



Jansen · Rossbach · Schellewald

Mandantenrundbrief Nr. 4

Sehr geehrte Damen und Herren,
geschätzte Mandanten,

heute erhalten Sie den 4. Rundbrief mit Hinweisen auf neue und interessante Entscheidungen im Bau- und Architektenrecht sowie auch eine für Sie wichtige **Gesetzesänderung**.

1. Gesetzesänderung

Die meisten von Ihnen werden mittlerweile erfahren haben, dass seit dem 30.07.2012 eine wichtige Änderung der VOB/B in Kraft gesetzt wurde. Es handelt sich nunmehr um die VOB/B 2012. Viele begehen jedoch den Fehler, dass sie meinen, die VOB/B 2012 würde ab sofort für sämtliche Bauverträge gelten. Das ist nicht der Fall. Sie hat Gültigkeit nur für

ab dem 01.08.2012 abgeschlossene Bauverträge.

Die wichtige Neuregelung findet sich in § 16 VOB/B. Es handelt sich hierbei um eine Umsetzung der Vorgaben der EG-Richtlinie 2011/7/EU vom 16.02.2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr.

Wir rufen in Erinnerung, dass nach der alten Fassung der VOB/B spätestster Fälligkeitszeitpunkt für die Schlusszahlung die Frist von 2 Monaten nach Zugang der Schlussrechnung war. Das war der Zeitpunkt der **Fälligkeit**. Zinsen konnten ab diesem Zeitpunkt aber noch nicht verlangt werden, weil Voraussetzung für die Berechnung von Zinsen ein **Verzug** ist. Verzug war erst eingetreten, wenn nach Fälligkeit eine Zahlungsfrist gesetzt wurde.

Diese Regelungen haben sich geändert.

Der neue § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B hat folgenden Wortlaut:

„Der Anspruch auf Schlusszahlung wird alsbald nach Prüfung und Feststellung fällig, spätestens innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung. Die Frist verlängert sich auf höchstens 60 Tage, wenn sie aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde. Werden Einwendungen gegen die Prüfbarkeit unter Angabe der Gründe nicht bis zum Ablauf der jeweiligen Frist erhoben, kann der Auftraggeber sich nicht mehr auf die fehlende Prüfbarkeit berufen. Die Prüfung der Schlussrechnung ist nach Möglichkeit zu beschleunigen. Verzögert sie sich, so ist das unbestrittene Guthaben als Abschlagszahlung sofort zu zahlen.“

§ 16 Abs. 5 Nr. 3 + 4 VOB/B hat nunmehr folgenden Wortlaut:

„(3) Zahlt der Auftraggeber bei Fälligkeit nicht, so kann ihm der Auftragnehmer eine angemessene Nachfrist setzen. Zahlt er auch innerhalb der Nachfrist nicht, so hat der Auftragnehmer vom Ende der Nachfrist an Anspruch auf Zinsen in Höhe der in § 288 Abs. 2 BGB angegebenen Zinssätze, wenn er nicht einen höheren Versicherungsschaden nachweist. Der Auftraggeber kommt jedoch, ohne dass es einer Nachfristsetzung bedarf, spätestens 30 Tage nach Zugang der Rechnung oder der Aufstellung bei Abschlagszahlungen in Zahlungsverzug, wenn der Auftragnehmer seine vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt und den fälligen Entgeltbetrag nicht rechtzeitig erhalten hat, es sei denn, der Auftraggeber ist für den Zahlungsverzug nicht verantwortlich. Die Frist verlängert sich auf höchstens 60 Tage, wenn sie auf Grund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde.“

(4) Der Auftragnehmer darf die Arbeiten bei Zahlungsverzug bis zur Zahlung einstellen, sofern eine dem Auftraggeber zuvor gesetzte angemessene Frist erfolglos verstrichen ist.“

Das hat für Sie folgende Konsequenzen:

- Bei allen ab 01.08.2012 abgeschlossenen Bauwerkverträgen bei denen die Anwendung der VOB/B vereinbart wurde, beträgt die Prüfungsfrist nur noch maximal 30 Tage. Nach Ablauf dieser Frist ist die Schlussrechnungsforderung fällig und es tritt gleichzeitig Verzug ein.
- Sie müssen sich darauf einstellen, dass Ihre Auftraggeber versuchen, in den Werkverträgen wegen angeblich besonderer Schwierigkeit die Prüfungsfrist auf 60 Tage zu verlängern. Hiergegen sollten sie sich wehren.
- Sie können nunmehr Zinsen ab dem 30. Tag nach Zugang der Schlussrechnung verlangen, ohne dass Sie noch einmal eine Nachfrist setzen müssen. Das ergibt sich aus § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B.

