

## Expertentipp

### (Teil-)Kündigung des Bauvertrages

Das alte Werkvertragsrecht regelte lediglich das freie Kündigungsrecht des Bestellers in § 649 BGB a.F. Die Kündigung aus wichtigem Grund war dagegen ebenso wie die Teilkündigung nicht gesetzlich geregelt. Das ist nun für seit dem 01.01.2018 geschlossene Verträge anders: Das neue Bauvertragsrecht schafft nun eine gesetzliche Grundlage auch für die Kündigung aus wichtigem Grund. Das freie Kündigungsrecht des Bestellers bleibt unverändert - nun in § 648 BGB - erhalten. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass mit § 648a Abs. 2 BGB die Möglichkeit einer Teilkündigung aus wichtigem Grund eingeführt wird.

#### 1. Kündigung aus wichtigem Grund, § 648a BGB

Mit dem neuen § 648a BGB wird beiden Vertragsparteien eines **Werkvertrages** das Recht eingeräumt, den Vertrag aus wichtigem Grund zu kündigen. Von einer Beschränkung des Kündigungsrechts auf Werkverträge, die auf längere Zusammenarbeit angelegt sind, hat der Gesetzgeber ausdrücklich und bewusst abgesehen.

Ferner verzichtet der Gesetzgeber bewusst darauf, einzelne wichtige Gründe zu benennen. Er verweist in den Motiven darauf, dass zu § 314 BGB eine ausdifferenzierte Rechtsprechung bestehe, die zur Klärung der Frage, wann ein wichtiger Grund vorliege, herangezogen werden könne. Zur Ausübung des Kündigungsrechts verweist der Gesetzgeber über § 648a Abs. 3 BGB auf § 314 Abs. 2 und 3 BGB. Daraus folgt, dass im Falle einer Vertragsverletzung die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten angemessenen Frist oder nach einer erfolglosen Abmahnung zulässig ist, § 314 Abs. 2 BGB. Ferner muss die Kündigung selbst innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen, nachdem der Berechtigte Kenntnis vom Kündigungsgrund erlangt hat, § 314 Abs. 3 BGB.

## 2. Kündigungsrecht bei Insolvenz des Unternehmers?

Der Gesetzgeber hat ausdrücklich davon abgesehen, dem Besteller ein generelles Kündigungsrecht im Falle der **Insolvenz des Unternehmers** einzuräumen. Ein solcher Ansatz trage nicht der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse Rechnung. Der Gesetzgeber erkennt zwar an, dass die Fortführung des Vertragsverhältnisses in der Insolvenz des Unternehmers für den Besteller Risiken berge. Gleichwohl verlangt der Gesetzgeber ausdrücklich eine Prüfung, ob die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses tatsächlich für den Besteller unzumutbar sei. Bei dieser Prüfung sei auch zu berücksichtigen, ob der Insolvenzverwalter zeitnah erkläre, die Bauleistungen ohne wesentliche Unterbrechungen fortzuführen und durch geeignete Unterlagen dokumentiere, dass er dazu auch in der Lage sei.

Die ausdrücklich vom Gesetzgeber - auch mit Blick auf § 103 InsO - getroffene Entscheidung, die Insolvenz des Unternehmers nicht per se als wichtigen Grund für eine Kündigung des Bestellers anzusehen, führt zwangsläufig zu der Frage, ob unter dieser Prämisse § 8 Abs. 2 VOB/B einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle noch standhalten kann. Da mit § 648a BGB erstmals das Recht zur außerordentlichen Kündigung im Werkvertragsrecht kodifiziert wird, muss man davon ausgehen, dass dem **§ 648a BGB Leitbildcharakter** zukommt. Von dem Leitbild des Gesetzes, das ausweislich der Motive ausdrücklich die Insolvenz des Unternehmers nicht als wichtigen Grund per se ansieht, weicht § 8 Abs. 2 VOB/B derart ab, dass er, sofern die VOB/B vom Auftraggeber in den Vertrag als AGB eingebracht wurde, einer AGB-Kontrolle nicht mehr standhalten dürfte.

## 3. Teilkündigung, § 648a Abs. 2 BGB

Mit dem neuen § 648a Abs. 2 BGB wird die Möglichkeit einer **Teilkündigung aus wichtigem Grund** eröffnet. In den Motiven heißt es hierzu, dass es angesichts des Umfangs der bisweilen vereinbarten Werkleistungen sinnvoll sei, den Parteien die Möglichkeit einer Teilkündigung zu eröffnen. Diese Regelung scheint zunächst einmal im Widerspruch zu § 648a Abs. 1 BGB zu stehen. Denn die Kündigung aus

wichtigem Grund ist (nur) dann eröffnet, wenn der kündigenden Partei die Fortsetzung des Vertrages bis zur Fertigstellung nicht zumutbar erscheint. Wird nun von der kündigenden Partei nur ein Teil des Werkes gekündigt, dann scheint damit doch auch zugleich festzustehen, dass es der Partei durchaus zumutbar erscheint, mit dem Vertragspartner bis zur Fertigstellung weiter zu arbeiten. Neue Streitfelder sind vorprogrammiert, da das Verhältnis von Kündigung und Teilkündigung nicht im Gesetz geklärt ist.

