

# NEWSLETTER 01/2021

  
**BAU**

  
**IMMOBILIEN**

  
**UNTERNEHMEN**

  
**VERGABE**

  
**STEUERN**

Altfälle § 13b UStG **02** / Die WEG-Reform **04** / Schulungen für Makler und Verwalter **07**

## Editorial

### MAN LERNT NIE AUS ...

... das gilt auch für Makler und Haus- bzw. WEG-Verwalter, die seit 2018 einer berufsbezogenen Weiterbildungspflicht unterliegen. Zu den Schwerpunkten der Weiterbildung gemäß Anlage 1 zu § 15b MaBV gehören eine Reihe von immobilienbezogenen Rechtsgebieten, in denen wir als Kanzlei zu Hause sind. Wir haben deshalb speziell für Makler und Verwalter ein Schulungsprogramm aufgelegt, über das wir auf Seite 7 dieses Newsletters informieren. Dazu gehört auch die WEG-Reform, deren wichtigsten Änderungen wir auf Seite 4 darstellen.

Ansonsten kommentieren wir wieder wichtige Entscheidungen aus dem Bau- und Vergaberecht, so z. B. über ein aktuelles Urteil des LG Berlin, wonach die auftragnehmerfreundlichen BGB-Nachtragsregeln auch beim VOB-Vertrag gelten (siehe Seite 6). Des Weiteren befassen wir uns mit dem „Umsatzsteuerkarussell“, welches aufgrund der Rechtsprechung zu § 13b UStG weiterhin aktuell ist (siehe Seite 2). Schließlich dürfen wir auf unsere baurechtlichen Schulungen im ersten Halbjahr 2021 verweisen, die Sie auf Seite 8 finden.

Dr. Ulrich Dieckert, RA



## Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

# VERJÄHRUNGSBEGINN BAUHANDWERKERSICHERHEIT

Urteil des OLG Köln vom 17.06.2020 - I-11 U 186/19

Nach § 650f BGB (bis zum 31.12.2017 § 648a BGB) kann der Auftragnehmer eines Bauvertrages vom Auftraggeber grundsätzlich Sicherheit für die vereinbarte (und noch nicht gezahlte) Vergütung verlangen. Wie jeder vertragliche Anspruch unterliegt aber auch der Anspruch auf Stellung der Sicherheit der Verjährung, die gem. § 195 BGB („Regelverjährung“) drei Jahre beträgt.

Zur Entstehung des Anspruchs nach § 650f BGB als Grundvoraussetzung für den Verjährungsbeginn liegt die Annahme nahe, dass diese mit dem Vertragsschluss zusammenfällt, ab dem der Anspruch schließlich vom Unternehmer/Gläubiger geltend gemacht werden darf. Zugleich wird regelmäßig auch entsprechende Kenntnis angenommen werden können, sodass in dieser Konsequenz die Verjährung drei Jahre nach Ende des Jahres eintreten würde, in dem der Vertrag geschlossen wurde, also beispielsweise bei einem Vertragsschluss im Laufe des Jahres 2017 zum 31.12.2020.

## DIE ENTSCHEIDUNG DES RICHTERS

Das sah das OLG Köln jedoch anders. Der Anspruch nach § 650f BGB entstände nicht schon mit Vertragsschluss, sondern erst mit der erstmaligen Geltendmachung des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber. Denn erst dann dürfe der Anspruch durch den Auftraggeber erfüllt werden, weshalb es sich um einen sog. „verhaltenen“ Anspruch handele, der nur

auf Verlangen des Berechtigten (also des Unternehmers) zu erfüllen sei. Bei in der Praxis häufig anzutreffenden komplexen und langwierigen Bauvorhaben stelle sich ein Sicherheitsbedürfnis oft erst zu einem späteren Zeitpunkt überhaupt heraus. Eine frühzeitige, nur aus Verjährungsgründen geltend gemachte Sicherheitsforderung würde darüber hinaus auch unnötige Kosten verursachen.

## HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Hält das Urteil des OLG Köln vor dem BGH stand, können Sicherheitsverlangen – bis zur Grenze der Rechtsmissbräuchlichkeit – jedenfalls auch noch während einer ggf. Jahre andauernden Schlusszahlungsauseinandersetzung geltend gemacht werden, wenigstens solange der zu besichernde Anspruch selbst noch durchsetzbar ist. Denn auch die Abnahme steht dem Anspruch auf Bauhandwerkersicherheit nicht entgegen.

Gerade jenen Auftragnehmern, die nur zurückhaltend von dem Verlangen nach Bauhandwerkersicherheiten Gebrauch machen, kommt die Entscheidung des OLG Köln entgegen. Insbesondere in festgefahrenen Vergütungsstreitigkeiten kann für den Auftragnehmer ein Sicherheitsbedürfnis bestehen, das i.d.R. im überschaubaren zeitlichen Rahmen isoliert gerichtlich durchsetzbar ist und dem Auftragnehmer daher schon vor Abschluss eines komplexen Vergütungsprozesses zur Verfügung steht.

