

Gekündigt bleibt gekündigt

Die Kündigung eines Bauvertrages wegen Mängeln und/oder Verzugs ist im Regelfall dahingehend zu verstehen, dass auch eine freie Kündigung gewollt ist.

Wird der Bauvertrag durch eine Kündigung des Auftraggebers beendet, scheidet eine Klage auf Abschlagszahlung aus. (amtl. Leitsatz)

Autorin:
Birgit Appenrodt, Rechtsanwältin
Fachanwältin für Bau- und
Architektenrecht
Magdeburg

Haben die Vertragsparteien die VOB/B vereinbart, so hat der Bauunternehmer gemäß § 4 Abs. 7 VOB/B diejenigen Leistungen, die während der Bauausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, durch mangelfreie zu ersetzen. Kommt der Bauunternehmer der Pflicht zur Beseitigung des Mangels nicht nach, so kann ihm sein Auftraggeber eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen werde. Artet der Streit um die Mängel im uferlosen aus, meint sich so mancher Auftraggeber dann im Recht, den Bauvertrag nach Ablauf der von ihm gesetzten Frist außerordentlich kündigen zu können. Der Bauunternehmer hingegen sieht die Kündigung als zu Unrecht erfolgt an, da er aus seiner Sicht mangelfrei geleistet hat. Daher glaubt er auch fordern zu können, dass ihm der Auftraggeber die Möglichkeit einräumen muss, seine vertraglich geschuldeten Bauleistungen fertigstellen zu können. Hierbei verkennt der Bauunternehmer bereits, dass die Kündigung eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung der einen Vertragspartei gegenüber der anderen Vertragspartei ist, die den Vertrag beendet. Geht insoweit dem Bauunternehmer eine nach den Formvorschriften der VOB/B schriftliche Kündigung des Bauvertrages seitens seines Auftraggebers zu, ist der Bau-

vertrag für die Zukunft – nicht aber für die Vergangenheit – beendet. Damit verlagert sich zugleich auch der Streit um die vermeintlichen vom Auftraggeber gerügten Mängel in die Zeit nach der Kündigung.

Stellt sich dann heraus, dass der Auftraggeber zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung nicht berechtigt war, wird die außerordentliche Kündigung damit nicht unwirksam. Vielmehr ist diese außerordentliche Kündigung in eine sog. freie Kündigung umzudeuten. Eine Umdeutung kommt, so die Rechtsprechung des BGHs, immer dann in Betracht, wenn davon auszugehen ist, dass die kündigende Vertragspartei keinesfalls an dem Vertrag mehr festhalten will. Ein anderes käme nur dann in Betracht, wenn der Auftraggeber zu erkennen gibt, dass er bei Unwirksamkeit seiner Kündigung die Fortführung des Vertrages mit dem Bauunternehmer wünscht. Dies ist jedoch in der Regel nicht der Fall, da der Auftraggeber mit Ausspruch der Kündigung die Voraussetzungen schaffen will zur Beauftragung eines Drittunternehmers.

Da durch die Kündigung des Bauvertrages, gleich ob eine außerordentliche Kündigung oder freie Kündigung, der Bauvertrag beendet wird, tritt zugleich Schlussrechnungsreife ein. Damit muss der Bauunternehmer nunmehr Schlussrechnung stellen. Von ihm gestellte, vom Auftraggeber jedoch noch nicht bezahlte Abschlagsrechnungen können, so auch nicht im Rahmen eines Klageverfahrens, nicht mehr durchgesetzt werden.

Die wichtigste Konsequenz für die Praxis lautet:

Eskaliert während der Bauausführung der Streit zwischen

dem Bauunternehmer und seinem Auftraggeber, ob nun wegen Mängel, nicht fristgerechter Mängelbeseitigung, Verzug oder sonstigen Gründen, infolge dessen der Auftraggeber den Bauvertrag kündigt, lohnt sich der Streit, ob der Auftraggeber dem Grunde nach überhaupt zur Kündigung des Bauvertrages berechtigt war, nicht. Denn der Auftraggeber hat zunächst das Recht, jederzeit den Bauvertrag zu kündigen. Während die Kündigung beim BGB-Bauvertrag an keine Form gebunden ist, muss die Kündigung bei einem VOB/B-Vertrag, um wirksam zu sein, schriftlich erfolgen. Die Kündigung wird wirksam mit Zugang bei der anderen Vertragspartei und beendet den Vertrag für die Zukunft. Allerdings ist es für die Abrechnung des Bauunternehmers maßgeblich, ob dem Auftraggeber das Recht zu einer außerordentlichen Kündigung zustand oder ob es sich um eine sog. freie Kündigung handelt. Denn bei einer freien Kündigung des Auftraggebers kann der Bauunternehmer den vereinbarten Werklohn grundsätzlich in voller Höhe verlangen. Er muss sich allerdings anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebes erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Bei einer außerordentlichen Kündigung, zu welcher der Auftraggeber in der Regel berechtigt sein wird, bei einer schweren schuldhaften Verletzung der Vertragspflichten durch den Bauunternehmer oder einer sonstigen schwerwiegenden Zerstörung des vertraglichen Vertrauensverhältnisses, die eine Fortsetzung des Vertrages für den Auftraggeber unmöglich machen, steht dem Bauunternehmer lediglich eine Vergütung für die von ihm tatsächlich erbrachten Leistungen zu. Dem Auftraggeber wiederum stehen Schadensersatzansprüche gegenüber dem Bauunternehmer zu, so z.B. hinsichtlich der Mehrkosten der

Ersatzvornahme durch den Drittunternehmer. Darüber hinaus regelt die VOB/B eine Ausnahme. Hiernach kann der Auftraggeber für die Weiterführung der Arbeiten Geräte, Gerüste, auf der Baustelle vorhandene andere Einrichtungen und angelieferte Stoffe und Bauteile gegen angemessene Vergütung in Anspruch nehmen. Spricht der Auftraggeber eine außerordentliche Kündigung aus, ohne dass Gründe vorliegen, welche eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, so wird die Kündigung dennoch nicht unwirksam. Vielmehr ist diese in der Regel in eine freie Kündigung umzudeuten, wenn, was bei einer Kündigung des Bauvertrages regelmäßig der Fall ist, nach der Sachlage anzunehmen ist, dass der Auftraggeber den Bauvertrag beenden will, um so zugleich auch die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme durch einen Drittunternehmer zu schaffen.

Gemäß § 8 Abs. 6 VOB/B kann der Bauunternehmer nach Kündigung des Bauvertrages durch den Auftraggeber Abnahme und Aufmaß verlangen. Darüber hinaus muss der Bauunternehmer, da mit der Kündigung die Leistungspflicht des Bauunternehmers für die Zukunft entfällt und somit Schlussrechnungsreife eintritt, gegenüber dem Auftraggeber seine Schlussrechnung stellen. Vom Bauunternehmer vor Kündigung gestellte, vom Auftraggeber jedoch noch nicht bezahlte Abschlagsrechnungen kann der Bauunternehmer nicht mehr gesondert durchsetzen. Hiervon unberührt bleiben jedoch, sodann sich der Auftraggeber mit der Bezahlung der Abschlagsrechnungen des Bauunternehmers in Verzug befunden hat, hierfür bereits entstandene Verzugszinsen.

(BGH, Beschluss vom 08.10.2015 – VII ZR 165/15 [Nichtzulassungsbeschwerde gegen den Beschluss des OLG Bamberg vom 13.05.2015 – 3 U 19/15 verworfen])