Richtig wird man § 648a Abs. 3 BGB nur auf solche Fälle beziehen können, die allein beschränkt auf eine Teilleistung die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lassen. Hier dürften wohl nur isolierte Streitigkeiten darüber, ob eine bestimmte Leistung vertragskonform ausgeführt worden ist oder nicht, ein relevantes Anwendungsfeld darstellen.

#### **4. Auswirkung auf § 8 Abs. 3 VOB/B?**

Gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B kann die Kündigung auf einen in sich **abgeschlossenen** Teil der Leistung beschränkt werden. § 648a Abs. 2 BGB setzt für die Teilkündigung dagegen lediglich voraus, dass sich die Teilkündigung auf einen **abgrenzbaren** Teil der Leistung beziehen muss. Die Teilkündigung nach § 648a Abs. 2 BGB ist somit unter deutlich geringeren Voraussetzungen möglich. Es handelt sich hierbei um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, der die strenge Rechtsprechung zur Frage der Abgeschlossenheit einer Leistung kannte, diese ausdrücklich als eine unnötig hohe Hürde für die Vertragspartner angesehen hat und mit der gewählten Formulierung bewusst geringere Anforderungen setzen wollte (BT-Drs. 123/16, Seite 54). Entscheidend soll nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich sein, dass die Vertragspartner eine klare Abgrenzung der von der Teilkündigung erfassten und danach von einem Drittunternehmer auszuführenden Leistung vornehmen können. Der von der Teilkündigung betroffene Unternehmer müsse (lediglich) in der Lage sein, die von ihm geschuldete Leistung "ohne Beeinträchtigung" zu erbringen. Nach dieser gesetzgeberischen Entscheidung dürfte es daher möglich sein, nahezu für jede gerügte Mangelercheinung eine

Teilkündigung auszubringen, da es im Regelfall möglich ist, die Ersatzvornahme von der sonstigen Leistung des Unternehmers abzugrenzen.

Geht man weiter davon aus, dass **§ 648a Abs. 2 BGB als gesetzliches Leitbild** anzusehen ist, dann stellt sich die Frage, ob § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B einer AGB-Kontrolle noch standhalten kann. Hier kommt es darauf an, wer als Verwender der VOB/B als AGB anzusehen ist. Ist es - wie häufig - der Auftraggeber, kommt die Klauselkontrolle nicht zur Anwendung, weil der Verwender sich nicht auf AGB-widrigkeit seiner eigenen AGB berufen kann. Sollte dagegen der Unternehmer Verwender sein, dürfte § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B einer Inhaltskontrolle nicht standhalten, weil vom gesetzlichen Leitbild erheblich abgewichen und das Kündigungsrecht des Auftraggebers unzulässig beschränkt wird.

## **5. Leistungsstandfeststellung, § 648a Abs. 4 BGB**

Nach § 648a Abs. 4 BGB sind beide Parteien nach der Kündigung auf Verlangen der anderen Partei zu einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes verpflichtet. Sie soll allein der quantitativen Bewertung der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen dienen. Ihr kommt keine der Abnahme vergleichbare Rechtsfolge zu. Diejenige Partei, die sich der Mitwirkung verweigert oder dem bestimmten Termin unentschuldig fernbleibt, trifft die Beweislast hinsichtlich des Leistungsstandes zum Zeitpunkt der Kündigung. Die Regelung orientiert sich letztlich an § 8 Abs. 6 VOB/B und der hierzu ergangenen Rechtsprechung.

## **6. Vergütung, Schadenersatz**

§ 648a Abs. 5 stellt klar, dass dem Unternehmer im Falle einer berechtigten Kündigung aus wichtigem Grund immer nur der Teil der Vergütung zusteht, der auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt. Die Berechtigung, Schadenersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen, § 648a Abs. 6 VOB/B.

## 7. Fazit

Mit dem neuen § 648a BGB wird das Recht der Vertragsparteien zur Kündigung aus wichtigem Grund für sämtliche Werkverträge eingeführt. Da der Gesetzgeber die Insolvenz des Unternehmers nicht per se als wichtigen Kündigungsgrund ansieht, dürfte § 8 Abs. 2 VOB/B einer AGB-Kontrolle künftig nicht mehr standhalten. Über die gesetzliche Möglichkeit der Teilkündigung wird darüber hinaus ein Instrument geschaffen, die Kündigung aus wichtigem Grund auf einen abgrenzbaren Teil der Leistung zu beschränken. Damit wird den Vertragsparteien mehr Flexibilität eingeräumt, als § 8 Abs. 3 Nr. 1. Satz 2 VOB/B zulässt. Zugleich wird aber auch ein neues Konfliktfeld eröffnet, da das Verhältnis von Kündigung und Teilkündigung erst noch durch die Rechtsprechung geklärt werden muss.

Marco Röder, Karlsruhe

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Mitglied der ARGE Baurecht