

VOB Teil B: VOB Teil B 2016

Oberhauser / Manteufel

3. Auflage 2019
ISBN 978-3-406-73822-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründete auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

sie zum einen verschuldensabhängig sein muss,⁵⁰⁰ zum anderen, dass die Vertragsstrafe von einer den Verzug begründenden Mahnung abhängig zu machen ist.⁵⁰¹ Zu beachten ist jedoch, dass die Vertragsstrafenregelung bei vereinbarter VOB/B durch § 11 Abs. 2 VOB/B dahingehend ergänzt werden kann, dass sich das Erfordernis des Verzuges aus § 11 Abs. 2 VOB/B herleitet. Voraussetzung ist, dass sich aus dem gesamten Vertragswerk nichts Gegenteiliges ergibt. Es muss also eine Ergänzung der Vertragsstrafenregelung durch § 11 VOB/B, jedoch keine Verdrängung von § 11 VOB/B stattfinden,⁵⁰²

- wird in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart, dass sich der Auftragnehmer nur dann auf ein fehlendes Verschulden an der Fristüberschreitung berufen kann, wenn er die Behinderung angezeigt hat, belastet dies den Auftragnehmer unangemessen, da er sich auch **ohne Anzeige der Behinderung** bzw. ohne Vorliegen von Offenkundigkeit i.S.v. § 6 Abs. 1 VOB/B auf ein fehlendes Verschulden an der Fristüberschreitung berufen kann,⁵⁰³
- daneben kann durch eine vorformulierte Klausel nicht vereinbart werden, dass entgegen §§ 341 Abs. 2, 340 Abs. 2 BGB die Vertragsstrafe nicht auf einen Schadensersatzanspruch anzurechnen ist,⁵⁰⁴
- das Erfordernis, dass die **Vertragsstrafe bei der Abnahme vorzubehalten** ist, darf nicht vollständig abbedungen werden, da eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 341 Abs. 3 BGB vorliegt.⁵⁰⁵ Zulässig ist es dagegen, den Zeitpunkt der Tätigung des Vorbehalt bis zur Schlusszahlung hinauszuschieben, da der Auftraggeber Interesse daran hat, eine einheitliche Prüfung und Abrechnung durchzuführen und der Auftragnehmer nicht unangemessen lange im Unklaren darüber bleibt, ob die Vertragsstrafe beansprucht wird.⁵⁰⁶

⁵⁰⁰ BGH Urt. v. 26.9.1996 – VII ZR 318/95, NJW 1997, 135 = BauR 1997, 123, 124 = IBR 1997, 46, 54.

⁵⁰¹ KG Urt. v. 13.3.2001 – 4 U 2902/00, NZBau 2002, 278 = BauR 2001, 1101, 1102 f. = IBR 2001, 241.

⁵⁰² BGH Urt. v. 8.7.2004 – VII ZR 231/03, NZBau 2004, 613 = BauR 2004, 1611, 1612 = IBR 2004, 490.

⁵⁰³ BGH Urt. v. 14.1.1999 – VII ZR 73/98, NJW 1999, 1108 = BauR 1999, 645 = IBR 1999, 155, 156, 157.

⁵⁰⁴ OLG Düsseldorf Urt. v. 22.3.2002 – 5 U 85/01, BauR 2003, 94, 95 = IBR 2002, 473.

⁵⁰⁵ BGH Urt. v. 18.11.1982 – VII ZR 305/81, NJW 1983, 385 = BauR 1983, 80, 82.

⁵⁰⁶ BGH Urt. v. 23.1.2003 – VII ZR 210/01, NZBau 2003, 321 = BauR 2003, 870, 874 f. = IBR 2003, 287, 291, 292, 293, 299, 355.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

4. Teil

Beendigung des Vertrages

Der Bauvertrag kann durch eine Kündigung oder die einvernehmliche **220** Aufhebung des Vertrages vorzeitig beendet werden. Die VOB/B befasst sich in § 8 VOB/B mit der Kündigung durch den Auftraggeber und in § 9 VOB/B mit der Kündigung durch den Auftragnehmer. Die VOB/B regelt darin folgende Kündigungsmöglichkeiten für den Auftraggeber und den Auftragnehmer:⁵⁰⁷

