

Heft 04/2021

HochbauRecht

Zeitschrift zur Praxis des Vergaberechts

€ 6,- inkl. MwSt. im Abonnement

€ 9,- inkl. MwSt. im Einzelheft

Herausgeber:

Dr. jur. Thomas Ax

Redaktion:

Tobias R.C. Schmitt



AX VERLAG

FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

INHALT

Aktuelle Rechtsprechung 4

OLG Köln: Kündigungsandrohung verliert ihre Warnfunktion, wenn aus dem nachträglichen Verhalten des Auftraggebers für den Auftragnehmer erkennbar wird, der Auftraggeber werde nicht mehr an seiner Kündigungsandrohung festhalten 4

BGH: Haben die Parteien eine Schiedsgutachtenvereinbarung getroffen, ist regelmäßig anzunehmen, dass die Einholung des Schiedsgutachtens Anspruchsvoraussetzung ist 10

LG Stuttgart: In der staatlich angeordneten Schließung bzw. Zugangsbeschränkung liegt kein Mangel der Mietsache und auch kein Fall der Unmöglichkeit vor 19

Publikationen zum Vergaberecht 25

VOB – konzentriert und aktuell – was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen 25

Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB 25

Bestellformular 26

Stellenanzeigen 27

Impressum 28

Aktuelle Rechtsprechung

OLG Köln: Kündigungsandrohung verliert ihre Warnfunktion, wenn aus dem nachträglichen Verhalten des Auftraggebers für den Auftragnehmer erkennbar wird, der Auftraggeber werde nicht mehr an seiner Kündigungsandrohung festhalten

vorgestellt von Thomas Ax

Wird der ursprünglich vereinbarte Termin für den Ausführungsbeginn verschoben und bestätigt der Auftragnehmer den neuen Termin, ist eine Frist von 11 (Arbeits-)Tagen zur Arbeitsaufnahme angemessen, wenn der Auftraggeber den Beginn der Ausführung verzögert. Kann mit der Ausführung der Arbeiten nur nach einer erfolgreichen Sicherheitsüberprüfung der Mitarbeiter des Auftragnehmers begonnen werden, hat der Auftragnehmer die Überprüfungen so rechtzeitig zu beantragen, dass sie rechtzeitig vorliegen. Eine Kündigungsandrohung verliert ihre Warnfunktion, wenn aus dem nachträglichen Verhalten des Auftraggebers für den Auftragnehmer erkennbar wird, der Auftraggeber werde nicht mehr an seiner Kündigungsandrohung festhalten (hier verneint). OLG Köln, Beschluss vom 01.10.2019 - 19 U 46/19 vorhergehend:

OLG Köln, 23.08.2019 - 19 U 46/19

LG Köln, 25.03.2019 - 4 O 98/18

LG Köln, 20.02.2019 - 4 O 98/18

nachfolgend:

BGH, Beschluss vom 21.10.2021 - VII ZR 227/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über wechselseitige Ansprüche aus einem gekündigten VOB/B-Vertrag.

Aufgrund der Teilnahme der Klägerin an einer Ausschreibung erteilte der Beklagte ihr am 12.5.2016 den Auftrag für Heizungsbauarbeiten im Sicherheitsbereich der Justizvollzugsanstalt A, die nach der ursprünglichen Planung am 3.10.2016 beginnen sollten. In der Leistungsbeschreibung (S. 4 Ziffer 1.3) wurde u.a. darauf hingewiesen, dass die notwendige Sicherheitsüberprüfung der jeweiligen Mitarbeiter mindestens vier Wochen vor Beginn der Arbeiten beantragt werden müsse.

Am 21.3.2017 beantragte die Klägerin eine Sicherheitsüberprüfung ihrer Mitarbeiter B C und D. In einer Baualanlaufbesprechung am 29.3.2017 wurde der Baubeginn auf den 3.7.2017 verschoben und von der Klägerin mit Schreiben vom 24.6.2017 bestätigt. Nachdem die Klägerin zunächst mitgeteilt hatte, dass sie mit den Arbeiten am 10.7.2017 beginnen könne, erklärte sie mit E-Mail von diesem Tage, dass aufgrund von Urlaubs- und Krankheitszeiten ein Baubeginn erst am 1.8.2017 möglich sei. Der Beklagte setzte daraufhin mit Schreiben vom 13.7.2017 eine Frist zur Aufnahme der Arbeiten bis zum 20.7.2017 und mit Schreiben vom 7.8.2017 unter Kündigungsandrohung bis zum 22.8.2017. Am 17.8.2017 beantragte die Klägerin eine Sicherheitsüberprüfung für ihre Mitarbeiter E C, F und G und am 21.8.2017 für ihren Mitarbeiter H, denen am 21.8.2017 der Einlass verweigert wurde, weil die Prüfung noch nicht abgeschlossen war. Nachdem die Parteien am 22.8.2017 wegen der Sicherheitsüberprüfung korrespondiert hatten und die Klägerin um Fristverlängerung bis zu deren Abschluss gebeten hatte, wurde am 23.8.2017 per email um 12.38 Uhr die Zugangsberechtigung erteilt. Gleichwohl wurde am Nachmittag dieses Tages wiederum der Zugang wegen eines vermeintlichen Baustellenverbots verweigert, worüber die Klägerin den Beklagten informierte. Der Beklagte teilte der Klägerin mit email vom 24.8.2017 mit, dass es sich dabei um ein Versehen handelte und ihre Mitarbeiter auf der Baustelle arbeiten dürften. Zugleich forderte der Beklagte die Klägerin auf, sofort Kontakt mit dem bauüberwachenden Ingenieurbüro aufzunehmen, woraufhin die Klägerin einen Arbeitsbeginn für den 28.8.2017 ankündigte. Mit Schreiben vom 25.8.2017 erklärte der Beklagte die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses zur Klägerin und beauftragte ein anderes Unternehmen mit der Ausführung der Arbeiten. Dieses Schreiben wurde am selben Tag um 13.24 Uhr per Telefax versandt und ging am Montag, den 28.8.2017, per Post bei der Klägerin ein. Mitarbeitern der Klägerin, die am 28.8.2017 bei der Justizvollzugsanstalt erschienen, wurde im Hinblick auf die Vertragskündigung der Zugang verweigert. Die Klägerin widersprach der Kündigung mit Schreiben vom 28.8.2017 und erstellte am 5.9.2017 ihre Schlussrechnung in Höhe der Klageforderung, deren Begleichung sie mit Schreiben vom 18.10.2017 sowie mit Anwaltsschreiben vom 15.11.2017 und vom 15.1.2018 anmahnte, nachdem der Beklagte mit Schreiben vom 26.10.2017 die Prüfbarkeit der Schlussrechnung beanstandet hatte.

