

Auswirkungen des Schuldrechts-Modernisierungsgesetzes auf die Baupraxis – Teil II

Auch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat zum 1. 2. 2002 nichts an den grundlegenden Vertragspflichten von Bauherrn und Unternehmern geändert. Der Unternehmer ist zur mangelfreien Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Im Zuge der Modernisierung des Schuldrechts stehen dem Bauherrn allerdings nunmehr einerseits neue Ansprüche und Rechte zur Verfügung, andererseits haben sich die Voraussetzungen altbekannter Ansprüche geändert.

Die gesetzlichen Neuregelungen gelten zunächst für alle Bauverträge, denen ausschließlich das gesetzliche Werkvertragsrecht zugrunde liegt und in denen die VOB/B nicht oder nicht wirksam als Vertragsgrundlage vereinbart

worden ist. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz strahlt aber auch auf alle sonstigen Bauverträge aus, denen zwar die VOB/B zugrunde liegt, die jedoch weitergehende und einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliegende Klauseln enthalten, die durch die Schuldrechtsmodernisierung ein neues gesetzliches Leitbild erfahren. Dies hat zur Folge, dass etwaige früher zulässige und wirksame Klauseln durch die Neufassung des Gesetzes und dem damit verbundenen neuen gesetzlichen Leitbild nunmehr unwirksam sein können. Die Unternehmer sind deshalb aufgerufen, ihre Verträge dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz anzupassen und auch bei Abschluss von neuen Bauverträgen die Klauseln der Auftraggeber einer Neubewertung zu unterziehen.

1. Wie wird ein (Bau-)Mangel definiert?

Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Dem ist er nicht nachgekommen, wenn das Werk nicht die vereinbarte Beschaffenheit besitzt. Haben die Parteien über die Beschaffenheit nichts vereinbart, muss das Werk für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung geeignet sein. Sofern sich diese Verwendung nicht aus dem Vertrag ergibt oder daraus – notfalls durch Auslegung – ableiten lässt, muss es für die gewöhnliche Verwendung geeignet sein und eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Bauwerken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art des Bauwerks erwarten kann (§ 633 Abs. 2 BGB).

Ob damit der Begriff des Sachmangels bzw. des Baumangels klarer als bisher gefasst worden ist, muss bezweifelt werden. Die Definition des Baumangels lässt sich

aber auch weiterhin aus den Bestimmungen der VOB/B, insbesondere § 2 Nr. 1 und § 13 Nr. 1 VOB/B, ablesen. Es muss abgewartet werden, ob die Rechtsprechung aus dem neuen Werkvertragsrecht einen weitergehenden Mangelbegriff ableitet als den, der der VOB/B zugrunde liegt. In jedem Fall ist der Begriff der „vereinbarten Beschaffenheit“ neu, nachdem bisher nach dem BGB-Werkvertrag der Unternehmer das Werk so herzustellen hatte, dass es die zugesicherten Eigenschaften hatte. Liegt ein solcher Mangel vor, bestimmen sich die Rechte des Bauherrn nach § 634 BGB. Danach kann der Bauherr entweder Nacherfüllung (Beseitigung des Mangels durch den Unternehmer), Selbstvornahme (Beseitigung des Mangels durch eine andere Person als dem Unternehmer), Rücktritt vom Vertrag, Minderung des Vergütungsanspruchs oder Schadensersatz verlangen.

2. Nacherfüllung gem. § 635 BGB

Gemäß § 635 BGB steht dem Besteller gegen den Unternehmer ein Nacherfüllungsanspruch zu. Dieser entspricht im Wesentlichen dem früheren Mangelbeseitigungsan-

spruch des Bauherrn. Geändert hat sich allerdings, dass der Unternehmer nun die Wahl hat, den Mangel entweder zu beseitigen oder das bereits mangelhaft hergestellte Werk

zu vernichten und dafür ein neues Werk herzustellen. Auch wie bisher kann der Unternehmer die Nacherfüllung dann ablehnen, wenn die

Mangelbeseitigungskosten im Verhältnis zu dem mit der Mangelbeseitigung erreichten Erfolg außer Verhältnis stehen (§ 635 Abs. 3 BGB).

