

**DER VERWALTER MUSS SICH NICHT AUF EINE UNBEDEUTENDE MINDERUNG EINLASSEN, SONDERN KANN NACHBESSERUNG AUCH BEI ERHEBLICHEN KOSTEN ZUR MÄNGELBESEITIGUNG VERLANGEN.**

**Ein Nachbesserungsverlangen ist auch bei erheblichem Aufwand für die Mängelbeseitigung nicht unverhältnismäßig, wenn ein objektiv berechtigtes Interesse des Auftraggebers an einer mangelfreien Vertragsleistung besteht (im Anschluss an BGH, Urteil vom 4. Juli 1996 – VII ZR 24/95, BauR 1996, 858 = ZfBR 1996, 313).**

In einer gerade veröffentlichten Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGH)<sup>1</sup> nahm dieser zu einer alten Streitfrage Stellung. Oftmals führt das Bauunternehmen nicht die eigentlich vertraglich vereinbarte höherwertige Leistung aus, sondern verwendet – aus Kostengründen – minderwertige Materialien. Wird diese minderwertige Leistung vom Bauherrn bemerkt, beruft sich der Unternehmer oftmals auf die Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung, um nur zu einer unbedeutenden Minderung seines Werklohnes zu gelangen. Im vorliegenden Fall hat sich der BGB mit der Frage befasst, wann sich der Unternehmer auf die Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung<sup>2</sup> berufen kann.

**Sachverhalt**

Die Klägerin (die Bauunternehmerin) verlangt von der Beklagten (dem Bauherrn) restlichen Werklohn für die Ausführung von Fliesen- und Plattierungsarbeiten in einer Seniorenwohnanlage. Die Beklagte beauftragte die Klägerin am 28.09.2000 unter Zugrundelegung der VOB/B mit der Ausführung der Arbeiten. Nach Fertigstellung der Werkleistung erteilte die Klägerin unter dem 12.09.2001 die Schlussrechnung. Die Beklagte verweigerte in Hinblick auf Mängel die Bezahlung des Restwerklohns. Für die im Revisionsverfahren noch relevanten Mängel rechnet die Beklagte zuletzt mit Schadensersatzansprüchen in Höhe der Mängelbeseitigungskosten auf.

### **Die Entscheidung des Landgerichts**

Das Landgericht hat der Klägerin von dem zunächst geltend gemachten Restwerklohn in Höhe von 43.648,84 € unter Abweisung der Klage im Übrigen 38.846,19 € nebst Zinsen zugesprochen. Bezüglich des hier behandelten Mangels wurde lediglich ein Abzug von 2.125 DM zuerkannt.

### **Die Entscheidung des Oberlandesgerichts**

Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht (OLG) den ausgerichteten Betrag auf 36.846,19 € nebst Zinsen reduziert. Es hat der Beklagten wegen der unzureichenden Abdichtung in den Bädern eine Minderung von 2.000 € zugebilligt. Das Berufungsgericht führt aus, die Werkleistung sei mangelhaft, weil die Klägerin in den 18 Bädern der Seniorenwohnanlage nicht das Abdichtungsverfahren nach dem System D verwendet habe. Die Beklagte habe in Hinblick auf die Nachteile der herkömmlichen Bauweise darauf bestanden, dass dieses teurere System eingebaut werde. Herkömmliche Abklebverfahren, nämlich eine Abdichtung auf dem Rohbeton unterhalb des Fußbodenaufbaus, verhinderten, dass Wasser aus den Bädern in die unteren Geschosse gelangen könne. Eine solche Abdichtung habe den Nachteil, dass durch beschädigte Fugen des Fliesenbodens in den Fußbodenaufbau eindringendes Wasser von der Abklebung auf dem Rohbeton aufgefangen werde mit der möglichen Folge, dass der gesamte Fußbodenaufbau einschließlich der Isolierung und der Fußbodenheizung dauerhaft durchfeuchtet werden könne. Diese Nachteile würden durch das Verfahren D verhindert. Dieses sehe vor, dass unter dem Fliesenbelag eine Flüssigfolie aufgebracht werde, die nach der Aushärtung ein Eindringen von Sickerwasser in den Fußbodenaufbau und die Fußbodenheizung verhindere. Die von der Klägerin abweichend vom Auftrag durchgeführte Verfüllung der Fußbodenfliesen mit Epoxyd-Harz könne nach den Ausführungen des Sachverständigen die Feuchtigkeit

nicht dauerhaft zurückhalten. Die von der Beklagten geforderte Sanierung mit einer Erneuerung des gesamten Fußbodenaufbaus einschließlich der Fußbodenheizung und einem Gesamtaufwand von ca. 216.000 € sei in Hinblick auf den Gesamterfolg unverhältnismäßig hoch. Die Beklagte könne deshalb lediglich einen Minderwert geltend machen, der auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen auf 2.000 € zu schätzen sei.

