

BAURECHTS-REPORT 11/2025

Aktuelle Baurechtsinformationen für die Praktiker am Bau

Wichtige Urteile

Kündigung nach § 8 Abs. 3 VOB/B: Reicht es aus, sich die Kündigung „vorzubehalten“?

Das Problem

Eine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 8 Abs. 3 VOB/B ist an sich nur möglich, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer zuvor die Kündigung angedroht hat. Dem Auftragnehmer muss klar sein, dass ihn die Kündigung erwartet, wenn er die vom Auftraggeber erhobene Beanstandung nicht in der gesetzten angemessenen Frist beseitigt. Reicht dafür ein „Kündigungsvorbehalt“?

Fall:

Auftragnehmerin (AN) und Auftraggeberin (AG) sind sich nach verschiedenen Meinungsverschiedenheiten, unter anderem über die Frage, ob sich die AN mit der Ausführung ihrer Leistung im Verzug befand, über die vorzeitige Beendigung eines Vertrages über Trockenbauarbeiten an einer Hochschule einig. Sie regeln aber unter anderem nicht, ob die AN eine Kündigungsvergütung für die durch die Kündigung entfallenen Leistungen erhalten soll.

Die AG lässt die restlichen Arbeiten von einem Drittunternehmen fertigstellen und verlangt von der AN die Erstattung der Mehrkosten. Die AN lehnt dies ab und fordert stattdessen eine Kündigungsvergütung für die nicht mehr ausgeführten Arbeiten, gestützt auf die einvernehmliche Vertragsbeendigung. Sie beruft sich darauf, dass bei einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung ohne ausdrückliche Regelung der Folgen der vorzeitigen Beendigung, die Ansprüche nach dem Stand bei Vertragsende zu beurteilen sind.¹⁾ Die AG sei zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht zu einer Kündigung aus § 8 Abs. 3 VOB/B aus wichtigem Grund, sondern allein zu einer freien Auftraggeberkündigung nach § 8 Abs. 1 VOB/B berechtigt gewesen. Die AN stützt dies auf eine fehlende Kündigungsandrohung, weil die AG allein bei ihren Fristsetzungen Folgendes erklärte:

„Sollte die betreffende Zwischendecke [...] nicht vollständig eingebaut sein, behalte ich mir vor, den Vertrag gemäß § 8 (3) VOB/B zu kündigen.“

Hat die AN Recht?

Die Entscheidung

Das KG verneint dies im Urteil vom 15. 05. 2025 – Az.: 27 U 117/23. Es versagt der Auftragnehmerin eine Kündigungsvergütung, weil die Voraussetzungen für eine Kündigung aus § 8 Abs. 3 VOB/B i. V. m. § 5 Abs. 4 VOB/B zum Zeitpunkt der einvernehmlichen Vertragsaufhebung gegeben waren. Die Erklärung der Auftraggeberin erfüllt die **Anforderungen an eine Kündigungsandrohung** nach § 5 Abs. 4 VOB/B. **Danach muss für die Auftragnehmerin deutlich erkennbar sein, dass die Kündigung des Bauvertrags droht, wenn die gesetzte Frist ohne Ergebnis abläuft.** Nicht notwendig ist die ausdrückliche Verwendung des Wortes „Kündigungsandrohung“. Entscheidend ist, dass sich aus dem Zusammenhang klar ergibt, dass die Auftraggeberin nach Ablauf der Frist keine Leistungen der Auftragnehmerin mehr annehmen will (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 28. 07. 2020 – Az.: 4 U 1282/17). Dies ist hier der Fall. Aus dem von der Auftraggeberin Geschriebenen geht eindeutig hervor, dass sie nach fruchtlosem Fristablauf „keine weiteren Leistungen“ mehr entgegennehmen will. Es wurde eine „letzte Frist“ gesetzt und ausdrücklich auf das Kündigungsrecht gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B hingewiesen, verbunden mit dem Vorbehalt einer Vertragskündigung.

Jetzt alle Baubücher auch im Internet unter www.vob-buecher.de

§ 8 Abs. 3 VOB/B

Ein Kündigungsvorbehalt genügt als Kündigungsandrohung, wenn er klar erkennen lässt, dass die Auftraggeberin nach Fristablauf die Vertragsbeendigung ernsthaft beabsichtigt.

