



5

Kündigung aus wichtigem Grund nach Bauzeitänderung

Leitsätze:

1. Zu den Voraussetzungen für ein außerordentliches Kündigungsrecht nach §§ 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B i.V.m. 5 Abs. 4 VOB/B 2019.

a) Auf eine Verzögerung des Beginns der Ausführung der Leistungen als Grund für eine außerordentliche Kündigung kann sich der Auftraggeber nicht mehr berufen, wenn der Auftragnehmer mit der Ausführung bereits begonnen hatte. Das gilt auch, wenn die ausgeführten Leistungen Arbeiten am Nebengebäude betreffen.

b) Eine Vertragsfrist für die Fertigstellung der vertraglichen Leistungen wird hinfällig, wenn der Auftragnehmer wegen der Verzögerung der Fertigstellung der Vorgewerke mit der Ausführung wesentlicher Teile seiner Leistungen erst nach Ablauf der Ausführungsfrist beginnen kann.

2.1. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung kann sich auch in einem VOB/B-Bauvertrag aus § 648a Abs. 1 BGB ergeben.

2.2. Ein wichtiger, den Auftraggeber zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund kann in der Weigerung des Auftragnehmers liegen, nach einer Bauzeitverschiebung mit der Erbringung wesentlicher Vertragsleistungen zu beginnen. Der Umstand, dass durch eine Baubehinderung die im Bauvertrag fest vereinbarten Termine und Fristen hinfällig geworden sind, bewirkt in keiner Weise ein Entfallen jeglicher zeitlichen Leistungsverpflichtung.

3. Zum Risiko des Auftragnehmers bei Festhalten an unberechtigten Baubehinderungsanzeigen.

Anmerkung zu OLG Naumburg, Urteil vom 22.07.2025, 2 U 70/24

von **Dr. Kristina Plank**, RA'in und FA'in für Bau- und Architektenrecht, von Boetticher Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, München

A. Problemstellung

Das OLG Naumburg hatte über die Voraussetzungen für ein außerordentliches Kündigungsrecht des beklagten Auftraggebers nach VOB/B und nach BGB zu entscheiden. Zunächst hat das Oberlandesgericht sich mit den Voraussetzungen des außerordentlichen Kündigungsrechts gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B beschäftigt. Anschließend hat das Gericht sich mit der Frage auseinandergesetzt, unter welchen Umständen die Weigerung des Auftragnehmers, nach einer Bauzeitverschiebung mit der Ausführung von Leistungen zu beginnen, ein außerordentliches Kündigungsrecht des Auftraggebers gemäß § 648a BGB begründet.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin verlangte zweitinstanzlich weiter Vergütung für nicht erbrachte Bauleistungen aus einem Bauvertrag, den die beklagte Auftraggeberin außerordentlich gekündigt hatte. Die Berufung blieb erfolglos, weil das Oberlandesgericht die Kündigung nicht als sogenannte freie Auftraggeberkündigung ansah. Zwar lagen dem Gericht zufolge nicht die Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B vor. Die außerordentliche Kündigung war jedoch gemäß § 648a Abs. 1 BGB berechtigt.

Das Landgericht hatte ein außerordentliches Kündigungsrecht gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B angenommen. Dem folgte das OLG Naumburg nicht, da ein Verzögerungstatbestand i.S.v. § 5 Abs. 4 VOB/B nicht vorlag. Das Oberlandesgericht prüfte die drei verschiedenen Arten der Verzögerung i.S.d. § 5 Abs. 4 VOB/B. Es verneinte eine Verzögerung des Beginns der Ausführung, weil mit der Ausführung bereits begonnen worden war und eine Verzögerung des Beginns der Ausführung nach

Beginn nicht mehr angenommen werden könne (Rn. 7). Der vertraglich vereinbarte Beginn war wegen fehlender Vorleistungen eines anderen Unternehmers verschoben worden und die Klägerin hatte Arbeiten an einem Anbau begonnen (Rn. 13).

