



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/ea2c89d1-8be5-3fb8-8b1d-59ce77b409e6>

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Dr. Maximilian R. Jahn
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2025, 1583 - 1593 (Heft 11)
Verlag	Werner Verlag

Jahn, BauR 2025, 1583

Die Kündigung aus wichtigem Grund bei Mängeln



von Rechtsanwalt Dr. Maximilian R. Jahn, Frankfurt am Main

A. Einführung

Das Bauvertragsverhältnis kann durch den Auftraggeber (den „Besteller“) gem. § 648 BGB entweder „frei“ – ohne Angabe von Gründen – gekündigt werden oder aber aus wichtigem Grund nach § 648a BGB. Eine „freie“ Kündigung ist für den Auftraggeber zudem in § 8 VOB/B¹ geregelt. Dem Auftragnehmer steht unter weiteren Voraussetzungen das Kündigungsrecht aus § 9 VOB/B zu.² Das Kündigungsrecht nach § 648a BGB gilt sowohl für den BGB- als auch für den VOB-Vertrag.

Oft kommt es bereits vor der Abnahme der Bauleistung zum Streit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer über die Mangelfreiheit des Bauwerks. Im Mittelpunkt dieses Streits stehen die Leistungstreuepflicht auf der einen (siehe Ziff. B. I., 1.), und die Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers auf der anderen Seite (siehe Ziff. B. I., 2.).



Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 19.01.2023³ entschieden, dass § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B (2002) ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1, 1. Alt. VOB/B (2002) bei Verwendung durch den Auftraggeber der AGB-Inhaltskontrolle nicht standhält. Sie benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher unwirksam.⁴ Nach dem Grundsatz der Auslegung zu Lasten des Verwenders nach § 305c Abs. 2 BGB ist für § 4 Abs. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1, 1. Alt. 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 nämlich nicht nach der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels. Die Folge: 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 in dem vom BGH entschiedenen Fall, bei dem die Nichtbeseitigung eines Mangels mit Mangelbeseitigungskosten von ca. 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 Vorgänger von § 648a BGB ab.

Im VOB/B-Vertrag ist eine Kündigung daher nur noch nach § 648a BGB zulässig. Der Auftraggeber, der nach § 648a BGB kündigen will, wird – ggf. auch über § 648a BGB hinaus – stets eine Frist mit Kündigungsandrohung setzen müssen, weil § 4 Abs. 7 VOB/B dies zwingend vorsieht und der Auftraggeber insoweit nicht von seinen eigenen AGB abweichen kann. Allerdings kann die Frist nach allgemeinen Grundsätzen entbehrlich sein.⁵

B. Grundlagen

I. Kündigung aus wichtigem Grund

Die Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB kann grundsätzlich von beiden Vertragsparteien erklärt werden und muss hinreichend deutlich zu Tage treten.⁶ Ein wichtiger Grund im Sinne der Vorschrift 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“. Die Fortführung des Vertrags muss daher für den kündigenden Teil nach Abwägung aller Umstände unzumutbar sein; eine entscheidende Rolle nimmt dabei der mit der Vertragsverletzung einhergehende Vertrauensverlust zwischen Parteien ein.⁷ Darüber hinaus muss der zur Kündigung legitimierende „wichtige Grund“ dem Vertragspartner zurechenbar sein, wobei ein Verschulden an sich nicht erforderlich ist.⁸

Einen wichtigen Grund für die Auftraggeberseite stellen unter anderem die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung durch den Auftragnehmer,⁹ eine durch den Auftragnehmer unter Verstoß gegen die Kooperationspflicht ausgesprochene Kündigung,¹⁰ die wiederholte Verletzung von für den Vertragszweck erheblich bedeutender Nebenpflichten,¹¹ das Festhalten des Auftragnehmers an einer der Regeln der Technik widersprechenden Bauausführung¹² oder die vom Auftragnehmer zu vertretende Nichteinhaltung einer vertraglich



vereinbarten Vertragsfrist dar, wobei die Kündigung in letzterem Fall sogar bereits vor Eintritt der Vertragsfrist erklärt werden kann, wenn feststeht, dass die Frist überschritten wird.¹³

Der Kündigungsgrund kann nachgeschoben werden.¹⁴

II. Kündigung wegen Mängeln

Nicht leicht zu beurteilen sind Fälle, bei denen der Auftraggeber vor Abnahme wegen „Mängeln“ kündigt, obwohl ihm Mängelrechte grundsätzlich erst nach der Abnahme zustehen.¹⁵

Eine Kündigung aus wichtigem Grund, die sich auf die Mangelhaftigkeit des Werks im Ausführungsstadium stützt, muss daher der *Leistungstreuepflicht* des Auftragnehmers auf der einen, sowie der *Dispositionsfreiheit* auf der anderen Seite Rechnung tragen. Beide Gesichtspunkte betreffen zeitlich die Ausführungsphase des Vertragsverhältnisses und wirken bis in das Nacherfüllungsstadium hinein. Auf der einen Seite soll das Werk durch die Maßnahmen des Auftragnehmers nicht gefährdet und im Ergebnis mangelfrei hergestellt werden (Leistungstreuepflicht), auf der anderen Seite soll der Auftragnehmer die Wahl haben, welche konkreten Maßnahmen er zur Erfüllung dieser Pflicht ergreift und wie er diese zeitlich und organisatorisch einsetzt.¹⁶

1. Leistungstreuepflicht

Aus der Leistungstreuepflicht des Auftragnehmers folgt also die generelle Verpflichtung, den Vertragszweck und den Leistungserfolg weder zu gefährden noch zu beeinträchtigen.¹⁷ Das bedeutet: der Auftragnehmer hat die Baustelle jedenfalls so zu betreiben, dass die Leistungen zum vereinbarten Zeitpunkt, der durch den bauvertraglich vereinbarten Fertigstellungstermin markiert wird, mangelfrei übergeben werden können.¹⁸ Diese Verantwortung entfällt auch dann nicht, wenn der Auftraggeber von seinen Weisungs- und Überwachungsrechten nach § 4 Abs. 1 Nr. 2, 3, 4 VOB/B Gebrauch macht.¹⁹

Verletzt der Auftragnehmer seine Leistungstreuepflicht, droht ihm die Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB durch den Auftraggeber. Das Kündigungsrecht des Auftraggebers beruht dabei nicht auf dem einzelnen oder mehreren Mängeln, sondern auf der trotz Fristsetzung²⁰ nicht wiederhergestellten allgemeinen Leistungstreuepflicht. Aus diesem Umstand wird die Unzumutbarkeit zur Fortsetzung des Vertragsverhältnisses abgeleitet.²¹

2. Dispositionsfreiheit

Dem gegenüber steht die sog. Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers. Der Auftragnehmer ist berechtigt, im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen die Art und Weise der Ausführung, als auch den zeitlichen und organisatorischen Ablauf im Einzelnen zu bestimmen.²² Dies folgt aus dem Grundsatz des Werkvertragsrechts, dass der Auftragnehmer eine mangelfreie Leistung grundsätzlich *erst zum Zeitpunkt der Abnahme* schuldet.²³ Diese „Leitungsbefugnis“ des Auftragnehmers (vgl. auch § 4 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 VOB/B) kann zwar durch die



