

Rundschreiben 05/2014

Thema: Die korrekte Mängelrüge/Baurecht

1. Einleitung

In der Praxis ist zu beobachten, dass viele Auftraggeber bzw. deren Architekten und Ingenieure bei der Abfassung einer Mängelrüge grundlegende Fehler begehen. Die Folgen können fatal sein. Es kann sogar sein, dass bei tatsächlich vorhandenen Mängeln der Auftraggeber keine Ansprüche mehr durchsetzen kann auf Grund einer fehlerhaft formulierten Mängelrüge. Was ist der richtige Inhalt einer Mängelrüge? Wie sind Mängel zu beschreiben? Muss eine Frist gesetzt werden? Diesen und anderen Fragen geht nachfolgende Darstellung nach.

2. Inhalt einer Mängelrüge

Der Auftraggeber muss den Auftragnehmer zur Beseitigung des Mangels aufgefordert haben, damit das Nacherfüllungsrecht des Auftragnehmers erlischt. Dies erfordert eine eindeutige und inhaltlich zweifelsfreie empfangsbedürftige Willenserklärung des Auftraggebers an den Auftragnehmer. Der Auftraggeber hat anzugeben, welcher Mangel aufgetreten ist und beseitigt werden soll.

Diese Konkretisierung der Mängelrüge ist Grundvoraussetzung dafür, dass der Auftragnehmer Art und Umfang der von ihm geforderten Nacherfüllung erkennt und der Auftraggeber später nicht weitere Mängel nachschieben kann, ohne dass diese innerhalb der Verjährungsfrist für Mängelrechte gerügt worden wären. Die Rechtsprechung ist aber insoweit großzügig, wenn der Auftraggeber den Mangel seinem äußeren Erscheinungsbild nach genau bezeichnet und die genaue Lage des Mangels angibt, während eine Angabe der Ursache nicht erforderlich ist (so genannten Symptomrechtsprechung)¹.

Die Mängelrüge umfasst auch später auftretende Mängel, sofern diese dem gerügten äußeren Erscheinungsbild zugeordnet werden können. Wird beispielsweise ein Mangel an einer bestimmten Stelle gerügt und es tritt später an anderer Stelle der gleiche Mangel nochmals auf, bezieht sich die Mängelrüge auch auf diesen Bereich, obwohl nicht ausdrücklich erwähnt².

Beispiel:

Es kommt auf dem Dach zu Abplatzungen bei einer Dachpfanne auf der Nordseite des Daches. Der Auftraggeber fordert den Auftragnehmer auf, an der Nordseite das Dach unter Fristsetzung zu reparieren. Später zeigt sich auch noch ein Schaden auf der Südseite des Daches, der mit diesem Schadensbild vergleichbar ist.

¹ BGH BauR 1987, 84, 85; BGH BauR 1987, 443, 444; BGH BauR 1989, 79, 81; BGH BauR 1989, 81, 82

² BGH BauR 2011, 149

Der Auftraggeber kann auf eine Mängelrüge nur verzichten, wenn der Auftragnehmer zweifelsfrei und ernstlich zu erkennen gibt, dass er einer solchen Aufforderung ohnehin nicht nachkommen wird³. Die Mängelrüge wäre in einem derartigen Fall eine bloße Förmelerei.

Bei Mängelrügen werden viele Fehler gemacht:

Fehlerquellen bei Mängelrügen
- Einsatz bloßer Floskeln zur Mängelbeseitigung - Fehlen einer konkreten Mängelbeseitigung, d. h. nicht einmal Nennung Symptom - Zugangsnachweis Mängelbeseitigungsaufforderung - Fehlen einer Fristsetzung für Mängelbeseitigungsaufforderung - Mängelbeseitigung erfolgt nicht schriftlich (Dokumentation, Verjährung bei VOB/B) - Mängelbeseitigungsaufforderung diktiert dem Auftragnehmer die Methode der Mängelbeseitigung - Mängelbeseitigungsaufforderung vor Abnahme ohne Kündigungsandrohung beim VOB/B-Vertrag - Beginn mit Mängelbeseitigung vor Ablauf der in der Mängelbeseitigungsaufforderung genannten Frist

