Tiefbau Recht

Zeitschrift zur Praxis des TiefbauRechts

Heft 04 | April 2023
9.00 € Einzelheft
6.00 € Abonnement

HERAUSGEBER
RA Dr. jur. Thomas Ax

REDAKTION
Sivan Novotny

04|23

AX VERLAG
FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

INHALT

Von der Redaktion 5

Beiträge 6

KG zur "großen" Kündigungsvergütung: Berechnung der Ersparnis auf kalkulatorischer Grundlage! 6

OLG Hamburg zur Frage der zeitnahen Erklärung der Kündigung aus wichtigem Grund 10

Entschädigung für den Vorhalt von Arbeitskräften während des Annahmeverzugs 29

Kurz belichtet 50

Vergütungshöhe kann (ausnahmsweise) geschätzt werden 50

Befangenheitsantrag ist unverzüglich nach Kenntnis des Gutachtens zu stellen 50

Fliesenarbeiten in Fachwerkhaus sind zu planen und zu überwachen 50

Grenzüberschreitender Sachverhalt: Mindestsätze der HOAI nicht anwendbar 51

Mängelrüge hemmt die Verjährung nicht insgesamt 51

Kein Geldersatz bei unterlassener Beseitigung 51

Auftragnehmer darf "optimieren": Konsequenzen für die Bauausführung? 51

Wiederauffüllungsverpflichtung kann zu Übersicherung führen 52

Beschluss zur Reparatur der Fassade bedarf zuvor mehrerer Angebote 52

Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek: Dringlichkeit kann widerlegt werden 52

Muss ein Innenarchitekt auf seine beschränkte Bauvorlageberechtigung hinweisen? 52

Vorunternehmerleistung unzureichend: Auftragnehmer haftet nicht immer 52

Architekt überschuldet: Löschung aus der Architektenliste 53

Ferienwohnung in reinem Wohngebiet zulässig 53

Einbringung einer Recyling- und Schotterschicht ist stichprobenartig zu kontrollieren 53

Sicherungshöhe unklar: Sicherungsabrede unwirksam 54

Planer muss sich auf verschiedene Bauvergabestrategien einstellen 54

Aktenzeichen und Verkündungsdatum falsch: Berufung trotzdem zulässig?! 54

Streitwert für Auflassungsklage im Bauträgervertrag? 54

Gericht muss sich mit Privatgutachten auseinandersetzen 55

VertragsMan ® Bau – Ihr Vertrags- und Nachtragsmanagement in unseren versierten Händen 55

Anti-Claim Management 55

Prüfung und Bewertung von Leistungsänderungen / Vertragsabweichung 55

Prüfung und Bewertung von Nachtragsangeboten 56

Werbung 56

Bauvertragsrecht 56

Architekten- und Ingenieurrecht 57

Vertragsmanagement - VertragsMan ® Bauleistungen 57

HochbauRecht 57

TiefbauRecht 57

Anlagenbau 57

Infrastruktur 58

Arbeitsgemeinschaften, Konsortien und Mehrparteienverträge 58

Public Private Partnership 58

AxRechtsanwälte VergMan ® - Ihre Branche - unsere Expertise 58

Publikationen zum Vergaberecht 60

VOB – konzentriert und aktuell – was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen 60

Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB 60

Bestellformular 61

Stellenanzeigen 62

Impressum 63

Von der Redaktion

Unsere TiefbauRecht bringt die wichtigsten und aktuellsten Themen eines besonderen Rechtsgebiets im Rahmen des Bauvertragsrechts Bestandteils auf den Punkt: Von der richtigen Ausschreibung über die korrekte Ausführung und Abrechnung bis hin zu Fragen von Schadensfällen und abweichenden Bodenbedingungen, wird das komplette Spektrum des Tiefbaurechts betrachtet, systematisch aufgearbeitet und einschlägig kommentiert. Dabei liegt der Fokus zum einen auf einer griffig-praxisgerechten Herangehensweise, zum anderen auf den neuesten Entscheidungen des BGH und der Obergerichte. Dabei bringen wir jahrelange Erfahrung aus Kautelar- und Prozesspraxis ein. Unsere TiefbauRecht arbeitet systematisch die Methodik und Herangehensweise unter einem praktisch sehr häufig streitrelevanten und oft missverstandenen Rechtsgebiet auf und stellt dabei Neuerungen anhand typischer Beispiele des Tiefbaus anschaulich dar. Dabei enthält unsere TiefbauRecht in ihrem kompakten Format zahlreiche direkt umsetzbare Hinweise und Tipps für die praktische Arbeit. Dies garantiert für alle gängigen Probleme eine zeitnahe Lösung unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung.

Ihre Vorteile: Konzentration auf die in der Vertrags- und Ausführungspraxis wirklich bedeutsamen Fragen, klare Gliederung der komplexen Materie, kompetente und prägnante Erläuterung des Tiefbaurechts und der dazu ergangenen Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte.

Wir wünschen eine aufschlussreiche Lektüre!

Ihre Redaktion

Beiträge

KG zur "großen" Kündigungsvergütung: Berechnung der Ersparnis auf kalkulatorischer Grundlage!

vorgestellt von Thomas Ax

Solange sich keine Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung ergeben, reicht es bei der Geltendmachung der großen Kündigungsvergütung aus, wenn der Werkunternehmer die Ersparnis auf der Grundlage seiner ursprünglichen Kalkulation berechnet. Der Werkunternehmer kann auch auf Basis eines geplanten, aber bislang nicht genehmigten Subunternehmereinsatzes jedenfalls dann abrechnen, wenn keine Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung gegeben sind. Dabei müssen derartige Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung sich bereits in einem Verhalten der Vertragsparteien vor Vertragsbeendigung manifestiert haben. Zur Berichtigung des Kostentenors von Amts wegen durch das Berufungsgericht im Hinblick auf eine Nebenintervention ausschließlich in erster Instanz.

