

Kann ein VOB-Vertrag wegen Mängeln oder Verzug fristlos gekündigt werden? *Von K. Orthmann, LL.M.*

Wenn im Rahmen eines Bauvorhabens ein Unternehmen seine Leistungen nicht fristgemäß und/oder nicht mangelfrei erbringt, gerät schnell der gesamte Bauablauf durcheinander. Da die unterschiedlichen Gewerke regelmäßig aufeinander aufbauen, werden die nachfolgenden Gewerke durch die Schlechtleistung des Vorgewerks behindert. Der Bauherr muss dann die Entscheidung treffen, ob er dem schlecht leistenden Unternehmer kündigt. Wenn ein Drittunternehmen für die Ausführung der Leistung bereitsteht, ist zügiges Handeln gefordert, um die Bauablaufstörungen so gering wie möglich zu halten. Dabei stellt sich regelmäßig die Frage, ob für die Kündigung wegen der verzögerten bzw. mangelhaften Leistung fristlos gekündigt werden kann oder ob zuvor Fristen gesetzt werden müssen. ■

Bis zur Baurechtsreform zum 01.01.2018 gab es im Werkvertragsrecht kein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund. § 649 BGB a. F. beinhaltete lediglich die sogenannte freie Kündigung des Auftraggebers mit der Folge, dass die volle Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen und Vergütung aus Füllaufträgen geschuldet wird.

Wenn ein Unternehmen nicht fristgerecht leistet bzw. seine Leistungen mangelbehaftet sind, will der Bauherr in der Regel keine freie Kündigung aussprechen,

sondern aus wichtigem Grund kündigen mit der Folge, dass nur Vergütung für die erbrachten Leistungen geschuldet wird und Schadenersatz geltend gemacht werden kann. Mangels einer gesetzlichen Regelung im Werkvertragsrecht wurde vor dem 01.01.2018 für eine Kündigung aus wichtigem Grund § 314 BGB entsprechend angewendet.

Seit dem 01.01.2018 ist die Kündigung aus wichtigem Grund in § 648a BGB geregelt. In die meisten Bauverträge wird allerdings die VOB/B einbezogen, die sodann vorrangig vor den gesetzlichen Regelungen gilt. Die VOB/B stellt selbst kein Gesetz dar, sondern allgemeine Vertragsbedingungen, die gemäß § 305 ff. BGB in den Vertrag mit einbezogen werden müssen. Die Kündigung ist dort in § 8 Abs. 1 bis 3 VOB/B geregelt.

§ 8 Abs. 1 VOB/B betrifft die „freie“ Kündigung. Dieser verweist sodann auf die gesetzliche Regelung in § 649 BGB a. F. bzw. nunmehr § 648 BGB.

Daneben gibt es wichtige Kündigungsgründe, die in § 8 Abs. 2 und 3 geregelt sind. § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Alt. 1 VOB/B betrifft die Kündigung aus wichtigem Grund wegen Mängeln. Voraussetzung für eine solche Kündigung ist eine zuvor gesetzte Frist zur Beseitigung des Mangels gemäß § 4 Abs. 7 VOB/B. Diese Frist ist mit einer Kündigungsandrohung zu versehen. § 8 Abs.



1 | Für eine Kündigung wegen Verzögerungen oder Mängeln setzt § 8 Abs. 3 VOB/B immer eine Frist mit Kündigungsandrohung voraus.

Bild: © skd - stock.adobe.com

3 Nr. 1 Satz 1 Alt. 3 VOB/B betrifft die Kündigung wegen Verzögerungen. Hier wird Bezug auf eine zuvor gesetzte Frist nach § 5 Abs. 4 VOB/B genommen.

§ 5 Abs. 4 VOB/B beinhaltet drei verschiedene Verzögerungstatbestände, die jeweils das außerordentliche Kündigungsrecht auslösen können:

- Verzögerung des Auftragnehmers mit dem Beginn der Ausführung
- Verzug mit der Vollendung, d. h. bei Überschreiten von vereinbarten Fristen und
- Verzögerung wegen unzureichender Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile

Wenn ein Bauherr einen dieser drei Tatbestände zum Anlass einer Kündigung nehmen will, muss er zuvor eine Frist zur Vertragserfüllung setzen, in der die Kündigung konkret angedroht wird (§ 5 Abs. 4 VOB/B).

Fazit

Für eine Kündigung wegen Verzögerungen oder Mängeln setzt § 8 Abs. 3 VOB/B somit immer eine Frist mit Kündigungsandrohung voraus. Die Fristsetzung mit Kündigungsandrohung hat dabei die Funktion einer letzten Warnung. Es muss der Wille des Auftraggebers eindeutig zum Ausdruck kommen, die Leistung des Auftragnehmers im Falle einer Fristüberschreitung nicht mehr anzunehmen.

