



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/f4547abf-9cec-3ae0-b0e8-1332857b02f7>

<b>Zeitschrift</b>	BauR - Baurecht
<b>Autoren</b>	Prof. Dr. M.-Maximilian Lederer/Dr. Sebastian Zeyns
<b>Rubrik</b>	Aufsätze
<b>Referenz</b>	BauR 2024, 981 - 988 (Heft 7)
<b>Verlag</b>	Werner Verlag

## Lederer, Zeyns, BauR 2024, 981 Unterschiedliche Teilbarkeitsbegriffe im Baurecht und im Insolvenzrecht



*von Prof. Dr. M.-Maximilian Lederer und*



*Dr. Sebastian Zeyns, Düsseldorf*

Der Begriff der Teilbarkeit ist sowohl im Insolvenzrecht als auch im Baurecht von wesentlicher Bedeutung. Insofern überrascht es, dass der Begriff der Teilbarkeit von dem für Bauverträge zuständigen VII. Senat des

Bundesgerichtshofs anders verstanden wird als von dem IX. Senat, der für Insolvenzrecht zuständig ist, da doch beide Senate regelmäßig auch mit Bauverträgen in der Insolvenz beschäftigt sind.

## I. Die unterschiedlichen Teilbarkeitsbegriffe

Die unterschiedliche Sichtweise zur Teilbarkeit von Bauverträgen zeigt sich, wenn die Leistung des Unternehmers mangelhaft ist.

### 1. Der Teilbarkeitsbegriff im Baurecht

Der VII. Senat geht davon aus, dass ein Bauvertrag, bei dem der Unternehmer bereits sämtliche Leistungen erbracht hat, auch dann vollständig – also nicht lediglich teilweise – erfüllt ist, wenn noch Mängel bestehen.

Dieses Verständnis zeigt sich, wenn der Bauvertrag vom Besteller gekündigt wird. Im Falle der Kündigung ist der Bauvertrag lediglich für die Zukunft beendet. Diejenigen Leistungen, die noch nicht erbracht worden sind, sind zukünftig nicht mehr zu erbringen, jedoch schuldet der Unternehmer auch nach der Kündigung die Mängelbeseitigung – insb. die (Nach-)erfüllung –, soweit die bereits erbrachten Leistungen mangelhaft sind.<sup>1</sup> Wenn Leistungen mangelhaft sind, die der Unternehmer bereits vor der Kündigung erbracht hatte, dann sind die Mängelansprüche des Bestellers also von den Kündigungsfolgen nicht erfasst. Das gilt nur ausnahmsweise für denjenigen Mangel nicht, der Anlass für die Kündigung war.<sup>2</sup>

Sind bereits sämtliche Leistungen, wenn auch mangelhaft, erbracht, so wirkt sich die Kündigung faktisch gar nicht mehr aus, da die Leistung des Unternehmers allein in der Mängelbeseitigung liegt, die auch nach der Kündigung zu erbringen ist und da die erbrachte Leistung auch im Kündigungsfall zu vergüten ist, §§ 648 Satz 1/648a Abs. 5 BGB. Wenn der Unternehmer den Vertrag jedoch erst zu 30 % erfüllt hat (bspw. der Maler erst 3 von insgesamt 10 Wänden gemalt hat), dann führt die Kündigung des Bestellers dazu, dass der Teil, der noch überhaupt nicht erbracht worden ist (die ausstehenden 7 Wände), von der Kündigung erfasst ist und der Unternehmer nicht länger erfüllen muss. Stellt sich dann heraus, dass die bereits erbrachte Leistung (die 3 Wände, die bereits gemalt worden sind) mangelhaft ist, so schuldet der Unternehmer auch nach der Kündigung durch den Besteller weiterhin die Mängelbeseitigung.

Dies wird im Ergebnis kaum kritisiert<sup>3</sup>, wenngleich die Begründung für dieses Ergebnis eher stiefmütterlich erfolgt.

#### a) Begründungsansatz „ex nunc-Wirkung“

Oftmals wird zur Begründung schlicht darauf verwiesen, dass die Kündigung – anders als der Rücktritt – ihre Wirkung ex nunc entfaltet.<sup>4</sup> Dies greift als Begründung zu kurz. Denn das Verständnis im Insolvenzrecht (hierzu sogleich unter Ziff. I. 2) zeigt gerade, dass sich ebenso argumentieren lässt, dass eine Mangelbeseitigung vor der Kündigungserklärung noch nicht erfolgt ist, sodass die Kündigungsfolgen (ex nunc) die Mangelbeseitigung erfassen.