¹⁾ Vgl. BGH, Urteil vom 04. 06. 1973 – Az.: VII ZR 113/71.

Der Satz „behalte ich mir vor, den Vertrag als Ganzes oder in Teilen gem. VOB/B § 8 (3) zu kündigen“ steht der nötigen Deutlichkeit nicht entgegen. Unter Verweis auf die vorgenannte Entscheidung des OLG Koblenz führt das KG hierzu aus, dass die Formulierung „vorbehalten“ die Warnwirkung nicht mindert. Die Auftraggeberin muss die Kündigung nach Fristablauf zwar noch ausdrücklich erklären, darf sich aber bis dahin entscheiden, ob sie den Vertrag beendet.

Hinweise für die Praxis

► **Die Entscheidung ist umstritten.** Nach einer Literaturmeinung reicht der „Vorbehalt“ nicht (z. B. Jousen in Ingenstau/Korbion, VOB, Teile A und B, 22. Aufl., Teil B, § 8 Abs. 3 RN 23). Empfehlenswert ist deshalb, für den Fall der Nichtabhilfe einer Beanstandung nach § 4 Abs. 7 VOB/B (Mängel vor Abnahme), nach § 4 Abs. 8 VOB/B (vertragswidriger Nachunternehmereinsatz) oder nach § 5 Abs. 4 VOB/B (Verzug) in der gesetzten angemessenen Frist **vorbehaltslos anzudrohen, dass der Vertrag gekündigt wird.** Erfolgt dann trotzdem keine rechtzeitige Abhilfe, kann der Auftraggeber gleichwohl frei entscheiden, ob er sein Kündigungsrecht ausübt. Er bindet sich dadurch nicht.

– RA Hilmar Toppe, München –

§ 5 Abs. 3 VOB/B,
§ 8 Abs. 3 VOB/B

Wer hat die Beweislast für eine unzureichende Besetzung der Baustelle und den zu erwartenden Verzug?

Das Problem

Stellt der Auftraggeber schon während der Bauphase fest, dass der Auftragnehmer die vereinbarte Bauzeit nicht einhalten können, so gibt ihm die VOB/B in § 5 Abs. 3 die Möglichkeit, den Auftragnehmer unter Fristsetzung aufzufordern, die Baustelle mit ausreichend Personal und Geräten auszustatten. Kommt der Auftragnehmer dem nicht nach, kann der Auftraggeber den Bauvertrag kündigen. Wer hat jedoch zu beweisen, ob die Produktionsmittel auf der Baustelle tatsächlich nicht ausreichend waren?

Fall:

Auftragnehmer (AN) und Auftraggeber (AG) schließen einen Bauvertrag unter Einbeziehung der VOB/B über die Erbringung von Abbruch- und Erdarbeiten, die nach den Feststellungen des Gerichts bis Ende der 50. KW 2016 zu erbringen waren. Teil der Leistung sind auch Baumrodungen. Diese setzen allerdings eine Fällgenehmigung voraus, die erst am 28. 02. 2017 erteilt wird. Der AN führt die Leistungen weiter nicht aus, da noch Analysen von zwei von ihm zunächst zu entsorgenden Haufwerken fehlen. Diese liegen ab dem 23. 05. 2017 vor. Der AG fordert den AN am 02. 03. 2017, 07. 03. 2017, 05. 05. 2017 und 11. 05. 2017 auf, seiner Förderungspflicht nach § 5 Abs. 3 VOB/B nachzukommen und die Arbeiten fertigzustellen. Am 29. 05. 2017 kündigt der AG den Bauvertrag u. a. aufgrund der seiner Ansicht nach unzureichenden Ausstattung der Baustelle nach § 5 Abs. 3 i. V. m. § 8 Abs. 3 VOB/B. Im Prozess trägt der AG zu den Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 VOB/B nicht weiter detailliert vor.