Entbehrlichkeit der Frist?

Wenn auf der Baustelle die Situation eskaliert und ein Unternehmer derart schlecht leistet, dass der Bauherr nicht mehr gewillt ist, mit diesem zusammenzuarbeiten, kann das Setzen einer vorherigen Frist nicht nur lästig, sondern aufgrund der damit einhergehenden Verzögerungen teuer werden. Kann der Bauherr in solchen Fällen eine fristlose Kündigung erklären, obwohl in der VOB/B die Voraussetzungen für die Kündigung wegen Mängeln und Verzögerungen stets an eine Frist geknüpft sind?

In Einzelfällen wird dies bejaht. Bei mangelhaften Leistungen kann dies der Fall sein, wenn eine Mangelbeseitigung unmöglich ist. Eine Fristsetzung würde dann ins Leere laufen. Oder wenn der Auftragnehmer die Mangelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert. Eine solche Verweigerung liegt vor, wenn der Auftragnehmer die Mängelbeseitigungsverpflichtung insgesamt bestreitet und beispielsweise behauptet, seine Leistung sei mangelfrei. Gleiches gilt, wenn der Unternehmer die Ausführung der Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Da es sich hier-

bei allerdings um Ausnahmefälle handelt, werden an die Erfüllungsverweigerung strenge Anforderungen gestellt. Die Weigerung des Unternehmers muss als sein letztes Wort aufzufassen sein.

Kündigung aus wichtigem Grund?

Fraglich ist, ob neben den in der VOB/B konkret geregelten Kündigungsmöglichkeiten wegen Mängeln oder Verzögerungen (vgl. § 8 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 7 bzw. § 5 Abs. 4 VOB/B) auch eine außerordentliche fristlose Kündigung möglich ist. Dies wurde von der Rechtsprechung bereits vor dem 01.01.2018 bejaht und durch eine entsprechende Anwendung von § 314 BGB begründet.

Die entsprechende Anwendung von § 314 BGB ist seit dem 01.01.2018 nicht mehr erforderlich, weil die Kündigung aus wichtigem Grund nunmehr im Bauvertragsrecht in § 648a BGB geregelt ist. Voraussetzung für eine solche Kündigung ist, dass durch ein schuldhaftes Verhalten des Auftragnehmers der Vertragszweck so gefährdet ist, dass es dem vertragstreuen Vertragspartner nicht zumutbar ist, den Vertrag fortzusetzen.

Zur fristlosen Kündigung kann vor allem eine schuldhaft begangene Vertragsverletzung berechtigen, wobei unerheblich ist, ob es sich um die Verletzung einer Neben- oder einer Hauptpflichtverletzung handelt. Auch Nebenpflichten können für den vereinbarten Vertragszweck von erheblicher Bedeutung sein, soweit das Verhalten des Auftragnehmers hinreichenden Anlass für die Annahme bietet, dass er sich auch in Zukunft nicht vertragstreu verhalten wird.

Ob ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vorliegt, ist nach der Lage des Einzelfalls zu beurteilen. Dabei sind für die konkrete vertragliche Situation das Interesse des einen Vertragspartners an der Lösung vom Vertrag und das des anderen an dessen Weiterbestand umfassend gegeneinander abzuwägen. Hierbei dürfen allerdings die Schutzmechanismen der § 5 Abs. 4, § 4 Abs. 7 und § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B, d. h. die vorherige Fristsetzung mit Kündigungsandrohung, nicht umgangen werden. Wenn sich der Vertrauensverlust des Auftraggebers somit auf eine mangelhafte oder zögerliche Arbeit des Auftragnehmers begründet, hat der Kündigung grundsätzlich eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung vorzuzugehen. Ein Vertrauensverlust, der eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigt, wurde beispielsweise angenommen, wenn

- der Vertragszweck grob gefährdet ist,
- der Unternehmer besonders unzuverlässig ist oder
- ein grober Vertrauensbruch vorliegt.

Der Pflichtverstoß muss so schwerwiegend sein, dass das dem Bauvertrag zugrunde liegende Vertrauensverhältnis nachhaltig zerstört und erschüttert ist. Maßgeblich ist dabei nicht der subjektive Vertrauensverlust des Auftraggebers, sondern es kommt darauf an, ob es dem Auftraggeber aus Sicht eines objektiv betrachtenden Dritten bei verständiger Würdigung aller Umstände noch zumutbar ist, am Bauvertrag festzuhalten.