## b) Auslegung der Kündigungserklärung

Als Begründung wird zudem vorgebracht, dass die Auslegung der Kündigungserklärung des Bestellers regelmäßig ergebe, dass er nicht freiwillig auf die Mängelbeseitigung des Unternehmers verzichten wolle, da er diese erbrachten Leistungen schließlich bezahlen muss, sodass regelmäßig anzunehmen sei, dass die Kündigungserklärung des Bestellers dahingehend auszulegen sei, dass nur die unfertigen Leistungen gekündigt sind, nicht aber die mangelhaften Leistungen gekündigt sind.<sup>5</sup>

Ob diese Argumentation der Interessenlage des Bestellers gerecht wird, ist höchst zweifelhaft. Wenn der Besteller sich zur Kündigung des Bauvertrages entscheidet, dann ist dies regelmäßig der letzte Ausweg, den der Besteller nur wählt, weil er besorgt, dass das Bauvorhaben nicht die angestrebten Kosten-, Qualitäts- oder Terminziele einhält, wenn er den Unternehmer nicht unverzüglich austauscht. Es geht dem Besteller dann darum, möglichst schnell die Formalia einzuhalten, um eine Kündigung aus wichtigem Grund gerichtsfest auszusprechen. Insbesondere setzt der Besteller letztmalig Fristen unter Kündigungsandrohung und ist bestrebt, die Fristen – in den Grenzen der Angemessenheit – möglichst kurz zu setzen, um schnell zu kündigen und den Folgeunternehmer zeitnah auf die Baustelle zu lassen. Dabei besteht in der Regel erheblicher Zeitdruck, da der Folgeunternehmer schnellstmöglich starten will und starten muss, damit die Terminziele des Bauvorhabens noch eingehalten werden können. Oftmals kommen weitere Gründe hinzu, die den Zeitdruck erhöhen. Bspw. muss die Fassade oder das Dach geschlossen werden, bevor die Schlechtwetterperiode beginnt oder um mit der Installation der TGA beginnen zu können.

Lässt der Besteller den Folgeunternehmer jedoch auf die Baustelle, bevor die Kündigung gegen den Unternehmer erklärt worden ist, so riskiert der Besteller, dass der Unternehmer den Bauvertrag seinerseits aus wichtigem Grund kündigt, was die Rechtslage für den Besteller deutlich verschlechtert.<sup>6</sup> Auch nach der Kündigungserklärung muss der Besteller weiter zuwarten, bevor er den Folgeunternehmer auf die Baustelle lassen kann. Denn zunächst muss der Leistungsstand des gekündigten Unternehmers gerichtsfest dokumentiert werden. Anderenfalls ist der Einwand des gekündigten Unternehmers absehbar, dass die Mängel an seiner Leistung durch Arbeiten des Folgeunternehmers verursacht sind oder der gekündigte Unternehmer behauptet, dass der Leistungsstand, den der Folgeunternehmer inzwischen vorangetrieben hat, gem. § 648a Abs. 5 BGB an den gekündigten Unternehmer zu vergüten ist, weil dies der Leistungsstand des gekündigten Unternehmers gewesen wäre.

Geht das Interesse des Bestellers regelmäßig dahin, sich möglichst schnell vom Unternehmer zu lösen, kann auch nicht behauptet werden, dass es seinem Interesse entsprechen würde, sich der Mängelrechte gegenüber dem

gekündigten Unternehmer nicht zu begeben. Gegenteiliges liegt nahe. Der Besteller will den gekündigten Unternehmer regelmäßig endgültig nicht mehr auf der Baustelle. Die Ansicht, dass Mängelrechte von der Kündigung des Bestellers nicht erfasst sind, führt für den Besteller vor Abnahme<sup>7</sup> zu dem hinderlichen Ergebnis, dass er eine weitere Kündigung auch betreffend die Mängelbeseitigung ausbringen muss, bevor der Leistungsstand endgültig festgestellt werden kann und der Folgeunternehmer auf die Baustelle darf.<sup>8</sup> Der Besteller muss also erneut eine Frist setzen und die Kündigung androhen und nach Fristablauf eine zweite Kündigung (des gekündigten Vertrages) auch betreffend die Mängelbeseitigung ausbringen.<sup>9</sup> Weiter erschwert hat sich diese Rechtslage für den Besteller, seitdem § 4 Abs. 7 VOB/B für weitgehend AGB-widrig erklärt worden ist<sup>10</sup> und als Kündigungsgrund nicht zur Verfügung steht, sodass regelmäßig auf § 648a BGB zurückzugreifen ist. Diese Rechtslage ist für den Besteller äußerst ungünstig und entspricht keinesfalls seinem Interesse.

