

29. Pantaenius Immobilien tagung  
am 17. November 2022

## **Erste Hilfe bei Baumängeln- (Schreiben bis der Anwalt kommt)**

Rechtsanwalt Christopher Nierhaus

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

W.I.R Breiholdt Nierhaus Schmidt Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte PartG mbB  
[www.wir-breiholdt.de](http://www.wir-breiholdt.de)



# Unsere heutigen Themen

---



Breiholdt Nierhaus Schmidt

## ➤ Mängelanzeige

Wie beschreibe ich den Mangel richtig?

Was ist, wenn ich die genaue Schadensursache nicht kenne?

## ➤ Fristsetzung

Wie muss ich die Fristsetzung formulieren?

Darf ich konkrete Beseitigungsmaßnahmen vorgeben?

Welche Frist zur Beseitigung muss ich einräumen?

Wieviele Nachfristen muss ich setzen?

Wann darf ich den Mangel selbst beseitigen lassen?

## ➤ Zustellung

Kann ich nicht gleich an den Subunternehmer schreiben?

Wie stelle ich die Mängelrüge zu?

# Mängelansprüche des Bestellers nach Abnahme, § 634 BGB

## 1. Nacherfüllung (=Herstellung eines mangelfreien Werkes), § 635 BGB



### Fristsetzung zur Mängelbeseitigung

## 2. Selbstvornahme mit Aufwendungsersatz, § 637 BGB

## 3. auch als Vorschuss, § 637 Abs. 3 BGB

## 4. Minderung, § 638 BGB

## 5. Rücktritt, § 636 BGB

## 6. Schadensersatz statt der Leistung, §§ 636, 281 Abs. 1 BGB

a) kleiner SE

b) großer SE

} „Sekundäransprüche“  
Wahlrecht

## (7. Schadensersatz neben der Leistung, §§ 636, 280 Abs. 1 BGB)

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist es notwendig, aber auch ausreichend, dass der Besteller das **Symptom** des Mangels, also den Mangel nach seinem äußeren objektiven Erscheinungsbild, möglichst exakt beschreibt (BGH Beschl. 14.12.2017 – VII ZR 217/15; BGH Urt. v. 8.5.2003 – VII ZR 407/01; BGH Urt. v. 27.2.2003 – VII ZR 338/01).

Die Bezeichnung des Symptoms stellt keine Begrenzung des Mangelbeseitigungsverlangens dar. Vielmehr werden von dieser ohne weiteres alle mit dem bezeichneten Mangelsymptom im Zusammenhang stehenden Mangelursachen erfasst.

Zur Geltendmachung des Anspruchs ist es dagegen **nicht erforderlich, die Ursache** von Mangelerscheinungen und damit den Mangel selbst zu erforschen, zu bezeichnen, Beweise hierüber zu beschaffen oder die Verantwortlichkeit der am Bau beteiligten Unternehmer für Mängel vorprozessual zu klären. Davon ist sogar abzuraten, da der Besteller sonst Gefahr läuft, Verantwortung für das Gelingen einer Nacherfüllung zu übernehmen.

Der Besteller muss den gerügten Mangel so genau bezeichnen, dass der Unternehmer hierauf basierend weiß, worauf sich das Nacherfüllungsverlangen bezieht und er in die Lage versetzt wird, zu prüfen, ob er für den Mangel verantwortlich ist.

Die Bezugnahme auf ein Privatgutachten, das entweder die Mängel oder lediglich nur deren Symptome verständlich darstellt, reicht für qualifizierten Parteivortrag aus (BGH 31. 3. 2005 - VII ZR 369/02; BGH 24. 2. 2005 - VII ZR 225/03)

Ausreichend ist auch die Bezugnahme auf bereits erfolgte Rügen, etwa in Baustellenprotokollen oder vorprozessualen Schreiben (BGH 3. 12. 1998 - VII ZR 405/97)

Es muss hinreichend **deutlich zur Beseitigung des Mangels aufgefordert** werden; die Aufforderung, lediglich die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung zu erklären o.ä. genügt nicht.