## Aktuelles

# BAUTRÄGER - ALTFÄLLE § 13B USTG - SCHNEE VON GESTERN?

## MITNICHTEN! ES ÜBERRASCHT: AUCH 2021 GIBT ES SIE NOCH! WURUM GEHT ES?

2013 hatte der Bundesfinanzhof (BFH) in einem Grundsatzurteil die Anwendung der Regelung zum Übergang der Steuerschuldnerschaft für Bauträger (BT) verneint und damit die früheren Verwaltungsanweisungen der Finanzverwaltung für unwirksam erklärt. BT hatten also in großem Umfang zu Unrecht Steuern nach „§ 13b“ abgeführt und konnten nun deren Rückerstattung verlangen, wovon auch Gebrauch gemacht wurde. Um Steuerausfälle zu vermeiden, wurde in einem Anpassungsgesetz mit dem neuen § 27 Abs. 19 UStG eine Abtretungslösung eingeführt, die zu einer Vereinfachung der Rückabwicklung führen sollte. Die Regelung sieht vor, dass der bauleistende Unternehmer neue Rechnungen mit ausgewiesener Umsatzsteuer erstellt, den daraus resultierenden Umsatzsteueranspruch sodann an das Finanzamt abtritt, welches mit dem abgetretenen Anspruch gegen den Umsatzsteuererstattungsanspruch des Leistungsempfängers aufrechnet. Im Wege der Abtretung soll ein Ausgleich der Steuerschuld des einen mit der Forderung des anderen erfolgen.

Theoretisch ganz einfach. Wie so oft klaffen jedoch Theorie und Praxis auseinander: In der Praxis kam es nicht nur zu erheblichen Umsetzungsproblemen, sondern es wurden auch verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet, sodass Gerichte angerufen werden mussten. Schließlich kam der BFH in einem Urteil vom Februar 2017 zum Ergebnis, dass die Abtretungsregelung verfassungsgemäß ist und stellte klar, wie im Einzelnen zu verfahren sei. Korrespondierend dazu waren die Unternehmen gezwungen, zivilrechtliche Fragen zum Umsatzsteuernachforderungsanspruch, z. B. zur Verjährung und zu dessen Durchsetzung im Falle einer Insolvenz, durch Zivilgerichte bis hin zum Bundesgerichtshof (BGH) klären zu lassen. Dieser bestätigte letztendlich, dass solche Ansprüche grundsätzlich auch noch nach Jahren durchsetzbar sind und dass das Änderungsverlangen des Bauträgers nicht gegen Treu und Glauben verstößt.

## WARUM IST DIE BFH-ENTSCHEIDUNG VON 2013 HEUTE NOCH VON INTERESSE?

Ganz einfach: Bis heute machen Bauträger und Versorger auf dieser Grundlage Umsatzsteuer-

Erstattungsansprüche für Zeiten bis 2014 geltend und lassen sich ihre Ansprüche von den Finanzgerichten bestätigen. In Folge dessen erhalten Bauunternehmen regelmäßig Post vom Finanzamt, sie mögen ihre Rechnungen aus dieser Zeit neu ausstellen (unter Ausweis der Umsatzsteuer) und ihren Umsatzsteueranspruch an das Finanzamt zum Zwecke der Aufrechnung abtreten. Leicht gesagt, schwer getan: Zum einen sind die erforderlichen Unterlagen häufig gar nicht mehr vorhanden, weil Aufbewahrungsfristen abgelaufen sind. Zum anderen stellt sich die Frage, ob die Abtretungen so einfach durchgehen oder ob nicht am Ende das Bauunternehmen für die Umsatzsteuer haften muss. Schließlich könnten die Festsetzungszeiträume längst verjährt sein, so dass gar keine Pflicht mehr zur Neuausstellung der Rechnungen besteht. Die Steuerabteilung unserer Kanzlei zeigt Bauunternehmen gangbare Wege auf, wie mit diesen Aufforderungen umzugehen ist!

## WER PROFITIERT ÜBERHAUPT VON DIESEM „UMSATZSTEUERKARUSSELL“?

Wenn die Abtretungslösung funktioniert, fließt eigentlich kein Geld. Warum die Stellung von Rückforderungsansprüchen trotzdem attraktiv ist, liegt daran, dass diese nach den allgemeinen gesetzlichen Regelungen der Abgabenordnung zu verzinsen sind. Auch dies musste gerichtlich geklärt werden, zuletzt streckte die Finanzverwaltung durch Rücknahme einer Revision vor dem BFH die Waffen. Die Anspruchsteller können damit ihre Finanzen prächtig sanieren: So führen die geltend gemachten Rückforderungsansprüche zu Zinseinnahmen in Höhe von 6 % p. a., eine beachtliche Verzinsung angesichts des allgemein schlechten Zinsniveaus. Und wenn die Festsetzungszeiträume verjährt sein sollten, und die Finanzverwaltung deswegen nicht aufrechnen kann, klingelt es richtig in der Kasse!

Dr. Annette Funk, StBin



## IMPRESSUM

### Herausgeber, V.i.S.d.P.:

RA Dr. Ulrich Dieckert  
DIECKERT  
Recht und Steuern GbR

Gertraudenstraße 20  
10178 Berlin  
Telefon: 030 278707  
Telefax: 030 278706  
[berlin@dieckert.de](mailto:berlin@dieckert.de)

### Redaktion/Beiträge:

Dr. Ulrich Dieckert, RA  
Bernd Kimmich, RA  
Hendrik Bach, RA  
Markus Fiedler, RA  
Konstantin Trakis, RA  
Christian Zeiske, RA  
Martin Krahl, RA  
Chantal Hasselbach, RAin  
Dr. Annette Funk, StBin

[dieckert.de](http://dieckert.de)  
[bauleiterschulung.de](http://bauleiterschulung.de)  
[dieckert-baurecht.de](http://dieckert-baurecht.de)  
[drohnenrecht.de](http://drohnenrecht.de)

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

# PREISAUFKLÄRUNG BEI UNGEWÖHNLICH NIEDRIGEN ANGEBOTEN

**1. Eine Preisaufklärung ist durchzuführen, wenn das preislich günstigste Angebot um mindestens 20 % niedriger ist als das Angebot des zweitplatzierten Bieters (sog. Aufgreifschwelle). Eine Preisaufklärung unterhalb der Aufgreifschwelle stellt keinen Vergaberechtsverstoß dar.**