Auch dogmatisch überzeugt diese Lösung nicht. Durch die erste Kündigung ist das Schuldverhältnis im weiteren Sinne bereits beendet. Eine Kündigung differenziert dabei nicht nach den Schuldverhältnissen im engeren Sinne (Erfüllungsansprüche und Mängelrechte). Vor diesem Hintergrund ist es nicht nachvollziehbar, den bereits beendeten Vertrag durch Kündigung erneut zu beenden.<sup>11</sup>

### c) Möglichkeiten der Umgehung?

Bisher ungeklärt ist die Frage, ob der Besteller, der in der ersten Kündigung ausdrücklich klarstellt, dass die Kündigung auch die Mängelbeseitigung erfasst, sich diesen Umweg einer zweiten Kündigung ersparen kann, da seine Kündigungserklärung dann eben nicht mehr dahingehend ausgelegt werden kann, dass diese die Mängelbeseitigung nicht erfassen würde. Es bestehen erhebliche Zweifel, ob dieses Vorgehen ausreicht. Vielmehr ist der Besteller auch dann dem pauschalen Verweis ausgesetzt, dass die Kündigung nur Wirkung ex nunc entfaltet und deshalb bereits erbrachte Leistungen, die jedoch mangelhaft sind, nicht erfasst. Dem sichersten Weg entspricht es jedenfalls, eine solche zweite Kündigung anzudrohen und auszusprechen.

## 2. Der Teilbarkeitsbegriff im Insolvenzrecht

Für den Fall der Teilbarkeit der geschuldeten Leistungen regelt § 105 Satz 1 InsO:

„Sind die geschuldeten Leistungen teilbar und hat der andere Teil die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits teilweise erbracht, so ist er mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrag seines Anspruchs auf die Gegenleistung Insolvenzgläubiger, auch wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistung Erfüllung verlangt.“

Der IX. Senat bewertet die Teilbarkeit von mangelhaften Bauleistungen in diesem Zusammenhang grundlegend anders. Danach ist ein Bauvertrag, bei dem der Unternehmer zwar alle Leistungen erbracht hat, bei dem jedoch Mängel bestehen, lediglich teilweise erfüllt.

„Bei einem Werkvertrag ist auch nach Abnahme des Werkes Erfüllung so lange nicht eingetreten, als beseitigungsfähige Mängel bestehen“.<sup>12</sup>

„Der ursprüngliche Herstellungsanspruch des Bestellers ist durch die mangelhafte Herstellung des Teilwerkes aus insolvenzrechtlicher Sicht (...) – teilweise erfüllt“.<sup>13</sup>

Wenn der Maler zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung über sein Vermögen lediglich 3 Wände gemalt hat, obwohl er den Anstrich von 10 Wänden schuldete, und wenn davon eine Wand mangelhaft gestrichen worden ist, dann ist der Bauvertrag aus Sicht des IX. Senats wie folgt teilbar: Erbracht hat der Unternehmer die zwei Wände, die er bereits mangelfrei gemalt hatte, sowie den Anteil der dritten Wand, der sich aus der Differenz des Werts des erbrachten Anstrichs abzüglich der Nachbesserungskosten bemisst.<sup>14</sup> Wenn zu diesem Zeitpunkt das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Unternehmers eröffnet worden ist und der Insolvenzverwalter anschließend die Vertragserfüllung wählt, dann muss der Insolvenzverwalter mithin sowohl die Mängel der dritten Wand beseitigen als auch die noch vollständig ausstehenden sieben Wände malen (lassen) und bekommt die darauf entfallende Vergütung.

Dieses Ergebnis ist in der Literatur umstritten. Nach anderer Ansicht muss der Unternehmer-Insolvenzverwalter im Falle seiner Erfüllungswahl lediglich noch die vollständig ausstehenden sieben Wände (mangelfrei) malen (lassen).<sup>15</sup>

## II. Probleme des Wertungswiderspruchs

Die unterschiedliche Sichtweise im Baurecht und im Insolvenzrecht ist insbesondere problematisch, weil die herrschende insolvenzrechtliche Meinung gerade bei Bauverträgen in der Insolvenz in besonderem Maße großzügig ist, wenn es um die Frage der Teilbarkeit der geschuldeten Leistungen geht. Zur Begründung entspricht

es ständiger Rechtsprechung und herrschender Meinung, dass dieselben Maßstäbe anzuwenden wären, als wäre der Bauvertrag im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus wichtigem Grund gekündigt worden.<sup>16</sup> Für den Fall der mangelhaften Leistungserbringung ist diese Begründung unzureichend, da die insolvenzrechtliche Sichtweise, wie soeben dargestellt, von den baurechtlichen Grundsätzen abweicht.

