

## Update Bauen und Immobilien

### **Bedenkenanzeige berechtigt nicht zur Kündigung**

#### **OLG Schleswig, Beschluss vom 10.11.2021 – 12 U 159/20**

Der Eigentümer (E) einer Werkshalle beauftragte den Unternehmer (U) mit der Sanierung eines Industriefußbodens. Gegenstand des VOB/B-Vertrags war zunächst eine Haftzugprüfung, also eine Überprüfung der Eignung des Betonbodens für die Haftung von aufzubringenden Schichten. In der Folge der Haftzugprüfung teilte U dem E seine Bedenken mit, dass die Mindesthaftzugfestigkeit für den angebotenen Belag nicht erreicht sei und unterbreitete ein teureres Änderungsangebot. E lehnte die geänderte Ausführung ab, ordnete aber nicht die beauftragte Ausführung an, sondern kündigte mündlich und beauftragte ein anderes Unternehmen mit den verbleibenden Sanierungsarbeiten. U bestätigte die Kündigung schriftlich und nahm E daraufhin auf Zahlung des restlichen Werklohns gemäß § 631 Abs. 1 BGB, § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B in Anspruch.

Das OLG gibt U in der Berufungsinstanz recht. Zwar sei die Kündigung wegen Nichtbeachtung des Schriftformerfordernisses aus § 8 Abs. 6 VOB/B unwirksam. Die Kündigungserklärung und deren Bestätigung seien aber als einvernehmliche Vertragsaufhebung zu bewerten. In Ermangelung einer Vereinbarung zu deren Folgen bestimmten sich die Rechte der Parteien danach, wie sie im Zeitpunkt der einverständlichen Vertragsaufhebung geltend gemacht werden konnten. Die Folgen richteten sich dementsprechend nach §§ 8 und 9 VOB/B, sodass es mit Blick auf die Vergütungsfolgen darauf ankomme, ob die Vertragsbeendigung vom Auftraggeber grundlos herbeigeführt worden sei oder er sich auf einen zur außerordentlichen Kündigung berechtigenden Grund berufen könne. Nach diesem Maßstab stehe U nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B die restliche Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zu, da kein außerordentlicher Kündigungsgrund gegeben gewesen sei. Ein solcher habe insbesondere nicht in der Bedenkenanzeige gelegen. Hiermit habe U nicht den Vertragszweck gefährdet, sondern seine vertragliche Pflicht nach § 4 Abs. 3 VOB/B erfüllt.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Die Entscheidung zeigt einmal mehr, wie wichtig es für Auftragnehmer von VOB/B-Verträgen ist, im Sinne von § 4 Abs. 3 VOB/B Bedenken in Bezug auf die vorgesehene Ausführung anzuzeigen. Nimmt der Auftraggeber dies zum Anlass einer Vertragsbeendigung, geschieht dies nicht zum Schaden des Auftragnehmers. Auftraggeber sind bei einer Bedenkenanzeige häufig in einer Zwickmühle: Ordnen sie entgegen den Bedenken die vereinbarte Ausführung an, begeben sie sich in das Risiko, Mängelansprüche zu verlieren. Folgen sie hingegen den Bedenken des Auftragnehmers, müssen sie regelmäßig mit nicht nur unerheblichen Mehrkosten rechnen.

Besteht wie hier anfänglich die Unsicherheit, ob eine bestimmte Ausführung möglich sein wird, kann es sich anbieten, sich von vornherein Preise für die verschiedenen in Betracht kommenden Varianten anbieten zu lassen.