

AUFSÄTZE

1

Unwirksame Teilkündigung: Umdeutung in eine Gesamtkündigung?

von Prof. Thomas Karczewski, RA und FA für Bau- und Architektenrecht, Rembert Rechtsanwälte PartmbB, Hamburg

A. Einleitung

Nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn in den Fällen des § 4 Abs. 7 (mangelhafte bzw. nicht vertragskonformen Leistungserbringung) und Abs. 8 Nr. 1 (unerlaubte Leistungserbringung durch Nachunternehmer) sowie des § 5 Abs. 4 (verzögerte Leistungserbringung) die gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist. Die Kündigung kann auf einen „in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung“ beschränkt werden. Auch beim BGB-Werkvertrag ist gemäß § 648a Abs. 2 BGB eine Teilkündigung möglich; sie muss sich aber „auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks“ beziehen. Die unterschiedlichen Formulierungen deuten darauf hin, dass die Teilkündigung beim VOB-Vertrag und beim BGB-Werkvertrag unterschiedliche Voraussetzungen hat. Wird eine Teilkündigung ausgesprochen, die den oben genannten Anforderungen nicht genügt, stellt sich die Frage, ob die Kündigungserklärung in eine Kündigung des gesamten Vertrages (Gesamtkündigung) umgedeutet werden kann.

B. Die Rechtslage

Die Praxis zeigt, dass die Baubeteiligten den Begriff „in sich abgeschlossener Teil der vertraglichen Leistung“ bei der Teilkündigung nach § 8 Abs. 3 Nr.1 Satz 2 VOB/B eher als „abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks“ i.S.d. § 648a Abs. 2 BGB verstehen. So z.B., wenn der Auftraggeber eines VOB-Vertrages seine Kündigung wegen verzögerter Fertigstellung i.S.v. § 5 Abs. 4 VOB/B auf abgrenzbare Teile eines Gewerkes beschränkt und den Auftragnehmer die übrigen Leistungen des Gewerkes fertigstellen lässt¹. Oder wenn der Auftraggeber seine Kündigung wegen mangelhafter Leistung vor Abnahme gemäß § 4 Abs. 7 VOB/B auf den Teil der Leistung beschränkt, die den nicht beseitigten Mangel enthält und den Auftragnehmer mit dem Rest der vertraglichen Leistung fortfahren lässt². Das führt nach der geltenden Recht-

sprechung dazu, dass die ausgesprochene Kündigung nicht die beabsichtigten Rechtsfolgen hat³. Eine entsprechende Problematik kann auch bei einer Teilkündigung nach § 648a Abs. 2 BGB auftreten. Der „*abgrenzbare Teil der Leistung*“ im Sinne dieser Vorschrift ist jedoch weiter oder großzügiger gefasst, als der Begriff des „*in sich abgeschlossenen Teils der vertraglichen Leistung*“ gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B⁴. Für den „*abgrenzbaren Teil der Leistung*“ kommt es nur darauf an, dass die Vertragspartner den Leistungsanteil klar erfassen und von den vom Unternehmer noch zu erbringenden Leistungen unterscheiden können. Außerdem muss der von der Kündigung betroffene Unternehmer in der Lage sein, die geschuldeten (Rest-)Leistungen ohne Beeinträchtigung zu erbringen⁵. § 648a Abs. 2 BGB ist zudem erst mit der Baurechtsreform zum 01.01.2018 in Kraft getreten, so dass zu der hier behandelten Problematik – anders als zu § 8 Abs. 3 Nr.1 Satz 2 VOB/B – noch keine Rechtsprechung bekannt ist. Der Beitrag behandelt die Problematik daher anhand der VOB-Regelung.