### III. Gründe des Wertungswiderspruchs

Im Folgenden sollen mehrere Begründungsansätze für diese unterschiedliche Handhabung untersucht werden.

#### 1. Vertragsabwicklung

Die unterschiedlichen Teilbarkeitsbegriffe führen in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich zur möglichst weitestgehenden Vertragsabwicklung. Das Verständnis des VII. Senats führt dazu, dass gekündigte Bauverträge, soweit Nachbesserungsansprüche betroffen sind, gleichwohl zu erfüllen sind, was im Extremfall dazu führen kann, dass die Kündigungserklärung keine Auswirkungen hat (siehe oben I.1). Die Ansicht des IX. Senats erweitert das Recht des Insolvenzverwalters in der Insolvenz über das Vermögen des Unternehmers, die Vertragserfüllung zu wählen und damit die darauf entfallenden gegenseitigen Ansprüche zur Erfüllung zu bringen. Würde der Fall, dass der Unternehmer zwar vollständig aber mangelhaft geleistet hat, insolvenzrechtlich dahingehend bewertet, dass der Nachbesserungsteil bereits dem „erbrachten“ Vertragsteil zugeordnet wird, so wäre der Anwendungsbereich von § 103 Abs. 1 InsO nicht eröffnet und dem Insolvenzverwalter stünde kein Erfüllungswahlrecht zu. Dies würde sich auf die Gegenleistungspflicht des Bestellers auswirken, da der Besteller die Einrede des § 320 BGB mit dem Verweis darauf erheben könnte, dass die Werkleistung noch mangelbehaftet ist.

#### 2. Mängelbeseitigung durch den Unternehmer und vergütungsfreundlichste Lösung

Die unterschiedlichen Teilbarkeitsbegriffe führen in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich zur Mängelbeseitigung durch denjenigen, der mit der bisherigen Leistung vertraut ist.<sup>17</sup> Diesen Aspekt hat der VII. Senat in seiner Grundsatzentscheidung zur Mängelbeseitigung auch nach der Kündigung als Hauptargument aufgeführt, da dies zumindest überwiegend allein sachgerecht und meistens auch am kostengünstigsten sei.<sup>18</sup> Anderenfalls stünden, so heißt es in der Entscheidung, die Mängel, sofern sie wesentlich sind, einer Abnahme der bisherigen Leistung entgegen und der Vergütungsanspruch würde niemals fällig. Hieran bestehen erhebliche Zweifel. Selbstverständlich sind nach der Vertragskündigung nur diejenigen Leistungen abzunehmen, die nicht „weggekündigt“ sind. Würde der VII. Senat die mangelhafte Leistung bewerten, wie sie der IX. Senat bewertet, dass also der Mangelteil nicht erfüllt worden ist, dann wäre dieser Teil also „weggekündigt“ und könnte einer Abnahme nicht entgegengehalten werden. Ohnehin stünden sich nur noch Zahlungsansprüche entgegen und es bestünde ein Abwicklungsverhältnis, das ebenfalls zur Fälligkeit der Vergütung (betreffend die erbrachte Leistung) führt.<sup>19</sup>

Auch die insolvenzrechtliche Lösung stellt sicher, dass der Unternehmer bzw. der dessen Vermögen verwaltende Insolvenzverwalter, und damit derjenige, der sich mit der Leistung am besten auskennt, die Mängelbeseitigung durchführt. Andernfalls würde wiederum erschwert, dass die Vergütung, die auf den vor Insolvenzeröffnung mangelhaft erbrachten Teil entfällt, verdient wird. Würde im Insolvenzrecht eine mangelhafte Leistung als erbrachte Leistung bewertet, dann würde § 105 Satz 1 InsO dazu führen, dass der Unternehmer-Insolvenzverwalter die Verbindlichkeit der Mängelbeseitigung nicht erfüllen darf, da es sich um eine Insolvenzforderung handeln würde. Die Restleistungen können oftmals nicht erbracht werden, ohne zuvor die Mängel zu beseitigen, da auf eine mangelhafte Leistung nicht sinnvoll aufgebaut werden kann. Die einzige Lösung wäre es dann, dass der Unternehmer-Insolvenzverwalter einen neuen Vertrag mit dem Besteller schließt, wonach für die Mängelbeseitigung die Vergütung gezahlt wird, die auf den mangelhaft erbrachten Teil der Leistung entfällt. Dies erscheint unnötig kompliziert.