KG, Urteil vom 11.04.2023 - 7 U 74/21

Gründe:

I.

Die Parteien streiten in der Berufungsinstanz allein noch über Werklohnansprüche der Klägerin aus ihrer Schlussrechnung vom 10. Januar 2019, mit der sie nach Kündigung des Bauvertrages Vergütung von nicht erbrachten Leistungen begehrt.

Wegen der Einzelheiten wird gemäß § 540 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen und diese dahingehend ergänzt, dass der Beklagten der Einsatz der R GmbH als Subunternehmer der Klägerin von Anfang an bekannt war.

Das Landgericht hat - soweit hier noch von Bedeutung - der Klage auf Zahlung der großen Kündigungsvergütung nur in Höhe von 14.741,71 Euro gemäß der 5%-Vermutungsregel nach § 648a Abs. 5 Satz 3 BGB a.F. stattgegeben und im Übrigen die Klage abgewiesen.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter und meint, dass die große Kündigungsvergütung auch dann nach § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB a.F. auf Grundlage eines Nachunternehmereinsatzes kalkuliert werden könne, wenn diesem seitens des Bestellers - hier der Beklagten - nicht gemäß § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B zugestimmt worden war.

Die Klägerin beantragt nach Rücknahme ihrer Berufung im Übrigen,

die Beklagte in teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Berlin vom 12. Mai 2021 zum Aktenzeichen 29 O 175/18 zu verurteilen, an sie weitere 28.050,99 Euro nebst Zinsen in Höhe von neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15. Januar 2019 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verweist darauf, dass sie den Subunternehmereinsatz nicht genehmigt habe und diesen auch nicht genehmigt hätte, so dass die Klägerin bei der Berechnung der ersparten Aufwendungen nicht auf die vertragswidrige Weitergabe des Auftrags an die Subunternehmerin abstellen dürfe.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird auf den vorgetragenen Inhalt ihrer gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Über die Berufung der Klägerin war infolge des durch die teilweise Berufungsrücknahme bedingten Verlustes des Rechtsmittels (§ 516 Abs. 3 ZPO) nur noch insoweit zu befinden, als die Klägerin über die erstinstanzliche Verurteilung hinaus die Zahlung weiterer 28.050,99 Euro begehrt. In diesem Umfang hat die Berufung Erfolg.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung weiterer 28.050,99 Euro aus § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB a.F. (sog. "große Kündigungsvergütung"); auf das Schuldverhältnis ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung anzuwenden, die für ab dem 1. Januar 2002 und bis zum 31. Dezember 2017 geschlossene Verträge gilt, Art. 229 § 5 Satz 1, § 39 EGBGB.

Gemäß § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB a.F. ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen, wenn er den Bauvertrag gemäß § 648a Abs. 5 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 BGB a.F. kündigt; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt.

1. Aus den zutreffenden und mit der Berufung nicht angegriffenen Ausführungen des Landgerichts (S. 6 ff.), die sich das Berufungsgericht zu eigen macht, hatten die Parteien wirksam einen Bauvertrag über Betonarbeiten für einen Parkplatz geschlossen und dabei die Geltung der VOB/B in Gänze vereinbart (Anlage K1); diesen Bauvertrag kündigte die Klägerin wirksam durch Schreiben vom 2. August 2018 (Anlage B1) wegen der ausgebliebenen Stellung einer Sicherheit, § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB a.F.

2. Die Klägerin hat auch die Anspruchshöhe schlüssig dargelegt.

Bei der großen Kündigungsvergütung fällt dem Unternehmer allein die Erstdarlegung seiner ersparten Aufwendungen zu; behauptet der Besteller in Abweichung zum Zahlenwerk des Unternehmers, dieser habe tatsächlich höhere Beträge erspart, so trägt der Besteller hierfür die weitere Darlegungs- und die Beweislast (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2000 - VII ZR 467/99 -; KG, Teilurteil vom 16. Februar 2018 - 21 U 66/16 -).

Die Klägerin hat im Rahmen der sie treffenden Erstdarlegungslast nachvollziehbar einen Vergütungsanspruch in der ausgeurteilten Höhe dargelegt. Dabei durfte sie auf ihre auf einem Nachunternehmereinsatz basierende Kalkulation aufbauen (dazu a)). Auf dieser Grundlage hat sie für die Positionen 2.1.90 und 2.1.100 als ersparte Aufwendungen den durch die Kündigung ersparten Werklohn, den sie andernfalls an ihren Subunternehmer hätte zahlen müssen, abgezogen; zusätzlich hat sie als ersparte Aufwendungen Regiekosten in Abzug gebracht (dazu b)).

a) Die Klägerin durfte ihre Berechnung darauf aufbauen, dass die von ihr infolge der Kündigung nicht mehr zu erbringenden Werkleistungen durch die Firma R GmbH ausgeführt worden wären. Dieser Vorgehensweise steht nicht entgegen, dass der Klägerin für den Einsatz ihres Nachunternehmers entgegen § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B keine schriftliche Zustimmung der Beklagten vorlag.

