



LGGHuT

Kündigung wegen Mängeln – was sind die Rechte und Pflichten von Auftragnehmern

Dr. Maximilian R. Jahn
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
06.11.2024, Bad Nauheim



Dr. Maximilian R. Jahn



- Studium an der Universität zu Köln und der London School of Economics
- 2013 bis 2016 Equity-Partner bei Kapellmann Rechtsanwälte
- seit 10/2016 bis 12/2018 Equity-Partner bei GvW Graf von Westphalen
- **seit 01.01.2019 Namenspartner bei JAHN HETTLER**
- **Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht (seit 2011)**
 - Privates Bau- und Architektenrecht
 - Projektentwicklung und Bauträgerrecht
 - Immobilien-, WEG-, Grundstücks- und Nachbarrecht
 - Bauversicherungsrecht, Bauinsolvenzrecht, Sicherheiten
 - Nachhaltiges Bauen, Task-Force ESG
 - Baubegleitende Rechtsberatung und gestörter Bauablauf
 - Prozessführung: Schiedsrichter, Adjudikation, Streitbeilegung
- Autor in: **Bolz/Jurgeleit, VOB/B, §§ 8 und 9; Ulbrich, Formularbuch Bau- und Architektenrecht, Der Bauträgervertrag**, 6. Auflage (mit A. Koenen); Herausgeber, **ESG in der Baupraxis**
- Lehrbeauftragter für VOB/B und HOAI an der DHBW Mosbach



Herr Dr. Jahn wird im **JUVE-Handbuch** Wirtschaftskanzleien sowie bei **The Legal 500 Deutschland** als Anwalt für privates Baurecht und Immobilienrecht empfohlen und erhielt durch die **WirtschaftsWoche** die begehrte Auszeichnung „Top Anwalt“ und „Top Kanzlei“. Er ist im **Handelsblatt**-Ranking „Deutschlands Beste Anwälte 2024“ im Baurecht gelistet.

Aktuelle Referenzen



Beratung Auftragnehmer gegen Böhringer Ingelheim bei komplexen Rohrleitungs- und Stahlbauvorhaben – Teilkündigung, erhebliche Planungsfehler und Behinderungen AG, geänderte Leistungen, massiv gestörter Bauablauf, Durchsetzung Nachtrag um die 7 Mio. €



Großprozessführung und -steuerung bei Neu- und Ausbaustrecke F- und S-Bahn
8 Klageverfahren – Klageschrift 2.300 Seiten, 75 Ordner Anlagen
Kumulierter Streitwert ca. 90 Mio. €



Prozessführung Auftragnehmer für Insolvenzverwalter gegen Stadt Frankfurt
Restwerklohnanspruch (Mehrmengen, Technische Nachträge, gestörter Bauablauf) aus innerstädtischer Straßenbaumaßnahme; ca. 7.000.000 €



Beratung AN bei GU-Vertrag Neubauprojekt im Mainzer Zollhafen (Wohnen und Boarding House),
Volumen ca. 60 Mio. €



Prozessführung für Auftragnehmer gegen Auftraggeber bei Restwerklohnforderung (ca. 61 Mio. €); Abwehr Widerklage wegen Verzug (ca. 60 Mio. €); Durchsetzung Ansprüche aus gestörtem Bauablauf (hoher zweistelliges Millionenvolumen); „Vertragsdekonstruktion“ anhand AGB-Inhaltskontrolle

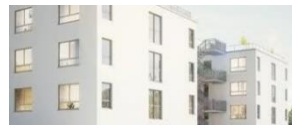
Aktuelle Referenzen



Baubegleitende Beratung ARGE bei komplexem Straßenbauvorhaben, aktuell: baubegleitende Durchsetzung Bauzeitverlängerungsanspruch, Sachnachträge und Ansprüche wegen gestörtem Bauablauf in Höhe von ca. 5 Mio. €



Beratung Forward Deal Logistikkomplex mit 75.000 m² BGF mit ESG-Anforderungen



Laufende Beratung Projektentwickler Hessen mit Schwerpunkt Seniorenwohnheime
Vertragsgestaltung GU- und GÜ-Vertrag; Abwehr Klagen Gewerke;
Mängelmanagement gegen NU, WEG und Erwerber