# Unklare Beschreibungen vermeiden



Breiholdt Nierhaus Schmidt



„Die Fenster sind kaputt“

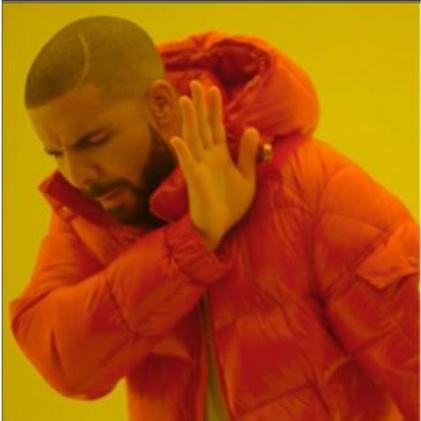
„Die Heißwasserversorgung ist mangelhaft“



„In durchgängig allen Wohnungen lassen sich die Fenster nicht mit Handkraft öffnen und schließen. Betroffen sind überwiegend die bodentiefen Fensterelemente.“

„Nach Öffnen der Heißwasserhähne dauert es mindestens 2 Minuten, bis das Wasser deutlich heißer als handwarm ist.“

# Symptom eingrenzen



„Der Boden der Tiefgarage hat Risse“  
„Der Schallschutz ist nicht ausreichend“



„Über die gesamte Bodenfläche gleichmäßig verteilt ziehen sich in Abständen von 1 bis 2 Metern zahlreiche Risse von bis zu 4 m Länge“

„In der Wohnung sind übliche Wohngeräusche aus der Nachbarwohnung deutlich hörbar und störend zu vernehmen.“

# Beseitigungsverlangen



„Bitte nehmen Sie Stellung, ob Sie den Mangel anerkennen“

„...erwarten wir, dass Sie innerhalb der nächsten Woche mit den Arbeiten beginnen“

„...fordern wir Sie auf, den Mangel unverzüglich zu beseitigen; anderenfalls werden wir jede weitere Mängelbeseitigung durch Sie ablehnen “



...fordern wir Sie auf, die genannten Mängel bis zum **15. Dezember 2022** zu beseitigen.“

§ 637 Abs. 1 BGB: „Der Besteller kann wegen eines Mangels des Werkes nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten **angemessenen Frist** den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen...“

Da vom Schuldner im Rahmen der Nacherfüllung außerordentliche Anstrengungen erwartet werden, ist eine Frist solange angemessen, wie sie dem Unternehmer ermöglicht, während ihrer Dauer die Mängel **unter größten Anstrengungen zu beseitigen** (BGH 11. 6. 1964 - VII ZR 216/62; BGH VII ZR 85/05 = NJW 22006, 2254).

Ob die vom Besteller gesetzte Frist angemessen ist, muss nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls beurteilt werden. Dabei kann insbesondere auch ein **besonderes Interesse des Bestellers** an einer möglichst pünktlichen mangelfreien Fertigstellung zu berücksichtigen sein.

# Zu kurze Frist



Auch im Rahmen von § 637 BGB gilt der Grundsatz, dass durch Setzung einer zu kurzen (nicht angemessenen) Frist grundsätzlich eine angemessene Frist in Gang gesetzt wird (BGH 24. 6. 1986 - X ZR 16/85; BGH 1. 10. 1970 - VII ZR 224/68).

Aber: Beauftragt der Besteller das Drittunternehmen, bevor die gesetzte oder eine angemessene Nacherfüllungsfrist abgelaufen ist, verliert er den Anspruch auf Kostenerstattung.



# Wie viele Nachfristen muss ich setzen?



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Gem. § 635 BGB ist nur eine Fristsetzung nötig, um nach deren Ablauf die Sekundäransprüche ausüben zu können. Diese Frist muss lediglich “angemessen” sein.

Eine erneute Fristsetzung (“Nachfrist”) wird daher eher aus pragmatischen Gründen sinnvoll sein, etwa wenn die erste Frist zu kurz war oder der Auftragnehmer erinnert werden soll.

Haben die Parteien nach Ablauf einer ersten Fristsetzung über die Art und Weise der Mängelbeseitigung verhandelt oder lässt der Besteller dann Nacherfüllungsarbeiten des Unternehmers zu, kann darin sein Einverständnis mit einer Nacherfüllung gesehen werden. Will der Besteller dann doch noch zur Selbstvornahme übergehen, muss er in diesen Fällen noch einmal eine Nacherfüllungsfrist setzen.