Die Klägerin hat in erster Instanz eine Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 123.827,61 Euro nebst Zinsen und Rechtsanwaltskosten beantragt. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass der Beklagte nicht

zu einseitigen Vorgaben bezüglich des Beginns der Bauarbeiten berechtigt gewesen sei, nachdem es aufgrund nicht von der Klägerin zu vertretender Umstände zu einer Verzögerung des Bauablaufs gekommen sei. Durch die nachfolgende Korrespondenz sei die Fristsetzung des Beklagten gegenstandslos geworden und die fristlose Kündigung deshalb unberechtigt gewesen. Hierzu hat die Klägerin behauptet, dass ihr Geschäftsbereich "Großprojekte" am Freitag, den 25.8.2017, um 13.24 Uhr bereits Betriebsschluss gehabt habe, so dass das Kündigungsschreiben ihres Erachtens erst am 28.8.2017 zugegangen sei. Nach Meinung der Klägerin sei die Kündigungserklärung im Hinblick auf die Terminverschiebungen und den Schriftverkehr zwischen den Parteien jedenfalls treuwidrig gewesen.

Der Beklagte hat Klageabweisung und mit seiner Widerklage, deren Abweisung die Klägerin beantragt hat, die Feststellung begehrt, dass die außerordentliche Kündigung vom 25.8.2017 wirksam gewesen sei und eine Schadensersatzverpflichtung der Klägerin wegen des durch die Kündigung entstandenen Schadens bestehe. Der Beklagte hat sich darauf berufen, dass die Klägerin es schuldhaft versäumt habe, eine ausreichende Zahl von Mitarbeitern rechtzeitig zur Sicherheitsüberprüfung anzumelden. Ferner hat der Beklagte die Höhe der von der Klägerin geltend gemachten Hauptforderung sowie die Nebenforderungen bestritten. Zur Widerklage hat der Beklagte behauptet, dass es sich bei dem anstelle der Klägerin beauftragten Unternehmen um den Zweitbietenden im Ausschreibungsverfahren gehandelt habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass der Beklagte gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B zur fristlosen Kündigung des Werkvertrags mit Schreiben vom 25.8.2017 berechtigt gewesen sei, nachdem die zuvor mit Schreiben vom 7.8.2017 bis zum 22.8.2017 gesetzte angemessene 12-tägige Frist fruchtlos abgelaufen gewesen sei, zumal der Beginn der Arbeiten eigentlich bereits am 3.7.2017 hätte erfolgen sollen. Den Fristablauf habe die Klägerin zu vertreten, weil sie ihre Mitarbeiter nicht rechtzeitig zur Sicherheitsüberprüfung angemeldet habe, ohne dass es auf mögliche weitere Gründe für den verzögerten Arbeitsbeginn ankomme, zumal die Klägerin nach ihrer eigenen Darstellung einen Arbeitsversuch auch schon vor Übersendung der (neuen) Pläne unternommen habe. Die erforderliche Schriftform werde durch das 13.24 Uhr versandte Fax gewahrt, das am selben Tag im Rechtssinne zugegangen sei, weil der Beklagte auch an einem Freitag nicht damit rechnen müssen, dass der zuständige Geschäftsbereich der Klägerin um

diese Uhrzeit nicht mehr besetzt war. Die Kündigungsandrohung sei auch nicht gegenstandslos geworden, da der Beklagte keine Leistungen der Klägerin entgegen genommen und auch ansonsten nicht durch (ihm zuzurechnende) Erklärungen zum Ausdruck gebracht habe, daran nicht festhalten zu wollen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrags der Parteien sowie der tatsächlichen Feststellungen und der Begründung des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Ausführungen in dem Urteil vom 20.2.2019 (Bl. 93 ff. GA) Bezug genommen.

Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge hinsichtlich Klage und Widerklage weiter verfolgt sowie ihr Vorbringen aus erster Instanz wiederholt, vertieft und ergänzt. Die Klägerin ist der Auffassung, dass das Landgericht ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe, indem es den Kern ihres Vorbringens verkannt habe. Anderenfalls hätte das Landgericht nach Meinung der Klägerin zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die fristlose Kündigung des Beklagten unberechtigt war. Aus der Korrespondenz der Parteien ergebe sich, dass der Beklagte an seiner Fristsetzung nicht festgehalten und im Übrigen eigene Mitwirkungspflichten verletzt habe. Hierzu behauptet die Klägerin, dass eine Anmeldung zur Sicherheitsüberprüfung bereits am 21.3.2017 erfolgt sei, notwendige Pläne erst u.a. am 22.8.2017 übersandt worden seien und dass ihren Mitarbeitern der Zugang zur Justizvollzugsanstalt selbst nach erfolgreich durchlaufener Sicherheitsüberprüfung verweigert worden sei, weil man fälschlicherweise von einem Baustellenverbot ausgegangen sei. Anschließend seien mit Schreiben des Beklagten vom 24.8.2017 ein sofortiger Arbeitsbeginn verlangt, am 25.8.2017 weitere Pläne übersandt und die Klägerin zu einer Baubesprechung am 30.8.2017 eingeladen worden, woraus sich ihres Erachtens ergibt, dass die Kündigungsandrohung ihre Warnfunktion verloren habe und die Fristsetzung bis zum 22.8.2017 gegenstandslos geworden sei. Jedenfalls verstoße die Kündigung des Beklagten vor diesem Hintergrund gegen Treu und Glauben, zumal die Klägerin um Fristverlängerung für den nur "voraussichtlich" auf den 3.7.2017 terminierten Arbeitsbeginn bis zum Abschluss der Sicherheitsüberprüfung gebeten und Bedenken wegen der ausstehenden Fertigstellung von anderen Gewerken angemeldet habe. Erklärungen der mit der Objektüberwachung beauftragten Firma I und der Justizvollzugsanstalt müsse sich der Beklagte zurechnen lassen. Unzutreffend sei auch die Auffassung des Landgerichts, dass das Kündigungsschreiben bereits am 25.8.2017 zugegangen sei. Für die zugrunde

liegende Feststellung, dass in der Baubranche üblicherweise an Freitagen nicht verkürzt gearbeitet werde, fehle dem Gericht die nötige Sachkunde, die auch nicht dargelegt worden sei.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und

1) den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 123.827,61 Euro nebst Zinsen in Höhe von 9 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.10.2017 zu zahlen,

2) den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin vorgegerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.388,35 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

sowie die Widerklage abzuweisen,

hilfsweise den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung an das Landgericht zurückzuweisen.

Der Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil und beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Nach Auffassung des Beklagten hat die Klägerin eine Gehörsverletzung nicht dargelegt und ergeben sich aus der erst- und zweitinstanzlich vorgelegten Korrespondenz keine neuen Erkenntnisse. Insbesondere sei das Landgericht auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Klägerin zutreffend davon ausgegangen, dass Emails des Bauleitungsbüros I oder der Justizvollzugsanstalt dem Beklagten nicht zurechenbar sind und sich aus der email des Zeugen J vom 24.8.2017 nicht ergebe, dass der Beklagte von der Fristsetzung mit Kündigungsandrohung gemäß Schreiben vom 7.8.2017 wieder Abstand genommen hätte. Vielmehr sei die fristlose Kündigung vom 25.8.2017 innerhalb einer angemessenen Prüfungs- und Reaktionszeit berechtigterweise erfolgt. Den Fristablauf habe die Klägerin zu vertreten, weil sie die notwendigen Vorbereitungsmaßnahmen nicht rechtzeitig vorgenommen habe. Aus der im Zusammenhang mit der Besprechung am 29.3.2017 erfolgten Anmeldung des Geschäftsführers und des Projektleiters der Klägerin zur Sicherheitsüberprüfung am 21.3.2017 ergebe sich nichts Gegenteiliges, da die Klägerin es jedenfalls versäumt habe, die Mitarbeiter,

welche die Arbeiten ausführen sollten, rechtzeitig anzumelden. Auf eine angebliche Behinderung durch fehlende Pläne könne sich die Klägerin nicht berufen, da sie auf der Grundlage der rechtzeitig übersandten Pläne mit den Arbeiten hätte beginnen können und im Übrigen verpflichtet gewesen sei, auf die Onlineplattform K zuzugreifen. Ebenso sei eine Bedenkenanmeldung der Klägerin mit Schreiben des Bauleitungsbüros vom 21.6.2017 zu Recht zurückgewiesen worden. Die nach Auffassung des Beklagten aus den vom Landgericht dargelegten Gründen bereits am 25.8.2017 zugegangene Kündigung verstoße schließlich auch nicht gegen Treu und Glauben, nachdem die Klägerin wiederholt zugesagte Termine nicht eingehalten habe.

Der Senat hat durch Beschluss vom 23.8.2019 auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO hingewiesen. Hierzu hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 23.9.2019 Stellung genommen. Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens der Parteien und des Prozessverlaufs wird auf den genannten Beschluss (Bl. 268 ff. GA) und den o.g. Schriftsatz (Bl. 293 ff. GA) sowie auf den sonstigen Akteninhalt verwiesen.

II.

Die Berufung der Klägerin hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg und auch die weiteren Voraussetzungen für eine Zurückweisung des Rechtsmittels durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO liegen vor. Zur Begründung wird zunächst auf die nachfolgend wiedergegebenen Hinweise im Beschluss vom 23.8.2019 verwiesen:

Das Landgericht hat verfahrensfehlerfrei und in der Sache zu Recht die Zahlungsklage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Werklohnzahlung aus § 649 BGB a.F. i.V.m. § 16 VOB/B oder einem anderen Rechtsgrund, während der Beklagte die Feststellung der Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung vom 25.8.2017 und einer Schadensersatzverpflichtung der Klägerin verlangen kann. Zur Begründung kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen in dem angefochtenen Urteil verwiesen werden. Das Berufungsvorbringen führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung.

Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Beklagte nach fruchtlosem Ablauf der zuletzt mit Schreiben vom 7.8.2017 unter Kündigungsandrohung bis zum 22.8.2017 gesetzten Frist für die Aufnahme der

Arbeiten gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B zur außerordentlichen Kündigung des zwischen den Parteien durch die Auftragserteilung aufgrund der Angebotsabgabe der Klägerin nach der Ausschreibung zustande gekommenen Werkvertrags berechtigt war.