Anordnungsbefugnis des Auftraggebers (vgl. auch § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B) tangiert werden; die VOB/B bestimmt hier jedoch ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Der Auftraggeber darf nur *ausnahmsweise* in die Ausführung eingreifen.²⁴

Die Dispositionsfreiheit gilt auch bei der Vornahme von Nachbesserungsarbeiten, also im Nacherfüllungsstadium nach Abnahme. Dem Auftragnehmer soll es nämlich freistehen, welche von mehreren geeigneten Maßnahmen er zur Mangelbeseitigung ergreift.²⁵ Demzufolge bleibt der Auftragnehmer auch in dem Fall nacherfüllungspflichtig, in dem der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine Mangelbeseitigungsmaßnahme vorschlägt, diese aber nicht zu einer Verbesserung des mangelhaften Zustands führen kann.²⁶ Ergreift der Auftragnehmer die von vornherein ungeeignete Mangelbeseitigungsmaßnahme und führt diese – wie von Anfang an feststeht – nicht zum Erfolg, bleibt der Auftragnehmer auch im Anschluss zur Nacherfüllung verpflichtet. Demnach bestehen Einschränkungen der Dispositionsfreiheit, wenn bestimmte Mangelbeseitigungsmaßnahmen von vornherein nicht zum Erfolg führen können. Daher kann sich das Wahlrecht des Auftragnehmers im Einzelfall auf die Neuherstellung beschränken, wenn nur diese zur nachhaltigen Beseitigung des Mangels führen kann – und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen BGB- oder einen VOB-Vertrag handelt.²⁷ Diese Art der Mangelbeseitigung findet jedenfalls nach Annahme seine Grenze in § 635 Abs. 3 BGB, wonach die Neuherstellung mit Blick auf die Kosten für den Auftragnehmer zumutbar sein muss. Ferner kann die Wahl der Mangelbeseitigungsmaßnahmen auf eine bestimmte Maßnahme beschränkt sein, wenn nur diese zum Erfolg führen kann. Ein untaugliches Angebot des Auftragnehmers kann deshalb vom Auftraggeber zurückgewiesen werden.²⁸ Aber auch hier gilt wiederum die Zumutbarkeitsregelung § 635 Abs. 3 BGB.

Die vorgenannten Grundsätze gelten aber nun einmal vor Abnahme *nicht uneingeschränkt*. Denn nochmals: Der Auftragnehmer ist berechtigt, den organisatorischen und zeitlichen Ablauf *im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen* bis zur Abnahme allein zu bestimmen.²⁹ Der BGH formuliert dies so:

„Ob ein Werk mangelfrei ist, beurteilt sich grundsätzlich im Zeitpunkt der Abnahme. Bis zur Abnahme kann der Unternehmer grundsätzlich *frei wählen*, wie er den Anspruch des Bestellers auf mangelfreie Herstellung aus § 631 I BGB erfüllt. Könnte der Besteller bereits während der Herstellungsphase Mängelrechte aus § 634 BGB geltend machen, kann das mit einem Eingriff in dieses *Recht des Unternehmers* verbunden sein.“
(BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13; VII ZR 193/15 und VII ZR 235/15).

Eine Kündigung setzt, wie der BGH in seiner Entscheidung zur Unwirksamkeit von § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B (2002) hervorgehoben hat, besondere Umstände voraus, die aus der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen einer Vertragswidrigkeit oder eines Mangels folgen können.³⁰

3. Interessenabwägung im Rahmen der Unzumutbarkeit (§ 648a Abs. 1 Satz 2 BGB)

Die Dispositionsfreiheit hat also erhebliches Gewicht, wie auch das OLG Naumburg³¹ betont:



„Eine vertragswidrige oder mangelhafte Werkleistung in der Ausführungsphase kann im Hinblick auf die Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers nur dann ein wichtiger Grund sein, wenn weitere Umstände hinzutreten, die die Vertragsfortsetzung für den Auftraggeber unzumutbar machen. Solche Umstände müssen einen Bezug zu der potenziell mangelhaften oder vertragswidrigen Leistung aufweisen und in der Gesamtabwägung so schwer wiegen, dass sie zu einer tiefgehenden Störung der für die Fortsetzung des Vertrags notwendigen Vertrauensbeziehung geführt haben. Ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers, die Fertigstellung durch den Auftragnehmer nicht mehr abwarten zu müssen, kann dabei aus der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels folgen.“

3.1. Fälligkeit des Bauvorgangs

Indes: Soweit ein bestimmter Bauablauf oder eine bestimmte Baureihenfolge technisch zwingend ist, besteht schon keine Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers mit Blick auf die weitere Ausführung. Der Auftragnehmer ist dann nicht schützenswert; der Auftraggeber wiederholt nur, was der Auftragnehmer sowieso zu leisten hat. Ebenso verhält es sich, wenn es technisch „nur den einen Weg“ gibt, z.B. Rohbau 2. OG nach Rohbau 1. OG. Dann muss der Auftragnehmer diesen Weg sowieso nehmen. Hat er im 1. OG keine Bewehrung eingebaut, muss der Auftraggeber nicht zusehen, wie der Auftragnehmer weiterbaut.

Umgekehrt bedeutet allein das Überschreiten eines Zwischentermins für Einzelleistungen nicht, dass der Auftragnehmer die Leistung zu diesem – ggf. sowieso durch vorausgehende Störungen verschobenen – Termin auch komplett mangelfrei erbringen muss. Es liegt schließlich nahe, dass der Auftragnehmer kleinere Arbeiten am Ende des Bauablaufs vor dem Fertigstellungstermin und Abnahme „glattzieht“. ³² *Ein Mangel ist in diesem Kontext wesentlich, wenn die mangelhafte Teilleistung ihrerseits der Abnahmereife der Gesamtleistung, wäre diese fertiggestellt, entgegenstehen würde.* Nach allgemeiner Meinung gilt, dass ein Auftragnehmer nur dann eine (ggf. verschobene) Einzelfrist/Zwischentermin einhält, wenn er die zu diesem Termin geschuldeten Leistungen ohne wesentliche Mängel erbringt. Andernfalls kommt er in Verzug. ³³ Der Auftraggeber kann dann u. U. auch gestützt auf Verzug (teil-) kündigen. Ist dem Auftraggeber ein Abwarten nicht mehr zumutbar, weil der Auftragnehmer den Termin sowieso nicht erreichen wird oder ggf. in einem Baustellenprotokoll sogar selbst erklärt, dass er ihn nicht erreichen wird, muss er die Terminüberschreitung auch nicht abwarten. Das sind allerdings *Ausnahmen*. Der Weg über eine *konkrete Erfüllungsgefährdung* nach § 323 Abs. 4 BGB ist steinig und unsicher und dürfte zudem auf wesentliche Mängel beschränkt sein. ³⁴ In den allermeisten Fällen gilt vielmehr, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber auf den Zwischentermin trösten darf, auch wenn dies für den Auftraggeber wenig befriedigend ist.

