

PraxisWissen

## VOB Teil B

Bearbeitet von  
Dr. Iris Oberhauser, Thomas Manteufel

2. Auflage 2016. Buch. XXII, 358 S. Klappenbroschur  
ISBN 978 3 406 69477 6  
Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Zivilrecht > Privates Baurecht, Architektenrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

chende Kostenentwicklung ergeben hat, kann der Auftragnehmer die Ersparnis auf der Basis seiner Kalkulation berechnen.<sup>468</sup>

Soweit Lohn- und Personalkosten nicht mehr anfallen, sind diese **erspart**. Der Auftragnehmer ist grundsätzlich nicht verpflichtet, eine rechtlich mögliche Kündigung auszusprechen, um Personalkosten einzusparen.<sup>469</sup> Allgemeine Geschäftskosten sind nicht in Abzug zu bringen, da es sich nicht um projektbezogene Kosten, sondern um einen kalkulatorischen, im Voraus ermittelten prozentualen Satz handelt.<sup>470</sup> Der Gewinn ist ebenfalls **nicht erspart** und daher nicht in Abzug zu bringen.<sup>471</sup> Baustellengemeinkosten können erspart sein, wenn sie ausführungabhängig sind und wegen der Kündigung nicht mehr anfallen.<sup>472</sup> Ein Zuschlag für Risiko oder Wagnis ist nicht erspart, wenn dieser Zuschlag das allgemeine unternehmerische Risiko für die durch die wirtschaftliche Tätigkeit des Auftragnehmers allgemein begründete Verlustgefahr absichern soll.<sup>473</sup> Kosten für Nachunternehmer sind nur insoweit erspart, als sie durch die Kündigung nicht gezahlt werden müssen, wobei der Auftragnehmer regelmäßig verpflichtet ist, nach einer freien Kündigung die Nachunternehmerverträge ebenfalls zu kündigen, um deren Vergütungsanspruch so gering wie möglich zu halten. Steht noch nicht fest, welche Vergütung von den Nachunternehmern beansprucht werden kann, kann der Auftragnehmer die komplette Nachunternehmervergütung als ersparte Aufwendungen abziehen und mittels eines Feststellungsantrages feststellen lassen, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, die noch nicht feststehende Nachunternehmervergütung zu zahlen.<sup>474</sup> Der Auftragnehmer muss sich **anderweitigen Erwerb**, durch den er einen Vorteil, z.B. die Deckung von Allge-

<sup>468</sup> BGH Urt. v. 22.9.2005 – VII ZR 63/04, NZBau 2005, 683 = BauR 2005, 1916 = IBR 2005, 662; BGH Urt. v. 24.6.1999 – VII ZR 229/98, NJW-RR 1999, 1541.

<sup>469</sup> BGH Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 326/98, NZBau 2000, 82 = BauR 2000, 430 = IBR 2000, 126, 127.

<sup>470</sup> BGH Urt. v. 14.1.1999 – VII ZR 277/97, NJW 1999, 1253 = BauR 1999, 642 = IBR 1999, 148.

<sup>471</sup> BGH Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 326/98, NZBau 2000, 82 = BauR 2000, 430 = IBR 2000, 126, 127.

<sup>472</sup> BGH Urt. v. 14.1.1999 – VII ZR 277/97, NJW 1999, 1253 = BauR 1999, 642 = IBR 1999, 148; BGH Urt. v. 30.9.1999 – VII ZR 206/98, NZBau 2000, 149 = BauR 2000, 126 = IBR 2000, 28.

<sup>473</sup> BHG Urt. v. 24.3.2016 – VII ZR 201/15, IBR 2016, 332 unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung (BGH Urt. v. 30.10.1997 – VII ZR 222/96, NJW-RR 1998, 451 = BauR 1998, 185 = IBR 1998, 50, 52).

<sup>474</sup> BGH Urt. v. 11.2.1999 – VII ZR 399/97, NJW 1999, 1867, 1870 = BauR 1999, 635 = IBR 1999, 199, 200, 201, 207.