- Es ist ein weit verbreiteter Irrtum, dass nach Ablauf der Prüfungsfrist dem Auftraggeber sämtliche Einwendungen gegen die Schlussrechnung abgeschnitten sind. Das ist nicht zutreffend. Es ist ihm lediglich verboten, sich auf die **fehlende Prüfbarkeit** zu berufen. Es bleibt ihm allerdings unbenommen auch zu einem späteren Zeitpunkt auf nach seiner Sicht mögliche Abrechnungsfehler hinzuweisen.

2. Neue wichtige Gerichtsentscheidungen

a) Mängelbeseitigungsaufforderung

Sie alle wissen, dass der Auftraggeber, wenn er Mängel des Gewerkes entdeckt hat, dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung setzen muss. Wenn Sie selbst Auftraggeber sind und mit Subunternehmern arbeiten, leiten Sie üblicherweise die Mängelanzeigen des Auftraggebers an den Subunternehmer weiter. Vielfach wird mit E-Mail gearbeitet. **Das ist gefährlich.** Das Oberlandesgericht Frankfurt hat am 30.08.2012 entschieden, dass eine Mängelrüge im Sinne des § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B nicht mit einfacher E-Mail ohne Unterschrift verschickt werden darf. Zu diesem Ergebnis kommt das Oberlandesgericht Frankfurt, weil § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B eine **schriftliche Mängelrüge verlangt**. Eine E-Mail ohne qualifizierte elektrische Signatur würde dieses Schriftformerfordernis nicht erfüllen. Das kann für Sie gefährlich sein, wenn Sie Mängelrügen kurz vor Ablauf der Gewährleistungsfrist geltend machen. Sollte die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Frankfurt Bestand behalten, würde eine solche Mängelrüge per E-Mail den Ablauf der Verjährungsfrist nicht hemmen. Diese Entscheidung ist im Hinblick auf die Praxis außerordentlich lebensfremd. Sie muss jedoch beachtet werden, bis möglicherweise der BGH das Oberlandesgericht Frankfurt korrigiert. Deshalb gilt für Sie bis zu einer solchen möglichen BGH Entscheidung der

Tipp:

Versenden Sie Mängelrügen jedenfalls dann, wenn sie kurz vor Ablauf der Gewährleistung der Hemmung dienen, aus Gründen der Sicherheit per Einschreiben-Rückschein

oder

bemühen Sie sich um eine qualifizierte elektronische Signatur. Dann können Sie auch E-Mails verwenden.

Hierzu der weitere

Tipp:

Wenn Sie sich um eine qualifizierte elektronische Signatur kümmern wollen, besuchen Sie die Website des Bundesamtes für die Sicherheit in der Informationstechnologie www.wsi.de, damit Sie sich näher informieren können.

b) Abrechnung von An- und Abfahrtskosten

Wenn Sie Baustellen haben, zu denen Sie täglich an- und abfahren müssen, wird für diese An- und Abfahrten wertvolle Arbeitszeit Ihrer Mitarbeiter eingesetzt. Ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarungen können sie jedoch nicht ohne weiteres solche An und Abfahrtskosten berechnen. Hierzu gibt es eine neue Entscheidung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf vom 28.02.2012. Diese lautet wie folgt:

1. Üblich ist im Baugewerbe die Vergütung von An- und Abfahrtskosten nur bei Werkleistungen die in ein oder zwei Stunden auszuführen sind, auch dann, wenn sich der Leistungsort am Ort der Betriebsstätte befindet.
2. Bei einer über einem Zeitraum von mehreren Wochen zur erbringenden Werkleistung ist davon auszugehen, dass der Unternehmer die mit der An- und Abfahrt seiner Arbeitnehmer verbundenen Kosten zum Gegenstand seiner Preiskalkulation gemacht hat und zwar in der Regel auch dann, wenn sich der Leistungsort nicht am Ort der Betriebsstätte befindet.

Deshalb folgender

Tipp:

Wenn Sie auswärtige Baustellen haben, zu denen Sie über einen längeren Zeitraum anfahren müssen, müssen Sie An- und Abfahrtskosten entweder einkalkulieren oder aber im Vertrag gesondert vereinbaren.

c) Vereinbarungen über die Art und Weise der Leistungen

Eine interessante Entscheidung hat das Oberlandesgericht Koblenz am 05.03.2012 getroffen. Dem Rechtsstreit lag die Lieferung von 10.000 Douglasien zugrunde. Im Vertrag hatten die Parteien vereinbart, dass Pflanzen aus dem west- und süddeutschen Hügel- und Bergland geliefert werden sollten. Als der Auftragnehmer liefern sollte, konnte er solche Pflanzen nicht beschaffen. Stattdessen hat er Douglasien aus anderer Herkunft geliefert, die höherwertiger waren als solche aus west- und süddeutschen Hügel- und Bergland. Damit war der Besteller nicht einverstanden. Er hat nach entsprechender Frist-

setzung Rückabwicklung des Vertrages verlangt und hatte hiermit Erfolg. Das Oberlandesgericht Koblenz hat darauf hingewiesen, dass im vorliegenden Fall die Vertragsparteien eine bestimmte Herkunft der Pflanzen vereinbart hatten. Diese **Beschaffenheitsvereinbarung ist bindend**. Der Auftragnehmer kann nicht ohne Zustimmung des Auftraggebers eine andere Ware liefern, auch wenn diese höherwertiger ist. Es kommt also nur darauf an, was bindend vereinbart wurde.

