

Werkvertrag – seine Kündigung und die Folgen
Ende mit Schrecken oder Schrecken ohne Ende??

RAin Almut Menn
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
rapräger Rechtsanwälte

Agenda

- Welche Möglichkeiten bestehen zur Beendigung eines Vertragsverhältnisses?
- Werkvertrag, § 631 BGB
- Wem steht das Kündigungsrecht zu?
- Kündigung aus wichtigem Grund, § 648 a BGB
- Beispiele für Kündigungsgründe
- Fristsetzung/Abmahnung, § 648 a BGB i.V.m. § 314 Abs. 2 BGB
- Entbehrlichkeit der Abmahnung?
- Erklärung der Kündigung
- Verlust des Kündigungsrechts/widersprüchliches Verhalten
- Nachschieben von Kündigungsgründen
- Teilkündigung bei fristloser Kündigung aus wichtigem Grund, § 648 a BGB
- Allgemeine Rechtsfolgen einer Kündigung
- § 648 a Abs. 4 BGB Feststellung des Leistungsstandes

Agenda

- Abnahme der erbrachten Leistung auch im Falle der Kündigung erforderlich
- Rechtsfolge der fristlosen Kündigung hinsichtlich der Vergütungsansprüche/Schadensersatzansprüche
- Gewährleistung für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen
- Beispielfälle
- Sonstige Kündigungsmöglichkeiten des AN
- Ergänzende Hinweise zur außerordentlichen Kündigung
- Freie Kündigung, § 648 BGB
- Beispielfall freie Kündigung
- Berechnung des Vergütungsanspruchs abzüglich ersparter Aufwendungen im Fall der Kündigung
- Vertragliche Vereinbarungen aus Sicht des AN
- Strategien aus Sicht des AN
- Strategien aus Sicht des AG

Beendigung eines Vertragsverhältnisses

Möglichkeiten:

- Kündigung aus wichtigem Grund, § 648 a BGB
- Teilkündigung (bei Kündigung aus wichtigem Grund – geht das auch bei einer freien Kündigung??)
- AN kündigt bei fehlender Mitwirkung des AG, § 642 BGB
- oder wegen fehlender Sicherheitsleistung, § 650 f BGB
- AG übt freies Kündigungsrecht aus, § 648 BGB (kein freies Kündigungsrecht des AN)
- Einvernehmliche Beendigung des Vertrages (Achtung: Regelung des gegebenenfalls verbleibenden Vergütungsanspruchs zur Vermeidung der Rechtsfolgen des § 648 S. 2 BGB erforderlich)
- Kündigungsrechte gemäß § 8 Abs. 1, 2, 3 und 4 VOB/B

Achtung:

- § 650h BGB:
- Kündigung des **Bauvertrages** ist schriftlich auszusprechen (nicht per E-Mail, mündlich, telefonisch oder per WhatsApp...)

Werkvertrag, § 631 BGB

- Hauptpflicht des AN: Rechtzeitige, mangelfreie Herstellung des geschuldeten Werkes als „Erfolg“
- Hauptpflicht des AG: Abnahme der Werkleistung, Zahlung der Vergütung
- Gesetzliche Sonderfälle des Werkvertrages:
 - Bauvertrag, § 650a BGB; Verbraucherbauvertrag, § 650i BGB; Architekten- und Ingenieurvertrag, § 650p BGB
- Bauverträge: Ergänzend anwendbar: VOB/B (sofern vereinbart)
- Architekten- und Ingenieurverträge: Ergänzend anwendbar: HOAI (bedarf keiner gesonderten Vereinbarung, HOAI gilt aus sich heraus)
- Achtung: Neufassung des Werkvertragsrechts zum 1.1.2018; die seit dem 1.1.2018 geltenden gesetzlichen Regelungen sind Grundlage dieses Vortrages

Wem steht das Kündigungsrecht zu

Kündigungsrechte bestehen zum Teil für AG und AN, zum Teil nur für AG, zum Teil nur für AN; es ist also zu differenzieren:

- Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 648 a BGB: **Sowohl AG als auch AN**
- „Freie“ Kündigung gemäß § 648 BGB: **Nur AG**
- Kündigungsrecht wegen fehlender Mitwirkung, § 642 BGB bzw. fehlender Sicherheitsleistung, § 650 f BGB: **Nur AN**
- Freie Kündigung gemäß § 8 Abs. 1 VOB/B: **Nur AG** (wie BGB)
- Kündigung wegen Zahlungseinstellung/Insolvenzverfahren, § 8 Abs. 2 VOB/B: **Nur AG**
- Kündigung wegen unterbliebener Beseitigung von Mängeln/vertragswidrigen Einsatzes von Subunternehmern/Verzuges nach fruchtlosem Fristablauf, § 8 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 7 oder 8 und § 5 Abs. 4 VOB/B : **Nur AG** (anders als laut BGB)

Kündigung aus wichtigem Grund

§ 648 a BGB

(1) **Beide Vertragsparteien** können den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.

