



One Team.
One Goal.

Orth Kluth Newsletter Baurecht

Keine Kündigung bei Mängeln vor der Abnahme – § 4 Abs. 7 VOB/B unwirksam

Anmerkung zum BGH-Urteil vom 19. Januar 2023, VII ZR 34/20

Der VII. Senat des Bundesgerichtshofs hat mit Urteil vom 19. Januar 2023 (VII ZR 34/20) entschieden, dass **die Regelung des § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) unwirksam** ist, wenn der Auftraggeber die VOB/B in den Vertrag zwar einbezogen, die **VOB/B aber nicht als Ganzes vereinbart** hat.

Die für unwirksam erklärte Regelung betrifft zwar § 4 Nr. 7 VOB/B in der Fassung von 2002, allerdings ist diese inhaltlich mit der aktuell geltenden Fassung des § 4 Abs. 7 VOB/B identisch, sodass auch die derzeitige Regelung unter die hiesige Rechtsprechung fällt und unwirksam ist.

§ 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B (2002) gibt dem Auftraggeber in Verbindung mit § 8 Nr. 3

Abs. 1 S. 1 VOB/B (2002) ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund, wenn der Auftraggeber vor Abnahme Mängel am Werk rügt, zu ihrer Beseitigung auffordert und der Auftragnehmer die Frist zur Mängelbeseitigung fruchtlos verstreichen lässt. Dies ist nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unangemessen benachteiligend für den Auftragnehmer und nicht mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung zur Kündigung eines Werkvertrags aus wichtigem Grund vereinbar.

Nachfolgend werden die wichtigsten Aspekte des Urteils des Bundesgerichtshofs sowie die praktische Relevanz und ihre

Folgen für Auftraggeber und Auftragnehmer zusammenfassend dargestellt:

Der Sachverhalt

Die Auftraggeberin und spätere Beklagte war mit dem Ausbau eines Teils einer Stadtbahnlinie beauftragt. Im Zuge dieses Auftrags beauftragte sie die Klägerin im Jahr 2004 als Nachunternehmerin mit der Durchführung von Straßen- und Tiefbauarbeiten. Die Parteien vereinbarten die VOB/B in der damaligen geltenden Fassung von 2002 mit einigen Abweichungen. Während der Bauausführung rügte die Beklagte die Qualität des verbauten Betons. Sie verlangte unter mehrmaliger Fristsetzung die Mangelbeseitigung und drohte für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs mit der außerordentlichen Kündigung. Die Klägerin kam dem Verlangen der Mangelbeseitigung nicht nach, sodass die Beklagte nach Fristablauf – entsprechend ihrer bereits ausgesprochenen Drohung – den Bauvertrag hinsichtlich aller zu diesem Zeitpunkt noch nicht erbrachten Arbeiten kündigte.

Die Klägerin erhob daraufhin Klage und forderte ihren Restwerklohn. Die Beklagte forderte widerklagend die Zahlung der Kosten der Ersatzvornahme, die Rückzahlung von Abschlagszahlungen, Schadensersatz und die Feststellung weiterer von ihr behaupteter Mängel am Werk der Klägerin. Wechselseitig beantragten die Parteien die Zwischenfeststellung, dass die ausgesprochene Kündigung eine freie Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B (2002) bzw. eine berechtigte Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 8 Nr. 3 VOB/B (2002) gewesen sei. Das Landgericht gab der Klage statt und wies die Widerklage ab. Auf die Berufung der Beklagten

änderte das Berufungsgericht das Teilverdict des Landgerichts ab. Bei der Kündigung habe es sich um eine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 8 Nr. 3 VOB/B (2002) gehandelt, sodass die von der Beklagten mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche dem Grunde nach bestünden, nicht aber der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Restwerklohn.

Auf die Revision der Klägerin hob der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs die Entscheidung des Oberlandesgericht auf und verwies die Sache zurück an das Berufungsgericht



Die Entscheidung

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass die Regelung zur Kündigung aus wichtigem Grund vor Abnahme nach § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B (2002) wegen unangemessener Benachteiligung

des Auftragnehmers unwirksam ist. Folgende Argumente haben den Bundesgerichtshof zu dieser Entscheidung bewogen:

Zunächst erinnert der Bundesgerichtshof daran, dass seit 2004 höchstrichterlich feststeht, dass für die Eröffnung der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB keine substantielle Änderung der VOB/B durch die Parteien notwendig sei. **Es reiche bereits jede vertragliche Abweichung aus, damit die VOB/B nicht mehr als Ganzes vereinbart gilt** – unabhängig davon welches Gewicht die getroffene Abweichung für den geschlossenen Vertrag habe.