Ohne eine Mängelbeseitigung kann auch im Insolvenzfall, nach richtiger Ansicht keine Vergütung verlangt werden. Hierfür spricht bereits, dass eine mangelhaft erbrachte Leistung nur unzureichend bewertet werden kann, weil es in der Regel schwierig und kostenintensiv ist, einen neuen Unternehmer zu finden, der die Mängel eines Anderen beseitigt. Der Folgeunternehmer muss sich nämlich zunächst aufwendig in die fremde Leistung einfinden und wird regelmäßig nicht gewillt sein, die Mängelgewährleistung für die Gesamtleistung zu übernehmen. Wenn also der Unternehmer-Insolvenzverwalter die Mängelbeseitigung nicht durchführen könnte, dann hätte er keine Handhabe, die Vergütung, die auf den Teil entfällt, der vorinsolvenzlich mangelhaft geleistet worden ist, zu verlangen, da diese Vergütungsanspruch nicht fällig ist.

## IV. Rückschlüsse aus diesem Wertungswiderspruch – keine zweite Vertragskündigung

Es versteht sich von selbst, dass sich ein Störgefühl einstellt, wenn ein zentraler Begriff wie die Teilbarkeit in verschränkten Rechtsbereichen wie dem Baurecht und dem Insolvenzrecht grundlegend anders verstanden wird. Auch die Tatsache, dass dieses Problem bis heute – soweit den Verfassern ersichtlich – nicht wissenschaftlich diskutiert wird, zeigt, dass der Unterschied in den Begrifflichkeiten an vielen Stellen unbewusst ist, was dazu führt, dass die Akteure aneinander vorbeisprechen. Der Insolvenzrechtler benutzt die Teilbarkeit nach dem Verständnis des IX. Senat und der Baurechtler benutzt den Begriff, wie es der VII. Senat vorlebt.

Unter Ziff. III. 2 wurde dargestellt, dass eine sachgerechte Vertragsabwicklung im Insolvenzrecht es erforderlich macht, das insolvenzrechtliche Verständnis der Teilbarkeit beizubehalten.

Andererseits wurde unter Ziff. I. 1. dargelegt, dass sich eine zwingende Begründung für das baurechtliche Verständnis der Teilbarkeit nicht finden lässt und dass das Verständnis des VII. Senats den Besteller vor erhebliche Probleme stellt, sich vollständig von dem Unternehmer zu lösen, obwohl der Unternehmer einen wichtigen Kündigungsgrund liefert. Der Besteller muss eine erste Vertragskündigung ausbringen und muss sodann erneut eine Frist zur Mängelbeseitigung setzen und muss (vor Abnahme) sodann eine zweite Vertragskündigung ausbringen.

Diesen Zeitverlust lassen eine Vielzahl der Bauvorhaben nicht zu, insbesondere da weitere Baubeteiligte auf der Leistung aufbauen wollen und Vorhaltekosten entstehen und da der Terminverzug oftmals zu erheblichen Schäden führt. Teilweise zwingt dies den Besteller dazu, auf eine eigentlich nötige, zweite Vertragskündigung oder Dokumentation des Leistungsstandes zu verzichten.

Die Verfasser sprechen sich aus vorgenannten Gründen dafür aus, von der Ansicht des VII. Senats, dass eine Vertragskündigung etwaige Mängelrechte grundsätzlich unberührt lässt, abzurücken und stattdessen auch ausstehende Nacherfüllungsleistungen von einer Vertragskündigung zu erfassen, wie es der IX. Senat in vergleichbaren Situationen bewertet.

## V. Folgen

### 1. Kündigung aus wichtigem Grund und gegenwärtige Mängel

Wenn die Nacherfüllungsleistung „weggekündigt“ ist, kann also der Besteller nach seiner Vertragskündigung keine Mängelbeseitigung mehr von dem gekündigten Unternehmer verlangen. Einerseits betrifft dies diejenigen Mängel, die bereits bei der Vertragskündigung bekannt waren oder hätten bekannt sein können. Der Besteller braucht keine weitere Frist zur Mängelbeseitigung setzen und braucht keine zweite Vertragskündigung aussprechen. Stattdessen kann er die Mängel direkt von einem Folgeunternehmer beseitigen lassen und kann die Ersatzvornahmekosten von dem Erstunternehmer ersetzt verlangen, sofern er einen wichtigen Grund für die Vertragskündigung hatte.

