

## Urteilsbesprechung

### Wann ist die Mängelbeseitigung im Straßenbau unverhältnismäßig?

- 1. Verlangt der Auftraggeber nach Abnahme der Leistung die Beseitigung eines Mangels und muss er sich an deren Kosten beteiligen, kann der nachbesserungsbereite Auftragnehmer vorweg weder Zahlung noch Zusage eines Kostenzuschusses verlangen, sondern lediglich Sicherheitsleistung in angemessener Höhe.**
- 2. Der Auftragnehmer kann die Mängelbeseitigung verweigern, wenn einem objektiv geringen Interesse an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht.**
- 3. Birgt die Mangelhaftigkeit eines Straßenbelags das Risiko einer nachhaltigen Funktionsbeeinträchtigung, besteht grundsätzlich ein objektiv berechtigtes Interesse des Auftraggebers an einer Mängelbeseitigung.**
- 4. Erreicht knapp die Hälfte des Straßenbelags deutlich vor dem Ende der üblichen Nutzungsdauer den sog. "Warnwert", ist die Nachbesserung des gesamten Straßenbelags nicht unverhältnismäßig.**

OLG München, Urteil vom 27.02.2018 - [9 U 3595/16 Bau](#)  
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

VOB/B § [13](#) Abs. 6

#### Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) erteilte dem Auftragnehmer (AN) den Auftrag, einen Streckenabschnitt der Bundesautobahn 6 zu erstellen. Die Leistung beinhaltet u. a. die Herstellung einer Asphaltbinderschicht. Zum Ende der Gewährleistungsfrist stellt der AG weiträumig Längs- und Querrisse fest. Diese sind durch eine Vermischung des Asphaltguts verursacht. Nachdem die Mängel durch Sachverständige bestätigt sind, verlangt der AG Ersatz der Mängelbeseitigungskosten i.H.v. voraussichtlich 8,5 Mio. Euro. Der AN hat die Mängelbeseitigung von einem Anerkenntnis des AG abhängig gemacht, einen Zuschuss i.H.v. 90% der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zu leisten. Da der AG das Anerkenntnis verweigert habe, sei er berechtigt, seine Leistung zurückzuhalten. Zudem sei die Mängelbeseitigung unverhältnismäßig.

#### Entscheidung

---

Dem folgt das OLG nicht. Der Auftragnehmer könne nach der Rechtsprechung des BGH die **Mängelbeseitigung** gerade **nicht von der Zahlung oder Zusage eines Vorschusses abhängig** machen, sondern allenfalls eine - hier nicht verlangte - Sicherheitsleistung begehren. Ob eine Mängelbeseitigung unverhältnismäßig sei, bestimme sich nicht nur nach der Höhe der Kosten. **Unverhältnismäßig** sei die **Mängelbeseitigung** nur, wenn einem **geringen Interesse des Bestellers an einer vertragsgerechten Leistung ein erheblicher Aufwand zur Mängelbeseitigung gegenüberstehe**. Bezogen auf den Bau von Autobahnen bestimme sich das Interesse des AG wesentlich danach, ob das **Risiko einer nachhaltigen Funktionsbeeinträchtigung kurz vor dem Ende der üblichen Nutzungsdauer** eintrete. Dieses Risiko habe sich hier aber schon **sehr frühzeitig realisiert**. Folglich sei die Mängelbeseitigung wegen eines anerkennenswerten Interesses des Bestellers **nicht unverhältnismäßig**.

### Praxishinweis

---

Die Ausführungen des OLG zur Zuschusspflicht entsprechen gefestigter Rechtsprechung. Außergerichtlich kann der AN - eine Zuschusspflicht unterstellt - nur eine Sicherheit in Höhe des Zuschusses verlangen. Für Straßenbauer sehr lesenswert sind die Passagen zum "Warnwert". Er allein ist für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer Mängelbeseitigung nur bedingt geeignet. Maßgeblich ist vielmehr die verbleibende Nutzungsdauer der Straße bei Überschreitung des Warnwerts.

*RA Dr. Helmut Miernik, Düsseldorf*

© id Verlag