



§ 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B (Kündigung bei Insolvenz des Auftragnehmers) unwirksam - was bleibt von der VOB/B?

von Rechtsanwältin Dr. Tina Großkurth*, Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

I. Problematik

Öffentliche Auftraggeber sind bekanntlich verpflichtet, in Bauverträgen mit ihren Auftragnehmern die Geltung der Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) zu vereinbaren. Aber auch in Bauverträgen privater Auftraggeber vereinbaren die Vertragsparteien, ohne hierzu verpflichtet zu sein, zumeist die Geltung der VOB/B. Die VOB wurde vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) seinerzeit in ihrer Gesamtheit geschaffen, um das gesetzliche Werkvertragsrecht in den §§ 631 ff. BGB, welches den Besonderheiten des Bauvertragswesens für das Verhältnis zwischen Auftraggeber und bauausführendem Unternehmer nicht gerecht wird, zu konkretisieren.

Da es sich bei der VOB/B weder um ein Gesetz noch um eine Rechtsverordnung handelt, die „automatisch“ gilt, ist es erforderlich, das Klauselwerk als Allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam in den Vertrag einzubeziehen. Dies bedeutet insbesondere, dass bei Verträgen mit Verbrauchern diesen die VOB/B vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt werden muss. Jüngst hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die VOB/B nicht nur lediglich auf klassische Bauverträge, welche als Werkverträge im Sinne der §§ 631 ff. BGB einzuordnen sind, anwendbar ist, sondern beispielsweise auch auf Gerüstbauverträge vereinbart werden kann (BGH, Urteil vom 11. April 2013, VII ZR 201/12).

Rechtsfolge der Einordnung der VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingungen ist, dass, sofern die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart wurde, die Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB eröffnet ist. In nahezu keinem Bauvertrag wird die VOB/B als Ganzes vereinbart, da der jeweilige Verwender in der Regel auf Abweichungen zu seinen Gunsten nicht verzichten will. Auf die Unwirksamkeit etwaiger Klauseln kann sich allerdings nie der Verwender der VOB/B, d.h. derjenige, der die VOB/B gestellt hat, berufen, sondern nur sein Vertragspartner.

Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 15. November 2012 (IX ZR 169/11) zur Unwirksamkeit sogenannter insolvenzbedingter Lösungsklauseln in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Regelung in § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B, wonach der Auftraggeber den Vertrag mit dem Auftragnehmer aus wichtigem Grund kündigen kann, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt, von ihm oder zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger ein Insolvenzverfahren bzw. ein vergleichbares gerichtliches Verfahren beantragt ist, ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird, einer solchen Inhaltskontrolle nicht standhält, sondern unwirksam ist. Dies gilt auch für den Fall, dass die VOB/B als Ganzes vereinbart wurde.

II. Sachverhalt

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 15. November 2012 lag folgender Sachverhalt zugrunde:

In einem Stromlieferungsvertrag war folgende Klausel enthalten:

„Der Vertrag endet auch ohne Kündigung automatisch, wenn der Kunde einen Insolvenzantrag stellt oder aufgrund eines Gläubigerantrages das vorläufige Insolvenzverfahren eingeleitet oder eröffnet wird.“

Über das Vermögen der Energielieferantin wurde sodann das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kunde berief sich darauf, dass der Energielieferungsvertrag aufgrund der oben genannten Klausel automatisch beendet worden sei. Der Insolvenzverwalter über das Vermögen der Energielieferantin berief sich darauf, dass die oben genannte insolvenzbedingte Lösungsklausel unwirksam sei und der bisherige Energielieferungsvertrag weiter Bestand habe.



Sowohl das Berufungsgericht (OLG Celle) als auch das Landgericht (LG Hannover) vertraten die Auffassung, die insolvenzbedingte Lösungsklausel sei wirksam und der Energielieferungsvertrag sei daher mit Insolvenzantragstellung automatisch wirksam beendet worden. Der Bundesgerichtshof hat die Urteile des Berufungsgerichts und des Landgerichts aufgehoben und die insolvenzbedingte Lösungsklausel für unwirksam erklärt.

