

## Update Bauen und Immobilien

### Ersatzvornahmekosten nur nach Kündigung erstattungsfähig

**OLG Stuttgart, Urteil vom 30.12.2020 - 10 U 202/20; BGH, Beschluss vom 12.01.2022 - VII ZR 78/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)**

Mit VOB/B-Vertrag beauftragte Bauherr B Auftragnehmer A mit Schlosserarbeiten zur Herstellung einer Fluchttreppe. Zwischen B und A entstand Streit über die Vollständigkeit der durch A vorzulegenden Werkstattzeichnungen. Eine für die Werkstattzeichnungen gestellte Abschlagsrechnung des A beglich B nicht. A nahm per E-Mail zu der ausgebliebenen Zahlung Stellung. B interpretierte diese Stellungnahme als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des A. Mit Schreiben des von B beauftragten Architekten wurde A auf den unterbliebenen Ausführungsbeginn hingewiesen und unter Fristsetzung zur Vorlage vollständiger Werkstattpläne aufgefordert. Zugleich wurde die Kündigung des Bauvertrages nach erfolglosem Fristablauf angedroht. Hieraufhin erklärte A die Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund. B teilte seinerseits mit, dass ein Schaden von 80.000 Euro entstanden sei und forderte A mit anwaltlichem Schreiben vergeblich zum Haftungsanerkennnis auf. Hieraufhin ließ B die Arbeiten durch einen Dritten vornehmen und verklagte A auf Schadensersatz. Im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens erklärte B gegenüber A ausdrücklich die Kündigung. Das Landgericht (LG) wies die von B mit Teilklage geltend gemachten Mehrkosten der Ersatzvornahme zurück, da B den Bauvertrag nicht schriftlich gekündigt habe. Dies sei erst nach Beauftragung der Ersatzvornahme erfolgt. Hiergegen wendet sich B mit der Berufung. B meint, wegen der Erfüllungsverweigerung und eigenen Kündigung durch A bedurfte es keiner Kündigungserklärung.

Mit Erfolg! Zwar weist das OLG darauf hin, dass es trotz der vorliegend ungerechtfertigten und somit unwirksamen Kündigung des A und trotz dessen Erfüllungsverweigerung einer Kündigungserklärung bedurfte. Die Erfüllungsverweigerung mache lediglich die vorherige Fristsetzung für eine Kündigung entbehrlich. Das OLG sieht jedoch in dem anwaltlichen Schreiben zur Aufforderung des Haftungsanerkennnisses die konkludente Kündigungserklärung des B. Da A nach seiner Kündigung keine Bemühungen zur Baufertigstellung zeigte und diese damit absehbar nicht fristgerecht erfolgen konnte, war die Auftragskündigung vor Ablauf der Fertigstellungsfrist ohne vorherige Fristsetzung zulässig.

#### **Bedeutung für die Praxis**

In der Praxis wird oft übersehen, dass die Bauvertragskündigung Voraussetzung für den Anspruch auf Erstattung von Mehrkosten der Ersatzvornahme ist. Dies dient der Vermeidung paralleler Auftragsverhältnisse des ursprünglich beauftragten Unternehmers und des mit der Ersatzvornahme beauftragten Dritten, um damit verbundene unklare Haftungsverhältnisse zu vermeiden. Fehlt die Kündigung, können Bauherren die Erstattung von Mehrkosten der Ersatzvornahme nicht durchsetzen. Daher ist eindeutiges Bauherrenhandeln gefordert. Dies gilt auch hinsichtlich der Entbehrlichkeit einer vorherigen Fristsetzung, auf die im Zweifelsfall vorsorglich nicht verzichtet werden sollte. Anderenfalls gestaltet sich die Anspruchsdurchsetzung so schwierig wie im entschiedenen Fall.