



§ 4 Abs. 7 VOB/B ist unwirksam: keine Kündigung wegen Mängeln vor Abnahme

Sehr geehrte Damen und Herren,

Was ist entschieden worden?

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 19.01.2023 (VII ZR 34/20) entschieden, dass § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) bei Verwendung durch den Auftraggeber der AGB-Inhaltskontrolle nicht standhält. Sie benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher **unwirksam**. Die Entscheidungsgründe des BGH sind auf die geltenden Kündigungsregelungen der VOB/B übertragbar, da diese seither lediglich redaktionell geändert wurden.

Warum?

Nach dem Grundsatz der Auslegung zu Lasten des Verwenders nach § 305c Abs. 2 BGB ist für § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) von einem Klauselverständnis auszugehen, wonach bei ganz geringfügigen und unbedeutenden Vertragswidrigkeiten oder Mängeln die Kündigung aus wichtigem Grund eröffnet ist. Die Regelung differenziert nicht nach der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels. Selbst unwesentliche Mängel, die den Auftraggeber nach § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zur Verweigerung der Abnahme berechtigen würden, können zur Kündigung aus wichtigem Grund führen. So auch im entschiedenen Fall, bei dem die Nichtbeseitigung eines Mangels mit Mangelbeseitigungskosten von 6.000 € für die Kündigung eines Vertrags über mehrere Millionen Euro hergenommen werden sollte. Alles in allem bewegt sich also das Kündigungsrecht in § 4 Abs. 7 VOB/B deutlich unterhalb der Schwelle des § 314 BGB analog bzw. jetzt § 648a BGB; es weicht damit zu Lasten des Auftragnehmers vom gesetzlichen Leitbild des § 314 BGB als Vorläufer von § 648a BGB ab.

Was passiert mit auf § 4 Abs. 7 VOB/B gestützte Kündigungen?

Kündigungen werden nicht automatisch in „freie Kündigungen“ umgedeutet. Vielmehr ist (durch die Gerichte) zu prüfen ob nach dem dispositiven Recht ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund besteht. Dementsprechend sind – nach entsprechendem Vortrag der Parteien – Feststellungen zu treffen, **ob die Kündigung den Anforderungen an eine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB (vor dem 01.01.2018: 314 BGB analog) gerecht wird**.

Dabei dürfen die mit § 4 Abs. 7 VOB/B geschaffenen, den Auftragnehmer begünstigenden Kündigungsvoraussetzungen ihrerseits durch den Rückgriff auf die allgemeinere Kündigung „Vertrauensverlust wegen wesentlicher Vertragsverletzung“ **nicht unterlaufen werden** (vgl. zur Sperrwirkung der VOB/B *Jahn in Bolz/Jurjeleit, ibi-online-Kommentar VOB/B, 24.08.2022, § 8, Rn. 5/2*). Vielmehr muss sich der Auftraggeber im Falle einer Kündigung wegen Mängeln an seinen eigenen für ihn nachteiligen Kündigungsvoraussetzungen (Fristsetzung mit Kündigungsandrohung) halten.

Welche alternativen Handlungsmöglichkeiten hat der Auftraggeber?

Steht das Werk kurz vor der Vollendung, sollte der Auftraggeber statt kündigen besser die Abnahme unter Vorbehalt erklären und dann Gewährleistungsrechte verfolgen.

Was ist im Rahmen der Vertragsgestaltung zu beachten?

Ein vertraglich vereinbartes Kündigungsrecht muss den Anforderungen des § 648a BGB entsprechen, d. h. das Kündigungsrecht muss einerseits dem Anspruch des Auftraggebers auf Leistungstreue des Auftragnehmers, andererseits aber auch dessen Kündigungsandrohung dürfte daher zulässig sein. Ebenso die Kündigung, wenn der Auftragnehmer nachweislich vorhat oder schon damit begonnen hat, mangelhafte, vom Auftraggeber unter Fristsetzung gerügte, Leistungen zu *überbauen* oder ein sonstiges *überwiegendes und gewichtiges Interesse* des AG an der Beseitigung des Mangels vor Abnahme besteht.

Halten die weiteren Kündigungsgründe der VOB/B der AGB-Inhaltskontrolle stand?

Das Kündigungsrecht nach § 5 Abs. 4 Var. 1 (Verzögerung des Baubeginns) und § 5 Abs. 3 / § 5 Abs. 4 Var. 3 setzt – anders als dasjenige nach § 5 Abs. 4 Var. 2 – kein Verschulden voraus. Sie dürften deshalb der AGB-Inhaltskontrolle nicht standhalten. Das Gleiche gilt für § 8 Abs. 4 und § 8 Abs. 5 (*Jahn in Bolz/Jurjeleit, ibi-online-Kommentar VOB/B, 24.08.2022, § 8, Rn. 371, 392 in aktueller Fassung, Rn. 378 ff. in Vorfassung*).

Keine Inhaltskontrolle bei Vereinbarung der VOB/B als Ganzes

Aufgrund der Privilegierung der VOB/B in § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB findet keine Inhaltskontrolle statt, wenn die VOB/B als Ganzes und damit ohne jede Veränderung in den Vertrag einbezogen wurde. In diesen Fällen ist ein Vorgehen nach § 4 Abs. 7 VOB/B weiterhin möglich. Um die Privilegierung der VOB/B insbesondere für den öffentlichen Auftraggeber sicherzustellen, wurden die Besonderen und Zusätzlichen Vertragsbedingungen des Vergabehandbuchs des Bundes in der Vergangenheit bereits erheblich überarbeitet und eingekürzt. Gleichwohl: Nur in den seltensten Fällen, liegt tatsächlich keine Abweichung vor; und selbst die privilegierte VOB/B unterliegt der Kontrolle, ob die jeweils einbezogene Fassung insgesamt den Maßstäben des § 307 standhält. Insoweit kann man (für den öffentlichen Auftraggeber) nur hoffen, dass entweder die vergaberechtliche Pflicht zur Vereinbarung der unveränderten VOB/B aufgehoben wird, oder die VOB/B endlich so überarbeitet, dass sie dem gesetzlichen Leitbild entspricht (vgl. *bereits Dreher/Fuchs, NZBau 2019, 1*).

Was bedeutet das Urteil für den öffentlichen Auftraggeber?

Öffentliche Auftraggeber sind dazu verpflichtet, Bauverträgen die VOB/ zugrunde zu legen. Sie haben aber die Möglichkeit Zusätzliche Vertragsbedingungen (ZVB; § 8a Abs. 2 Nr. 1 VOB/A) und Besondere Vertragsbedingungen (BVB; § 8a Abs. 2 Nr. 2 VOB/A) zu vereinbaren.

Dies führt dazu, dass die VOB/B nicht mehr ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist, womit die Inhaltskontrolle nach § 310 Abs. 1 S. 3 BGB eröffnet ist.

Ganz grundsätzlich stellt sich die Frage, ob § 2 S. 2 VgV so auszulegen, dass die Verpflichtung, die VOB/B zugrunde zu legen, insoweit nicht gilt, als einzelne Bestimmungen der VOB/B AGB-rechtlich unwirksam sind. Ungeachtet dessen setzt eine Regelung in den ZVB voraus, dass sie den VOB/B nicht widerspricht (§ 8a Abs. 2 Nr. 1 S. 3 VOB/A). Dies dürfte dann nicht der Fall sein, wenn auf einer höheren Rangstufe – den ZVB – strengere Anforderungen an das Kündigungsrecht des Auftraggebers gestellt werden. Denn darin liegt eine Konkretisierung und Ausgestaltung der recht weiten Regelung in § 4 Abs. 7 VOB/B. Jedenfalls dürfte aber – einen Widerspruch im Sinne der Norm unterstellt – einer Rüge der Vergabeunterlagen im Vergabeverfahren das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Denn worin sollte der Nachteil eines Bieters liegen, wenn die Vergabestelle sich *nicht* AGB-widrig verhält und eine zivilrechtliche Pflichtverletzung über ihre ZVB ausschließt? Die Möglichkeit, durch Inanspruchnahme der §§ 305 ff. BGB die vertraglichen Regelungen zur Kündigung zu beseitigen, dürfte jedenfalls kein schützenswertes Interesse sein, zumal die in den ZVB geregelte Möglichkeit der Vergabestelle / Auftraggeber sowieso nach § 648a BGB zusteht.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Maximilian R. Jahn

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Jahn Hettler Rechtsanwälte PartG mbB, Frankfurt a. M.

PS. Kommen Sie mit Blick auf die Anpassung Ihrer Verträge – sollten diese nicht von uns entworfen worden sein - auf uns zu. Unsere eigenen Muster müssen in der Regel nicht angepasst werden, weil wir seit Jahren die Unwirksamkeit von § 4 Abs. 7 VOB/B antizipieren.

Dr. Maximilian Jahn

Dr. Steffen Hettler



Jahn Hettler Rechtsanwälte PartG mbB
info@jahnhetler.de · www.jahnhetler.de

Standorte

Frankfurt a.M.
Barckhausstraße 6
60325 Frankfurt am Main
T +49 69 9897278-00
F +49 69 9897278-99

München
Leopoldstraße 158
80804 München
T +49 89 5880856-00
F +49 89 5880856-99

Stuttgart
Königstraße 27
70173 Stuttgart
T +49 711 184263-30
F +49 711 184263-49