

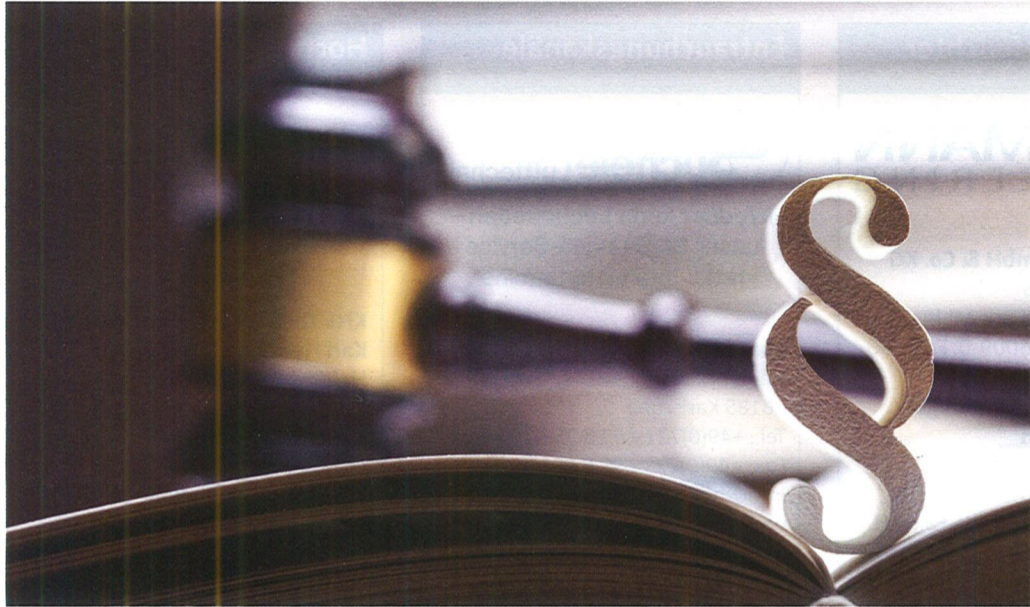
Bevor eine Ersatzvornahme zur Beseitigung eines Mangels vor der Abnahme der Bauleistungen durchgeführt wird, muss der ganze Vertrag oder ein abgrenzbarer Teil der Gesamtleistung gekündigt werden. Über diesen Sachverhalt entschieden vor wenigen Monaten der Bundesgerichtshof (BGH) und das Oberlandesgericht (OLG) Koblenz. Daraus ergeben sich Folgen für die Technische Gebäudeausrüstung beziehungsweise die LüKK.



René Buscher, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Schumann Rechtsanwälte Notare, Berlin.
Kontakt zum Autor: rene.buscher@cci-dialog.de.

Vorsicht bei Ersatzmaßnahmen

Neues aus der TGA-Rechtsprechung – von René Buscher



[Abb. © FikMik/Fotolia.com]

Bei der Errichtung einer Anlage kann es vorkommen, dass sich vor der Abnahme Mängel der ausgeführten Leistung zeigen. Beseitigt der Auftragnehmer diesen Mangel trotz Aufforderung und Fristsetzung nicht, stellt sich die Frage, wie vor einer Ersatzvornahme zu verfahren ist. Kann beispielsweise die Leistung nur in Bezug auf den mangelhaften Teil aus dem Vertrag herausgekündigt werden?

Das OLG Koblenz hat klargestellt, dass im VOB/B-Vertrag vor der Abnahme gilt: Der Auftraggeber (AG), der eine mangelhafte Leistung des Auftragnehmers (AN) durch ein anderes Unternehmen beseitigen lassen will, kann dem AN – nach entsprechender Fristsetzung mit Kündigungsandrohung – nicht nur die mangelhafte Leistung isoliert kündigen.

Vielmehr muss der AG entweder den gesamten Vertrag oder einen isoliert abtrennbaren Teil der Vertragsleistung kündigen. Hält er sich nicht daran, steht ihm, wie im entschiedenen Fall, kein Anspruch auf Erstattung der durch die Ersatzvornahme entstandenen Mehrkosten zu (OLG Koblenz, Urteil vom 29. August 2013 - 6 U 965/12 -, Nichtzulassungsbeschwerde durch den BGH am 10. September 2015 - VII ZR 239/13 zurückgewiesen - [Begründung bisher nicht veröffentlicht]).

Der konkrete Fall

Im entschiedenen Fall hatte der AG den AN unter Einbeziehung der VOB/B (2002) mit umfangreichen Erd- und Entwässerungsarbeiten im Zuge der Erneuerung einer Bundesstraße beauftragt. Während der

Ausführung traten Mängel an Teilen eines herzustellenden Damms auf. Nach Aufforderung zur Beseitigung der Mängel kündigte der AG isoliert Teile des Dammbauwerks, die nach Auffassung des OLG keine isoliert abtrennbaren Teile der Vertragsleistung darstellten. Die durch den AG erklärte Aufrechnung mit den Kosten der Ersatzvornahme gegenüber der unstreitigen Restwerklohnforderung des AN scheiterte deshalb. Das OLG führte unter anderem aus:

„Beim BGB-Vertrag hat der Auftraggeber zunächst nur einen Mängelbeseitigungsanspruch gegen den Auftragnehmer. Nach Setzung einer angemessenen Frist und nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist hat er jedoch ein Recht auf Selbstvornahme und auf Ersatz der durch diese entstandenen Kosten (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB). Für einen VOB-Vertrag enthalten die §§ 4 Nr. 7 und 8 Nr. 3 VOB/B eine abschließende Regelung der Ansprüche des Auftraggebers aus Mängeln, die sich schon vor Vollendung und vor Abnahme des Baus gezeigt haben. Danach entsteht ein Selbstvornahmerecht grundsätzlich erst nach der zusätzlichen Erfordernis einer Auftragsentziehung. Der Auftraggeber ist auch bei Verzug des Auftragnehmers mit der Mängelbeseitigung jedenfalls im Regelfall nicht ohne Einhaltung des in § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B vorgeschriebenen Weges befugt, die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers durch einen anderen Unternehmer beseitigen zu lassen. Ohne Setzung einer angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung unter der Androhung, nach fruchtlosem Fristablauf den Auf-

trag zu entziehen, und vor der Auftragsentziehung kann er die ihm aus der Beauftragung eines anderen Unternehmers entstandenen Mängelbeseitigungskosten deshalb regelmäßig nicht vom Auftragnehmer ersetzt verlangen.

Dem Interesse des Auftraggebers, in geeigneten Fällen den Vertrag mit dem Auftragnehmer fortzusetzen und gleichwohl aufgetretene Mängel durch einen Dritten auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen zu können, trägt die VOB/B dadurch Rechnung, dass sie es ermöglicht, die Entziehung des Auftrags auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung zu beschränken (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2).“

Die Frage der Abgrenzung

„Danach geht das Gesetz (Anmerkung des Autors: gemeint ist hier aber offenbar die VOB/B) davon aus, dass, soweit die Parteien nicht die Zulässigkeit einer Teilkündigung vereinbart haben, nur die Entziehung des gesamten Auftrags möglich ist, soweit die Kündigung sich nicht auf einen in sich abgeschlossenen Teil der Leistung bezieht.

Zu der Frage, wann ein in sich geschlossener Teil der vertraglichen Leistung vorliegt, hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 20. August 2009 - VII ZR 212/07 (NJW 2009, 3717) Grundsätze festgelegt, die im Einzelfall bei der Abgrenzung der in sich abgeschlossenen Teile der vertraglichen Leistung von den nicht in sich abgeschlossenen Teilen zu beachten sind.

Danach ist der Begriff der Abgeschlossenheit in § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz

2 VOB/B ebenso wie in § 12 Nr. 2 VOB/B, der die Voraussetzungen einer Teilabnahme regelt, zu verstehen. Infolgedessen sind bei der Auslegung des Begriffs auch die Ziele dieser Vorschrift zu berücksichtigen und ist daher eine enge Auslegung geboten. Auf dieser Grundlage stellt der Bundesgerichtshof klar, dass Leistungsteile innerhalb eines Gewerks grundsätzlich nicht als in sich abgeschlossene Teile der geschuldeten Werkleistung angesehen werden können, weil es ihnen regelmäßig an der Selbstständigkeit mangelt, die eine eigenständige Beurteilung der Teilleistung ermöglicht. Dies könne nur bei klarer räumlicher oder zeitlicher Trennung der Leistungsteile eines Gewerks anders zu beurteilen sein, wobei eine ausreichende räumliche Trennung etwa dann angenommen werden könne, wenn die Leistungsteile an verschiedenen Bauwerken, etwa an mehreren zu errichtenden Häusern, zu erbringen seien. Nicht ausreichend sei dagegen, dass gleiche Arbeiten an mehreren Stockwerken eines Hauses zu erbringen seien.“

Anwendung auf die TGA

Bereits mit Urteil vom 6. Mai 1968 - VII ZR 33/66 - hat der BGH festgestellt, dass Leistungsteile „innerhalb eines Gewerks“ grundsätzlich keine in sich abgeschlossenen Teile

der Bauleistung darstellen. Ihnen fehle „regelmäßig“ die Selbstständigkeit, die eine eigenständige Beurteilung der Teilleistung ermögliche.

Insoweit stellt sich gerade im Bereich der TGA die Frage, welche Bauteile teilgekündigt werden können. Der Rechtsprechung des BGH folgend wird man wohl verneinen müssen, dass zum Beispiel die Leistungsteile RLT, Gas-, Wasser- und Entwässerungsanlagen oder Förderanlagen einzeln gekündigt werden können. Diese Leistungen sind funktional nicht trennbar und auch nicht selbstständig gebrauchsfähig.

Bei der Kündigung eines AN/Nachunternehmers (NU) ist also zu beachten, dass entweder der gesamte Vertrag oder aber zumindest ein in sich abgeschlossener Teil der Leistung – nach entsprechender vorangegangener ergebnisloser Fristsetzung mit Androhung der Kündigung gekündigt wird. Ob ein in sich abgeschlossener Teil der Leistung kündbar ist, muss jeweils für die betroffene Baumaßnahme im Einzelfall beurteilt werden. Insoweit könnten die Parteien aber auch, entsprechende Schwierigkeiten antizipierend, bereits im Bauvertrag festlegen, welche einzelnen Gewerke oder Gewerkeile im Bedarfsfall auch einzeln gekündigt werden können und hierzu eine entsprechende Schnittstellenliste vereinbaren. *