



Jansen Rossbach Rechtsanwälte PartmbB

Mandantenrundbrief Nr. 22

Sehr geehrte Damen und Herren,
liebe Mandantinnen und Mandanten,

wir haben seit längerer Zeit keinen Mandantenbrief mehr verschickt, weil es keine neuen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs gab, welche für die Praxis von Bedeutung sind. Nunmehr aber ist eine neue Entscheidung des BGH im Jahr 2023 ergangen, die von erheblicher Bedeutung für die tägliche Praxis der Bauwirtschaft ist. Diese Entscheidung und deren Auswirkungen für die Praxis wollen wir Ihnen nachfolgend erläutern:

I.

Wir kennen im Baurecht den BGB-Vertrag und den VOB/B-Vertrag. Die Durchführung beider Verträge in der Praxis ist in erheblichem Umfang unterschiedlich.

- Beim BGB-Vertrag hat der beauftragte Unternehmer bis zur Abnahme das Recht, ihm angezeigte Mängel zu beseitigen. Selbst wenn sich Mängel im Verlaufe der Bauausführung zeigen, der Auftragnehmer diese nicht beseitigt, besteht grundsätzlich kein Recht, den Werkvertrag zu kündigen und einen Drittunternehmer zu beauftragen.
- Anders verhält es sich beim VOB/B-Vertrag. Wir zitieren § 4 Nr. 7 VOB/B wie folgt:

„Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, hat der Auftragnehmer auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen. Hat der Auftragnehmer den Mangel oder die Vertragswidrigkeit zu vertreten, so hat er auch den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Kommt der Auftragnehmer der Pflicht zur Beseitigung des Mangels nicht nach, so kann ihm der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Beseitigung des

Mangels setzen und erklären, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen werde (§8 Abs. 3).“

Der VOB/B-Vertrag sieht somit vor, dass sich der Auftraggeber vom Vertrag lösen kann, wenn der Auftragnehmer nach gesetzten Fristen auch **vor** Abnahme erkannte Mängel nicht beseitigt.

II.

Um den Rechtsfall zu verstehen, müssen Sie wissen, dass die Regelungen der VOB/B nur dann vorbehaltlos gelten, wenn die VOB/B als „**Ganzes**“ in den Vertrag einbezogen wurde. Auch nur geringste Abänderungen der Regelungen in der VOB/B zerstören die Privilegierung der VOB/B, so dass sie dann nicht mehr uneingeschränkt als Vertragsinhalt bestehen bleibt, sondern dass jede einzelne Regelung der VOB/B – wie eine Allgemeine Geschäftsbedingung – auf ihre Wirksamkeit, das heißt Übereinstimmung mit allgemeinen Regelungen des BGB, überprüft werden kann.

III.

Der Bundesgerichtshof hat nunmehr in dem neuen Urteil entschieden, dass die Regelung von § 4 Nr. 7 VOB/B in Verbindung mit § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B, welche dem Bauherrn die Möglichkeit gibt, bei nicht fristgerechter Beseitigung von Mängeln, die vor der Abnahme angezeigt wurden, den Vertrag zu kündigen, unwirksam ist, wenn der Auftraggeber die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart hat.

IV.

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofes lag folgender Fall zugrunde:

Die Auftraggeberin beauftragte im Jahr 2004 die Auftragnehmerin, Straßen- und Tiefbauarbeiten entlang einer Stadtbahntrasse durchzuführen. Die Vertragsparteien haben in den Vertrag die VOB/B einbezogen. Die Auftragssumme belief sich auf 3.031.527,96 € netto.

Während der Bauausführung rügte die Auftraggeberin mehrfach die Qualität des verbauten Betons und verlangte unter Fristsetzung die Beseitigung des Mangels. Außerdem drohte sie die außerordentliche Kündigung des Auftrages an. Die Auftragnehmerin beseitigte die behaupteten Mängel nicht. Diese wären mit einem Aufwand von nur 6.000,00 € bei laufendem Baubetrieb in ein bis zwei, drei Arbeitstagen zu beseitigen gewesen. Daraufhin kündigte die Auftraggeberin nach Ablauf der letzten gesetzten Frist den Bauvertrag im Hinblick auf sämtliche, zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht erbrachten Arbeiten. Es kam zu

einem Rechtsstreit, in dem die Auftragnehmerin ihren restlichen Werklohn verlangte und die Auftraggeberin im Wege der Widerklage die Ausgleichung der Kosten der von ihr durchgeführten Ersatzvornahme begehrte.

Das angerufene Landgericht hat die Widerklage abgewiesen. Das mit der Berufung angerufene Oberlandesgericht Naumburg hat eine andere Meinung vertreten und die Kündigung gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B in Verbindung mit § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B für wirksam erachtet. Der BGH hat diese Entscheidung aufgehoben und folgende Begründung geliefert:

- *Die Regelungen der VOB/B sind Allgemeine Geschäftsbedingungen.*
- *Die Regelungen der VOB/B sind nur dann einer Inhaltskontrolle entzogen, wenn die VOB/B als Ganzes und ohne Änderungen vereinbart ist. Jede Abweichung von den Regelungen der VOB/B eröffnet die Überprüfung der VOB/B, ob sie mit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbar sind.*
- *In dem vom Bundesgerichtshof zu entscheidendem Fall gab es mehrere Abweichungen in den Verträgen zwischen den Parteien, zum Beispiel in Bezug auf Zahlungsfristen.*
- *Der Bundesgerichtshof hat dann ausgeführt, dass die Regelung gemäß § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, welche Voraussetzungen einer Kündigung eines Werkvertrages aus wichtigem Grund sind, abweicht und deshalb mit diesen nicht zu vereinbaren ist. Die Klausel benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist deshalb gemäß § 307 BGB unwirksam. Eine Kündigung ist nach dieser Regelung nur zulässig, wenn der Auftragnehmer durch einen den Vertragszweck gefährdendes Verhalten die vertragliche Vertrauensgrundlage zum Auftraggeber derart erschüttert hat, dass diesem unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Eine vertragswidrige oder mangelhafte Werkleistung in der Ausführungsphase kann im Hinblick auf die zu berücksichtigende Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers nur dann ein wichtiger Grund sein, wenn weitere Umstände hinzutreten, welche die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Auftraggeber begründen.*

Im zu entscheidenden Fall waren bei einer Auftragssumme von über 3 Mio. Euro Nachbesserungskosten von ca. 6.000,00 € im Streit. Das konnte kein Grund sein, aus dem sich entnehmen ließe, dass die Vertragsfortsetzung unzumutbar war.

Ergebnis:

Die Auftraggeberin hat zu Unrecht gekündigt. Die Auftragnehmerin kann möglicherweise Schadensersatz in Bezug auf die von ihr nicht mehr ausgeführten Werkleistungen verlangen, die Auftraggeberin dagegen nicht die Drittnachbesserungskosten.

V.

Folgen für die Praxis

- Zum einen ist streng darauf zu achten, dass die einzelvertraglichen Regelungen im Vertrag keine Abweichungen von Regelungen der VOB/B darstellen. Nur dann ist die VOB/B privilegiert und kann nicht auf die mögliche Unwirksamkeit einiger Einzelregelungen überprüft werden.
- Es kommt immer darauf an, wer die VOB/B in den Vertrag einbezogen hat. Wenn es möglich ist, sollte man den Vertragsgegner veranlassen, die VOB/B in den Vertrag einzubeziehen. Dann wird im Streitfall nur zu Lasten des „Verwenders“ geprüft, ob gewisse VOB/B-Regelungen, auf die er sich stützt mit den allgemeinen Regelungen des BGB nicht in Einklang zu bringen sind.
- Der positive Aspekt der Entscheidung des Bundesgerichtshofes ist folgender:
§ 4 Abs. 7 VOB/B hat nicht unterschieden, ob es sich um gravierende oder weniger bedeutsame Mängel handelt. Auch bei weniger bedeutsamen Mängeln gab es die Möglichkeit der außerordentlichen Vertragskündigung, wenn die Mängel innerhalb einer gesetzten Frist nicht beseitigt wurden. Das ist so nicht mehr möglich. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung eines Werkvertrages auch während der Ausführungsphase ist nur dann möglich, wenn die Vertragsparteien sich um die Beseitigung von gravierenden Mängeln streiten, welche für die Ausführung des Vertrages von erheblicher Bedeutung sind.

Tipp:

Die Vertragsparteien sollten bei bedeutenden Werkleistungen individuell Regelungen finden, ob und wann der Auftraggeber zur Kündigung des Vertrages berechtigt ist, wenn während der Ausführungsphase Mängel festgestellt werden.

Abschließend fragen wir an, ob seitens der Mandantschaft ein Interesse besteht, noch einmal eine abschließende Fortbildungsveranstaltung durchzuführen, in deren Rahmen die wichtigsten Probleme der Abwicklung eines Bauvertrages, beginnend von der Auftragsvergabe und endend mit dem Ablauf der Gewährleistungszeit, behandelt werden.

Dr. Armin Rossbach
Rechtsanwalt

Udo Börder