



## Rechtsrätsel des Monats Mai

### Die Verjährung von Nachtragsforderungen

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.11.2007 - 21 U 256/06

Ein Auftraggeber beauftragt einen Unternehmer mit der Erbringung von Bauarbeiten auf einem Grundstück. Zwischen den Parteien ist die VOB/B vereinbart. Der Bauunternehmer rechnet die Werklohnforderung ab. Aufgrund von Streitigkeiten zwischen den Parteien kommt es zu einem Rechtsstreit. Der Bauunternehmer führt bereits in der Klage aus, dass noch aus Nachträgen Forderungen bestünden. Diese Ansprüche bezieht er in die Klageforderung allerdings nicht mit ein, sondern rechnet diese erst später ab und macht sie im Wege der Klageerweiterung im Termin zur mündlichen Verhandlung geltend. Zu diesem Zeitpunkt wären die Ansprüche aus der Hauptforderung, das heißt aus der Schlussrechnung bereits verjährt. Bezüglich dieser Ansprüche war die Verjährung lediglich durch die Erhebung der Klage gehemmt.

Der Auftraggeber erhebt daher bezüglich der Nachtragsforderung die Einrede der Verjährung. Der Unternehmer ist der Auffassung, dass die Verjährungsfrist erst mit Abrechnung der Nachträge zu laufen begonnen habe und nicht bereits mit Stellung der Schlussrechnung.

Die Lösung finden Sie unter

[www.raetsel.heinicke.com](http://www.raetsel.heinicke.com).

### Urteile

#### Rückforderung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung

BGH, Urteil vom 14.01.2010 - VII ZR 108/08

Der Auftraggeber hatte den Auftragnehmer mit der Erstellung eines Wohnhauses beauftragt. Aufgrund dessen, dass Mängel auftraten, forderte der Auftraggeber den Auftragnehmer unter Fristsetzung auf, diese Mängel zu beseitigen. Nachdem der Auftragnehmer nicht reagierte, machte der Auftraggeber gegen ihn einen Kostenvorschuss zur Beseitigung der Mängel in Höhe von 37.600 € geltend. Die Mängelbeseitigung wurde

aber nicht sofort begonnen. Der Bauherr beauftragte vielmehr erst nach Ablauf von 8 Monaten einen Architekten damit, die Mängelbeseitigungsarbeiten zu veranlassen. Die Vergabe an die Handwerksunternehmen erfolgte schleppend. Etwa drei Jahre später waren die Arbeitnehmer noch nicht abgeschlossen. Die bis dahin tätigen Handwerker hatten bis zu diesem Zeitpunkt 35.650 € in Abrechnung gestellt.

Der Auftragnehmer nahm den Auftraggeber klageweise auf Rückzahlung des Vorschusses in Anspruch. Er führte aus, dass ein Kostenvorschuss zeitnah, längstens innerhalb einer Frist von etwa eineinhalb Jahren abgerechnet werden müsse, d.h., dass die Mängelbeseitigungsarbeiten kurzfristig und zügig in Auftrag gegeben werden müssten. Allein die Tatsache, dass der Bauherr sich wesentlich länger Zeit gelassen habe, führe dazu, dass der Kostenvorschuss in vollem Umfang zurückbezahlt werden müsse. Das Oberlandesgericht hatte dem Auftragnehmerrecht gegeben.

Der BGH hob diese Entscheidung jedoch auf und wies die Klage ab. Er führte aus, dass es zwar zutreffend sei, dass ein geleisteter Kostenvorschuss zur Beseitigung der Mängel verwendet werden müsse und nach Abschluss der Mängelbeseitigungsarbeiten auch abgerechnet werden müsse. Dies müsse jedoch nicht zwingend innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen. Ein Kostenvorschuss sei nur dann zurückzuerstatten, wenn feststeht, dass die Mängelbeseitigung nicht mehr durchgeführt wird. Denn nur wenn dies feststehe, entfalle die Grundlage dafür, dass der Auftraggeber den Kostenvorschuss behalten darf. Beweispflichtig dafür, dass die Absicht den Mangel zu beseitigen nicht mehr besteht, ist jedoch der Auftragnehmer. Da vorliegend feststehe, dass die Mängel tatsächlich beseitigt werden sollen, sei die Klage nicht begründet.

Allerdings sei die Mängelbeseitigung innerhalb einer angemessenen Frist durchzuführen. Starre Fristen gebe es jedoch dazu nicht. Welche Frist angemessen sei, bestimme sich nach den Umständen des Einzelfalls. Hierbei kommt es zum Beispiel darauf an, ob es sich um einen erfahrenen Bauherren handelt oder um einen Laien.