(2) Eine **Teilkündigung** ist möglich; sie muss sich auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks beziehen.

Dementsprechend heißt es in einem Urteil des BGH:

„Ein wichtiger Grund ist gegeben, wenn der AN das Vertrauensverhältnis derart empfindlich stört, dass die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet und dem AG die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar ist (BGH, Urteil vom 7.4.2016 – VII ZR 56/15).“

Beispiele für Kündigungsgründe

- Kündigungsgründe des AG, die der AN zu vertreten hat:
 - AN fordert zu Unrecht Abschlagszahlungen und droht, das Montagepersonal stark zu reduzieren
 - AN beginnt mit den Arbeiten, obwohl noch keine Baugenehmigung vorliegt
 - Nicht genehmigter Nachunternehmerereinsatz, § 4 Abs. 8 VOB/B
 - AN stellt Arbeiten auf unbestimmte Zeit ein, weil AG sein Nachtragsangebot nicht angenommen hat, obwohl Nachtragsforderung unberechtigt
 - Fehlende Kooperation bei terminkritischen Projekten (Achtung: Ausführungsfristen müssen vereinbart sein)
 - AN ignoriert ständig Bauherrnwünsche
 - AN droht wiederholt mit Kündigung, obwohl ein Kündigungsgrund nicht vorliegt

Beispiele für Kündigungsgründe

- Kündigungsgründe des AN, die der AG zu vertreten hat:
 - AG fordert den AN auf, ohne Baugenehmigung bauen
 - AG lässt – ohne rechtfertigende Gründe – keine Mangelbeseitigung zu
 - AG veräußert das Grundstück, das bebaut werden soll
 - AG verweigert endgültig und ernsthaft die Bezahlung einer fälligen Abschlagsrechnung

Fristsetzung/Abmahnung,

§ 648a BGB i.V.m. § 314 Abs. 2 BGB

- besteht der wichtige Grund in einer **Vertragspflichtverletzung**, gleichgültig ob Haupt-oder Nebenpflicht, kann grundsätzlich erst nach erfolgloser Abmahnung bzw. Fristsetzung gekündigt werden, § 314 Abs. 2 S. 1 BGB
- dies gilt **nicht** im Falle des § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB (endgültige Erfüllungsverweigerung) bzw. Nr. 2 BGB (nicht termin- oder fristgerechte Leistung) bzw. bei vergleichbaren Sachverhalten, § 314 Abs. 2 Z. 2 und 3 BGB
 - Anmerkung: Erforderlich ist hierfür eine terminliche Vereinbarung, es genügt nicht, das „Gefühl“ zu haben, der AN wäre zu spät
 - Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn ... der Schuldner die Leistung bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist nicht bewirkt...“

Entbehrlichkeit der Abmahnung

- Architekten erhält von Handwerkern, die er im Namen des Auftraggebers beauftragt hat, „Provision“
- Der Auftragnehmer wirft dem Auftraggeber gegenüber Dritten betrügerisches Verhalten vor
- Zahlung von Schmiergeldern durch den Auftragnehmer an Mitarbeiter des Auftraggebers
- Der Auftragnehmer vermittelt dem Auftraggeber den Eindruck, er betreibe ein Fachunternehmen für ein bestimmtes Handwerk, also einen Meisterbetrieb, der kraft öffentlichen Rechts befugt ist, bestimmte Handwerkerarbeiten auszuführen; tatsächlich ist das Unternehmen aber nicht in die Handwerksrolle eingetragen
- Der Auftragnehmer macht den Baubeginn davon abhängig, dass der Auftraggeber einen unberechtigten Nachtrag bzw. Mehrpreis anerkennt
- Veruntreuung von Geldern

- Achtung:
Die Entbehrlichkeit einer „Abmahnung“ im Sinne von § 314 Abs. 2 BGB ist **eher die Ausnahme** und deswegen sehr sorgfältig zu prüfen

Erklärung der Kündigung

- Einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung
- Möglich bis zur **Vollendung** der Leistung (nicht mehr nach Abnahme der Leistung)
- Aus der Erklärung muss sich der Wille zur Vertragsbeendigung – aus wichtigem Grund – eindeutig ergeben (gegebenenfalls ist dies durch Auslegung zu ermitteln)
- Ausspruch der fristlosen Kündigung unverzüglich nach Ablauf der gesetzten Frist (§ 314 Abs. 3 BGB)
- Eine vor Ablauf der Frist ausgesprochene Kündigung ist grundsätzlich unwirksam, (BGH, Urteil vom 4.6.1972 – VII ZR 113/71)
- § 648 a Abs. 2 BGB: Teilkündigung möglich, begrenzt auf einen in sich abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks
- Liegt ein Kündigungsgrund nicht vor, kann diese Kündigung ausnahmsweise in eine „freie“ Kündigung umgedeutet werden, wenn dies – bei einer Kündigung des AG – dem erkennbaren Willen des AG entspricht (BGH, Urteil vom 26.7.2001 – X ZR 162/99) (Ist dies nicht gewollt, ist zu **empfehlen**, deutlich zu machen, dass die Kündigung **nur als Kündigung aus wichtigem Grund** zu verstehen ist und eine „freie“ Kündigung nicht gewollt ist, BGH, Versäumnisurteil vom 24.7.2003 – VII ZR 218/02)
- Bauvertrag, § 650 a BGB: **Schriftform** erforderlich, § 650 h BGB
- Kündigung durch einen Vertreter: **Original** einer Vollmacht muss beigelegt werden, § 174 BGB

