

Rundbrief 18 – August 2015

Immer wieder gibt der Mangelbegriff Anlass, hierüber höchstrichterlich zu entscheiden.

BGH, Beschluss v. 30.07.2015 – VII ZR 70/14

Sachverhalt:

Der AG hatte den AN im Mai 2006 mit der Errichtung der Außenanlagen an einem Supermarkt beauftragt. Gegenstand der Beauftragung war u.a. die Anlage eines Parkplatzes mit gepflasterten Stellflächen und Fahrspuren. Außerdem vereinbarten die Vertragsparteien als Grundlage die Anwendung der VOB/B. Statt des im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Kieses der Körnung 0/5 verwendete der AN Kies der Körnung 2/5, das heißt einen Kies ohne besonderes feinkörnige Anteile mit einem Durchmesser unterhalb von 2 mm. In 2008 zeigte sich im Bereich der Pflasterarbeiten, vor allen an den belasteten Stellen (Fahrspuren) Mangelsymptome unter anderen in Form loser Pflasterstein. Eine umfassende Mangelbeseitigung nahm der AN auch nach erfolgter Mängelrüge und Fristsetzung seitens des AG nicht vor. Zunächst hat der AG den AN auf Kostenvorschuss in Anspruch genommen und dann während des laufenden Verfahrens in 2011 die Fahrspuren, nicht die Parkplätze, durch einen Drittunternehmer sanieren und außerdem Plattendruckversuche durchführen lassen, wodurch insgesamt Kosten entstanden sind von 71.921,94 E netto, die der AG nun nach Klagänderung zur Zahlung verfolgt

Der BGH hat hierzu festgestellt:

1. Das Werk ist mangelhaft, weil eine andere als die vertraglich vereinbarte Körnung (*Material – Ausführung*) vom AN verwendet worden ist.
2. Ein Sachmangel liegt nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB – und entsprechend § 13 Nr. 1 VOB/B (2002) – gilt auch für die folgenden Fassungen VOB/B – auch dann vor, wenn eine Abweichung vor der vereinbarten Beschaffenheit **nicht zu einer Beeinträchtigung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit des Werks führt**. [vgl. auch Kniffka ibronline Kommentar Bauvertragsrecht]
3. Allerdings kann , wenn sich die Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit nicht oder nur geringfügig nachteilig auswirkt, der AN den Einwand erheben, der Mängelbeseitigungsaufwand **sei unverhältnismäßig** [so auch schon BGH Ur. v. 01.08.2013 – VII ZR 75/11]
4. der AN einen solchen Einwand geltend macht und unter Beweisstellt, muss das Gericht diesem Beweisantrag nachgehen. Hiervon kann nur dann abgesehen werden, wenn er nach dem begründeten Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder offensichtlich unsubstantiiert ist [BGH Beschl. v. 20.05.2014 – VII ZR 187/13]
5. Für einen solchen Einwand ist der AN darlegungs- und beweispflichtig [BGH Ur. v. 11.10.2012 – VII ZR 179/11]

6. Ein Einwand, dass der eingetretene Mangel nicht ursächlich auf die Verwendung von anderem als dem geschuldeten Material zurückzuführen ist, ist generell erheblich.

Das im Übrigen ein Werk mangelhaft i.S. des § 633 BGB vorliegt, wenn das Werk eine vereinbarte Beschaffenheit nicht hat oder nicht die vereinbarte Funktionsfähigkeit nicht erfüllt, ist vom BGH bereits durch Urteil vom 08.11.2007 – VII ZR 183/05 entschieden und durch Urteil vom 29.09.2011 – VII ZR 87/11 bestätigt worden.

Beruhet die fehlende Funktionsfähigkeit auf Vorleistungen anderer Unternehmer kann sich der AN nur entlasten wenn er darlegt und beweist, dass er gegenüber dem AG seiner Prüfungs- und Hinweispflicht nachgekommen ist (BGH Urt. v. 10.06.2010 Xa ZR 03/07).

Ist ursächlich eine Anordnung des AG darauf, dass der mit dem Werk verfolgte Zweck oder eine bestimmte Funktionsfähigkeit nicht gegeben ist, entlastet dies nur dann den AN, wenn er darlegt und beweist, dass er seiner Hinweispflicht gegenüber dem AG nachgekommen und dieser seiner entsprechenden Hinweis ignoriert hat und die Erstellung des Werks trotz des Hinweises wollte (BGH Urt. v. 29.09.2011 – VII ZR 87/11).

Erk Winkelmann

Rechtsanwalt – Notar a.D.

Fachanwalt f. Bau- u. Architektenrecht