3. Selbstvornahmerecht des Bauherrn § 637 BGB

Bisher galt, dass für den Fall, dass der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge ist, der Besteller den Mangel selbst beseitigen durfte und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen konnte. Der Gesetzgeber hat dieses Selbstvornahmerecht des Bauherrn in § 637 BGB neu geregelt. Demnach darf der Bauherr eine Selbstvornahme dann durchführen, wenn er dem Unternehmer eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt hat, die dann erfolglos verstrichen ist. Wie bisher kann der Bauherr einen Vorschuss für die Kosten der von ihm im Rahmen der Selbstvornahme durchgeführten Mängelbeseitigung vom Unternehmer verlangen. Dies ist allerdings erstmals in § 637 Abs. 3 BGB geregelt.

Gleichzeitig hat der Gesetzgeber aber auch die rechtliche Konstruktion des § 326 Abs. 1 BGB (Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung) aufgegeben. Dies hat entscheidende Konsequenzen auf die Systematik des Selbstvornahmehrechts.

Bisher konnte der Bauherr wählen. Wollte er einen Vorschuss für die zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten erhalten, durfte er den Unternehmer nur in Verzug setzen. Er sah sich aber dann dem Risiko ausgesetzt, dass der Unternehmer auch noch nach Fristablauf selber die Mängelbeseitigung durchführen konnte, die der Bauherr dann zu dulden hatte. Dieses Mängelbeseitigungsrecht des Unternehmers gegenüber dem Auftraggeber, konnte der Bauherr nur mit Fristsetzung und Ablehnungsandrohung gem. § 326 Abs. 1 BGB a.F. beseitigen. Damit schnitt er sich allerdings seine Vorschussansprüche ab und musste seine Kosten im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs durchsetzen. Die Nachteile für den Bauherrn sind bekannt. Während das Gericht bei einem Vorschussanspruch die zu erwartenden Kosten nur überschlägt, muss der Bauherr

in einem Schadensersatzprozess die voraussichtlichen Kostenpositionen detailliert darlegen und möglicherweise auch beweisen.

Mit der fehlenden Möglichkeit der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung kann sich der Bauherr einerseits seinen Vorschussanspruch nicht mehr abschneiden, andererseits ist nun unklar, wie lange der Bauherr das Recht des Unternehmers zur Mängelbeseitigung dulden muss. Dies würde nach der alten Gesetzessystematik dafür sprechen, dass der Bauherr keine klaren Verhältnisse mehr schaffen kann und der Unternehmer – auch noch nach fruchtlosem Ablauf der gesetzten Frist – Mängel beseitigen und somit einer Ersatzvornahme durch den Bauherrn zuvorkommen kann. Da dies aber nicht interessengerecht sein kann, geht der Gesetzgeber wohl davon aus, dass der Bauherr eine Mängelbeseitigung des Unternehmers dann nicht mehr dulden muss, wenn die gesetzte Frist fruchtlos verstrichen ist und er eines der in § 634 BGB beschriebenen Rechte geltend gemacht hat.

Wie gezeigt, muss der Bauherr dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen, bevor er den Mangel selber beseitigen darf und den Ersatz der hierfür erforderlichen Aufwendungen verlangen kann. Einer solchen Fristsetzung bedarf es jedoch ausnahmsweise nicht, wenn gem. §§ 637 Abs. 2 Satz 1, 323 Abs. 2 BGB

- der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,
- der Schuldner die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist nicht bewirkt und der Gläubiger im Vertrag zum Ausdruck gebracht hat, dass er ein Interesse an der Leistung nur bei rechtzeitiger Leistung habe, oder
- besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.

Zusätzlich bedarf es der Fristsetzung gem. § 637 Abs. 2 Satz 2 BGB auch dann nicht, wenn

- die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder
- dem Schuldner nicht mehr zugemutet werden kann.

Damit ist nichts wirklich Neues geregelt, sondern es wurden vielmehr Erkenntnisse der bisherigen Rechtsprechung erstmals im Gesetz fixiert.

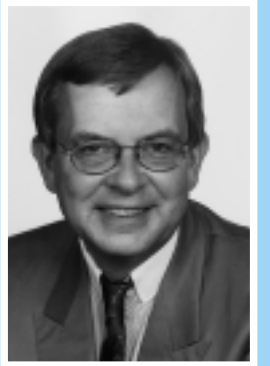
Das Selbstvornahmerecht des Bauherrn ist allerdings dann ausgeschlossen, wenn der Unternehmer zu Recht eine Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten der Mängelbeseitigung verweigert.

4. Rücktritt gem. §§ 636, 323, 326 Abs. 5 BGB

Aufgewertet hat der Gesetzgeber das gesetzliche Rücktrittsrecht, das dem Bauherrn die Möglichkeit einräumt, sich insgesamt vom Vertrag zu lösen und diesen rückabzuwickeln. Erbringt der Unternehmer seine aus dem Vertrag geschuldeten Leistungen nicht vertragsgemäß, so kann der Bauherr, nachdem er eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten.