III. Entscheidungsgründe

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung dahinstehen lassen, ob die insolvenzbedingte Lösungsklausel gegen §§ 307 ff. BGB verstößt. Vielmehr hat er seine Entscheidung mit § 119 InsO begründet. Dieser lautet wie folgt:

„Vereinbarungen, durch die im Voraus die Anwendung der §§ 103 bis 118 InsO ausgeschlossen oder beschränkt werden, sind unwirksam.“

In § 103 InsO ist geregelt, dass dem Insolvenzverwalter bei gegenseitigen Verträgen ein Wahlrecht zusteht, ob er den Vertrag erfüllen will oder aber nicht. Zweck des Erfüllungswahlrechtes ist es, die Masse zu schützen und im Interesse einer gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung zu mehren. Dieser Zweck kann nach Auffassung des Bundesgerichtshofes vereitelt werden, wenn sich der Vertragspartner des Schuldners allein wegen der Insolvenz von einem für die Masse günstigen Vertrag lösen und damit das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO unterlaufen kann. Daher sind insolvenzbedingte Lösungsklauseln unwirksam.

IV. Auswirkungen der Entscheidung des BGH auf die Baupraxis

Eine höchstrichterliche Entscheidung zu § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B, wonach der Auftraggeber beim Vermögensverfall des Auftragnehmers den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen kann, liegt bislang nicht vor. Sämtliche obergerichtlichen Entscheidungen haben die Wirksamkeit des § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B bislang bestätigt. Auch wenn bei einem Bauvertrag die tatsächliche Situation mit derjenigen eines Energielieferungsvertrages nicht vergleichbar ist, muss davon ausgegangen werden, dass auch der für das Baurecht zuständige VII. Senat des Bundesgerichtshofes die Regelung in § 8 Abs. 2 Nr. 1 wegen Verstoßes gegen § 119 InsO für unwirksam erachtet und zwar unabhängig davon, ob die VOB/B als Ganzes vereinbart wurde oder aber nicht. Entgegen der bislang herrschenden Literatur ist auch nicht davon auszugehen, dass hierbei danach unterschieden wird, ob die Kündigung vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder aber vor oder nach Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters

ausgesprochen wird. Auch wenn die Interessenlage bei einem Bauvertrag eine andere ist als bei einem Energielieferungsvertrag, wird der BGH hier voraussichtlich nicht ergebnisorientiert argumentieren, sondern sich am Wortlaut des § 119 InsO festhalten lassen müssen und so seinerseits keine andere Wahl haben als § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B für unwirksam zu erklären.

In der Praxis stellt sich damit für den Auftraggeber im Falle des Vermögensverfalls des Auftragnehmers das Problem, welches die Gründungsväter der VOB/B seinerzeit durch § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B zu lösen beabsichtigt haben: Bestehen aufgrund des Vermögensverfalls erhebliche Zweifel an der Leistungsfähigkeit und der Zuverlässigkeit des Auftragnehmers, kann der Auftraggeber künftig in solchen Fällen keine Kündigung mehr aus wichtigem Grund gestützt auf den Vermögensverfall aussprechen. Folge einer gleichwohl ausschließlich hierauf gestützten Kündigung wäre, dass diese als freie Kündigung gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B zu werten wäre mit der Folge, dass der Auftragnehmer bzw. gegebenenfalls der Insolvenzverwalter Anspruch auf die volle vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen hat.

V. Fazit

Die Kündigung allein auf die Tatbestände des § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B, d.h. die verschiedenen Fälle des Vermögensverfalls des Auftragnehmers, zu stützen, wird aufgrund des Vorstehenden künftig mit erheblichen Risiken behaftet sein. Im Sinne des raschen Fortgangs des Bauvorhabens sollte im Falle des Vermögensverfalls des Auftragnehmers entweder mit dem Insolvenzverwalter eine Aufhebungsvereinbarung getroffen werden oder aber es müssen - so diese noch nicht vorliegen sollten - Kündigungsgründe gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B geschaffen werden, d.h. der Auftragnehmer ist beispielsweise zur Mängelbeseitigung unter Fristsetzung aufzufordern oder aber in Verzug zu setzen.

