

# NewsLetter

2010-4 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

### Leistungsverweigerung vor Preisvereinbarung

In dem vom Oberlandesgericht (OLG) Köln mit erst jetzt veröffentlichtem Urteil vom 14. November 2008 (Az. 19 U 54/08) entschiedenen Fall hatte sich der Auftragnehmer (AN) durch VOB/B-Vertrag zu Herstellung und Lieferung einer speziellen Schellenkonstruktion zur Befestigung zweier über 5 km langer Druckabwasserrohre in einem Tunnel verpflichtet.

Vertraglich waren zunächst sog. Gleitschellen vorgesehen. Nach entsprechenden Hinweisen des Rohrlieferanten darauf, dass die Rohre Schubgesichert werden müssten, um ein Auseinanderdriften zu verhindern, ordnete der Auftraggeber (AG) sog. Festpunktschellen an.

Für die ursprüngliche Leistung hatten die Parteien eine Vergütung von gut einer Mio. € netto vereinbart. Für die geänderte Leistung legte der AN ein NT-Angebot über knapp weitere eine Mio. € netto vor und erklärte, dass er die Schellenproduktion bis zu einer verbindlichen Vereinbarung über die Höhe der Vergütung ruhen lassen werde.

Der AG erklärte dazu, dass er die geänderte Leistung beauftrage und einen Mehrvergütungsanspruch des AN dem Grunde nach anerkenne, jedoch ausdrücklich nicht den vom AN genannten Preis.

Nachdem der AN daraufhin an seiner Leistungsverweigerung festhielt, kündigte der AG den

Bauvertrag und verlangte Erstattung seines Mehraufwandes für die Ersatzbeschaffung in Höhe von über 1,6 Mio. €.

Aus dem hier stark vereinfacht dargestellten Urteil sollen nur folgende Feststellungen des Gerichts wiedergegeben werden:

Nach § 1 Nr. 3 VOB/B sei der AN verpflichtet, geänderte Leistungen auszuführen. Nach § 1 Nr. 4 VOB/B sei der AN verpflichtet, zusätzliche erforderliche Leistungen auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist.

Verlange der AG in diesem Sinne eine geänderte bzw. zusätzliche Leistung, dürfe der AN die Ausführung nicht davon abhängig machen, dass der AG ihm gleichzeitig auch eine entsprechende geänderte bzw. Mehrvergütung zusteht, denn gemäß § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B sei die vorherige Vereinbarung einer Vergütung nicht zwingend erforderlich. Im Übrigen berechtigten Streitigkeiten gemäß § 18 Nr. 4 VOB/B nicht zur Einstellung der Arbeiten. Dem Auftragnehmer erwachse also daraus kein Zurückbehaltungsrecht.

### Praxishinweise

Der AN darf die Leistung also nicht wegen fehlender Einigung über die geänderte bzw. zusätzliche Vergütung verweigern.

Eine Ausnahme gilt dann, wenn der AG die Zahlung der geänderten bzw. zusätzlichen Vergü-

# NewsLetter

2010-4 Seite 2

tung bereits dem Grunde nach unberechtigt endgültig und ernsthaft ablehnt.

Eine Ausnahme gilt ferner dann, wenn gar kein Fall von § 1 Nr. 3 VOB/B vorliegt, wenn also der AG keine geänderte Leistung, sondern eine völlige Neuplanung anordnet; oder wenn gar kein Fall von § 1 Nr. 4 VOB/B vorliegt, wenn es sich also um eine zusätzliche, aber nicht „zur Ausführung der vertraglichen Leistung *erforderliche*“ Leistung handelt. In solchen Fällen besteht mangels vertraglicher Bindung keine Leistungspflicht des AN, so dass er die Leistung verweigern oder von der Vereinbarung einer bestimmten Vergütung abhängig machen darf.

Wenn der AN die Leistung hingegen zu Unrecht verweigert, darf der AG den Bauvertrag nach Fristsetzung mit Kündigungsandrohung kündigen (§ 8 Nr. 3 i. V. m. § 5 Nr. 4 VOB/B) oder im Ausnahmefall sogar fristlos kündigen (§ 242 BGB). Eine solche Kündigung ist wie stets mit erheblichen (Prozess-) Risiken für beide Seiten verbunden.

RA Dr. Christian Schwertfeger

## Prozessrecht

### „OK“-Vermerk bei Telefax

Nun hat sich auch das Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt a. M. in seinem Urteil vom 5. März 2010 (Az. 19 U 213/09) mit der Aussagekraft des „OK“-Vermerks bei Versendung eines Telefax' beschäftigt und kam dabei zu folgender Auffassung:

Zwar begründe der „OK“-Vermerk im Sendebericht nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes keinen Beweis des ersten Anscheins hinsichtlich des Zugangs am Faxgerät des Empfängers. Jedoch sei zweifelhaft, ob diese Auffassung den heutigen technischen Gegeben-

heiten noch gerecht wird. Der „OK“-Vermerk im Sendebericht beweise das Zustandekommen der Verbindung mit der Gegenstelle. Dann dürfe jedoch generell davon ausgegangen werden, dass die Faxübertragung im Speicher des empfangenden Gerätes angekommen ist.

Wolle der Empfänger den Zugang bestreiten, habe er vorzutragen (sog. sekundäre Darlegungslast), welchen Faxgerätetyp er besitzt, ob die Verbindung im Speicher enthalten ist (oder ob es zu Störungen gekommen ist) und ob und auf welche Weise er eine Dokumentation des Empfangsjournals führt. Denn moderne Faxgeräte dokumentierten den Zugang im Speicher, und deshalb sei eine Überprüfung des Empfangs anhand des Speichers möglich.

### Praxishinweise

Noch im letzten NewsLetter (2010-3) hatte ich Ihnen ein Urteil des OLG Brandenburg vorgestellt, welches der Ansicht war, der „OK“-Vermerk im Sendebericht eines Faxgerätes liefere *keinen* Beweis oder auch nur Anscheinsbeweis für den Zugang des Telefax'.

Das OLG Frankfurt a. M. ist nun abweichender Ansicht. Interessant sind dabei auch die weiteren Ausführungen des Gerichts, wonach der Zugang des Telefax' als zugestanden anzusehen sei, weil der Empfänger den Zugang nur einfach und nicht qualifiziert bestritten hatte. Das gibt Anlass zu folgendem grundsätzlichen Hinweis:

Will eine Partei den Vortrag der Gegenpartei im Prozess bestreiten, so hat dieses Bestreiten umso ausführlicher zu erfolgen, je ausführlicher die Gegenpartei vorgetragen hat. Deshalb ist häufig der schlichte Vortrag „... wird bestritten“ nicht ausreichend und daher unbeachtlich!

RA Dr. Christian Schwertfeger