Immobilienprojekt „UPSIDE Berlin“: Doppelturm (86 m und 95 m) Wohn- und Gewerbehochhaus Berlin mit rund 60.000 m² Bruttogeschossfläche und 420 Wohnungen sowie weiteren Gewerbeflächen, Strukturierung, Fortführung und baubegleitende Rechtsberatung Bau-, Bauträger und Immobilienrecht für Hauptgläubiger über Insolvenzverwalter bei Projektfortsetzung mit ca. 80 Erwerberverträgen mit unterschiedlichem Leistungsstand, teilweise übergeben, teilweise verkauft; Erstellung Fortführungsvereinbarung, Neufassung Teilungserklärung, Bauträgerverträge, „Reinigung“ Grundbuch, Neuverhandlung ca. 30 Gewerkeverträge, usw. usf.



Komplettberatung Auftraggeber bei Errichtung und Umbau von mehreren Baukörpern mit insgesamt 238 Wohneinheiten, u. a. GU-Vertrag mit ARGE etc.

Gliederung

1. Kündigung nach §§ 8 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 7 VOB/B

- Überblick
- Unwirksamkeit

2. Kündigung nach § 648a BGB

- Überblick
- Kündigung wegen Mängeln

3. Teilkündigung wegen Mängeln?

- VOB/B- und BGB-Vertrag

4. Vorschlag zur Neuregelung des VOB/B-Kündigungsrechts (DAV)

- Unser Regelungsvorschlag

Kündigung nach §§ 8 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 7 VOB/B

§ 4 Abs. 7 VOB/B

*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 Absatz 3).***

Kündigung nach §§ 8 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 7 VOB/B



Der BGH hatte 2023 folgenden Fall zu entscheiden:

In einen 2004 abgeschlossenen Vertrag ist u.a. die VOB/B (2002) einbezogen. Die Auftragssumme belief sich auf über 3 Mio. Euro netto. Während der Bauausführung rügte der Auftraggeber (AG) mehrfach die Qualität des verbauten Betons und verlangte unter Fristsetzungen die Beseitigung des Mangels vom Auftragnehmer (AN). In späteren Mängelrügen drohte der AG dem AN die außerordentliche Kündigung des ganzen oder eines Teils des Auftrags an. Der AN beseitigte die behaupteten Mängel nicht. Diese hätten mit einem Aufwand von ca. 6.000 Euro bei laufendem Baubetrieb in zwei bis drei Arbeitstagen erledigt werden können. Der AG kündigte nach Ablauf der letzten gesetzten Mangelbeseitigungsfrist den Bauvertrag hinsichtlich aller zu diesem Zeitpunkt noch nicht erbrachten Arbeiten.

§ 8 VOB/B - Überblick



1. Kündigungsgrund

1. **Mängel, §§ 8 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 7 VOB/B**
2. unberechtigter NU-Einsatz, §§ 8 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B
3. Verzug, §§ 8 Abs. 3 i. V. m. § 5 Abs. 4 VOB/B
4. Insolvenz, § 8 Abs. 2 VOB/B
5. Wettbewerbsabsprachen und Vergabeverstoß, § 8 Abs. 4 und Abs. 5 VOB/B
6. sonstiger Kündigungsgrund

2. Kündigungsandrohung mit Fristsetzung oder Abmahnung, ausnahmsweise entbehrlich

3. Kündigungserklärung gegenüber dem AN

4. Kündigungserklärung in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang zum Anlass, § 314 Abs. 3 BGB

§§ 8 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 7 VOB/B



- 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.
- 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.

§§ 8 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 7 VOB/B

- 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.
- Zukünftig ist daher im VOB/B-Vertrag eine Kündigung wegen Mängeln nur noch nach § 648a BGB zulässig. Immer Fristsetzung mit Kündigungsandrohung erforderlich.

§ 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B ist unwirksam:

**Können dem Auftragnehmer jetzt Mängel bis zur Abnahme
„egal“ sein?**

**Wann kann der Auftraggeber überhaupt noch wegen
Mängeln kündigen?**

§ 648a BGB - Kündigung aus wichtigem Grund

§ 648a Kündigung aus wichtigem Grund (n.F.)

(1) Beide Vertragsparteien können den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.

§ 648a BGB - Kündigung aus wichtigem Grund



2) Eine Teilkündigung ist möglich; sie muss sich auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks beziehen.

(3) § 314 Absatz 2 und 3 gilt entsprechend.

(4) Nach der Kündigung kann jede Vertragspartei von der anderen verlangen, dass sie an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes mitwirkt. Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung oder bleibt sie einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstands fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat.

(5) Kündigt eine Vertragspartei aus wichtigem Grund, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt.

(6) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.

§ 648a BGB - Kündigung aus wichtigem Grund



§ 314 Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund

'''

(2) Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag, ist die Kündigung erst **nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig**. Für die Entbehrlichkeit der Bestimmung einer Frist zur Abhilfe und für die Entbehrlichkeit einer Abmahnung findet § 323 Absatz 2 Nummer 1 und 2 entsprechende Anwendung. Die Bestimmung einer Frist zur Abhilfe und eine Abmahnung sind auch entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen.

(3) Der Berechtigte kann nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat.

§ 648a BGB - Überblick



- **Beide Parteien können den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen**
- Keine Nennung von einzelnen Kündigungstatbestände – wie z.B. in §§ 8, 9 VOB/B
 - Neben den „typischen Kündigungsgründen“ können somit auch besondere Einzelfälle berücksichtigt werden
 - *„Wenn dem kündigenden Teil die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann“*
 - Anknüpfung an § 314 BGB und der hierzu ergangenen Rechtsprechung
- Nach der Übergangsbestimmung des Art. 229 § 39 EGBGB gilt § 648a nur für Werkverträge, die **nach dem 31.12.2017** geschlossen wurden.
 - Auf ein Schuldverhältnis, das vor dem 01.01.2018, finden die Vorschriften des BGB in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung Anwendung
 - Anwendbarkeit von: § 314 BGB

„Unzumutbarkeit“ nach § 648a BGB



Überschreitung der **Unzumutbarkeitsschwelle** u. a. in folgenden Konstellationen:

- Vorliegen einer vom Unternehmer zu vertretenden **ganz beträchtlichen Verzögerung** des Bauvorhabens.
- Die **ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung** durch den Unternehmer.
- Eine vom Unternehmer unter Verstoß gegen die Kooperationspflicht ausgesprochene Kündigung.
- Das Festhalten des Unternehmers an einer den **Regeln der Technik widersprechenden** Bauausführung.
- Die vom Unternehmer zu vertretende **Nichteinhaltung** einer vertraglich vereinbarten **Vertragsfrist**, wobei die Kündigung bereits vor dem Eintritt der Vertragsfrist erklärt werden kann, wenn feststeht, dass die Frist überschritten wird.

→ Besser sind mehrere Gründe. Das Nachschieben von Gründen ist möglich, soweit diese bereits zum Kündigungszeitpunkt vorlagen.

Kündigung wegen Mängeln

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 **Dispositionsfreiheit** Rechnung tragen.

- Mangel ist Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit **zum Zeitpunkt der Abnahme**
- Kollision also stets mit der Fälligkeit der (mangelbehafteten) Teilleistung (= Anspruch AG auf Mangelfreiheit zu diesem Zeitpunkt)
- **Leistungstreuepflicht:** Aus der Leistungstreuepflicht des AN folgt die generelle Verpflichtung, den Vertragszweck und den Leistungserfolg weder zu gefährden noch zu beeinträchtigen (vgl. *BGHZ 11, 80, 83 ff.; 90, 302, 308*).
- **Dispositionsfreiheit:** Der AN ist berechtigt, im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen die Art und Weise der Ausführung, als auch den zeitlichen und organisatorischen Ablauf zu bestimmen (vgl. *Franke / Kemper / Zanner / Grünhagen / Mertens, VOB-Kommentar, 7. Auflage 2020, § 4 VOB/B, Rn. 78*)