Verlust des Kündigungsrechts/widersprüchliches Verhalten

- Kündigung aus wichtigem Grund kann ins Leere gehen, wenn der AN durch widersprüchliches Verhalten, § 242 BGB, des AG vor/nach Ablauf der gesetzten Frist annehmen darf, der AG wolle an der Kündigungsandrohung nicht mehr festhalten (BGH, Urteil vom 28.10.2004 – ZR 18/03)
- Unschädlich sind Bemühungen zur Sachverhaltsaufklärung oder Bemühungen um eine einvernehmliche Lösung, wenn von vornherein deutlich gemacht wird, dass der Standpunkt, es liege ein zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigendes Fehlverhalten der anderen Vertragspartei vor, **erklärtermaßen** nicht aufgegeben wird (Achtung: Dies ist gegebenenfalls schriftlich/per E-Mail zu erklären)
- AG verhält sich unter anderem widersprüchlich, wenn er gleichwohl – beispielsweise während der dem AN gesetzten Frist – dem AN Nachträge erteilt; der AG gibt dadurch seinen Kündigungsgrund/sein Kündigungsrecht auf

Nachschieben von Kündigungsgründen

- Nachschieben von Kündigungsgründen ist grundsätzlich zulässig (Begründung der Kündigung mit Aussprache der Kündigung nicht erforderlich, vgl. BGH, Urteil vom 26.11.1959 – VII ZR 120/58; BGH, Beschluss vom 11.10.2017 – VII ZR 46/15)
- Aber: In diesem Fall müssen bezüglich der nachgeschobenen Kündigungsgründe die weiteren Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund gegeben sein, z.B. vorherige Fristsetzung (vergleiche BGH, Beschluss vom 11.10.2017, VII ZR 46/15)

Teilkündigung bei fristloser Kündigung aus wichtigem Grund, § 648 a BGB

- Teilkündigung muss, vgl. den Wortlaut des § 648a BGB, auf einen „abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks“ begrenzt werden
- Entscheidend ist, dass die Vertragspartner eine klare Abgrenzung der von der Teilkündigung erfassten und der danach von einem Zweitunternehmer zu erbringenden Leistungen vornehmen können und dass der von der Kündigung betroffene AN in der Lage ist, die von ihm noch geschuldeten, nach der Kündigung verbleibenden Leistungen ohne Beeinträchtigung zu erbringen
- Vertrag bleibt hinsichtlich der nicht gekündigten Teile bestehen
- Eine **unwirksame Teilkündigung**, die sich nicht auf einen „abgrenzbaren Teil“ bezieht, muss nicht zwingend zur Unwirksamkeit der (Teil-)Kündigung führen. In Betracht kommt es, diese – unwirksame – Teilkündigung dahingehend auszulegen, dass nur die Beschränkung auf bestimmte Arbeiten unwirksam ist, dass aber eine **Kündigung des gesamten Vertrages** erklärt wurde (Kammergericht, Urteil vom 13.6.2017, 21 U 24/15)
- Regelung des § 648 a BGB bewusst abweichend von § 8 Abs. 3 VOB/B; ein „in sich abgeschlossener Teil der Leistung“ wurde als unnötig hohe Hürde für die Vertragspartner angesehen (hierfür muss die gekündigte Leistung funktional selbstständig sein, Leistungsteile innerhalb eines Gewerks werden grundsätzlich nicht als abgeschlossen angesehen, BGH, Urteil vom 20.8.2009 – VII ZR 212/0 7)

Allgemeine Rechtsfolgen einer Kündigung

- Kündigung beendet Vertrag ex-nunc (das bedeutet ab sofort mit Wirkung für die Zukunft)
- Vertrag bleibt für die vor der Kündigung erbrachten Leistungen als Rechtsgrund erhalten
- Mit der Kündigung entfällt die Leistungsverpflichtung für den bis zur Kündigung noch nicht erbrachten Teil des Auftrages
- Der Gegenstand des Werkvertrages beschränkt sich – vorbehaltlich eines etwaigen Vergütungsanspruchs für nicht erbrachte Leistungen – auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistung als Teilwerk (BGH, Urteil vom 25.3.1993, X ZR 17/92; Urteil vom 19.12.2002 – VII ZR 103/0 0)

§ 648 a Abs. 4 BGB Feststellung des Leistungsstandes

- „Nach der Kündigung kann jede Vertragspartei von der anderen verlangen, dass sie an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes mitwirkt. Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung oder bleibt sie einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. (...)“
- Aber: Der Werklohn wird auch bei einem gekündigten Werkvertrag erst nach der Abnahme und Übergabe einer prüffähigen Rechnung fällig.

