

Kündigung wegen Mängeln vor Abnahme: § 4 Abs. 7 VOB/B ist nicht AGB-widrig!

1. Wird die Leistung erst ab einer Auftragssumme von 10.000 Euro förmlich abgenommen, liegt darin ein Eingriff in die VOB/B, so dass sie nicht mehr "als Ganzes" vereinbart ist.
2. Die Klausel des § 4 Abs. 7 VOB/B, wonach der Auftraggeber den Bauvertrag kündigen kann, wenn die Leistung mangelhaft ist und der Auftragnehmer seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung nicht innerhalb einer angemessenen Frist nachkommt, hält einer isolierten AGB-Kontrolle stand und ist wirksam.

OLG Koblenz, Urteil vom 28.07.2020 - 4 U 1282/17; BGH, Beschluss vom 24.03.2021 - VII ZR 136/20 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

BGB §§ 307, 310 Abs. 1 Satz 3; VOB/B § 4 Abs. 7, § 8 Abs. 3

Problem/Sachverhalt

Der Auftragnehmer (AN) wird mit dem Umbau und der Erweiterung eines Lebensmittelmarkts beauftragt. Der Auftraggeber (AG) stellt die VOB/B und Zusätzliche Vertragsbedingungen (ZVB), nach deren Ziff. 14 die förmliche Abnahme erst ab einer Auftragssumme von 10.000 Euro möglich ist. Wegen Mängeln kündigt der AG den Auftrag nach § 4 Abs. 7 Satz 3, § 8 Abs. 3 VOB/B. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Kündigung, weil der AN die Regelung u. a. für AGB-widrig hält.

Entscheidung

Dem folgt das OLG nicht. Aus den Erwägungen des ersten Leitsatzes sei die VOB/B zwar einer Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB zu unterziehen, da Ziff. 14 der ZVB von § 12 Abs. 4 Nr. 1 Satz 1 VOB/B abweiche, der für die förmliche Abnahme nur das Verlangen einer Vertragspartei voraussetze - unabhängig von der Auftragssumme. Die Kündigungsmöglichkeit nach § 4 Abs. 7 Satz 3, § 8 Abs. 3 VOB/B sei aber mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung vereinbar und deshalb **wirksam**. § 4 Abs. 7 VOB/B stehe nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH (**IBR 2017, 187**), wonach die Mangelfreiheit des Werks nach gesetzlichem Werkvertragsrecht im Zeitpunkt der Abnahme zu bestimmen sei und der AG vor der Abnahme keine Mängelrechte habe. Auch nach Werkvertragsrecht schulde der AN ein mangelfreies Werk. Er müsse vorhandene Mängel nicht erst nach der Abnahme, sondern bereits im Rahmen seiner vertraglichen Erfüllungspflicht beseitigen. Die Dispositionsfreiheit des AN werde durch § 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B nicht unangemessen eingeschränkt, da ihm das "Wie" der Mängelbeseitigung überlassen bleibe. Eine **zeitliche Einschränkung seiner Dispositionsfreiheit** durch den AG werde durch die "**angemessene Frist**" in § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B **begrenzt**. Mangelfreie Leistungen könne der AG nur zum vereinbarten Ausführungstermin verlangen und nicht vorher. Umfangreiche Baumaßnahmen bedürften einer **frühzeitigen Mängelbeseitigung**. § 4 Abs. 7 VOB/B solle dies sicherstellen und deren Aufwand so gering wie möglich halten. Die VOB/B werde damit den Eigenheiten des Bauvertrags besser gerecht als das für alle Werkverträge geltende Gesetz. Die nach der VOB/B mögliche Auftragsentziehung benachteilige den AN nicht unangemessen. Auch das Werkvertragsrecht kenne die Loslösung vom Vertrag im Erfüllungsstadium nach § 323 Abs. 1 BGB durch Rücktritt sowie den Schadensersatzanspruch statt der Leistung. Hinzu komme die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung nach § 648a BGB.

Praxishinweis

Die Auffassung des OLG begegnet Bedenken. § 4 Abs. 7 VOB/B steht der BGH-Rechtsprechung zum gesetzlichen Mängelrecht entgegen und differenziert nicht danach, ob es sich um einen wesentlichen oder einen unwesentlichen Mangel handelt. Trotzdem wird dem AG ein Kündigungsrecht eingeräumt, auch wenn ihm durch die Mängelbehebung erst kurz vor der Abnahme kein Nachteil entsteht und er das Werk bei einem unwesentlichen Mangel abnehmen müsste (Sienz, in: Ingenstau/ Korbion, VOB, Anhang 3, Rz. 71 f.).

RA und FA für Bau- und Architektenrecht Prof. Thomas Karczewski, Hamburg 

© id Verlag