Das OLG Naumburg führt aus:

„Generell darf ein wichtiger Grund nicht vorschnell angenommen werden, weil dies der Systematik des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts zuwiderliefe. Bei bedeutenden Mängeln an der Leistung ist der Besteller regelmäßig durch die Erfüllungsansprüche bzw. Mängelrechte hinreichend geschützt. Wird jedoch durch die Mangelhaftigkeit der Leistung sein Vertrauen in die Zuverlässigkeit und fachliche Eignung des Unternehmers zerstört und lässt die Art der Mängel befürchten, dass die Leistung insgesamt nicht mangelfrei erbracht werden kann, *kann ausnahmsweise ein Kündigungsrecht bestehen.*“ (OLG Naumburg, Urt. v.



27.02.2024 – 1 U 6/14 [Hs]); so auch fast gleichlautend: MünchKomm.-Busche, 9. Aufl. 2023 Rdnr. 3).

Fazit: Das Kündigungsrecht des Auftraggebers besteht also bei einem nicht fälligen Bauvorgang nur ganz ausnahmsweise. Die Latte liegt dann, wenn die Teilleistung des Auftragnehmers nicht fällig ist, deutlich höher. Selbst bei Fälligkeit sind weitere Aspekte zu betrachten. Dies soll nach obigem Zitat sogar bei wesentlichen Mängeln gelten. Die Kündigung aus wichtigem Grund ist die Ausnahme.

3.2. Schwere des Mangels; Interesse des Auftraggebers

Natürlich ist im Rahmen der Interessenabwägung maßgeblich, ob ein wesentlicher Mangel vorliegt. Ein wesentlicher Mangel ist zunächst abzugrenzen von den Fällen der unfertigen Leistung. Dann fehlen noch Teile der Leistung, die Leistung ist also nicht „schlecht“ oder „falsch“ erbracht, sondern mit Blick auf das vertragliche Leistungsprogramm lediglich ergänzungsbedürftig. Vor Abnahme ist ein wesentlicher Mangel (in diesem Sinne) grundsätzlich ein schwerwiegender Verstoß gegen die Leistungstreuepflicht. Solange die Teilleistung aber noch nicht fällig ist, kommt der Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers, wie oben dargestellt, der Vorrang zu.³⁵ Er fällt unter Berücksichtigung der Interessen des Auftraggebers noch nicht ins Gewicht, weil der Auftraggeber sowieso noch keinen Anspruch darauf hat, dass der Leistungsteil bereits hergestellt ist. Danach kommt der Auftragnehmer jedoch mit seiner Leistungserbringung in Verzug. Ob, gestützt auf Vertrauensverlust oder Verzug, ein wichtiger Kündigungsgrund vorliegt, ist aber selbst dann noch nicht ausgemacht. Auch hier wird das Gesamtverhalten des Auftragnehmers und seine Bereitschaft zur Mangelbeseitigung zu würdigen sein. Eine Rolle wird auch spielen, ob der Mangel einen Rückschluss auf eine grundlegend fehlende fachliche Eignung des Auftraggebers zulässt oder eben „passieren“ kann (siehe dazu das Zitat unter Ziffer 3.1.). Obwohl eine Kündigung aus wichtigem Grund an sich kein Verschulden voraussetzt, wird teilweise darauf abgestellt, dass ein Vertrauensverlust nur vorliege, wenn der Mangel vom Auftragnehmer schuldhaft verursacht sei und die Prognose gerechtfertigt ist, dass das Werk insgesamt nicht mangelfrei vom Auftragnehmer erbracht werden wird können.³⁶ Das OLG Naumburg knüpft an die BGH-Entscheidung zur Unwirksamkeit von § 4 Abs. 7 VOB/B an und führt aus, dass über die bloße Mangelhaftigkeit hinaus, weitere Umstände hinzutreten müssen:

„Eine vertragswidrige oder mangelhafte Werkleistung in der Ausführungsphase kann im Hinblick auf die Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers nur dann ein wichtiger Grund sein, wenn weitere Umstände hinzutreten, die die Vertragsfortsetzung für den Auftraggeber unzumutbar machen. Solche Umstände müssen einen Bezug zu der potenziell mangelhaften oder vertragswidrigen Leistung aufweisen und in der Gesamtabwägung so schwer wiegen, dass sie zu einer tiefgehenden Störung der für die Fortsetzung des Vertrags notwendigen Vertrauensbeziehung geführt haben. Ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers, die Fertigstellung durch den Auftragnehmer nicht mehr abwarten zu müssen, kann dabei aus der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels folgen.“ (OLG Naumburg, Urt. v. 27.02.2024, 1 U 6/14 [Hs]).



Denkbar sind zudem Fälle, in denen Mängel eine Gefahr für Leib oder Leben darstellen und der Unternehmer das Vorhandensein des Mangels bewusst verschweigt.³⁷ Noch weitergehend wird teilweise auf eine „Vielzahl erheblicher Mängel“ abgestellt, wenn der Besteller durch diese in objektiv nachvollziehbarer Weise das Vertrauen in eine ordnungsgemäße und mangelfreie Ausführung und Fertigstellung verliert,³⁸ bspw. durch wiederholte Verstöße gegen anerkannte Regeln der Technik oder gegen vertraglich festgelegte Ausführungsarten.³⁹ Dazu ist anzumerken, dass die genannten Fälle sicher eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen, nach hiesiger Auffassung aber keine „Regelbeispiele“ für die Schwelle zur Kündigung aus wichtigem Grund darstellen.

Kann also wegen nicht wesentlicher Mängel überhaupt noch aus wichtigem Grund gekündigt werden?

Instruktiv ist dazu der Sachverhalt der hier bereits mehrfach zitierten Entscheidung des OLG Naumburg:

Das Leistungsverzeichnis des zwischen dem Auftraggeber (AG) und seinem Nachunternehmer (AN) geschlossenen Bauvertrags über ca. 3 Mio. € sah die Herstellung und den Einbau von Rückenstützen aus Beton auf einem Straßenabschnitt von 6,5 km Länge mit einer Betonfestigkeit von „C 25/30“ vor. Der eingebaute Beton weist allerdings auf einem Abschnitt von 330 m unstrittig einen deutlich geringeren Festigkeitsgrad auf. Der Auftragnehmer ist der Ansicht, dass sich der Betonfestigkeitsgrad nicht auf die Endfestigkeit der herzustellenden Rückenstützen bezieht, sondern auf den Frischbeton. Der Auftraggeber setzt dem Auftragnehmer erfolglos drei Mangelbeseitigungsfristen und droht die Kündigung an. Der Auftraggeber kündigt aus wichtigem Grund. Der Auftragnehmer geht von einer freien Kündigung aus und klagt auf Restwerklohn. Die Nacherfüllung hätte objektiv max. drei Tage in Anspruch genommen und wäre mit Nacherfüllungskosten von rd. 6.000 € verbunden gewesen. Es standen ca. 40 % der Arbeiten noch aus.