Selbst wenn aber die angemessene Frist abgelaufen sei, führe dies noch nicht zwangsläufig zu einem Rückzahlungsanspruch durch den Unternehmer. In diesem Fall sei auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen. Wenn zu diesem Zeitpunkt feststeht, dass der Vorschuss mittlerweile, gegebenenfalls auch seit Einreichung, verbraucht ist oder aber in absehbarer Zeit verbraucht wird, könne ein Rückforderungsanspruch ebenfalls ausscheiden.

### **Beweislast bei Regiearbeiten**

BGH, Urteil vom 28.5.2009, Az VII ZR 74/06

Der Auftraggeber hatte den Auftragnehmer mit der Erbringung von Regiearbeiten beauftragt. Nach Rechnungsstellung kommt es zwischen den Beteiligten zum Streit darüber, ob die abgerechneten Regiestunden tatsächlich ausgeführt wurden und ob die ausgeführten und aufgewandten Regiestunden überhaupt erforderlich waren, um die Regiearbeiten auszuführen.

Anlässlich dieses Falles hatte der BGH hier zu einige grundlegende Ausführungen zur Verteilung der Beweislast in diesen Fällen gemacht:

Zunächst hat der BGH festgestellt, dass der Auftragnehmer nur die Zahl der von ihm aufgewandten Stunden darlegen und beweisen muss. Ist nicht verpflichtet im einzelnen darzulegen, welche Tätigkeiten er konkret zu welchen Zeiten ausgeführt hat. Er muss auch nicht zuordnen, für welche Tätigkeiten er welchen Zeitaufwand hatte. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Parteien bei Auftragserteilung ausdrücklich vereinbart haben, dass die Abrechnung des Auftragnehmers diesen Anforderungen genügen muss, also eine detaillierte Darlegung im vorgenannten Sinne enthalten muss.

Wendet der Auftraggeber ein, die aufgewandten Stunden seien für die erbrachte Leistung zu hoch, und die Arbeiten hätten bei wirtschaftlicher Betriebsführung in wesentlich kürzerer Zeit erbracht werden können und müssen, so muss der Auftraggeber sämtliche Umstände nachweisen, aus denen sich der unwirtschaftliche Aufwand ergibt. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber, auch wenn an seinen Sachvortrag keine allzu hohen Anforderungen nach der Rechtsprechung zu stellen sind, wohl zumindest die Arbeiten im einzelnen vortra-

gen muss, die er zur Ausführung beauftragt hat, zumindest die Massen, die auszuführen waren, in etwa schätzen muss, insgesamt also möglichst spezifiziert den Umfang der durchzuführenden Leistung darlegen muss. Ferner muss er darstellen, dass diese Leistung in kürzerer Zeit hätte erbracht werden müssen, wenn betriebswirtschaftlich sinnvoll gewirtschaftet worden wäre.

Soweit der Auftraggeber nicht nachvollziehen kann, welche konkreten Leistungen der Auftragnehmer erbracht hat, für die er den entsprechenden Stunden Aufwand abgerechnet, so trifft den Auftragnehmer bezüglich der Darstellung des Umfangs der von ihm erbrachten Leistung zumindest eine so genannte sekundäre Darlegungslast.

Ob die Unterzeichnung von Regiezetteln ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis darstellt, wurde vom BGH nicht entschieden. Diese Frage ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten.

### **Arbeitsvertragliche Klausel zur Überstundenvergütung**

BAG Urteil vom 1.9.2010, Aktenzeichen 5 AZR 517/09

In einem Arbeitsvertrag war folgende Klausel enthalten:

*"Erforderliche Überstunden sind mit dem Monatsgehalt abgegolten."*

Ferner waren dort diverse Klauseln enthalten, wann Überstunden zu leisten sind.

Der Arbeitgeber hat ein Arbeitszeitkonto geführt, welches zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch ein Guthaben zu Gunsten des Arbeitnehmers von über 100 Stunden hatte. Der Arbeitnehmer erhob Klage auf Überstundenvergütung.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung festgestellt, dass dem Arbeitsvertrag enthaltene Klausel unwirksam ist. Zwar kann eine Überstundenvergütung durch das Monatsgehalt abgegolten sein, jedoch müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein:



Zum einen muss deutlich und transparent sein, in welchem Umfang konkret Überstunden zu leisten sind, ohne dass hierfür eine zusätzliche Vergütung bezahlt wird.