§ 648 a Abs. 4 BGB Feststellung des Leistungsstandes

- **Beide Vertragsparteien** können von der jeweils anderen Vertragspartei verlangen, dass dieser an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes mitwirkt
- **Kein Automatismus**, sondern eine Partei muss eine entsprechende Feststellung des Leistungsstandes initiieren
- Grundgedanke:
 - Zügige Abwicklung („innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin“)
 - Kooperationspflicht der Parteien, **beachte**: Beweislastumkehr, § 648 a Abs. 4 BGB
- Hinweis: Gerichtliches selbstständiges Beweisverfahren dauert regelmäßig zu lange, deshalb ist gegebenenfalls **neben der Zustandsfeststellung** für einen Beweis (beispielsweise wegen etwaiger Mängel) durch Privatgutachten oder eine eigene, **beschriftete** und damit **nachvollziehbare** Fotodokumentation Sorge zu tragen

Abnahme der erbrachten Leistung auch im Falle der Kündigung erforderlich

- AN hat Anspruch auf Abnahme der bereits erbrachten Leistung, wenn diese allenfalls mit unwesentlichen Mängeln erbracht ist
- Ausnahme: Wenn eine „freie“ Kündigung gemäß § 648 BGB erfolgt, ohne dass AN irgendwelche Leistungen erbracht hat, bedarf es keiner Abnahme (BGH, Urteil vom 5.6.2014 – VII ZR 285/12)
- Abnahme kann durch die bekannten Abnahmesubstitute ersetzt werden
- Kündigungserklärung durch AG bedeutet nicht automatisch die konkludente Abnahme des gekündigten Teilwerks
- Abnahme der durch die Kündigung beschränkten, vertraglich geschuldeten Werkleistung beendet das Erfüllungsstadium des gekündigten Vertrages und führt die Erfüllungswirkung der Werkleistung herbei (BGH, Urteil vom 19.12.2002 – VII ZR 103/00)
- Mangel ist nicht die durch die Kündigung zwangsläufig herbeigeführte Unvollständigkeit des Werks, dies erfordert vielmehr einen dem Teilwerks selbst anhaftenden Fehler (BGH, Urteil vom 25.3.1993 – X ZR 17/92)
- Verweigert der AG die Abnahme, kann der AN nach § 650g Abs. 1-3 BGB (also im Falle des Bauvertrages, § 650 a BGB) eine Zustellungsfeststellung fordern (ggf. § 650 g BGB analog)

Rechtsfolge der fristlosen Kündigung hinsichtlich der Vergütungsansprüche/Schadenersatzansprüche

§ 648a Abs. 5 und 6 BGB

„(5) Kündigt eine Vertragspartei aus wichtigem Grund, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt.

(6) Die Berechtigung, Schadenersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.“

Rechtsfolge der fristlosen Kündigung hinsichtlich der Vergütungsansprüche/Schadenersatzansprüche

Das bedeutet:

- Kündigt der AG aus wichtigem Grund, den der AN zu vertreten hat, steht dem AN nur die Vergütung für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen zu
- Zudem ist der AG berechtigt, Schadenersatzansprüche geltend zu machen (z.B. in Höhe der Mehrkosten eines Unternehmers, der mit der Fertigstellung des Werks beauftragt wird oder in Höhe eines Verzögerungsschadens)
- Kündigt der AN aus wichtigem Grund, den der AG zu vertreten hat, steht dem AN der Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen zu und – bei schuldhafter Herbeiführung des Kündigungsgrundes durch den AG – Schadenersatz bzgl. des Vergütungsanspruches nicht erbrachter Leistungen, §§ 280, 281 BGB (Berechnung analog zu dem Vergütungsanspruch abzüglich ersparter Aufwendungen im Sinne von § 648 BGB)

§ 648 a = **kleine Kündigungsvergütung** = nur Vergütung der tatsächlich erbrachten Leistung, sofern AN den Kündigungsgrund zu vertreten hat

Gewährleistung für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen

- Die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen unterliegen den gesetzlichen Gewährleistungsregeln, § 634 BGB, d. h.:
 - Nacherfüllung, § 635 BGB
 - Ersatzvornahme, § 637 BGB
 - Rücktritt, § 636 i.V.m. §§ 323, 326 Abs. 5 BGB bzw. Minderung, § 638 BGB und
 - Schadenersatz, §§ 636, 280, 281, 283 und 311 a oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen, § 284 BGB
- Also: Kündigung lässt Mängelansprüche grundsätzlich unberührt, (wegen des nicht gekündigten Teils des Auftrages besteht der Vertrag fort, BGH, Urteil vom 25.6.1987 – VII ZR 488/99)
- innerhalb der gesetzlichen Gewährleistungsfrist, § 634 a BGB
 - 2 Jahre (Arbeiten an einer Sache, Planungs- und Überwachungsleistungen hierfür), beginnend mit der Abnahme
 - 5 Jahre (Arbeiten bei einem Bauwerk), beginnend mit der Abnahme
 - 3 Jahre, beginnend zum Jahresende (sonstige Werkleistungen)