Die Fristsetzung war gemäß § 5 Abs. 4 VOB/B wirksam und auch unter Berücksichtigung der zwischenzeitlichen Entwicklung im Zeitpunkt der Kündigung weiterhin gültig. Hiervon ist auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens der Klägerin auszugehen. Der Senat schließt sich der Auffassung des Landgerichts an, dass die von dem Beklagten in dem o.g. Schreiben gesetzte Frist von (mindestens) 11 Arbeitstagen angemessen und ausreichend war, da es - wie bereits das Landgericht zutreffend hervorgehoben hat - lediglich um die Aufnahme der Arbeiten ging, für die in der Bauanlaufbesprechung vom 29.3.2017 eine Verschiebung des ursprünglich vorgesehenen Termins vom 3.10.2016 auf den 3.7.2017 festgelegt und von der Klägerin mit Schreiben vom 24.6.2017 (Anlage B 3) bestätigt worden war, und die Klägerin neben der Nichteinhaltung selbst gesetzter Fristen bereits einer früheren Fristsetzung des Beklagten bis zum 20.7.2017 nicht nachgekommen war.

Die danach wirksam gesetzte Frist hat die Klägerin nicht eingehalten. Die vor Fristablauf unternommenen Versuche zur Arbeitsaufnahme am 21.8.2017 waren dazu jedenfalls deshalb nicht geeignet, weil für die entsandten Mitarbeiter erst am 17.8.2017 eine Sicherheitsüberprüfung beantragt und am 23.8.2017 eine Freigabe erteilt worden war, so dass sie nicht in die Justizvollzugsanstalt eingelassen wurden und deshalb nicht mit den Arbeiten beginnen konnten. Angesichts der im Zusammenhang mit der Auftragserteilung mitgeteilten (mindestens) 4-wöchigen Vorlauffrist für die Antragstellung kann dieser Vorgang ebenso wie die ausweislich der Anlage K 25 bereits im März 2017 beantragte Sicherheitsüberprüfung für zwei andere Mitarbeiter der Klägerin unabhängig davon, dass dies nach unwidersprochen gebliebenen Darstellung des Beklagten im Hinblick auf die Besprechung am 29.3.2017 geschehen sein soll, das Fristversäumnis nicht entschuldigen, auch wenn - wohl aufgrund im allseitigen Interesse liegender Beschleunigung des Prüfungsverfahrens - die Freigabe letztlich keinen so langen Zeitraum in Anspruch genommen hat, da es sich nach den vertraglichen Vereinbarungen um einen im alleinigen Verantwortungsbereich der Klägerin liegenden Umstand handelte, die aufgrund des zur Angemessenheit der Fristsetzung dargelegten zeitlichen Ablaufs hinreichend Gelegenheit und Veranlassung hatte, die Anträge zur Sicherheitsüberprüfung für die Mitarbeiter,

die im August 2017 in der Justizvollzugsanstalt eingesetzt werden sollten, rechtzeitig zu stellen. Vor diesem Hintergrund war der Beklagte nicht gehalten, der Bitte der Klägerin, die im Schreiben vom 7.8.2017 gesetzte Frist bis zur Erteilung der Freigabe zu verlängern, nachzukommen. Der Beklagte hat eine entsprechende (ausdrückliche oder konkludente) Erklärung auch selbst nach Darstellung der Klägerin nicht abgegeben. Dass den Mitarbeitern der Klägerin auch noch nach Erteilung der Freigabe am 23.8.2017 - aufgrund eines versehentlich angenommenen Baustellenverbots - der Zutritt verweigert wurde, hat auf die Frage der Fristwahrung keinen Einfluss, weil die Frist zu diesem Zeitpunkt bereits abgelaufen war.

Entgegen dem von der Klägerin verfochtenen Standpunkt ist die Fristsetzung oder die damit verbundene Kündigungsandrohung des Beklagten auch nicht gegenstandslos geworden. Das Landgericht hat zu dieser anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls nach Treu und Glauben zu beurteilenden Frage (vgl. etwa BGH, Urteil vom 28.10.2004 - VII ZR 18/03, in: BauR 2005, 425 f.) bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass es zu keinem Zeitpunkt zu einer tatsächlichen Leistungserbringung durch die Klägerin gekommen ist, deren widerspruchslose Entgegennahme seitens des Beklagten ggf. als Umstand interpretiert werden könnte, der zur Gegenstandslosigkeit der Fristsetzung nebst Kündigungsandrohung geführt hat. Die sonstigen von der Klägerin u.a. in der Berufungsbegründung hervorgehobenen Aspekte belegen allenfalls, dass sich der Beklagte, die Justizvollzugsanstalt und das mit der Objektüberwachung beauftragte Unternehmen bis zu der Kündigungserklärung vom 25.8.2017 bemüht haben, ihrerseits alles Erforderliche zu tun, um der Klägerin eine Arbeitsaufnahme zu ermöglichen. Dies gilt insbesondere für die Übersendung von (weiteren) Plänen oder die Einladung zu einer Baubesprechung am 30.8.2017 durch die Firma I und die Sicherheitsüberprüfung der Justizvollzugsanstalt, so dass es nicht entscheidend darauf ankommt, inwieweit sich der Beklagte deren Erklärungen zurechnen lassen muss. Auch das Schreiben des Beklagten vom 24.8.2017 (Anlage K 13) kann ungeachtet der dortigen Mitteilung, dass die Mitarbeiter der Klägerin "nach interner Klärung und Rücksprache mit allen Baubeteiligten" auf der Baustelle arbeiten dürfen, da kein "Baustellenverbot" ausgesprochen worden sei, sondern es sich dabei um ein Versehen gehandelt habe, sowie der an die Klägerin gerichteten Aufforderung, "sofort Kontakt mit dem objektüberwachenden Ingenieurbüro I" aufzunehmen, damit sie "eingewiesen werden" und "Lagerflächen für Container/Material abstimmen" könne, bei der gemäß