aa) § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B findet auf den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag indes Anwendung. Eine Inhaltskontrolle dieser Norm (vgl. zu einer solchen instruktiv Messerschmidt/Voit/Voit, 4. Aufl. 2022, VOB/B § 4 Rn. 37 f.) nach § 307 BGB ist gemäß § 310 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Satz 1 BGB nicht veranlasst.

bb) Eine schriftliche Zustimmung der Beklagten war hier nicht gemäß § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 3 VOB/B obsolet; denn es handelte sich bei den geschuldeten Werkleistungen nicht um solche, auf die der Betrieb der Klägerin nicht eingerichtet gewesen wäre.

cc) Auch fehlt es an einer schriftlichen Zustimmung zum Nachunternehmereinsatz seitens der Beklagten. Insbesondere hat die Beklagte nicht bereits deshalb eine Genehmigung des Nachunternehmereinsatzes gemäß § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/B erteilt, weil ihr - unstreitig - der Einsatz der R GmbH als Subunternehmer bekannt war und sie diesen geduldet hat. Denn es fehlt an einer schriftlichen Zustimmung im Sinne der Norm. Auch wenn ein gewillkürtes Schriftformerfordernis - wie in § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/B - grundsätzlich auch stillschweigend aufgehoben werden kann (s. nur Ellenberger, in Grüneberg, 82. Aufl. 2023, § 127 Rn. 1), fehlt es hier an einem entsprechenden Willen der Beklagten, auf die Schriftform zu verzichten. Denn unstreitig forderte die Beklagte die Klägerin auf, den Einsatz von Nachunternehmern anzumelden. Dieses diente - wie der Klägerin bekannt - dazu, zunächst die Zustimmung der G. einzuholen, die für die Beklagte Voraussetzung dafür war, selbst über eine Zustimmung nachdenken zu können. Damit fehlte es - für die Klägerin erkennbar - jedenfalls auf Seiten der Beklagten an dem Willen, einen Nachunternehmereinsatz durch die Klägerin formlos und konkludent zu genehmigen.

dd) Indes wird ein nicht genehmigter Nachunternehmereinsatz nicht automatisch über Nachteile bei der Kündigungsabrechnung sanktioniert. Maßgeblicher Grundsatz bei der Kündigungsabrechnung ist, dass der Werkunternehmer durch die Kündigung keine Vor- oder Nachteile erlangen darf (BGH, Urteil vom 21. Dezember 1995 - VII ZR 198/94 -). Er muss nach freier Kündigung des Bestellers seine Vergütung für nicht erbrachte Leistungen auf der Grundlage des dafür vereinbarten Preises abzüglich anderweitigen Erwerbs und derjenigen Kosten berechnen, die bei Fortführung des Bauvertrags tatsächlich entstanden wären. Der Werkunternehmer muss deshalb die konkrete Entwicklung der Kosten vortragen, die bei Durchführung des Auftrages tatsächlich entstanden wären und die er erspart hat. Solange sich keine Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung ergeben, reicht es aus, wenn der Werkunternehmer die Ersparnis auf der Grundlage seiner ursprünglichen Kalkulation berechnet (BGH, Urteil vom 22. September 2005 - VII ZR 63/04 -). Der Werkunternehmer kann daher auch auf Basis eines geplanten Subunternehmereinsatzes jedenfalls dann abrechnen, wenn keine Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung gegeben sind (Wolber, IBR 2007, 604; großzügiger für den Fall einer vorangegangenen Kündigung durch den Besteller wohl: OLG Celle, Urteil vom 14. Februar 2007 - 7 U 165/06 -; Joussen in: Leupertz/v. Wietersheim, VOB, 22. Aufl. 2023, § 8 Abs. 1 VOB/B Rn. 73; Werner, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Kapitel 5, Rn. 1680; Bolz/Jurgeleit/Jahn, ibr-online-Kommentar VOB/B, 13.3.2023, § 8 Rn. 135; BeckOK VOB/B/Brüninghaus, 49. Ed. 31.10.2022, VOB/B § 8 Abs. 1 Rn. 38a; ablehnend: OLG Brandenburg, Urteil vom 10. November 2022 - 12 U 69/22 -). Dabei müssen derartige Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung sich - auch aus Gründen der Rechtssicherheit - bereits in einem Verhalten der Vertragsparteien vor Vertragsbeendigung manifestiert haben.

Hier fehlt es an derartigen Anhaltspunkten dafür, dass der Besteller bei Fortführung des Werkvertrages von der ihm theoretisch zustehenden Möglichkeit, den Subunternehmereinsatz nicht zu genehmigen und der Klägerin wegen eines gleichwohl durchgeführten Subunternehmereinsatzes gemäß § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B zu kündigen, Gebrauch gemacht hätte. Denn der Beklagten war der Einsatz der Subunternehmerin bei den später von der Kündigung durch die Klägerin betroffenen Betonierungsarbeiten bereits seit Anfang an bekannt, ohne dass sie Schritte nach § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B unternommen hätte. Die Beklagte hat noch nicht einmal die Kündigungsandrohung der Klägerin auf der Grundlage von § 648a BGB a.F. zum Anlass genommen, ihrerseits die Klägerin aufzufordern, die Leistungen im eigenen Betrieb aufzunehmen, und anderenfalls die Kündigung anzudrohen. Daher ist davon auszugehen, dass ohne Kündigung der Klägerin die Bauleistungen wie bereits zuvor durch den Nachunternehmer der Klägerin weiter durchgeführt worden wären und diese den Werkvertrag - wie von ihr kalkuliert und im hiesigen Rechtsstreit dargelegt - auf Basis dieses Nachunternehmereinsatzes abgerechnet hätte. Da die Klägerin durch die Kündigung nicht schlechter gestellt werden soll, steht ihr daher der Rückgriff auf ihre Nachunternehmerkalkulation auch jetzt zu. Auf die von der Klägerin aufgeworfene Frage, ob der Beklagten eine Kündigung wegen der monatelangen Duldung des Nachunternehmereinsatzes entsprechend des Rechtsgedankens des § 314 Abs. 3 BGB ggf. verwehrt gewesen wäre (vgl. hierzu OLG Frankfurt, Urteil vom 6. September 2018 - 29 U 55/17 -), kommt es nicht an.