Zum anderen darf der Rahmen der Überstunden nicht unangemessen hoch sein. Es ist daher zulässig zu vereinbaren, das bis zur gesetzlich festgelegten Höchstarbeitszeit erbrachte Überstunden durch das Gehalt abgegolten sind. Darüber hinausgehende Überstunden sind jedenfalls gesondert zu vergüten. Die gesetzliche Höchstarbeitszeit beläuft sich auf 48 Stunden pro Woche.

Das Gericht hat insbesondere darauf abgestellt, dass die arbeitsvertragliche Regelung so eindeutig konkretisiert sein muss, dass der Arbeitnehmer ohne weiteres erkennen kann, in welchem Umfang er Überstunden ohne gesonderte Vergütungsansprüche erbringen muss. Ist die Formulierung zweifelhaft oder nicht eindeutig verständlich, so ist sie wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot und damit wegen Verstoßes gegen die gesetzlichen Bestimmungen über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam. Diese Unwirksamkeit führt dazu, dass der Arbeitnehmer Vergütung für jede über die Regelarbeitszeit hinausgehende Tätigkeit verlangen kann.

#### **Werbung als Ghostwriter für Doktorarbeiten**

Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 08.02.2011, Aktenzeichen 20 U 116/10

Im vorliegenden Fall hatte der Beklagte auf seiner Internetseite damit Werbung betrieben, dass er sich als Marktführer bezeichnete in einem Bereich, in dem er als Ghostwriter für die Erstellung von Doktorarbeiten aufgetreten war. Er verlangte hierfür einen Betrag zwischen 10.000 € und 20.000 €. Gleichzeitig wies er darauf hin, dass er diese Arbeiten nur zu Übungszwecken verwendet werden dürften und nicht als eigene schöpferische Leistung, insbesondere nicht als Promotionsarbeit verwendet werden dürften.

Der Kläger, der selbst als Ghostwriter für wissenschaftliche Dienste und Institutionen tätig ist, nahm den Beklagten auf Unterlassung dieser Werbung in Anspruch.

Das Gericht gab dem Kläger recht. Die Werbung zielt auf ein rechtswidriges Verhalten ab. Der Hinweis, dass die Arbeiten nicht als eigene wissenschaftliche Arbeit für Promotionen verwendet werden dürfen, sei ersichtlich nicht ernst gemeint, insbesondere bei den vorliegend verlangten Beträgen. Niemand gebe für eine Übungsarbeit derartige Beträge aus. Vorliegend habe der Beklagte auch ausschließlich für diese Tätigkeiten geworben, so dass er schon insoweit nicht zu den Marktführern für wissenschaftliche Arbeiten zählen könne.

#### **Anspruch auf Löschung einer Bewertung im Internet**

AG München, Urteil vom 16.12.2009, AZ 142 C 18225/09

Im vorliegenden Fall hatte ein gewerblicher Anbieter bei eBay ein Notebook versteigert. Er behauptete, diese sei aus seinem Privatbesitz.

Als der Erwerber das Notebook abholen wollte und insbesondere die Zahlung über den Treuhandservice von eBay abwickeln wollte, lehnte der Verkäufer dies ab und drohte für den Fall, dass der Käufer eine negative Bewertung über ihn abgebe, mit der Einschaltung eines Anwalts.

Daraufhin hat der Käufer in seiner Bewertung den Sachverhalt dargestellt und auch darauf hingewiesen, dass der Verkäufer sofort mit der Einschaltung des Anwalts gedroht habe.

Der Verkäufer verklagte daraufhin den Käufer auf Beseitigung dieser Kritik aus dem Internet.

Das Amtsgericht München hatte in diesem Fall die Klage abgewiesen.

Es führte hierzu aus, dass vorliegend die Ansprüche des Klägers auf den ungestörten Betrieb seines Gewerbebetriebs abzuwägen seien gegen den Anspruch des Beklagten auf seine freie Meinungsäußerung. Im Rahmen dessen sei es zulässig, auch Kritiken zu veröffentlichen, soweit diese keine Unwahrheiten, Schmähungen oder Beleidigungen enthalten. Beschränken sich die Inhalte auf korrekte Tatsachenbehauptungen und rein wertende Darstellungen, könne eine Unterlassung nicht verlangt werden.



Das Gericht hat sich in seiner Entscheidung noch ausführlich mit der Frage befasst, ob und inwieweit die Behauptungen der Wahrheit entsprachen und ob und inwieweit die veröffentlichte Kritik sachlich gerechtfertigt war.

Wir halten diese Entscheidung für richtig. Diese steht aus unserer Sicht auch in Übereinstimmung mit der obergerichtlichen Rechtsprechung. Eine Unterlassung kann nur verlangt werden, wenn Unwahrheiten veröffentlicht werden oder wenn eine Kritik unsachlich ist. Ist dies nicht der Fall, so hat jeder, der sich des Internets zum Vertrieb seiner Waren bedient, auch derartige sachliche und der Wahrheit entsprechende Kritiken hinzunehmen.

#### **Die stillschweigende (konkludente) Abnahme** BGH, Beschluss vom 27.01.2011 - VII ZR 175/09

Die Abnahme ist ein zentrales Thema im Bauvertrag. An sie sind viele rechtliche Folgen geknüpft. Ein wesentlicher Punkt ist der Beginn der Gewährleistungsfrist. Häufige ranken sich Rechtsstreitigkeiten daher um die Frage, ob eine Abnahme erfolgt ist oder nicht.

Wenn keine ausdrückliche Abnahme erfolgt ist, wird häufig eingewandt, die Abnahme sei zumindest stillschweigend, d.h. konkludent dadurch erfolgt, dass irgendeine Handlung vorgenommen wurde, aus der geschlossen werden kann, dass die Abnahme erfolgt ist.

Strittig war bisher, ob man auch dann von einer konkludenten Abnahme ausgehen kann, wenn das Werk sich noch gar nicht in einem Zustand befindet, der für eine Abnahmereife erforderlich ist.

Dieses Thema ist nunmehr durch den BGH abschließend entschieden worden. Der BGH hat in der oben zitierten Entscheidung im Rahmen der Prüfung einer Nichtzulassungsbeschwerde den Grundsatz aufgestellt, dass eine konkludente Abnahme nur dann in Betracht kommt, wenn die Leistung vollständig erbracht worden ist. Dies bedeutet demnach, dass eine konkludente Abnahme voraussetzt, dass Abnahmereife besteht, d.h., dass das Werk im wesentlichen vertragsgerecht

hergestellt ist. Ist dies nicht der Fall, wird regelmäßig die konkludente Abnahme ausscheiden.

#### **Wirkung eines Verhandlungsprotokolls und von Baustellenprotokollen**

BGH, Urteil vom 27.01.2011 - VII ZR 186/09

Zwischen den Parteien eines Rechtsstreits war ein Werkvertrag geschlossen worden. Im Nachgang zu dem Vertragsabschluss wurden weitere Verhandlungen über den Inhalt des Vertrags geführt. Zu diesen Verhandlungen sandte der Auftraggeber eine Person, die von ihm nicht bevollmächtigt war, irgendwelche Erklärungen abzugeben.

In der Verhandlung wurden gleichwohl diverse Vereinbarungen getroffen. Der Repräsentant des Auftraggebers trat in diesen Verhandlungen wie ein Bevollmächtigter auf, obwohl er keine Vollmacht hatte. Im Anschluss an diese Verhandlung erstellte der Repräsentant des Auftraggebers ein Verhandlungsprotokoll und versandte dies an alle Beteiligten, insbesondere auch an den Auftraggeber.

Im anschließenden Prozess berief sich der Auftraggeber darauf, sein Repräsentant sei nicht bevollmächtigt gewesen, für ihn Erklärungen abzugeben. Die vom Vertrag abweichenden Vereinbarungen seien daher nicht wirksam.

Dem widersprach der BGH. Sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer seien Kaufleute gewesen, so dass die Grundsätze des kaufmännischen Handelsgeschäfts auf sie anwendbar gewesen seien. Zwischen Kaufleuten gibt es die Möglichkeit, eine vertragliche Absprache durch ein so genanntes kaufmännisches Bestätigungsschreiben festzuhalten. Wird ein derartiges kaufmännisches Bestätigungsschreiben versandt, so ist der Vertragspartner verpflichtet, dem Inhalt eines derartigen Schreibens zu widersprechen, wenn dieser unzutreffend ist. Der Widerspruch muss unverzüglich erfolgen. Erfolgt der Widerspruch nicht, werden die vertraglich getroffenen Vereinbarungen, die in dem Bestätigungsschreiben enthalten sind, wirksam.

Der BGH führte aus, dass diese Voraussetzungen vorliegend gegeben sind. Das versandte Verhand-



lungsprotokoll habe die Qualität eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens mit der Folge, dass der Inhalt dieses Schreibens vorliegend wirksam geworden ist, weil der Auftraggeber diesem Inhalt nicht widersprochen hat.