I. Objektive Darstellung der Rechtslage

1. Begriff der „in sich abgeschlossenen Teile der vertraglichen Leistung“

Der BGH⁶ und ihm folgend die herrschende Meinung⁷ verstehen den in § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B verwendeten Begriff der „in sich abgeschlossenen Teile der vertraglichen Leistung“, entsprechend der Regelung in § 12 Abs. 2 VOB/B. Ein Begriff, der innerhalb eines AGB-Klauselwerks wie der VOB mehrfach verwendet wird, ist grundsätzlich für alle Klauseln gleichbedeutend. Dies ergibt sich einerseits aus den Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders der AGB und andererseits daraus, dass sich eine Auslegung in erster Linie am Wortlaut der Klausel orientiert. Die Ziele des § 12 Abs. 2 VOB/B strahlen deshalb auch auf den § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B aus, was zu einem engen Anwendungsbereich des Begriffs der „in sich abgeschlossenen Teile der Leistung“ führt, damit die Interessen des Auftraggebers gewahrt bleiben. Er soll bei der Teilabnahme davor geschützt werden, dass zusammengehörenden Leistungsteile nicht dadurch zergliedert werden, dass für sie unterschiedliche Abnahmewirkungen eintreten, wie z.B. unterschiedliche Gewährleistungsfristen oder Gefahrübergänge⁸. Vor diesem Hintergrund sieht der BGH⁹ Leistungsteile innerhalb eines Gewerks grundsätzlich nicht als abgeschlossen an, weil es ihnen regel-

mäßig an der Selbstständigkeit fehlt, die eine eigenständige Beurteilung der Teilleistung ermöglicht. Anders kann dies bei klarer räumlicher oder zeitlicher Trennung der Leistungsteile eines Gewerks zu beurteilen sein. Dabei kann eine ausreichende räumliche Trennung etwa dann angenommen werden, wenn die Leistungsteile an verschiedenen Bauwerken, etwa an mehreren zu errichtenden Häusern, zu erbringen sind.

2. Rechtsfolgen einer fehlerhaften Teilkündigung

Spricht der Auftraggeber eine Kündigung für Teile der Leistung aus, die nicht „in sich abgeschlossen“ sind, ist die Kündigungserklärung unwirksam und führt damit nicht zur Beendigung des Vertragsverhältnisses¹⁰. Der Auftragnehmer kann die Teilkündigung zurückweisen und die Arbeiten fortsetzen. Dies gilt insbesondere auch im Fall des § 4 Abs. 7 VOB/B i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B, wenn der Auftraggeber vor Abnahme nach vorheriger Fristsetzung zur Mängelbeseitigung mit Kündigungsandrohung die Kündigung auf den Teil der mangelhaften Auftragnehmerleistung beschränkt¹¹. Lässt der Auftraggeber die vermeintlich gekündigten Leistungen durch einen Drittunternehmer ausführen, macht er die Leistungserbringung für den Auftragnehmer unmöglich, § 275 BGB. Der Auftragnehmer hat gemäß § 326 Abs. 2 BGB einen Vergütungsanspruch¹². Dem Auftraggeber stehen hingegen keine Ansprüche nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B auf Schadensersatz und Fertigstellungsmehrkosten zu¹³. Lässt der Auftraggeber die Fortsetzung der Arbeiten durch den Auftragnehmer nicht zu, stellt dies eine erhebliche Pflichtverletzung dar, die den Auftragnehmer seinerseits zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt. Zusätzlich hat der Auftragnehmer gegen den Auftraggeber einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB in Höhe der vereinbarten Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen, abzüglich ersparter Aufwendungen und anderweitigem böswillig unterlassenen Erwerbs¹⁴. Dieser kann jedoch durch einen Mitverschuldensanteil nach § 254 Abs. 1 BGB reduziert sein, wenn die Kündigung des ganzen Vertrages gerechtfertigt war, weil der Auftragnehmer tatsächlich mangelhaft oder verzögert geleistet hat und die Kündigung nur deshalb unwirksam ist, weil der Auftraggeber sie auf einen nicht „in sich abgeschlossenen Teil der Leistung“ begrenzt hat¹⁵.

3. Umdeutung in eine Gesamtkündigung

Eine Umdeutung einer unwirksamen Teilkündigung soll zwar möglich sein¹⁶, wurde in den unterschiedlichen Fällen jedoch von der Rechtsprechung verneint, weil die Auftraggeber jeweils ausdrücklich zu erkennen gegeben haben, dass sie die Fortführung der Arbeiten an den nicht gekündigten Teilen der Leistung wünschten¹⁷, oder ein wichtiger Kündigungsgrund fehlte¹⁸.