Die Entscheidung

Das OLG München hat mit Beschluss vom 13. 08. 2024²⁾ festgestellt, dass Voraussetzung für ein berechtigtes Abhilfeverlangen des Auftraggebers gem. § 5 Abs. 3 VOB/B ist, dass **Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile so unzureichend sind, dass die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden.** Dann muss der Auftragnehmer eines VOB/B-Vertrages unverzüglich Abhilfe schaffen. Das **gilt auch dann, wenn für die Ausführung keine verbindliche Frist vereinbart ist**, da der Auftragnehmer nach allgemeinen Grundsätzen die Leistung nach Beginn mit dem jeweils gebotenen vollen Einsatz zügig durchzuführen und zu beenden hat (sog. angemessene Herstellungsfrist). **Dabei ist der Auftraggeber, der eine Kündigung auf die Verletzung der Abhilfepflicht stützen will, darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die Überschreitung der Ausführungsfrist aufgrund unzureichender Produktionsmittel mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten war.**

Hinweise für die Praxis

► Der Auftraggeber muss im Prozess darlegen und beweisen, dass die Ausführungsfristen ohne weitergehende Maßnahmen mit an Sicherheit grenzender

Der AG ist für die Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 VOB/B beweispflichtig.

²⁾ Az.: 28 U 4768/23 Bau; BGH, Beschluss vom 02. 04. 2025 – Az.: VII ZR 137/24 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

Wahrscheinlichkeit nicht hätten eingehalten werden können und hierfür die unzureichende Ausstattung der Baustelle mit Personal, Geräten oder Material ursächlich geworden wäre. Er muss also **seine Prognoseentscheidung hierzu sofort ausreichend dokumentieren**.

- Zur Frage der Angemessenheit einer Frist nach § 5 Abs. 3 VOB/B hat das KG³⁾ klargestellt, dass eine Frist, in der die Fertigstellung der geschuldeten Leistung unter größten Anstrengungen des Unternehmers erfolgen kann, ausreichend ist.

– RA Michael Frikell, München –

Generalunternehmerhaftung: Müssen Unbedenklichkeitsbescheinigungen plausibel sein?

Das Problem

Nach dem Gesetz haftet ein Bauunternehmer wie ein selbstschuldnerischer Bürge für Beitragsrückstände seines Nachunternehmers bei der zuständigen Berufsgenossenschaft.⁴⁾ Durch Unbedenklichkeitsbescheinigungen kann der Bauunternehmer diese Haftung abwenden. Er kann dadurch nachweisen, dass er unverschuldet davon ausging, dass der Nachunternehmer seine Beitragspflichten gegenüber der Berufsgenossenschaft erfüllt.⁵⁾ Der Bauunternehmer ist dann „exkulpiert“.

Ist weitere Voraussetzung für die „Exkulpation“, dass die vorgelegten Unbedenklichkeitsbescheinigungen in Bezug auf die darin angegebenen Lohnsummen des Nachunternehmers plausibel sind?

Fall:

Eine Generalunternehmerin (GU) beauftragt eine Nachunternehmerin (NU) mehrfach mit Bauleistungen. Die Zusammenarbeit endet, nachdem die GU einen Vertrag aus wichtigem Grund wegen Verzuges kündigt.

Nachdem die NU der Berufsgenossenschaft der Bauwirtschaft (BG-Bau) Beiträge schuldig bleibt, nimmt die BG-Bau die GU hierfür in Anspruch. Die GU legt der BG-Bau daraufhin Unbedenklichkeitsbescheinigungen vor, die den gesamten maßgeblichen Zeitraum lückenlos abdecken. Der BG-Bau reicht dies nicht zur Exkulpation. Die vorgelegten Unbedenklichkeitsbescheinigungen seien in Bezug auf die darin aufgeführten Entgelte nicht plausibel. Diese seien zu niedrig gewesen. Die GU hätte dies prüfen müssen. Die vorgelegten Unbedenklichkeitsbescheinigungen enthielten einen ausdrücklichen Hinweis hierauf. Die BG-Bau erlässt einen Haftungsbescheid. Dagegen klagt die GU. Die GU meint, die Exkulpation sei ihr zu Unrecht versagt worden. Hat die GU damit Erfolg?

Die Entscheidung

Das BSG gibt der Klage mit Urteil vom 24. 09. 2025⁶⁾ statt. Die Generalunternehmerin erfüllt grundsätzlich die Voraussetzungen der Generalunternehmerhaftung. Sie konnte sich jedoch durch die Unbedenklichkeitsbescheinigungen exkulpieren. **Es bestand keine Pflicht zur Prüfung der Bescheinigungen auf Plausibilität, etwa in Bezug auf die angegebenen Lohnsummen.** Eine solche Prüfungspflicht galt nur bei Einführung der Haftungsregelung, nicht aber mehr seit dem 1. Oktober 2009, nachdem die Entlastungsmöglichkeiten durch Präqualifikation und Unbedenklichkeitsbescheinigung gesetzlich festgelegt wurden. Damit sollte die Generalunternehmerhaftung vereinheitlicht und rechtssicher gestaltet werden. **Daran ändern auch die rechtlichen Hinweise der BG-Bau zur Plausibilitätsprüfung in den Unbedenklichkeitsbescheinigungen nichts.** Die Hinweise haben keine verbindliche Wirkung.