Diese Entscheidung hat aus unserer Sicht sehr weit reichende Folgen. Diese Konsequenzen gelten nämlich auch bei Jour-Fix-Protokollen, die den Inhalt von Besprechungen wiedergeben. Auch dieser wird für die Beteiligten verbindlich, wenn dem Inhalt nicht unverzüglich widersprochen wird. Dies bedeutet für die Auftragnehmer, dass diese dringend derartige Protokolle auf ihre inhaltliche Richtigkeit hin überprüfen müssen und für den Fall, dass die Protokolle inhaltlich unrichtig sind, sofort und ohne schuldhaftes Zögern dem Inhalt widersprechen müssen.

Dies bedeutet aber auch, dass es in der Hand des Auftragnehmers liegt, getroffene Absprachen dadurch verbindlich zu machen, dass er diese Absprachen im Rahmen eines Bestätigungsschreibens gegenüber dem Auftraggeber bestätigt. Die Bestätigung muss aber an den Auftraggeber selbst gesandt werden, nicht an den Architekten, bei der Architekt in der Regel nicht bevollmächtigt ist, den Bauherrn zu vertreten. Außerdem muss dafür Sorge getragen werden, dass der Zugang nachgewiesen wird.

Wichtig ist dies auch für auf der Baustelle oder in Besprechungen erteilte Nachträge. Dies gilt namentlich dann, wenn derartige Nachträge vom Architekten angeordnet werden, ohne dass ein schriftlicher Auftrag des Auftraggebers vorliegt. Derartige Nachtragsetteilungen sollten daher vom Auftragnehmer unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber schriftlich bestätigt werden. Widerspricht der Auftraggeber diese Bestätigung nicht, wird man über die Auftragserteilung bezüglich des Nachtrags selbst nicht mit diskutieren können.

Wichtig ist aber zu beachten, dass diese Grundsätze nur dann gelten, wenn der Auftraggeber selbst auch Kaufmann ist. Ist der Auftraggeber eine Privatperson, gelten für ihn die Grundsätze des kaufmännischen Handelsrechts nicht. Dann entfalten auch derartige Schreiben keinerlei Wirkung.

### **Eine einmal fälligen Schlussrechnung bleibt fällig**

BGH, Urteil vom 27.01.2011 - VII ZR 41/10

Der BGH hat in einer Reihe von Entscheidungen festgestellt, dass eine nicht prüfbare Schlussrechnung gleichwohl zur Zahlung fällig wird, wenn der Auftraggeber die mangelnde Prüfbarkeit nicht binnen einer Frist von 2 Monaten gerügt.

Im vorliegenden Fall war eine nicht prüfbare Schlussrechnung erstellt worden. Eine Rüge der mangelnden Prüfbarkeit wurde innerhalb der Frist von 2 Monaten nicht erhoben.

Geraume Zeit später erstellte der Auftragnehmer eine weitere Schlussrechnung, die wiederum nicht prüfbar war. Nunmehr rügte der Auftraggeber binnen der Frist von 2 Monaten, dass die Rechnung nicht prüfbar sei.

Fraglich war, ob die Klage mangels Prüfbarkeit der Rechnung abzuweisen war oder ob die Prüfung zu erfolgen hatte, ob die Rechnung sachlich richtig ist.

Der BGH hat in dieser Entscheidung festgestellt, dass die ursprüngliche Rechnung mangels Rüge innerhalb der zweimonatigen Frist zur Zahlung fällig geworden ist. Hieran ändert sich auch nichts dadurch, dass nachträglich eine weitere, ebenfalls nicht prüfbare Schlussrechnung erstellt wurde und dass innerhalb der Frist von 2 Monaten dann die Rüge der mangelnden Prüfbarkeit erhoben wurde. Dies bedeutet, dass durch eine weitere Schlussrechnung nicht mehr die Wirkungen der 1. Schlussrechnung herbeigeführt werden. Eine einmal fällige Schlussrechnung bleibt fällig und zwar auch dann, wenn eine weitere Schlussrechnung gestellt wird, unabhängig davon, ob diese weitere Schlussrechnung prüfbar ist oder nicht und für sich selbst gesehen allein die Fälligkeit der Forderung herbeigeführt hat.

Aus diesem Grunde war im vorliegenden Fall über die Richtigkeit der gestellten Rechnung unabhängig von deren Prüfbarkeit zu entscheiden.