§§ 133, 157 BGB vorzunehmenden Auslegung im Gesamtzusammenhang auch aus der dafür maßgeblichen Sicht der Klägerin nicht dahin verstanden werden, dass der Beklagte damit nicht mehr an seiner Fristsetzung und/ oder Kündigungsandrohung festhalten wollte. Eine entsprechende ausdrückliche Äußerung enthält das Schreiben nicht und kann ihm unter Berücksichtigung der gesamten Umstände auch nicht als konkludente Erklärung entnommen werden. Vielmehr ist auch die E-Mail vom 24.8.2017 ersichtlich Ausdruck des Bemühens des Beklagten, seinerseits einem (möglichen) Beginn der Arbeitsaufnahme seitens der Klägerin keine Hindernisse zu bereiten, die ihm als in seinem Verantwortungsbereich liegende Umstände - etwa im Falle weiterer Auseinandersetzungen wie dem vorliegenden Rechtsstreit - vorgehalten werden könnten. Abweichendes kann den Erklärungen trotz des Fristablaufs am 22.8.2017 nicht entnommen werden, zumal das in Rede stehende Schreiben nur zwei Tage danach datiert und damit innerhalb des Zeitraums verfasst wurde, der dem Beklagten (jedenfalls) für eine Entscheidung über eine Kündigung zur Verfügung stand. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall in entscheidungserheblicher Weise von den Sachverhalten, welche den klägerseits in Bezug genommenen gerichtlichen Entscheidungen zugrunde lagen, in denen eine Gegenstandslosigkeit von Kündigungsandrohungen bejaht wurde.

Auf die weiteren im Kündigungsschreiben vom 25.8.2017 vom Beklagten geltend gemachten Kündigungsgründe und das diesbezügliche Vorbringen der Klägerin kommt es insofern nicht entscheidend an, zumal das Landgericht bereits zutreffend darauf hingewiesen hat, dass insbesondere die nach Darstellung der Klägerin fehlenden Pläne auch aus deren Sicht offenbar kein Hindernis für einen Arbeitsbeginn dargestellt haben, da sich anderenfalls nicht erklärt, weshalb sie u.a. am 21.8.2017 gleichwohl Mitarbeiter zur Justizvollzugsanstalt entsandt hat.

Die dargestellten Umstände, die nach Auffassung der Klägerin dafür sprechen, dass die Fristsetzung mit Kündigungsandrohung gegenstandslos geworden ist, führen schließlich auch weder isoliert noch insgesamt betrachtet dazu, die nach fruchtlosem Fristablauf erklärte außerordentliche Kündigung des Beklagten als treuwidrig oder sonst unwirksam anzusehen. Dies gilt insbesondere, soweit die Klägerin sich auch in diesem Zusammenhang darauf beruft, dass der Beklagte die rechtzeitige Bereitstellung notwendiger Unterlagen versäumt und/oder ihrer Bitte um Fristverlängerung bis zum Abschluss der Sicherheitsüberprüfung nicht

entsprochen habe, da dies - wie bereits ausgeführt - einer Einhaltung der bis zum 22.8.2017 gesetzten Frist bei pflichtgemäßer Erfüllung der eigenen Vertragspflichten der Klägerin nicht entgegen gestanden hätte. Hieran vermögen weder Verzögerungen bei der Fertigstellung von anderen (vorrangigen) Gewerken noch diesbezügliche Bedenkenanmeldungen der Klägerin und auch der Umstand, dass der Baubeginn am 3.7.2017 im Protokoll über die Bauanlaufbesprechung am 29.3.2017 als "voraussichtlich" bezeichnet wurde, jedenfalls deshalb nichts zu ändern, weil dieser Termin im Schreiben der Klägerin vom 14.6.2017 ohne Einschränkung bestätigt wurde.

Auf den zwischen den Parteien kontrovers diskutierten Zeitpunkt des Zugangs des Kündigungsschreibens im Rechtssinne kommt es für die vorstehende Beurteilung nicht entscheidend an.

Wegen der nach dem oben Gesagten zu bejahenden Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung des Beklagten vom 25.8.2017 hat das Landgericht auch den auf entsprechende Feststellung gerichteten Widerklagen des Beklagten zu Recht stattgegeben. Insbesondere hat die Klägerin aus den oben dargelegten Gründen den die fristlose Kündigung rechtfertigenden Grund zu vertreten, so dass der Beklagte dem Grunde nach einen Anspruch auf Erstattung des dadurch entstandenen Schadens hat. Ansonsten erhebt die Klägerin mit der Berufung insoweit keine spezifischen Einwände, so dass die zutreffende Begründung in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils keiner Ergänzung bedarf.

Da die Beurteilung des Landgerichts nach dem Vorstehenden unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens der Parteien zutreffend ist, leidet das erstinstanzliche Verfahren schließlich auch nicht unter einem (entscheidungserheblichen) Verfahrensfehler, so dass auch der Hilfsantrag der Klägerin auf Aufhebung und Zurückverweisung keinen Erfolg haben kann.

