

Mangelbeurteilung und Minderung

Technisch und rechtliche Sicht im
Planer- und Bauvertrag

Ziel

- Was macht den Mangel aus – Maßstabsbildung aus technischer / rechtlicher Sicht ?
- Was prägt die Technische Sicht, was die rechtliche Sicht ?
- Ziel: Mangel wird vertragsrechtlich und im Rahmen des Vertragsrechts massiv subjektiv geprägt.
- Gilt für Planer- und für Bauvertrag

Maßstab der Technik /des Rechts

- Nach der Technik
 - Primär die Regeln der Technik
 - Das Funktionieren, vielleicht sogar das bessere Funktionieren, zuverlässige Gebrauchstauglichkeit im Endergebnis - Funktionstauglichkeit
 - Die Optik
- Nach dem Recht
 - Was enthält der Vertrag ?
 - Was beschreibt der Vertrag ?

Ziel

- Was ist die Mangelfrage ?
 - Sachverständigenfrage ?
 - Rechtsfrage ?
 - Komplexfrage ?
- Ziel: Komplexfrage, deshalb Beitrag von beiden Fakultäten – Technik und Recht – Im Streit Entscheidung durch das Gericht

Ziel

- Was ist die Frage nach der Minderung ?
 - Sachverständigenfrage ?
 - Rechtsfrage ?
 - Komplexfrage ?
- Ziel: Komplexfrage, deshalb Beitrag von beiden Fakultäten – Technik und Recht – Im Streit Entscheidung durch das Gericht

Ziel im Verhältnis Bauherr - Planer

- Respekt vor dem Bauherrnwunsch
 - Konkrete Vorstellungen beschreiben die Objektbeschaffenheit
 - Abweichung werden zum Mangel, selbst wenn schön an sich und tauglich an sich, selbst wenn es sonst niemanden auffällt.
 - Der Bauherr ist der Herr
 - Massive Versubjektivierung des Mangelbegriffs
 - Planervertrag als Entwicklungsvertrag – jedoch Beendigung durch Bauherrnentscheidung

Bedeutung für den Planer

- Planer nimmt im Rahmen des Vertragsschlusses durch LV-Textierung auf die Mangelfrage erheblichen Einfluss.
- Entwicklungen im Bauablauf – das Prozesshafte des Bauens – werden dadurch erheblich beeinflusst.
- Gleichwertigkeit wird an den Rang gedrängt
- Gleichwertigkeit nur noch im Rahmen des Vertragsrechts, soweit nämlich gestattet

Bedeutung für den Unternehmer

- Strikte Vorgaben im LV verlangen nach strikter Umsetzung
- Jede Änderung / Abweichung bedingen eine Vertragsänderung.
- Jede Änderung / Abweichung ohne Vertragsänderung birgt Gefahr der Mangelhaftigkeit der Leistung

Ziel: Optischer Mangel

- Neuer Ansatz im neuen Recht
- Auswirkungen auf die Beurteilung des optischen Mangels
 - Bedeutungslosigkeit irgendwelcher Einschränkungen auch im Wert
 - Auswirkungen auf Feststellbarkeit und auf den Betrachterstandort ?
- Ziel: Sensibilisierung – Lösungsansatz ?

Beispiel 1

- Mit dem Planer wird eine Schiefereindeckung mit Bogenschnitt links für eine Rechtseindeckung vereinbart. Im Bauvertrag sieht der Planer jedoch aus einem Versehen das Gegenteil vor, Linkseindeckung mit Bogen-schnitt rechts.
 - Der Bauherr entdeckt das, hält es für unerträglich, bejaht eine Planungsfehler und macht Schadensersatzansprüche geltend. Höhe nach Neueindeckung berechnet ? Ist das berechtigt ?

Beispiel 2

- Im Bauvertrag wird die Rechtseindeckung ausgeschrieben. Der Unternehmer deckt jedoch mit Bogenschnitt rechts ein, was zu einer Linkseindeckung führt.
 - Bauherr rügt den Mangel und verlangt Neueindeckung.
 - Unternehmer verneint jeglichen Mangel
 - Dichtigkeit sei gegeben, die Eindeckung sei absolut schön, egal ob links oder rechts
 - beruft sich auf Unverhältnismäßigkeit des Aufwands und hält die Minderung für minimal

Beispiel 3

- Ausgeschrieben ist Moselschiefer. Eingedeckt wird mit Material anderer Herkunft. Hängt die Mangelhaftigkeit von Schwefelkieseinschlüssen oder Quarzeinschlüssen ab, oder ist die Mangelhaftigkeit davon unabhängig ?