Das OLG Naumburg verneinte auch einen Verzug mit der Vollendung der Ausführung, weil es im Zeitpunkt des Ausspruchs der außerordentlichen Kündigung keine vertragliche Ausführungsfrist mehr gegeben habe (Rn. 12). Die zunächst vertraglich vereinbarte Ausführungsfrist (15.11.2019 bis 04.02.2020) war hinfällig geworden, weil die Klägerin unstreitig erst nach Ablauf der Ausführungsfrist überhaupt mit den vertraglich vereinbarten Arbeiten beginnen konnte. Die noch streitgegenständlichen Arbeiten sollten in der 51. Kalenderwoche des Jahres 2020 beginnen. Neue vertragliche Ausführungsfristen seien weder vereinbart noch von der Beklagten verlangt worden, weshalb Verzug mit der Vollendung der vertraglichen Leistung i.S.v. § 5 Abs. 4 VOB/B nicht vorgelegen habe können (Rn. 12).

Schließlich verneinte das OLG Naumburg auch einen Verstoß gegen § 5 Abs. 3 VOB/B. Zwar habe die Beklagte nachgefragt, ob bzw. wann die Klägerin die Trapezbleche bestellt habe, sie habe aber nicht ausdrücklich die Bestellung der Bleche verlangt, sondern die Ausführung der Leistung (Rn. 15). Außerdem hätten die Ausführungsfristen ohnehin nicht mehr gegolten (Rn. 15).

Das OLG Naumburg verneint somit ein außerordentliches Kündigungsrecht gemäß § 5 Abs. 4 VOB/B, weil die Voraussetzungen nicht vorgelegen hätten, bejaht aber ein Recht zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 648a Abs. 1 BGB. Gemäß § 648a Abs. 1 BGB können beide Vertragsparteien den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Dem OLG Naumburg zufolge kann ein wichtiger Grund in einer nachhaltigen Erfüllungsverweigerung des Auftragnehmers liegen, die in der Regel angenommen werden kann, wenn die Erfüllung trotz Abmahnung verweigert wird. Die Klägerin hatte die Arbeiten am Hauptgebäude nicht aufgenommen, obwohl sie zur Leistung verpflichtet gewesen sei.

Dem OLG Naumburg zufolge waren behauptete Baubehinderungen zwischenzeitlich wie-

der ausgeräumt (Rn. 23). Das Oberlandesgericht stellte in diesem Zusammenhang zunächst fest, dass die Pflicht zur Tätigkeit gemäß § 6 Abs. 3 VOB/B auch in Fällen eingreift, in denen die Behinderung oder Unterbrechung der Ausführung auf ein Verschulden bzw. eine Verursachung durch den Auftraggeber zurückzuführen ist (Rn. 25), und dass Umfang und Art der Pflicht nicht nur von den Umständen, sondern auch von der Verursachung und etwaigem Verschulden des Verursachers abhängig seien. Der Formulierung „billigerweise zugemutet werden kann“ sei zu entnehmen, dass Art und Umfang der Pflicht sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ausrichten. Das OLG Naumburg stellte weiter fest, dass das Entfallen vertraglich fest vereinbarter Termine durch eine Behinderung nicht dazu führt, dass jedwede zeitliche Leistungsverpflichtung entfällt (Rn. 25).

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte die Klägerin auf die erste Aufforderung der Beklagten, die Arbeiten aufzunehmen, mitgeteilt, dass wegen der Verschiebung der Bauzeit keine Personalkapazitäten vorhanden seien. Die Klägerin hat bei dieser Gelegenheit aber nicht mitgeteilt, ab wann sie billigerweise zur Ausführung der Leistungen verpflichtet gewesen wäre bzw. ab wann sie wieder Personalkapazitäten hätte (Rn. 26). Dem OLG Naumburg zufolge wäre zwar durch die Beklagte eine Frist für die Arbeitsaufnahme einzuräumen gewesen. Zu deren Angemessenheit hätte allerdings die Klägerin ausführen müssen (Rn. 26).