Neue Urteile im Bauvertragsrecht für Ihre Alltagsarbeit kommentiert

Sonderdienst des Deutschen Baublatts von Rechtsanwalt Professor Wolfgang Heiermann, Frankfurt/Main



Einer Fristsetzung bedarf es in den gleichen Ausnahmefällen wie bei der Selbstvornahme nicht (s.o.). Zusätzlich kann jedoch auf die Fristsetzung gem. § 636 BGB verzichtet werden, wenn

- der Unternehmer die Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigert.
- Aufgewertet wird das Rücktrittsrecht zusätzlich dadurch, dass dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben wird, sich bereits vor Fälligkeit der Leistung vom Vertrag loszusagen. Dies ist gem. § 323 Abs. 4 BGB jedoch nur dann möglich, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.

5. Minderung gem. § 638 BGB

Anstelle des Rücktritts kann der Bauherr den Vergütungsanspruch des Bauunternehmers auch mindern. Dies bedeutet, dass die soeben dargelegten Voraussetzungen des Rücktrittsanspruchs vorliegen müssen, der Bauherr jedoch sich nicht vom Vertrag lossagt, sondern

dem Unternehmen gegenüber die Minderung des Vergütungsanspruchs erklärt. Einziger Unterschied zum Rücktritt ist, dass der Minderungsanspruch auch dann besteht, wenn die Pflichtverletzung auf Seiten des Bauunternehmers unerheblich ist.

Das Rücktrittsrecht wird jedoch deshalb zum „scharfen Schwert“, da es im Gegensatz zu der vorherigen Rechtslage eine schuldhaft Pflichtverletzung seitens des Bauunternehmers nicht mehr voraussetzt.

6. Schadenersatzansprüche

Der Gesetzgeber unterscheidet bei Schadenersatzansprüchen des Bauherrn gegen den Unternehmer zwischen Pflichtverletzungen auf dem Gebiet der mangelfreien Herstellung des Werkes (leistungsbezogen) und solchen Pflichtverletzungen, die in anderer Weise Rechte oder Interessen des Gläubigers verletzen (leistungsfremd).

Beispiel:

Der Anstrich einer Fassade ist nicht wetterfest. Da Gegenstand der Leistung ein wetterfester Anstrich gewesen ist, liegt eine Pflichtverletzung des Malers in Bezug auf die zu erbringende Leistung vor. Sie ist leistungsbezogen.

Kippt beim Anstrich die Leiter des Malers um und fällt auf das Auto des Bauherrn, so steht diese Pflichtverletzung in keinem Bezug zur geschuldeten Leistung. Sie ist leistungsfremd.

a) Schadenersatz bei leistungsbezogener Pflichtverletzung:

Der Bauherr kann gem. § 280 Abs. 1 BGB vom Unternehmer Ersatz aller durch die Pflichtverletzung entstandenen Schäden verlangen, es sei denn, der Unternehmer hat die Pflichtverletzung nicht zu vertreten. Durch diese Formulierung hat der Gesetzgeber eine Beweislastumkehr beschrieben, so dass der Unternehmer beweisen muss, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hatte, möchte er sich gegen den Anspruch wehren.

Gleiches gilt gem. § 280 Abs. 2 BGB für den Fall, dass der Bauunternehmer mit seiner Leistung gem. § 286 BGB in Verzug ist (vgl. Teil 1 der Aufsatzreihe).

Schadenersatz statt der Leistung, also unter Zurückweisung der Schlechtleistung, kann der Bauherr gem. § 281 BGB nur nach erfolgloser angemessener Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung verlangen. Ausgeschlossen ist dieser Schadenersatzanspruch allerdings für den Fall, dass die Pflichtverletzung unerheblich ist.

Die Fristsetzung kann auch bei

der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen entbehrlich sein. Vergleichbar mit den Tatbeständen beim Rücktritt kann darauf verzichtet werden, wenn gem. § 281 Abs. 3 BGB

- der Unternehmer die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder
 - wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung beiderseitiger Interessen eine sofortige Geltendmachung rechtfertigen.
- Wie beim Rücktritt muss eine Frist zusätzlich gem. § 636 BGB auch dann nicht gesetzt werden, wenn

- der Bauunternehmer die Nacherfüllung ablehnt, weil sie nur unter unverhältnismäßigen Kosten möglich ist,
- die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist oder
- dem Besteller nicht mehr zugemutet werden kann.

