

# NewsLetter

2019-6 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

## Bauvertragsrecht

### Außerordentliche Kündigung

Im Fall des Landgerichts (LG) Potsdam (Urteil vom 15. Februar 2019, Az. 6 O 352/13) hatte der öffentliche Auftraggeber (AG) den Auftragnehmer (AN) mit VOB/B-Bauvertrag mit Fassadenarbeiten beauftragt. Nachdem der AG Arbeiter mit geringen Deutschkenntnissen auf der Baustelle festgestellt hatte, forderte er den AN zweimal zur Vorlage von Sozialversicherungsnachweisen etc. auf - ohne Ergebnis. Daraufhin kündigte der AG fristlos.

Zu Recht! Der AG hatte ein Kündigungsrecht aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B analog wegen eines sonstigen wichtigen Grundes.

Ein wichtiger Kündigungsgrund ist gegeben, wenn es für den AG aufgrund eines schuldhaften Verhaltens des AN unter Abwägung der beiderseitigen Interessen unzumutbar ist, weiter am Vertrag festzuhalten, und er den AN abgemahnt hat. Unzumutbar war die Fortsetzung des Vertrages hier wegen des dringenden Verdachts auf einen Verstoß gegen das Arbeitnehmer-Entsendegesetz, den der AN auch auf Abmahnung hin nicht entkräftet hatte.

### Praxishinweise

§ 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B scheint abschließend, ist es aber nicht, sondern es fallen - in dann analoger Anwendung - auch andere

Fälle einer schwerwiegenden Verletzung von vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten darunter, z. B. die Verweigerung einer zu Recht verlangten Vergütungsanpassung oder die schwerwiegende Verletzung vorvertraglicher Beratungspflichten. Erforderlich ist grundsätzlich eine vorherige Fristsetzung mit Kündigungsandrohung, wenn der wichtige Kündigungsgrund überhaupt (noch) abgestellt werden kann.

*RA Dr. Christian Schwertfeger*

## Bauvertragsrecht

### Mitverschulden des Auftraggebers

Nachdem der Bundesgerichtshof (BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2018, Az. VII ZR 132/16) die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen hat, wurde jetzt folgendes Urteil des Kammergericht (KG, Urteil vom 22. April 2016, Az. 21 U 119/14) rechtskräftig:

Der Bauherr (BH) hatte den Bauunternehmer (BU) mit VOB/B-Bauvertrag mit der schlüsselfertigen Errichtung einer Reihenhäuseranlage und daneben den Architekten (A) mit gewissen Planungsleistungen sowie der Bauüberwachung beauftragt. Der BU hatte sich im Bauvertrag zur Herstellung einer Abdichtung gegen drückendes Wasser verpflichtet. Ausgeführt hat er sie dann aber nicht, weil die Planung des A keine solche Abdichtung vorsah bzw. insoweit widersprüchlich war. In der Folge kam es in den

# NewsLetter

2019-6 Seite 2

Kellern zu Feuchtigkeit. Der BH nahm daraufhin den BU auf Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung in Anspruch.

Zu Recht!

Der BH muss sich kein Mitverschulden wegen Planungsverschuldens des A anrechnen lassen.

Der BU hatte sich bauvertraglich zur Kellerabdichtung gegen drückendes Wasser verpflichtet. Danach musste dem BU klar sein, dass er die für eine mangelfreie Abdichtung gegen drückendes Wasser erforderlichen weiteren Planungsleistungen selbst zu erbringen hatte, soweit solche Planungsleistungen nicht bereits in den Planungen des A enthalten waren. Der BU hatte nach § 4 Abs. 3 VOB/B die ihm überlassenen Planungsunterlagen des A zu prüfen, und zwar vorliegend nicht wie ein „nur“ bauausführendes Unternehmen, sondern wie ein „weiterer Planer“, weil er nach dem Vorgesagten die Planfortschreibung übernommen hatte. Nach diesem Maßstab hätte der BU erkennen können bzw. müssen, dass die Planung des A unvollständig bzw. widersprüchlich war, und Bedenken anmelden müssen. „Soweit ein Auftragnehmer mit der gebotenen Prüfung die Mängel hätte verhindern können, setzt er die eigentlichen Ursachen für die weiteren Schäden. Es ist deshalb ... in der Regel ... veranlasst, dem (also der ungenügenden Prüfung, Erläut. d. Verf.) bei einer Verschuldensabwägung entscheidendes Gewicht zukommen zu lassen.“

Der BH muss sich auch kein Mitverschulden wegen Überwachungverschuldens des A anrechnen lassen.

„Denn es entspricht ständiger zutreffender Rechtsprechung des BGH, dass eine feh-

lende Bauüberwachung des Bauherrn bzw. Fehler der Bauüberwachung kein Mitverschulden des Bauherrn gegenüber dem Bauunternehmer begründet. ... Der Bauunternehmer kann vom Bauherrn nicht verlangen, dass dieser ihn bei den Bauarbeiten überwacht.“

## Praxishinweise

Der vom BU gelegentlich zu hörende Einwand, der BH habe einen Architekten oder Bauherrenbetreuer gehabt, der von der konkreten Art und Weise der Ausführung gewusst habe und deshalb Einwände dagegen hätte erheben müssen, entlastet den BU also grundsätzlich nicht. Etwas anderes mag im Einzelfall gelten, wenn der BH um die Mangelhaftigkeit positiv weiß, aber den BU dennoch sehenden Auges weiterarbeiten, ihn also quasi „ins Messer laufen“ lässt.

Der BU hatte sich vorliegend noch damit verteidigt, die Abdichtung gegen drückendes Wasser fehle nur partiell. Das KG stellte dagegen fest, der Umstand, dass bei jeder Bauteilöffnung durch den vom Gericht bestellten Sachverständigen handwerkliche Fehler festgestellt worden seien, lasse den „Rückschluss auf ein jedenfalls großflächiges Vorhandensein solcher Fehler“ zu.

Das KG hat ferner festgestellt, dass der Kostenvorschuss mit 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen ist, sowie „dass diese Zinsen zwar nicht in die Abrechnung des verbrauchten Vorschusses einzubeziehen sind, aber im Falle eines überhöhten ... Vorschusses im Umfang des Überschusses ... gezahlte Zinsen ... zurückzuzahlen sind“.

RA Dr. Christian Schwertfeger