

## Rundbrief 53 – Kündigungsprobleme

Wer einen Vertrag kündigt, spielt mit dem Feuer, denn wann eine Kündigung begründet ist, ist rechtlich problematisch.

Nachfolgend spreche ich verschiedene Kündigungen und die damit verbundenen Risiken an.

### 1. Fremdnachbesserung:

*BGH Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13* stellt klar, dass der Besteller Mängelrechte, zu denen auch das Selbstbeseitigungsrecht gehört, **grundsätzlich** erst nach der Abnahme des Werks mit Erfolg geltend gemacht werden kann.

Werden schon während der Ausführung der Arbeiten und vor deren Beendigung Mängel festgestellt und gerügt, was nach § 4 Abs. 7 VOB/B generell zulässig ist (Voraussetzung die VOB/B ist Vertragsinhalt geworden und wirksam vereinbart), kann das Selbstbeseitigungsrecht mit dem Anspruch auf Erstattung der Fremdnachbesserungskosten aber nur dann ausgeübt werden, wenn der Mangel gerügt worden ist unter gleichzeitiger Nennung einer angemessenen Frist, innerhalb derer die Mängelbeseitigung zu erfolgen hat und gleichzeitiger Androhung, dass nach Ablauf der Frist die Auftragsentziehung erfolgt, die gesetzte Frist abgelaufen ist **und dann der Vertrag auch gekündigt worden ist** (*BGH Urt. v. 02.10.1997 – VII ZR 44/97*).

### 2. Nachschieben von Gründen

Werden nach § 4 Abs. 7 VOB/B Mängel unter Fristsetzung mit Kündigungsandrohung gerügt und danach hat der AG noch weitere Mängel unter Fristsetzung mit Kündigungsandrohung gerügt und dann die Kündigung auf die mit dem letzten Schreiben genannten Mängel gestützt, ist der Anspruch auf Erstattung der gesamten Mängelbeseitigungskosten aller Mängel nur dann begründet, wenn zum Zeitpunkt des zweiten Mängelrückgeschreibens mindestens noch ein Mangel aus dem ersten Mängelschreiben **noch nicht behoben war**. Nach *BGH Beschluss v. 11.10.2017 – VII ZR 46/15* kann beim Nachschieben von Kündigungsgründen eine Kündigung nach § 8 Abs. 3, § 4 Abs. 3 i.V. m. § 4 Abs. 7 VOB/B nur dann als wirksam angesehen werden, wenn die in § 4 Nr. 7 VOB/B 2002 genannten Voraussetzungen im Zeitpunkt der Kündigung bereits oder noch vorlagen.

### 3. Unwirksamkeit der Kündigung nach § 8 Nr. 3, § 4 Nr. 7 VOB/B und deren Rechtsfolgen

Hat der Auftraggeber den Vertrag gekündigt, ohne die Voraussetzungen nach § 4 Nr. 7 VOB/B eingehalten zu haben – einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bedarf es ausnahmsweise nicht, wenn der Auftragnehmer die vertragsgemäße Fertigstellung ernsthaft und endgültig verweigert – ist die Kündigung im Verhältnis zum Auftragnehmer gleichwohl wirksam, **jedoch wird die Kündigung nun in eine sogenannte freie Kündigung umgedeutet**. – *OLG Jena Urt. v. 10.02.2016 – 7 U 555/15; BGH Beschl. v. 16.05.2018 – VII ZR 53/16* –

**Dies hat zur Folge**, dass der Auftraggeber an den Auftragnehmer den vollen vereinbarten Werklohn, allerdings unter Abzug der ersparten Aufwendungen – zu zahlen hat,

und, wenn er die Mängel, die er zuvor gerügt hat, schon beseitigt hat, der Auftraggeber keinen Anspruch auf der Mängelbeseitigungskosten mehr geltend machen kann ( Verlust dieses Anspruchs ).

#### 4. Mängelrechte nach Auftragsentziehung:

Es stellt sich die Frage, welche Rechte bestehen zugunsten des Auftraggebers wegen der sonstigen Mängel, die nicht Gegenstand der unwirksamen Kündigung waren, aber an den erbrachten Leistungen vorhanden sind?

Nach der Entscheidung des *OLG Stuttgart, Urt. v. 03.03.2015 – 10 U 62/14; IBR 2015, 247* muss der Auftraggeber dem Auftragnehmer nach der Kündigung grundsätzlich Gelegenheit zur Nachbesserung geben, denn die Ansprüche des Auftraggebers bleiben wegen Mängeln des bis zur Kündigung erbrachten Teilwerks von der Auftragsentziehung unberührt.

#### 5. Behinderung, Recht zur Kündigung oder Leistungsverweigerung?

Nach dem Beschluss des *BGH v. 16.05.2018 – VII ZR 260/16*, mit dem eine Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des *OLG Dresden Urt. v. 27.09.2016 – 6 U 564/16 (IBR online 2018, 3502)* zurückgewiesen wurde, gilt:

- a. Wird der Auftragnehmer durch Umstände aus der Risikosphäre des Auftraggebers in der Ausführung eines Teils der Leistung behindert, berechtigt ihn das dazu nicht, seine Arbeiten insgesamt einzustellen.
- b. Stellt der Auftragnehmer seine Arbeiten auf unbestimmte Zeit ein, weil der Auftraggeber ein Nachtragsangebot nicht angenommen hat, kann der Auftraggeber den Bauvertrag aus wichtigem Grund kündigen, wenn die Nachtragsforderung unbegründet ist.

#### 6. Nachtragsstreitigkeiten:

Nachtragsstreitigkeiten berechtigen den Auftragnehmer zunächst einmal grundsätzlich **nicht zur Einstellung seiner Arbeiten.**

*Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn*

- a. Sich der Auftraggeber endgültig weigert, eine berechtigte Nachtragsforderung zu bezahlen - *BGH Urt. v. 24.06.2004 – VII ZR 271/01.*

Diese Entscheidung ist zu begrüßen, denn der Auftragnehmer sieht sich häufig in der Situation, eine angeordnete zusätzliche Leistung nach § 1 Nr. 4 VOB/B ohne Regelung über die Mehrvergütung auszuführen oder sich der Vertragskündigung auszusetzen. **Aber Vorsicht:** war die Nachtragsforderung unberechtigt, hat die Leistungsverweigerung aber schwerwiegende Folgen (vgl. oben Ziffer 5 b)

- b. Wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber ordnungsgemäß seine Bedenken mitgeteilt hat und der Auftraggeber auf die fachlich begründete Bedenken nicht eingeht und die vom Auftragnehmer erbetene Freistellung von der Gewährleistung ohne hinreichende Begründung ablehnt, obwohl die Anweisung zur Aufnahme der Arbeiten nur auf eine gegen die Regeln der Technik verstoßende Weise zu erbringen

ist und damit so gut wie sicher dies zu vorausehbaren Sach- bzw. Personenschaden führt bzw. zumindest fördert bzw. den Versicherungsschutz des Auftragnehmers wegen einer bewussten Pflichtverletzung gefährdet oder gar zu verlieren. (*OLG Düsseldorf, Urt. v. 02.03.2018 – 22 U 71/17; IBR 2018, 253*)

Erstellt 27.10.2018

Erk Winkelmann

Rechtsanwalt, Fachanwalt f. Bau- Architektenrecht. Notar a.D.