Die dagegen erhobenen Beanstandungen im Schriftsatz der Klägerin vom 23.9.2019 veranlassen den Senat auch nach nochmaliger Prüfung nicht zu einer abweichenden Beurteilung der Sach- und Rechtslage:

Die Einwände der Klägerin sind nicht geeignet, abweichend von den Hinweisen im Beschluss vom 23.8.2019 von einer Gegenstandslosigkeit der Kündigungsandrohung des Beklagten durch dessen nachfolgendes Verhalten auszugehen. Bei dieser auch und gerade nach der klägerseits in Bezug genommenen höchstrichterlichen Rechtsprechung anhand der konkreten Umstände

des Einzelfalls nach Treu und Glauben zu beurteilenden Frage hat der Senat das gesamte Vorbringen der Parteien und die zur Akte gereichten Unterlagen, insbesondere auch die im Schriftsatz der Klägerin vom 23.9.2019 besonders hervorgehobenen Schriftstücke berücksichtigt, aus denen allerdings die von ihr befürworteten Schlussfolgerungen nicht gezogen werden konnten, weil sich der vorliegende Fall aus Sicht des Senats auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Klägerin von dem Sachverhalt unterscheidet, welcher dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28.10.2004 (VII ZR 18/03, in: BauR 2005, 425 f.) zugrunde lag.

Aus dem Umstand, dass der Beklagte auf die Anfrage im Schreiben der Klägerin vom 22.8.2017 nicht geantwortet hat, konnte die Klägerin nicht schließen, dass die mit der Fristsetzung zur Arbeitsaufnahme bis zum 22.8.2017 verbundene Kündigungsandrohung keine Gültigkeit mehr haben sollte, zumal die rechtzeitige Anmeldung ihrer Mitarbeiter zur Sicherheitsüberprüfung als notwendige Voraussetzung für eine Ausführung der Arbeiten im Sicherheitsbereich der Justizvollzugsanstalt im alleinigen Verantwortungs- und Risikobereich der Klägerin lag und die Klägerin selbst den von ihr zuletzt mit Schreiben vom 10.7.2017 für den 1.8.2017 angekündigten Arbeitsbeginn nicht vorgenommen hatte. Insofern war der Beklagte nicht - wie die Klägerin meint - gehalten mitzuteilen, dass es bei der Kündigungsandrohung und der gesetzten Frist bleibe, sondern die Klägerin hätte im eigenen Interesse für eine (ausdrückliche) Klarstellung sorgen müssen. Dies gilt auch, soweit sie sich darauf beruft, dass der Beklagte auf weitere Anfragen und Mitteilungen der Klägerin vom 23.8.2017 und vom 24.8.2017 ebenfalls nicht reagiert und insbesondere nicht darauf hingewiesen habe, dass die Frist zur Aufnahme der Arbeiten abgelaufen sei, die Baustelle nicht mehr betreten werden dürfe, an der Kündigungsandrohung festgehalten werde und/oder die Kündigung ausgesprochen werde.

Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände kann aus den bereits im Hinweisbeschluss dargelegten Gründen auch dem Schreiben des Beklagten vom 24.8.2017 aus der für das Verständnis maßgeblichen Sicht der Klägerin nicht die Erklärung entnommen werden, dass er an der Fristsetzung und/oder Androhung der Kündigung im Zeitpunkt ihrer Erklärung nicht mehr festgehalten hat. Zwar wäre eine klarere Formulierung sicherlich möglich und für die Klägerin wünschenswert gewesen. Allerdings reichen die damit verbundenen Unsicherheiten auch unter Berücksichtigung der Einwände der Klägerin nicht aus, um der zuvor eindeutig erfolgten Frist-

setzung mit Kündigungsandrohung die Wirkung zu nehmen. Insofern setzt sich die Stellungnahme der Klägerin vom 23.9.2019 insbesondere nicht mit der Begründung des Hinweisbeschlusses auseinander, wonach der Umstand, dass die weiteren Mitteilungen, welche die Klägerin als Abstandnahme von der Kündigungsandrohung interpretiert, in dem Zeitraum lagen, welcher dem Beklagten nach fruchtlosem Fristablauf für die Entscheidung über die Kündigung zur Verfügung stand, dagegen spricht, dass das Verhalten des Beklagten von der Klägerin bei der gemäß §§ 133, 157 BGB vorzunehmenden Auslegung dahingehend (miss-) verstanden werden konnte, dass mit einer Kündigung nicht mehr zu rechnen war. Solange dies nicht feststand, entsprach es dem normalen Lauf der Dinge und den Interessen aller Baubeteiligten, dass das (noch ungekündigte) Vertragsverhältnis weiterhin wie vorgesehen gehandhabt wurde.

Schließlich sind auch die mit Schriftsatz der Klägerin vom 23.9.2019 vorgelegten weiteren Unterlagen unabhängig von der Frage ihrer prozessualen Berücksichtigungsfähigkeit jedenfalls deshalb nicht geeignet, eine Gegenstandslosigkeit der Kündigungsandrohung zu belegen, weil die Pläne überwiegend bereits vor den Fristsetzungen eingereicht wurden und insbesondere in Bezug auf die nach Darstellung der Klägerin am 21.8.2017 erfolgte letzte Überarbeitung der Montageplanung nicht ersichtlich ist, dass und ggf. in welcher Weise diese Leistung seitens des Beklagten derart entgegen genommen worden wäre, dass dies aus Sicht der Klägerin als eindeutige Abstandnahme von der Kündigungsandrohung hätte verstanden werden können. Dass es ansonsten nach Fristsetzung und/oder Kündigungsandrohung zu einer tatsächlichen, von der Beklagten akzeptierten Leistungserbringung gekommen wäre, behauptet die Klägerin selbst nicht, ergibt sich insbesondere nicht aus der bloßen Erteilung von Zugangsberechtigungen für Mitarbeiter der Klägerin nach erfolgreich durchlaufener Sicherheitsüberprüfung.

