

Kündigung wegen Mängeln trotz Teilabnahme!

Auch nach einer Teilabnahme findet § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B mit der Konsequenz Anwendung, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer den (weiteren) Auftrag wegen nicht erfolgter Beseitigung von Mängeln an dem Teil des Gewerks entziehen kann, auf den sich die Teilabnahme bezogen hat.

OLG Koblenz, Urteil vom 28.07.2020 - **4 U 1282/17**; BGH, Beschluss vom 24.03.2021 - VII ZR 136/20 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

VOB/B § 4 Abs. 7, § 8 Abs. 3

Problem/Sachverhalt

Der Auftragnehmer (AN) wird mit dem Umbau und der Erweiterung eines Lebensmittelmarkts beauftragt. Der Auftraggeber (AG) stellt die VOB/B. Er nimmt einen Teil der Leistungen (Tiefbauarbeiten) ab. Dem Abnahmeprotokoll ist eine Liste mit Mängeln beigefügt, zu deren Beseitigung er den AN unter Fristsetzung und Androhung der Auftragsentziehung auffordert. Nach fruchtlosem Fristablauf kündigt der AG den Auftrag nach § 4 Abs. 7 Satz 3, § 8 Abs. 3 VOB/B. Die Parteien streiten um die Wirksamkeit der Kündigung. Der AN meint, dass die Kündigung u. a. deshalb unwirksam sei, weil der AG die Leistungen, deren Mängel der AN nicht beseitigt habe, abgenommen habe.

Entscheidung

Das OLG folgt der Ansicht des AN nicht. Richtig sei zwar, dass mit der Teilabnahme insoweit das Erfüllungsstadium des Werkvertrags ende. Die Abnahme habe u. a. zur Folge, dass dem AG statt der Ansprüche aus § 4 Abs. 7 VOB/B die umgewandelten Ansprüche aus § 13 Abs. 5 bis 7 VOB/B zustehen. Während nach einer Abnahme des Gesamtwerks für eine Entziehung des Auftrags kein Raum mehr sei, verhalte es sich im Fall einer **Teilabnahme** anders. Mögen auch bezüglich des **abgenommenen Teils die Abnahmewirkungen eingetreten** sein, befinde sich der Bauvertrag **insgesamt noch in der Ausführungsphase**. In dieser Konstellation sei § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B auch nach einer Teilabnahme mit der Konsequenz anzuwenden, dass der AG dem AN den (weiteren) **Auftrag wegen nicht erfolgter Beseitigung von Mängeln** am bereits abgenommenen Teil des Werks **entziehen** könne. Hierfür spreche, dass der AN unter Umständen einen Anspruch auf Durchführung einer Teilabnahme haben könne; dies müsste der AG ihm vertragswidrig verwehren, wenn er sich nur hierdurch die Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund nach § 4 Abs. 7, § 8 Abs. 3 VOB/B erhalten könnte. Denn § 4 Abs. 7 VOB/B ermögliche eine Entziehung des Auftrags auch bei fehlender Beseitigung unwesentlicher Mängel, die jedoch keine Abnahmeverweigerung rechtfertigten. Da der AN auch nach Kündigung einen Anspruch auf Abnahme haben könne, erscheine es eher zufällig, in welcher Reihenfolge die Erklärungen erfolgten.

Praxishinweis

Die Begründung des OLG ist paradox. Einerseits kann der AG die Abnahme der Teilleistung nicht verweigern, weil sie keine wesentlichen Mängel aufweist (§ 12 Abs. 3 VOB/B) und damit im Wesentlichen vertragsgerecht ist. Andererseits ist der AG nach § 4 Abs. 7 Satz 3, § 8 Abs. 3 VOB/B berechtigt, wegen dieser verbliebenen unwesentlichen Mängel, die der AN trotz Fristsetzung und Kündigungsandrohung nicht beseitigt hat, den verbleibenden Auftrag über die noch ausstehenden Leistungen zu entziehen. Damit ist der AN dem Anspruch des AG gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B mit

der Folge beträchtlicher Mehrkosten für die Fertigstellung ausgesetzt. Dies widerspricht der Wertung in § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB, der den Rücktritt wegen nicht vertragsgemäßer Leistung nur bei erheblicher Pflichtverletzung ermöglicht. Sachgerecht wäre in diesen Fällen, die Auftragsentziehung auf die Mängelbeseitigungsarbeiten zu beschränken, bei denen es sich wegen der Teilabnahme um in sich abgeschlossene Teile der Leistung handelt.

RA und FA für Bau- und Architektenrecht Prof. Thomas Karczewski, Hamburg 

© id Verlag