meinen Geschäftskosten oder Gewinn, erlangt, anrechnen lassen.<sup>475</sup> Dies kann durch sog. „**Füllaufträge**“ erfolgen. Diese stellen jedoch nur dann einen anrechenbaren anderweitigen Erwerb dar, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen deren Annahme und Abwicklung und der Kündigung besteht.<sup>476</sup>

cc) *Vorgehen nach § 649 Satz 3 BGB*

- 249 Anstatt der aufwendigen Abrechnung der nicht erbrachten Leistung nach § 649 Satz 2 BGB kann der Auftragnehmer auch nach § 649 Satz 3 BGB vorgehen. Durch diese gesetzliche Vermutung kann er **5 Prozent der auf den noch nicht erbrachten Teil der Leistung entfallenden Vergütungsanteil** geltend machen, ohne weitere Darlegungen und Berechnungen treffen zu müssen. Die gesetzliche Vermutung ist widerleglich, d.h. nicht nur der Auftragnehmer kann einen höheren Vergütungsanspruch nach § 649 Satz 2 BGB abrechnen, sondern auch der Auftraggeber kann den Beweis antreten, dass der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers bei einer Abrechnung nach § 649 Satz 2 BGB geringer ist.

#### 6. § 8 Abs. 2 VOB/B – Kündigung wegen Zahlungseinstellung oder Insolvenz

- 250 Dem Auftraggeber steht gem. § 8 Abs. 2 VOB/B ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zu, wenn „der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt“ (§ 17 InsO) oder „von ihm oder zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger das Insolvenzverfahren (§§ 14 und 15 InsO) beziehungsweise ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt ist, ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird.“ Das auf die Vermögenslage des Auftragnehmers rekurrierende Kündigungsrecht nach § 8 Abs. 2 VOB/B ist dadurch bedingt, dass beim Bauvertrag ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber auch auf wirtschaftlichem Gebiet vorausgesetzt wird, wobei die **Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Auftragnehmers** für den Auftraggeber als wesentlicher Gesichtspunkt für den Abschluss und die Abwicklung des Vertragsverhältnisses gesehen wird.<sup>477</sup> Daher wurde die Kündigung des Bauvertrages nach § 8 Abs. 2 VOB/B – zumindest soweit die Kündigung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt – in der obergerichtlichen Rechtsprechung

<sup>475</sup> BGH Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 326/98, NZBau 2000, 82 = BauR 2000, 430 = IBR 2000, 126, 127.

<sup>476</sup> BGH Urt. v. 30.6.1999 – VII ZR 206/98, NJW 2000, 205, 206.

<sup>477</sup> Das OLG Schleswig Urt. v. 9.12.2011 – 1 U 72/11, IBR 2012, 133, 134, 194 hat den Vermögensverfall des Auftragnehmers als wichtigen Grund, der dem Auftraggeber die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar macht, angesehen.

auch nicht als Verstoß gegen § 119 InsO angesehen.<sup>478</sup> Jedoch hat sich der BGH<sup>479</sup> im Zusammenhang mit einer insolvenzabhängigen Lösungsklausel in einem Energieliefervertrag dahingehend geäußert, dass insolvenzabhängige Lösungsklauseln im Sinne von § 119 InsO unwirksam seien, weil sie das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO ausschließen. Damit werde der Zweck des Erfüllungswahlrechts, die Masse zu schützen und zu mehren, vereitelt. Dies gelte auch, wenn die Lösungsklausel bereits an den Insolvenzantrag anknüpfe, da § 119 InsO eine Vorwirkung auf den Zeitpunkt, in dem wegen eines zulässigen Insolvenzantrags mit der Eröffnung des Verfahrens ernsthaft zu rechnen sei, zuerkannt werden müsse. Ansonsten ließe § 119 InsO in der Praxis leer. Ob diese Überlegungen auf § 8 Abs. 2 VOB/B übertragbar sind, war strittig, da auch § 8 Abs. 2 VOB/B eine Lösung vom Vertrag zulässt, wenn zulässigerweise ein Insolvenzantrag gestellt wird. Das OLG Frankfurt<sup>480</sup> hat die Auffassung vertreten, § 8 Abs. 2 VOB/B sei nach § 119 InsO unwirksam. Der BGH hat dagegen entschieden, dass **§ 8 Abs. 2 VOB/B** – zumindest beim Eigenantrag des Auftragnehmers – **nicht wegen Verstoßes gegen § 119 InsO unwirksam** ist und dass auch kein Verstoß gegen § 307 Abs. 1, 2 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers vorliegt. Begründet wurde dies vom BGH damit, dass der Bauvertrag nach § 649 BGB ohnehin jederzeit kündbar sei und der Auftragnehmer durch seinen Eigeninsolvenzantrag das vertragliche Vertrauensverhältnis nachhaltig störe.<sup>481</sup>