Der Auftraggeber kann bei der Mängelbeseitigungsaufforderung eine Vielzahl von Fehlern begehen. Es ist in der Praxis festzustellen, dass diese Erklärung häufig stiefmütterlich behandelt wird. Dies kann dem Auftragnehmer im Einzelfall helfen, trotz vorliegendem Mangel, spätere Ersatzvornahmen abzuwehren, da der Auftraggeber fehlerhaft vorgegangen ist.

Bei der Mängelbeseitigungsaufforderung dürfen keine bloßen Floskeln verwendet werden. Zwar erhebt die Rechtsprechung keine hohen Anforderungen an den Inhalt einer Mängelbeseitigungsaufforderung, sie darf aber nicht so unzureichend formuliert sein, dass lediglich eine bestimmte Leistung als mangelhaft bezeichnet wird. Dies kann eine bloße Feststellung sein, beinhaltet aber keine Aufforderung zur Mängelbeseitigung.

Der Auftraggeber sollte konkret die Mängelbeseitigung verlangen. Er kann sich bei der Konkretisierung durchaus auch bestimmter Anlagen bedienen, beispielsweise Pläne, Fotos oder gar Gutachten. Entscheidend ist, dass der Auftragnehmer erkennen kann, dass sich der Auftraggeber mit einer Mängelercheinung nicht zufrieden gibt und eine Beseitigung des Mangelsymptoms erwartet.

Der Auftraggeber darf nicht versäumen zu dokumentieren, dass die Mängelbeseitigung zugegangen ist. Wendet später der Auftragnehmer ein, er habe kein Schreiben erhalten, muss der Auftraggeber den Vorgang wiederholen oder schlimmer noch, bereits entstandene Ersatzvornahmekosten können nicht geltend gemacht werden.

Die Mängelbeseitigungsaufforderung des Auftraggebers sollte praktischerweise eine Fristsetzung enthalten. Eine Fristsetzung ist zwar nicht Grundvoraussetzung für die Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs, ist aber notwendig für die nachfolgenden Sekundäransprüche. Die weiteren Ansprüche, beispielsweise Kostenvorschussanspruch, Ersatzvornahme usw. hängen davon ab, dass eine gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung fruchtlos abgelaufen ist.

Daher ist es für den Auftraggeber empfehlenswert, diese Ansprüche bereits mit der ersten Mängelbeseitigungsaufforderung vorzubereiten. Mit Fristablauf, wenn die Frist angemessen ist, erlischt das Recht des Auftragnehmers auf Nacherfüllung. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, ein weiteres Angebot zur Mängelbeseitigung anzunehmen⁴.

³ BGH BauR 1980, 465, 466; BGH BauR 1990, 466

⁴ BGH BauR 2003, 693, 694; BGH BauR 2004, 501, 503

Die Mängelbeseitigungsaufforderung bedarf grundsätzlich nicht der Schriftform. Theoretisch kann sie auch mündlich erfolgen. Dennoch ist es empfehlenswert, die Mängelbeseitigungsaufforderung schriftlich abzufassen. Dies aus zwei Gründen:

- Dokumentationsgründe
- Verlängerung der Verjährung gem. § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B

Der Auftraggeber sollte dem Auftragnehmer nicht die Methode der Mängelbeseitigung diktieren. Der Auftragnehmer hat die Wahlfreiheit hinsichtlich der Methode der Mängelbeseitigung⁵. Der Auftragnehmer trägt auch das Risiko des Erfolgs der von ihm gewählten Maßnahme. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Auftraggeber mit einer bestimmten Mängelbeseitigung „einverstanden“ erklärt hat⁶. Gefährlich ist es für den Auftraggeber, ein Mängelbeseitigungsangebot zurückzuweisen. Er gerät dadurch in Annahmeverzug. Eine Zurückweisung ist nur dann zulässig, wenn die Mängelbeseitigung nur auf eine bestimmte Art und Weise erfolgen kann und die angebotene Mängelbeseitigung untauglich ist⁷.