Hinweise für die Praxis

- Auch wenn die Plausibilitätsprüfung nicht zur „Exkulpation“ gegenüber der BG-Bau erforderlich ist, ist sie empfehlenswert. Sie ist ein wichtiges Indiz dafür, ob der eingesetzte Nachunternehmer seine „Arbeitgeberpflichten“ erfüllt. So hat er zum Beispiel auch seine Beitragspflichten gegenüber der SOKA-Bau und der Gesamtsozialversicherung zu erfüllen, sowie Mindestlohn an seine Arbeitnehmer zu bezahlen. Erscheint die vorgelegte Unbedenklichkeitsbescheinigung in Bezug auf die darin aufgeführten Jahresentgelte zu niedrig, ist dies ein Indiz, das gegen die Pflichterfüllung spricht. Der Generalunternehmer sollte dem nachgehen. Allein schon deshalb, weil er für vom Nachunternehmer nicht be-

§ 28e Abs. 3b i. V. m.
Abs. 3f SGB IV

Die Plausibilitätsprüfung ist keine Voraussetzung für die Exkulpation.

³⁾ KG, Urteil vom 12. 01. 2024 – Az.: 7 U 58/22; Baurechts-Report 07/2025, S. 26.

⁴⁾ § 150 Abs. 3 SGB VII i. V. m. § 28e Abs. 3a–f SGB IV.

⁵⁾ § 28e Abs. 3b i. V. m. Abs. 3f SGB IV.

⁶⁾ Az.: B 2 U 14/23 R.

zahlten Mindestlohn ohne Exkulpationsmöglichkeit haftet (vgl. § 14 AEntG, § 13 MiLoG).

- In jedem Fall muss die Echtheit der vorgelegten Unbedenklichkeitsbescheinigung geprüft werden. Die von der BG-Bau überarbeiteten neuen Unbedenklichkeitsbescheinigungen enthalten hierfür einen QR-Code. Das Ergebnis der Prüfung sollte gespeichert werden. Wurde eine Unbedenklichkeitsbescheinigung gefälscht, tritt keine Exkulpation ein.

– TO –

Der wichtige Hinweis

Rechnung per E-Mail: Was ist bei Auffälligkeiten zu beachten?

Das LG Rostock hat mit Urteil vom 20. 11. 2024⁷⁾ entschieden, dass sich derjenige, der trotz **deutlicher Hinweise auf die Manipulation einer E-Mail mit angehängter Rechnung eine Überweisung tätigt, ein Mitverschulden** entgegenhalten lassen muss.

In dem vom LG Rostock entschiedenen Fall hatte die Auftragnehmerin für erbrachte Maler- und Trockenbauarbeiten am 08. 11. 2023 um 14:14 Uhr eine E-Mail versandt, der eine PDF-Datei angehängt war, die die erste Abschlagsrechnung und die Bankverbindung der Auftragnehmerin enthielt. Die Auftraggeberin erhielt eine E-Mail vom 08. 11. 2023 um 14:35 Uhr, der eine PDF-Datei beigelegt war, die optisch nahezu identisch mit der zuvor genannten PDF-Datei war. Sie unterschied sich aber hinsichtlich der oben rechts im Briefkopf angegebenen Bankverbindungsdaten. Die E-Mail vom 08. 11. 2023, 14:35 Uhr, enthielt zudem an verschiedenen Stellen Hinweise auf fehlerhafte HTML-Formatierungen. Der Auftraggeberin war im Rahmen eines vorherigen Auftrags die korrekte Bankverbindung der Auftragnehmerin mitgeteilt worden und sie hatte auf diese Bankverbindung in Abwicklung der vorherigen Geschäftsbeziehungen wenige Monate zuvor Zahlungen geleistet.