Die **Folgen der Kündigung** nach § 8 Abs. 2 VOB/B bestimmen sich entsprechend § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B dahingehend, dass die ausgeführten Leistungen nach § 6 Abs. 5 VOB/B abzurechnen sind. Bzgl. der Nichterfüllung des Restes, v.a. bzgl. der Kosten, die für die Fertigstellung des Vorhabens durch Drittunternehmen erforderlich sind, kann der Auftraggeber Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. **Mängel an der erbrachten Leistung sind dem Insolvenzverwalter** gegenüber anzuzeigen. Dieser hat, v.a. wenn von ihm noch ausstehende Vergütungsansprüche geltend gemacht werden können, häufig ein Interesse daran, die Mängel selbst zu beseitigen oder beseitigen zu lassen. Auf keinen Fall kann allein aufgrund der Insolvenz davon ausgegangen werden, dass vorhandene Mängel nicht mehr beseitigt werden, so dass die formellen Voraussetzungen zwingend einzuhalten sind. 251

<sup>478</sup> OLG Schleswig Urt. v. 9.12.2011 – 1 U 72/11, IBR 2012, 133 (m.w.N.), 134, 194.

<sup>479</sup> BGH Urt. v. 15.11.2012 - IX ZR 169/11, NZI 2013, 178 = BauR 2013, 769 = IBR 2013, 278; dagegen: Huber, IBR 2013, 327.

<sup>480</sup> OLG Frankfurt Urt. v. 16.3.2015 – 1 U 38/14, NZBau 2015, 292 = BauR 2015, 1332 = IBR 2015, 254.

<sup>481</sup> BGH Urt. v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15, IBR 2016, 346.

#### 4. Teil

4. Teil. Beendigung des Vertrages

#### 7. § 8 Abs. 4 und 5 VOB/B – Kündigung wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung sowie aus vergaberechtlichen Gründen

- 252 Der Auftraggeber ist gem. § 8 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B zur Kündigung des Vertrages berechtigt, „wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe eine Abrede getroffen hatte, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt.“ Die Kündigung ist „innerhalb von 12 Werktagen nach Bekanntwerden des Kündigungsgrundes auszusprechen“, wobei die Frist, die eine **Ausschlussfrist** darstellt, mit der positiven Kenntnis des Auftraggebers von der den Wettbewerb beschränkenden Handlung des Auftragnehmers beginnt. Gem. § 8 Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 VOB/B gilt für die Folgen der Kündigung § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 und Nrn. 2 - 4 VOB/B entsprechend.<sup>482</sup> Voraussetzung des Kündigungsrechts ist, dass den Auftragnehmer ein Verschulden trifft, was jedoch regelmäßig gegeben sein dürfte. Nicht erforderlich ist, dass die wettbewerbsbeschränkende Handlung des Auftragnehmers zu einem Schaden beim Auftraggeber führt; **ausreichend ist damit das wettbewerbsbeschränkende Verhalten** an sich. Eine wettbewerbsbeschränkende Abrede kann z.B. in Abreden über die Abgabe oder Nichtabgabe von Angeboten oder über die zu fordernden Preise, die Bedingungen sonstiger Entgelte, Gewinnaufschläge, Verarbeitungsspannen und andere Preisbestandteile liegen.

Die VOB/B 2016 hat in § 8 Abs. 4 Nr. 2 **zwei weitere Kündigungsgründe** für den Anwendungsbereich des 4. Teils des GWB (Vergabe von öffentlichen Aufträgen) infolge der **Einfügung von § 133 in das GWB** aufgenommen. Nach § 8 Abs. 4 Nr. 2 lit. a) VOB/B kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer wegen eines zwingenden Ausschlussgrundes zum Zeitpunkt des Zuschlages nicht hätte beauftragt werden dürfen. Die Rechtsfolgen richten sich dabei nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 und Nrn. 2 - 4 VOB/B entsprechend. Des weiteren kann der Auftraggeber den Vertrag nach § 8 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VOB/B kündigen, wenn eine wesentliche Änderung des Vertrages vorgenommen wurde, die nach § 132 GWB ein neues Vergabeverfahren erfordert hätte oder wenn eine schwere Verletzung des Vergaberechts durch den Auftraggeber festgestellt wird. Im Fall der Kündigung sind dabei die erbrachten Leistungen nach § 6 Abs. 5 VOB/B abzurechnen; etwaige Schadensersatzansprüche der Parteien bleiben unberührt. Die Kündigung ist jeweils 12 Werktage nach Bekanntwerden des Kündigungsgrundes auszusprechen. § 8 Abs. 5 VOB/B ermöglicht es dem Auftraggeber, auch dem Nachunternehmer gegenüber eine außerordentliche Kündigung auszusprechen, wenn ihm von seinem Auftraggeber gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VOB/B gekündigt wurde; dies gilt auch in der Nachunternehmerkette.