Kündigung wegen Mängeln

- Schwere des Mangels: **Ist die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zumutbar?**
 - Kündigung wegen Nichtbeseitigung **wesentlicher Mängel an fälliger Teilleistung** vor Abnahme nach angemessener Fristsetzung und Kündigungsandrohung dürfte daher zulässig sein.
 - Wenn der AN nachweislich vorhat oder schon damit begonnen hat, mangelhafte, vom Auftraggeber unter Fristsetzung gerügte, Leistungen zu **überbauen**. Denn damit bringt er zum Ausdruck, seiner Leistungstreuepflicht endgültig nicht nachzukommen.
 - Art des Mangels oder der Mangelbeseitigung oder wiederholtes Auftreten ähnlicher Mängel erschüttert berechtigt und grundlegend das Vertrauen des AG in die Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit des AN
 - Es besteht ein sonstiges überwiegendes und gewichtiges Interesse des AG an der Beseitigung des Mangels vor Abnahme.
- Einhaltung der allgemeinen Kündigungsvoraussetzungen
- **Risiko**, dass ein wichtiger Kündigungsgrund vorliegt: **AG**

Teilkündigung wegen Mängeln?

Fall: „Mangelhaft von Kopf bis Fuß“



Der Auftragnehmer (AN) wurde mit der Ausführung von Erd- und Entwässerungsarbeiten beauftragt. Bereits während der Ausführung beanstandete der Auftraggeber (AG) die Mangelhaftigkeit zweier Teilleistungen (Reibungsfüße und Dammköpfe) und forderte die fristgemäße Mängelbeseitigung unter Androhung von Kündigung und Ersatzvornahme. Nach fruchtlosem Fristablauf erklärte er die Kündigung für die Teilleistungen Reibungsfüße und Dammköpfe und ging in die Ersatzvornahme. Gegen die Restwerklohnforderung des AN rechnet der AG die Ersatzvornahmekosten in Höhe von über 1 Mio. Euro auf. Zu Recht?

(siehe Anm. Jahn zu OLG Koblenz, **IBR 2015, 594**; siehe auch Anm. Jahn zu OLG Düsseldorf, **IBR 2023, 180**)

Teilkündigung im VOB/B-Vertrag



§ 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B: „Die Kündigung kann auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beschränkt werden.“

- Teilkündigung nur ausnahmsweise möglich, konkret: nur bei abgeschlossenem Leistungsteil (BGH: § 12 Abs. 2 VOB/B; a. A.: gewerkeweise, a. A.: beliebig, soweit keine Gewährleistungsprobleme), gilt nur für Kündigung aus wichtigem Grund; keine Teilkündigung der mangelhaften Leistung, wie bereits in § 12 Abs. 2 VOB/B (Anm. Jahn zu OLG Düsseldorf, **IBR 2023, 180**).
- § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B gilt bei VOB/B-Vertrag auch dann, wenn Kündigungsgründe wie § 4 Abs. 7 unwirksam sind, da unabhängiger Regelungsgehalt.

Teilkündigung im VOB/B-Vertrag



- Damit ist eine Teilkündigung im VOB/B-Vertrag nur selten möglich. Denn ein Rückgriff auf § 648a Abs. 2 BGB scheidet aus, d.h. es muss eine in sich abgeschlossene Leistung und nicht nur abgeschlossene Leistung sein. An seinen AGB muss sich der AG festhalten lassen.
- Die Regelung greift nur bei BGB-Verträgen. Auch wenn Kündigungsgründe der VOB/B unwirksam sind, bleibt § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 anwendbar („Die Kündigung kann auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beschränkt werden.“), d. h. im VOB/B-Vertrag gelten so hohe Anforderungen, dass die Teilkündigung hier die Ausnahme bleibt.

Fall: „Drei Räume, eine Kündigung?“



Der AG beauftragt den AN im Rahmen eines BGB-Vertrags mit Estrich- und Parkettarbeiten in 3 miteinander verbundenen Räumen. Die Fertigstellung der Räume 1 und 2 ist vertraglich bis zum 20.10.2024 vereinbart. Bereits während der Ausführung beanstandet der AG zu Recht die erhebliche Mangelhaftigkeit zweier Teilleistungen (Raum 1 und Raum 2) und fordert am 21.10.2024 die fristgemäße Mängelbeseitigung zum 30.10.2024 unter Androhung von Kündigung und Ersatzvornahme. Weil der AN keine Anstalten macht, die Mängel zu beseitigen, erklärt der AG am 31.10.2024 die Teilkündigung bezüglich der Räume 1 und 2 und verlangt vom AN die Kosten der Ersatzvornahme. **Zu Recht?**

Var. 1: Ändert sich etwas, wenn der AG die Teilleistungen „Raum 3“ im Ausgangsfall am 31.10.2024 kündigt und anschließend die Kosten der Ersatzvornahme verlangt?

Var. 2: Wie wäre Var. 1 zu beurteilen, wenn die Parteien die VOB/B vereinbart hätten?

Fall: „Drei Räume, eine Kündigung“



Var. 3: Wie wäre der Ausgangsfall zu beurteilen, wenn der AN nicht mit Leistungen in 3 miteinander verbundenen Räumen, sondern in 3 verschiedenen Wohnungen beauftragt worden wäre?

Var. 4: Der AG kündigt im Ausgangsfall nach fruchtlosem Fristablauf gemäß § 648a Abs. 1 BGB, als der AN beginnt, das Parkett auf dem (mangelbehafteten) Estrich in den Räumen 1 und 2 zu verlegen. **Zu Recht?**

Teilkündigung im BGB-Vertrag



§ 648a Abs. 2:

„Eine Teilkündigung ist möglich; sie muss sich auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks beziehen.“

- Es geht bei der Teilkündigung darum, **einen noch nicht erbrachten Leistungsteil** dem AN wegen bereits vorliegender Mängel zu entziehen. Das ist nach obigen Maßgaben grundsätzlich möglich.
- Der AG will aber i.d.R. auch die Weiterbearbeitung der mangelhaften Leistung entziehen. **Problem:** diese Leistung ist **schon erbracht**. Kündigungsfähig sind aber nur **nicht erbrachte Leistungen**.
- Ob eine Kündigung der Leistungen, die mangelbehaftet sind, möglich ist, erscheint zweifelhaft. Denn es handelt sich um mangelhaft / unfertige erbrachte Leistungen. Hier wird allenfalls die „Überarbeitung“ dieser Leistungen gekündigt. Dass diese Leistungen „abgrenzbar“ sind, ist zudem zweifelhaft. Teilkündigungsfähigkeit eher (-)

Vorschlag des DAV zur Neuregelung des Kündigungsrechts (08/2023)



§ 4 Abs. 7 VOB/B	Vorschlag des DAV
<p>(1) Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, hat der Auftragnehmer auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen.</p>	<p>(1) Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, hat der Auftragnehmer binnen einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen, wenn ein längeres Zuwarten auf die Mängelbeseitigung dem Auftraggeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zugemutet werden kann.</p>

Vorschlag des DAV zur Neuregelung des Kündigungsrechts (08/2023)



§ 4 Abs. 7 VOB/B	Vorschlag des DAV
<p>(2) Hat der Auftragnehmer den Mangel oder die Vertragswidrigkeit zu vertreten, so hat er auch den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.</p>	<p>(2) Hat der Auftragnehmer diesen Mangel oder diese Vertragswidrigkeit zu vertreten, so hat er auch den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.</p>
<p>(3) 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 Absatz 3).</p>	<p>(3) Kommt der Auftragnehmer der Pflicht zur Beseitigung dieses Mangels nicht nach, so kann ihm der Auftraggeber eine angemessene Nachfrist zur Beseitigung des Mangels setzen und erklären, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist den Vertrag bezogen auf den von dem Mangel betroffenen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks kündigen werde (§ 8 Absatz 3 Nr. 1 S. 1).</p>

Vorschlag des DAV zur Neuregelung des Kündigungsrechts (08/2023)



§ 4 Abs. 7 VOB/B	Vorschlag des DAV
	<p>(4) Der Auftraggeber kann unter den vorgenannten Voraussetzungen erklären, dass er den Vertrag insgesamt kündigen werde (§ 8 Absatz 3 Nr. 1 S. 1), wenn dieser Mangel so gravierend ist, dass ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zumutbar ist.</p>

Wie beurteilen Sie diesen Vorschlag?

