

**Heinrich Immoor**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## Auf den Leistungstext kommt es an!

**Der Fall:**

Der Auftraggeber beauftragte die Auftragnehmerin mit der Herstellung eines gepflasterten Parkplatzes für einen Supermarkt.

Im Leistungsverzeichnis war die Verwendung von Kies der Körnung 0/5 vertraglich vereinbart. Tatsächlich verarbeitet hat die Auftragnehmerin einen Kies der Körnung 2/5, d. h. der Kies hatte keinen besonders feinkörnigen Anteil mit einem Durchmesser von < 2 mm.

Cirka zwei Jahre nach Inbetriebnahme des Parkplatzes zeigten sich insbesondere im Bereich der Fahrspuren lose Pflastersteine. Trotz Mängelrüge mit Fristsetzung erfolgten seitens der Auftragnehmerin keine Mangelbeseitigungsarbeiten. Die Auftraggeberin führte daraufhin im Wege der Ersatzvornahme auf einer Teilfläche im Bereich der Fahrwege eine Nachbesserung durch.

Mit einer Klage begehrt sie Erstattung der ihr entstandenen Nachbesserungskosten sowie des Aufwandes für die Sanierung der bisher nicht schadhaften Pflasterflächen als Kostenvorschuss.

In dem daraufhin geführten Rechtsstreit verteidigte sich die Auftragnehmerin u. a. damit, dass zumindest wegen der nicht schadhaften Flächen ein Mängelanspruch nicht bestehe. Die Flächen seien gebrauchstauglich. Insofern sei es unerheblich, dass auch in diesen Teilbereichen nicht die vereinbarte Kieskörnung zur Ausführung kam.

**Die Entscheidung:**

Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 30.07.2015 (AZ: VII ZR 70/14) festgestellt, dass der Pflasterbelag insgesamt mangelhaft sei. Danach liege ein Sachmangel schon dann vor, wenn eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit gegeben sei.

Unerheblich sei, ob diese Abweichung zu einer Beeinträchtigung des Werkes oder der Gebrauchstauglichkeit des Werkes geführt habe.

Nur wenn sich die Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit nicht oder nur in geringem Umfang nachteilig auswirke, sei zu prüfen, ob dem Mängelanspruch des Auftraggebers der Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigungsaufwendungen entgegengehalten werden könne. Für diesen Einwand sei die Auftragnehmerin sowohl darlegungs- als auch beweispflichtig.

&gt;&gt;

---

---

CASTRINGIUS  
Rechtsanwälte & Notare

Zweite Schlachtpforte 7  
28195 Bremen  
Telefon (0421) 368 000  
Telefax (0421) 368 0033  
info@castringius.de  
www.castringius.de

---

---

## Auf den Leistungstext kommt es an!

### Hinweis:

Der BGH kommt zu Recht zu dem Ergebnis, dass es für die Frage der Mangelhaftigkeit allein darauf ankommt, ob die vereinbarte Beschaffenheit eingehalten ist. Ob bereits Mangelsymptome aufgetreten sind, ist unerheblich. Allein die Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit stellt schon einen Sachmangel dar. Dieses ist auch nachvollziehbar, da die Auftragnehmerin nicht das ausgeführt hat, was vertraglich konkret vereinbart war. Dieses stellt für sich gesehen ein vertragswidriges Verhalten dar, welches entsprechende Folgen, d. h. Mängelansprüche, auslöst.

Nur in absoluten Ausnahmefällen kann sich ein Auftragnehmer auf den Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung berufen. Hierfür ist er beweispflichtig. Wenn Mangelsymptome am Gewerk aufgetreten sind und sich nicht klären lässt, ob diese auf die Abweichung von der vertraglichen Beschaffenheit des Werkes zurückzuführen sind, geht dieses zu Lasten des Auftragnehmers.

Auch wenn nur das theoretische Risiko besteht, dass aufgrund einer Abweichung von der vertraglichen Beschaffenheit zukünftig Schäden entstehen, wird sich der Auftragnehmer nicht auf die Unverhältnismäßigkeit berufen können.

Nur wenn der Auftraggeber kein berechtigtes Interesse an einer



Nachbesserung darlegen kann, dürfte der Einwand der Unverhältnismäßigkeit greifen.

### Empfehlung:

Immer wieder ist festzustellen, dass die Vertragsparteien das Leistungsverzeichnis und damit die vereinbarte Beschaffenheit stiefmütterlich behandeln.

Es kann jedem Auftragnehmer nur geraten werden, das Leistungsverzeichnis besonders sorgfältig zu prüfen. Für den Fall, dass Abweichungen im Material oder in der Ausführung in Betracht kommen, muss dieses im Leistungsverzeichnis aufgenommen werden – z. B., indem klargestellt wird, dass auch

gleichwertiges Material eines anderen Herstellers oder Lieferanten verwendet werden kann. Ansonsten ist das zu liefern, was »buchstabengenau« als vertraglich geschuldete Beschaffenheit vereinbart ist.

---

---

CASTRINGIUS  
Rechtsanwälte & Notare

Zweite Schlachtpforte 7  
28195 Bremen  
Telefon (0421) 368 000  
Telefax (0421) 368 0033  
info@castringius.de  
www.castringius.de

---

---