Inhaltlich ging es um Arbeiten, die von ihrer Art als auch ihrem Umfang den Arbeiten entsprachen, über die der BGH bei seiner Entscheidung zu § 4 Abs. 7 VOB/B zu entscheiden hatte (!). Die Höhe der Mangelbeseitigungskosten und die Auftragsvolumen waren fast identisch. Das OLG Naumburg kommt allerdings – oben finden sich bereits Zitate – bei mustergültiger Anwendung der oben skizzierten Maßstäbe zum richtigen Ergebnis, dass die Kündigung aus wichtigem Grund erfolgt ist.

Das OLG Naumburg hat zum einen den rechtlichen Maßstab richtig angewendet, zum anderen es sich aber auch bei der Bewertung der Tatsachen nicht leicht gemacht. Im Fall waren gleich mehrere Sachverständigengutachten zu dem Ergebnis gekommen, dass sich die vertragliche Leistungspflicht des AN, anders als dieser behauptet hatte, auf die Endfestigkeit des Betons bezogen hat. Die Behauptung des Auftragnehmers war schlicht falsch und dies auch relativ offensichtlich, weil sich der Festigkeitsgrad bei Frischbeton sowieso nicht ohne weiteres beurteilen lässt und Tiefbauunternehmen das LV in dem vom Auftraggeber dargestellten Sinne verstehen. Im Ergebnis handelte es sich also um eine bloße (und nicht einmal sonderlich gute) Schutzbehauptung – mit weitreichenden Folgen. Denn tatsächlich hat der Auftragnehmer damit das Verständnis seiner Leistungspflicht kundgetan und zugleich alle ihm gesetzten Mangelbeseitigungsfristen verstreichen lassen. Wie soll ein Auftraggeber in dieser Situation das Verhalten seines Auftragnehmers aber verstehen, wenn nicht als die fehlende Bereitschaft, dem Mangel dauerhaft abhelfen zu wollen? Die Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers sowie, dass nur ein kleiner Teilbereich der Strecke betroffen und der Mangel finanziell und zeitlich leicht behebbar war, standen der Kündigung daher hier ausnahmsweise nicht entgegen. Denn „der Unterbeton und die Rückenstützen waren die Grundlage für weitere umfangreiche Tiefbauarbeiten. Sie wurden mit dem weiteren Baufortschritt überdeckt und konnten anschließend nur durch zerstörende Arbeiten wieder zugänglich und nachbesserungsfähig gemacht werden.“⁴⁰

Die Antwort auf die Frage, ob auch wegen kleinen Mängeln gekündigt werden kann, ist also: bei Beachtung der obigen Maßgaben – ja.



3.3. Erfüllungsverweigerung; „Überbauen“ von Mängeln

Die Voraussetzungen für das „ausnahmsweise“ bestehende Kündigungsrecht wegen Mängeln sind also gegeben, wenn der Auftragnehmer bestreitet, dass überhaupt ein wesentlicher Mangel vorliegt oder wenn er einen, wenn auch nur „kleinen“ Mangel überbauen will, was seinerseits erhebliche Rückbaumaßnahmen und Aufwendungen zur Folge hätte, um den Mangel wieder nachbesserungsfähig zu machen.⁴¹ Dann hat der Auftraggeber keinen Anlass davon auszugehen, dass der Auftragnehmer den Mangel überhaupt noch beseitigen wird. Dies gilt selbst dann, wenn das Verhalten des Auftragnehmers noch nicht als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung eingeordnet werden kann (was für sich bereits für einen wichtigen Kündigungsgrund ausreichen würde). Denn die Schwelle für eine Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung ist zwar hoch, aber jedenfalls niedriger als die der Erfüllungsverweigerung. Schließlich geht es „nur“ darum, dass der Auftraggeber berechtigt das Vertrauen in die weitere Leistungserfüllung durch den Auftragnehmer verliert. Und das erscheint dann, wenn der Auftragnehmer einen objektiv wesentlichen Mangel negiert oder durch sein Verhalten auch bei einem kleinen Mangel die Gefahr erhebliche Kosten für den Auftraggeber auslöst, durchaus nachvollziehbar. Letztlich kann also dahinstehen, ob man „Überbauen“ von Mängeln in Kenntnis einer Mängelrüge als Erfüllungsverweigerung einordnet oder als vorgelagertes, „niedrigschwelligeres“ Verhalten, das jedoch für eine Kündigung aus wichtigem Grund ausreicht.

3.4. Fachliche Leistungsfähigkeit; Leistungsbereitschaft

Das Gleiche gilt, wenn der Auftragnehmer einen Mangel beginnt zu „verschlimmbessern“ oder von sich aus ein Mangelbeseitigungskonzept vorlegt, das offensichtlich völlig untauglich ist oder die Mangelbeseitigungsarbeiten dilettantisch ausgeführt werden, so dass schon früh erkennbar ist: „Das wird nichts.“

Generell müssen sich also Auftragnehmer gut überlegen, wie sie sich verbal und schriftlich zu Mängelrügen des Auftraggebers während der Bauabwicklung positionieren. Begründen ihre Einlassungen den berechtigten Eindruck, dass dem Auftragnehmer entweder generell oder jedenfalls mit Blick auf die Mangelbeseitigung das technische Fachwissen abgeht oder aber die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung nicht erkennbar wird, wird die Luft für den Auftragnehmer dünn. Das gilt insbesondere, wenn zwischen den Parteien die vertragliche Leistungspflicht also solche strittig ist. Hier helfen dann auch keine Parkplatzgespräche und Angebote eines Schiedsgutachtens, da sie die grundlegende Rechtsfrage, welche Leistung geschuldet ist und ob der Auftragnehmer diese Leistung noch erbringen wird, nicht lösen.⁴²

Ebenso fragt sich, ob es dem Auftraggeber zumutbar ist, dass der Auftragnehmer eine Vielzahl von kleinen Mängeln bis kurz vor Abnahme „durchschleppt“. Dann können diese ggf. in der Gesamtschau als ein großer Mangel, der der Abnahmereife entgegensteht, zu bewerten sein. Zudem stellt sich die Frage, in welchem Umfang es sich um Vorleistungen handelt, die überbaut werden, so dass ein Rückbau erforderlich wäre, um sie nachbesserungsfähig zu machen. Insbesondere, wenn die Mangelbeseitigungskosten mit fortlaufenden Bauarbeiten immer höher werden, braucht der Auftragnehmer sehr gute Gründe, um dem Auftraggeber und einem Gericht später erklären zu können, warum sein Verhalten nicht einen Vertrauensverlust begründen sollte. Im Einzelfall kann nach Treu und Glauben sogar eine *Erklärungspflicht* des Auftragnehmers zu kritischen Fragen des Auftraggebers bestehen, z.B. dahingehend ob und wann er die Mängel beseitigen wird. Dies gilt erst recht, wenn dem Auftragnehmer durch Fristsetzung und Kündigungsandrohung die Bedeutung und Schwere der Angelegenheit vor Augen geführt wurde. Bei schwerwiegenden oder umfangreichen Mängeln oder solchen mit komplexen



Schnittstellen zu anderen Leistungen dürfte der Auftraggeber, wie auch nach der Abnahme, verlangen können, dass der Auftragnehmer die Geeignetheit seiner Leistungen über ein Mangelbeseitigungskonzept nachweist.