Im Rechtsstreit – Entscheidung durch Gericht

- Was wird der Maßstab für Sachmangelfragen sein ?
- Antwort: Das Recht
- Speziell: Das Vertragsrecht
- Und die Technik: Nur soweit durch das Recht Raum gelassen.

Im Streit bei Einschaltung eines Technikers

- Was kann der Maßstab für die Beurteilung der Mangelfrage sein ?
- Die Technik
- Das Recht
- Die Vertragsgrundlage
- Nach Maßgabe einer zwischen den Parteien getroffenen speziellen Vereinbarung
- Letztlich wohl auch hier maßgebend die Vertrags- und Rechtsbeziehung

Der rechtliche Mangelbegriff

- Ausgangspunkt:
- Neues Recht arbeitet mit dem Begriff der Sachmangelfreiheit
- Neues Recht arbeitet nicht mehr mit dem Begriff des Sachmangels und einer Beschreibung des Sachmangels
- Das neue Recht beschreibt die Sachmangelfreiheit.

Der alte bis 21.12.2001 gültige Sachmangelbegriff

- Fehlen von zugesicherten Eigenschaften
- Fehler: Ein Fehler liegt vor, wenn der Wert oder die Tauglichkeit des Werks zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder gemindert wird.
- Den Fehler macht also aus: Aufhebung oder Minderung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit nach Maßgabe des Vertrags oder des Gewöhnlichen.
- Wert + Gebrauchstauglichkeit als Parameter

Das neue Recht für Verträge ab 1.1.2002

- Sachmangelfreiheit liegt vor (§ 633 BGB)
 - Das Werk weist die vereinbarte Beschaffenheit auf
 - Das Werk eignet sich für die vertraglich vorausgesetzte Verwendungseignung
 - Das Werk eignet sich für die gewöhnliche Verwendungseignung und weist eine Beschaffenheit auf, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werks auch erwarten kann.
 - Das Werk ist keine anderes als das bestellte
 - Das Werk ist nicht in zu geringer Menge hergestellt

Was ist das Neue ?

- Keine Mangelbeschreibung
- Sachmangelfreiheitsbeschreibung
- Und vor allem
- Diese enthält nicht einen Zusatz dahin: „und die Verwendung oder der Wert nicht aufgehoben oder beeinträchtigt wird.“
- Auf die Minderung oder die Aufhebung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit soll es nicht ankommen.

Geltungsbereich dieses Ansatzes:

- Bei allen Sachmangelfreiheitskriterien
- Also nicht nur bei
 - Beschaffenheitsvereinbarung
- Sondern auch bei
 - Vertraglich vorausgesetzter und
 - Gewöhnlicher Verwendungseignung

Weitere Änderung

- Zusicherung wird ersetzt durch Beschaffenheitsvereinbarung
- Folge:
 - Beschaffenheitsvereinbarung liegt schnell vor
 - Hohe Hürde wie bei der Zusicherung nicht gegeben.
- Folge: Jede Beschreibung, jede Angabe, jedes Qualitätsmerkmal im Vertrag wird zur Beschaffenheitsvereinbarung.

Das Problem mit der Beschaffenheitsvereinbarung

- Ist jede Benennung von Merkmalen im Vertrag eine vereinbarte Beschaffenheit ?
 - Freilich: Die Fragestellung ist überflüssig, wenn keine Sachmangelfreiheitsalternative eine Einschränkung durch Verwendungseignungskriterien erfährt.
- Kann ein Vertrag nicht Merkmale benennen um die gewöhnliche Beschaffenheit zu charakterisieren ?

Gefahr der Beschaffenheitsvereinbarung

- Das Fehlen des vereinbarten Beschaffenheitsmerkmals reicht aus
- Auf negative Folgen kommt es nicht an
- Beispiel: Schiefer aus dem Bruch Margareta
- Das ist sicher ein Beschaffenheitsvereinbarung
- Eine Beschaffenheitsvereinbarung qualifiziert den geschuldeten Erfolg.

Sollen das auch Beschaffungsvereinbarungen sein ?

- Befestigung mit drei Schiefernägeln
 - Ist dann eine Befestigung mit 4 Nägeln ein Mangel ?
- Befestigung mit Schiefernägeln
 - Ist dann eine solche mit Schieferstiften ein Mangel ?
- Kann in solchen Fällen der Sachverständige ausführen, die Fachregel lasse die Alternative mit Schieferstiften zu ?

Was geschieht mit einer Beschaffenheitsvereinbarung ?