Kündigung durch den AG (§ 8 VOB/B)	Kündigung durch den AN (§ 9 VOB/B)
<ul style="list-style-type: none">- § 8 Abs. 1: „freie“ Kündigung des AG- § 8 Abs. 2: Zahlungseinstellung oder Insolvenz des AN- § 8 Abs. 3:<ul style="list-style-type: none">• Mangel während der Ausführung (§ 4 Abs. 7)• Verzögerung des Ausführungsbeginns, Verzug mit der Vollendung, Nichterfüllung der Abhilfeaufforderung (§ 5 Abs. 4)• unerlaubter Nachunternehmereinsatz (§ 4 Abs. 8)- § 8 Abs. 4:<ul style="list-style-type: none">• unzulässige Wettbewerbsbeschränkung• zwingender Ausschlussgrund, wegen dessen der AN zum Zeitpunkt des Zuschlages nicht hätte beauftragt werden dürfen (im Anwendungsbereich des Rechts der Vergabe von öffentlichen Aufträgen)	<ul style="list-style-type: none">- § 9 Abs. Nr. 1: AG unterlässt eine ihm obliegende Handlung und setzt dadurch den AN außerstande, die Leistung auszuführen- § 9 Abs. 1 Nr. 2: AG leistet eine fällige Zahlung nicht oder gerät sonst in Schuldnerverzug

⁵⁰⁷ Daneben können Auftraggeber und Auftragnehmer den Vertrag gem. § 6 Abs. 7 VOB/B bei einer Unterbrechung von mehr als 3 Monaten sowie aus wichtigem Grund analog § 314 BGB (OLG Düsseldorf Urt. v. 24.3.2015 – 21 U 136/14, NJW 2015, 3663 = BauR 2015, 1987 = IBR 2015, 294) kündigen.

Kündigung durch den AG (§ 8 VOB/B)	Kündigung durch den AN (§ 9 VOB/B)
<ul style="list-style-type: none"> • wesentliche Änderung des Vertrages oder Feststellung einer schweren Verletzung des Vergaberechts durch den AG (im Anwendungsbereich des Rechts der Vergabe von öffentlichen Aufträgen) – § 8 Abs. 5: <ul style="list-style-type: none"> • Kündigung auch des Nachunternehmers sowie in der Nachunternehmerkette infolge einer Kündigung des Hauptauftrages gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) 	

I. Wirkungen der Kündigung, Kündigungserklärung

221 Die Kündigung beendet den Werkvertrag **vorzeitig und wirkt ex nunc**, d.h. mit Wirkung für den Zeitpunkt ab dem Zugang der Kündigung. Mit der Kündigung enden die sich auf die weitere Erstellung der Leistung beziehenden Vertragspflichten der Parteien, auf die weitere Erstellung durch den Auftragnehmer einerseits und auf die Mitwirkung des Auftraggebers andererseits,⁵⁰⁸ wobei der Vertrag als Rechtsgrund für die vor der Kündigung erbrachten Leistungen erhalten bleibt.⁵⁰⁹ Deshalb verbleibt es bzgl. der erbrachten Leistung bei der Verpflichtung und dem Recht des Auftragnehmers, für **Mängel an dem von ihm erstellten Teilwerk** Nacherfüllung zu leisten. Ebenso werden durch die Kündigung die dem Auftraggeber zustehenden Mängelrechte nicht beeinflusst.⁵¹⁰

222 Die Kündigung erfolgt durch eine **einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung**, die nach § 130 Abs. 1 BGB mit dem Zeitpunkt des Zugangs beim Kündigungsempfänger wirksam wird. Die Kündigung ist als **Gestaltungsrecht** bedingungsfeindlich, so dass eine unter Bedingungen ausgesprochene Kündigung unwirksam ist, es sei denn die Bedingung ist ausschließlich vom Willen des Empfängers der Erklärung abhängig.⁵¹¹

⁵⁰⁸ MüKo/Busche, § 648, Rn. 14.

⁵⁰⁹ BGH Urt. v. 25.3.1993 – X ZR 17/92, NJW 1993, 1972, 1973 = BauR 1993, 469 = IBR 1993, 369.

⁵¹⁰ BGH Urt. v. 21.12.2000 – VII ZR 488/99, NZBau 2001, 211 = BauR 2001, 667 = IBR 2001, 126; BGH Urt. v. 19.12.2002 – VII ZR 103/00, NZBau 2003, 265 = BauR 2003, 689 = IBR 2003, 184, 190, 191.

⁵¹¹ BGH Urt. v. 1.12.1993 – VIII ZR 129/92, NJW 1994, 443, 444.