Der Auftraggeber kann im Ergebnis verlangen, dass der Auftragnehmer mit der Mängelrüge seriös angeht und sie nicht als störenden Ballast („Firlefanz“) abtut.

3.5. Offener Leistungsumfang

§ 648a Abs. 1 Satz 2 BGB hebt darauf ab, dass eine Fortsetzung des Vertrags „bis zur Fertigstellung des Werks“ dem Besteller nicht zugemutet werden kann. Hiermit wird angesprochen, dass eine Kündigung nur bis zur Fertigstellung – in der Terminologie von § 8 Abs. 1 VOB/B: Vollendung – des Werks möglich ist. Allerdings findet sich diese Bezugnahme in S. 2 beim Kündigungsgrund und nicht in S. 1, wo er dann systematisch besser aufgehoben wäre. Deshalb stellt sich die Frage, ob und welche Rolle der Umfang der offenen Restleistungen im Rahmen der Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls spielen.

Die Dispositionsfreiheit des Unternehmers ist am Anfang des Vertrags am größten und nimmt im Lauf der Zeit ab, auch weil technische Abläufe zunehmend „zwingend“ werden (siehe dazu oben Ziff. B. II. 3.1). Umgekehrt ließe sich argumentieren: je geringer der verbleibende Leistungsumfang Unternehmers, desto eher ist es dem Besteller zuzumuten, auch den Rest des Vertrages mit dem Unternehmer abzuwickeln. Welchen Vorteil soll dem Besteller eine Kündigung zu einem späten Zeitpunkt im Vertrag auch schon bringen? Die Kündigung wird im Regelfall zu einer späteren Fertigstellung führen, es sei denn, der Folgeunternehmer steht bereits „Gewehr bei Fuß“. Steht also im Rahmen von § 648a BGB eine „schrumpfende Dispositionsfreiheit“ einer „wachsenden Zumutbarkeit“ gegenüber?

Der offene Leistungsumfang kann – wie gezeigt – für die Folgen eines Mangels und die Auswirkungen auf den weiteren Bauablauf relevant sein. Ihm darüber hinaus eine Bedeutung beizumessen, dürfte indes eine Überinterpretation des Wortlauts darstellen. Der offene Leistungsumfang erschwert noch erleichtert er die Kündigung. Auf Vor- und Nachteil einer Kündigung kommt es im Übrigen nicht an, sondern darauf, ob eine Zusammenarbeit noch zumutbar ist.

3.6. Zusammenfassung: wann ist die Vertragsfortsetzung bei Vorliegen von Mängeln vor Abnahme unzumutbar i.S.v. § 648a Abs. 1 Satz 2 BGB?

Unter Beachtung von Leistungstreuepflicht einerseits und Dispositionsfreiheit andererseits liegt eine Unzumutbarkeit zur Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks i.S.v. § 648a BGB danach vor, wenn

- der Auftragnehmer mit seiner Einlassung und/oder dem Umgang mit der Mängelrüge des Auftraggebers seine mangelnde Fachkompetenz und/oder den fehlenden Willen zur Leistungstreue belegt, oder
- wesentliche Mängel an einer fälligen Teilleistung nach angemessener Fristsetzung und Kündigungsandrohung nicht beseitigt werden, oder
- wenn der Auftragnehmer nachweislich vorhat oder schon damit begonnen hat, mangelhafte, vom Auftraggeber unter Fristsetzung gerügte, Leistungen zu überbauen, oder
- die Art des Mangels oder der Mangelbeseitigung oder wiederholtes Auftreten ähnlicher Mängel das Vertrauen des Auftraggebers in die Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit des Auftragnehmers



- berechtigterweise erschüttern, oder
- wenn die Beseitigung eines wesentlichen Mangels bei Fortlauf der Baustelle immer schwieriger und/oder teurer wird und daher die Beseitigung bei einer Prognose aus Sicht des Auftraggebers immer weniger wahrscheinlich erscheint, oder
- ein sonstiges überwiegendes und gewichtiges Interesse des Auftraggebers an der Beseitigung des Mangels vor Abnahme besteht.

Die vorgenannten Aspekte lassen sich mit den „typischen“ sonstigen Kündigungsgründen beliebig kombinieren und „addieren“. Auch viele kleine Pflichtverletzungen können nach der Rechtsprechung zur Kündigung berechtigen.⁴³ Der „Klassiker“ – und von Gerichten besonders streng „bestraft“ – ist die Arbeitseinstellung des Unternehmers. Dazu erneut das OLG Naumburg.

Jedenfalls kann „die schwerwiegende Vertragsstörung ... auf einzelnen, besonders schwerwiegenden Vertragsverletzungen beruhen oder aber auf der Kumulation mehrerer Pflichtverletzungen, auch wenn diese für sich genommen eine außerordentliche Kündigung nicht begründen könnten. Hierzu zählen der nachhaltige Verstoß gegen Vertragspflichten, das grundlose Einstellen der Arbeiten sowie die unberechtigte und endgültige Verweigerung der Vertragserfüllung ...“.

Indes ist es auch bei einer Arbeitseinstellung bzw. einer Kündigung wegen Verstoß gegen die Bauförderungspflicht zu fragen, ob und wann die geschuldete Teilleistung überhaupt fällig ist.⁴⁴

4. Darlegungs- und Beweislast

Vor Abnahme ist es Sache des Auftragnehmers, die Mangelfreiheit darzulegen und zu beweisen. Das gilt sogar dann, wenn der Auftraggeber die Mängel im Wege der Ersatzvornahme bereits hat beseitigen lassen.⁴⁵ Das betrifft jedoch allein den Anspruch auf Abnahme des Werks und den Anspruch auf mangelfreie Herstellung und nicht die Kündigung. Soweit der Auftraggeber Rechtsfolgen aus der Mangelhaftigkeit ableiten will, verbleibt es deshalb bei der allgemeinen Regel, dass der Anspruchsteller das Vorliegen der Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs zu beweisen hat.⁴⁶

III. Teilkündigung aus wichtigem Grund

Für VOB/B-Verträge gilt § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B, wonach die Kündigung „auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beschränkt werden“ kann. Hier gelten demnach so hohe Anforderungen, dass die Teilkündigung die Ausnahme bleibt. Der BGH nimmt einen in sich abgeschlossenen Teil der Leistung regelmäßig nicht bei Leistungsteilen innerhalb eines Gewerkes, sondern nur für ein komplettes Gewerk an.⁴⁷

