



## Rechtsrätsel des Monats August

OLG Naumburg, Urteil vom 05.05.2006, AZ: 10 U 2/06

Zwischen den Parteien bestand ein Detailpauschalvertrag über Putz-, Maurer- und Trockenbauarbeiten. Die Gültigkeit der VOB wurde ebenfalls vereinbart. Der Unternehmer rechnete nach erfolgter Kündigung die erbrachte Leistung ab. In einer Einzelposition fielen entgegen der Leistungsbeschreibung nicht 39 m<sup>2</sup> Verputzfläche, sondern 48 m<sup>2</sup> Verputzfläche an. Der Unternehmer rechnete hierfür einen Mehrpreis von der Pauschale, da die Abweichung sich seiner Auffassung nach in dieser Leistungsposition auf mehr als 20% belief, so dass eine Preisanpassung nach dem Grundsatz des Wegfalles der Geschäftsgrundlage erfolgen müsse. Der AG verweigert die Zahlung, da es nach seiner Auffassung für die Frage des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht auf das Maß der Mehrung einer Einzelposition ankomme, sondern auf die Gesamtauftragssumme.

Die Lösung finden Sie unter  
[www.raetsel.heinicke.com](http://www.raetsel.heinicke.com).

## Änderung der VOB/B zum 30.07.2012

Am 30.07.2012 ist die Änderung der VOB/B in Kraft getreten. Die vorgenommene Änderung beschränkt sich auf die Zahlungsregelung in § 16 VOB/B. In dieser Vorschrift wurden jedoch massive Änderungen vorgenommen.

- Die Prüfungsfrist wurde von 2 Monaten auf 30 Tage reduziert. Nur in Ausnahmefällen verlängert sich diese Frist auf 60 Tage, wenn dies ausdrücklich vereinbart ist oder sich aufgrund der Vereinbarung besondere Merkmale ergeben.
- Einwendungen gegen die Prüfbarkeit der Schlussrechnung können nur innerhalb der sich ergebenden Prüfungsfrist erhoben werden. Einwendungen gegen die Richtigkeit können allerdings auch noch später erhoben werden.
- Der Auftraggeber gerät, ohne dass es einer gesonderten Mahnung bedarf, mit Ablauf von 30 Tagen nach Zugang der Rechnung in Verzug, es sei denn, die Prüfungsfrist würde sich aufgrund Vereinbarung oder besonderer Umstände auf 60 Tage verlängern. In diesem Fall tritt Verzug nach 60 Tagen auch ohne gesonderte Mahnung ein.
- Für die Rechtzeitigkeit der Zahlung kommt es auf den Eingang auf dem Konto des Auftragnehmers an.
- Diese Fristen gelten auch für Abschlagszahlungen.
- Unbeschadet dessen ist der Auftragnehmer auch berechtigt, vor Ablauf dieser Frist durch entsprechende Mahnung Verzug zu begründen.

- Aufgrund der Änderung der Prüfungsfrist auf Kalendertage wurden auch die Fristen in § 16 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 3 Nr. 5 VOB/B auf Kalendertage umgestellt.

Der neue Text des § 16 VOB/B lautet nunmehr:

### § 16 Zahlung

1. (1) Abschlagszahlungen sind auf Antrag in möglichst kurzen Zeitabständen oder zu den vereinbarten Zeitpunkten zu gewähren, und zwar in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrages. Die Leistungen sind durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Als Leistungen gelten hierbei auch die für die geforderte Leistung eigens angefertigten und bereitgestellten Bauteile sowie die auf der Baustelle angelieferten Stoffe und Bauteile, wenn dem Auftraggeber nach seiner Wahl das Eigentum an ihnen übertragen ist oder entsprechende Sicherheit gegeben wird.  
(2) Gegenforderungen können einbehalten werden. Andere Einbehalte sind nur in den im Vertrag und in den gesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen Fällen zulässig.  
(3) Ansprüche auf Abschlagszahlungen werden binnen 21 Tagen nach Zugang der Aufstellung fällig.  
(4) Die Abschlagszahlungen sind ohne Einfluss auf die Haftung des Auftragnehmers; sie gelten nicht als Abnahme von Teilen der Leistung.
2. (1) Vorauszahlungen können auch nach Vertragsabschluss vereinbart werden; hierfür ist auf Verlangen des Auftraggebers ausreichende Sicherheit zu leisten. Diese Vorauszahlungen sind, sofern nichts anderes vereinbart wird, mit 3 v. H. über dem Basiszinssatz des § 247 BGB zu verzinsen.  
(2) Vorauszahlungen sind auf die nächstfälligen Zahlungen anzurechnen, soweit damit Leistungen abzugelten sind, für welche die Vorauszahlungen gewährt worden sind.
3. (1) 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.