**2. Der Auftraggeber muss nicht nur auskömmliche oder kostendeckende Preise der Bieter akzeptieren. Angesichts des Wirtschaftlichkeitsgebots sind knapp kalkulierte Angebote durchaus erwünscht, solange an der ordnungsgemäßen Durchführung der Leistung keine Zweifel bestehen.**

VK Hessen, Beschluss vom 22.07.2020, AZ 69b - VK - 33/2019

Bei einer Ausschreibung über Reinigungsdienstler Fugen liegt das günstigste Angebot preislich weniger als 10 % unter dem Angebot eines Mitbewerbers. Der Mitbewerber rügt gleichwohl bei der Vergabestelle, das Angebot des günstigsten Bieters sei unauskömmlich. Er behauptet, bei diesem Angebot seien gesetzliche und tarifliche Vorgaben nicht eingehalten worden, sodass es nicht bezuschlagt werden dürfe und fordert eine detaillierte Überprüfung sowie erneute Angebotswertung. Die Vergabestelle führt daraufhin eine solche Prüfung durch, insbesondere ob der günstigste Bieter bei seiner Kalkulation des Personaleinsatzes den gültigen Rahmentarifvertrag zugrunde gelegt hat. Im Ergebnis dieser Prüfung teilt die Vergabestelle dem Mitbewerber mit, dass das Angebot des günstigsten Bieters den geltenden Rahmentarifvertrag einhalte und für eine unauskömmliche Kalkulation keine Anhaltspunkte gegeben seien. Der Mitbewerber stellt daraufhin Nachprüfungsantrag vor der zuständigen Vergabekammer.

## DIE ENTSCHEIDUNG DER VERGABEKAMMER

Die VK Hessen weist den Nachprüfungsantrag zurück, da die nach Aufklärung beabsichtigte Bezuschlagung des güns-

tigsten Bieters rechtlich unbedenklich sei. In Anbetracht der Tatsache, dass die Preisdifferenz zwischen den streitgegenständlichen Angeboten weniger als 10 % betrug, hätte der Auftraggeber nach Auffassung der Vergabekammer gar nicht aufklären müssen. In diesem Zusammenhang bestätigt die Vergabekammer die herrschende Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung, dass eine Preisaufklärung grundsätzlich erst dann durchzuführen ist, wenn das preislich günstigste Angebot um mindestens 20 % niedriger ist als das Angebot des zweitplatzierten Bieters. Denn erst ab einer solchen Preisdifferenz werde widerlegbar vermutet, dass der Preis oder die Kostenverhältnisse zur angebotenen Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen. Die von der Vergabestelle vorliegend durchgeführte Prüfung sei jedoch unschädlich, weil dies dem Interesse sowohl des Auftraggebers als auch der Mitbieter an einer Preisgestaltung, mit der wettbewerbskonforme Ziele verfolgt werden, zugutekommt. Nur wenn der Auftraggeber die geringe Höhe eines Angebotes nicht zufriedenstellend aufklären könne, dürfe er den Zuschlag im Rahmen seines Ermessens ablehnen. Maßgeblich für die Ermessensausübung sei dabei, ob der Bieter in der Lage ist, seine Leistung auftragsgerecht zu erbringen; diese Prognose ist auf der Grundlage seines Angebotes und der von ihm erteilten Auskünfte nach sorgfältiger Prüfung zu treffen. Die Vergabekammer stellt in diesem Zusammenhang klar, dass der Auftraggeber nicht allein auskömmlich oder kostendeckende Preise der Bieter akzeptieren muss. Er ist nicht verpflichtet, Bieter vor Verlustgeschäften zu bewahren, zumal diese in ihrer Kalkulation frei sind. Anerkanntermaßen seien angesichts des Wirtschaftlichkeitsgebots knapp kalkulierte Angebote durchaus erwünscht, solange an der ordnungsgemäßen Durchführung der Leistung keine Zweifel bestehen. Nur wenn der angebotene Preis deshalb ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Anforderungen nicht einhält, ist die Ablehnung zwingend. Dies konnte vorliegend aber nicht festgestellt werden.

## HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Es gehört zum Standardrepertoire unterlegener Bieter, die angebliche Unauskömmlichkeit des für den Zuschlag vorgesehenen Angebotes zu rügen. Dabei wird häufig übersehen, dass die in der VgV bzw. VOB/A geregelte Aufklärungspflicht nach ständiger Rechtsprechung erst dann besteht, wenn eine bestimmte „Aufgreifschwelle“ überschritten ist. Soweit eine solche nicht in den Vergaberichtlinien der jeweiligen Vergabestellen konkret definiert ist, beträgt diese nach einhelliger Auffassung 20%.

Des Weiteren haben § 60 VgV bzw. § 16d EU VOB/A nur dann drittschützenden Charakter, wenn der ungewöhnlich niedrige Preis des Konkurrenten auf Verstöße gegen gesetzliche Verpflichtungen zurückzuführen ist. Ansonsten muss sich der Auftraggeber nur vor sich selbst schützen, einen Bieter zu beauftragen, der aufgrund der unauskömmlichen Preise die Leistung nicht ordnungsgemäß erbringen kann. Diese Entscheidung unterliegt dem Ermessen des Auftraggebers, welches von den Vergabekammern nur eingeschränkt überprüft werden kann.

**Autor:** Dr. Ulrich Dieckert, RA



## Aktuelles

## DIE GEWERBE- RAUMMIETE BEI CORONA

Bereits im Rahmen des ersten Lockdowns hatte der Gesetzgeber angeordnet, dass für die Monate April bis Juni 2020 keine Kündigungen aufgrund von ausbleibenden Mietzahlungen ausgesprochen werden können. Die Pflicht zur Zahlung der Miete wurde gestundet, dem Grunde und der Höhe nach jedoch nicht angetastet.