Die dennoch ausgesprochene Kündigung kann damit entweder als eine freie Teilkündigung mit günstigen Rechtsfolgen für den Auftragnehmer eingeordnet werden oder u. U. sogar als eine Kündigung des ganzen Vertrags.⁴⁸ Oder die Teilkündigung ist unzulässig und berechtigt wiederum den Auftraggeber zur Kündigung aus wichtigem Grund.⁴⁹



Auch bei BGB-Verträgen ist in der Praxis eine außerordentliche Teilkündigung eher selten. Denn wenn Voraussetzung für eine Kündigung aus wichtigem Grund ein Vertrauensverlust ist, ist es praktisch unwahrscheinlich, dass der Auftraggeber dann trotzdem noch das Bauvorhaben bezogen auf andere Teilleistungen mit diesem Vertragspartner fortsetzen will. Voraussetzung einer Teilkündigung nach § 648a Abs. 2 BGB ist, dass die Kündigung auf einen in tatsächlicher und abrechnungstechnischer Hinsicht sinnvoll abgrenzbaren Teil der Bauleistung beschränkt wird.⁵⁰ Abgrenzbarkeit ist gegeben, wenn der Vertragspartner eine klare Unterscheidung der von der Teilkündigung erfassten und der danach von einem anderen Werkunternehmer zu erbringenden Leistungen vornehmen können und der von der Kündigung betroffene Unternehmer in der Lage ist, die von ihm noch geschuldeten Leistungen ohne Beeinträchtigung zu erbringen.⁵¹ Die Darlegungs- und Beweislast dafür, welcher Vertragsteil entfallen soll, trägt der Kündigende; d.h. Abgrenzungsschwierigkeiten gehen zu seinen Lasten.⁵²

*Teilkündigungsfähig sind allerdings grundsätzlich nur die nicht erbrachten Leistungen.*⁵³ Bei einer Teilkündigung wegen Mängeln geht es darum, dem Auftragnehmer einen noch nicht erbrachten Leistungsteil zu entziehen. Der Auftraggeber wird dem Auftragnehmer in der Regel neben den nicht erbrachten Leistungen aber auch die Weiterbearbeitung der mangelhaften Leistungen entziehen wollen. Dabei handelt es sich wiederum um Leistungen, die bereits – wenn auch mangelhaft/unfertig – erbracht sind. Diese erbrachten Leistungen sind daher nicht teilkündigungsfähig.⁵⁴ Ob auch die „Überarbeitung“ dieser Leistungen, also die „Nachleistung“, gekündigt werden kann, ist bislang nicht geklärt.⁵⁵ Dagegen spricht, dass es sich um eine Leistung handelt, die bereits erbracht ist und die Nachleistung letztlich nichts anderes ist als eine Modifikation der erbrachten Leistung. Eine „Teilabnahme“ wäre stets nur so möglich, dass der mangelbehaftete Teil als erbrachte Leistung abgenommen wird, eine Teilabnahme der erbrachten Leistung „ohne Mängel“ ist nicht möglich. Dementsprechend wird auch bei einer „normalen“ Kündigung nur zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen differenziert und auch mangelhafte Leistungen als „erbrachte Leistungen“ bewertet.⁵⁶ Die Mängel haften der erbrachten Leistung bereits an und sind von ihr nicht trennbar. In diesem Sinne ist auch der BGH in seinem Urteil vom 16.04.2025⁵⁷ zu verstehen, wenn er dort unter Rdnr. 23 ausführt:

„Mit der Kündigung enden die Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien für die Zukunft (ex nunc). Dies hat nach der ständigen Rechtsprechung des Senats zur Folge, dass der Umfang des vom Unternehmer geschuldeten Werks auf die bis zur Kündigung erbrachte Leistung beschränkt wird. Der mit der Kündigung verbundene Ausschluss weiterer Erfüllung bezieht sich ausschließlich auf den noch nicht hergestellten Teil des Werks. Dagegen wird das Erfüllungsstadium hinsichtlich der bereits erbrachten Leistung durch die Kündigung nicht beendet ...“.⁵⁸

Unabhängig davon dürfte auch eine Abgrenzbarkeit (i.S.d. § 648a Abs. 2 BGB) dieser Leistungen im Regelfall nicht gegeben sein. Eine *Teilkündigung der Nachbesserung* bereits erbrachter Leistungen ist also ausgeschlossen. Der Auftraggeber kann nur nicht erbrachte Leistungen (zwangsläufig ohne Mängel) kündigen, wenn dieser Leistungsteil abgrenzbar ist.⁵⁹

C. DAV-Vorschlag zur Reformierung des § 4 Abs. 7 VOB/B



Aufgrund der vom BGH bestätigten Unwirksamkeit der Regelung hat der Gesetzgebungsausschuss privates Bau- und Architektenrecht des DAV (Deutscher Anwaltsverein) mittlerweile einen Vorschlag zur Reformierung des Kündigungsrechts der VOB/B vorgelegt, um die vom BGH genannte Problematik zu umschiffen. Denn der Anspruch des Auftraggebers auf Beseitigung bereits vor der Abnahme identifizierter „Mängel“, kann unter Umständen essenziell für die weitere Vertragsabwicklung und/oder Realisierung des Bauwerks sein, wenn bspw. der Aufwand, diese Mängel zu beseitigen nach der Abnahme erheblich steigt.

Nach dem Vorschlag des DAV soll der Beseitigungsanspruch des Auftraggebers vor der Abnahme der Bauleistung nur dann bestehen, sofern „ein längeres Zuwarten auf die Mängelbeseitigung dem Auftraggeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zugemutet werden kann“. Sofern der Auftragnehmer dieser Verpflichtung nicht nachkomme, „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).“ Eine Kündigung des gesamten Vertrags soll demgegenüber nur dann erklärt werden können, „wenn dieser Mangel so gravierend ist, dass ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zumutbar ist.“

Der Vorschlag des DAV zielt erkennbar auf eine Entschärfung des Kündigungsrechts aus § 4 Abs. 7 VOB/B i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 VOB/B ab, indem das Kündigungsrecht unter den Vorbehalt einer Interessenabwägung gestellt wird und im „Regelfall“ auf den von dem konkreten Mangel betroffenen Auftragsteil beschränkt sein soll. Die fristlose Kündigung des gesamten Vertrags soll nur dann möglich sein, wenn der Mangel/die Vertragswidrigkeit ein Ausmaß erreicht, das die Unzumutbarkeitsgrenze überschreitet. Durch eine Umsetzung dieses Vorschlags würde im Ergebnis eine dem § 648a BGB im Kerngehalt gleichende Regelung geschaffen.

Ein Unterschied besteht aber dennoch: faktisch erhält der Auftraggeber ein Recht zur Ersatzvornahme bei Mängeln vor Abnahme. Das steht in offenem Widerspruch zum oben herausgearbeiteten Grundsatz der Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers.

