

Mandantenmitteilung

Die Mängelbeseitigung vor und nach der Abnahme

Es kommt immer wieder vor, dass der Bauherr feststellen muss, dass das Unternehmen, das er mit der Durchführung der Bauarbeiten beauftragt hat, nicht den Erwartungen entspricht, die er im Vorfeld berechtigterweise hegen durfte. So ist die Enttäuschung groß, wenn die versprochene zügige, kompetente und mangelfreie Herstellung der Leistung nicht erbracht wird. Natürlich wird der Bauherr den Auftragnehmer dann zur Mängelbeseitigung auffordern. Doch was passiert, wenn der Auftragnehmer dem Verlangen nicht oder nur unzureichend nachkommt? Kann der Bauherr die Mängel dann selbst beseitigen? Ist es darüber hinaus möglich, die durch die Mängelbeseitigung entstandenen Kosten und Aufwendungen ersetzt zu verlangen?

Wenn die Parteien die VOB/B vereinbart haben und nach der Abnahme der Leistung Mängel vorhanden sind, ist das Vorgehen unproblematisch. In diesem Fall rügt der Auftraggeber den Mangel und setzt dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung. Kommt der Auftragnehmer der Mängelbeseitigung innerhalb der gesetzten Frist nicht nach, kann der Bauherr den Mangel beseitigen lassen und die Gewährleistungsbürgschaft in Anspruch nehmen. Alternativ kann er auch seine Kosten gegenüber dem Auftragnehmer geltend machen. Sollte er die Kosten für die Nacherfüllung nicht vorstrecken wollen oder können, hat er darüber hinaus die Möglichkeit, vom Auftragnehmer einen Kostenvorschuss zu verlangen. Dieser muss dann zur Nachbesserung verwendet werden, wobei anschließend über die angefallenen Kosten detailliert abzurechnen ist.

Wesentlich komplizierter ist es, wenn sich bereits während der Leistungsphase herausstellt, dass die Leistung des Auftragnehmers massive Mängel aufweist. In diesem Fall schreibt § 4 Nr. 7 VOB/B vor, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist,

nach Mängelanzeige binnen angemessener Frist die Mängel zu beseitigen. Der Bauherr wird daher auch in diesem Fall die aufgetretenen Mängel rügen und dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung setzen. Kommt der Auftragnehmer der Nacherfüllung allerdings nicht nach, kann der Bauherr nicht ohne weiteres zur Ersatzvornahme schreiten. Er muss dem Auftragnehmer dann nochmals eine Nachfrist zur Mängelbeseitigung setzen und diese mit der völligen oder teilweisen Kündigung des Bauvertrages verbinden.

Diese Regelung der VOB/B wird mit Recht als unbefriedigend empfunden, denn der Bauherr wird hier gewissermaßen zur ultima ratio gezwungen, obwohl es eines geringeren Drucks bedürfte, um den Auftragnehmer zur Einhaltung des Vertrages zu veranlassen. Den Grund dafür sieht die Rechtsprechung darin, dass die Ersatzvornahme durch einen Dritten zu Abrechnungsproblemen mit dem Auftragnehmer führen würde. In diesem Fall lässt sich nämlich die Leistung bzw. die Verantwortlichkeit zwischen den beiden Auftragnehmern nicht mehr eindeutig voneinander abgrenzen. Die Rechtsprechung macht davon lediglich dann eine Ausnahme, wenn der erste Auftragnehmer eindeutig, ernsthaft und endgültig die weitere Arbeitsleistung verweigert hat. Ein Abrechnungsproblem könne dann nicht auftreten, so dass der Bauherr berechtigt sei, auch ohne Abnahme zur Ersatzvornahme zu schreiten.

Das ist jedoch nicht das einzige Problem. Denn außerhalb der genannten Ausnahme stellt sich die Frage, ob der ursprüngliche Auftragnehmer noch zur Gewährleistung verpflichtet sein kann, wenn ein anderer Auftragnehmer seine Leistung verändert, ergänzt oder korrigiert hat. Die Regelung der VOB/B, die vor der Ersatzvornahme die Kündigung des Bauvertrages vorsieht, schafft in diesem Bereich Rechtssicherheit. Sie ist daher dem Wunsch und Verlangen des Auftraggebers nach sofortiger Ersatzvornahme vorzuziehen.