Die Klägerin hatte die Aufnahme der Arbeiten ferner verweigert, weil ein umlaufendes Gerüst gefehlt habe. Das OLG Naumburg stellte hierzu fest, dass die Beklagte vertraglich nicht verpflichtet gewesen sei, ein umlaufendes Gerüst zu stellen. Den Ausschreibungsunterlagen zufolge sollten Gerüste „bauseits vom Bauunternehmer“ erstellt werden. Diese Formulierung verstand das Oberlandesgericht so, dass Gerüste kostenlos mitbenutzt werden durften und es sich um vergütungspflichtige Leistungen der einzelnen Werkunternehmer handelte (Rn. 28). Ergänzend war den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen, dass eine zusätzliche Sicherung für Arbeiten am Randbereich des Hauptdaches in die Leistungen für die Dacharbeiten, das heißt die Leistungen der Klägerin einkalkuliert werden mussten (Rn. 29). Gutachter hatten hierzu in dem Verfahren im Ergebnis ausgeführt, dass ein umlaufendes Gerüst nicht zwingend er-

forderlich gewesen sei (Rn. 32 ff.). Hinzu kam, dass die Beklagte angeboten hatte, einen Seitenschutz auf dem Dach auszuführen, den sie mit der Klägerin abstimmen wollte. Die Klägerin hatte weiter auf die Erstellung eines umlaufenden Gerüsts bestanden und damit dem Oberlandesgericht zufolge ihre vertraglichen Pflichten schwerwiegend verletzt.

Schließlich konnte die Klägerin die Ausführung der Arbeiten auch nicht deshalb verweigern, weil sie eine Höhendifferenz zwischen Holz- und Betonbindern ausgleichen sollte. Die Beklagte hatte hierfür dem Oberlandesgericht zufolge eine Detailplanung zur Verfügung gestellt. Auf dieser Basis hätte die Klägerin, so das Gericht, einen Nachtrag stellen können (Rn. 41).

Die Beklagte hatte der Klägerin zahlreiche Fristen für die Erbringung der Leistungen gesetzt (Rn. 42 ff.) und die Kündigung dem OLG Naumburg zufolge auch binnen angemessener Frist erklärt (Rn. 45).

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des OLG Naumburg folgt im Grundsatz der gefestigten Rechtsprechung zu den Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung und setzt sich ausführlich mit den Umständen des Einzelfalls auseinander.

Das OLG Dresden (Urt. v. 02.04.2003 - 11 U 452/02) hat bereits entschieden, dass der Bauherr nach unstreitigem Beginn der Arbeiten nicht mehr Frist zum Beginn der Ausführung mit der Folge setzen kann, dass er gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B (a.F.) kündigen dürfte. In dem vom OLG Dresden entschiedenen Fall hatte der Unternehmer ursprünglich fristgemäß begonnen. In der Literatur wird unter Verweis auf diese Entscheidung des OLG Dresden vertreten, dass der Bauherr auf diesen Kündigungsgrund generell nicht mehr zurückgreifen kann, wenn bereits mit der Ausführung begonnen wurde, wobei hier nicht danach differenziert wird, ob der ursprüngliche Ausführungsbeginn fristgemäß oder bereits verspätet war (Ingenstau/Korbion, 23. Aufl. 2026, § 5 Abs. 4 VOB/B Rn. 2). Vorliegend war der Termin für den Ausführungsbeginn bereits verschoben worden, so dass der Klägerin ein verspäteter Ausführungsbeginn wohl nicht vorgeworfen werden konnte.

Der Hinweis des Oberlandesgerichts, dass die Ausführungsfristen nicht mehr galten (Rn. 15) dürfte im Rahmen des § 5 Abs. 3 VOB/B nicht relevant sein. Der BGH hat bereits in einem Urteil aus dem Jahr 2001 festgestellt, dass der Unternehmer mit der Herstellung eines vertraglich geschuldeten Bauwerks im Zweifel alsbald nach Vertragsschluss zu beginnen und sie in angemessener Zeit zügig zu Ende zu führen hat (BGH, Urt. v. 08.03.2001 - VII ZR 470/99 - BauR 2001, 946). Dem entnimmt die Literatur, dass die Regelung des § 5 Abs. 3 VOB/B allgemeingültigen Charakter in dem Sinne hat, dass sie auch dann entsprechend zur Anwendung kommt, wenn für die Ausführung der in Auftrag gegebenen Leistung keine verbindliche Frist i.S.d. § 5 Abs. 1 VOB/B vereinbart worden ist (so OLG Hamm, Urt. v. 11.11.2009 - 12 U 49/09 - BauR 2010, 1169). Das Oberlandesgericht verneinte einen Verstoß gegen § 5 Abs. 3 VOB/B, weil die Beklagte nicht ausdrücklich die Bestellung der Trapezbleche, sondern die Ausführung der Leistung verlangt habe. Ob diese Einschätzung im Ergebnis zutrifft, hängt vom Sachverhalt ab. Das OLG Naumburg hat ebenfalls in Rn. 15 ausgeführt, die Beklagte habe die Bestellung der Trapezbleche verlangt bzw. nachgefragt, ob bzw. wann die Klägerin die Bestellung ausgelöst habe. Im Ergebnis kommt es hierauf nicht an, weil das Oberlandesgericht die außerordentliche Kündigung für wirksam gehalten hat. Ob die Kündigung auch auf § 8 Abs. 3 VOB/B i.V.m. § 5 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B gestützt hätte werden können, dürfte von dem Wortlaut des Verlangens der Beklagten abhängen.