### **Die Entscheidung des BGH<sup>3</sup>**

Der BGH hob die Entscheidung des OLG auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück. Es führte aus, dass die Begründung des Berufungsgerichts der rechtlichen Nachprüfung nicht standhalte. Das Berufungsgericht habe die vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze zur Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung verkannt und der Beklagten lediglich einen Anspruch auf Minderung zuerkannt.

Zur Begründung führte der BGH weiter aus. Nach § 633 Abs. 2, Satz 3 BGB (a.F.), § 16 Nr. 6 VOB/B könne der Unternehmer die Beseitigung eines Mangels verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordere. Eine Unverhältnismäßigkeit liege in aller Regel nur vor, wenn einem objektiv geringem Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenüberstehen würde. Habe der Besteller objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages, könne ihm der Unternehmer regelmäßig die Nachbesserung der wegen hoher Kosten der Mängelbeseitigung nicht verweigern. Ohne Bedeutung für die erforderliche Abwägung seien das Preis- Leistungsverhältnis und das Verhältnis des Nachbesserungsaufwandes zu den zugehörigen Vertragspreisen. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit sei nur dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäßer Vertragserfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstän-

de einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen. Von Bedeutung bei der gebotenen Abwägung sei auch, ob und in welchem Maße der Unternehmer den Mangel verschuldet habe. Nach Auffassung des BGH stelle das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft allein auf den Sanierungsaufwand ab. Es berücksichtige nicht, dass die Beklagte ein objektiv berechtigtes Interesse an der ordnungsgemäßen Erfüllung und die Klägerin bewusst das geschuldete System nicht eingebaut habe. Die von dem Berufungsgericht festgestellten Abdichtungsmängel beeinträchtigen die Funktionstauglichkeit der Werkleistung der Klägerin in erheblichem Maße. Die Abdichtung der Bäder nach dem System D sei bei ordnungsgemäßer Ausführung einem herkömmlichen Abklebverfahren überlegen. Wegen des zwischen Fliesenbelag und Estrich einzubringenden wasserundurchlässigen Spezialanstrichs könne durch die Fugen eindringendes Wasser in einem besonderen Ablaufrahmen aufgefangen werden. Damit werde verhindert, dass der Fußbodenaufbau einschließlich der Isolierung und der Fußbodenheizung dauerhaft im Feuchten liege. Die von der Klägerin ausgeführte Abdichtung stelle nach den Ausführungen des Sachverständigen keine dauerhafte Lösung dar. Gleiches gelte für den lediglich mit Dichtstoffen verschlossenen Übergangsbereich zwischen dem Fliesenboden und dem Wandbereich. Schon deshalb könne der Beklagten der geltendgemachte Schadensersatzanspruch nicht allein in Hinblick auf den ganz erheblichen Sanierungsaufwand versagt werden. Hinzu komme nach Auffassung des BGH, dass die Klägerin den Abdichtungsmangel verschuldet habe. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Geschäftsführer der Beklagten auf der Einhaltung des Systems D bestanden und dies bei verschiedenen Gelegenheiten auch gegenüber der Klägerin betont.

### **Fazit**

Auch bei ganz erheblichem Sanierungsaufwand kann sich der Unternehmer nicht regelmäßig auf die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung berufen und somit eine geringfügige Minderung erreichen.

Der Auftraggeber kann nach den vom BGH entwickelten Grundsätzen zur Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung in bestimmten Fallkonstellationen Nachbesserung verlangen, auch wenn die Nachbesserung ganz erhebliche Kosten verursacht.

Zeichen (mit Leerzeichen): 8.207

<b>Der Autor</b>
------------------

Dr. Ernst-Michael Ehrenkönig ist als Rechtsanwalt und Notar in Berlin tätig. Der Tätigkeitsschwerpunkt im Anwaltsbereich liegt im Mietrecht und zivilen Baurecht.
---

1.) BGH, Urteil vom 10. November 2005 (Az. VII ZR 64/04).

2.) § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB a. F. lautet:

„Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels verlangen. § 476a gilt entsprechend. Der Unternehmer ist berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.“

§ 13 Nr. 6 VOB/B a.F. lautet:

„Ist die Beseitigung des Mangels unmöglich oder würde sie einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern und wird sie deshalb vom Auftragnehmer verweigert, so kann der Auftraggeber Minderung der Vergütung verlangen (§ 634 Abs. 4, § 472 BGB). Der Auftraggeber kann ausnahmsweise auch dann Minderung der Vergütung verlangen, wenn die Beseitigung des Mangels für ihn unzumutbar ist.“

3.) Auf das Schuldverhältnis finden die Gesetze in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).