# Wann genügt ein Auskunftsverlangen?



Breiholdt Nierhaus Schmidt

„Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte - ungeachtet ihrer Nacherfüllungspflichten als solchen – (...) verpflichtet war, im Hinblick auf die aufwändige Sanierungsmaßnahme ein Sanierungskonzept vorzulegen, das den Klägern als Bauherren überhaupt erst die Prüfung ermöglicht hätte, ob die von der Beklagten angebotene Teilsanierung der Decken im o.a. Umfang den vertraglich geschuldeten Erfolg (einen „erhöhten Schallschutz“, s.o.) überhaupt erreichen konnte. (...) Dies folgt auch daraus, dass keiner Partei mit einer Nacherfüllung gedient ist, die sich später als unzureichend erweist. (...) Es gibt indes kein Recht des Werkunternehmers bzw. Bauträgers, sich durch sukzessive Mängelbeseitigungsversuche an den von ihm vertraglichen geschuldeten „erhöhten Schallschutz“ schrittweise (und für ihn kostensparend) quasi „heranzutasten“.“

(OLG Düsseldorf, vom 9.11.2018, Az. 22 U 91/14)

## “Gestufte” Fristsetzung?



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Ist der für die Mängelbeseitigung erforderliche Zeitraum nur schwer abzuschätzen, weil es sich um umfangreiche und schwierige Arbeiten handelt, die denen zudem weitere Baumängel zutage treten können, so kann von dem Auftragnehmer zumindest erwartet und verlangt werden, dass er nach der Aufforderung schleunigst, jedenfalls binnen zumutbarer Frist, mit der Nachbesserung beginnt und sie zügig vollendet. (...) reagiert der Auftragnehmer weder mit einer Erwiderung noch mit Nachbesserungsarbeiten, so ist es dem Auftraggeber nicht zuzumuten, noch eine –in ihrer Angemessenheit kaum abschätzbare- Vornahmefrist zu setzen und diese erst ablaufen zu lassen (BGH VII ZR 301/80 = BauR 1982, 496, 497; BGH VII ZR 85/05 = NJW 22006, 2254)

Unterbreitet der Unternehmer einen Sanierungsvorschlag, der offensichtlich ungeeignet ist, kann darin die ernsthafte und endgültige Ablehnung einer sachgerechten Mängelbeseitigung zu sehen sein (BGH BauR 2004, 501). In einem solchen Fall darf der Besteller nach § 637 Abs. 2 S. 1, § 323 Abs. 2 Nr. 1 ohne Fristsetzung zur Selbstvornahme übergehen, weil es ihm „nicht zumutbar“ ist, dem Unternehmer die Umsetzung des ungeeigneten Sanierungsvorschlags zu gestatten (BGH BauR 2004, 501 für § 633 Abs. 3 BGB aF).

## Beispiel (geschätzt 5 Monate für Planung und Ausführung)

„Wir fordern Sie auf, die vorbezeichneten Mängel bis zum **30. November 2022** zu beseitigen.

Damit die von uns gesetzte Frist eingehalten werden kann, fordern wir Sie auf, unverzüglich, spätestens jedoch am **1. September 2022** mit den Mängelbeseitigungsarbeiten zu beginnen.

Ferner weisen Sie uns bis zum **15. August 2022** nach, dass und welche Gewerke mit der Ausführung der Arbeiten beauftragt sind.

Damit wir hinreichend sicher beurteilen können, ob die von Ihnen vorgesehene Sanierung rechtzeitig zu einer nachhaltigen Beseitigung der Durchfeuchtungsmängel in der Dachkonstruktion führen wird, fordern wir Sie auf, uns bis zum **15. Juli 2022** ein Sanierungskonzept vorzulegen, das auch eine nachvollziehbare ausreichende Terminplanung enthält.

