

Quelle:

gespeichert: 18.03.2019, 14:19 Uhr

<https://research.wolterskluwer-online.de/document/5a18a097-4f4e-317d-9365-6216fa730e46>

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Christian Sienz
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2018, 376 - 389 (Heft 2a)
Verlag	Werner Verlag

## Sienz, BauR 2018, 376 Die mangelhafte Mangelrüge

von Rechtsanwalt Christian Sienz, München\*

### I. Schriftform

#### 1. BGB-Vertrag

Bei einem nur dem BGB unterliegenden Bauvertrag gibt es vor der Abnahme keine Mangelrechte des Bestellers.<sup>1</sup> Die Frage nach der richtigen Form einer Mangelrüge stellt sich damit nicht. Eine Ausnahme hiervon enthält [§ 323 Abs. 4 BGB](#). Die Vorschrift ist schon während der Bauausführung anwendbar, weil das allgemeine Leistungsstörungenrecht auch vor der Abnahme gilt.<sup>2</sup> In dem Fall, dass schon während der Ausführung offenkundig ist, dass der Unternehmer das Werk mangelhaft herstellen und der Mangel auch noch bei der Abnahme vorhanden sein wird (z.B. die vielzitierte mangelhafte Bodenplatte eines Hochhauses), kann der Besteller daher schon vor Eintritt der Fälligkeit und damit auch vor der Abnahme den Rücktritt vom Vertrag erklären. Eine vorherige Mangelrüge ist dazu nicht erforderlich, mangels eines

fälligen Anspruchs auf Nacherfüllung ist sie auch noch gar nicht möglich.<sup>3</sup> Auch insoweit stellt sich damit die Frage der einzuhaltenden Form nicht.

Nach Abnahme kann der Besteller Mangelrügen formlos erheben, also auch mündlich. Das BGB kennt insoweit kein Schriftformerfordernis.

## 2. VOB/B-Vertrag

Eine Schriftform für Mangelrügen vor der Abnahme sieht die VOB/B in § 4 Abs. 7 Satz 1 ebenfalls nicht vor; sie ist auch nicht für die Kündigungsandrohung nach [§ 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B](#) notwendig.<sup>4</sup>

Für den Zeitraum nach der Abnahme bestimmt [§ 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B](#), dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, Mängel zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber „schriftlich verlangt“. Nach wohl gefestigter Rechtsprechung des BGH<sup>5</sup> soll das Entstehen des Mangelbeseitigungsanspruchs nicht von einer schriftlichen Mangelrüge abhängen. [§ 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B](#) habe nur die Bedeutung, dem Auftraggeber die u.U. verlängerte Verjährungsfrist des [§ 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B](#) zu erhalten. Ursprung dieser Rechtsprechung ist eine Entscheidung des BGH vom 30.10.1958.<sup>6</sup> Darin kommt der BGH im Wege einer Auslegung des damaligen [§ 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B](#) zu dem beschriebenen Ergebnis.

Bei der VOB/B handelt es sich allerdings (auch wenn das gelegentlich zu relativieren versucht wird) um eine allgemeine Geschäftsbedingung, auf die grundsätzlich die [§§ 305 ff BGB](#) anzuwenden sind; das zeigt schon die Bestimmung des [§ 310 Abs. 1 Satz 3 BGB](#). Dem grundlegenden Urteil des BGH vom 30.10.1958<sup>7</sup> können nun keine AGB-rechtlichen Erwägungen entnommen werden, was aber nicht weiter erstaunlich ist. Die Rechtsprechung hat Ende der 50er Jahre des letzten Jahrhunderts erst begonnen, AGB-Klauseln an [§ 242 BGB](#) zu messen. Das AGB-Gesetz ist dann erst 1977 in Kraft getreten. Es darf daher nicht verwundern, wenn sich das Urteil vom 30.10.1958 im Rahmen der Anwendung nicht mit der kundenfreundlichsten Auslegung befasst. Im Rahmen der in [§ 305c Abs. 2 BGB](#) verankerten kundenfreundlichsten Auslegung ist für die Anwendung einer Klausel im Einzelfall bei mehreren möglichen Auslegungen diejenige, die für den Vertragspartner die günstigste ist, zugrunde zu legen. Diese kundenfreundlichste Auslegung führt bei konsequenter Umsetzung dazu, dass – ist der Besteller Verwender der VOB/B, wie das in der Regel der Fall ist – eine Mangelrüge beim VOB/B-Vertrag zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedarf. [§ 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B](#) bestimmt, dass der Auftragnehmer

zur Beseitigung eines Mangels verpflichtet ist, wenn es der Auftraggeber „schriftlich verlangt“. Aus dem Umkehrschluss ergibt sich, dass der Auftragnehmer hierzu nicht verpflichtet

\*  
-

RAe Kraus, Sienz & Partner Partnerschaftsgesellschaft mbB.