(2) Die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung schließt Nachforderungen aus, wenn der Auftragnehmer über die Schlusszahlung schriftlich unterrichtet und auf die Ausschlusswirkung hingewiesen wurde.

(3) Einer Schlusszahlung steht es gleich, wenn der Auftraggeber unter Hinweis auf geleistete Zahlungen weitere Zahlungen endgültig und schriftlich ablehnt.

(4) Auch früher gestellte, aber unerledigte Forderungen werden ausgeschlossen, wenn sie nicht nochmals vorbehalten werden.

(5) Ein Vorbehalt ist innerhalb von 28 Tagen nach Zugang der Mitteilung nach den Nummern 2 und 3 über die Schlusszahlung zu erklären. Er wird hinfällig, wenn nicht innerhalb von weiteren 28 Tagen – beginnend am Tag nach Ablauf der in Satz 1 genannten 28 Tage – eine prüfbare Rechnung über die vorbehaltenen Forderungen eingereicht oder, wenn das nicht möglich ist, der Vorbehalt eingehend begründet wird.

(6) Die Ausschlussfristen gelten nicht für ein Verlangen nach Richtigstellung der Schlussrechnung und -zahlung wegen Aufmaß-, Rechen- und Übertragungsfehlern.

4. In sich abgeschlossene Teile der Leistung können nach Teilabnahme ohne Rücksicht auf die Vollendung der übrigen Leistungen endgültig festgestellt und bezahlt werden.
5. (1) Alle Zahlungen sind aufs Äußerste zu beschleunigen.  
(2) Nicht vereinbarte Skontoabzüge sind unzulässig.  
(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 Absatz 2 BGB angegebenen Zinssätze, wenn er nicht einen höheren Verzugsschaden 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 aufgrund 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.

6. Der Auftraggeber ist berechtigt, zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus den Absätzen 1 bis 5 Zahlungen an Gläubiger des Auftragnehmers zu leisten, soweit sie an der Ausführung der vertraglichen Leistung des Auftragnehmers aufgrund eines mit diesem abgeschlossenen Dienst- oder Werkvertrags beteiligt sind, wegen Zahlungsverzugs des Auftragnehmers die Fortsetzung ihrer Leistung zu Recht verweigern und die Direktzahlung die Fortsetzung der Leistung sicherstellen soll. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, sich auf Verlangen des Auftraggebers innerhalb einer von diesem gesetzten Frist darüber zu erklären, ob und inwieweit er die Forderungen seiner Gläubiger anerkennt; wird diese Erklärung nicht rechtzeitig abgegeben, so gelten die Voraussetzungen für die Direktzahlung als anerkannt.

## Urteile

### **Zulässigkeit entgeltliche Kinderbetreuung in einer Eigentumswohnung**

BGH, Urteil vom 13.07.2012 - V ZR 204/11

Im vorliegenden Fall betreute die Eigentümerin einer Wohnung in einer Wohnungseigentumsanlage gegen Bezahlung 5 fremde Kleinkinder. Eine andere Eigentümerin wandte sich gegen diese Nutzung und verlangte Unterlassung, da diese Nutzung keine Wohnnutzung mehr sei, sondern eine gewerbliche Nutzung. Der Verwalter hatte eine Genehmigung versagt. Nach der Gemeinschaftsordnung durfte innerhalb einer Wohnung ein Gewerbe nur mit Genehmigung ausgeübt werden.

Der BGH gab dem Unterlassungsanspruch statt. Die Betreuung fremder Kinder im Rahmen der Nachbarschaftshilfe sei jedoch unbedenklich, solange dies ohne eine Bezahlung erfolge. Wenn aber eine Bezahlung erfolge, so liege eine gewerbliche Tätigkeit vor. Denn hier stehe der Erwerbscharakter im Vordergrund.

Das Berufungsgericht hatte im gleichen Sinne entschieden und in diesem Zusammenhang auf die erhöhte Belastung hingewiesen, die sich durch den erhöhten Lärmpegel, den Besucherverkehr und ein verstärktes Müllaufkommen ergebe.

Interessant könnte diese Entscheidung auch im Bereich des Mietrechts sein. Ob eine Betreuung eines oder mehrerer fremder Kinder durch eine Tagesmutter dann eine Verletzung mietvertraglicher Pflichten bedeutet, ist



hier nicht entschieden, könnte sich aber mit dieser Entscheidung begründen lassen.

