

3.12 Kündigung durch den Auftraggeber

Allgemeines

- (1) Für die Kündigung des Bauvertrages durch den Auftraggeber ist insbesondere § 8 VOB/B zu beachten.
- (2) Die Kündigung des Bauvertrages ist vor allem dann in Betracht zu ziehen, wenn der Auftragnehmer
- seine Zahlungen einstellt (§ 8 Abs. 2 VOB/B),
 - das Insolvenzverfahren beantragt hat (§ 8 Abs. 2 VOB/B),
 - im Fall des § 4 Abs. 7 VOB/B Mängel nicht beseitigt (§ 8 Abs. 3 VOB/B),
 - im Fall des § 4 Abs. 8 VOB/B ohne Zustimmung des Auftraggebers Leistungen nicht im eigenen Betrieb ausführt, obwohl sein Betrieb darauf eingerichtet ist (§ 8 Abs. 3 VOB/B),
 - im Fall des § 5 Abs. 4 VOB/B die Ausführung verzögert (§ 8 Abs. 3 VOB/B),
 - der Auftragnehmer anlässlich der Vergabe wettbewerbswidrige Absprachen getroffen hat (§ 8 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B) oder
 - bei überschwelligen Vergaben der Zuschlag wegen eines zwingenden Ausschlussgrundes gem. § 6e EU Abs. 1 – 4 VOB/A nicht hätte an den Auftragnehmer erteilt werden dürfen.

In den Fällen des § 4 Abs. 7 VOB/B, § 4 Abs. 8 VOB/B und § 5 Abs. 4 VOB/B ist die Kündigung im Zusammenhang mit der letzten Fristsetzung vor der eigentlichen Kündigungserklärung anzudrohen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Kündigung als unwirksam bzw. als freie Kündigung des Auftraggebers erachtet wird.

Wegfall von Teilleistungen (§ 8 Abs. 1 VOB/B)

- (3) Für Teilleistungen (in der Regel handelt es sich dabei um OZ), die ausnahmsweise ersatzlos entfallen, wird die Vergütung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B bestimmt.

In diesen Fällen sind die Auswirkungen auf die Gesamtvergütung in einer Ausgleichsberechnung (siehe 3.4 Nachträge Nr. (17) und (18)) zur Vergütungsvereinbarung darzustellen. Nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B muss sich der Auftragnehmer anrechnen lassen, was er dadurch an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebs erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 649 BGB). Zum anderweitigen Erwerb können tatsächliche Mengenmehrungen in anderen Leistungspositionen, Leistungsänderungen auf Grund von Anordnungen des Auftraggebers nach § 1 Nr. 3 VOB/B, vom Auftraggeber nach

§ 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B verlangte erforderliche Zusatzleistungen im Rahmen des erteilten Auftrags oder im Einzelfall auch ein neuer Auftrag als zeitnahe Anschlussauftrag nach § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B gehören.

Der Auftragnehmer muss zur Begründung seines Vergütungsanspruchs die vergütungsmindernden Umstände nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B, um die sein Vergütungsanspruch von vornherein beschränkt ist, offen legen und nachweisen. Andernfalls ist sein Vergütungsanspruch insoweit nicht prüfbar und wird daher nicht fällig.

Kündigung nach § 8 Abs. 2 VOB/B

- (4) Stellt der Auftragnehmer die Zahlungen gegenüber seinen Gläubigern ein, dann ist die Kündigung im Allgemeinen erst dann auszusprechen, wenn er auch seine Leistungen nicht mehr vertragsgemäß ausführt.

- (5) Im Falle eines Insolvenzverfahrens ist zu prüfen, ob die vertragsgemäße Ausführung noch gewährleistet ist. Grundsätzlich ist dazu zunächst vom Insolvenzverwalter („Verwalter“) eine Erklärung zu verlangen.

Ist die vertragsgemäße Ausführung durch den Insolvenzverwalter nicht gewährleistet, dann ist die Kündigung auszusprechen.

Kündigung nach § 8 Abs. 3 VOB/B

(6) Verweigert der Auftragnehmer die Beseitigung eines Mangels während der Ausführung (§ 4 Abs. 7 VOB/B), so ist, wenn der Mangel auch bei Minderung der Vergütung nicht hingenommen werden kann, der Vertrag nach § 8 Abs. 3 VOB/B zu kündigen.

(7) Erbringt der Auftragnehmer ohne schriftliche Zustimmung des Auftraggebers Leistungen nicht im eigenen Betrieb (§ 4 Abs. 8 VOB/B), obwohl er dies im „Angebotsschreiben“ erklärt hat, ist dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Aufnahme der Leistung zu setzen und die Kündigung anzudrohen. Kommt der Auftragnehmer der Aufforderung nicht nach, kann der Vertrag nach § 8 Abs. 3 VOB/B gekündigt werden (siehe Abschnitt 3.1 „Bauüberwachung“ Nr. (34)).

