

Bedenkenanmeldung ist kein Kündigungsgrund!

Äußert ein Auftragnehmer technisch begründete Bedenken gegen die Umsetzbarkeit der Bauausführungsplanung des Auftraggebers, so rechtfertigt dies grundsätzlich eine Kündigung aus wichtigem Grund, insbesondere wegen eines Vertrauensverlustes, nicht.*)

OLG Naumburg, Urteil vom 02.10.2008 - 1 U 42/08
vorhergehend: LG Magdeburg, 27.03.2008 - 11 O 1364/07

VOB/B § 4 Nr. 3, § 8 Nr. 1, 3, in IBR 2009, 136

Problem / Sachverhalt

Nach vergabenachprüfungsbedingter Zuschlagsverzögerung weigert sich der Auftraggeber (AG), die zeitlichen Rahmenbedingungen anzupassen und Mehrvergütungsansprüche dem Grunde nach anzuerkennen (s. im Einzelnen OLG Naumburg, IBR 2009, 130). In einer Besprechung weist die Auftragnehmerin (AN) darauf hin, dass der Entwurf zu einem der beiden vertragsgegenständlichen Brückenbauwerke nicht ausführbar sei. Der in der Ausschreibung vorgesehene 500 t-Kran sei zur Verlegung der Stahlverbundhalbfertigteile nicht ausreichend. Am 01.09.2006 fordert der AG die AN zur Vorlage eines Aufholkonzepts bis zum 08.09.2006 ebenso auf wie zur abschließenden Begründung, weshalb aus ihrer Sicht der Entwurf nicht umsetzbar sei. Am 07.09.2006 gibt die AN ihre Bedenken gegen den Entwurf ausdrücklich auf und überreicht zwei neue Bauablaufpläne mit der geforderten Aufholfrist bis zum 31.12.2006. Der AG kündigt am 18.09.2006 nach § 8 Nr. 3 VOB/B, weil die Frist nicht mehr umsetzbar und auch eine grobe Störung des vertraglichen Vertrauensverhältnisses gegeben sei. Die Zurücknahme der Bedenken gegen den Amtsentwurf sei ein bloßes Lippenbekenntnis.

Entscheidung

Die Klage ist lediglich aufgrund sog. **freier Auftraggeberkündigung** erfolgreich. Für eine außerordentliche Kündigung fehlt hingegen ein schwerwiegender Grund. Eine schwerwiegende nachhaltige Vertragsverletzung der AN ist insbesondere nicht die Bedenkenmitteilung zum 500 t-Kran, zumal diesen Bedenken der AG später auch dadurch nachgekommen ist, dass er einen anderen Kran eingesetzt hat. Denn jeder AN ist zur Vermeidung einer eigenen Schadensersatzpflicht gehalten, den AG auf **etwaige Planungsfehler hinzuweisen**. Auch hat vorliegend die AN ihre Bedenken zurückgestellt. Insbesondere ist **kein wichtiger Kündigungsgrund** gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 i.V.m. § 5 Nr. 1, 3, 4 VOB/B gegeben. Dass das ursprüngliche Bauende für das zweite Bauwerk am 15.12.2006 nicht mehr maßgeblich ist, folgt schon aus dem Umstand, dass der **Zuschlag erst viereinhalb Monate später** und sogar **erst sieben Wochen nach dem ursprünglich vorgesehenen Baubeginn** erteilt worden ist. Die überreichten Bauzeitenpläne entsprechen auch der vom AG geforderten pauschalen Aufholkonzeption.

Praxishinweis

Auftraggeber sind beweisbelastet für das Vorliegen wichtiger Kündigungsgründe. Sonst wird die Kündigung als sog. freie Kündigung mit der Folge behandelt, dass der Auftragnehmer die **Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen** verlangen

kann. Durch das seit 01.01.2009 in Kraft getretene Forderungssicherungsgesetz ist die Abrechnung vereinfacht worden. Für neue Verträge ist der ergänzte § 649 Satz 3 BGB anwendbar: "Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der vereinbarten noch nicht verdienten Vergütung zustehen." Auch wenn der Auftraggeber diese Vermutung theoretisch widerlegen kann, dürfte ihm dies in der Praxis selten gelingen, weil eine Ersparnis umgekehrt über 95% des Auftragnehmers nicht vorliegt. Die Auftragnehmer kalkulieren regelmäßig beispielsweise die allgemeinen Geschäftskosten mit 6% - 8% und diese sind kein ersparter Aufwand.

RA und FA für Bau- und Architektenrecht Arndt Maas