Es ist uns nicht zuzumuten, den Ablauf der vorgenannten Fristen abzuwarten, wenn bereits vorher feststeht, dass die Mängel von Ihnen nicht fristgerecht beseitigt werden können. Wir fordern Sie daher auf, uns bis zum **15. Juni 2022** zu bestätigen, dass Sie die geforderten Leistungen termingerecht erbringen und unverzüglich mit der erforderlichen Planung der Sanierung beginnen werden.“

# Wann ist eine Fristsetzung entbehrlich?

Nach § 637 BGB bedarf es keiner Fristsetzung für die Selbstvornahme, wenn

- Die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert wird (entspr. § 323 Abs. 2 BGB),
- Die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist
- Das Abwarten einer Frist für den Besteller unzumutbar ist
  - z.B. Der Besteller ist dringend auf das Werk angewiesen und es steht fest, dass der Unternehmer erst nach einiger Zeit mit der Nacherfüllung beginnen kann (BGH NJW-RR 2002, 666 (668) = MDR 2002, 813 f.)
- Die Nacherfüllung durch den Unternehmer für den Besteller unzumutbar ist
  - z.B. gravierende Unzuverlässigkeit oder vertragswidriges Verhalten des Unternehmers (BGHZ 46, 242 (245) = NJW 1967, 388; OLG Stuttgart IBR 2020, 400; OLG Köln IBR 2015, 547; OLG Celle IBR 2006, 1035)



Nach §§ 637 Abs. 2, 323 Abs. 2 BGB kann eine **Fristsetzung im Einzelfall entbehrlich** sein, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert oder sonst besondere Umstände vorliegen, die eine sofortige Selbstvornahme rechtfertigen.

Ohne Fristsetzung zur Selbstvornahme berechtigt ist der Besteller auch dann, wenn ein **unverzügliches Handeln geboten** ist, um **erhebliche Mängelfolgeschäden** abzuwenden. Zur Vornahme von Notmaßnahmen kann der Besteller u.U. sogar verpflichtet sein, um seiner Schadensminderungspflicht zu genügen. Z.B.: OLG Düsseldorf (NJW-RR 1993, 477): Betreiber einer Fernwärmeversorgung darf undichte Fernwärmeleitung sofort ersatzweise durch eigene Arbeitskräfte reparieren, weil eine längere Unterbrechung der Fernwärmeversorgung sowie eine erhebliche Beeinträchtigung des Straßenverkehrs zu befürchten war. Ebenso BGH NJW-RR 2002, 666 (drohende Geschäftsschließung).

# Wem gegenüber muss der Mangel angezeigt werden?

Schuldner der Nacherfüllung und damit der Sekundäransprüche ist **immer der Vertragspartner** des Bestellers. Der Mangel muss daher immer dem Unternehmer (bei Direktbeauftragung) oder dem Bauträger (bei WEG-Naubauten) angezeigt werden.

Eine Mängelrüge an das in zweiter Stufe ausführende Unternehmen (als Nachunternehmer eines GU oder Bauträgers) ist vertragsrechtlich unbeachtlich und kann die Sekundäransprüche gegen den unmittelbar beauftragten GU/ Bauträger nicht auslösen.

Ausnahme: Der Nachunternehmer (“Subunternehmer”) ist ausdrücklich vom Unternehmer mit der Entgegennahme und/oder Abwicklung von Mängelrügen bevollmächtigt.

Eine begleitende Mängelanzeige auch an den Nachunternehmer kann aber die Mängelbearbeitung beschleunigen und ist deshalb sinnvoll. Das Nacherfüllungsverlangen an den Vertragspartner des Bestellers kann sie aber nicht ersetzen.

# Wie stelle ich die Mängelrüge zu?

Für die Mängelbeseitigungsaufforderung gelten die Grundsätze der empfangsbedürftigen Willenserklärung entsprechend. Der Besteller muss daher den Zugang der Erklärung beweisen.

Keine ausreichenden/ unsicheren Zugangsnachweise sind:

- Sendebericht Fax
- Einwurf- / Übergabeeinschreiben
- Rückschein des Einschreibens ohne Abholung
- E-Mail



Sicherster Weg: Bote mit Empfangs- oder Übergabe-/Einwurfquittung

Tipp: Gerichtsvollzieher





Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit  
und bleiben Sie gesund!