#### **Abschlagszahlung auch auf noch nicht beauftragte Nachträge?**

BGH, Beschluss vom 24.05.2012 - VII ZR 34/11

Der AG hatte im Rahmen eines Bauauftrages ursprünglich nicht beauftragte Leistungen zusätzlich angeordnet. Auf die hierauf erbrachten Leistungen stellte der AN eine Abschlagsrechnung. Aufgrund eines sehr zeitaufwändigen Prüfungsverfahrens des AG nahm dieser die Zahlung nicht innerhalb der in der VOB/B geregelten Frist von 18 Tagen vor. Der AN machte daraufhin Verzugszinsen geltend. Der AG ist der Auffassung, die Forderung sei erst entstanden, nachdem der AG aufgrund seines Prüfungsverfahrens festgestellt habe, dass es sich tatsächlich um eine berechtigte Nachtragsforderung gehandelt habe.

Dem schloss sich der BGH jedoch nicht an. Nach dessen Auffassung entsteht der Anspruch auf Vergütung des Nachtrags mit der Anordnung durch den AG, nicht erst dann, wenn der AG diesen Nachtrag auch akzeptiere. Insbesondere sei der Vergütungsanspruch nicht davon abhängig, dass sich die Parteien vor Ausführung der Leistung auf eine Vergütung einigen. Die Leistung sei in dem Moment vertragsgemäß im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B, in dem der AG die Anordnung getroffen habe. Einigen sich die Parteien später auf einen von dem in der Abschlagsrechnung abweichenden Betrag, so tritt dieser an die Stelle des nach § 2 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B sich errechnenden Betrages. Da der AG zur Zahlung demnach mit Stellung der Abschlagsrechnung verpflichtet war, schuldet er auch die Verzugszinsen.

#### **Kann die widerspruchslose Entgegennahme einer nicht beauftragten Leistung eine Vergütungspflicht auslösen?**

OLG Hamm, Urteil vom 22.02.2010 - 17 U 67/09; BGH, Beschluss vom 24.05.2012 - VII ZR 47/10

Der AN führte an einem Dach Zinkverkleidungsarbeiten aus. Im Rahmen einer Baubesprechung wurde erörtert, dass für eine vertragsgemäße Herstellung eine zusätzliche Wärmedämmung erforderlich sei, die jedoch nicht ausgeschrieben und nicht beauftragt war. Darauf stellte der AN ein Nachtragsangebot, welches der nicht

bevollmächtigte Bauleiter annahm und an den AG weiterleitete. Der AN nahm daraufhin eine Lieferung und den Einbau vor. Im Rahmen der Schlussrechnung rechnete er diese Leistung ab. Der AG verweigerte die Zahlung und erklärte, er habe die Leistung nicht beauftragt. Der Bauleiter sei nicht zur Vertretung berechtigt gewesen.

Das Gericht gab dem AN Recht. Aufgrund der Tatsache, dass der AN ein Nachtragsangebot übersandt habe, sei dem AG bekannt gewesen, dass der AN diese zusätzliche Leistung nur gegen entsprechende zusätzliche Vergütung erbringe. Auch die getroffene Vereinbarung zwischen Bauleiter und AN sei dem AG bekannt gewesen. Gleichwohl habe er der Ausführung nicht widersprochen. Diese widerspruchslose Hinnahme sei als stillschweigende Genehmigung des Vertrages auszulegen. Jedenfalls sei das Verhalten des AG nach Treu und Glauben vom AN nur in diesem Sinne zu verstehen gewesen.

In dieser Entscheidung dokumentiert sich einmal mehr der Wert und Sinn eines Bauprotokolls. Der BGH hatte bereits in einer Entscheidung erklärt, einem Bauprotokoll könne die Wirkung eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens zukommen bzw. die Regeln eines Bestätigungsschreibens seien hierauf jedenfalls gegebenenfalls anwendbar. Es ist daher aus Dokumentationsgründen allergrößter Wert auf den Inhalt derartiger Protokolle zu legen. Solche sind unbedingt zu prüfen und Unrichtigkeiten ist zu widersprechen. Soweit ein solches Protokoll den besprochenen Sachverhalt nicht, nicht vollständig oder nicht richtig wiedergibt, muss umgehend eine Ergänzung, Klarstellung oder Widerspruch erfolgen. Auch die Bestätigung von auf der Baustelle getroffenen Absprachen, insbesondere was Ausführungsart und Nachträge betrifft, sollten unbedingt in derartigen Protokollen, oder wenn solche nicht erstellt werden, in entsprechenden Bestätigungsschreiben festgehalten werden.

Denn es ist schwierig später einem Sachverhalt zu widersprechen, welches in einem solchen Bestätigungsschreiben niedergelegt ist, wenn dieser Widerspruch nicht sofort erfolgt. Man wird sich dann immer fragen lassen müssen, warum der Widerspruch nicht sofort erfolgt ist.