Der Auftraggeber sollte bei einem VOB/B-Vertrag vor Abnahme unbedingt die Mängelbeseitigungsaufforderung nicht nur mit einer Fristsetzung, sondern auch mit einer Kündigungsandrohung versehen. Gem. § 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B muss vor Beginn der Ersatzvornahme dem Auftragnehmer gekündigt werden. Die Kündigung ihrerseits ist wiederum nur möglich, wenn der Kündigung zuvor eine Mängelbeseitigungsaufforderung angedroht wurde. Ansonsten kann der Auftraggeber etwaige Mängelbeseitigungskosten nicht geltend machen.

Der Auftraggeber darf mit den Mängelbeseitigungsmaßnahmen nicht vor Ablauf der von ihm gesetzten Frist bzw. bei einer zu kurz gesetzten Frist, bei Ablauf der angemessenen Frist mit der Ersatzvornahme beginnen. Der Auftragnehmer hat nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht zur Mängelbeseitigung⁸.

HINWEIS:

1.

Der Auftraggeber sollte stets **schriftlich** die Mängel rügen und das Schreiben **beweisbar** dem Auftragnehmer zugehen zu lassen.

Bei der VOB/B führt nur die schriftliche Mängelrüge zu einem „Quasineubeginn“ der Verjährung der Mängelansprüche. Gleichgültig, ob VOB/B oder BGB-Bauvertrag ist das Mängelbeseitigungsverlangen für die Geltendmachung weiterer Rechte von Bedeutung und sollte deshalb nachweisbar sein.

2.

Der Auftraggeber sollte die Mängelrüge mit einer **angemessenen Frist** zur Mängelbeseitigung verbinden, da auch dies Voraussetzung weiterer Rechte des Auftraggebers ist.

Die Fristsetzung sollte immer ein konkretes **Datum** angeben bis zu dem die **Nacherfüllung** seitens des Auftragnehmers **erbracht sein muss**.

Unzureichend sind Fristsetzungen des Auftraggebers zum Arbeitsbeginn, zur Vorlage von Lösungsvorschlägen oder Sanierungskonzepten, da diese weder das BGB noch die VOB/B kennen.

Untauglich sind auch gesetzte Wochenfristen statt eines konkreten Datums, da meist unklar ist, ab wann diese Fristen beginnen (Datum des Schreibens oder des Zugangs?). Folglich ist

⁵ BGH BauR 1973, 313, 317; OLG Hamm BauR 1995, 852, 853

⁶ OLG Celle BauR 2010, 1613, 1616; OLG Brandenburg BauR 2011, 1705

⁷ BGH BauR 2011, 1336; 1337

⁸ BGH BauR 1984, 395, 399

der Fristablauf nicht genau berechenbar. Der Auftraggeber muss dies aber wissen, um ohne Risiko zur Selbstvornahme schreiten zu können!

3.

Der Auftraggeber sollte die **Folgen des Mangels**, nicht die Ursache nennen (Symptomtheorie). Es ist nicht Aufgabe des Auftraggebers Ursachenforschung zu betreiben, zumal dies auch nachteilig sein kann, wenn nicht gleichzeitig, die Folgen des Mangels gerügt werden.

Falsch:

„Dichtungsbahn ist unsachgemäß verlegt.“

Richtig:

„Das Dach ist im Bereich XYZ undicht.“

Dies ist vorteilhaft, weil mit Angabe des Mängelsymptoms sämtliche hierauf bezogene Ursachen gerügt und nach VOB/B ein „Quasineubeginn“ eintritt, auch wenn die tatsächliche Ursache der Undichtigkeit keine unsachgemäß verlegte Dichtungsbahn sein sollte, sondern eine andere Ursache.

4.