Für die Baupraxis stellt sich die Frage auf die Wirksamkeit welcher Regelungen der VOB/B sich der Verwender derselben künftig noch verlassen kann. Es existiert hierzu noch keine umfangreiche Rechtsprechung. In unserer Beratungspraxis gehen wir allerdings davon aus, dass nicht wenige durchaus gewichtige Regelungen unwirksam sind. Hierunter fallen beispielsweise auch die Regelung in § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B, wonach eine schriftliche Mängelrüge zur Unterbrechung der Verjährung für Mängelansprüche führt sowie die Regelung in § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B, wonach dem Auftraggeber die Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung helfen soll, weitergehende Zahlungsansprüche des Auftragnehmers abzuwehren.



Im Zweifelsfall sollte derjenige, der beabsichtigt, seine weitere Vorgehensweise auf eine VOB/B-Regelung zu stützen und Verwender derselben ist, rechtlich prüfen lassen, ob die fragliche Klausel einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 ff. BGB standhält.

Nebenangebote beleben den Wettbewerb - Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 23. Januar 2013 (X ZB 8/11)

von Rechtsanwalt Sebastian Zurfähr**

Mit Beschluss vom 23. Januar 2013 hat sich der Bundesgerichtshof zu der immer wieder aktuellen Frage der Wertung von Nebenangeboten geäußert.

Nebenangebote liegen immer dann vor, wenn ein Bieter eine andere, als nach der Leistungsbeschreibung oder dem Leistungsverzeichnis vorgesehene Art der Ausführung anbietet. Abweichungen können beispielsweise in technischer, wirtschaftlicher oder aber rechtlicher Hinsicht bestehen. Aus Sicht der öffentlichen Auftraggeber sind Nebenangebote wirtschaftlich von Interesse, da sich im Vergleich zur ausgeschriebenen Lösung Einsparungen ergeben können. Der Bieter hat die Möglichkeit, eine eigene, innovative Lösung anzubieten und dementsprechend seine eigene Leistung am Markt durchzusetzen.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung wurde bislang kontrovers diskutiert, ob Nebenangebote zugelassen werden dürfen, wenn der öffentliche Auftraggeber als einziges Wertungskriterium den Preis vorsieht. Das OLG Düsseldorf, 2. Instanz in Nachprüfungsverfahren in Nordrhein-Westfalen und in Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern des Bundes, will Nebenangebote in diesem Fall nicht zulassen. Die einschlägige EU-Vergaberichtlinie 2004/18/EG sei dementsprechend zu verstehen. Dies bezweifelt nun der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 23. Januar 2013. Der BGH hatte über die Sache nicht abschließend zu entscheiden, sondern hat im Rahmen einer Kostenentscheidung Überlegungen angestellt. Ein restriktives Verständnis der Vergaberechtslinie sei vor dem Hintergrund des vergaberechtlich immanenten Grundsatzes des Wettbewerbs und dem Gebot einer wirtschaftlichen Beschaffung nicht zwingend. Auch wenn der Preis einziges Wertungskriterium ist, dürften demnach Nebenangebote zugelassen werden. Der Bundesgerichtshof vermeidet zwar eine klare Aussage, die Tendenz wird jedoch deutlich: Ne-

benangebote sind wünschenswert und beleben den Wettbewerb!

Praxistipp:

Auch wenn ein eindeutiges Urteil des Bundesgerichtshofes zu der Frage der Zulassung von Nebenangeboten im Falle des alleinigen Wertungskriteriums „Preis“ noch nicht vorliegt, sind öffentliche Auftraggeber vor dem Hintergrund der vorstehend dargelegten erkennbaren Tendenz des Bundesgerichtshofes weiterhin gut beraten, bei der Zulassung von Nebenangeboten nicht ausschließlich den Preis als alleiniges Wertungskriterium zuzulassen.