- Dann liegt eine massive Versubjektivierung des Mangels auf vertragsrechtlicher Basis vor.
- Die Gleichwertigkeit wird vertragsrechtlich eliminiert und ausgeschlossen.
- Das Realisierungskonzept steht endgültig.
- Davon darf nicht abgewichen werden.
- Der Unternehmer ist zu Änderungen nicht befugt.
Verträge sind auch im Detail zu halten

Eigene Vorstellung

- Nicht jede Merkmalbenennung in einem LV ist eine Beschaffenheitsvereinbarung
- Frage der Auslegung
- Frage an den SV nach dem Stellenwert des Merkmals
- Bei Identität mit Vorgaben nach anerkannten Technikregeln nur Aufnahme gewöhnlicher Beschaffenheitsmerkmale = gewöhnliche Verwendungseignung
- Beschaffenheitsvereinbarung: qualifizierter Erfolg

Insbesondere

- Stillschweigend geschlossene Beschaffensvereinbarung mit dem Inhalt: Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik
 - Gegenargumente
 - Das sind doch wohl übliche Beschaffenheiten und deshalb der gewöhnlichen Verwendungseignung zugehörig. Das ist keine Erfolgsqualifizierung, sondern das Normale, Übliche
 - Techniknormen kennen Prinzipien und Anwendungsregeln, von letzteren kann gerade abgewichen werden. Ein Abweichungsvorbehalt verträgt sich nicht nicht mit einer Beschaffensvereinbarung

Sachmangelfreiheit: Verwendungseignung

- Verständnis der herrschenden Meinung:
 - Einschränkung der Verwendungseignung und des Werts ist nicht erforderlich.
 - Es reicht der Verstoß gegen die vertragliche Verwendungseignung
 - Es reicht bei Fehlen einer vertraglichen Verwendungseignung der Verstoß gegen die gewöhnliche Beschaffenheit artgleicher Werke und die Nichteinhaltung der Erwartung des Bestellers.

Stellenwert neben einer Beschaffungsvereinbarung

- Ist die Beschaffenheit unzulänglich im Vertrag beschrieben, kommt ergänzend die Verwendungseignung zum Tragen.
 - Beispiel: Ein Dach über einem Lebensmittelmarkt muss nicht nur regen-, sondern wasserdicht sein. Der geschuldete Erfolg richtet sich nicht dem Ausschreibungstext. Dieser kann falsch sein, maßgebend ist der Verwendungszweck,
 - vertraglich vorausgesetzt oder der gewöhnliche

Was ist nämlich geblieben trotz der Neuregelung ?

- Der funktionale Mangelbegriff !
- Das bedeutet:
 - Unabhängig von Vorgaben im Bauvertrag schuldet der Unternehmer ein funktionstaugliches Werk
 - Die im Vertrag beschriebenen Merkmale und Verwendungseignungen können schlicht falsch sein.

Einbau dieses Funktionalitätsaspekts in das neue Recht ?

- Die Funktionalität lässt sich in die Voraussetzungen der Verwendungseignung einbauen, sie ist begrifflich enthalten
- Begrifflich gehört zum Sachmangel die Einschränkung in der Verwendungseignung
- Es ist eine Frage des Einzelfall, ob bei gegebener Funktionalität aber Abweichung vom Vertrag ein Sachmangel vorliegt.

Kommentarliteratur

- Andere Ansicht: Negative Auswirkung auf Tauglichkeit und/oder Wert ist nach neuem Recht für den Sachmangel nicht erforderlich
- Maßgebend soll allein die Abweichung von der Sollbeschaffenheit sein und zwar in allen Alternativen der Sachmangelfreiheit
- Aber: Wie ist dann die Einschränkung in der Funktionstauglichkeit als Mangel zu begründen nach dem Gesetz ?

Funktionalität als Teil der Verwendungseignung

- Bei der Beurteilung des Mangels nach Maßgabe der Verwendungseignung spielen subjektive und objektive Komponenten eine Rolle:
- Beispiel: Ausgeschrieben ist ein altdeutsche Doppeldeckung, ausgeführt wird eine altdeutsche Deckung.
- Dann ist die Verwendung geeignet, Funktionalität ist gegeben, dennoch ein Mangel, weil vom Vertrag abweichend.

Der Übergang in die Minderung

- Im Beispiel:
- AG kann nach § 635 Nacherfüllung verlangen.
- Kann AG diese Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen verweigern ? § 635 Abs. 3.
- Die Folge ist die Minderung nach § 638.
- Dann die Frage nach welchen Kriterien.

Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen

- Fragen:
- Verteidigung bei jeder Verletzung der Sachmangelfreiheitskriterien, also auch bei Beschaffenheitsvereinbarung ?
- Nach § 635 Abs. 3: Ja, weil dort keine Einschränkung – gegenwärtig noch Unklarheiten in der Auslegung.
- Altes Recht gab bei Zusicherung, bei grober Fahrlässigkeit, bei Verstoß gegen Technikregeln diese Verteidigung nicht.