Der Auftraggeber sollte beim **Umfang und Ort der Mängel** genau gegenüber Auftragnehmer rügen.

Falsch:

„An einigen Fenstern blättert die Farbe ab.“

Richtig:

„An zwei Fenstern im EG und drei Fenstern im OG (Kinderzimmer) blättert die Farbe ab.“

Auftragnehmer muss Kenntnis über Umfang und Ort der Mängel haben, damit Mängelrüge nicht unzulänglich ist.

5.

Soweit eine Pflicht des Auftragnehmers zur Mangelbeseitigung besteht, sollten folgende Grundsätze beachtet werden:

- falls es mehrere taugliche Wege zur Mangelbeseitigung gibt, kann der **Auftragnehmer** den aus seiner Sicht **günstigsten Weg** wählen.
- **Nachbesserung bedeutet nicht Verbesserung.** Bringt die Mangelbeseitigung dem Auftraggeber Vorteile, so sind diese von ihm auszugleichen. Man spricht vom Vorteilsausgleich.

6.

Der **Auftragnehmer** hat die Mängel **auf seine Kosten** zu beseitigen. Nutzungsausfall des Bauwerks und Verdienstausschlag des Auftraggebers gehören nicht hierzu, sind aber gegebenenfalls als Schaden nach §§ 280 ff. BGB bzw. § 13 Abs. 7 VOB/B erstattungsfähig.⁹

Bei Durchsetzung des Anspruchs angefallene Honorare für Rechtsanwalt und Sachverständigen sind erstattungsfähig.¹⁰

Nachfolgend ein mögliches Beispiel für die Formulierung eines Mängelbeseitigungsverlangens nach VOB/B im Zeitraum nach Abnahme. Bitte beachten, dass bei Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag vor Abnahme zusätzlich eine Kündigungsandrohung enthalten sein muss. Nach Ablauf der Frist wäre im Bereich vor Abnahme zudem eine schriftliche Kündigung notwendig. Grundsätzlich gilt, dass sämtliche Schreiben beweisbar zugehen müssen, um keine Rechtsnachteile zu erleiden!

⁹ Schliemann, Mängelansprüche im Bauvertrag, Rn. 260, 2003

¹⁰ Schliemann, Mängelansprüche im Bauvertrag, Rn. 261, 2003; Trapp/Stratmann-Zürbig, Privates Baurecht, Rn. 269, 2003 mit weiteren Nachweisen.

3. Muster „Mängelrüge“

MUSTER: Mängelbeseitigungsverlangen (VOB/B)

Anschrift Auftragnehmer

Ort, Datum

Bauvorhaben: _____
Bauvertrag vom: _____
hier: Mängelrüge

Sehr geehrte Damen und Herren,
 sehr geehrte/r _____ ,

bis heute haben sich an dem vorstehend bezeichneten Bauvorhaben folgende Mängel gezeigt:
(Erscheinungsbild, nach Lage und Gestalt konkret)

1.
2.
3.
4.

Wir haben Sie aufzufordern, diese Mängel bis spätestens zum

.....

zu beseitigen.

Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist werden wir ein anderes Unternehmen mit der Mängelbeseitigung beauftragen und Ihnen hierfür anfallende Kosten in Rechnung stellen; § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B.

Um die Mängelbeseitigungsarbeiten entsprechend zu koordinieren, bitten wir um rechtzeitige telefonische Terminabsprache.

Mit freundlichen Grüßen

Unterschrift

4. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen belegen, dass die Abfassung einer Mängelrüge keine unüberbrückbaren Schwierigkeiten aufweist. Wichtig ist, dass ein entsprechendes Schreiben abgefasst wird. Hilfreich kann es sein, durch Verweise auf Pläne mit entsprechenden Markierungen, Fotos, die Symptome einfacher und besser darzustellen. Eine Mängelrüge kann auch Anlagen enthalten. Es sollte dann aber darauf geachtet werden, dass die Anlagen im Schreiben erwähnt und beigelegt werden.