Hat der Unternehmer bereits Teilleistungen erbracht, so kann der Bauherr Schadenersatz statt Leistung nur dann verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat.

b) Schadenersatz bei leistungsfremder Pflichtverletzung

Verletzt der Bauunternehmer „sonstige Pflichten“, so kann der Bauherr gem. § 280 Abs. 1 BGB zunächst die daraus entstehenden Schäden ebenfalls unter den bereits geschilderten Voraussetzungen ersetzt verlangen. Begehrt der Bauherr allerdings Schadenersatz statt Leistung, so steht ihm ein solcher Anspruch gem. § 282 BGB allerdings nur dann zu, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner zu dem nicht mehr zuzumuten ist.

Wie sich das neue Gesetz auf die Baupraxis auswirkt, muss abgewartet werden. Es ist jedoch mit erheblichen Rechtsunsicherheiten zu rechnen, zumal das Gesetz in der bisher veröffentlichten Literatur bereits als weiterer „Fehlgriff“ des Gesetzgebers aufgefasst wird.

FORTSETZUNG VON SEITE 18:

Auswirkungen des Gesetzes...

zum 10. Tag nach Ablauf des Monats, in dem die betreffende Werklohnzahlung geleistet wurde, die einbehaltene Steuer an das Finanzamt melden und für Rechnung des Unternehmens abführen. Es kommt nicht auf den Zeitpunkt der Erbringung der Leistung, sondern auf den Zeitpunkt der Zahlung durch den Auftraggeber an.

Wenn der Unternehmer eine Freistellungsbescheinigung dem Auftraggeber vorlegen kann, ist dieser von der Pflicht zum Steuerabzug befreit. Die Verpflichtung des Auftraggebers ist es, die Gültigkeitsdauer der Freistellungsvereinbarung zu überprüfen, da er nur solange von der Pflicht zum Steu-

erabzug befreit ist, solange die Freistellungsvereinbarung noch gültig ist. Auch ist zu überprüfen, ob sie vom Finanzamt nicht widerrufen oder zurückgenommen wurde.

Das Finanzamt erteilt eine Freistellungsbescheinigung mit einer Geltungsdauer von längstens drei Jahren ab Antragstellung. Es kann einen kürzeren Zeitraum bestimmen oder eine projektbezogene Freistellungsbescheinigung ausstellen, wenn dies nach den Umständen des Einzelfalls zweckmäßig ist. Auch in den Fällen, in denen die Freistellungsbescheinigung für einen bestimmten Auftrag erteilt wird, kann sie auf einen Gültigkeitszeitraum befristet werden.

Haftet der Leistungsempfänger (Auftraggeber)?

Gem. § 48 a Abs. 3 EStG haftet der Leistungsempfänger (Auftraggeber) für einen nicht oder zu niedrig abgeführten Abzugsbetrag. Dabei kommt es nicht auf ein Verschulden des Auftraggebers an. Er kann sich im Haftungsverfahren auch nicht darauf berufen, dass die Ge-

genleistung beim Leistenden (Unternehmer) nach dem Doppelbesteuerungsabkommen im Inland nicht versteuert werden kann, denn gem. § 48 d Abs. 1 EStG ist das Steuerabzugsverfahren ungeachtet des Abkommens durchzuführen. Eine Haftungsansprachnahme ist

auch möglich, wenn die Person des Steuerschuldners nicht feststeht.

Bei bereits geschlossenen Bauverträgen ergibt sich automatisch, dass der Auftraggeber bei empfangener Leistung die Bauabzugssteuer einzubehalten und abzuführen hat. Besonderer vertraglicher Regelungen bedarf es daher nicht. Bei künftigen Verträgen ist dem Auftraggeber eine eindeutige vertragliche Regelung zu empfehlen, wonach dem Unternehmen die Verpflichtung zur Vorlage einer Freistellungsbescheinigung auferlegt wird. Es ist zu prüfen, ob damit gleichzeitig eine Rücktrittsklausel bei Nichtvorlage der Freistellungsbescheinigung zu verbinden ist. Des weiteren könnte überlegt werden, den Auftragnehmer im Rahmen einer vertraglichen Regelung dazu zu verpflichten, den entstehenden Mehraufwand bei verspäteter oder nicht vorgelegter Freistellungsbescheinigung aufzuerlegen.

Die Autorin ist Rechtsanwältin in der Kanzlei Prof. Heiermann, Prof. Franke, Knipp & Partner in Frankfurt am Main.