<*

Leistungsänderungen zu bewegen. Vielmehr ist es ihnen nun aufgrund der ausreichenden Liquiditätssicherung zumutbar, in Vorleistung zu gehen und streitige Vergütungsfragen nach der Abnahme der Leistungen zu klären. Somit lässt sich als Ergebnis festhalten, dass Auftragnehmern bei BGB-Bauverträgen kein Leistungsverweigerungsrecht mehr zusteht, wenn Nachträge strittig sind.

Allerdings sind damit die Diskussionen um ein Leistungsverweigerungsrecht von Auftragnehmern nicht beendet, denn das neue Bauvertragsrecht enthält noch offene Fragen in diesem Zusammenhang. Bspw. ist es bei Bauverträgen, die die VOB/B ohne inhaltliche Abweichungen vereinbart haben, fraglich, ob § 650c Abs. 3 BGB zur Anwendung kommt. Dies kann man bejahen,<sup>52</sup> aber auch mit dem Verweis auf eine abschließende Regelung in § 16 Abs. 1 VOB/B ablehnen. Für ein Leistungsverweigerungsrecht bei reinen VOB/B-Verträgen ist gerade diese Frage ausschlaggebend. Aber auch die Anwendbarkeit von § 650c Abs. 3 BGB bei Architekten- und Ingenieurverträgen ist nicht unproblematisch. Einerseits fehlt in § 650q Abs. 1 BGB ein Verweis auf § 650c Abs. 3 BGB . Andererseits findet § 650c Abs. 3 BGB über § 650q Abs. 2 Satz 3 BGB möglicherweise Anwendung. Insofern stellt sich auch hier die Frage, ob Architekten und Ingenieuren ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht.

Damit bleibt festzuhalten, dass die Reform des Bauvertragsrechts für den Umgang mit strittigen Nachträgen in der Praxis bei BGB-Bauverträgen mehr Klarheit verschafft. Jedoch besteht weiterhin Klärungsbedarf bei den anderen Vertragstypen des neuen Bauvertragsrechts. Das „Dilemma“, wie Kuffer<sup>53</sup> die Nachtragsthematik bezeichnet, wird somit wohl auch in Zukunft erstmal fortbestehen.

---

52 Vgl. Langen, in: Langen/Berger/Dauner-Lieb, § 650c, Rdnr. 126 ff.

53 Siehe Kuffer, ZfBR 2004, 110 (110).