Ansonsten erhebt die Klägerin keine Einwände gegen die oben wiedergegebenen Ausführungen in dem Beschluss vom 23.8.2019, die deshalb keiner Ergänzung bedürfen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10 Satz 2, 711 ZPO (i.V.m. § 522 Abs. 3 ZPO).

Streitwert des Berufungsverfahrens: 257.654,92 Euro

BGH: Haben die Parteien eine Schiedsgutachtenvereinbarung getroffen, ist regelmäßig anzunehmen, dass die Einholung des Schiedsgutachtens Anspruchsvoraussetzung ist

vorgestellt von Thomas Ax

Haben die Parteien hinsichtlich eines Anspruchs oder einzelner Anspruchsvoraussetzungen eine Schiedsgutachtenvereinbarung getroffen, ist regelmäßig anzunehmen, dass die Einholung des Schiedsgutachtens in den im Vertrag bestimmten Fällen Anspruchsvoraussetzung ist. Eine vor Einholung des Schiedsgutachtens erhobene Klage, die auf den Anspruch gestützt wird, dessen Inhalt oder dessen Voraussetzungen durch ein Schiedsgutachten festgestellt werden sollen, ist daher nicht als endgültig, sondern allenfalls als verfrüht, also "als zur Zeit unbegründet" abzuweisen (im Anschluss an BGH, IBR 2006, 118).

In einem solchen Fall liegt es im Ermessen des Tatrichters, von einer sofortigen Klageabweisung "als zur Zeit unbegründet" abzusehen und zunächst entsprechend §§ 356, 431 ZPO eine Frist zur Beibringung des Schiedsgutachtens zu setzen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 08.06.1988 - VIII ZR 105/87, NJW-RR 1988, 1405 = IBRRS 1988, 0443).

BGH, Urteil vom 11.03.2021 - VII ZR 196/18 vorhergehend:

OLG München, 28.08.2018 - 28 U 1250/18 Bau LG München II, 14.03.2018 - 5 O 3577/13

Tatbestand:

1. Die Klägerin, eine Wohnungseigentümergeinschaft, macht gegen die Beklagte aus einem Prozessvergleich Zahlungsansprüche zwecks Abgeltung von Mängeln in Höhe von 212.221,52 EUR sowie Erstattung von Sachverständigenkosten in Höhe von 10.574,88 EUR geltend. Ferner begehrt sie Ersatz eines im Zuge von Mängelbeseitigungsmaßnahmen verursachten Schadens an den Grünflächen der Wohnungseigentumsanlage in Höhe von 2.856 EUR.

2. In einem vor dem Landgericht M. geführten Rechtsstreit (5) schlossen die Parteien am 15. Februar 2012 folgenden, nicht widerrufenen

"widerruflichen Vergleich:

Die Beklagte verpflichtet sich am streitgegenständlichen Anwesen sämtliche Mängel, die der Sachverständige B. im selbstständigen Beweisverfahren 10 bzw. 4 in seinem Gutachten vom 30.03.2009 und 30.03.2010 festgestellt hat - mit Ausnahme ... - gemäß dem Gutachten bis zum 31.10.2012 zu beseitigen.

II. Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Mangelbeseitigung baubegleitend und überwachend durch den Sachverständigen W. auf Kosten des Beklagten erfolgt.

III. Die Abnahme der Mangelbeseitigungsarbeiten hat durch den Sachverständigen B. zu erfolgen.

Die Kosten (Bruttobetrag) für die Abnahme durch den Sachverständigen werden von der Beklagten getragen.

IV. Die Parteien sind sich darüber einig, dass etwaige Mängel an den Nachbesserungsarbeiten bzw. nicht nachgebesserte Mängel, die vom Sachverständigen B. bei der Abnahme festgestellt werden von diesem bewertet werden und der Betrag den der Sachverständige feststellt von der Beklagten an die Klägerin als Abgeltung bezahlt wird. Beide Parteien unterwerfen sich den Feststellungen des Sachverständigen B. .

...

VII. Mit diesem Vergleich sind sämtliche streitgegenständliche wechselseitige Ansprüche der Parteien untereinander abgegolten und erledigt. ...

...“

Publikationen zum Vergaberecht



VOB – konzentriert und aktuell – was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen

VOB ist eine Abkürzung für die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) und ist ein von allen Beteiligten im Bauwesen erarbeitetes Regelwerk, aber weder Gesetz noch Rechtsverordnung. Vielmehr erfüllt sie im Bauvertrag die Funktion der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und regelt die Rechte und Pflichten der Bauvertragsparteien.

Die VOB wird vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), einem von den Interessengruppen der öffentlichen Auftraggeber und der Auftragnehmer paritätisch besetzten Gremium, erarbeitet und fortgeschrieben. In ihr sind Bestimmungen für die Vergabe von Bauaufträgen öffentlicher Auftraggeber sowie Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen geregelt.

In diesem Buch erfahren Sie alles, was Sie über die VOB wissen müssen; komprimiert und verständlich zusammengefasst. Aktuelle Rechtsprechung zur VOB und was Sie zu Verträgen wissen müssen. Kurzum ein Handbuch für alle Praktikerinnen und Praktiker.