Sodann stand für den Bundesgerichtshof fest, dass im vorliegenden Fall – aufgrund der getroffenen Abweichungen von der VOB/B – für § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) eine isolierte Inhaltskontrolle auf Grundlage der §§ 305 ff. BGB eröffnet sei. Die Regelung zur Kündigung aus wichtigem Grund vor Abnahme könne jedoch einer AGB-rechtlichen Kontrolle nicht standhalten, da eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliege. Dieses Ergebnis führt zur Unwirksamkeit der Klausel.

Nach Auslegung von § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) gemäß ihres objektiven Inhalts und typischen Sinns sei davon auszugehen, dass bereits bei ganz geringfügigen und unbedeutenden Vertragswidrigkeiten oder Mängeln die Kündigung aus wichtigem Grund für den Auftraggeber eröffnet ist. Nach dem Wortlaut müsse nämlich lediglich eine mangelhafte oder vertragswidrige Leistung in der Ausführungsphase vorliegen, die trotz Fristsetzung und Kündigungsandrohung vom Auftraggeber nicht vom Auftragnehmer beseitigt wird.

Der Bundesgerichtshof führt dazu weiter aus:

Die Sanktion der Kündigung aus wichtigem Grund kann danach einschränkungslos in jedem denkbaren Fall festgestellter Vertragswidrigkeit oder Mangelhaftigkeit ausgesprochen werden. Diese Möglichkeit besteht losgelöst davon, welches Gewicht der Vertragswidrigkeit oder dem Mangel im Hinblick auf die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zukommt. § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) differenziert nicht nach der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels [...].

Dies führe dazu, dass selbst bei so unwesentlichen Mängeln, die den Auftraggeber nicht einmal nach § 640 Abs. 1 S. 2 BGB zur Verweigerung der Abnahme berechtigen würden, eine Kündigung aus wichtigem Grund noch vor der Abnahme vom Auftraggeber ausgesprochen werden könne.

Dabei stellen die Voraussetzungen der Fristsetzung und Kündigungsandrohung in § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B (2002) laut Bundesgerichtshof lediglich Förmlichkeiten dar, die die Interessen des Auftragnehmers nicht hinreichend wahren können.

Es ergebe sich auch aus der systematischen Stellung und dem Regelungszusammenhang der Klauseln kein Anhaltspunkt dafür, dass § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B (2002) bei geringfügigen, unwesentlichen Mängeln keine Anwendung finden solle.

Danach erläutert der Bundesgerichtshof ausführlich, dass § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B (2002) anhand der Grundsätze zu messen

sei, nach denen der Auftraggeber einen Werkvertrag aus wichtigem Grund kündigen dürfe. Vor Einführung des seit 2018 geltenden § 648a BGB seien diese Grundsätze richterrechtlich geprägt gewesen und folgen aus dem Rechtsgedanken des § 314 BGB – einer Norm zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund. Der Rechtsgedanke von § 314 BGB und § 648a BGB stimmt im Wesentlichen überein.

Demnach müsse für eine Kündigung aus wichtigem Grund **der Auftragnehmer durch ein den Vertragszweck gefährdendes Verhalten die vertragliche Vertrauensgrundlage zum Auftraggeber derart erschüttern, dass dem Auftraggeber unter Berücksichtigung aller Umstände im Einzelfall und unter Abwägung beiderseitiger Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.**

Das Kündigungsrecht in § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) sei von diesen Grundsätzen und Voraussetzungen jedoch vollständig – bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs – losgelöst. Die Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers in der Ausführungsphase bleibe gänzlich unberücksichtigt. Es finde keine Gesamtabwägung statt, die den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen könne.

Zuletzt weist der Bundesgerichtshof daraufhin, dass die Regelung in § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOB/B (2002) – soweit sie sich auf andere Kündigungstatbestände als § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B (2002) beziehe, nicht unwirksam sei. Die Klausel büße bei Streichung der Bezugnahme auf die unwirksame Regelung ihren Sinn nicht ein.



Das Oberlandesgericht wird nun prüfen müssen, ob die Kündigung durch die Auftraggeberin aufgrund anderer Regelungen unter Berücksichtigung des hiesigen Urteils als Kündigung aus wichtigem Grund dennoch wirksam ist.

Praktische Relevanz

Die Entscheidung schafft Klarheit und Rechtssicherheit im Umgang mit der Regelung des § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) bzw. § 4 Abs. 7 VOB/B (2016) als Allgemeine Geschäftsbedingung.