Fazit

Eine Kündigung aus wichtigem Grund ohne vorherige Fristsetzung stellt eine Ausnahme dar. Die Fristsetzung darf insoweit nur noch eine reine Förmelerei darstellen, die zu keiner Änderung der Situation mehr führen würde. Solange noch die Chance besteht, dass eine Frist zur Konfliktbeilegung führen würde, ist eine Frist zu setzen.

Nachfolgend werden einige Einzelfälle geschildert, in denen die Rechtsprechung eine fristlose Kündigung bejaht hat:

- nach einer unberechtigten Kündigung durch den Auftragnehmer und Aufforderung des Auftraggebers, die Leistung wieder aufzunehmen, und Nichtwiederaufnahme der Leistungen
- wenn bis zum vereinbarten Fertigstellungstermin noch nicht einmal zwei Drittel der Bauleistung erbracht worden sind
- wenn der Auftragnehmer nach einer selbst verursachten Verzögerung die Fortführung seiner Leistung von einer nicht berechtigten Abschlagszahlung abhängig macht
- wenn der Auftragnehmer sein Personal von der Baustelle abzieht und Gerüst abbauen lässt, wodurch der gesamte Bauablauf gestört wird, obwohl die Leistungsbringung möglich gewesen wäre
- wenn der Auftragnehmer bestreitet, zu bestimmten Arbeiten verpflichtet zu sein, die Mitarbeiter von der Baustelle abzieht und die Arbeiten trotz vorheriger Fristsetzung nicht wieder aufnimmt

In Folgenden Einzelfällen wurde hingegen eine vorherige Fristsetzung für erforderlich angesehen:

- Meinungsverschiedenheiten über den Vertragsinhalt, solange beim Auftragnehmer die Bereitschaft besteht, den Vertrag zu erfüllen
- Einstellung der Arbeiten mit der Erklärung, zu Verhandlungen über die Streitpunkte bereit zu sein
- bloße Terminüberschreitungen, die weder für sich noch im Zusammenhang mit anderen Tatsachen eine Unzuverlässigkeit des Auftragnehmers begründen würde

Hinweis

Da die Rechtsprechung zu der Frage, ob eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung auf Einzelfällen beruht und die Grenze zwischen den Fällen, bei denen eine Fristsetzung entbehrlich war, und denen, bei denen eine Frist mit Kündigungsandrohung noch hätte gesetzt werden müssen, nicht klar zu ziehen ist, sollte nach Möglichkeit immer eine Frist gesetzt werden mit Kündigungsandrohung, um für den Bauherrn eine klare Grundlage für eine Kündigung aus wichtigem Grund zu haben.

Wenn eine Frist mit Kündigungsandrohung gesetzt wurde, ist diese zunächst abzuwarten, d.h., die Kündigung darf erst erklärt werden, wenn die Frist abgelaufen ist. Ausnahmsweise muss nicht der Ablauf einer Frist mit Kündigungsandrohung abgewartet werden, wenn der Auftragnehmer bereits eindeutig erklärt hat, die Leistung nicht ausführen zu wollen. In diesen Fällen empfiehlt es sich allerdings, statt einer Kündigung ohne Fristsetzung mit Kündigungsandrohung eine kurze Frist zur Erklärung zu setzen, ob der Unternehmer bereit ist, die Leistung zu erbringen. Diese Frist sollte mit einer Kündigungsandrohung versehen werden. Wenn der Unternehmer keine entsprechende Erklärung abgibt, kann die Kündigung ausgesprochen werden.

Wenn auf der Baustelle Umstände aufgetreten sind, die zu einer Kündigung des Bauvertrags berechtigen – sei es zu einer fristlosen Kündigung oder nach Ablauf einer Frist mit Kündigungsandrohung – darf der Bauherr nicht allzu lange mit der Kündigungserklärung warten. Nach § 648a Abs. 3 in Verbindung mit § 314 Abs. 3 muss die Kündigung binnen einer angemessenen Frist nach Kenntniserlangung von dem Kündigungsgrund erklärt werden. Anderenfalls verwirkt das Kündigungsrecht.

Der Bauherr gibt nämlich durch ein längeres Zuwarten zu erkennen, dass für ihn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses trotz Vorliegens eines Kündigungsgrunds nicht unzumutbar ist. Bei seit längerer Zeit zurückliegenden Vertragsverletzungen läuft der Kündigungsberechtigte daher Gefahr, nicht mehr kündigen zu können, wenn er die Verstöße hingenommen hat. Dieser Gesichtspunkt kann auch bei der Abwägung eine Rolle spielen, ob ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses noch zumutbar ist. Die Dauer der Überlegungsfrist ist gesetzlich nicht geregelt. Es kommt auf die Umstände des Einzelfalls, auf Tatsachen, die zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen, an.

