Recht

Wer schreibt, der bleibt! – Vielleicht.

Auf allen Baustellen ist dieses Sprichwort mittlerweile bekannt. Während die Redewendung früher beim Kartenspiel gebräuchlich war und demjenigen, der die Punkte aufschrieb, einen gewissen Einfluss auf die Zahlen der Mitspieler unterstellte, beschreibt sie heute die Notwendigkeit, mit geschriebenen Worten etwas für die Nachwelt zu erhalten. Schreiben auf Baustellen ist an sich zwar grundsätzlich gut, reicht aber allein nicht aus. Entscheidend ist vielmehr der Inhalt, die Form, der Zeitpunkt, der Adressat sowie der Nachweis des Zugangs des Geschriebenen. Nur bei Beachtung dieser Aspekte können durch das Schreiben Nachteile vermieden und Vorteile gewonnen werden. Dies gilt insbesondere für die auf Straßenbaustellen am häufigsten vorkommenden Erklärungen, wie der Behinderungsanzeige, der Bedenkenanzeige, der Mangelanzeige (Mangelrüge) und der etwaigen Anzeige auftragslos erbrachter Leistungen.

1 Inhalt

Damit der mit der Erklärung verbundene Zweck auch tatsächlich erreicht wird, ist zunächst erforderlich, dass der Inhalt der Erklärung den jeweiligen Anforderungen entspricht. So soll mit der Anzeige von Bedenken dem Auftraggeber aufgezeigt werden, dass nach Auffassung des Unternehmers Vorgaben im Leistungsverzeichnis, Vorleistungen Dritter o. Ä. der mangelfreien Leistung entgegen und Beeinträchtigungen zu erwarten stehen. Es sollen die Konsequenzen der Nichtbefolgung des Hinweises aufgezeigt werden (Warnfunktion), um so dem Auftraggeber die Möglichkeit zur eigenen Entscheidung zu eröffnen (vgl. Prüf- und Hinweispflichten im Straßenbau, Straße und Autobahn 2020, S. 799 f.). Bloß allgemeine Hinweise genügen zur Entlastung nicht und sind wirkungslos. Dies gilt auch für die Anzeige einer Behinderung nach § 6 Abs. 1 VOB/B. Diese muss alle Tatsachen enthalten, aus denen sich für den Auftraggeber mit hinreichender Klarheit und erschöpfend die Hinderungsgründe ergeben. Die Angaben müssen sich weiter darauf erstrecken, ob und wann welche Arbeiten, die nach dem Bauablauf nunmehr ausgeführt werden müssten, nicht oder nicht wie vorgesehen ausgeführt werden können (vgl. OLG Oldenburg, Urteil vom 20.8.2019, - 2 U 81/19). Der Auftraggeber soll in die Lage versetzt werden, gegenzusteuern und geeignete Maßnahmen zu ergreifen. Bei einer Mangelrüge muss das Beseitigungsbegehren erkennbar sein.

Der Mangel ist hinreichend genau nach seinem äußeren Erscheinungsbild (Symptome) sowie lokalisierbar zu beschreiben, sodass der Unternehmer die Beanstandung ohne aufwendige Suche auffinden kann; eine Ursache braucht nicht angegeben zu werden (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 29.1.2020, 4 U 70/19). Wegen der u. U. eingrenzenden Wirkung einer – ggf. falschen – Angabe der Ursache sollte hierauf von vornherein verzichtet werden. Bei der Vergütung auftragslos erbrachter Leistungen ist die Anzeige nach § 2 Abs. 8 Ziff. 2 Satz 2 VOB/B echte Anspruchsvoraussetzung. Zum notwendigen Inhalt gehören alle die Angaben, die dem Auftraggeber Kenntnis vom Umfang der Leistung und der Höhe der Vergütung vermitteln, wie dies üblicherweise bei Nachträgen der Fall ist. Nur bei ausreichendem Inhalt der Erklärungen können die angestrebten Rechtsfolgen, z. B. Entfall der verschuldensunabhängigen Gewährleistung oder Abwehr einer Vertragsstrafe, auch erreicht werden.

2 Form

Notwendig ist weiter, dass die Erklärung auch in der gesetzlich vorgesehenen oder vertraglich vereinbarten Form erfolgt. So kann grundsätzlich nur eine schriftliche Bedenkenanzeige zur Befreiung von der Gewährleistung führen (vgl. § 4 Abs. 3 VOB/B). Auch begründet ausschließlich die schriftliche Mängelrüge die einmalige Verlängerung der Gewährleistung um zwei Jahre (vgl. § 13 Abs. 5 Ziff. 1 Satz 2 VOB/B). Wesentlicher Zweck der Formvorschriften ist die Warnfunktion, da nur bei Beachtung der vorgegebenen Form die relevante Erklärung von der Vielzahl sonstiger Erklärungen hervorgehoben wird. Dieser Aspekt ist angesichts der täglichen Mengen an E-Mails und WhatsApp-Mitteilungen nicht zu unterschätzen. Durch die Einhaltung der vorgesehenen Form wird der Empfänger nämlich auf die Wichtigkeit hingewiesen und kann sich dann mit dem so hervorgehoben Inhalt der Erklärung und deren Folgen auseinandersetzen. Von besonderer Praxisrelevanz ist die Beantwortung der in der Rechtsprechung umstrittenen Frage, ob auch eine Anzeige per E-Mail der vorgesehenen Schriftform genügt. Die Schriftform ist nämlich nur gewahrt, wenn die Urkunde (Erklärung) von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet wurde, § 126 Abs. 1 BGB. Dies ist bei einer E-Mail oder WhatsApp-Mitteilung nicht der Fall. Auch eine qualifizierte elektronische Signatur liegt nicht vor, sodass es sich auch nicht um Erklärungen in elektronischer Form nach § 126a BGB handelt. Sofern in der E-Mail oder in der WhatsApp-Mitteilung die Person des Erklärenden genannt wird und die Erklärung auf einem dauerhaften Datenträger (Aufbewahrung und Wiedergabemöglichkeit) gespeichert ist, entspricht dies der Textform des § 126 b BGB, nicht aber der Schriftform. Deshalb billigt das OLG Jena, Urteil vom 26.11.2015, 1 U 209/15, einer Mängelrüge per E-Mail die verlängernde Wirkung des § 13 Abs. 5 Ziff. 1 Satz 2 VOB/B nicht zu. Allerdings bleibt in dieser Entscheidung unberücksichtigt, dass das Schriftformerfordernis auf der vertraglichen Einbeziehung der VOB/B und nicht auf einer gesetzlichen Vorgabe beruht. Nach § 127 Abs. 2 BGB genügt zur Wahrung der durch Rechtsgeschäft (Vertrag) bestimmten Schriftform auch die telekommunikative Übermitt-

■ Verfasser

Dr. Jan van Dyk
vandyk@ahlers-vogel.de

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Ahlers & Vogel Rechtsanwälte PartG mbB
Contrescarpe 21
28203 Bremen

lung, soweit kein anderer Wille anzunehmen ist. Hierbei ist eine eigenhändige Unterschrift, wie beispielsweise bei einem unterzeichneten, eingescannten und dann bloß per E-Mail versandtem Schreiben, nicht erforderlich. Deshalb kann nach der Entscheidung des OLG Köln, Urteil vom 22.6.2016, 16 U 145/15, auch eine einfache E-Mail als Mängelrüge die einmalige Verlängerung der Gewährleistungsfrist herbeiführen. Insbesondere bei umfangreicher E-Mail-Korrespondenz zwischen den Vertragspartnern dürfte sich ein entgegenstehender Wille für das Genügen der Textform nicht begründen lassen; allerdings bleibt ein Restrisiko.

3 Zeitpunkt

Es versteht sich von selbst, dass bei den Erklärungen, durch die der Vertragspartner in die Lage versetzt werden soll, mit eigenen Entscheidungen und Maßnahmen zu reagieren, diese so rechtzeitig erfolgen müssen, dass Reaktionen noch möglich sind. Die Anzeige von Bedenken nach Ausführung der Leistung, Erkennbarkeit schon vor Ausführung sei unterstellt, ist deshalb ohne Wert. Dies gilt für die Anzeige von Behinderungen nach deren Wegfall entsprechend. Deshalb sehen §§ 2 Abs. 8 Ziff. 2 Satz 2, 4 Abs. 3, 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B auch die Unverzüglichkeit der jeweiligen Anzeige vor. Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB), also nicht sofort. Vielmehr darf dem Erklärenden unter Berücksichtigung einer Überlegungsfrist nicht vorgehalten werden können, dass er die Abgabe der Erklärung sorgfaltswidrig verzögert habe. Die Wahrung der Unverzüglichkeit ist letztlich eine Frage des Einzelfalls, über die besonders häufig im Zusammenhang mit der handelsrechtlichen Prüf- und Rügeobliegenheit nach § 377 HGB gestritten wird.

4 Adressat

Auch das Adressieren der geschriebenen Erklärung an den richtigen Empfänger sollte eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein, ist es mitunter aber leider nicht. Richtiger Adressat ist stets der Vertragspartner oder dessen bevollmächtigter (ggf. Vollmacht prüfen!) Vertreter. Anzeigen und vertragliche relevante Erklärungen gegenüber dem vollmachtlosen Bauleiter, Bauüberwacher oder Architekten sind grundsätzlich ohne Wirkung (OLG Karlsruhe, Urteil vom 7.12.2015, 13 U 110/13). Nur ausnahmsweise gelingt es im Einzelfall, eine Zurechnung nach den Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht zu begründen. Hierauf sollte sich aber derjenige, der sich schon die Mühe des Schreibens macht, nicht verlassen.

5 Zugang

Zu allerletzt ist die Mühe der Formulierungskunst nichts wert, wenn die Erklärung dem Empfänger nicht zugeht bzw. der Zugang im Streitfall nicht bewiesen werden kann. Die Erklärung muss in den Machtbereich des Empfängers mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme gelangt sein. Der Zugang kann nach persönlicher Übergabe mit Empfangsbestätigung auf einer Kopie des Schreibens ebenso bewiesen werden wie durch Zeugenvernehmung des Boten, der das Schreiben in den Briefkasten des Empfängers geworfen hat. Der Nachweis kann ferner bei Einschreiben mit Rückschein durch den unterzeichneten Rückschein, dem Einwurfeinschreiben oder bei Zustellung durch den Gerichtsvollzieher geführt werden. Bei Versand per Telefax sollte der Empfang des Schreibens telefonisch nachgefragt und auf dem eigenen Sendebericht mit Namenskürzel und Datum sowie Uhrzeit vermerkt werden. Bei Versand per E-Mail genügt das Nichtvorliegen einer Fehlermeldung als Nachweis des Zugangs nicht; erforderlich ist vielmehr eine Lesebestätigung (OLG Koblenz, Beschluss vom 21.4.2020, 3 U 1895/19).

6 Zusammenfassung

Nur Mühe allein beim Baustellenschriftverkehr genügt nicht. Entscheidend ist vielmehr, dass den inhaltlichen Anforderungen in der vorgesehenen Form sowie rechtzeitig und gegenüber dem richtigen Empfänger genügt wird. Wer dann noch in der Lage ist, den Zugang zu beweisen, der bleibt!

5. Auflage

KIRSCH BAUM

Handbuch ZTV E-StB

Kommentar und Kompendium
Erdbau – Felsbau – Landschaftsschutz
für Verkehrswege

Erweiterte und an das neue Regelwerk
ZTV E-StB 17 angepasste 5. Auflage

Rudolf Floss
5. Auflage 2019
680 Seiten, DIN B5, Hardcover
94,– € inkl. MwSt. und Versandkosten im Inland
ISBN 978-3-7812-2052-2

Weitere Infos/Online-Bestellung unter **www.kirschbaum.de**