Die VOB/B fordert gem. § 8 Abs. 6 bzw. § 9 Abs. 2 Satz 1 VOB/B die **schriftliche Kündigung**,⁵¹² wobei die **Schriftform Wirksamkeitsvoraussetzung** ist.⁵¹³ Wird die Kündigung nicht schriftlich erklärt, ist sie unwirksam, es kann aber eine einverständliche Vertragsaufhebung vorliegen, wenn beide Parteien den Vertrag einvernehmlich nicht mehr durchführen, sondern ihn aufheben wollen. Die **Rechtsfolgen einer einverständlichen Vertragsaufhebung** richten sich danach, welche Rechte die Partei im Zeitpunkt der einverständlichen Vertragsaufhebung geltend machen konnte, d.h. welche Rechtsfolgen bei Einhaltung der Schriftform eingetreten wären.⁵¹⁴ Der BGH⁵¹⁵ hat dagegen aktuell ausgeführt, die Vergütungsansprüche des Auftragnehmers richteten sich bei einer einvernehmlichen Vertragsbeendigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B, wenn sich die Parteien über die Folgen der Vertragsbeendigung nicht anderweitig geeinigt hätten.

II. Kündigung und Abnahme

Die Kündigung allein **beendet nicht das Erfüllungsstadium** des Vertrages, da das Erfüllungsstadium eines gekündigten Vertrages – wie bei einem nicht gekündigten Vertrag – erst mit der Abnahme endet.⁵¹⁶ Der Abnahme kommt beim gekündigten Vertrag die gleiche Funktion wie beim nicht gekündigten Vertrag zu. Die Feststellung, ob die beauftragte Leistung vertragsgerecht erbracht wurde, ist jedoch auf den bis zum Zeitpunkt der Kündigung erbrachten Teil der Leistung beschränkt.⁵¹⁷ Damit treten die **Wirkungen der Abnahme nicht durch die Kündigung** selbst ein, sondern auch beim gekündigten Bauvertrag ist eine Abnahme durchzuführen, wobei eine fiktive Abnahme beim gekündigten Vertrag nicht in Betracht kommt.⁵¹⁸ Der Auftragnehmer hat beim gekündigten Bauvertrag Anspruch auf Abnahme, wenn die von ihm bis zur Kündigung erbrachten Leistungen abnahmereif ausgeführt sind, wobei als Mangel nicht die durch

⁵¹² Zur Kündigung des BGB-Bauvertrages s. → Rn. 752.

⁵¹³ BGH Urt. v. 4.6.1973 – VII ZR 113/71, NJW 1973, 1463 = BauR 1973, 319, 320.

⁵¹⁴ BGH Urt. v. 4.6.1973 – VII ZR 113/71, NJW 1973, 1463 = BauR 1973, 319, 320; BGH Urt. v. 18.12.1975 – VII ZR 75/75, NJW 1976, 518 = BauR 1976, 139.

⁵¹⁵ BGH Urt. v. 26.4.2018 – VII ZR 82/17, NJW 2018, 2564 = IBR 2018, 380.

⁵¹⁶ BGH Urt. v. 11.5.2006 – VII ZR 146/04, NZBau 2006, 569 = BauR 2006, 1294 = IBR 2006, 432, 440, 441.

⁵¹⁷ BGH Urt. v. 19.12.2002 – VII ZR 103/00, NZBau 2003, 265 = BauR 2003, 689 = IBR 2003, 184, 190, 191.

⁵¹⁸ BGH Urt. v. 19.12.2002 – VII ZR 103/00, NZBau 2003, 265 = BauR 2003, 689 = IBR 2003, 184, 190, 191.

die Kündigung bedingte fehlende Fertigstellung, sondern nur ein der erbrachten Leistung selbst anhaftender Mangel in Betracht kommt.⁵¹⁹ Erst mit der Abnahme treten ihre Wirkungen ein, wobei dies auch für die Fälligkeit der Vergütung gilt.⁵²⁰