II. Rechtliche Würdigung

Die Rechtsfolgen einer unwirksamen Teilkündigung sind für den Auftraggeber gravierend. Er hat deshalb an einer Umdeutung der fehlgeschlagenen Teilkündigung in eine Gesamtkündigung ein evidentes Interesse. Die Fälle, in denen eine solche Umdeutung in Betracht kommen könnte, dürften sich aber auf wenige Ausnahmen beschränken. Soweit darauf verwiesen wird, dass man für die Umdeutung einer unwirksamen Teilkündigung in eine wirksame Gesamtkündigung dieselben Grundsätze anzuwenden habe, die man im Zusammenhang mit der Umdeutung einer fehlgeschlagenen Kündigung aus wichtigem Grund in eine freie Kündigung entwickelt hat¹⁹, hilft dies nicht weiter. Zutreffend weisen BGH und das OLG Celle darauf hin, dass eine mögliche Umdeutung in eine Gesamtkündigung ausgeschlossen ist, wenn der Auftraggeber die Fortsetzung der Arbeiten an der nicht gekündigten Restleistung des Auftragnehmers ausdrücklich wünscht²⁰. Davon ist in der Regel auszugehen, da die Teilkündigung gerade eine Erklärung des Auftraggebers voraussetzt, auf welchen Teil der Leistung sich die Auftragsentziehung beschränken soll. Macht der Auftraggeber keine Angaben zu dem gekündigten Leistungsteil und hat er sich dazu in der Kündigungsandrohung auch nicht erklärt, ist seine Kündigungserklärung als wirksame Gesamtkündigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 VOB/B zu werten²¹. Eine Umdeutung wird auch ausscheiden, wenn der Auftraggeber die Fortsetzung der Arbeiten an den nicht abgeschlossenen Teilen der Leistung zwar nicht ausdrücklich wünscht, diese jedoch in Kenntnis duldet. Dies gilt auch, wenn der Auftraggeber nur die Teilkündigung androht²². Damit hat er sich auf die Teilkündigung beschränkt und kann sie nicht auf eine Gesamtkündigung erweitern. In Betracht könnte eine Umdeutung einer unwirksamen Teilkündigung in eine wirksame Gesamtkündigung zum Beispiel kommen, wenn der Auftraggeber nach vollständiger Fertigstellung der Auftragnehmerleistung und kurz vor deren Abnah-

me eine mangelhafte, nicht in sich abgeschlossene Teilleistung rügt, die Kündigung androht und ausspricht. Denkbar wären auch Fälle einer möglichen Umdeutung, wenn der Auftraggeber eine unwirksame Teilkündigung ausgesprochen hat, aber auf Nachfrage des Auftragnehmers ausdrücklich erklärt, dass er die Kündigung des gesamten Vertragsverhältnisses gemeint habe, oder der Auftraggeber nach einer unwirksam erklärten Teilkündigung von der Fortführung der Arbeiten des Auftragnehmers keine Kenntnis hat.

C. Auswirkungen für die Praxis

Aufgrund des oft falschen Verständnisses der Bau Beteiligten von dem Begriff der „in sich abgeschlossenen Teile der Leistung“ i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B empfiehlt es sich für den Auftraggeber, bei der Vertragsgestaltung die Teilkündigungsmöglichkeit dem Wortlaut des § 648a Abs. 2 BGB anzupassen – trotz der damit verbundenen AGB-rechtlichen Problematik. Ob allerdings ein mangelhafter Teil der Leistung von einem „abgrenzbaren Teil der Leistung“ i.S.v. § 648a Abs. 2 BGB erfasst ist, ist aber zweifelhaft. Deshalb sollte der Auftraggeber bei der Vertragsgestaltung auch die auf eine mangelhafte Leistung beschränkte Teilkündigungsmöglichkeit regeln.

Allgemein wird zwar von der Umdeutungsmöglichkeit einer unwirksamen Teilkündigung in eine wirksame Gesamtkündigung gesprochen. Tatsächlich dürfte dies nur in wenigen Ausnahmefällen in Betracht kommen. Der Auftraggeber sollte daher bei einer Teilkündigung genau prüfen, ob deren Voraussetzungen vorliegen. Gegebenenfalls kündigt er vorsichtshalber das gesamte Vertragsverhältnis und versucht, im Anschluss mit dem Auftragnehmer eine Vereinbarung über die Fortsetzung der Arbeiten zu treffen.

Urt. v. 13.06.2017 - 21 U 24/15; OLG Koblenz, Urt. v. 29.08.2013 - 6 U 965/12.

⁴ Jurgeleit in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher in Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 8. Teil Rn. 11.

⁵ BT-Drs. 18/8486, S. 51.

⁶ BGH, Urt. v. 20.08.2009 - VII ZR 212/07 Rn. 16.