Der Bauherr muss also vor der Mängelbeseitigung durch einen Dritten den Bauvertrag ganz oder teilweise kündigen. Ist die Kündigung ausgesprochen, muss der Umfang, der bis zur Kündigung erbrachten Leistung, ermittelt werden. Erst dann kann der Bauherr die noch zu erbringende Leistung zu Lasten des Auftragnehmers von einem Dritten ausführen lassen.

In der Literatur wird aus der Systematik der VOB/B eine Zweiteilung des Vertrages hergeleitet. Die nicht erbrachte Leistung des Auftragnehmers wird quasi aus dessen

Vertrag herausgelöst und kann in einem neuen Vertrag zu Lasten des Auftragnehmers von einem Dritten erbracht werden. Die bereits erbrachte und teilweise mangelhafte Leistung des Auftragnehmers wird damit von der nicht erbrachten restlichen Leistung getrennt. In Bezug auf die erbrachte Leistung bleiben sämtliche Rechte und Pflichten des Auftraggebers und des Auftragnehmers erhalten, sodass neben dem Gewährleistungsrecht des Auftraggebers auch das Recht zur zweiten Andienung für die erbrachte Leistung für den Auftragnehmer bestehen bleibt.

Dementsprechend muss der Bauherr den Auftragnehmer erneut auffordern, seiner Mängelbeseitigungspflicht bezüglich der erbrachten Leistung nachzukommen. Dabei kann er ihm androhen, auch den verbliebenen Vertragsteil zu kündigen, wenn die Frist zur Nacherfüllung erfolglos verstreicht. Wenn auch dieser Vertragsteil gekündigt wird, kann der Bauherr auch hierfür die Ersatzvornahme zu Lasten des Auftragnehmers veranlassen.

Selbst wenn man dieser formalisierten Rechtsauffassung Rechnung trägt, erscheint diese Lösung weder besonders praktikabel noch erforderlich. Denn wenn die Mangelhaftigkeit der Leistung des Auftragnehmers der Grund für die Kündigung des Vertrages ist, scheint es lebensfremd und purer Formalismus zu sein, wenn die mangelhafte Leistung gerade nicht von der Kündigung des Vertrages umfasst sein soll. Man negiert dabei, dass die Unterlassung der Mängelbeseitigung gerade der Grund für die Kündigung gewesen ist. Es ist schwer nachvollziehbar, dass nach der Kündigung des Bauvertrages der auf die Mängelbeseitigung reduzierte Teilvertrag nochmals gekündigt werden soll. In diesem Fall wäre es sinnvoller, die mangelhafte Leistung als Schlechtleistung dem nicht erfüllten Teil des Bauvertrages zuzurechnen. Das Setzen einer neuen Nachfrist gemäß § 4 Nr. 7 VOB/B wäre dann nicht erforderlich. Diese Nachfristsetzung ist auch überflüssig, weil der Auftragnehmer bereits zwei Mal die Fristen zur Mängelbeseitigung missachtet hat, was erst zur Kündigung des Bauvertrages geführt hat. Da eine Leistungsabgrenzung nach der Kündigung des Bauvertrages vor der Ersatzvornahme ohnehin erfolgen muss, kann dies kein Grund für eine erneute Fristsetzung sein. Nach unserer Rechtsauffassung teilt daher die Kündigung den Bauvertrag insgesamt in eine mangelfrei erbrachte Teilleistung und in eine nicht und/ oder nicht mangelfrei erbrachte Teilleistung. Durch die Kündigung verliert der Auftragnehmer dann das Recht zur zweiten Andienung bezüglich des mangelhaften Teils, für den er bereits zwei Mal die Frist zur Nacherfüllung erfolglos verstreichen ließ. Auch führende Vertreter der Literatur

halten diese Lösung jedenfalls dann für möglich, wenn die unterlassene Mängelbeseitigung der Grund für die Kündigung gewesen ist.

Um eine schnelle und eine praktikable Mängelbeseitigung zu erreichen, sollte der Bauherr nach unserer Auffassung nach der Kündigung des Bauvertrages dem Auftragnehmer gegenüber die Abnahme der bisher erbrachten Leistung erklären und unter Rüge der verbliebenen Mängel, ihm eine letzte Frist zur Mängelbeseitigung setzen. Wenn diese Frist erfolglos verstrichen ist, kann der Bauherr die Ersatzvornahme zu Lasten des Auftragnehmers veranlassen.

Ein Beitrag von Rechtsanwalt Dr. Traugott Hahn/ Mai 2012