

K Die Abschlagsrechnung

I. Allgemein

Die VOB/B sieht in § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B das Recht des Auftragnehmers vor, für seine erbrachten (Teil-)Leistungen eine Vergütung durch **Abschlagsrechnungen** zu verlangen. Eine ähnliche Regelung enthält auch § 632a BGB, der im Zuge des seit dem 01.01.2018 geltenden Bauvertragsrecht überarbeitet wurde (vgl. hierzu Abschn. O IV.). Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B sind Abschlagszahlungen auf Antrag in Höhe des Wertes der jeweils **nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistung** einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenen Umsatzsteuerbetrages in möglichst kurzen Zeitabständen zu gewähren. Die Neufassung der VOB/B 2006 und 2009 enthält keine inhaltliche Änderung. Es wurde nur zur Klarstellung aufgegriffen, dass Abschlagszahlungen „zu den vereinbarten Zeitpunkten“ zu gewähren sind. Dies ist nichts Neues.

Die VOB/B sieht somit eine Abrechnung **nach Baufortschritt** vor. Dies bedeutet wiederum, dass nur **erbrachte Leistungen** abgerechnet werden können. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass es nicht möglich ist, Leistungen abzurechnen, die im Zeitpunkt der **Rechnungserstellung** noch nicht erbracht wurden, jedoch im Zahlungszeitraum fällig werden. Ferner müssen die Leistungen vertragsgemäß sein, d. h., die Bauleistung muss **frei von wesentlichen Mängeln** (so jetzt auch ausdrücklich § 632a Abs. 1 BGB) und entsprechend der vereinbarten Beschaffenheit sein. Andernfalls kann auch diese Leistung nicht abgerechnet werden.

Beispiel:

Der GU hat mit dem Bauherrn B einen VOB-Vertrag abgeschlossen, der vorsieht, dass nach „Fertigstellung Dach“ eine weitere Abschlagsrechnung gestellt werden darf. Weil die Abschlagsrechnung gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B erst in 21 Tagen zur Zahlung fällig ist, er mit dem Dach jedoch in zehn Tagen fertig sein will, stellt er die Rechnung schon bei Beginn der Arbeiten.

Das darf er streng genommen nicht. Er darf nur die zum Zeitpunkt der Rechnungsstellung erbrachten Leistungen abrechnen und muss dies ggf. durch ein Aufmaß belegen.

§ 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B enthält im Satz 3 eine Sonderregelung für eigens angefertigte Bauteile sowie auf der Baustelle angelieferte Stoffe, wenn dem Auftraggeber hieran bereits Eigentum übertragen wurde oder er eine Sicherheit erlangt hat.

Mit der Bezahlung einer Abschlagsrechnung gibt der Auftraggeber grundsätzlich keinerlei weitere Erklärungen ab. Insbesondere erklärt er durch die Bezahlung einer Abschlagsrechnung kein Schuldanerkenntnis (einschränkend OLG Köln, IBR 2006, 609).

II. Schlussabrechnungsreife

Allgemein gilt, dass eine Abschlagsforderung grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn der Unternehmer verpflichtet ist, endgültig abzurechnen. Ist eine Leistung **abgenommen**, kann **keine** Abschlagszahlung mehr verlangt werden.

Auch nach einer **Kündigung** muss der Unternehmer nach der Rechtsprechung mit der Schlussrechnung abrechnen und zwar unabhängig davon, ob eine Abnahme erklärt wurde oder nicht (BGH, BauR 1985, 456; BauR 1987, 453). Zur Abnahme bei gekündigten Bauverträgen vergleiche D V.

Liegen die Schlusszahlungsvoraussetzungen nicht vor und hat der Auftragnehmer dennoch eine Schlusszahlung abgerechnet, kann er weiterhin aus den Abschlagsrechnungen vorgehen. In diesem Fall sollte **hilfsweise** die Abschlagsrechnung in den Prozess eingeführt werden. Das Umschwenken im Prozess von einer Schlussrechnung auf eine Abschlagsrechnung ist keine Klageänderung, sondern nur eine Klageumstellung (BGH, IBR 2006, 119) und daher problemlos möglich.

Nochmals: Entscheidend ist die Abnahme.

III. Fälligkeit

§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B regelt, dass Ansprüche auf Abschlagszahlungen binnen 21 Tagen nach Zugang der Aufstellung fällig werden. Nach zutreffender Auffassung des OLG Brandenburg (IBR 2009, 73) ist eine Abschlagsrechnung nicht fällig, wenn die Bauleistung mit wesentlichen Mängeln behaftet ist.

Auch hier ist die Regelung des § 641 Abs. 2 BGB zu beachten, die auch auf Abschlagsrechnungen anwendbar ist. Nach dieser Vorschrift wird die Abschlagsrechnung eines Nachunternehmers spätestens fällig, wenn der Bauherr im Verhältnis zum Generalunternehmer die Leistung des Nachunternehmers entweder abgenommen oder ganz oder zum Teil bezahlt hat, sog. Durchgriffsfälligkeit (Einzelheiten vgl. L III.).

IV. Prüffähigkeit der Abschlagsrechnung

Die Anforderungen an die Prüfbarkeit einer Abschlagsrechnung sind grundsätzlich keine anderen als an die Prüfbarkeit einer **Schlussrechnung** (vgl. hierzu L I.). Die Abschlagsrechnung muss die Anforderungen des § 14 VOB/B erfüllen. Der BGH hat zwar in der Vergangenheit einmal entschieden (vgl. BGH, Urteil vom 09.01.1997 – VII ZR 69/96), dass an die Prüfbarkeit einer Abschlagsrechnung geringere Anforderungen zu stellen seien als an die Schlussrechnung. Diese Rechtsprechung kann jedoch als veraltet angesehen werden.

Die Prüfbarkeit einer Abschlags- oder Schlussrechnung beurteilt sich nach dem Empfängerhorizont. Der Besteller kann sich nicht auf die fehlende Prüfbarkeit berufen, wenn die Rechnung seinen Kontroll- und Informationsinteressen genügt. Der Einwand der fehlenden Prüfbarkeit muss

vom Auftraggeber innerhalb der **dreiwöchigen** Prüffrist des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B vorgebracht werden. Ansonsten ist der Besteller mit dem Einwand der fehlenden Prüfbarkeit der **konkreten** Abschlagsrechnung ausgeschlossen.

Um die Prüfbarkeit einer Abschlagsrechnung herbeizuführen, müssen die entsprechenden **Mengenberechnungen, Aufmaße, Zeichnungen** etc. beigefügt werden. Dies gilt auch für Pauschalpreisverträge. Auch hier ist es nicht zulässig, einen Abschlag „ins Blaue hinein“ abzurechnen. An dieser Stelle soll noch mal konkret die Regelung des **§ 14 Abs. 2 VOB/B** angesprochen werden, wonach ein Aufmaß möglichst gemeinsam aufgenommen werden sollte.

V. Rechte, wenn eine Abschlagsrechnung nicht bezahlt wird

1. Zurückbehaltungsrecht

Wichtigste Rechtsfolge einer nicht bezahlten Abschlagsrechnung ist das Zurückbehaltungsrecht. Dies ist in § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B geregelt. Demnach darf das Zurückbehaltungsrecht unter den folgenden Voraussetzungen ausgeübt werden:

- a) Die Abschlagsrechnung muss berechtigt und fällig sein.
- b) Die Frist von 21 Tagen des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B muss verstrichen sein.
- c) Der Auftragnehmer muss eine angemessene **Nachfrist** (nach Verstreichen der o. g. Frist) gesetzt haben.
- d) Das Zurückbehaltungsrecht (Einstellung der Arbeiten) sollte spätestens mit Setzen der Nachfrist **angekündigt** werden (streitig).

Der **Ausschluss** des Zurückbehaltungsrechts in **AGB** ist unwirksam (vgl. BGH, BauR 2005, 1010). Die durch die Arbeitseinstellung verursachten Kosten hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer zu erstatten.

2. § 650f BGB

§ 650f BGB hat grundsätzlich nichts mit einer Abschlagsrechnung zu tun, ist jedoch in Verbindung mit einer offenen Abschlagsrechnung von herausragendem Interesse. Dies beruht darauf, dass § 650f BGB die identische Rechtsfolge (Zurückbehaltungsrecht) gewährt, im Gegensatz zur Abschlagsrechnung jedoch keinen Zweifel an der Berechtigung zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts lässt. Deshalb wird hier ausdrücklich auf die Ausführungen unter I III. verwiesen.

3. Vertragskündigung

Die Vertragskündigung durch den Auftragnehmer soll an dieser Stelle nur im Rahmen einer nicht bezahlten **Abschlagsrechnung** beleuchtet werden.