Nun ordnet der Gesetzgeber eine gesetzlich vermutete Störung der Geschäftsgrundlage von Gewerberaummietverhältnissen an. Die beschlossene Regelung im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) lautet:

*Artikel 240 § 7 EGBGB Störung der Geschäftsgrundlage von Miet- und Pachtverträgen*

*(1) Sind vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar, so wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.*

*(2) Absatz 1 ist auf Pachtverträge entsprechend anzuwenden.*

Nach wie vor ist die tatsächliche Anpassung der Miete dann Einzelfallfrage.

Maßgebliche Faktoren bleiben die konkrete wirtschaftliche Situation, der Umfang der erlittenen Umsatzeinbußen der Mieter, sowie Höhe und Zeitpunkt staatlicher Hilfen.

### FAZIT

Während sich die Instanzgerichte uneins sind, wie mit der Gewerberaummiete während der Corona-Pandemie umgegangen werden soll, hat der Gesetzgeber durch die Gesetzesänderung reagiert. Nunmehr wird vermutet, dass die Corona-Pandemie eine Störung der Geschäftsgrundlage darstellt, die im Einzelfall zu einer Anpassung der Mietzahlung führen kann.

## Aktuelles

## DIE WEG-REFORM - DIE WICHTIGSTEN ÄNDERUNGEN

Zum 01.12.2020 ist die Reform des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) in Kraft getreten und modernisiert das seit 1951 fast unverändert gebliebene Recht des Wohnungseigentums. So soll einem Sanierungsstau bei Altbauten entgegengewirkt, Hindernisse beim energetischen und barriere-reduzierenden Umbau abgebaut und die Verwaltung effektiver gestaltet werden.

### EINFACHE MEHRHEIT FÜR BAULICHE VERÄNDERUNGEN

Beschlussfassungen über die Durchführung baulicher Veränderungen am Gemeinschaftseigentum oder die Gestattung baulicher Veränderungen sind nunmehr mit einfacher Mehrheit möglich. Bislang musste jeder von der Maßnahme betroffene Wohnungseigentümer zustimmen.

Baumaßnahmen, die die Mehrheit der Wohnungseigentümer beschließt, müssen nur diejenigen Wohnungseigentümer bezahlen, die für sie gestimmt haben. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn es um eine Reparatur des Gemeinschaftseigentums geht oder sich die Baumaßnahme kostenmäßig amortisiert (z. B. der Einbau einer energiesparenden Heizung). Solche Maßnahmen müssen alle Wohnungseigentümer bezahlen. Dasselbe gilt, wenn die Baumaßnahme mit großer Mehrheit beschlossen wird (mehr als zwei Drittel der abgegebenen Stimmen und zugleich die Hälfte der Miteigentumsanteile).

Bestimmte bauliche Veränderungen (Elektromobilität, Barrierefreiheit, High-Speed-Internet etc.) können von einem Wohnungseigentümer verlangt werden.

### VEREINFACHUNG DER EIGENTÜMERVERSAMMLUNGEN

Wohnungseigentümer können nunmehr digital an der Versammlung teilnehmen. Dies stellt gerade in Zeiten der COVID19-Pandemie und des häufigen Auseinanderfallens des Wohnorts der Wohnungseigentümer und der Belegenheit des Wohnungseigentums eine deutliche Erleichterung für die Verwaltung der WEG dar.

Zudem reicht eine Einladung per Email aus und die Versammlung ist unabhängig von der Anzahl der anwesenden Wohnungseigentümer beschlussfähig.

### GEÄNDERTE RECHTE UND PFLICHTEN DES VERWALTERS

Der Verwalter kann bestimmte Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten ohne Beschluss durchführen.

Der Verwalter besitzt im Außenverhältnis uneingeschränkte Vertretungsmacht für die Gemeinschaft.

Die Wohnungseigentümer haben einen Anspruch auf einen zertifizierten Verwalter. Um sich als zertifizierter Verwalter bezeichnen zu dürfen, muss der Verwalter eine Prüfung vor der Industrie- und Handelskammer ablegen, in der er nachweist, dass er über die für die Tätigkeit als Verwalter notwendigen rechtlichen, kaufmännischen und technischen Kenntnisse verfügt. Der Gesetzgeber möchte die Qualität der Verwalter erhöhen - bisher war keine Qualifikation nötig.

Der Verwalter muss jährlich Auskunft in Form eines Vermögensberichtes über die wirtschaftliche Lage der Gemeinschaft geben.

Verwalter können ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes abberufen werden, 6 Monate später enden Vertrag und Vergütungsanspruch. Liegt ein wichtiger Grund vor, kann fristlos gekündigt werden.

### VERWALTUNGSBEIRAT

Die Haftung der ehrenamtlichen Beiräte wird auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Die Anzahl der Beiratsmitglieder ist frei bestimmbar. Der Beirat soll den Verwalter künftig bei der Durchführung seiner Aufgaben überwachen und wird so zu einem Kontrollorgan.

### FAZIT

Die Reform des Wohnungseigentumsgesetzes hat sicherlich nicht alle Probleme behoben, so dass das Recht des Wohnungseigentums eine komplexe Materie bleibt. Jedoch hat die Modernisierung die Verwaltung und insbesondere bauliche Maßnahmen am Gemeinschaftseigentum vereinfacht.