(8) Liegen die Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 VOB/B vor, so ist zu prüfen, ob die Vertragserfüllung vom Auftraggeber trotz seines Schadensersatzanspruchs nach § 6 Abs. 6 VOB/B nicht mehr hingenommen werden kann; gegebenenfalls ist der Vertrag nach § 8 Abs. 3 VOB/B zu kündigen.

Kündigung nach § 8 Abs. 4 VOB/B

(9) Hat der Auftragnehmer nachweislich wettbewerbswidrige Absprachen getroffen, kann der Vertrag ganz oder teilweise gekündigt werden. Gleiches gilt bei überschwelligen Vergaben für den Fall, dass der Auftrag dem Auftragnehmer wegen zwingender Ausschlussgründe überhaupt nicht hätte erteilt werden dürfen. § 6e EU VOB/A zählt insoweit insbesondere Betrugsstraftaten und Bestechung/Bestechlichkeit von Mitarbeitern des Auftragnehmers als Gründe auf. Diesbezüglich ist allerdings auch die Möglichkeit der Selbstreinigung nach § 6f EU VOB/A zu beachten. Vor einer Kündigung ist dem Auftragnehmer daher unter angemessener Fristsetzung und Androhung der Kündigung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, ob und ggf. welche Selbstreinigungsmaßnahmen er getroffen hat.

Form der Kündigung

(10) Im Kündigungsschreiben ist der Kündigungsgrund (§ 8 Abs. 2 oder Abs. 3 VOB/B) anzugeben.

Im Kündigungsschreiben sind gegebenenfalls Forderungen des Auftraggebers dem Grunde nach anzukündigen.

(11) Der Nachweis über den Zugang der Kündigung (§ 8 Abs. 6 VOB/B) beim Auftragnehmer, im Insolvenzfall beim Insolvenzverwalter, ist sicherzustellen, z. B. durch Einschreiben mit Rückschein.

Abnahme und Abrechnung der ausgeführten Teile der Leistung

(12) Wird vom Auftragnehmer bzw. Insolvenzverwalter ein Aufmaß oder eine Abnahme der ausgeführten Teile der Leistung (§ 8 Abs. 7 VOB/B) nicht verlangt, so ist er zu einem gemeinsamem Aufmaß gemäß § 14 Abs. 2 VOB/B und zur Abnahme gemäß § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B aufzufordern. Im Übrigen ist entsprechend § 14 Abs. 2 zu verfahren.

Hat der Auftragnehmer bzw. Insolvenzverwalter an Aufmaß und Abnahme nicht teilgenommen, so ist ihm das Ergebnis mitzuteilen.

(13) Erfüllt der Auftragnehmer bzw. Verwalter seine Verpflichtung zur Vorlage einer prüfbaren Rechnung (§ 8 Abs. 7 VOB/B) nicht, so ist nach § 14 Abs. 4 VOB/B zu verfahren; gegebenenfalls ist ein Dritter zu beauftragen.

Ausführung der noch nicht vollendeten Teile der Leistung

(14) Sollen nach erfolgter Kündigung die noch nicht vollendeten Teile der Leistung durch einen Dritten ausgeführt werden, so ist bei der Vergabe dieser Leistungen auch die Schadensminderungspflicht des Auftraggebers (§ 254 BGB) zu beachten.

Forderungen des Auftraggebers

(15) Entstehen dem Auftraggeber Mehrkosten (§ 8 Abs. 3 VOB/B), so ist dafür Ersatz zu verlangen. Entsprechendes gilt für einen darüber hinausgehenden Schaden. Die Höhe der Mehrkosten ist durch die Differenz zwischen der tatsächlichen und der fiktiven Abrechnungssumme zu ermitteln. Dabei sind auch z. B. das vereinbarte Recht auf Preisänderung gemäß § 2 VOB/B und die Auswirkungen vereinbarter Gleitklauseln zu berücksichtigen.

(16) Die ermittelten Forderungen sind gegenüber dem bisherigen Auftragnehmer geltend zu machen und nachvollziehbar zu begründen; gegebenenfalls sind sie zu schätzen. Im Insolvenzfall sind die Forderungen beim Insolvenzverwalter anzumelden.

(17) Zur Erfüllung der Forderungen kann eine geleistete Sicherheit in Anspruch genommen werden (siehe Abschnitt 3.7 „Sicherheitsleistungen“) oder gegen Forderungen des Auftragnehmers, z. B. aus anderen Verträgen, aufgerechnet werden (siehe Abschnitt 3.15 „Aufrechnungsfälle“).