Es entspricht der herrschenden Meinung, dass das allgemeine Kündigungsrecht gemäß § 648a Abs. 1 BGB neben den besonderen Kündigungsgründen der VOB/B Anwendung findet (Kniffka/Koeble/Jurgeleit, Kompendium des Baurechts, 6. Aufl. 2025, 4. Teil, Rn. 178). Es entspricht ferner der höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass eine nachhaltige Weigerung des Auftragnehmers, sich an die vereinbarten Leistungspflichten zu halten, einen wichtigen Kündigungsgrund darstellen kann (Kniffka/Koeble/Jurgeleit, Kompendium des Baurechts, 6. Aufl. 2025, 4. Teil, Rn. 115).

Gemäß § 6 Abs. 3 VOB/B hat der Auftragnehmer alles zu tun, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterfüh-

rung der Arbeiten zu ermöglichen, wobei Umfang und Art dieser Verpflichtung auch von der Verursachung und etwaigem Verschulden des Verursachers abhängig sind (Ingenstau/Korbion, 23. Aufl. 2026, § 6 Abs. 3 VOB/B Rn. 2). Es entspricht auch der gefestigten Rechtsprechung, dass eine Leistungseinstellung durch den Auftragnehmer ein hohes Risiko birgt. Das OLG München hat bereits im Jahr 2008 entschieden, dass der Auftragnehmer zur zügigen Fortführung der Arbeiten verpflichtet bleibt, auch wenn ein vereinbarter Fertigstellungstermin durch Verzug eines vorleistenden Unternehmers hinfällig wird (OLG München, Urt. v. 29.01.2008 - 9 U 3605/03; Ingenstau/Korbion, 23. Aufl. 2026, § 6 Abs. 3 VOB/B Rn. 13).

Da der Auftragnehmer den Auftraggeber dem Wortlaut von § 6 Abs. 3 VOB/B zufolge benachrichtigen muss, wenn er die Arbeiten nach Wegfall hindernder Umstände wieder aufnimmt, ist auch folgerichtig, dass das OLG Naumburg von der Klägerin Ausführungen zur Angemessenheit einer ihr einzuräumenden Frist für die Wiederaufnahme der Arbeiten erwartete (Rn. 26). Zu beachten ist insoweit, dass der Auftragnehmer auch bei vom Auftraggeber zu vertretenden Behinderungen zur Kooperation und nach allgemeinen Grundsätzen zur Schadensminderung verpflichtet ist, weshalb die Erhöhung der Arbeitsleistung der vorhandenen Kapazitäten durch Überstunden und Wochenendarbeit im Regelfall zumutbar ist und vom Auftraggeber verlangt werden kann (Ingenstau/Korbion, 23. Aufl. 2026, § 6 Abs. 3 VOB/B Rn. 6). Vor diesem Hintergrund ist nachvollziehbar, dass der Auftragnehmer sich nicht darauf beschränken kann, schlicht mitzuteilen, dass er im Moment keine Personalkapazitäten hat.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung zeigt einmal mehr, dass beide Parteien eines Bauvertrages gut beraten sind, ihre Kooperationspflicht ernst zu nehmen und auch im Falle von Behinderungen, Beeinträchtigungen oder Meinungsverschiedenheiten immer wieder aufeinander zuzugehen und ihre Mitwirkung anzubieten. Der schlichte Verweis auf derzeit fehlende Personalkapazitäten und das kompromisslose Bestehen auf einem umlaufenden Gerüst wurden vorliegend offenbar der Klägerin zum Verhängnis, weil sie nicht gleichzeitig mitteilte, wann die Kapazitäten wie-

der vorhanden wären und weil eine andere Art der Ausführung auch in Betracht kam und die Beklagte hierzu Angebote unterbreitete.

