

Minderung statt Mangelbeseitigung – Wann ist der Einwand der Unverhältnismäßigkeit berechtigt?

Gerade wenn es sich um ein nur optisches Mangelbild ohne Funktionsbeeinträchtigung des geschuldeten Werks handelt, wird gern (vorschnell) von Auftragnehmern eine Mangelbeseitigung wegen unverhältnismäßig hohem Aufwand verweigert. „Tatsächlich berechtigt ist dieser Einwand nur in ganz bestimmten Fällen,“ sagt Rechtsanwältin Natalie Hahn. In ihrem Expertentipp geht die Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht detailliert auf die Sach- und Rechtslage ein und erörtert die Tücken des Begriffs der Unverhältnismäßigkeit.

Gerade wenn es sich um ein nur optisches Mangelbild ohne Funktionsbeeinträchtigung des geschuldeten Werks handelt, wird gerne (vorschnell) von Auftragnehmern eine Mangelbeseitigung wegen unverhältnismäßig hohem Aufwand verweigert. Tatsächlich berechtigt ist dieser Einwand nur in ganz bestimmten Fällen.

Da die Aufgabe, das geschuldete Werk mängelfrei herzustellen, die Hauptleistungspflicht des Auftragnehmers ist, zu deren nachträglichen Erfüllung dem Auftraggeber im Bedarfs-, das heißt im Mangelfalle ein Mangelbeseitigungsanspruch zusteht, sind die Anforderungen für den Auftragnehmer dies verweigern zu können, höher als der Wortlaut von § 13 Abs. 6 VOB/B und § 635 Abs. 3 BGB anklingen lässt.

Anforderungen an den Einwand der Unverhältnismäßigkeit

§ 13 Abs. 6 VOB/B gewährt dem Auftragnehmer das Recht, die Mangelbeseitigung zu verweigern, wenn diese „einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern würde“. § 635 Abs. 3 BGB setzt voraus, dass die Mangelbeseitigung „nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist“. Trotz des etwas unterschiedlichen Wortlauts sind Inhalt und Tragweite dieser Regelungen dieselben.

Von einem unverhältnismäßig hohen (Kosten-)Aufwand kann nicht allein deshalb ausgegangen werden, weil die Mangelbeseitigung extrem teuer wäre, ggfs. sogar die Höhe des Werklohns übersteigt. So wurde z.B. der Unverhältnismäßigkeitseinwand eines Auftragnehmers abgelehnt, der eine hinsichtlich der Körnung, Verdichtung und Dicke nicht vertragsgemäße Asphaltdecke aufgebracht hatte, und dem Auftraggeber ein Kostenvorschuss für eine komplette Neuherstellung der Asphaltdecke zugesprochen (BGH, Urteil vom 10.11.2005 – VII ZR 137/04). Der Auftragnehmer hatte – im Ergebnis erfolglos – eingewandt, dass eine Mangelbeseitigung völlig

unverhältnismäßig sei, weil die Lebensdauer der Straße nur geringfügig beeinträchtigt sei. Nachdem sodann im Rahmen einer Beweisaufnahme festgestellt worden war, dass die normale Lebensdauer der Asphaltdecke von ca. 16 Jahren um vier Jahre verkürzt sein würde und die Mängel zudem vermehrte Reparaturarbeiten notwendig machen würden, griff der Unverhältnismäßigkeitseinwand des Auftragnehmers trotz des immensen Kostenaufwands nicht durch und der Kostenvorschussklage des Auftraggebers wurde stattgegeben.

An diesem Fallbeispiel wird deutlich, dass bei der Begrifflichkeit der Unverhältnismäßigkeit verschiedene Parameter zu berücksichtigen und im Wege einer Gesamtabwägung zu würdigen sind. Ausschlaggebend ist nicht allein das Wertverhältnis zwischen dem zur Nacherfüllung erforderlichen Aufwand des Auftragnehmers und dem Vorteil, den die Mangelbeseitigung dem Auftraggeber gewährt. In die Gesamtabwägung kann auch der Grad des Verschuldens des Auftragnehmers an der Entstehung miteinzubeziehen sein (BGH, Beschluss vom 16.04.2009 – VII ZR 177/07). Der Auftragnehmer, der bewusst von einer Vorgabe aus dem Leistungsverzeichnis abweicht, ist weniger schutzwürdig als derjenige, der unverschuldet einen Mangel produziert.