Gewährleistung für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen

- Beachte: Abgrenzung Restleistung – Mängel
- Ist eine Leistung infolge der Kündigung noch nicht fertig gestellt oder war sie bereits vor der Kündigung nicht vertragsgemäß („mangelhaft“) erbracht?
- Mängelansprüche – die eine Abnahme bzw. Abnahmesubstitute voraussetzen – bestehen nicht wegen noch nicht fertig gestellter Arbeiten (d.h., eine Leistung ist nicht deswegen mangelhaft, weil sie infolge der Kündigung nicht fertiggestellt wurde/werden konnte)
- Beispiel:
 - AN schuldet zweifachen Anstrich, die Kündigung erfolgt nach dem ersten Anstrich
 - AN schuldet Dokumentation über ein errichtetes Bauwerk (zum Zeitpunkt der Abnahme), bei Aussprache der Kündigung sind nur Teilleistungen fertiggestellt

Beispiel: OLG Frankfurt, 23 U 203/12 – BGH VII ZR 332/13

- AG trifft keine Entscheidung; kann AN kündigen?
- AN wird mit Renovierungsarbeiten beauftragt. Handwerksunternehmen nehmen die Arbeiten auf, AN versucht mehrfach, AG telefonisch zu erreichen. Auf schriftliche Bitte um ein Klärungsgespräch antwortet AG: Wie mehrfach mitgeteilt, habe ich keine Zeit, mich mit ihren Sachen zu befassen. Nach einer persönlichen Vorsprache erklärt AG Hausverbot. Abschlagszahlungen des AN werden nicht beglichen. A kündigt und fordert Werklohn für erbrachte Leistungen und Schadenersatz für nicht erbrachte Leistungen.
- Zu Recht?
- OLG Frankfurt hält die Kündigung für wirksam. Auch einzelne, nicht so schwerwiegende Verstöße, die in der Summe eine solch erhebliche Erschütterung des Vertrauensverhältnisses mit sich bringen, berechtigen zur Kündigung. Dies insbesondere, wenn der AG die gebotene Mitwirkungshandlung verweigert. Ein ausschließlich schriftlicher Informationsaustausch ist dem AN nicht zumutbar.

Beispiel OLG Celle - 14 U 169/13; BGH – VII ZR 237/14

- AG beauftragt AN im April 2018 und kündigt fristlos im August 2018. Begründung: Zerstörung des Vertrauensverhältnisses. AG hätte AN um Rücksprache gebeten. Danach habe es nur ein Gespräch gegeben. Weitere Gesprächswünsche seien erfolglos geblieben.
- Ist das eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund?
- Nein, ein wichtiger Grund liegt nicht vor. Bloße Kommunikationsprobleme begründen keinen wichtigen Grund. Erforderliche Abstimmungen können auch unter Zuhilfenahme moderner Kommunikationstechnologien erfolgen.
- AN (hier: ein Architekt) ist nicht verpflichtet, ständig für den AG persönlich erreichbar zu sein. Er hat ein berechtigtes Interesse, seine Leistung effizient unter wirtschaftlicher Verwendung seiner Ressourcen zu erbringen und unnötigen Zeitaufwand zu vermeiden. Ein wichtiger Kündigungsgrund liegt nicht vor, wenn AN versucht, nicht zielführende, zeitraubende und ineffektive Gespräche zu vermeiden.
- Das Gericht hat die Kündigung in eine freie Kündigung umgedeutet.

Sonstige Kündigungsmöglichkeiten des AN

- Verletzung einer Mitwirkungsobliegenheit, §§ 642, 643 BGB
 - AG legt erforderliche öffentlich-rechtliche Genehmigungen und Erlaubnisse nicht vor oder
 - AG kommt der Verpflichtung zur Koordinierung aller am Bau/dem Projekt Beteiligten nicht nach
 - AG verlangt Umplanungsleistungen, ist aber nicht bereit, dafür eine zusätzliche Vergütung zu zahlen
- Wichtig aus Sicht des AN: Annahmeverzug herstellen (d. h., AN muss die von ihm zu erbringende Leistung – in aller Regel tatsächlich – anbieten, § 294 BGB), d.h.
 - § 295 BGB wörtliches Angebot, wenn AG erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen oder wenn eine Handlung des AG erforderlich ist, bzw.
 - § 296 BGB Entbehrlichkeit des Angebots, wenn der AG in Verzug ist, die entsprechende Leistung also zu einem bestimmten – nachweislich vertraglich vereinbarten (!) – Datum hätte erbracht sein müssen.
- Nachfristsetzung mit Androhung der Kündigung durch den AN
- mit fruchtlosem Fristablauf **gilt** der Vertrag **als aufgehoben**
- Rechtsfolge: Vergütung für erbrachte Leistungen und Auslagen
- bei Verschulden des AG Schadensersatzansprüche nach §§ 645 Abs. 2, 324 Abs. 1 BGB bezüglich der nicht erbrachten Leistungen