III. Kündigung durch den Auftraggeber

225 Die VOB/B sieht die Kündigung des Auftraggebers in folgenden Fällen vor:

- § 4 Abs. 7 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B – Kündigung wegen nicht vertragsgerechter Leistung während der Ausführung,
- § 4 Abs. 8 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B – Kündigung wegen unberechtigten Nachunternehmereinsatzes,
- § 5 Abs. 4 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B – Kündigung wegen Verzögerung des Beginns der Ausführung, Verzugs mit der Vollendung oder Nichterfüllung der Abhilfeaufforderung nach § 5 Abs. 3 VOB/B,
- § 6 Abs. 7 VOB/B – Kündigung bei Unterbrechung von mehr als 3 Monaten,
- § 8 Abs. 1 VOB/B – „freie“ Auftraggeberkündigung,
- § 8 Abs. 2 VOB/B – Kündigung wegen Zahlungseinstellung oder Insolvenz,
- § 8 Abs. 4 und 5 VOB/B – Kündigung wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung (Nr. 1), im Anwendungsbereich des 4. Teils des GBW, wenn der Auftragnehmer wegen eines zwingenden Ausschlussgrundes zum Zeitpunkt des Zuschlages nicht hätte beauftragt werden dürfen (Nr. 2 lit. a), bei wesentlicher Änderung des Vertrages oder bei Feststellung einer schweren Verletzung des Vergaberechts durch den Auftraggeber (Nr. 2 lit. b), wobei dies auch in der Nachunternehmerkette gilt.⁵²¹

⁵¹⁹ BGH Urt. v. 19.12.2002 – VII ZR 103/00, NZBau 2003, 265 = BauR 2003, 689 = IBR 2003, 184, 190, 191.

⁵²⁰ BGH Urt. v. 11.5.2006 – VII ZR 146/04, NZBau 2006, 569 = BauR 2006, 1294 = IBR 2006, 432, 440, 441 unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung, Urt. v. 9.10.1986 – VII ZR 249/85, NJW 1987, 382 = BauR 1987, 95, wonach die Abnahme nicht Voraussetzung für den Eintritt der Fälligkeit der Vergütung war; a.A. Thür. OLG Urt. v. 18.4.2007 – 7 U 946/06, BGH, Nichtann.beschl. v. 8.11.2007 – VII ZR 87/07, BauR 2008, 534, 535 = IBR 2008, 83 für die freie Kündigung; KG Urt. v. 1.2.2007 – 27 U 56/04, BauR 2007, 1746, 1747 = IBR 2007, 247 für den Fall der Vertragsauflösung nach § 648a BGB in der Fassung vor der Schuldrechtsreform.

⁵²¹ Unberührt bleibt die Kündigung aus wichtigem Grund (s. hierzu → Rn. 253 ff.).

1. § 4 Abs. 7 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B – Kündigung wegen nicht vertragsgerechter Leistung während der Ausführung

Nach § 4 Abs. 7 VOB/B hat der Auftragnehmer „Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden“ „auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen.“ Durch die Regelung in § 4 Abs. 7 VOB/B wird dem Auftraggeber die Möglichkeit gegeben, bereits **während der Ausführung der Leistungen – vor der Abnahme** – auf eine vertragsgerechte Erfüllung der Leistung Einfluss zu nehmen.⁵²² Damit wird dem Bedürfnis Rechnung getragen, nicht vertragsgerechte Leistungen zeitnah beseitigen zu lassen, was im Rahmen der Bauausführung regelmäßig einfacher und kostengünstiger zu erreichen ist als nach Abnahme der Leistung.

Voraussetzungen des Kündigungsrechts sind

227

- vor der Abnahme erkannte **vertragswidrige Leistungen**, d.h. im Wesentlichen Leistungen, die nach der Abnahme als mangelhaft anzusehen wären,
- das Setzen einer „zur Beseitigung des Mangels“ bzw. der vertragswidrigen Leistung **angemessenen Frist**, wobei hierfür der für die Durchführung der Beseitigung erforderliche Zeitraum unter Berücksichtigung von Art und Umfang der Beseitigungsleistung anzusetzen ist.⁵²³ Der entsprechende Zeitraum ist danach zu bemessen, ob der Auftragnehmer während des Laufs der Frist unter größten Anstrengungen die Beseitigungsleistung durchführen kann,⁵²⁴
- das **Androhen der Kündigung** für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der gesetzten Frist,⁵²⁵
- **schriftliche Erklärung der Kündigung** nach Ablauf der Frist.⁵²⁶

Verweigert der Auftragnehmer ernsthaft und endgültig die Nacherfüllung⁵²⁷ oder ist die Nacherfüllung gerade durch den Auftragnehmer für

⁵²² Beim Bauvertrag auf der Grundlage des BGB bestehen grundsätzlich keine Mängelrechte vor Abnahme (vgl. BGH Urt. v. 19.1.2017 – VII ZR 301/13, NJW 2017, 1604 = IBR 2017, 186; BGH Urt. v. 19.1.2017 – VII ZR 193/15, BauR 2017, 879 = IBR 2017, 1014), s. hierzu → Rn. 361 ff.