Werden die Mängel auch von der Vertragskündigung erfasst, wird also das in der Praxis höchst schwierige Problem vermieden, die unfertige Leistung von der mangelhaften Leistung abzugrenzen. Der Besteller kann vielmehr nach einer Kündigung aus wichtigem Grund einheitlich betreffend die Fertigstellung sowie betreffend sämtlicher Mängel einen Fertigstellungsmehrkostenanspruch geltend machen,<sup>20</sup> wenn die Kündigung sämtliche Mängel erfasst. Nach geltender Rechtslage ist eine Abgrenzung zwischen Mängeln und Restleistungen notwendig. Eine Klage, die diese Differenzierung nicht vornimmt, ist oftmals unschlüssig, da die Ansprüche jeweils andere Anspruchsvoraussetzungen haben, die darzulegen sind.<sup>21</sup> Die Mängelbeseitigungspflicht des Unternehmers ist insbesondere verschuldensunabhängig, während die Restfertigstellungsmehrkosten nur dann zu ersetzen sind, wenn ein wichtiger Kündigungsgrund tatsächlich besteht, was also in der Regel Verschulden voraussetzt. Diese Abgrenzung stellt eines der zentralen Probleme in der Abwicklung von gekündigten Verträgen dar. In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass erfahrene Sachverständige ihre Gutachten mehrfach zu überarbeiten haben, weil die rechtlich notwendige Differenzierung zwischen Mängelleistungen und Restleistungen kaum vermittelbar ist. Müssen zur Erbringung einer Leistung zehn Arbeitsschritte durchgeführt werden, wurden jedoch nur neun Arbeitsschritte durchlaufen, weil einige Schrauben nicht festgezogen wurden, dann kann man argumentieren, dass die Leistung mangelhaft ist (Mangel: Schrauben nicht fest) oder man kann argumentieren, dass die Leistung unfertig ist, weil der Unternehmer als letzten Arbeitsschritt die Schrauben hätte festziehen müssen. Dass diese Abgrenzung tatsächlich nicht immer möglich ist, ist auch in der Literatur bekannt.<sup>22</sup>



## 2. Kündigung aus wichtigem Grund und zukünftige Mängel

Gleiches gilt für solche Mängel, die sich – innerhalb der Verjährungsfrist – nachträglich zeigen. Der Besteller kann auch dann direkt in die Selbstvornahme gehen und die Kosten vom Erstunternehmer ersetzt verlangen, sofern er einen wichtigen Grund für die Vertragskündigung hatte. Dies ist für den Unternehmer womöglich misslich, jedoch hat der Unternehmer für diese Situation selbst gesorgt, indem er dem Besteller einen wichtigen Grund zur Vertragskündigung geliefert hat.

Für den Besteller ist dies – im Gegensatz zur bisherigen Herangehensweise des VII. Senats – ein praktikabler Weg. Nach bisheriger Rechtslage muss der Besteller, der eine erste Vertragskündigung ausgesprochen hat und darauf aufbauend eine zweite Vertragskündigung betreffend die bereits bekannten Mängel ausgesprochen hat, das Verfahren (Fristsetzung und, solange noch keine Abnahme erklärt worden ist, Kündigungsandrohung sowie Kündigung) erneut wiederholen, wenn er nach der zweiten Vertragskündigung innerhalb der Verjährungsfrist weitere Mängel feststellt, bevor der Besteller in die Ersatzvornahme gehen kann. Der Besteller muss nach geltender Rechtslage mithin eine dritte/vierte/fünfte Vertragskündigung ausbringen. Dieser Vorgang ist äußerst sperrig.

## 3. „Freie“ Kündigung

Sofern der Besteller eine freie Kündigung gem. § 648 Satz 1 BGB ausspricht, sind sämtliche Mängelrechte – auch solche, die Mängel betreffen, die erst zukünftig bekannt werden – ebenfalls „weggekündigt“. Zu beachten ist hingegen, dass der Unternehmer die volle Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen (hierzu gehören nach der Ansicht der Verfasser also auch solche Aufwendungen, die erspart werden, weil Mängel nicht zu beseitigen sind, sondern „weggekündigt“ worden sind) und anderweitigen Erwerbs erlangt. Außerdem kann der Besteller die Kosten der Selbstvornahme nicht an den Unternehmer durchstellen.

Hatte der Unternehmer bspw. die TGA in zwei Gebäudeteilen im Auftrag und nach Fertigstellung des ersten Gebäudeteils will sich der Besteller durch freie Kündigung von dem Unternehmer lösen und kündigt gem. § 648 Satz 1 BGB, dann erscheint es unbillig, dass der Unternehmer von der Mängelbeseitigung betreffend den Gebäudeteil 1 frei wird, obwohl er die volle Vergütung erhalten hat, wenn die Mängel erst nach der Vertragskündigung bekannt werden und vom Besteller deshalb nicht berücksichtigt wurden, als die Entscheidung zur freien Kündigung getroffen wurde.

Ein Ausweg ergibt sich gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB.<sup>23</sup> Danach besteht ein Bereicherungsanspruch, wenn ohne Rechtsgrund geleistet wurde. Wäre der Mangel bekannt gewesen, als der Besteller dem Unternehmer die Kündigungsvergütung zahlen musste, dann hätte der Besteller einwenden können, dass der Unternehmer Aufwendungen erspart hat, um die Mängel zu beseitigen. In Höhe der ersparten Aufwendungen bestand also gerade kein Rechtsgrund für die Vergütung gem. § 648 Satz 2 BGB. Freilich ist zuzugestehen, dass das Ergebnis

für den Besteller noch immer nicht vollständig befriedigend ist, weil die Kosten der Mängelbeseitigung in aller Regel höher sein werden, als die ersparten Aufwendungen des gekündigten Unternehmers zu bewerten sind, sodass der Bereicherungsanspruch unterhalb der Mängelbeseitigungskosten liegen wird. Dies hat der Besteller bei der Abwägung seiner Entscheidung zur freien Kündigung gem. § 648 BGB zu berücksichtigen.<sup>24</sup>

Dieser vergütungsrechtliche Ansatz wird von der herrschenden Meinung mit der Begründung kritisiert, das Mängelbeseitigungsrecht des Unternehmers würde abgeschnitten.<sup>25</sup> Diese Kritik ist tautologisch. Das Mängelbeseitigungsrecht wird nämlich gerade nicht unberechtigt abgeschnitten, wenn es von der Kündigung erfasst ist. Soweit die Kündigung die Restleistungen erfasst, wird dem Unternehmer schließlich auch das Recht abgeschnitten, die Vergütung ohne Abzüge von anderweitigem Erwerb und ersparten Aufwendungen zu verdienen – das ist gerade der Wesensgehalt einer Kündigung.

## VI. Fazit

Insolvenzrechtlich wird ein Bauvertrag, bei dem Leistungen mangelhaft erbracht sind, anders geteilt als dies baurechtlich bewertet wird, obwohl die Insolvenzrechtler sich zur Begründung auf das Baurecht berufen. Diese Divergenz sollte behoben werden, indem baurechtlich die Kündigungsfolgen auf etwaige Mängel erstreckt werden. Ein Restfertigstellungsmehrkostenanspruch des Bestellers erfasst daher auch die Mängelbeseitigung. Es bedarf keine weitere Nachfrist zur Mängelbeseitigung und es muss keine Kündigung eines bereits gekündigten Vertrages erfolgen.