Der BGH hat sich insoweit klar positioniert: es gibt keine Gewährleistungsrechte vor Abnahme.⁶⁰ Insbesondere die über Jahre praktizierte OLG-Rechtsprechung zur Geltendmachung der Gewährleistungsrechte vor Fertigstellung wurde explizit der Boden entzogen. Das gilt auch für alle rechtlichen Umgehungsstrukturen – und nichts anderes ist die – rechtlich ausgeschlossene – Teilkündigung wegen Mängeln vor Abnahme.

Bevor nun der Ruf nach dem Gesetzgeber laut wird, ist auch zu fragen, ob überhaupt ein Bedürfnis für einen Mängelbeseitigungsanspruch des Auftraggebers vor Abnahme besteht. Der Auftraggeber kann während der Ausführung ebenso gut eine Vereinbarung mit dem Auftragnehmer mit Blick auf eine Mängelbeseitigung vor Abnahme erzielen. Ein Auftragnehmer, der einen Mangel nicht beseitigt, obwohl er eine Kündigungsandrohung mit Fristsetzung erhalten hat, ist zudem, vorsichtig ausgedrückt, hartleibig und geht erheblich ins Risiko. Der Auftragnehmer wird hier im Regelfall die oben beschriebenen Kommunikations- und Darlegungspflichten mit Blick auf die geplante Mängelbeseitigung schon nicht erfüllen können, sodass ein Auftraggeber in einer solchen Situation durchaus in der Lage sein wird, eine Teilkündigung einer noch nicht erbrachten, abgrenzbaren Einzelleistung, als Warnschuss auszubringen oder eben auch in der Lage ist, den gesamten Vertrag zu kündigen. Bei einem hartnäckigen Verstoß gegen die Leistungstreuepflicht ist letzteres dem Auftraggeber auch zumutbar und für den Projekterfolg sowieso der einzig gangbare Weg.

Weiter besteht für den Auftraggeber auch stets die Möglichkeit, die Mängelbeseitigung mit einem Ersatzunternehmen im Leistungsbereich des Auftragnehmers auf eigene Kosten durchzuführen, wenn er das Werk im Besitz hat. Das führt für ihn natürlich zu einem Verlust von Gewährleistungsansprüchen und erheblichem



Behinderungspotential. In der Rechtsfolge wäre dann die Leistungserbringung/Mangelbeseitigung für den Unternehmer unmöglich und der Auftraggeber bleibt auf den Kosten sitzen. Klarheit wäre aber geschaffen.

Über sechs Jahre nach dem Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts lässt eine Neufassung der VOB/B auf sich warten, wohl weil sie als „Griff in ein juristisches Hornissennest“ verstanden wird. Ob eine Neuregelung von § 4 Abs. 7 VOB/B überhaupt sinnvoll ist, darf indes bezweifelt werden. Denn § 648a BGB gilt auch weiterhin, setzt eine Interessenabwägung sowie grundsätzlich eine Abmahnung und Fristsetzung voraus, die nur im Einzelfall entbehrlich sein kann, wenn es sich um bloße Förmerei handeln würde.⁶¹ Durch eine Neuregelung, die den § 648a BGB in seinem Kerngehalt nur wiederholt, wäre also wenig gewonnen.

Im Übrigen zeigt die Praxis eins recht deutlich: die Gerichte müssen bei der Beweiserhebung und Würdigung der Umstände des Einzelfalls beträchtlichen Aufwand betreiben.



*	Partner der auf das private Bau- und Architektenrecht spezialisierten Sozietät Jahn Hettler Rechtsanwälte PartG mbB.
1	Vgl. Bolz/Jurgeleit/Jahn, ibr-online-Kommentar VOB/B, 16.07.2024, § 13, Rdnr. 1 ff.
2	Vgl. Bolz/Jurgeleit/Jahn, ibr-online-Kommentar VOB/B, 16.07.2024, § 13, Rdnr. 1 ff.
3	BGH, Urt. v. 19.01.2023 – VII ZR 34/20.
4	Die Entscheidungsgründe des BGH sind auf die geltenden Kündigungsregelungen der VOB/B übertragbar, da diese seither lediglich redaktionell geändert wurden.
5	Vgl. Jahn, in: Bolz/Jurgeleit § 8 Rdnr. 5; KG, Urt. v. 04.05.2023 – 27 U 111/21; BGH, Beschl. v. 23.10.2024 – VII ZR 106/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), IBR 2025, 120 m. Anm. Jahn; zur ergänzenden Vertragsauslegung von § 4 Abs. 7 VOB/B siehe Steffen, NJW-Spezial 2023, 236 (237).
6	Vgl. aktuell OLG Naumburg, Urt. v. 25.05.2023 – 2 U 126/20; BGH, Beschl. v. 07.08.2024 – VII ZR 120/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), IBR 2025, 225 mit Anm. Jahn.
7	Vgl. BGH Urt. v. 25.03.1993 – X ZR 17/92, NJW 1993, 1972 (1973); BGH Urt. v. 06.02.1975 – VII ZR 244/73, NJW 1975, 825 (826); BGH Urt. v. 28.01.2003 – X ZR 151/00, NJW 2003, 1600 (1601).
8	Vgl. Palandt/Grüneberg BGB § 314 Rdnr. 7; BeckOK BGB/Voit, 58. Ed., 01.05.2020, § 648a Rdnr. 2; Messerschmidt/Voit/Oberhauser, 4. Aufl. 2022, BGB § 648a.
9	Vgl. BGH Urt. v. 12.06.1980 – VII ZR 198/79, BauR 1980, 465 (466); BGH Urt. v. 29.06.1989 – VII ZR 330/87, NJW-RR 1989, 1248 (1249).
10	Vgl. BGH Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98, NJW 2000, 807 (808).
11	Vgl. BGH Urt. v. 23.05.1996 – VII ZR 140/95, NJW-RR 1996, 1108 (1109).
12	Vgl. OLG Schleswig Urt. v. 09.03.2010 – 3 U 55/09, IBR 2011, 12.
13	Vgl. BGH Urt. v. 04.05.2000 – VII ZR 53/99, NJW 2000, 2988 (2990).
14	Vgl. aktuell nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.09.2024 – 5 W 3/24, IBR 2025, 149 mit Anm. Jahn.
15	Vgl. BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13.
16	Dispositionsfreiheit, vgl. Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens, VOB-Kommentar, 7. Aufl. 2020, § 4 VOB/B, Rdnr. 78.
17	Vgl. BGHZ 11, 80 (83 ff.); 90, 302 (308); BGH, Urt. v. 08.07.1982 – VII ZR 314/81, WM 1983, 125 (126) und v. 30.03.1995 – IX ZR 182/94, WM 1995, 1288 (1289).
18	Vgl. Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 6. Aufl. 2024, Die Bauausführung bis zur Abnahme, Rdnr. 1614.
19	Vgl. Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens, VOB-Kommentar, 7. Aufl. 2020, § 4 VOB/B, Rdnr. 79.
20	Vgl. § 648a Abs. 3 BGB mit Verweis auf § 314 Abs. 2 BGB.
21	Vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 18.10.2007 – 5 U 521/07; BGH, Beschl. v. 08.05.2008 – VII ZR 201/07, NZBau 2008, 576.
22	Vgl. Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens, VOB-Kommentar, 7. Aufl. 2020, § 4 VOB/B, Rdnr. 78; Meindl/Schmid, in: Schultz/Grziwotz/Lauda, Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Aufl. 2024 Rdnr. 14.
23	So ausdrücklich BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15, BGHZ 213, 319 (329) = BauR 2017, 1024 (1028) = NJW 2017, 1607 (1609).
24	Vgl. Bolz/Jurgeleit/Karczewski, ibr-online-Kommentar VOB/B, 16.07.2024, § 13, Rdnr. 125.
25	Vgl. Kniffka/Jurgeleit, BauVertrR/Krause-Allenstein Rdnr. 21 f.; BeckOGK/Preisser, 01.07.2024, BGB § 635.
26	Vgl. BGH, NJW-RR 1998, 233 [BGH 16.10.1997 - VII ZR 249/96].