Ebenso wenig kommt es vor dem Hintergrund, dass sich die Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung bereits in einem Verhalten der Vertragsparteien vor Vertragsbeendigung manifestiert haben müssen, auf die tatsächlichen Ausführungen nebst Beweisangeboten im - insoweit nicht nachgelassenen - Schriftsatz der Beklagten vom 28. April 2023, S. 4 f. (Bd. III, Bl. 78 f.) zu hypothetischen Verhaltensweisen der Beklagten bzw. deren Auftraggeberin an.

b) Auch die konkrete Darlegung der ersparten Aufwendungen durch die Klägerin ist nicht zu beanstanden.

Soweit die Beklagte lediglich den mit der Streitverkündeten vereinbarten Preis im Schriftsatz vom 21. März 2019, S.9 bestritten hat, reichte dieses einfache Bestreiten im Hinblick auf die sie treffende Darlegungs- und Beweislast nicht aus; die Beklagte ist beweisfällig geblieben. Auch die der Schlussrechnung zugrunde gelegten Leistungsmengen greift die Beklagte nicht substantiiert an.

Für die Position 2.1.90 hat die Klägerin nachvollziehbar vom zwischen den Parteien vereinbarten Werklohn in Höhe von 60,15 Euro die Subunternehmervergütung in Höhe von 51,12 Euro sowie Regiekosten in Höhe von

0,30 Euro in Abzug gebracht. Diesen Wert in Höhe von (60,15-51,12-0,30=) 8,73 Euro hat sie mit der nicht erbrachten Menge in Höhe 4.838,14 m² multipliziert und kam damit zu einer großen Kündigungsvergütung für nicht erbrachte Leistungen bezogen auf die Pos. 2.1.90 in Höhe von 42.236,96 Euro.

Für die Position 2.1.100 hat sie vom zwischen den Parteien vereinbarten Preis in Höhe von 3,50 Euro die Subunternehmervergütung in Höhe von 2,97 Euro sowie Regiekosten in Höhe von 0,02 Euro in Abzug gebracht. Diesen Wert in Höhe von (3,50-2,97-0,02=) 0,51 Euro hat sie mit der nicht erbrachten Menge in Höhe 1.091,45 m² multipliziert und kam damit zu einer großen Kündigungsvergütung für nicht erbrachte Leistungen bezogen auf die Pos. 2.1.100 in Höhe von 556,64 Euro.

Etwaige Füllaufträge waren nicht zulasten der Klägerin zu berücksichtigen. Denn die Beklagte hat den Vortrag der Klägerin, dass der Einsatz des Subunternehmers kaum Kapazitäten der Klägerin gebunden hätte, so dass durch die Kündigung keine erheblichen Kapazitäten frei wurden, die mit Füllaufträgen hätten gefüllt werden können, nicht nachhaltig in Zweifel ziehen können. Soweit die Beklagte meint, dass jedenfalls der Nachunternehmer der Klägerin Füllaufträge hätte akquirieren können, kommt es darauf nicht an. Die Klägerin lässt sich u.a. den vollständig an ihren Nachunternehmer geschuldeten Werklohn als ersparte Aufwendungen anrechnen.

Von der Summe dieser beiden Positionen - 42.793,60 Euro - waren die bereits auf der Basis des § 648a Abs. 5 Satz 3 BGB a.F. vom Landgericht zugesprochenen 14.741,71 Euro in Abzug zu bringen, so dass der Klägerin ein Anspruch auf Zahlung weiterer 28.051,89 Euro zusteht; zuzusprechen waren indes wegen § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO lediglich die von der Klägerin beantragten 28.050,99 Euro.

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs. 2 BGB.

III.

Ein Anlass für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 Abs. 1 ZPO besteht im Hinblick auf den nach der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz nicht. Im Hinblick auf den ausführlichen gerichtlichen Hinweis vom 13. Februar 2023, mit dem auf das gesamte dem Gericht zur Kenntnis gelangte Meinungsspektrum zur Frage der Berücksichtigungsfähigkeit einer Nachunternehmerkalkulation bei zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht genehmigtem Nachunternehmereinsatz hingewiesen worden war, hatte die Beklagte ausreichend Gelegenheit zum Vortrag und rechtlicher Stellungnahme bis zum Berufungstermin am 11. April 2023 (s. in diesem Zusammenhang ferner bereits die obigen Ausführungen unter II. 2. a) dd) a.E.).

IV.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO sowie aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Darüber hinaus war im Hinblick auf die Nebenintervention in erster Instanz der Kostentenor von Amts wegen (vgl. hierzu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15. September 2017 - 6 W 31/17 -) zu berichtigen. Denn die Nebenintervenientin ist ausweislich der Antragstellung im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 21. April 2021 (Bd. II, Bl. 10) nur in Bezug auf den zwischenzeitlich rechtskräftig gewordenen Streitwertteil beigetreten. In Bezug auf diesen Streitwertteil hatte die Klägerin voll obsiegt, so dass die Beklagte als Gegnerin gemäß § 101 Abs. 1 ZPO sämtliche Kosten des Streithelfers bezogen auf einen Streitwert in Höhe von 53.009,19 Euro zu tragen hat (BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2019 - II ZR 94/17 -; Herget, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 34. Auf. 2022, § 101 Rn. 2 a.E.).

V.

Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO für eine Zulassung der Revision liegen vor. Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung. Denn die hier entscheidungserhebliche Frage, ob die große Kündigungsvergütung auch dann nach § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB a.F. (bzw. jetzt § 650f Abs. 5 Satz 2 BGB) auf Grundlage eines Nachunternehmereinsatzes kalkuliert werden kann, wenn diesem seitens des Bestellers nicht gemäß § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B zugestimmt worden war, ist höchstrichterlich noch nicht geklärt und wird in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte konträr beantwortet (OLG Celle, Urteil vom 14.2.2007 - 7 U 1656/06, einerseits, und OLG Brandenburg, Urteil vom 10.11.2022 - 12 U 69/22, andererseits).

OLG Hamburg zur Frage der zeitnahen Erklärung der Kündigung aus wichtigem Grund

vorgestellt von Thomas Ax

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung eines Werk- oder Bauvertrags unterliegt zwar keinen starren zeitlichen Grenzen. Aus Sinn und Zweck der außerordentlichen Kündigung folgt jedoch, dass eine solche zumindest zeitnah zum Kündigungsanlass erklärt werden muss.

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung wegen Verzugs ist vier Monate nach der letzten Besprechung der Vertragsparteien (hier: über die Verzögerungen des Projekts und das weitere Vorgehen) verwirkt. Ein Verzug des Auftragnehmers ist ausgeschlossen, wenn ihm ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht. Dies ist etwa der Fall, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung einer Bauhandwerksicherheit bestimmt hat und die geforderte Sicherheit nicht gestellt wird, sofern der Auftragnehmer die Einstellung zuvor angekündigt hat. Unberechtigte Kündigungen aus wichtigem Grund sind in der Regel als freie Kündigungen auszulegen. Zur schlüssigen Abrechnung eines Pauschalpreisvertrags nach freier Kündigung des Auftraggebers.

OLG Hamburg, Urteil vom 22.06.2021 - 8 U 53/18

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um wechselseitige Ansprüche nach vorzeitiger Beendigung eines beidseitig gekündigten Pauschalvertrags. Der Kläger verlangt Entgeltrückzahlung wegen behaupteter Überzahlung sowie Ersatz für die Beseitigung von behaupteten Mängeln, die Beklagten begehren restlichen Werklohn wegen behaupteter erbrachter Leistungen sowie entgangenen Gewinn.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen und der erstinstanzlich gestellten Anträge der Parteien wird auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils Bezug genommen (Bl. 659 ff. d. A.).

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 20.07.2018 nur in geringem Umfang stattgegeben und die Beklagten verurteilt, an den Kläger Euro 3.306,19 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.12.2010 zu zahlen. Im Übrigen hat das Landgericht die Klage sowie die Widerklage abgewiesen. Hierzu hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt:

Dem Kläger stehe nach der beiderseitigen Kündigung des Werkvertrages ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch aufgrund einer Überzahlung in Höhe von Euro 3.306,19 zu, während die Widerklage ohne Erfolg bleibe. Die fristlose Kündigung des Klägers sei nicht wirksam gewesen, weil dem Kläger ein Grund zur fristlosen Kündigung gefehlt habe, da sich die Beklagten zum Zeitpunkt der Kündigung am 07.04.2010 nicht in Verzug befunden hätten. Insbesondere ein angeblicher Verzug der Beklagten bzw. angebliche Kündigungsgründe im Jahr 2009 ließen keine fristlose Kündigung im April 2010 zu, da der Kläger mit dem Abwarten der Aussprache der Kündigung sein Kündigungsrecht verwirkt habe. Ein zur Kündigung berechtigender Verzug der Beklagten könne aufgrund der Winter- und Verhandlungspause von Anfang Dezember 2009 bis zum 15.03.2010 allenfalls nach dieser Zeit entstanden sein. Das Landgericht hat weiter ausgeführt, dass ein Verzug des Auftragnehmers und ein Kündigungsrecht des Auftraggebers ausgeschlossen seien, wenn dem Auftragnehmer seinerseits ein Leistungsverweigerungsrecht zustehe. Ein solches Leistungsverweigerungsrecht habe der Beklagten für die Zeit nach dem 14.12.2009 aus § 648a Abs. 1 BGB a.F. zugestanden, denn die Beklagte habe den Kläger mit Schreiben vom 02.12.2009 berechtigterweise bis zum 14.12.2009 zur Erbringung einer Sicherheitsleistung i.S.d. § 648a Abs. 1 BGB a.F. aufgefordert und für den Fall des ergebnislosen Fristablaufs die Leistungsverweigerung angedroht. Die Beklagte habe auf die Erbringung einer Sicherheitsleistung auch nicht im Gespräch mit dem Kläger vom 15.12.2009 verzichtet. Zudem sei die Berufung der Beklagten auf das Leistungsverweigerungsrecht mangels Erbringung einer Sicherheitsleistung durch den Kläger nach dem 14.12.2009 auch nicht rechtsmissbräuchlich gewesen, denn hierfür fehle es an Anhaltspunkten. Die Kündigung des Klägers sei als freie Kündigung nach § 649 BGB a.F. auszulegen mit der Folge, dass die Beklagte einen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung habe unter Anrechnung dessen, was sie infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen

habe. Bei Zugrundelegung der Vermutung aus § 649 S.3 BGB a.F. sei von einem entgangenen Gewinn der Beklagten von Euro 38.781,63 Euro auszugehen. Unter Anrechnung der bereits vom Kläger erbrachten Leistungen verbleibe damit ein Anspruch des Klägers in Höhe von Euro 3.306,19. Zur Erläuterung dieser Summe hat sich das Landgericht auf das Gutachten des Sachverständigen H. vom 26.09.2017 (Bl. 493 ff. d.A.), auf dessen Ergänzungsgutachten vom 21.02.2018 (Bl. 573 d. A.) und dessen Ausführungen in der mündlichen Verhandlung vom 30.04.2018 (Bl. 625 ff. d.A.) bezogen. Dem Kläger stünde aufgrund des weiterhin bestehenden Leistungsverweigerungsrechts der Beklagten kein Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten in Höhe von Euro 92.815,54 zu. Weitere Ansprüche des Klägers auf Zahlung von Vertragsstrafe oder Ersatz der Mietausfallkosten seien ebenfalls nicht gegeben.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts haben beide Parteien Berufung eingelegt.

Der Kläger hat, nach Zustellung des Urteils am 26.07.2018, mit Schriftsatz vom 03.08.2018, eingegangen per Fax am 03.08.2018 (Bl. 684 d. A.), Berufung eingelegt und diese auf Ansprüche wegen Erstattung der Mängelbeseitigungskosten i.H.v. Euro 92.815,54 sowie Rückzahlung einer Überzahlung i.H.v. Euro 218.050,00 beschränkt, während er Ansprüche auf Zahlung von Vertragsstrafe und wegen Mietausfallschäden in der Berufungsinstanz nicht mehr weiterverfolgt.

Mit seiner Berufungsbegründung vom 03.12.2018 (Bl. 731 ff. d.A.) macht der Kläger im Wesentlichen geltend:

Den Beklagten habe bis zum Ablauf des 08.04.2010 kein Zurückbehaltungsrecht zugestanden.

Insbesondere hätten die Beklagten es versäumt, der erstmalig definitiven Fristsetzung vom 24.03.2010 eine Androhung einer Arbeitseinstellung beizufügen (Bl. 732 d. A.). Zudem sei der angestellte Maurermeister der Beklagten mangels "Unternehmereigenschaft" i.S.d. § 648 Abs. 1 BGB a.F. nicht in der Lage gewesen, wirksam eine Frist zur Stellung der Bauhandwerksicherung zu setzen mit der Folge, dass die Fristsetzung zum 30.03.2010 gegenstandslos gewesen sei. Im Übrigen seien, wie die Beweisaufnahme ergeben habe, alle vor dem 24.03.2010 gesetzten Fristen ausgesetzt gewesen. Das vorherige Sicherheitsverlangen der Beklagten vom 02.06.2009 sei unwirksam nur hilfsweise erfolgt, nämlich für den Fall, dass keine Finanzierungsbestätigung der Bank des Klägers vorgelegt werde. Eine solche sei den Beklagten allerdings am 09.06.2009 schriftlich zur Verfügung gestellt worden. Es sei darüber hinaus von den Beklagten in Hinblick auf § 3 Abs. 4 des Werkvertrages rechtsmissbräuchlich gewesen, mit Schreiben vom 02.06.2019 die Vorlage eine Finanzierungszusage in Form einer Zahlungsgarantie zu fordern (Bl. 734 d. A.). Weiterhin sei die Kündigung der Beklagten am 07.04.2010 unwirksam, weil die ´von den Beklagten gesetzte Frist zur Sicherheitsleistung erst am 08.04.2010 enden sollte, es aber bereits am 07.04.2010 zur berechtigten Kündigung des Klägers gekommen sei.

Der Kläger vertritt die Ansicht, dass die Beklagte aufgrund der berechtigten fristlosen Kündigung des Klägers allenfalls einen Anspruch auf Vergütung der von ihr mangelfrei erbrachten Leistungen habe. Aber auch bei der vom Landgericht angenommenen freien Kündigung hätte die Beklagten keinen Anspruch auf die volle Vergütung für die nur mangelhaft erbrachten Arbeiten. Sie könne bei einem Pauschalpreisvertrag nur eine Vergütung nach dem Verhältnis der erbrachten Leistungen zu dem Verhältnis der vertraglich geschuldeten Leistungen verlangen, was bedeute, dass der Wert der erbrachten Leistungen um die Kosten der Mängelbeseitigung vermindert sei. Soweit sich die Beklagte darauf berufen habe, die geforderte Mängelbeseitigung nicht erbringen zu müssen, weil die geforderte Sicherheit vom Kläger nicht gestellt worden sei, sei darauf zu verweisen, dass die Beklagte zum damaligen Zeitpunkt bereits in über die Mängelbeseitigungskosten hinausgehender Höhe überzahlt gewesen sei. Ein berechtigtes Sicherheitsverlangen habe die Beklage deshalb nicht stellen können.