*	Die Verfasser sind Rechtsanwälte bei Kapellmann und Partner mbB in Düsseldorf.
1	BGH, BauR 1987, 689 Rdnr. 14, zitiert nach juris; Brüninghaus, in: Cramer/Kandel/Preussner, 53. Edition Stand: 01.11.2023, 8 Abs. 3 Rdnr. 21; Jousen, in: Ingenstau/Korbion, 22. Aufl. 2023, § 8 Abs. 3 Rdnr. 59; Kniffka, in: Kniffka/Koeble/Jurgleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, Teil 8 Rdnr. 96.
2	Althaus, in: Ganten/Jansen/Voit, 4. Aufl. 2023, § 8 Abs. 3 Rdnr. 56; Jousen, in: Ingenstau/Korbion, 22. Aufl. 2023, § 8 Abs. 3 Rdnr. 60; Kniffka, in: Kniffka/Koeble/Jurgleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, Teil 8 Rdnr. 102.
3	Kritisch auch: Vogel, in: BauR 2011, 313 (318).
4	Jousen, in: Ingenstau/Korbion, 22. Aufl. 2023, § 8 Abs. 3 Rdnr. 59, 61.
5	BGH, BauR 1987, 689 Rdnr. 15, zitiert nach juris.
6	Insb. kann der Besteller die Kosten des Folgeunternehmers nicht an den Erstunternehmer weiterleiten, wenn es der Erstunternehmer ist, der berechtigt aus wichtigem Grund kündigt.
7	Nach Abnahme muss der Besteller ebenfalls eine Nachfrist setzen, bevor er in die Selbstvornahme gehen darf, §§ 637 BGB, 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B.
8	BGH, BauR 1988, 82 Rdnr. 13, zitiert nach juris; Jousen, in: Ingenstau/Korbion, 22. Aufl. 2023, § 8 Abs. 3 Rdnr. 60.
9	Jousen, in: Ingenstau/Korbion, 22. Aufl. 2023, § 8 Abs. 3 Rdnr. 97; Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl. 2022, § 8 Rdnr. 28.
10	BGHZ 236, 96 Leitsatz.
11	Vgl. Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl. 2022, § 8 Rdnr. 28.
12	BGH, BauR 1999, 392 Rdnr. 14, zitiert nach juris.
13	Wegener, in: Uhlenbruck, 15. Aufl. 2019, § 103 InsO Rdnr. 89 ff.; vgl. auch: MünchKomm.-Huber, 4. Aufl. 2019, § 105 InsO Rdnr. 16; Jacoby, in: Jaeger, 2. Aufl., § 105 InsO Rdnr. 45.
14	Vgl. Wegener, in: Uhlenbruck, 15. Aufl. 2019, § 103 InsO Rdnr. 90.
15	MünchKomm.-Huber, 4. Aufl. 2019, § 103 InsO Rdnr. 146a.
16	BGHZ 150, 353 Rdnr. 37, zitiert nach juris; Beitenbücher, in: Graf-Schlicker, § 105 Rdnr. 9; Matthies, in: Fridgen/Geiwitz/Göpfert, Insolvenzrecht Rdnr. 280; Schmitz, in: Die Abwicklung des Bauvertrags in der Insolvenz, Ins.AN, Ziff. 3.1 Rdnr. 43.
17	Vgl. BGH, BauR 1987, 689 Rdnr. 16, zitiert nach juris.
18	BGH, NJW 1988, 140 (141).
19	Ebenso: Vogel, in: BauR 2011, 313 (318); vgl. BGH, BauR 2002, 1399, Rdnr. 13, zitiert nach juris.
20	BGH, BauR 1989, 462, Rdnr. 15, zitiert nach juris; Althaus, in: Ganten/Jansen/Voit, 4. Aufl. 2023, § 8 Abs. 3 Rdnr. 59.
21	BGH, BauR 1988, 82 Rdnr. 19; Althaus, in: Ganten/Jansen/Voit, 4. Aufl. 2023, § 8 Abs. 3 Rdnr. 57; Jousen, in: Ingenstau/Korbion, 22. Aufl. 2023, § 8 Abs. 3 Rdnr. 97.
22	Jousen, in: Ingenstau/Korbion, 22. Aufl. 2023, § 8 Abs. 3 Rdnr. 61; Kniffka, in: Kniffka/Koeble/Jurgleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, Teil 8 Rdnr. 97; Vogel, in: BauR 2011, 313 (317).
23	§ 813 BGB ist hingegen kein gangbarer Weg, da §§ 320, 641 Abs. 3 BGB keine dauerhaften Einreden darstellen. RGZ 62, 51, 54.
24	In Grenzfällen wird das Ergebnis zu korrigieren sein: Bspw. hat der Unternehmer keine Aufwendungen der Mängelbeseitigung erspart, wenn er einen Nachunternehmer beauftragt hatte, der zur (kostenfreien) Mängelbeseitigung verpflichtet gewesen wäre. In diesen Fällen wird der Unternehmer die Kündigung regelmäßig an seinen Nachunternehmer „weitergeleitet“ haben und wird seinerseits einen Bereicherungsanspruch haben, weil der Nachunternehmer Aufwendungen zur Mängelbeseitigung erspart hat, die zu Unrecht einer Kündigungsvergütung nicht abgezogen worden ist. Aus § 242 BGB ergibt sich in diesem Fall ein Anspruch des Bestellers gegen den Unternehmer, einen etwaigen Bereicherungsanspruch gegen den Nachunternehmer an den Besteller abzutreten.
25	BGH, BauR 1987, 689 Rdnr. 17, zitiert nach juris; Kniffka, in: Kniffka/Koeble/Jurgleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, Teil 8 Rdnr. 99.