27	Vgl. BGH, NJW 1986, 711 [BGH 10.10.1985 - VII ZR 303/84].
28	Vgl. BGH, NJW 2011, 1872 [BGH 05.05.2011 - VII ZR 28/10]; Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, in: Jurgeleit, Kompendium BauR, Teil 5 Rdnr. 242.
29	Vgl. Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens, VOB-Kommentar, 7. Aufl. 2020, § 4 VOB/B, Rdnr. 78.
30	BGH, Urt. v. 19.01.2023 – VII ZR 34/20; Schwenker/Rodemann, in: Erman BGB, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 648a BGB, Rdnr. 3a.
31	OLG Naumburg, Urt. v. 27.02.2024, 1 U 6/14 (Hs).
32	Das verhielte sich nur anders, wenn der Auftragnehmer ausdrücklich seine Weigerung, den Mangel zu beseitigen erklärt (Erfüllungsverweigerung).
33	Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 08.02.2001 – 16 U 2057/00, BauR 2001, 949 (951); OLG Hamm Urt. v. 12.07.2017 – I-12 U 156/16, NJW 2018, 1026 Rdnr. 65 f.; OLG Oldenburg, Urt. v. 30.09.2004 – 8 U 86/01, BauR 2005, 887 (890); Kapellmann/Messerschmidt/Sacher, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 5 Rdnr. 186, beck-online; Ganten/Jansen/Voit/Wolff, 4. Aufl. 2023, VOB/B § 11 Abs. 1 Rdnr. 21, beck-online.
34	Steffen, NJW-Spezial 2023, 236 (237); siehe Jahn, in: Bolz/Jurgeleit, VOB/B, § 8 Rdnr. 219.
35	S.a. BeckOK, BGB, Hau/Poseck, 72. Edition, Stand 01.02.2024 Rdnr. 3.
36	BeckOK, BGB, Hau/Poseck, 72. Edition, Stand 01.02.2024 Rdnr. 3.
37	Steffen, NJW-Spezial 2023, 236 (237).
38	Leinemann/Kues-Geheeb, § 648a Rdnr. 10.
39	BeckOK/Kleineke, VOB/B, § 8 Abs. 3 Rdnr. 5b.
40	OLG Naumburg, Urt. v. 27.02.2024 – 1 U 6/14 (Hs); IBR Werkstattbeitrag mit Anm. Jahn.
41	Meindl/Schmid, in: Schultz/Grziwotz/Lauda, Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Aufl. 2024 Rdnr. 14.
42	Vgl. OLG Naumburg, Urt. v. 27.02.2024 – 1 U 6/14 (Hs).
43	OLG Dresden, Urt. v. 17.11.2020 – 6 U 349/20, IBR 2021, 120 m. Anm. Jahn.
44	Vgl. dazu auch OLG Hamburg, IBR 2024, 349 [BGH 31.01.2024 - VII ZR 242/22] m. Anm. Jahn.
45	KG, Urt. v. 04.05.2023 – 27 U 111/21; BGH, Beschl. v. 23.10.2024 – VII ZR 106/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), IBR 2025, 119 m. Anm. Jahn.
46	Jahn, in: Bolz/Jurgeleit, VOB/B, § 8 Rdnr. 244 m.w.N.; s.a. BeckOK, BGB, Hau/Poseck, 72. Edition, Stand 01.02.2024 Rdnr. 3; Peters, NZBau 2009, 209; Steffen, NJW-Spezial 2023, 236 (237).
47	Jahn, in: Bolz/Jurgeleit, VOB/B, § 8, Rdnr. 236 f. m.w.N.
48	Jahn, in: Bolz/Jurgeleit, VOB/B, § 8, Rdnr. 241 m.w.N.
49	Vgl. BGH Urt. v. 20.08.2009 – VII ZR 212/07, NJW 2009, 3717, vgl. auch OLG Karlsruhe Urt. v. 17.04.2018 – 19 U 66/16, IBR 2020, 582.
50	Vgl. BT-Drucks. 18/8486 m 51; OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 2020, 10 [BGH 25.09.2019 - VIII ZR 122/18] Rdnr. 123; Messerschmidt/Voit/Oberhauser, 4. Aufl. 2022, BGB § 648a Rdnr. 5.
51	BT-Drucks. 18/8486, 51.
52	Steffen, NJW-Spezial 2023, 236 (237).
53	Jahn, in: Bolz/Jurgeleit, VOB/B, § 8, Rdnr. 237.



54	Vgl. OLG Düsseldorf Urt. v. 08.12.2022 – 5 U 232/21, IBR 2023, 180 m. Anm. Jahn; s.a. schon OLG Koblenz, Urt. v. 29.08.2013 – 6 U 965/12; BGH, Beschl. v. 10.09.2015 – VII ZR 239/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), IBR 2015, 594 m. Anm. Jahn.
55	So wohl Meindl/Schmid, in: Schultz/Grziwotz/Lauda, Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Aufl. 2024 Rdnr. 14.
56	Siehe dazu auch Jahn, in: Bolz/Jurgeleit, VOB/B, § 8, Rdnr. 237.
57	BGH, Urt. v. 16.04.2025 – VII ZR 236/23.
58	Vgl. BGH, Urt. v. 19.12.2002 – VII ZR 103/00, BGHZ 153, 244; Urt. v. 25.06.1987 – VII ZR 251/86, NJW 1988, 140, jeweils m.w.N.
59	Eine andere Frage ist, was in der Schlussrechnung als erbrachte Leistung und was als nicht erbrachte Leistung abgerechnet werden kann, siehe dazu z.B. OLG Köln, Urt. v. 17.03.2021 – 11 U 281/19, IBR 2021, 232 m. Anm. Jahn.
60	So ausdrücklich BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15, BGHZ 213, 319 (329) = BauR 2017, 1024 (1028) = NJW 2017, 1607 (1609).
61	Vgl. Jahn, in: Bolz/Jurgeleit § 8 Rdnr. 5; KG, Urt. v. 04.05.2023 – 27 U 111/21; BGH, Beschl. v. 23.10.2024 – VII ZR 106/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), IBR 2025, 120 m. Anm. Jahn.