Das Gericht hat entschieden, dass die Versendung der Rechnung per E-Mail keine Pflichtverletzung der Auftragnehmerin darstellt, da es dem beiderseitigen Parteiwillen entsprochen haben dürfte, für die Kommunikation zur Abwicklung des Vertrages E-Mails zu benutzen. **Dass E-Mails ein unsicherer Übertragungsweg und anfällig für externe Angriffe sind, ist seit Jahren allgemein bekannt.** Wird E-Mail-Verkehr zwischen den Parteien genutzt, existieren nach Ansicht des Gerichts grundsätzlich keine Vorgaben für Sicherheitsvorkehrungen. Zudem ist nach Ansicht des Gerichts fraglich, ob es überhaupt in der Macht der Auftragnehmerin stand, ihr System weiter abzusichern und selbst, wenn das möglich gewesen sein sollte, ob nicht gleichwohl ein Angriff durch etwa Abfangen der E-Mail hätte erfolgreich durchgeführt werden können.

Das LG Rostock sieht aber ein Mitverschulden der Auftraggeberin darin, dass diese den deutlichen Hinweisen auf die Manipulation der erhaltenen E-Mail nicht nachging. So waren die Umlaute in der E-Mail nicht als Umlaut dargestellt, sondern mit der als HTML-Sonderzeichen, wie z. B. „Ü“ für „Ü“ oder „ “ für ein sog. „geschütztes Leerzeichen“. Hinzu kommt, dass der Auftraggeberin jedenfalls hat auffallen können und müssen, dass sich die Bankverbindung im Vergleich zu den vorher – zuletzt im August desselben Jahres erfolgten – Zahlungen an die Auftragnehmerin geändert hatte. Das gilt insbesondere für die geänderte Bank, die sich von „B. Sparkasse“ auf „B...Bank“ änderte, bei der es sich um eine Bank mit Sitz in den Niederlanden handelt. Diese Umstände sind jedenfalls nach Ansicht des Gerichts so ungewöhnlich, dass die Auftraggeberin sich bei der Auftragnehmerin hätte vergewissern müssen, dass die Bankverbindung korrekt ist, bevor sie die Zahlung vornahm.

Bei einem vergleichbaren Sachverhalt hat das **OLG Schleswig**⁸⁾ allerdings entschieden, dass in der unverschlüsselten Versendung einer E-Mail ein **Verstoß gegen Art. 82 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)** vorliegt, der zu einem Schadensersatzanspruch des Auftraggebers führt und deshalb Rechnungen, die per E-Mail versandt werden, mit einer „**End-to-End**“ **Verschlüsselung** zu erfolgen haben.

Bis zur Klärung solcher Fälle durch den BGH sollte deshalb bei der Zahlung von Rechnungen, die per E-Mail zugegangen sind, entweder auf eine „End-to-End“-Verschlüsselung geachtet werden oder zumindest im Zweifel beim Vertragspartner konkret nach den zutreffenden Bankverbindungen nachgefragt werden.

– FRI –

§ 241 Abs. 2 BGB,
§ 242 BGB, § 254 BGB,
§ 280 BGB, § 362 BGB

Bei Auffälligkeiten einer per E-Mail übersandten Rechnung hat der Auftraggeber die Pflicht, diese Unstimmigkeiten vor Zahlung aufzuklären.

BAURECHTS-REPORT

Druck+Verlag Ernst Vögel GmbH
Kalvarienbergstr. 22 · 93491 Stamsried
Tel. (09466) 9400-0 · Fax (09466) 1276
Internet: <http://www.vob-buecher.de>
<http://www.voegel.com>
E-Mail: voegel@voegel.com

Verantwortlich für den Inhalt:
RA Michael Frikell

Erscheint 1x monatlich
Bezugspreis: 38,74 Euro pro Jahr
(einschl. MwSt., zzgl. Versand)

Wiedergabe des Inhalts – auch auszugsweise – nur mit Genehmigung des Verlags

Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge kann keine Haftung für deren Inhalt übernommen werden.

ISSN 1433-4127
© VOB-Verlag Vögel OHG,
D-93491 Stamsried, 2025

⁷⁾ Az.: 2 O 450/24.

⁸⁾ OLG Schleswig, Urteil vom 18. 12. 2024 – Az.: 12 U 9/24; Baurechts-Report 03/2025, S. 11.