Wegen der angeblichen Mängel bezieht sich der Kläger auf die Feststellungen des Privatsachverständigen H. (Anlage K11). Des Weiteren macht der Kläger geltend, dass er einen Anspruch auf Rückzahlung der Überzahlung in Höhe von 218.050,00 Euro habe (Bl. 742). Der Kläger rügt, die Beklagte habe nicht das Verhältnis ihrer Teilleistung zum Pauschalpreis abgerechnet, die Schlussrechnung der Beklagten entspreche nicht den Anforderungen der Rechtsprechung. Der Architekt Herr K. sei bei der Überprüfung der Schlussrechnung zu dem Ergebnis gekommen, dass erhebliche noch nicht erbrachte Leistungen als erbracht abgerech-

net worden seien. Zudem sei der Bautenstand entsprechend der Aufstellung der Beklagten in der Anlage K14 viel geringer gewesen als vom Gerichtssachverständigen geschätzt (Beweis: Sachverständigengutachten, Bl. 744 d.A.).

Im Übrigen sei der Kläger in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden, weil das Landgericht bei der Ermittlung der von den Beklagten erbrachten Leistungen ausschließlich das gerichtliche Sachverständigengutachten berücksichtigt habe, ohne dabei auf das Privatgutachten des Klägers einzugehen (Bl. 948 d.A.) und dieses zu berücksichtigen. Das Landgericht habe sich mit dem Privatgutachten des Herrn H. gar nicht befasst. Die im Hinweisbeschluss vom 02.01.2020 genannte Schätzungsgrundlage von 45 % hätte darüber hinaus zu einer anderen Summe führen müssen. Schließlich sei der Einwand des Klägers, die Beklagte hätten keine Aufwendungen gehabt, wenn sie die vorgelegten Rechnungen der Subunternehmer nicht bezahlt hätten, beachtlich. Bauleistungen, die nicht auf die Baustelle verbracht würden, könnten auch von den Subunternehmern nicht gegenüber der Beklagten geltend gemacht werden. Der neue Vortrag der Beklagten zum entgangenen Gewinn sei verspätet und werde vom Kläger bestritten.

Der Kläger beantragt,

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger Euro 310.865,54 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf Euro 160.650,00 seit dem 21.04.2010 und auf weitere Euro 150.215,54 seit dem 28.01.2013 zu zahlen,

2. die Beklagten als Gesamtschuldner weiter zu verurteilen, an den Kläger vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von Euro 1.309,36 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.12.2010 zu zahlen.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Die Beklagten machen mit ihrer Berufungserwiderung vom 01.02.2019 (Bl. 760 ff. d.A.) im Wesentlichen geltend:

Die Behauptung des Klägers, eine erstmalige Fristsetzung zur Stellung der Sicherheit nach § 648a BGB sei erstmals mit Schreiben des Zeugen H. vom 24.03.2010 erfolgt, sei falsch.

Ausweislich der Anlage B3 und des Tatbestandes des angefochtenen Urteils sei die erste Aufforderung im Schreiben vom 02.06.2009 erfolgt; eine weitere Aufforderung sei im Schreiben vom 02.12.2009 enthalten gewesen, und zwar unter Fristsetzung und unter Androhung der Leistungsverweigerung nach fruchtlosem Fristablauf. Das Schreiben vom 24.03.2010 habe also lediglich die bereits erfolgte Fristsetzung wiederholt. Auch könne der Kläger mit dem Einwand, der Zeuge H. sei nicht entsprechend bevollmächtigt gewesen, nicht gehört werden, denn der Zeuge sei Bauleiter der Beklagten gewesen und habe in dieser Rolle auch mit dem Kläger die Verträge verhandelt und unterschrieben; außerdem seien nicht die Anforderungen des § 174 S. 1 BGB eingehalten. Dass die gesetzten Fristen ausgesetzt worden seien, treffe nicht zu. Das habe die Beweisaufnahme gerade auch nicht ergeben, allenfalls sei die mit Schreiben vom 02.12.2009 gesetzte Frist bis zur Besprechung am 17.12.2009 gehemmt gewesen. Es treffe im Übrigen auch nicht zu, dass in der Besprechung am 15.12.2009 vereinbart worden sei, dass die Beklagte die Bauarbeiten fortführe. Zudem nehme das Schreiben vom 25.03.2010 (Anlage B 19) auch ausdrücklich Bezug auf die Aufforderung vom 02.12.2009. Die Beklagten sind der Ansicht, dass der klägerische Vortrag zum Schreiben vom 02.06.2009 irrelevant sei, denn die vom Kläger nach dem Bauvertrag vorzulegende Finanzierungszusage sei nicht dadurch entbehrlich oder nachrangig gewesen, weil der Kläger einen Avalkredit mit einer Bank schließe, die ihrerseits Anforderungen an die Finanzierungszusage stelle, zumal es auch nicht zutreffe, dass die Beklagte zur Stellung einer Fertigstellungsgarantie nicht in der Lage gewesen sei.