⁷ OLG Koblenz, Urt. v. 29.08.2013 - 6 U 965/12; BGH, Beschl. v. 10.09.2015 - VII ZR 209 30/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); OLG Celle, Urt. v. 27.02.2019 - 7 U 227/18, BGH, Beschl. v. 20.11.2019 - VII ZR 56/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); OLG München, Urt. v. 13.11.2007 - 9 U 2947/07; Lederer in: Kapellmann/Messerschmidt, 7. Aufl. 2020, § 8 VOB/B Rn. 100; Jousen/Vygen in: Ingenstau/Korbion, VOB Kommentar, 20. Aufl. 2017, § 8 Abs. VOB/B 3 Rn. 27; Althaus in: Ganten/Jansen/Voit, Beck'scher VOB Kommentar Teil B, 3. Aufl. 2013, § 8 Abs. 3 Rn. 38; Kleinecke in Jansen/Kante/Preussner, BeckOK VOB/B Stand 30.04.2020, § 8 Abs. 3 Rn. 9a; Jahn in: ibr-online-Kommentar VOB/B Stand 28.10.2019, § 8 VOB/B Rn. 241; Kemper in: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB Kommentar, 5. Aufl. 2013, § 8 Rn. 57; a.A Voit in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht 3. Aufl. 2018, § 8t VOB/B Rn. 13.

⁸ BGH, Urt. v. 20.08.2009 - VII ZR 212/07 Rn. 19 ff.

⁹ BGH, Urt. v. 20.08.2009 - VII ZR 212/07 Rn. 22.

¹⁰ BGH, Urt. v. 20.08.2009 - VII ZR 212/07 Rn. 13; OLG Celle, Urt. v. 27.02.2019 - 7 U 227/18; Jousen/Vygen in: Ingenstau/Korbion, VOB Kommentar, 20. Aufl. 2017, § 8 Abs. VOB/B 3 Rn. 27, Vogel in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B Kommentar, 4. Aufl. 2016, § 8 Rn. 103

¹¹ OLG Koblenz, Urt. v. 29.08.2013 - 6 U 965/12; BGH, Beschl. v. 10.09.2015 - VII ZR 209 30/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); Lederer in: Kapellmann/Messerschmidt, § 8 VOB/B Rn. 99.

¹² Jahn in ibr-online-Kommentar VOB/B Stand 28.10.2019, § 8 VOB/B Rn. 246; Lederer in: Kapellmann/Messerschmidt, § 8 VOB/B Rn. 25.

¹³ BGH, Urt. v. 20.08.2009 - VII ZR 212/07 Rn. 39.

¹⁴ BGH, Urt. v. 20.08.2009 - VII ZR 212/07 Rn. 26 ff.

¹ BGH, Urt. v. 20.08.2009 - VII ZR 212/07; vgl. auch OLG Celle, Urt. v. 27.02.2019 - 7 U 227/18, BGH, Beschl. v. 20.11.2019 - VII ZR 56/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); KG, Urt. v. 13.06.2017 - 21 U 24/15.

² Vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 29.08.2013 - 6 U 965/12; BGH, Beschl. v. 10.09.2015 - VII ZR 209 30/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

³ BGH, Urt. v. 20.08.2009 - VII ZR 212/07; OLG Celle, Urt. v. 27.02.2019 - 7 U 227/18; KG,

- 15 BGH, Urt. v. 20.08.2009 - VII ZR 212/07 de
Rn. 31. tr
- 16 KG, Urt. v. 13.06.2017 - 21 U 24/15.
- 17 BGH, Urt. v. 20.08.2009 - VII ZR 212/07
Rn. 25; OLG Celle, Urt. v. 27.02.2019 - 7 U
227/18.
- 18 KG, Urt. v. 13.06.2017 - 21 U 24/15.
- 19 Lederer in: Kapellmann/Messerschmidt, § 8
VOB/B Rz 25
- 20 BGH, Urt. v. 20.08.2009 - VII ZR 212/07
Rn. 39.
- 21 Lederer in: Kapellmann/Messerschmidt, § 8
VOB/B Rn. 99
- 22 Lederer in: Kapellmann/Messerschmidt, § 8
VOB/B Rn. 99; Jahn in: ibr-online-Kommentar
VOB/B Stand 28.10.2019, § 8 VOB/B Rn. 244;
Kemper in: Franke/Kemper/Zanner/Grünha-
gen, VOB Kommentar, 5. Aufl. 2013, § 8
Rn. 57.