<sup>482</sup> S. hierzu R.n. 230 ff.

### 8. Kündigung aus wichtigem Grund

Der Auftraggeber kann den Vertrag auch aus wichtigem Grund kündigen, 253 wobei die in der Baupraxis relevanten **wichtigen Kündigungsgründe** in § 8 Abs. 2 – 5 VOB/B geregelt sind. Dennoch verbleibt dem Auftraggeber auch beim VOB/B-Vertrag die Möglichkeit, den Bauvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen,<sup>483</sup> da die Regelungen der VOB/B zur außerordentlichen Kündigung das außerordentliche Kündigungsrecht nach § 314 BGB nicht ausschließen.<sup>484</sup> Ein zur Kündigung nach § 314 BGB berechtigender Grund liegt nach § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB vor, wenn dem zur Kündigung Berechtigten die **Fortführung des Vertrages** unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen **nicht zugemutet werden kann**.<sup>485</sup> Dabei kommt ein wichtiger Grund für den Auftraggeber u.a. in Betracht, wenn der Auftragnehmer ernsthaft und endgültig die Erfüllung verweigert,<sup>486</sup> wenn er unter Verstoß gegen die Kooperationspflicht selbst zu Unrecht gekündigt hat,<sup>487</sup> wenn er die Fortführung der Arbeiten von der Einigung über eine Nachtragsvergütung oder deren Zahlung abhängig macht<sup>488</sup> oder wenn der Auftragnehmer in Verzug mit der Einhaltung einer vertraglich vereinbarten Vertragsfrist gerät, wobei die Kündigung bereits vor dem Eintritt der Vertragsfrist erklärt werden kann, wenn feststeht, dass die Frist überschritten wird.<sup>489</sup> Bei Mängeln an der Leistung wird dem Interesse des Auftraggebers durch die Erfüllungsansprüche bzw. Mängelrechte regelmäßig hinreichend Rechnung getragen. Wird jedoch durch die Mangelhaftigkeit der Leistung das Vertrauen des Auftraggebers in die Zuverlässigkeit und die fachliche Eignung des Unternehmers zerstört und lässt die Art der Mängel befürchten, dass die Leistung insgesamt nicht mangelfrei erbracht werden kann, kann ausnahmsweise ein Kündigungsrecht aus

<sup>483</sup> Zum vorliegenden Gesetzentwurf s. Rn. 749.

<sup>484</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.3.2015 – 21 U 136/14, NJW 2015, 3663 = BauR 2015, 1987 = IBR 2015, 294.

<sup>485</sup> BGH Urt. v. 13.6.2006 – X ZR 167/04, NZBau 2006, 638 = BauR 2006, 1488, 1490 = IBR 2006, 507; BGH Urt. v. 28.1.2003 – X 151/00, NZBau 2003, 274 = NJW 2003, 1600, 1601; OLG Düsseldorf Urt. v. 24.3.2015 – 21 U 136/14, NJW 2015, 3663 = BauR 2015, 1987 = IBR 2015, 294.

<sup>486</sup> Als Fall der positiven Vertragsverletzung: BGH Urt. v. 12.6.1980 – VII ZR 198/79, BauR 1980, 465, 466.

<sup>487</sup> BGH Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98, NZBau 2000, 130 = BauR 2000, 409 = IBR 2000, 110; vgl. auch OLG Brandenburg Urt. v. 7.5.2002 – 11 U 77/01, BauR 2003, 1734.

<sup>488</sup> OLG Hamm Urt. v. 22.12.2011 – I – 21 U 111/10, BauR 2012, 1406 = IBR 2012, 321.