⁵²³ Vgl. OLG Düsseldorf Urt. v. 15.3.2000 – 5 U 92/99, BauR 2001, 645.

⁵²⁴ BGH Urt. v. 23.2.2006 – VII ZR 84/05, NZBau 2006, 371 = BauR 2006, 979, 983 = IBR 2006, 265, 266, 322.

⁵²⁵ Die Androhung der Kündigung kann mit der Rüge der vertragswidrigen Leistung und diese mit dem Setzen einer angemessenen Frist verbunden werden.

⁵²⁶ BGH Urteil v. 14.11.2017 – VII ZR 65/14, NJW 2018, 391 = IBR 2018, 68; OLG München Beschl. v. 28.1.2015 – 28 U 3361/14 Bau, IBR 2018, 444.

⁵²⁷ OLG München Beschluss v. 28.1.2015 – 28 U 3361/14 Bau, IBR 2018, 444; OLG Stuttgart Urt. v. 28.5.2019 – 10 U 15/19, IBR 2019, 2870.

den Auftraggeber unzumutbar, können eine **Fristsetzung und eine Androhung der Kündigung entbehrlich** sein. Erforderlich bleibt aber die Erklärung der Kündigung, da die Erfüllungsverweigerung bzw. die Unzumutbarkeit lediglich das Erfordernis der Fristsetzung entfallen lässt, nicht aber die Entziehung des Auftrags.⁵²⁸ In Ausnahmefällen kann auch eine separate **Kündigung nicht notwendig** sein, wenn der Auftragnehmer endgültig und ernsthaft die vertragsgemäße Fertigstellung verweigert, da es dann nicht zu unklaren Verhältnissen bei der Bauabwicklung durch ein Nebeneinander der Unternehmer kommt.⁵²⁹ Führt der Auftraggeber **ohne Einhaltung dieses Prozedere** die Selbstvornahme durch, kann er die daraus resultierenden Kosten – auch nicht aus analoger Anwendung von § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B – vom Auftragnehmer nicht verlangen.⁵³⁰

- 229** Die Kündigung des Vertrages kann gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B „auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beschränkt werden“, so dass in der Praxis vielfach die Kündigung auf den Teil der Leistung, der vertragswidrig war und der durch ein Drittunternehmen in einen vertragsgerechten Zustand versetzt werden soll, bezogen wurde. Diese Art der „Teilkündigung“ hat der BGH⁵³¹ jedoch als nicht mit § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B vereinbar angesehen und ausgeführt, eine **Teilkündigung** nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B müsse sich auf einen **in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung** beziehen.⁵³² Dabei richte sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Teil der vertraglichen Leistung als in sich abgeschlossen anzusehen sei, nach dem in § 12 Abs. 2 VOB/B verwandten Begriff der „in sich abgeschlossenen Teile der Leistung“. Dabei seien einzelne Teile eines Rohbaus, z.B. eine Betondecke oder ein Stockwerk, keine in sich abgeschlossenen Teile der Bauleistung. Leistungsteile innerhalb eines Gewerks seien grundsätzlich nicht als in sich abgeschlossen anzusehen, da es ihnen regelmäßig an der Selbstständigkeit, die eine eigenständige Beurteilung der Teilleistung ermögliche, fehle. Dies könne bei klarer räumlicher oder zeitlicher Tren-

⁵²⁸ BGH Urt. v. 15.5.1986 –VII ZR 176/85, NJW-RR 1986, 1148 = BauR 1986, 573, 575.

⁵²⁹ BGH Urt. v. 20.4.2000 – VII ZR 164/99, NZBau 2000, 421 = BauR 2000, 1479 = IBR 2000, 491; BGH Urt. v. 9.10.2008 – VII ZR 80/07, NJW 2009, 354 = BauR 2009, 99 = IBR 2009, 14.

⁵³⁰ BGH Urt. v. 15.5.1986 – VII ZR 176/85, NJW-RR 1986, 1148 = BauR 1986, 573; BGH Urt. v. 2.10.1997 – VII ZR 44/97, NJW-RR 1998, 235 = BauR 1997, 1027 = IBR 1998, 12; OLG München Beschluss v. 28.1.2015 – 28 U 3361/14 Bau, IBR 2018, 444.

⁵³¹ BGH Urteil vom 20.8.2009 – VII ZR 212/07, NZBau 2010, 47 = BauR 2009, 1736, 1737f. = IBR 2009, 566, 570, 640, 641, 643.

⁵³² Zur Teilkündigung nach § 648a BGB s. → Rn. 746.