Vorschlag des DAV zur Neuregelung des Kündigungsrechts (08/2023)



Unsere Meinung:

- Einen Mehrwert bringt der Regelungsvorschlag gegenüber § 648a BGB – der ohnehin weiter gilt – **nicht**.
- Denn auch § 648a BGB setzt eine Interessenabwägung sowie grundsätzlich eine Abmahnung und Fristsetzung voraus, die jedoch im Einzelfall entbehrlich sein kann, wenn es sich um bloße „Förmelei“ handeln würde.
- Durch eine Neuregelung, die den § 648a BGB in seinem Kerngehalt nur wiederholt, wäre also wenig gewonnen.

Unser Regelungsvorschlag



Mängelansprüche vor der Abnahme richten sich nach Ziff. 11.1 und Ziff. 11.2 sowie nach BGB.

*Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, hat der AN binnen einer vom AG gesetzten angemessenen Frist auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen, **wenn ein längeres Zuwarten auf die Mängelbeseitigung dem AG unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zugemutet werden kann.***

Das kann insbesondere der Fall sein, wenn:

- die Leistung zum Zeitpunkt der Fristsetzung nach den vertraglichen Regelungen (u. a. Vertragsfristen, Bauzeitenplan) unter Berücksichtigung etwaiger Verschiebungen **abgeschlossen** sein musste, und/oder*
- der Mangel **wesentlich** ist, und/oder*
- der AN den Mangel **überbaut** hat oder die Überbauung droht, und/oder*
- eine bei weiterem Zuwarten mit der Mängelbeseitigung **nicht nur unwesentlich erschwerte Mängelbeseitigung** droht.*

Unser Regelungsvorschlag



Hat der AN einen schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannten Mangel oder seine Vertragswidrigkeit zu vertreten, so hat er auch den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Kommt der AN der Pflicht nach Ziff. 11.1 zur Beseitigung dieses Mangels nicht nach, so kann ihm der AG eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und erklären, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag bezogen auf den von dem Mangel betroffenen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks kündigen werde. Dies umfasst das Recht, die Nacherfüllungs-/Nachbesserungspflicht des AN mit Blick auf diesen Mangel durch Dritte auf Kosten des AN ausführen zu lassen.

Das Recht des AG den Vertrag unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 648a BGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes insgesamt zu kündigen, bleibt unberührt.

Literatur-Empfehlung



Bolz / Jurgeleit (Jahn), ibr-online-Kommentar VOB/B, Stand 22.06.2024, § 8 / § 9

Online-Kommentar zu den Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

https://www.ibr-online.de/IBRKommentare/index.php?SessionID=d0e165bf5e3c193391cf45a659d75f97&zg=0&S_GS=1&S_Volltext=Jahn&Textnr=23&Abschnitt=1&Sprungziel=1.#1

Herausgegeben von: RA Dr. Stephan Bolz und RiBGH Prof. Dr. Andreas Jurgeleit

Online seit: 24.10.2016

Letzte Aktualisierung: 22.06.2024



Ihr Ansprechpartner



Dr. Maximilian R. Jahn

Partner, Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

JAHN HETTLER Rechtsanwälte PartG mbB

Guiollettstraße 48 (Solo West)

60325 Frankfurt am Main

Tel. +49 69 9897278-11

Fax +49 69 9897278-99

jahn@jahnhetzler.de

www.jahnhetzler.de



**Haben Sie noch Fragen?
Sprechen Sie uns gern jederzeit an.**

Bleiben Sie stets aktuell mit JAHN HETTLER – News

Melden Sie sich direkt an



www.jahnhetzler.de