Die Beklagten bestreiten des Weiteren den Vortrag des Klägers zu einer Finanzierungs-/Zahlungsgarantie der N. und machen dazu weitere Ausführungen. Die Beklagten vertreten die Ansicht, die Nachfristsetzung vom 25.03.2010 sei zudem nicht rechtsmissbräuchlich gewesen, denn das Sicherheitsverlangen der Beklagten

habe seit Ende des Jahres 2009 bestanden und die Beklagte zu 1) habe ihre Arbeiten wegen der nicht gestellten Sicherheit auch eingestellt gehabt. Die Beklagten hätten am 15.12.2009 zudem nicht die Weiterführung der Arbeiten zugesagt, das habe die Beweisaufnahme vor dem Landgericht gerade nicht ergeben. Die Hemmung der Frist sei nach den gescheiterten Gesprächen vom 15.12./17.12.2009 beendet gewesen. Mit Schreiben vom 29.03.2010 (Anlage K8) habe der Kläger die Stellung einer Sicherheit verweigert, so dass weitere Fristsetzungen seitens der Beklagten entbehrlich gewesen seien und die Rechte aus § 648 a BGB auch ohne Abwarten von Fristen hätten geltend machen können. Die Beklagten tragen weiter dazu vor (Bl. 764 f. d.A.), dass sie auch aus anderen Gründen (diverse Behinderungen, Witterungsverhältnisse) nicht in Verzug gewesen seien. Hinsichtlich der vom Kläger geltend gemachten Mängelbeseitigungskosten wenden die Beklagten ein, dass die fristlose Kündigung des Klägers nicht durchgreife und der Kläger jedenfalls auch das Nachbesserungsrecht der Beklagten durch seine Ersatzvornahme vereitelt habe, so dass er keinen Anspruch auf Mängelbeseitigungskosten habe, zumal er diese auch nicht schlüssig dargelegt habe. Es treffe auch nicht zu, dass die Beklagte überzahlt gewesen sei und deshalb kein Sicherungsverlangen habe geltend machen können. Darauf komme aber nicht einmal an, an, denn der Kläger habe der Beklagten mit Schreiben vom 29.04.2010 (Anlage B26) ein Baustellenverbot erteilt und eine Nachbesserung unmöglich gemacht. Die Ausführungen des Architekten H. zum Bautenstand seien gerade nicht von beiden Parteien als verbindlich anerkannt worden. Die Beklagten machen zu den angeblichen Mängelbeseitigungskosten weitere Einwendungen geltend (Bl. 767 f. d.A.). Das Landgericht habe die erbrachten Leistungen zutreffend durch den Gerichtssachverständigen ermitteln lassen, der ein nachvollziehbares Gutachten erstattet habe, welches das Landgericht zur Schätzung nach § 287 ZPO berechtigt habe. Die Anlage K14 sei nicht heranzuziehen, denn es handele sich um kein Anerkenntnis der Beklagten, sondern lediglich um eine Grobermittlung der bei Durchführung des Bauvorhabens noch anfallenden Kosten der Beklagten, denn die Beklagte habe bei der Abfassung der Anlage überhaupt keinen Rechtsbindungswillen bzw. kein Erklärungsbewusstsein gehabt.

Die Beklagten haben, nach Zustellung des Urteils am 25.07.2018, mit Schriftsatz vom 20.08.2028 (Bl. 694 d. A.), eingegangen am 21.08.2018 (Bl. 694 d. A.), ebenfalls Berufung eingelegt und machen mit ihrer Berufungsbegründung vom 28.09.2018 (Bl. 705 ff. d.A) im Wesentlichen geltend:

Zwar habe das Landgericht fehlerfrei festgestellt, dass die Kündigung der Beklagten ("die Kündigung des Klägers" müsste es heißen, vgl. Bl. 705 f. d. A.) als freie Kündigung i.S.d. § 649 BGB a.F. anzusehen gewesen sei und die Beklagte zu 1) demnach einen Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen sowie auf entgangenen Gewinn für beauftragte, aber noch nicht erbrachte Leistungen habe. Die Beklagten sind jedoch der Auffassung, dass das Landgericht die Höhe des Werklohnanspruchs der Beklagten zu 1) fehlerhaft ermittelt habe. Die Beklagten vertreten die Ansicht, dass das Landgericht nicht beachtet habe, dass auch bereits hergestellte, aber noch nicht eingebaute Bauteile als erbrachte Leistung zu vergüten sein könnten, wenn der Bauunternehmer die Bauteile bereits hergestellt habe, für diese keine anderweitige Verwendung habe, während die Bauteile für die Weiterführung der gekündigten Werkleistung uneingeschränkt geeignet seien und die Verwendung dem Besteller gemäß § 242 BGB zugemutet werden könne, was hier der Fall gewesen sei, denn die Fenster seien speziell für das Bauvorhaben des Klägers anhand der dort genommenen Aufmaße und Ausführungspläne des klägerischen Architekten gefertigt worden. Diese, anderweitig nicht brauchbaren Bauteile seien dem Kläger auch mehrfach angeboten worden, so dass die von der Beklagten aufgewendeten Beträge i.H.v. 28.665,56 Euro und 63.472,00 Euro wegen der Tischler- und Zimmererarbeiten als erbrachte Leistungen zu vergüten und zu dem vom Sachverständigen H. ermittelten Leistungsstand hinzuzurechnen seien. Nicht nachvollziehbar seien auch die Ausführungen des Landgerichts zu der Vergütung für den Aufzug (Bl. 708 d.A.). Insgesamt stünde der Beklagten zu 1) für erbrachte Leistungen in Höhe noch ein Anspruch in Höhe von Euro 77.233,89 zu, zu dessen Berechnung die Beklagten auf S. 5 der Berufungsbegründung (= Bl. 709 d. A.) näher vortragen. Die Beklagten rügen zudem, dass das Landgericht aufgrund einer Pauschalierung rechtsfehlerhaft von einem entgangenen Gewinn der Beklagten von lediglich Euro 38.781,63 ausgegangen sei (Bl. 709 f. d. A.). Das Gericht habe den Vortrag der Beklagten zu 1) vollständig außer Acht gelassen und seine Hinweispflicht nach § 139 ZPO verletzt.