Die Kündigung kann auf einen Teil der Leistung beschränkt werden. Gemäß § 648a Abs. 2 BGB muss es

es sich um einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks handeln, gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B muss sich eine Teilkündigung auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beziehen. Der Anwendungsbereich für eine Teilkündigung ist somit in den VOB/B Verträgen deutlich enger. Leistungsteile innerhalb eines Gewerks werden grundsätzlich nicht als abgeschlossen angesehen, da es regelmäßig an der Selbständigkeit fehlen wird, die eine eigenständige Beurteilung der Teilleistung ermöglicht. Die Teilkündigung muss sich somit bei VOB/B Verträgen grundsätzlich auf ein komplettes Gewerk beziehen.

Empfehlung

Da die Möglichkeiten einer Teilkündigung durch die Formulierung in der VOB/B stark eingegrenzt werden, sollte in den Bauverträgen die Möglichkeit einer Teilkündigung entsprechend der gesetzlichen Formulierung aufgenommen werden, damit diese der im Vertrag einbezogenen VOB/B Regelung vorgeht.

Fazit

Grundsätzlich sind in der VOB/B die Kündigungsmöglichkeiten wegen verzögerter oder mangelhafter Leistung abschließend geregelt, d.h. die dort genannten Voraussetzungen, insbesondere das Setzen einer vorherigen Frist mit Kündigungsandrohung, darf nicht umgangen werden.

Neben diesen Kündigungsmöglichkeiten finden die Grundsätze für eine Kündigung aus wichtigem Grund, nunmehr geregelt in § 648a BGB, Anwendung. Im Einzelfall kann also eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund möglich sein. Da es sich hierbei aber um Ausnahmefälle handelt, ist sorgfältig abzuwägen, ob die Voraussetzungen für einen solchen Ausnahmefall vorliegen.

Wenn der Bauablauf es zulässt, sollte nach Möglichkeit vor einer Kündigung eine Frist mit Kündigungsandrohung gesetzt werden, um die Voraussetzungen für eine Kündigung aus wichtigem Grund nachweisen zu können. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Kündigung aus wichtigem Grund in eine freie Kündigung umgedeutet wird, wenn sich im Nachhinein herausstellen sollte, dass kein wichtiger Kündigungsgrund vorliegen sollte. Der Bauherr müsste dem Unternehmer dann die volle Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen und Vergütung aus etwaigen Füllaufträgen zahlen. ■

Vorschau

Bautechnik

Fassadendämmung

Baukosten

Kalkulation von Personalkosten im Baubetrieb

Impressum

Herausgeber und Verlag:

FORUM VERLAG HERKERT GMBH
Mandichostraße 18, 86504 Merching
Tel.: 08233 381-123, Fax: 08233 381-222
www.forum-verlag.com
service@forum-verlag.com

Inhaber: Ronald Herkert (Gesellschafter)

Chefredaktion: Ramona Braun (V.i.S.d.P.)
redaktion@derbauleiter.info

Anzeigen: Anita Hafen-Rutka
Anita.Hafen-Rutka@forum-verlag.com

Technische Katharina Mesch

Bearbeitung: Katharina.Mesch@forum-verlag.com

Marketing: Petra Kempster
Petra.Kempster@forum-verlag.com

Satz: Röser MEDIA GmbH & Co. KG

Druck: Druckerei & Verlag Steinmeier

Erscheinungsweise: 10 x jährlich

Bezugspreise:

Jahresabonnement Print-Ausgabe 127,33 Euro inkl. MwSt.
(zzgl. 16,90 Euro Versandkosten)
Jahresabonnement Digitale Ausgabe 114,49 Euro inkl. MwSt.
Jahresabonnement Premium-Ausgabe 191,53 Euro inkl. MwSt.
(zzgl. 16,90 Euro Versandkosten)

Titelbilder: © goodlu – Fotolia.com

Hinweis:

Wiedergabe – auch auszugsweise – nur mit schriftlicher Einwilligung des Verlags. Alle Angaben wurden mit äußerster Sorgfalt ermittelt und überprüft. Sie basieren jedoch auf der Richtigkeit uns erteilter Auskünfte und unterliegen Veränderungen. Eine Gewähr kann deshalb nicht übernommen werden, auch nicht für telefonisch erteilte Auskünfte.

ISSN Print: 2365-0990

ISSN Online: 2698-5802