d) Mängel und Zahlung

Ein ständiger **Dauerbrenner** ist der Sachverhalt, dass der Auftragnehmer Mängel beseitigen soll, obwohl er seinen Werklohn noch nicht vollständig erhalten hat. Macht der Unternehmer die verlangte Mängelbeseitigung von der Zahlung des Werklohnes abhängig, kann das für ihn fatale Folgen haben. Einen solchen Fall hatte das Oberlandesgericht Karlsruhe zu entscheiden. Dort hatte ein Ehepaar mit einem Unternehmer einen Vertrag über die Lieferung und die Montage einer Einbauküche abgeschlossen. Die Küche wurde nach erfolgter Anzahlung geliefert und montiert. Eine Abnahme gab es nicht. Danach wurden Mängel gerügt. Der Lieferant wurde unter Fristsetzung zur Nachbesserung aufgefordert. Er hat seine Nachbesserung jedoch vom Ausgleich der restlichen Vergütung vor Arbeitsbeginn abhängig gemacht. Diese Vergütung wurde nicht bezahlt. Als die Frist zur Nachbesserung abgelaufen war, haben die Besteller den Rücktritt vom Vertrag erklärt und die Erstattung geleisteter Zahlungen gegen Rückgabe der Küche verlangt. **Mit Erfolg**.

Das Oberlandesgericht Karlsruhe hat Werkvertragsrecht angewendet. Danach waren die Besteller zur Zahlung des Werklohnes erst nach Fertigstellung und Abnahme verpflichtet. Es gab keine Abnahme. Demzufolge konnte der Unternehmer seine Nachbesserung auch nicht von einer Zahlung seiner Rechnung abhängig machen. Sein Verhalten wurde vom Gericht als ernste und endgültige Leistungsverweigerung gewertet, welche die Besteller zum Rücktritt vom Vertrag nach erfolglosem Fristablauf berechtigten.

e) Umfang der Mängelbeseitigung

Einen weiteren Fall zu der Problematik der Mängelbeseitigung hat das Oberlandesgericht Düsseldorf am 26.04.2010 entschieden. Der Unternehmer hatte eine Mauer nicht standsicher hergestellt. Der Auftraggeber hatte zwischenzeitlich die Mauer mit Erdreich angeschüttet und im Umgebungsbereich Pflasterarbeiten ausgeführt. Die verlangte Mängelbeseitigung durch Abbruch und fachgerechte Wiederherstellung der Mauer hat der Unternehmer davon abhängig gemacht, dass der Besteller mitwirkt, in dem er zuvor die Anschüttung und den Pflasterbelag beseitigt. Damit hatte er **keinen Erfolg**.

Das Oberlandesgericht Koblenz hat die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bestätigt, wonach sich die Nachbesserungsverpflichtung des Auftragnehmers nicht nur auf die eigene Leistung bezieht. Der Leitsatz lautet wie folgt:

Der Anspruch auf Nacherfüllung umfasst nicht nur die eigentliche Herstellung der vertragsgemäßen Leistungen, sondern auch alle im Zusammenhang mit der Mängelbeseitigung entstehenden Zusatzkosten. Hierzu gehören zum Beispiel Aufstemmarbeiten als werkfremde Vor- bzw. Nacharbeiten und die zur Wiederherstellung des früheren Zustandes erforderlichen Arbeiten.

3. In eigener Sache

Wir beabsichtigen, im Januar/Februar 2013 wiederum eine Fortbildungsveranstaltung im Food Hotel in Neuwied durchzuführen. Voraussichtliche Themen werden die Probleme sein, die mit der Insolvenz von Auftraggebern oder Auftragnehmern entstehen. Diese Problematik ist hoch aktuell, da sie in der täglichen Praxis immer wieder von der Insolvenz von Vertragspartner betroffen werden. Ein weiterer Themenschwerpunkt soll unter Bezugnahme auf die vorangegangenen Vortragsveranstaltungen die Auffrischung des bisherigen Wissenstandes unter Berücksichtigung von neuen Gerichtsentscheidungen des letzten Jahres sein.

Wir bitten Sie, uns Ihre Probleme aus der täglichen Praxis mitzuteilen, die Ihnen unter den Nägeln brennen. Solche Probleme könnten dann im Rahmen der geplanten Vortragsveranstaltung berücksichtigt werden.

Alsdann verbleiben wir

mit freundlichen Grüßen

Dr. Rossbach

Udo Börder