Umfang: 220 Seiten

Preis: 29,90 €



Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB

Mit der Vergabe werden weichen für den Vertrag gestellt und jeder Vertrag ist nur so gut wie die dem Vertrag zugrundeliegende Vergabe:

Bewahrheitet sich auch und insbesondere bei VOB-Vergaben. Maßstab für die vertragliche Frage der Mangelfreiheit bzw. Mangelhaftigkeit des Werkes ist die Abweichung der Ist- von der im Vergabeverfahren ausgeschrieben und angebotenen und beauftragten Soll-Beschaffenheit. Das Eine bedingt das Andere.

Dieser Band ist eine Werkstatt für Erfahrungen aus dem einen und den Bezügen auf den anderen Bereich. Die 2. Auflage ist bereits in Vorbereitung und erscheint 2021. Hinweise und Ideen gerne an den Autor.

Umfang: 127 Seiten

Preis: 29,90 €

Bestellformular

HochbauRecht

- JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig die HochbauRecht mit 12 Ausgaben pro Jahr für nur 72 € Jahresgebühr (zzgl. MwSt). Die Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.
- JA, hiermit bestelle ich das kostenlose Schnupper-Abo der HochbauRecht. Dies beinhaltet zwei elektronische Monatsausgaben der HochbauRecht. Wenn nach der zweiten elektronischen Ausgabe keine Kündigung erfolgt ist, wird das Abonnement kostenpflichtig. Jede weitere Ausgabe der HochbauRecht kostet dann 6 € inkl. MwSt. Eine Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.

Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vertrag und Vergabe – VOB

- JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig das Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vertrag und Vergabe - VOB für 29,90 € (zzgl. Versandkosten*) ISBN 978-3-9819970-5-7

VOB - konzentriert und aktuell – was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen

- JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig das VOB - konzentriert und aktuell für 29,90 € (zzgl. Versandkosten*) ISBN 978 3 9819970-4-0

Meine Daten (bitte ausfüllen):

Rechnungsanschrift (=Lieferanschrift)

Institution/Firma	
Name, Vorname	
Straße/Nr.	
PLZ/Ort	
Telefon	
E-Mail	

Bestellannahme:

Bitte senden Sie Ihre Bestellung per Post an den

**Ax Verlag
für Vergabe und Vertragsrecht
Uferstraße 16
69151 Neckargemünd**

oder per
Fax-Nr.: 06223-8688614
E-Mail: mail@ax-verlag.de

Datenschutz - Garantie

Ihre Kontaktdaten werden auf unseren Servern gespeichert. Wir setzen diese Daten jedoch ausschließlich für den Versand von E-Mail-Benachrichtigungen bzw. des News-Letters ein. Es findet keine personenbezogene Verwertung statt. Insbesondere geben wir keine Daten an Dritte weiter und werden diese weder für eigene Marketingzwecke missbrauchen noch mit anderen Datenquellen verknüpfen. Die statistische Auswertung anonymisierter Datensätze bleibt vorbehalten.

Stellenanzeigen

Redakteure m/w/d gesucht:

VergabePrax, Tiefbaurecht, Hochbaurecht

Zeitschriften sind ein alter Hut? Von wegen!

2020 stiegen die Auflagen unserer drei Zeitschriften VergabePrax, Tiefbaurecht und Hochbaurecht im 6. Jahr in Folge.

Umso mehr Freude hatten wir an den bereits stattgefundenen Redaktionssitzungen für 2021.

Hier warten viele aktuelle Themen und Praxisempfehlungen auf unsere LeserInnen.

Ein schöner Mix von vergaberechtlichen und vertragsrechtlichen Themenstellungen aus der Praxis für die Praxis.

Von PraktikerInnen für PraktikerInnen, abgerundet durch aktuelle Rechtsprechung als Volltexturteil oder Leitsätze oder kommentiert.

Ihre Aufgaben:

- Eigenständige Themenfindung und redaktionelle Umsetzung nach den Leserbedürfnissen im Bereich Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Schreiben und Redigieren von Beiträgen, Artikeln, Kommentaren
- Durchführung von Recherchen und Interviews
- Betreuung und Koordination freier Fachautoren im Bereich Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Redaktionelle Mitgestaltung des Internetauftritts/Contentmanagement

- Betreuung von redaktionellen Sonderprojekten
- Pflege und Ausbau unserer Kontakte zu Verbänden etc.

Ihr Profil:

- Abgeschlossenes Redaktionsvolontariat
- Branchenkenntnisse bzw. Affinität zu unseren Zielgruppen
- Erfahrungen im Themengebiet Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Fähigkeit, komplizierte Sachverhalte attraktiv, verständlich und prägnant darzustellen
- Gespür für aktuelle Themen
- Erfahrung mit neuen Medientechnologien und mobilen Medien
- Kommunikations- und Organisationsstärke
- Teamfähigkeit, Flexibilität und Belastbarkeit

Wir bieten:

- Ein kollegiales Team
- Offene, transparente Kommunikation
- 30 Tage Urlaub + flexible Arbeitszeiten incl. Homeoffice
- Einen interessanten Aufgabenbereich in einem erfolgreichen, internationalen Unternehmen
- Und vieles mehr

Haben Sie Lust, diese spannende Aufgabe in unserem Verlag mit Leben zu füllen?

Dann freuen wir uns auf Ihre Online-Bewerbung mit der Bitte um Angabe Ihrer Gehaltsvorstellung und des frühestmöglichen Eintrittstermins.



Impressum

Herausgeber:

Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax

Maîtruse en Droit International Pubik (Paris X-Nanterre)

Redaktion:

Tobias R.C. Schmitt

Urheber- und Verlagsrecht:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtssetzes ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers in irgendeiner Form reproduziert werden.



Uferstraße 16

69151 Neckargemünd

Tel.: +49 (0)6223/8688613

Fax: +49 (0)6223/8688614

www.ax-verlag.de

mail@ax-verlag.de

ISSN 1862-9458