<sup>489</sup> BGH Urt. v. 4.5.2000 – VII ZR 53/99, NZBau 2000, 375 = BauR 2000, 1182 = IBR 2000, 414, 426, 466.

wichtigem Grund gegeben sein.<sup>490</sup> Wird dem Kündigungsgegner die Verletzung einer Vertragspflicht zur Last gelegt, ist die Kündigung erst **nach Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist** zulässig.<sup>491</sup> Die **Rechtsfolgen** einer nach § 314 BGB gerechtfertigten Kündigung richten sich beim VOB/B-Vertrag nach § 8 Abs. 3 VOB/B.<sup>492</sup>

- 254 Kündigt der Auftraggeber den Bauvertrag aus wichtigem Grund, obgleich ein wichtiger Grund nicht vorliegt, ist die **Kündigung unwirksam**.<sup>493</sup> In diesem Fall wird vom BGH angenommen, dass der Auftraggeber den Bauvertrag unabhängig davon, ob ein wichtiger Grund tatsächlich vorliegt, beenden will. Denn die Kündigung eines Bauvertrages wirke neben der rechtlichen Komponente v.a. tatsächlich, indem mit der Kündigung die Voraussetzungen für die Einbindung eines Drittunternehmers bzw. der Abbruch der weiteren Erstellung des Vorhabens geschaffen würden. Daher sei die außerordentliche Kündigung regelmäßig in eine **freie Kündigung umzudeuten** und die Kündigungserklärung dahingehend auszulegen, dass sämtliche in Betracht kommenden Kündigungstatbestände erfasst würden. Sofern der Auftraggeber die Kündigung nicht so verstanden wissen wolle, müsse sich dies aus der Kündigungserklärung oder den Umständen ergeben.<sup>494</sup>
- 255 Hat der Auftraggeber die Kündigung als freie Kündigung nach § 8 Abs. 1 VOB/B ausgesprochen, besteht jedoch zu seinen Gunsten objektiv ein zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigender Umstand, so wird die Kündigung als Kündigung aus wichtigem Grund verstanden, selbst wenn der Auftraggeber den wichtigen Grund zum Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung nicht kannte. Der Auftraggeber kann also den **wichtigen Grund „nachschieben“** und ist, wenn dieser objektiv zum Zeitpunkt der Kündigung bestanden hat, nicht den Vergütungsfolgen der freien Kündigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B ausgesetzt.<sup>495</sup>

<sup>490</sup> BGH Urt. v. 26.11.1959 – VII ZR 120/58, NJW 1960, 431, 432 für den Architektenvertrag.

<sup>491</sup> OLG Düsseldorf Urt. v. 24.3.2015 – 21 U 136/14, NJW 2015, 3663 = BauR 2015, 1987 = IBR 2015, 294.

<sup>492</sup> OLG Düsseldorf Urt. v. 24.3.2015 – 21 U 136/14, NJW 2015, 3663 = BauR 2015, 1987 = IBR 2015, 294, s. hierzu R.n. 230 ff.

<sup>493</sup> BGH Urt. v. 24.7.2003 – VII ZR 218/02, NZBau 2003, 665 = BauR 2003, 1889 = IBR 2003, 595.

<sup>494</sup> BGH Urt. v. 24.7.2003 – VII ZR 218/02, NZBau 2003, 665 = BauR 2003, 1889 = IBR 2003, 595; vgl. auch OLG Bamberg Beschl. v. 13.5.2015 – 3 U 19/15, IBR 2016, 10.

<sup>495</sup> BGH Urt. v. 6.2.1975 – VII ZR 244/73, NJW 1975, 825, 826 = BauR 1975, 280; BGH Urt. v. 23.6.2005 – VII ZR 197/03, NZBau 2005, 582 = BauR 2005, 1477 = IBR 2005, 465, 466, 469, 485.

## IV. Kündigung durch den Auftragnehmer

Der Auftragnehmer ist **nur bei Vorliegen eines Kündigungsgrundes** zur Kündigung berechtigt; ein jederzeitiges Kündigungsrecht, wie § 8 Abs. 1 VOB/B dies für den Auftraggeber vorsieht, stellt dem Auftragnehmer nicht zu. Die VOB/B sieht die Kündigung des Auftragnehmers in folgenden Fällen vor:

- § 6 Abs. 7 VOB/B – Kündigung bei Unterbrechung von mehr als 3 Monaten,<sup>496</sup>
- § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B – Kündigung wegen fehlender Mitwirkungshandlung des Auftraggebers,
- § 9 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B – Kündigung wegen Zahlungsverzuges oder sonstigem Schuldnerverzug.<sup>497</sup>

Der Auftragnehmer kann den Bauvertrag auf der Basis der VOB/B nach § 9 VOB/B kündigen, wenn der **Auftraggeber Gläubiger- oder Schuldnerpflichten verletzt**. Voraussetzung für eine wirksame Kündigung nach beiden Kündigungstatbeständen gem. § 9 Abs. 1 VOB/B ist gem. § 9 Abs. 2 Satz 2 VOB/B, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber „ohne Erfolg eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt und erklärt hat, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen werde.“ Die gesetzte Frist muss für den Auftraggeber angemessen sein, um die geforderte Handlung erfüllen zu können. 257

### 1. § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B – Kündigung wegen fehlender Mitwirkungshandlung des Auftraggebers

Voraussetzung **für das Entstehen des Kündigungsrechtes** nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B ist, dass 258

- der „Auftraggeber eine ihm obliegende Handlung unterlässt“
- „und dadurch den Auftragnehmer außerstande setzt, die Leistung auszuführen“.

Demnach muss ein **Annahmeverzug des Auftraggebers** gemäß §§ 293 ff. BGB vorliegen. Der Umfang der Mitwirkungsverpflichtungen des Auftraggebers ergibt sich aus dem Inhalt des Vertrages bzw. aus den Regelungen der VOB/B.<sup>498</sup> Um den Annahmeverzug des Auftraggebers nach §§ 293 ff. BGB zu begründen, muss der Auftragnehmer selbst zur Leistung 259

<sup>496</sup> S. hierzu Rn. 240.

<sup>497</sup> Unberührt bleiben die Kündigung aus wichtigem Grund (s. hierzu Rn. 268) sowie aus § 648a Abs. 5 BGB (s. hierzu Rn. 267).

<sup>498</sup> S. hierzu Rn. 55 f.

berechtigt sein, was sich nach den Vertragsfristen und bei deren Fehlen nach § 271 BGB beurteilt. Daneben muss der Auftragnehmer seine Leistung ordnungsgemäß anbieten, wozu ein **wörtliches Angebot** oder die Aufforderung an den Auftraggeber, die erforderliche Handlung vorzunehmen (§ 295 BGB), genügt. Dabei kann es ausreichend sein, dass der Auftragnehmer seine Mitarbeiter auf der Baustelle zur Verfügung hält und zu erkennen gibt, dass er bereit und in der Lage ist, seine Leistungen zu erbringen.<sup>499</sup> Ist für die Erbringung der Mitwirkungshandlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt oder lässt sich diese nach dem Kalender berechnen (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB), ist eine Aufforderung an den Auftraggeber, die Mitwirkungshandlung vorzunehmen, entbehrlich. Dies gilt insbesondere für vertraglich vereinbarte Planlieferfristen oder für einen im Vertrag definierten Baubeginn. Nach § 297 BGB gerät der Auftraggeber nicht in Annahmeverzug, wenn der Auftragnehmer zur Zeit des Angebots außerstande ist, seine Leistung zu erbringen. Der Auftraggeber muss die Mitwirkungshandlung unterlassen, wobei ein **Verschulden des Auftraggebers nicht erforderlich** ist.

## 2. § 9 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B – Kündigung wegen Zahlungsverzuges

**260** Nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B hat der Auftragnehmer das Recht, den Vertrag zu kündigen, wenn

- „der Auftraggeber eine fällige Zahlung nicht leistet“
- „oder sonst in Schuldnerverzug gerät.“

**261** Das Nichtleisten von Zahlungen erfasst **sämtliche Zahlungspflichten**, sei es bzgl. der Vergütung, eines Schadensersatzanspruchs aus § 6 Abs. 6 VOB/B oder eines Entschädigungsanspruchs aus § 642 BGB. Ein Verzug des Auftraggebers setzt voraus, dass die Forderung fällig ist, wobei die Voraussetzungen von § 16 VOB/B zu beachten sind. Fälligkeit tritt nicht ein, wenn dem Auftraggeber ein Zurückbehaltungs- oder Leistungsverweigerungsrecht zusteht, was insbesondere bei Mängeln an der Bauleistung gegeben ist. In diesem Fall ist der Auftraggeber gem. § 320, § 641 Abs. 3 BGB berechtigt, die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung, in der Regel das Doppelte desjenigen Betrages, der für die Beseitigung der Mängel erforderlich ist, zu verweigern. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sich der Auftraggeber auf das Zurückbehaltungsrecht beruft, sondern allein dessen Existenz hindert den Eintritt des Verzuges.<sup>500</sup>

<sup>499</sup> BGH Urt. v. 19.12.2002 – VII ZR 440/01, NZBau 2003, 325 = BauR 2003, 531 = IBR 2003, 182.

<sup>500</sup> BGH Urt. v. 14.1.1993 – VII ZR 185/91, NJW 1993, 2674 = BauR 1993, 600 = IBR 1993, 365, 366, 367, 368.