Wann Unverhältnismäßigkeit ?

- Bewertung des objektiven Interesses an einer mangelfreien Leistung
- Bewertung des Aufwandes
- Im Hinblick auf dieses objektive Interesse ist der Aufwand nach Treu und Glauben zu hoch.
- Also: Mangel subjektiv bewertet,
- Unverhältnismäßigkeit des Aufwands setzt an objektiver Bewertung des Interesses an

Minderung auch bei geringwertigen Mängeln - Bemessungsregeln

- Unerhebliche Mängel schließen Minderung nicht aus
- Bemessung nach § 638 – Parameter
 - Verhältnisrechnung
 - Anknüpfung an Vertragspreis, nicht für die Verhältnisrechnung an den jetzigen Kosten
 - Zeitpunkt: Vertragsschluss
 - Wert des Werks in mangelfreiem Zustand zum Wert in mangelhaftem Zustand, dieses Verhältnis wird auf die Vergütung übertragen.

Ungeeignetheit der Formel

- Der Wertbegriff kommt beim Mangel nicht mehr vor.
- Die Minderung kann nach § 638 auch geschätzt werden.
- Bei Beseitigungsfähigkeit Ermittlung nach tatsächlichen Mängelbeseitigungskosten
- Bei Unmöglichkeit oder bei Unverhältnismäßigkeit Ermittlung des Minderwerts der Leistung

Minderwertermittlung

- Ermittlung des technischen Minderwerts
- Ermittlung des merkantilen Minderwerts
- Dabei geht es um den Sollwert, der mit 2005 anzusetzen ist und um den mangelbedingten Restwert.
- Diese Differenz ist auszugleichen.
- Die Minderung gleicht die Differenz zwischen der geschuldeten und der erbrachten Leistung aus.
- Zielbaumverfahren, Nutzwertanalyse als Methoden
- Hilfestellung durch Bewertungstabellen

Der optische Mangel

- Bisher:
 - Maßgeblich war die Störung
 - Die Störung aus der Sicht des gewöhnlichen Betrachters (vgl. Produktdatenblatt Dachziegel mit gebrauchstüblicher Betrachtungsabstand)

Und nun: Was ist, wenn die Beeinträchtigung nicht mehr konstitutiv ist, wenn jede Soll-Abweichung für den Mangel ausreichend sein soll ?

Folgen eines solchen Zugriffs ?

- Bewertungstabellen und Technikregeln liegen dann falsch:
- Sie bestimmen den Betrachtungsabstand,
- Bestimmen den Gesamteindruck als maßgeblich
- Der Sachverständige und die Rechtsfindung steht vor Schwierigkeiten.
- Lösung: Es muss auf die Störung ankommen.
Jedoch: Bei Beschaffenheitsvereinbarung ist nicht der gewöhnliche Betrachter, sondern der Besteller maßgeblich, auch nicht ein üblicher Betrachtungsabstand, von dem aus die Sache nicht mehr gesehen werden kann.

Konsequenz - Minderung

- Die neue Betrachtung wird zu einer einfacheren Bejahung des Mangels kommen.
- Die Unverhältnismäßigkeit des Aufwands gemessen an objektivem Interesse wird das Korrektiv sein.
- Es bleiben Schwierigkeiten in der Bemessung
- Hilfe ist die Schätzung. Damit ist ein gewisser Freiraum gegeben.

Zusammenfassung

- In der Mangelfrage sind abschließend rechtsverbindliche Strukturen noch nicht aufgefunden.
- Es werden subjektive und objektive Komponenten in Verbindung maßgeblich sein und eine Bewertung erfordern.
- Die subjektive Seite des Mangels ist jedenfalls gestärkt.
- Die bloße Gleichwertigkeit unter objektiven Gesichtspunkten kann am subjektiven Moment scheitern.

Zusammenfassung

- Bei dem optischen Mangel besteht m.E. noch ein Tasten und Abwägen.
- Vorhandene Regelwerke und Bewertungstabellen sind kritisch zu sehen.
- Der Sachverständige hat jedenfalls eine Einzelfallbewertung vorzunehmen und nicht einfach das Schema der Bewertungstabellen zu übernehmen.
- Die Minderung bestimmt sich herkömmlich nach dem Mängelbeseitigungsaufwand. Sonst nach dem zum Ausgleich des Minderwerts Gebotenen. Die Anknüpfung hierfür erfolgt am Vertragspreis und nicht am jetzt erforderlichen Aufwand.