

UPDATE BAUEN & IMMOBILIEN

FEHLENDE KÜNDIGUNG BEI MÄNGELN: KEIN ANSPRUCH AUF KOSTENERSTATTUNG!

OLG Stuttgart, Urteil vom 28.05.2019 - 10 U 15/19

Der Auftraggeber (AG) beauftragte den Auftragnehmer (AN) unter Einbeziehung der VOB/B mit der Durchführung von Bodenbelagsarbeiten. Nach Abschluss der Arbeiten entstand Streit darüber, ob Mängel der Bauleistung bestehen, wer für diese verantwortlich ist und ob eine Abnahme stattgefunden hat. Der AG setzte dem AN eine Frist zur Mängelbeseitigung, nach deren erfolglosem Verstreichen verklagte er den AN auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung. Ohne Erfolg!

Da das OLG eine Abnahme verneint, hängt der geltend gemachte Kostenerstattungsanspruch von den Voraussetzungen der §§ 8 Abs. 3; § 4 Abs. 7 VOB/B ab. Notwendig ist grundsätzlich eine Kündigung des Bauvertrages, die vorliegend unstreitig nicht erfolgte. Eine Ausnahme vom Kündigungserfordernis besteht nach ständiger Rechtsprechung lediglich im Falle einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung des AN, da dieser damit sein Recht zur Vertragserfüllung verwirkt. Das OLG verweist in diesem Zusammenhang auf die neue Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 14.11.2017, Az. VII ZR 65/14), nach dem es neben der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung auch eines Verhaltens des AG bedarf, mit dem er wenigstens konkludent zum Ausdruck gebracht hat, dass er den Vertrag beenden möchte. Beides sei hier nicht der Fall. Allein der Umstand, dass eine Mängelbeseitigung an einen Dritten beauftragt wurde, reiche nicht. Zudem bestehe vorliegend keine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung. Eine solche sei nur unter sehr engen Voraussetzungen anzunehmen; hierfür genüge weder eine bloße Untätigkeit des Unternehmers (z.B. Nichtreaktion auf Mängelanzeigen), noch das Bestreiten der Verantwortlichkeit für ein Mangelerscheinungsbild.

Bedeutung für die Praxis

Das Thema ist nicht neu, wird aber regelmäßig in der Baupraxis verkannt. Treten vor Abnahme der Bauleistung Mängel auf bzw. gerät der AN in Verzug, bedarf es grundsätzlich einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung und der anschließenden Kündigung, bevor Kostenerstattungsansprüche geltend gemacht werden können. Eine die Kündigung ersetzende ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung kommt nur in sehr engen Grenzen in Betracht. Hier muss der AG (wenigstens konkludent) zum Ausdruck gebracht haben, dass er den Vertrag beenden will und dem AN den Auftrag entzieht. Hier sollte der AG auf eine klare, unmissverständliche – und bestenfalls schriftliche – Kommunikation gegenüber seinem AN setzen!