Der unbestimmte Rechtsbegriff in § 6 Abs. 3 VOB/B, wonach der Auftragnehmer verpflichtet ist, alles zu tun, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen, ist weder für die Parteien noch für die rechtlichen Berater einfach zu handhaben, weil der Umfang dessen, was im konkreten Fall billigerweise zugemutet werden kann, naturgemäß von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles abhängig ist. Der Auftragnehmer muss deshalb vor der Leistungsverweigerung sehr sorgfältig prüfen, ob er hierzu tatsächlich berechtigt ist und in welchem Umfang er Anstrengungen unternehmen muss, um die Arbeiten (wieder) aufzunehmen. Gleichzeitig muss der Auftraggeber sorgfältig prüfen, welche Vorleistungen er bauseits anbieten muss, damit der Auftragnehmer nicht zur Leistungsverweigerung berechtigt ist. Im Rahmen des § 5 Abs. 3 VOB/B muss der Auftraggeber genau auf die Formulierung achten und eindeutig nicht nur allgemein die Ausführung der Leistung, sondern konkret die Bereitstellung der jeweils fehlenden Arbeitskräfte, Geräte etc. verlangen.

Die Entscheidung zeigt auch, dass bei der Feststellung desjenigen, was billigerweise zugemutet werden kann, der Teufel – wie so oft – im Detail steckt. Das Gericht hat sich offenbar mithilfe mehrerer Gutachter ausführlich mit der Frage auseinandergesetzt, ob für die Ausführung der geschuldeten Arbeiten tatsächlich ein umlaufendes Gerüst erforderlich war und wer zur Stellung dieses Gerüsts verpflichtet gewesen wäre. Entscheidend war dann nicht nur die Frage, ob das umlaufende Gerüst erforderlich war, sondern auch, dass die Beklagte angeboten hatte, einen Seitenschutz aufzustellen.

Der Parteivertreter im Bauprozess kann der Entscheidung entnehmen, dass die Ausführungen eines gerichtlichen Sachverständigen nicht stets das letzte Wort sein müssen. Vorliegend hat der gerichtliche Sachverständige wohl zunächst die Auffassung der Klägerin bestätigt, wonach die Erstellung eines umlaufenden Gerüsts für die Ausführung der Leistungen zwingend erforderlich war, während der Privatsachverständiger dies anders sah. Im Rahmen der weiteren Anhörung des gerichtlichen Sachver-

ständigen hat dieser seine Ausführungen dann revidiert und wohl zu erkennen gegeben, dass er das umlaufende Gerüst zwar für sinnvoll gehalten habe und dies auch weiterhin so sehe. Er hat aber wohl eingeräumt, dass die Klägerin die Arbeiten auch ohne umlaufendes Gerüst hätte ausführen können (Rn. 35). Es kann sich im Prozess also durchaus lohnen, mithilfe eines Privatgutachters die Ausführungen eines gerichtlichen Sachverständigen in Zweifel zu ziehen.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Die Entscheidung enthält ferner kurze Ausführungen zu verspätetem neuen Vortrag in der zweiten Instanz (Rn. 51). Die Klägerin hatte in der Berufungsverhandlung behauptet, sie haben mangels notwendiger Pläne Bleche nicht bestellen können. Die Beklagte hatte allerdings bereits in der Klageerwiderung eine Planänderung unter Verweis auf überreichte Werkpläne bestritten, worauf die Klägerin nur das fehlende Gerüst bemängelt habe. Zwar habe ein Zeuge bekundet, dass Bleche nicht bestellt werden hätten können. Die Klägerin habe sich dies aber nicht zu eigen gemacht. Den Vortrag in der Berufungsverhandlung hielt das OLG Naumburg deshalb gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO für ausgeschlossen.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]