In der Literatur zeichnete sich bereits eine deutliche herrschende Meinung ab, die sich mit den gleichen Argumenten wie der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs für die Unwirksamkeit der Klausel wegen unangemessener Benachteiligung aussprach.

Allerdings war bislang auch noch landgerichtliche und obergerichtliche Rechtsprechung zu finden, die zu dem Ergebnis kam, dass § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) bei einer isolierten Inhaltskontrolle der AGB-rechtlichen Kontrolle standhalte. Solche Urteile sind nach Veröffentlichung dieser Entscheidung nicht mehr zu erwarten. Hier herrscht nun Rechtssicherheit für Auftraggeber und Auftragnehmer.



Die dem Urteil zugrundeliegende Fallkonstellation ist auch nicht untypisch für Werkverträge. Häufig wird die VOB/B von den Parteien in den Bauvertrag einbezogen. Dabei werden dann trotzdem geringe abweichende Vereinbarungen von der VOB/B getroffen, sodass die isolierte Inhaltskontrolle nach § 307 BGB für sämtliche VOB/B Regelungen eröffnet ist. Für all diese Fälle gilt fortan, dass die Aufforderung zur Mangelbeseitigung während der Ausführungsphase nicht mehr unter Berufung auf § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B (2002) mit der Androhung einer Kündigung aus wichtigem Grund nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B (2002) wirksam ausgesprochen werden kann.

Für den Auftragnehmer besteht dadurch in diesen Fällen nun die Sicherheit, dass der Auftraggeber den Werkvertrag wegen kleinerer, unwesentlicher Mängel oder Vertragswidrigkeiten, die bereits während der Ausführung festgestellt werden, nicht allein aufgrund einer Fristsetzung und Kündigungsandrohung kündigen kann.

Allerdings stellt der Bundesgerichtshof auch klar, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOB/B (2002) auch während der Ausführungsphase für den Auftraggeber möglich bleiben kann, soweit er seine Kündigung auf eine andere rechtliche Grundlage als § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B (2002) stützt. Es ist also denkbar, dass bei schwerwiegenden Mängeln, die bereits vor Abnahme erkennbar sind, gerügt wurden und zu deren Beseitigung unter Fristsetzung aufgefordert wurde, die Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund weiterhin bestehen bleibt. Hier kommt es nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs auf den Rechtsgedanken aus § 314 BGB und § 648a BGB an, sodass immer eine Abwägung der Umstände im Einzelfall notwendig sein wird und es grundsätzlich auf eine schwerwiegende Störung des Vertrauensverhältnisses ankommt.

Fazit

Solange also keine neue Fassung der VOB/B erarbeitet und veröffentlicht wird, die der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Hinblick auf die Voraussetzungen für eine Kündigung aus wichtigem Grund Rechnung trägt, sollten Unternehmen das Urteil im Blick behalten. Das Druckmittel einer Kündigungsandrohungen aufgrund unwesentlicher Mängel wird zukünftig entfallen.

Ihre Ansprechpartner



Dr. Gary Klaft
Rechtsanwalt, Partner
T +49 211 60035-274
gary.klaft@orthkluth.com



Philipp Galaske
Rechtsanwalt, Partner
T +49 211 60035-290
philipp.galaske@orthkluth.com



Carolin Bergemann
Rechtsanwältin, Salary Partnerin
T +49 211 60035-224
carolin.bergemann@orthkluth.com



Dr. David Brosende
Rechtsanwalt Salary Partner
T +49 30 509320-131
david.brosende@orthkluth.com



Timo Nossek
Rechtsanwalt, Salary Partner
T +49 211 60035-276
timo.nossek@orthkluth.com



Dr. René Runte
Rechtsanwalt, Salary Partner
T +49 211 60035-278
rene.runte@orthkluth.com



Manja Steinicke, LL.M. (UNSW)
Rechtsanwältin, Salary Partnerin

T +49 211 60035-282
manja.steinicke@orthkluth.com



Dr. Daniel Strupp
Rechtsanwalt, Salary Partner

T +49 211 60035-284
daniel.strupp@orthkluth.com



Cordula Lehmann
Rechtsanwältin, Senior Associate

T +49 30 509320-130
cordula.lehmann@orthkluth.com



Dr. Marc Menrath
Rechtsanwalt, Senior Associate

T +49 211 60035-302
marc.menrath@orthkluth.com



Peter Weufen
Rechtsanwalt, Associate

T +49 211 60035-309
peter.weufen@orthkluth.com

One Team.
One Goal.