Wie der Gefahr, dass Nebenangebote in EU-Vergabeverfahren nicht zugelassen werden, entgegen gewirkt werden kann, hat das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung gemeinsam mit Bauwirtschaftsverbänden in einem Allgemeinen Rundschreiben Nr. 7/2013 (veröffentlicht im Verkehrsblatt) erläutert. Es wird empfohlen, ein einfaches nichtmonetäres Wertungskriterium „Verkürzung Vertragsfrist“ mit in die Vergabeunterlagen aufzunehmen.

Der Bieter seinerseits sollte Nebenangebote klar als solche kennzeichnen und genau darauf achten, dass die Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeitsnachweis eingehalten sind. Bei der Einreichung von Nebenangeboten sollte genau darauf geachtet werden, ob das Nebenangebot den in der Ausschreibung enthaltenen Mindestanforderungen genügt. Die vom Auftraggeber formulierten Mindestanforderungen müssen inhaltlich klar und konkret sein. Oberhalb der Schwellenwerte müssen diese Mindestanforderungen klar definiert sein, damit es überhaupt zur Wertung von Nebenangeboten kommen kann. Nebenangebote müssen bei Einreichung gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 f VOB/A gekennzeichnet werden. Zudem prüft der Auftraggeber bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, ob die Nebenangebote funktional, qualitativ und quantitativ gleichwertig sind. Die Gleichwertigkeit ist vom Bieter mit dem Nebenangebot durch Vorlage geeigneter Unterlagen mit dem Angebot nachzuweisen. Der Auftraggeber ist regelmäßig nicht verpflichtet, zur Prüfung der Gleichwertigkeit selbst zu recherchieren. Unklarheiten sollten möglichst schon bei der Einreichung vermieden werden.



Hinweis

Unser Jusletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Jusletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

Diesen und weitere Jusletter finden Sie auf unserer Website www.ahlers-vogel.de.

Kontakt

Ahlers & Vogel _ Bremen
Contrescarpe 21 _ 28203 Bremen
Telefon +49 (421) 33 34-0
Telefax +49 (421) 33 34-111
E-Mail: bremen@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Hamburg
Schaarsteinwegsbrücke 2 _ 20459 Hamburg
Telefon +49 (40) 37 85 88-0
Telefax +49 (40) 37 85 88-88
E-Mail hamburg@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Leer
Königstraße 32 _ 26789 Leer (Ostfriesland)
Telefon +49 (0491) 45 45 229-0
Telefax +49 (0491) 45 45 229-99
E-Mail leer@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Rostock
Gerhart-Hauptmann-Str. 24 _ 18055 Rostock
Telefon +49 (381) 491 39-0
Telefax +49 (381) 491 39-99
E-Mail: rostock@ahlers-vogel.de

* Rechtsanwältin **Dr. Tina Großkurth** studierte Rechtswissenschaften in Göttingen und Wolverhampton (GB) und ist seit 2001 als Rechtsanwältin tätig. Seit 2006 betreut Frau Dr. Großkurth unsere Mandanten als Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht in diesen Bereichen, in welchen sie promovierte. Seit 2009 ist sie Partnerin der Sozietät. Sie ist Mitglied der ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltverein und der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V..

** Rechtsanwalt **Sebastian Zurfähr** studierte Rechtswissenschaften mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung an den Universitäten Bayreuth und Münster. Seinen Interessenschwerpunkt setzte Herr Zurfähr bereits während des Referendariates im Bau- und Vergaberecht und absolvierte seine Verwaltungsstation beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie in Berlin. Weitere Station seiner vergaberechtlichen Ausbildung war die Vergabekammer des Landes Niedersachsen. Seit 2012 ist Herr Zurfähr als Rechtsanwalt zugelassen und verstärkt unsere Sozietät am Standort Hamburg im Bereich des privaten und öffentlichen Baurechts sowie des Vergaberechts. Er ist Mitglied der ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltsverein.