



# NewsLetter

2018-11 Seite 1

Sauerbruchstraße 9  
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06  
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de  
www.dr-schwertfeger.de

## Werkvertragsrecht

### Arbeitseinstellung

Nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde wurde jetzt folgende Entscheidung des Oberlandesgerichts (OLG) Dresden (Urteil vom 27. September 2016, Az. 6 U 564/16) rechtskräftig:

Der Auftraggeber (AG) hatte den Auftragnehmer (AN) mit VOB/B-Bauvertrag mit einer Pfahlgründung beauftragt (1600 Rammpfähle auf 300 x 200 m Baufeld). Der AN sollte seine Arbeiten bis zum 9. März 2013 fertiggestellt haben.

Nach Beginn der Arbeiten stellte der AN dem AG am 18. Januar 2013 ein Nachtragsangebot, weil das Baufeld seiner Meinung nach nicht in dem vertraglich vorausgesetzten Zustand war. Der AG lehnte das NT-Angebot ab, weil die darin aufgeführten Arbeiten bereits vom Hauptauftrag erfasst seien. Ferner zeigte der AN wegen fehlender Kampfmittelfreiheit des Baufeldes Behinderung an. Der AG wies die Behinderungsanzeige zurück und forderte den AN auf, seine Arbeiten fortzusetzen. Der AN jedoch stellte am 29. Januar 2013 sämtliche Arbeiten ein. Am 19. Februar 2013 erklärte der AG daraufhin - wie zuvor angedroht - die außerordentliche Kündigung. Anschließend beauftragte er ein Drittunternehmen mit der Fertigstellung der Arbeiten des AN.

Das OLG gab dem AG Recht. Dessen außerordentliche Kündigung war wirksam (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B):

Der AN war mit seiner Leistung im Verzug. Zwar war das Ende der vereinbarten Leistungszeit zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht erreicht. Ist aber zweifelhaft, ob der AN überhaupt noch bereit ist, seine Arbeiten fortzusetzen (hier: weil der AN am 24. Januar 2013 erklärt hatte, keine weiteren Arbeiten mehr ausführen zu wollen), gerät er auch dann in Verzug, wenn der AG ihm daraufhin eine angemessene Frist zur Weiterarbeit oder Wiederaufnahme der Arbeiten setzt (Mahnung) und der AN die Frist fruchtlos verstreichen lässt.

Dem AN stand kein Leistungsverweigerungsrecht deshalb zu, weil die Kampfmittelsondierung noch nicht abgeschlossen war. Zwar lag die Kampfmittelfreiheit noch nicht für das gesamte Baufeld vor, der AN hätte jedoch in den bereits beräumten Bereichen arbeiten können und müssen, anstatt seine Leistungen insgesamt einzustellen.

Ein Leistungsverweigerungsrecht hätte dem AN zugestanden, wenn sein NT-Angebot berechtigt gewesen wäre und der AG dessen Bezahlung zu Unrecht geweigert hätte. Dann wäre der AN auch nicht in Verzug mit seinen Arbeiten geraten, und der AG hätte nicht außerordentlich kündigen dürfen. Das war vorliegend aber nicht der Fall, weil die als Zusatzleistungen angebotenen Arbeiten bei zutreffender Vertragsauslegung bereits vom ursprünglichen Auftragsumfang

# NewsLetter

2018-11 Seite 2

erfasst waren. War aber das NT-Angebot unberechtigt, lag im Verhalten des AN, seine Arbeiten wegen dessen Nichtbeauftragung einzustellen, eine grundlose und endgültige Leistungsverweigerung, die dem AG einen außerordentlichen Kündigungsgrund gab.

## Praxishinweise

Der Fall ist ein weiteres Beispiel für die hohen rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken, die im Falle der Arbeitseinstellung, aber auch der Vertragskündigung drohen.

Vorliegend wurde dem AN nicht nur sein Vergütungsanspruch für die von ihm kündigungsbedingt nicht mehr erbrachten Leistungen abgesprochen.

Der AN „verlor“ darüber hinaus auch seinen Restwerklohnanspruch für die von ihm bis zur Kündigung erbrachten Leistungen. Denn infolge berechtigter außerordentlicher Kündigung hatte der AG Anspruch auf Erstattung des Mehraufwandes für die Fertigstellung der Pfahlgründung; damit durfte der AG gegen den Vergütungsanspruch des AN aufrechnen. Und weil die Mehrkosten höher waren als der Restwerklohnanspruch, blieb für den AN nichts „übrig“.

RA Dr. Christian Schwertfeger

## Werkvertragsrecht

### Vergütung für Mängelbeseitigung

Nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde wurde jetzt folgende Entscheidung des Oberlandesgerichts (OLG) München (Beschluss vom 7. September 2016, Az. 27 U 4880/15 Bau) bestandskräftig:

Der Auftraggeber (AG) hatte den Auftragnehmer (AN) mit der Errichtung einer Tankstelle beauftragt. Die Erdtanks schwammen dann jedoch auf, möglicherweise weil der AN seine Arbeiten insoweit mangelhaft ausgeführt hatte. Nach Diskussionen über die Verantwortlichkeit des AN erteilte der AG dem AN den entgeltlichen Auftrag, den Auftriebschaden zu beseitigen. Die Bezahlung des dafür vereinbarten Werklohns verweigerte der AG dann jedoch und verlangte statt dessen Schadenersatz wegen des ursprünglichen Auftriebsschadens.

Zu Unrecht, denn zwischen den Parteien war ein neuer und vorbehaltloser Werkvertrag über die Schadensbeseitigung zustande gekommen: Der AG hatte den AN mit der Schadensbeseitigung beauftragt, obwohl ein Mitverursachungsbeitrag des AN hinsichtlich des Ausgangsschadens im Raume stand. Der AG hatte die Bezahlung des AN verbindlich zugesagt. Der AN durfte angesichts der neuerlichen und vorbehaltlosen Beauftragung, in der zugleich ein Erlassvertrag hinsichtlich etwaiger Gewährleistungsrechte zu sehen ist, auf seine Entlohnung vertrauen. Insoweit ist auch die Geltendmachung etwaiger Schadenersatzansprüche aus dem ursprünglichen Schadensereignis ausgeschlossen.

## Praxishinweise

Der AG wäre gut beraten gewesen, bei Erteilung des entgeltlichen Auftrags zur Schadensbeseitigung gegenüber dem AN zu erklären, dass er sich die Geltendmachung von Mängelansprüchen gegen den AN noch vorbehalte.

RA Dr. Christian Schwertfeger