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

# KEINE ABNAHME: WANN ENDET DIE GEWÄHRLEISTUNG?

**Der Bauträger ist zur Leistungsverweigerung berechtigt, wenn die Erfüllungsansprüche der Erwerber aus den Bauträgerverträgen, die der Errichtung des Objekts zugrunde liegen, verjährt sind. Ist eine Abnahme des Objekts nicht erfolgt, verjähren die Erfüllungsansprüche der Erwerber 10 Jahre nach Vertragsschluss.**

OLG Köln, Urteil vom 21.08.2020 - 19 U 5/20

Die Mängelansprüche des Auftraggebers verjähren in fünf Jahren, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Abnahme. Auch wenn eine kürzere Gewährleistungsfrist vereinbart ist, beginnt diese mit der Abnahme. Was aber, wenn keine (wirksame) Abnahme erfolgt ist? Beginnt dann die Gewährleistungsfrist nie und haftet der Auftragnehmer unbegrenzt lange für Mängelansprüche?

Die bisherige Rechtsprechung ist tatsächlich die, dass die Gewährleistungsfrist ohne wirksame Abnahme nicht beginnt (Ausnahmen siehe unten). Viele Urteile betreffen Fälle, an denen Bauträger beteiligt waren. Der Grund hierfür ist, dass in der Vergangenheit in den Kaufverträgen mit den Erwerbern häufig vorgesehen war, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vereidigten Sachverständigen oder auch die Eigentümerversammlung erfolgen soll. Die Rechtsprechung hat dies wegen Benachteiligung der Erwerber als unzulässig angesehen. Die Folge hieraus war, dass die erklärte Abnahme unwirksam war und die Frage im Raum stand, ob die Gewährleistungsfrist überhaupt irgendwann endet, wenn sie nie begonnen hat. Wir möchten aber darauf hinweisen, dass das gleiche Problem auch andere Bauunternehmer betreffen kann. Beispielsweise kommt es vor, dass der Auftraggeber wegen eines wesentlichen Mangels zu Recht die Abnahme verweigert und Geld von der Schlussrechnung einbehält. Der Auftragnehmer beseitigt den Mangel nicht, weil er weiß, dass es ihm mehr kosten würde, als der Auftraggeber an Geld einbehalten hat. Der Auftraggeber tut aber auch nichts, um seine Mängelansprüche durchzusetzen. So etwas passiert insbesondere bei Mängeln, die nach der strengen Mangelsrechtsprechung zwar „wesentlich“ sind,

den Auftraggeber aber faktisch nicht stören.

## DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Bei Einleitung des Beweisverfahrens waren schon zwölf Jahre seit Vertragsabschluss vergangen. Das OLG Köln hält die Mängelansprüche der Wohnungseigentümer für verjährt und begründet das damit, dass der bei nicht erfolgter Abnahme gegebene Anspruch auf Vertragserfüllung gemäß § 199 Abs. 4 BGB spätestens nach 10 Jahren ab Abschluss des Vertrages verjähren würde. Daher könnten auch keine Gewährleistungsansprüche mehr durchgesetzt werden.

## HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Andere Gerichte sehen das anders. So meint das OLG Hamm, dass eine Verjährung der Erfüllungsansprüche für Mängel des Werks nicht eintrete, solange das Werk nicht abgenommen ist, weil das Gesetz die Verjährung der Gewährleistungsansprüche erst mit der Abnahme beginnen lässt. Klar ist aber, dass nach der Rechtsprechung die Gewährleistungsfrist auch ohne Abnahme beginnt, wenn der Auftraggeber nicht mehr Erfüllung des Vertrages, sondern Minderung oder Schadensersatz wegen der Mängel verlangt oder die Abnahme ernsthaft und endgültig abgelehnt hat (OLG München, Beschluss vom 26.08.2015 - 27 U 520/15 Bau). Das ist in den „Bauträgerfällen“ nicht der Fall, weil die Erwerber ja zunächst glauben, es gäbe schon eine Abnahme. Deshalb geht das OLG Köln auch von 10 Jahren Verjährungsfrist aus, und nicht von 3 Jahren ab dem Ende des Jahres, in dem der Bauvertrag abgeschlossen wurde.

Wir halten die Auffassung des OLG Köln vom Ergebnis her gesehen für richtig. Eine unbegrenzte Gewährleistung bei fehlender Abnahme widerspricht dem Grundanliegen der Verjährungsvorschriften. Es ist allerdings zu bezweifeln, dass sich andere Gerichte dem anschließen werden, insbesondere auch deshalb, weil bei einer bewusst verweigerten Abnahme anders als bei einer erklärten, aber unwirksamen

Abnahme, die Vertragserfüllungsansprüche bereits in 3 Jahren ab dem Schluss des Jahres des Vertragsabschlusses verjähren würden.

So wird es wohl vorerst dabei bleiben, dass nur dann, wenn der Auftraggeber im zeitlichen Zusammenhang mit der Abnahmeverweigerung dem Auftragnehmer eine Frist zur Mangelbeseitigung mit Androhung der Ersatzvornahme gesetzt hat, die Verjährung der Gewährleistungsansprüche auch ohne Abnahme beginnt (BGH, Urteil vom 08.07.2010 - VII ZR 171/08). Gibt es keine solche „Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung“ und beseitigt der Auftraggeber die Mängel auch nicht selbst, beginnt die Gewährleistungsfrist nach der derzeitigen Rechtsprechung ohne Abnahme nicht. Daher ist es für Auftragnehmer der sicherste Weg, eine Abnahme seiner Leistungen zu erreichen. In der beschriebenen „Patt-Situation“ (Mängel vorhanden, Einbehalt von der Schlussrechnung, keine Fristsetzung durch Auftraggeber) sollte der Auftragnehmer eine Minderung anbieten. In vielen Fällen wird sich der Auftraggeber hierauf einlassen. Im Rahmen einer entsprechenden Vereinbarung muss festgehalten werden, dass die Abnahme der Leistungen zum (Datum) als erfolgt gilt. So schützt sich der Auftragnehmer vor der Unklarheit über die Dauer der Gewährleistungsfrist bei fehlender Abnahme.

**Autor:** Hendrik Bach, RA



Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

# DIE AUFTRAGNEHMERFREUNDLICHEN BGB-NACHTRAGSREGELUNGEN GELTEN AUCH BEIM VOB/B-VERTRAG

**Die (neuen) Regelungen zu Anordnungen des Auftraggebers (§§ 650b, 650c und 650d BGB) finden auch auf VOB/B-Verträge Anwendung. Nach Kündigung hat der Auftragnehmer keinen Anspruch auf Abschlagszahlungen mehr; er muss Schlussrechnung legen. Deshalb hat er entgegen § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB auch keinen Anspruch auf Abschläge für Nachtragsleistungen (80 %-Regelung).**

LG Berlin, Urteil vom 16.10.2020 – 8 O 126/20

Die Parteien sind aufgrund mehrerer Bauverträge miteinander verbunden. Die Geltung der VOB/B ist vereinbart. Der Auftragnehmer verlangt auf Basis des § 650c Abs 3 S. 1 BGB für von ihm erbrachte Nachtragsleistungen einen Abschlag in Höhe von 80 % seines Nachtragsangebotes. Als der Auftraggeber nicht zahlt, beantragt der Auftragnehmer eine einstweilige Verfügung gemäß § 650d BGB. Noch im Laufe des Verfahrens kündigt der Auftraggeber teilweise die Verträge bzw. erklärt die Abnahme. Der Auftragnehmer legt keine Schlussrechnung, sondern verlangt weiter Zahlung von Abschlägen. Im Verfügungsverfahren ist streitig, ob die BGB-Nachtragsregelungen (§§ 650b ff BGB, hier insbesondere § 650c und § 650d BGB) überhaupt anwendbar sind, da die VOB vereinbart wurde und diese in den §§ 1 Abs. 3 und Abs. 4 sowie 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B eigene Regelungen zu Anordnungen des Auftraggebers enthält. Diese sehen weder einen 80%igen Abschlag noch eine einstweilige Verfügung ausdrücklich vor.

## DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das Gericht stellt in seiner Entscheidung zunächst klar, dass sich der Auftragnehmer trotz der Vereinbarung der VOB/B auf die Nachtragsregelungen der §§ 650b bis 650d BGB stützen könne. Zwar enthalte die VOB/B eigene Nachtragsregelungen. Diese könnten allerdings die BGB-Nachtragsregelungen weder verdrängen noch modifizieren, schlicht weil diese gesetzlichen Neuregelungen erst nachträglich (d. h. also nach der letzten Neufassung der VOB/B) in Kraft getreten seien. Insoweit könnten also die älteren VOB/B-

Regelungen die neueren BGB-Regelungen nicht ausschließen.

Das Gericht lehnt die beantragte einstweilige Verfügung dennoch mit dem Argument ab, dass nach Kündigung bzw. Abnahme der Leistungen der Auftragnehmer nur noch aus der Schlussrechnung vorgehen könne (§ 650g Abs. 4 BGB bzw. § 16 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B). Ihm stehe kein Recht auf Abschlagszahlungen mehr zu, das gelte auch für die in §§ 650c Abs. 3 S. 1 BGB geregelten Abschläge für Nachtragsleistungen.

## HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung, dass der Auftragnehmer nach der sogenannten Schlussrechnungsreife keine Abschläge mehr verlangen und folglich auch aus Abschlagsregelungen nicht mehr vorgehen kann. Dies auch auf Abschläge für Nachtragsleistungen anzuwenden, ist konsequent und nicht zu beanstanden.

Praktische Bedeutung hat das Urteil vielmehr in der Aussage, die gesetzlichen Nachtragsregelungen in §§ 650b – 650d BGB seien stets auch auf den VOB/B-Vertrag anwendbar. Das entspricht nicht der herrschenden Meinung. Vielmehr gehen die meisten Baujuristen davon aus, dass die VOB/B-Regelungen bei VOB/B-Verträgen jedenfalls dann den gesetzlichen Neuregelungen vorgehen, wenn die VOB/B als Ganzes oder auf Wunsch des Auftragnehmers vereinbart wurde (und deshalb die VOB/B-Nachtragsregelungen nicht der sogenannten Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht unterliegen).

Wendet man die BGB-Nachtragsregelungen auch auf VOB/B Verträge an, dann verändert dies die „Spielregeln“ für Nachträge beim VOB/B-Vertrag vollständig. Die BGB-Regelungen berücksichtigen in besonderem Maße (und viel stärker als die VOB/B) die Interessen des Auftragnehmers. So schreibt das Gesetz bei Änderungs- oder Zusatzwünschen des Auftraggebers zunächst eine zwingende Verhandlungsphase vor. Das ist insoweit von höchster praktischer Bedeutung, als die Verhandlungsphase nach dem Wortlaut des Gesetzes mindestens 30 Tage andauert. Das bedeutet: Der Auftraggeber kann im Regelfall die Ausführung von Nachtragsleistungen vor Abschluss der 30-tägi-

gen Verhandlungsphase nicht einseitig anordnen. In dieser Zeit muss der Auftragnehmer also die Nachtragsleistung nicht erbringen; der Auftraggeber kann die Leistungserbringung nicht erzwingen. Er muss warten.

Zudem hat das BGB das Recht des Auftraggebers, Leistungsänderungen anzuordnen, erheblich eingeschränkt. Die VOB/B ist hier auftragnehmerfreundlicher und erlaubt solche Anordnungen bis zur Grenze der völligen Neuplanung. Nach der gesetzlichen Regelung im BGB kann der Auftraggeber nur technisch notwendige Nachtragsleistungen ohne weiteres anordnen. Sind die gewünschten Nachtragsleistungen technisch nicht zwingend erforderlich, so kann sie der Auftragnehmer verweigern, wenn sie ihm (weil sie zum Beispiel den Bauablauf erheblich stören) nicht zumutbar sind.

Schließlich regelt das Gesetz ausdrücklich einen Anspruch auf Zahlung von 80 % der angebotenen Nachtragsvergütung, sobald die angeordnete Nachtragsleistung erbracht wurde. Das Gesetz will damit der bislang nicht unüblichen Praxis entgegenwirken, dass der Auftraggeber die Höhe der Nachtragsvergütung im Detail geprüft und bis zum Abschluss der Prüfung keine oder nur zu geringe Abschläge auf die Nachtragsvergütung leistet. Die Verpflichtung zur Zahlung eines 80-prozentigen Abschlages macht eine langwierige Prüfung verzichtbar. Diese soll nach dem Konzept des Gesetzes erst dann erfolgen, wenn der Auftragnehmer seine Schlussrechnung legt.

Schließlich sieht das BGB vor, dass der Auftragnehmer seinen Nachtrag entweder auf die Herleitung aus der Urkalkulation oder auf die tatsächlich erforderlichen Kosten (zuzüglich angemessener Zuschläge) stützen könne. Ein solches Wahlrecht enthält die VOB/B nicht.

**Autor:** Markus Fiedler, RA



verwalterschulung.com / maklerschulung.com

# NEU: WEITERBILDUNG FÜR MAKLER UND VERWALTER GEMÄSS § 34C GEWO/§ 15B MABV

Makler und Haus- bzw. WEG-Verwalter unterliegen seit 2018 einer berufsbezogenen Weiterbildungspflicht. Gemäß § 34c Abs. 2a GewO hat diese Weiterbildung in einem Umfang von 20 Stunden innerhalb eines Zeitraumes von drei Kalenderjahren stattzufinden. Die Weiterbildungspflicht betrifft auch alle aktiven Mitarbeiter dieser Unternehmen.

Zu den Schwerpunkten der Weiterbildung gemäß Anlage 1 zu § 15b MabV gehören eine Reihe von immobilienbezogenen Rechtsgebieten, auf denen wir als Kanzlei zu Hause sind. Wir haben deshalb speziell für Makler und Verwalter ein Schulungsprogramm aufgelegt, mit dem die wesentlichen Weiterbildungsschwerpunkte in juristischer Hinsicht abgedeckt sind. Bereits im ersten Halbjahr 2021 führen wir folgende Schulungen durch, die für Sie und Ihre Mitarbeiter von Interesse sein könnten:

## GEWERBEMIETRECHT FÜR DIE IMMOBILIENWIRTSCHAFT

Online-Schulung 7,5 Stunden an zwei Vormittagen

**Datum:** 20. und 21.04.2021  
**Referent:** RA Martin Krah  
**Konditionen:** € 350,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## GRUNDLAGEN BAURECHT FÜR IMMOBILIENVERWALTER

Online-Schulung 5 Stunden

**Datum:** 22.04.2021  
**Referent:** RA Christian Zeiske  
**Konditionen:** € 290,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## MAKLERRECHT 2021: PRAXISRELEVANTE ÄNDERUNGEN FÜR DIE MAKLERTÄTIGKEIT

Online-Schulung 2,5 Stunden

**Datum:** 23.04.2021  
**Referent:** RA Martin Krah  
**Konditionen:** € 160,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## GRUNDLAGEN VERTRAGSRECHT FÜR IMMOBILIENVERWALTER

Online-Schulung 5 Stunden

**Datum:** 29.04.2021  
**Referent:** RA Martin Krah  
**Konditionen:** € 290,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## GRUNDLAGEN VERTRAGSRECHT FÜR IMMOBILIENMAKLER

Online-Schulung 5 Stunden

**Datum:** 17.06.2021  
**Referent:** RA Christian Zeiske  
**Konditionen:** € 290,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## WEG-REFORM 2021 – DIE WICHTIGSTEN ÄNDERUNGEN FÜR DIE VERWALTUNG VON WOHNEIGENTUM

Online-Schulung 2,5 Stunden

**Datum:** 23.06.2021  
**Referent:** RA Martin Krah  
**Konditionen:** € 160,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## UPDATE BERLINER MIETENDECKEL PRAXISRELEVANTE ENTWICKLUNGEN FÜR IMMOBILIENVERWALTER

Online-Schulung 2,5 Stunden

**Datum:** 24.06.2021  
**Referent:** RA Martin Krah  
**Konditionen:** € 160,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## WEITERBILDUNGSNACHWEISE

Wir stellen für jeden Teilnehmer einen Weiterbildungsnachweis aus, der den gesetzlichen Anforderungen entspricht (gemäß Anlage 3 zu § 15b Absatz 1 MabV). Auf diese Weise können Sie die Erfüllung Ihrer Weiterbildungspflichten gegenüber den zuständigen Behörden belegen.

## ANMELDUNG/INHOUSE-SCHULUNG

Weitere Informationen über die von uns durchgeführten Schulungen entnehmen Sie unseren Websites [www.verwalterschulung.com](http://www.verwalterschulung.com) und [www.maklerschulung.com](http://www.maklerschulung.com). Sie können sich dort auch online zu den Schulungen anmelden, ansonsten nutzen Sie das diesem Newsletter beigefügte Anmeldeformular. Sollten Sie die Durchführung einer Schulung in Ihrem Hause bevorzugen, setzen Sie sich bitte mit unserer Schulungsabteilung, Frau Jana Goltz ([jana.goltz@dieckert.de](mailto:jana.goltz@dieckert.de)) in Verbindung.