Sonstige Kündigungsmöglichkeiten des AN

§ 650 f BGB:

- Der AN kann vom AG Sicherheit für die noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich Nebenforderungen i.H.v. 10 % des zu sichernden Vergütungsanspruchs fordern
- Der AG ist zur Leistung der Sicherheit innerhalb angemessener Frist aufzufordern
- Wird die Sicherheit nicht gestellt, kann der AN entweder die Leistung verweigern oder kündigen
- Rechtsfolge bei wirksamer Kündigung: § 650 f Abs. 5 BGB: Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen bezüglich der nicht erbrachten Leistungen (zuzüglich der Vergütung für die bereits erbrachten Leistungen) (**große Kündigungsvergütung**)
- BGH, VII ZR 349/12: Sind die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des dargelegten Vergütungsanspruchs streitig, ist dem Unternehmer für seine schlüssig dargelegte Vergütung eine Sicherheit ohne Klärung der Streitfragen zu gewähren

Ergänzende Hinweise zur außerordentlichen Kündigung

- Der Kündigende trägt für das Vorliegen eines wichtigen Grundes die Darlegungs- und Beweislast
- Wird eine Kündigung auf einen wichtigen Grund gestützt, so ist sie unwirksam, wenn kein wichtiger Grund vorliegt; BGH: Umdeutung in eine freie Kündigung möglich (wenn AG die Kündigung ausgesprochen hat, nicht, wenn AN die Kündigung ausgesprochen hat)
- Kündigt der AG wirksam aus wichtigem Grund, steht dem AN nur der Werklohn für tatsächlich erbrachte Leistungen zu
 - Ausnahme: Leistung unbrauchbar/Verwertung unzumutbar (dann entfällt auch dieser Anspruch, Minderung)
 - In diesem Fall besteht auch das Risiko, dass der AG den AN auf Schadenersatz (beispielsweise wegen Verzuges oder Mehrkosten) in Anspruch nimmt
- Kündigt der AN wirksam aus wichtigem Grund dem AG, hat der AN nur Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen
 - Aber: Bei schuldhafter Herbeiführung des Kündigungsgrundes durch den AG: Schadenersatzansprüche des AN bezüglich der Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen, §§ 280, 281 BGB
- Achtung: Ist ein Subunternehmer beauftragt, ist es im eigenen Interesse wichtig, schon im Vorfeld einer durch den AG auszusprechenden außerordentlichen Kündigung die Aussprache einer außerordentlichen Kündigung (z.B. durch entsprechende Fristsetzungen/Abmahnungen) gegenüber dem Subunternehmer vorzubereiten und diese dann letztlich auch auszusprechen

Freie Kündigung, § 648 BGB

- „Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werks **jederzeit** den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.“
- Freies Kündigungsrecht des AG auch gemäß § 8 Abs. 1 VOB/B
- Nur AG kann jederzeit ohne besonderen Grund eine freie Kündigung aussprechen (nicht der AN; AN macht sich, sofern er dies – beispielsweise wegen der erheblichen Kostensteigerung, die gegenwärtig festzustellen ist – tun wollte, schadenersatzpflichtig)

Freie Kündigung, § 648 BGB

- AN behält Anspruch auf volle Vergütung der noch nicht erbrachten Leistungen
- Ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb muss er sich anrechnen lassen
- Die erbrachten Leistungen werden in voller Höhe vergütet
- § 648 BGB findet auch Anwendung, wenn noch gar keine Leistung erbracht wurde
- § 648 BGB mit AGB nicht abdingbar, Verstoß gegen § 307 BGB
- Der Anspruch auf Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen gemäß § 648 BGB unterliegt – anders als der Vergütungsanspruch für die erbrachten Leistungen – nicht der Umsatzsteuer
- Auch hier ist eine **Teilkündigung** möglich, auch wenn dies gesetzlich nicht vorgesehen ist. Die Möglichkeit einer Teilkündigung wird als „sinnvoll“ angesehen (BT-Drucks. 18/8486 Seite 51
- § 648 BGB enthält keine explizite Regelung zur gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes; aufgrund der wechselseitigen Kooperationspflichten ist der Auftraggeber bei allen Arten von Kündigungen aber verpflichtet, an der gemeinsamen Aufmaßnahme mitzuwirken (BGH, Urteil vom 20.5.2003 – VII ZR 143/0 2); Empfehlung: Termin für eine **gemeinsame Feststellung des Leistungsstandes**

Beispielfall freie Kündigung

- AG beauftragt AN, eine Halle zur Neueröffnung seines Geschäftsbetriebes zu errichten. In dem Auftrag ist vereinbart, dass AG berechtigt ist, den Auftrag jederzeit zu kündigen. Weiter ist vereinbart, dass dem AN, wenn AG kündigt, bezüglich der kündigungsbedingt nicht mehr zu erbringenden Leistungen keine Ansprüche zustehen. Kurz nach Auftragserteilung überlegt AG es sich anders und kündigt den Auftrag, bevor AG mit den Arbeiten begonnen hat. AN fordert trotzdem die volle Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen. AG meint, das dürfe er nicht, dies verbiete der Vertrag.
- Was meinen Sie? Zu Recht?
- Nein. Die vertragliche Vereinbarung, wonach dem AN, wenn der AG kündigt, bezüglich der kündigungsbedingt nicht mehr zu erbringenden Leistungen keine Ansprüche zustehen, ist unwirksam gemäß § 307 BGB. Die Ansprüche des AN sind gerechtfertigt; gegebenenfalls ist prüfen, ob die Ansprüche auch der Höhe nach berechtigt sind, also korrekt berechnet wurden.

Berechnung des Vergütungsanspruchs abzüglich ersparter Aufwendungen im Falle der Kündigung

- Erbrachte Leistungen sind die Leistungen, die sich im Zeitpunkt der Kündigung in der Werkleistung verkörpern
- Hierzu gehören nicht: bereits hergestellte, aber noch nicht eingebaute Bauteile
- AG kann jedoch nach Treu und Glauben verpflichtet sein, diese zu übernehmen und zu vergüten, wenn
 - der gekündigte AN selbst sie nicht verwenden kann und die Bauteile für die Fortführung des Projektes uneingeschränkt tauglich sind und
 - die Verwendung dem AG unter Berücksichtigung aller Umstände zumutbar ist .

Berechnung des Vergütungsanspruchs abzüglich ersparter Aufwendungen im Falle der Kündigung

- Für erbrachte Leistungen: Berechnung des Werklohns anhand der vertraglichen Vereinbarung (z.B. nach Maßgabe der vertraglich vereinbarten Einheitspreise)
- Darlegungs- und Beweislast: AN
- Für nicht erbrachte Leistungen: – widerlegliche – gesetzliche Vermutung § 648 S. 3 BGB: 5 % der vertraglich vereinbarten Vergütung
- Diejenige Vertragspartei, die zu ihren Gunsten behauptet, die ersparten Aufwendungen und der anderweitige Erwerb betragen weniger bzw. mehr als 95 % des auf die offene Restleistung entfallenden Werklohns, ist hierfür darlegungs- und beweisbelastet
- BGH: bzgl. der Vergütung für nicht erbrachte Leistungen entsteht keine USt., BGH Urteil vom 22.11.2007, VII ZR 83/05
- Fordert AN mehr, sind ersparte Aufwendungen fallbezogen konkret abzurechnen und von der vertraglich vereinbarten Vergütung abzuziehen
 - Projektbezogene Personalkosten: anderweitig eingesetzte Projektleiter, Zeichner, Bauleiter, freie Mitarbeiter sind abzuziehen
 - Projektbezogene Sachkosten: Materialkosten, Gerätekosten, Kosten eines nicht mehr benötigten, gekündigten Projektbüros, entfallende Reisekosten, entfallende Kosten eines Subunternehmers (bezüglich des Subunternehmers ist zu prüfen, ob dieser nicht selbst gemäß § 648 S. 3 BGB abrechnet (Achtung: Aussprache der Kündigung ggü Subunternehmer!, der ihm verbleibende Vergütungsanspruch ist Teil der dem AN verbleibenden Kosten)

Berechnung des Vergütungsanspruchs abzüglich ersparter Aufwendungen im Falle der Kündigung

- Frage: Wie hoch sind die ersparten Aufwendungen
 - Alte Rechtsprechung bis 1996: Ersparte Aufwendungen pauschal mit 40 % angesetzt
 - jetzt: Konkrete Darlegung erforderlich (Urkalkulation)
- Beweislast bzgl. der Höhe der ersparten Aufwendungen: AG
- Aber AN ist – beispielsweise anhand der Urkalkulation – zur Erstdarlegung verpflichtet
- Maßstab: Tatsächliche Ersparnis, BGH – VII ZR 314/13

Berechnung des Vergütungsanspruchs abzüglich ersparter Aufwendungen im Falle der Kündigung

- (Böswillig unterlassener) anderweitiger Erwerb:
 - „Anderweitige Verwendung der Arbeitskraft“ im Sinne von § 648 S. 2 BGB erfordert einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Kündigung und der anderen Beschäftigung/dem anderen Auftrag
 - Anzurechnen ist also nur der Erwerb, den die Kündigung des AG ermöglichte
 - Das bedeutet: Es muss ein **echter Ersatzauftrag** sein
 - War der **AN von vorneherein in der Lage**, neben dem gekündigten Auftrag weitere Aufträge auszuführen, sind diese **nicht** als sogenannte Füllaufträge anzusehen (BGH, Urteil vom 30.09.1999, VII ZR 206/98)

Vertragliche Vereinbarungen (AGB) aus Sicht des AN

- AGB-Klauseln des AN, die das freie Kündigungsrecht des AG ausschließen, benachteiligen diesen unangemessen und sind unwirksam, BGH, Urteil vom 8.7.1999 – VII ZR 237/98
- § 648 S. 3 BGB enthält eine widerlegliche Vermutung, dass AN nach „freier“ Kündigung 5 % der vereinbarten Vergütung zustehen, die auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfällt, BGH, Urteil vom 28.7.2011 – VII ZR 45/11
- Pauschalierung der Vergütung oder der Ersparnis ist zulässig, wenn die Klausel nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des AG führt, das bedeutet:
 - Nur die Ersparnis wird abgezogen, nicht jedoch anderweitiger Erwerb – unwirksam, BGH, Urteil vom 8.7.1999 – VII ZR 237/98
 - Pauschalierungsklauseln, die nicht den Nachweis gestatten, dem AN steht nach § 648 S. 3 BGB eine wesentlich niedrigere Vergütung zu als die Pauschale, sind unwirksam
 - Vergütungspauschalen im Falle einer vorzeitigen Vertragskündigung dürfen nicht von vornherein unangemessen hoch sein; Prüfungsmaßstab ist, was der AG ohne die Klausel nach dem Gesetz typischerweise schulden würde, BGH, Urteil vom 5.5.2011 – VII ZR 181/10
 - AGB des AN sehen eine Ersparnis von 40 % vor; dann ist es ihm verwehrt, eine geringere Ersparnis geltend zu machen. Ihm steht dann höchstens 60 % der Vergütung vor, BGH, Urteil vom 4.12.1997 – VII ZR 187/96
 - Dies gilt auch in umgekehrter Richtung. Gibt der AG in seinen AGB für den Fall der „freien“ Kündigung einen pauschalen Zahlungsanspruch für den AN i.H.v. 5 % des noch offenen Werklohns vor, kann er nicht einwenden, tatsächlich steht dem AN nicht einmal dieser Betrag zu, weil der AN den Vertrag unterdeckt kalkuliert habe

Strategien aus Sicht des AN

- Kündigung aus wichtigem Grund möglichst vermeiden
- Meldet AG Mängel an, Mangelbeseitigung - zumindest für Teilleistungen - erbringen
- Leistungs-“Ist“, also das, was bis zur Kündigung erbracht wurde, muss AN beweisen
- Leistungs-“Soll“, also das, was hätte erbracht werden müssen, muss AG beweisen
- Wahrung der Kooperationspflicht (beider Parteien) zur Meidung einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund
- Freie Kündigung grundsätzlich "willkommen" (wegen des Vergütungsanspruchs abzüglich ersparter Aufwendungen)
- Beachte (In allen Fällen der Kündigung):
 - Zur Abnahme auffordern
 - Leistungsfeststellung
 - Sicherheitsleistung verlangen oder Hypothek, § 650 BGB
- Prüffähige Schlussrechnung erstellen, aufgeteilt nach erbrachten und nicht erbrachten Leistungen (Achtung: Keine USt. für nicht erbrachte Leistungen)
- Beweissicherung bezüglich etwaiger Kündigungsgründe/Vertretenmüssen/Leistungsstand zum Zeitpunkt des Vertragsendes/Mängel

Strategien aus Sicht des AG

- Im Rahmen der Beauftragung prüfen, ob es in Betracht kommt, den Auftrag stufenweise zu erteilen
- Alternativ bestünde die Möglichkeit, mit Eventualpositionen zu arbeiten
- In jedem Fall ist die Preisbindung des Auftragnehmers bezüglich des von ihm abgegebenen Angebotes sicherzustellen
- Sollte eine Kündigung erwogen werden: Teilkündigung prüfen und gegebenenfalls aussprechen
- Falls eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund ausgesprochen wird: ggf. klarstellen, dass diese nicht als freie Kündigung verstanden werden soll, sollte der Kündigungsgrund nicht gegeben sein
- Feststellung des Leistungsstandes
- Beweissicherung bezüglich etwaiger Kündigungsgründe/Vertreten-müssen/Leistungsstand zum Zeitpunkt des Vertragsendes /Mängel

Strategien aus Sicht des AG

- Ggf. Voraussetzungen zur Aussprache einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund ggü. Subunternehmer herstellen (Verzug des Subunternehmers herstellen, gegebenenfalls mit Kündigungsandrohung; Aufforderung zur Mangelbeseitigung, gegebenenfalls mit Kündigungsandrohung)
- Sodann auch Aussprache einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund ggü. Subunternehmer
- Herstellung eines "Gleichklangs der Rechtsverhältnisse“, also sowohl bezüglich des Rechtsverhältnisses zwischen AG und AN als auch bezüglich des Rechtsverhältnisses zwischen AN und Subunternehmer

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Almut Menn
Rapräger Rechtsanwälte
Stengelstraße 7
66117 Saarbrücken
0681/306 414 6
almut.menn@rapraeger.de
kanzlei@rapraeger.de