Bei „nur“ optischen Mängeln, mit denen keine Funktionsbeeinträchtigung einhergehen, ist im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung verstärkt darauf abzustellen, „ob der Auftraggeber ein nachvollziehbares (nicht nur unbedeutendes) Interesse an der (auch) optisch einwandfreien Herstellung des Werkes hat. Je höher dieses Interesse des Auftraggebers an einem auch optisch makellosen Erscheinungsbild des bestellten Werkes ist, umso weniger kann der Werkunternehmer mit seinem Unverhältnismäßigkeitseinwand gehört werden“ (OLG Düsseldorf, Urteil vom 04.11.2014 – 21 U 23/14).

Als hoch und den Unverhältnismäßigkeitseinwand ggfs. übersteigend, kann das Interesse des Auftraggebers an einer makellosen Optik insbesondere dann zu bewerten sein, wenn besondere Anforderungen an die Optik im Wege einer bestimmten Beschaffenheit ausdrücklich als vertragliches Leistungssoll definiert wurden.

Rechtsnatur und Folge des Einwands der Unverhältnismäßigkeit

Der Einwand des unverhältnismäßigen (Kosten-)Aufwands ist eine Einrede, das heißt der Auftragnehmer kann, muss aber nicht die Nacherfüllung verweigern. Wird diese Einrede berechtigterweise erklärt, hat das zur Folge, dass der Auftragnehmer von

seiner Nacherfüllungspflicht befreit wird und der Mangelbeseitigungsanspruch des Auftraggebers nicht mehr durchsetzbar ist. Als Ausgleich dafür gewinnt der Auftraggeber ein Minderungsrecht, das heißt, er kann die Vergütung des Auftragnehmers mindern. Wie bei jedem Gestaltungsrecht tritt die Wirkung einer Minderungserklärung mit deren Zugang beim Empfänger, das heißt beim Auftragnehmer, ein. Der Auftraggeber hat dabei den Umfang der verlangten Minderung sowie den Mangel, aufgrund dessen gemindert wird, anzugeben.

Berechnung der Minderung

§ 13 Abs. 6 VOB/B verweist bezüglich der Minderungserklärung auf § 638 BGB. Nach dessen Absatz 3 ist die „Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werkes in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Die Minderung ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln“. In Fällen, in denen die Minderungserklärung infolge des berechtigten Unverhältnismäßigkeitseinwands des Auftragnehmers erklärt wurde, können dabei (natürlich) gerade nicht die erforderlichen Mangelbeseitigungskosten herangezogen werden (BGH, Urteil vom 09.01.2003 – VII ZR 181/00). Vielmehr gibt es zur Ermittlung des Minderungsbetrags verschiedene Methoden, anhand derer die maßgebliche Wertdifferenz zwischen der erbrachten und der geschuldeten Leistung ermittelt werden, worunter sich in Rechtsprechung und Kommentarliteratur das sog. Zielbaumverfahren durchgesetzt hat. Dieses bewertet die mangelhafte Leistung nach Maßgabe der prozentualen Beeinträchtigung des Nutzwerts (bei technischen Mängeln) bzw. des Geltungswertes (bei optischen Mängeln), was ein geeigneter Sachverständiger im Wege einer Schätzung vorzunehmen vermag.

Fazit

Ob die Einrede vom Auftragnehmer erklärt wird, sollte er im Einzelfall wohl überlegen. Ist die Einrede einmal erklärt, kann sie nicht mehr zurückgenommen werden und der Auftragnehmer ist, falls er sich doch noch einmal anders überlegt, auf das Einlenken des Auftraggebers angewiesen. Dieser muss dem Auftragnehmer ab dem Zeitpunkt der erklärten Leistungsverweigerung keine Mangelbeseitigung mehr gestatten (Sprau, in: Palandt, BGB Kommentar, 78. Auflage 2019, § 635 Rn. 13). Wird später im Falle einer gerichtlichen Beurteilung festgestellt, dass die Einrede unberechtigt erhoben wurde und der Unternehmer zur Mangelbeseitigung verpflichtet gewesen wäre, hat er neben den Kosten für eine danach vom Bauherrn

durchgeführten - im Regelfall teureren - Ersatzvornahme auch weitere Kosten (z.B. Schadensersatz wegen etwaig dadurch verlängerter Bauzeit) zu tragen.

Rechtsanwältin Natalie Hahn, Karlsruhe
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht