

# NewsLetter

2009-6 Seite 1

Schäferstraße 7  
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06  
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de  
www.dr-schwertfeger.de

## Werkvertragsrecht

### Verzögerter Leistungsabruf

Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hatte in seinem Urteil vom 20. Februar 2009 (Az. 22 U 135/08) über einen vom Auftraggeber (AG) erheblich verzögerten Abruf der Leistung des Auftragnehmers (AN) zu entscheiden.

Der AN hatte sich mit VOB/B-Bauvertrag zu Lieferung und Einbau von Aufzugsanlagen verpflichtet. Das Material sollte Mitte August 2003 angeliefert werden, der Einbau sollte auf Abruf erfolgen, das Bauende war für April 2004 vorgesehen.

Im September 2003 lieferte der AN das Material für die Aufzugsanlagen auf die Baustelle und lagerte es dort ein, allerdings nicht in den dafür angebotenen abschließbaren Räumen. Dann stockte der Bau. Mit Schreiben vom 14. Januar 2005 forderte der AN den AG auf, bis 26. Januar 2005 Baufreiheit herzustellen. Im Februar 2005 wurde das Aufzugsmaterial auf der Baustelle gestohlen. Im April 2005 kündigte der AN den Bauvertrag mit dem AG. Eine Abnahme erfolgte nicht. Im September 2007 stellte der AN dem AG das gestohlene Material in Rechnung. Zu Recht!

Der AN war nach § 9 Nr. 1a VOB/B zur Kündigung berechtigt. Der AG verzögerte den vereinbarten Abruf der Leistung und war in Annahmeverzug. Auch wenn kein fester Termin für die Leistung bestimmt ist, bedeutet dies nicht, dass diese auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben werden kann. Es mag im Einzelfall schwierig sein zu bestimmen, wann der AG die

Leistung abzurufen hat (Fälligkeit des Abrufs); dabei sind am Bau häufig vorkommende Verzögerungen zu berücksichtigen. Vorliegend war die Leistung jedoch im Januar 2005 *jedenfalls* längst zum Abruf fällig.

Der AN durfte nach § 9 Nr. 3 VOB/B seine bisherigen Leistungen abrechnen, also insbesondere das von ihm gelieferte Material, auch wenn dieses zwischenzeitlich gestohlen worden war. Denn der AG befand sich im Zeitpunkt des Diebstahls in Annahmeverzug (§ 644 BGB), und zwar trotz der unzureichend gesicherten Einlagerung. Da zur Bewirkung der Leistung des AN erforderlich war, dass der AG Baufreiheit schafft, genügte für den Annahmeverzug ein sog. *wörtliches* Angebot (§ 295 BGB) des AN, welches in dessen Schreiben vom 14. Januar 2005 liegt; der AN musste also ausnahmsweise kein sog. *tatsächliches* Angebot vornehmen (§ 294 BGB), also quasi mit dem Schraubenschlüssel in der Hand auf der Baustelle erscheinen.

Die grundsätzlich auch beim gekündigten Werkvertrag (für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs) erforderliche Abnahme war hier ausnahmsweise entbehrlich, da der AN noch nicht einmal einen Teileinbau vorgenommen hatte; es gab also kein abnahmefähiges Teilwerk.

### Praxishinweise

Neben § 9 VOB/B gab hier auch § 6 Nr. 7 VOB/B dem AN ein Kündigungsrecht.

# NewsLetter

2009-6 Seite 2

Nach § 9 Nr. 2 VOB/B ist nach Fristablauf die Kündigung noch (schriftlich) auszusprechen; allein der Fristablauf führt hier - anders als im BGB-Vertrag (§ 643 S. 2 BGB) - noch nicht zur Vertragsaufhebung.

Das OLG sah es hier als ausreichend an, wenn der AN im Rahmen von § 9 Nr. 3 VOB/B zwar keine Urkalkulation vorlegte, jedoch seinen Vergütungsanspruch nach Aufgliederung der vertraglich vereinbarten Pauschalvergütung in Materialkosten Aufzüge, Montagekosten (Material und Stundenlöhne) und Gewährleistungsrückstellungskosten durch Abzug der Montagekosten sowie der Kosten der Gewährleistungsrückstellung von der Pauschalvergütung ermittelte. Grund dafür war, dass der AG als Bauunternehmen sachkundig war, die Leistung des AN aus einer überschaubaren Anzahl von Leistungspositionen bestand und der Preis der Aufzugsanlagen im Wesentlichen durch die Herstellungskosten der Anlagen und die Personalkosten des Einbaus bestimmt wurde.

Der sicherste Weg ist es demgegenüber, nachträglich Leistungspositionen zu bilden, die der Differenzierung eines Einheitspreisvertrages entsprechen.

RA Dr. Christian Schwertfeger

## Werkvertragsrecht

### Unterzeichnung von Montageberichten

Das Kammergericht (KG) hat mit Urteil vom 20. März 2009 (Az. 7 U 161/08) bekräftigt, dass die Unterzeichnung von Montageberichten des Auftragnehmers (AN) durch den mit umfassender Vollmacht ausgestatteten Vertreter des Auftraggebers (AG) im Allgemeinen ein deklaratorisches

Schuldanerkenntnis für die darin aufgeführten Stundenlohnarbeiten und Materialien enthält.

Im entschiedenen Fall hatte der ausdrücklich mit umfassender Vollmacht ausgestattete Bekannte des AG die Montageberichte des AN abgezeichnet. Das KG bekräftigte den Grundsatz, dass vom AG unterschriebene Stundenlohnzettel ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis enthalten mit der Folge, dass sich die Beweislast umkehrt, so dass nunmehr der AG darlegen und beweisen muss, dass die Angaben auf den Zetteln unzutreffend sind. Außerdem muss der AG darlegen und beweisen, dass er dies bei Unterzeichnung der Stundenlohnzettel weder wusste noch damit rechnen konnte. Zum Nachweis der Unrichtigkeit der Stundenlohnzettel hat der AG dabei darzulegen und zu beweisen, welche *konkreten einzelnen* Stunden nicht erbracht worden oder nicht erforderlich gewesen sein sollen.

Unerheblich ist, dass der Bekannte des AG die Montageberichte „zwischen Tür und Angel“ oder „blind“ unterzeichnete. Wer eine Erklärung in dem Bewusstsein abgibt, den Inhalt nicht zu kennen, hat noch nicht einmal ein Recht zur Anfechtung.

### Praxishinweise

Anders ist es, wenn der Architekt des AG die Schlussrechnung des AN prüft. Diese Prüfung hat grundsätzlich keine Anerkenntniswirkung, weil es sich nicht um eine Willens-, sondern um eine Wissenserklärung handelt. Denn der Architekt ist im Allgemeinen nicht mit umfassenden Vollmachten des AG ausgestattet. Er hat daher auch nicht den Willen, eine rechtsgeschäftliche Erklärung im Sinne eines Anerkenntnisses für den AG abzugeben.

RA Dr. Christian Schwertfeger