## Unsere Referenten



RA Martin Krah



RA Christian Zeiske

bauleiterschulung.de

# SCHULUNGEN 1. HALBJAHR 2021

Auch im Frühjahr 2021 führen wir wieder unsere bewährten Schulungen zum Baurecht durch. Diese Schulungen werden in Räumen durchgeführt, in denen die coronabedingten Abstände und Lüftungsregelungen eingehalten werden können. Aufgrund dessen ist allerdings die Anzahl der Teilnehmer beschränkt. Es wird daher eine frühzeitige Anmeldung empfohlen.

Wie Sie der nachstehenden Übersicht entnehmen können, sprechen wir bei unseren Schulungen sowohl Bauleiter als auch Baukaufleute und Poliere an.

Wenn Sie diese Seminare für Ihr Unternehmen als Inhouse-Schulungen buchen wollen, sprechen Sie bitte unsere zuständige Frau Goltz unter [jana.goltz@dieckert.de](mailto:jana.goltz@dieckert.de) an. Diese nimmt auch Anmeldungen zu den u. a. Sammelschulungen entgegen. Für alle Seminare gelten unsere auf [www.bauleiterschulung.de](http://www.bauleiterschulung.de) angegebenen Anmeldebedingungen.

## GESTÖRTE BAUABLÄUFE - VERZUG, BEHINDERUNG, HÖHERE GEWALT UND DOKUMENTATIONSPFLICHTEN DES AN (BERLIN)

**Datum:** 09.03.2021

**Referent:** RA Bernd Kimmich

### Seminarunterlagen:

Schemata und Übersichten  
Buch »Bauvertragsrecht Kompakt nach VOB/B und BGB«

**Konditionen:** € 390,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## VERGÜTUNG UND NACHTRÄGE NACH VOB/B UND BGB (BERLIN)

Die Teilnehmer werden anhand praktischer Beispiele durch alle Nachtragsvorschriften der VOB/B und des BGB geführt.

**Datum:** 11.03.2021

**Referent:** RA Bernd Kimmich

### Seminarunterlagen:

Schemata und Übersichten  
Buch »Bauvertragsrecht Kompakt nach VOB/B und BGB«

**Konditionen:** € 390,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## BAUVERTRAGSRECHT NACH VOB/B UND BGB IN DER PRAXIS (2 TAGE)

(FRANKFURT a. M.)

Die Teilnehmer werden durch alle für die Praxis wichtigen Vorschriften des Bauvertragsrechts geführt.

**Datum:** 23./24.03.2021

**Referent:** RA Bernd Kimmich

### Seminarunterlagen:

Schemata und Übersichten  
Buch »Bauvertragsrecht Kompakt nach VOB/B und BGB«

**Konditionen:** € 750,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## BAUVERTRAGSRECHT KOMPAKT (DÜSSELDORF)

Komprimierter Überblick über alle praxisrelevanten Fragen

**Datum:** 13.04.2021

**Referent:** RA Bernd Kimmich

### Seminarunterlagen:

Taschenbuch »Bauvertragsrecht kompakt«

**Konditionen:** € 390,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## BAUVERTRAGSRECHT NACH VOB/B UND BGB IN DER PRAXIS (2 TAGE)

(DÜSSELDORF)

Die Teilnehmer werden durch alle für die Praxis wichtigen Vorschriften des Bauvertragsrechts geführt.

**Datum:** 14./15.04.2021

**Referent:** RA Bernd Kimmich

### Seminarunterlagen:

Schemata und Übersichten  
Buch »Bauvertragsrecht Kompakt nach VOB/B und BGB«

**Konditionen:** € 750,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## BAUVERTRAGSRECHT KOMPAKT (MÜNCHEN)

Komprimierter Überblick über alle praxisrelevanten Fragen

**Datum:** 27.04.2021

**Referent:** RA Bernd Kimmich

### Seminarunterlagen:

Taschenbuch »Bauvertragsrecht kompakt«

**Konditionen:** € 390,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## BAUVERTRAGSRECHT NACH VOB/B UND BGB IN DER PRAXIS (2 TAGE)

(MÜNCHEN)

Die Teilnehmer werden durch alle für die Praxis wichtigen Vorschriften des Bauvertragsrechts geführt.

**Datum:** 28./29.04.2021

**Referent:** RA Bernd Kimmich

### Seminarunterlagen:

Schemata und Übersichten  
Buch »Bauvertragsrecht Kompakt nach VOB/B und BGB«

**Konditionen:** € 750,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## 20 TIPPS UND TRICKS FÜR AUFTRAGNEHMER (BERLIN)

Kaufmännische Bestätigungsschreiben, Loslösung vom Pauschalpreis, Leistungsverweigerung bei streitigen Nachträgen und mehr

**Datum:** 18.05.2021

**Referent:** RA Markus Fiedler

Seminarunterlagen: umfangreiches Skript

**Konditionen:** € 390,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## BAUVERTRAGSRECHT NACH VOB/B UND BGB IN DER PRAXIS (2 TAGE)

(HAMBURG)

Die Teilnehmer werden durch alle für die Praxis wichtigen Vorschriften des Bauvertragsrechts geführt.

**Datum:** 19./20.05.2021

**Referent:** RA Bernd Kimmich

### Seminarunterlagen:

Schemata und Übersichten  
Buch »Bauvertragsrecht Kompakt nach VOB/B und BGB«

**Konditionen:** € 750,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## VOB FÜR KAUFLEUTE (BERLIN)

Rechtssicherheit bei der kaufmännischen Abwicklung von Bauvorhaben

**Datum:** 10.06.2021

**Referent:** RA Markus Fiedler

Seminarunterlagen: umfangreiches Skript

**Konditionen:** € 390,00 zzgl. USt pro Teilnehmer