1

[BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15](#) , Rdnr. 25.

2

[BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15](#) , Rdnr. 26.

3

MünchKomm.-Ernst, BGB, 7. Aufl., § 323 Rdnr. 143.

4

Gartz, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Aufl. § 4 Rdnr. 135.

5

[BGH, Urt. v. 15.12.1969 – VII ZR 148/67](#) ; [BGH, Beschl. v. 25.01.2007 – VII ZR 41/06](#) .

6

[BGH, Urt. v. 30.10.1958 – VII ZR 24/58](#) ; so auch [BGH, Urt. v. 27.04.1972 – VII ZR 144/70](#) ; so u.a. auch Weyer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B, 5. Aufl., § 13 Rdnr. 236, und Moufang/Koos, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Aufl., § 13 Rdnr. 282.

7

[BGH, Urt. v. 30.10.1958 – VII ZR 24/58](#) .

Sienz: Die mangelhafte Mangelrüge - BauR 2018 Heft 2a - 377>>

ist, wenn der Auftraggeber das nicht schriftlich verlangt. Das mag keine zwingende Auslegung sein, die kundenfreundlichste ist es allemal. Sie ist im Einzelfall jedenfalls dann anzunehmen, wenn sich an den Zugang einer Mangelrüge für den Unternehmer nachteilige Konsequenzen anknüpfen würden wie insbesondere die Durchführung einer Selbstvornahme mit anschließender Geltendmachung eines Kostenerstattungsanspruchs durch den Besteller gem. [§ 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B](#) . In einem solchen Fall wäre die Mangelrüge nur wirksam, wenn die Schriftform eingehalten wäre.

Nun werden vermutlich die wenigsten Mangelrügen auf dem Bau, zumal solche mit Fristsetzung, mündlich ausgesprochen, was die Problematik in der Praxis deutlich relativiert. Zu klären ist aber noch, sieht man die Einhaltung der Schriftform für erforderlich an, ob die heutzutage übliche Kommunikation per E-Mail insoweit genügt; schließlich wird ein erheblicher Teil der Mangelrügen mittlerweile per Mail verschickt. Anknüpfungspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist [§ 127 Abs. 2 BGB](#) . Nach dieser Vorschrift genügt für die Einhaltung der vereinbarten Schriftform die „telekommunikative Übermittlung“. Die Bedeutung der Norm ist umstritten. Nach einer Auffassung genügt ein einfaches Mail,<sup>8</sup> nach anderer Ansicht ist die Übermittlung eines unterschriebenen Dokuments im Anhang einer E-Mail notwendig.<sup>9</sup> Da [§ 127 Abs. 2 BGB](#) auf die „Übermittlung“ einer Erklärung mit telekommunikativen Mitteln abstellt, dürfte die zweitgenannte Auffassung die zutreffende sein. In der Rechtsprechung wird dagegen teilweise vertreten, es sei eine qualifizierte elektronische Signatur notwendig.<sup>10</sup> Das ist jedoch offensichtlich unzutreffend, da das BGB, wenn eine Erklärung elektronisch abgegeben wird, in § 126a eine qualifizierte elektronische Signatur nur in den Fällen der gesetzlichen Schriftform verlangt. Das Schriftformerfordernis des [§ 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B](#) ist jedoch ein gewillkürtes, kein gesetzliches, so dass [§ 126a BGB](#) gar nicht anwendbar ist. Worauf diese fehlerhafte Auffassung basiert, mag ein bemerkenswerter Satz aus dem zitierten Urteil des LG Frankfurt zeigen:<sup>11</sup> „Die VOB/B ist zwar kein

Gesetz, ihre Regelungen haben aber quasigesetzlichen Charakter im Hinblick auf die Folgen der Nichteinhaltung“.

Der Stand dieser Diskussion, vor allem die zitierte Rechtsprechung, zeigt jedenfalls, welche Risiken sich bei Versand einer Mangelrüge per Mail ergeben können. Das gilt natürlich insbesondere, wenn es dem Besteller um den Eintritt der Quasi-Hemmung nach [§ 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B](#) geht; hierfür ist nach allen vertretenen Auffassungen die Einhaltung der Schriftform erforderlich.

## II. Wirksame Vertretung des Bestellers

Eine Mangelrüge ist eine geschäftsähnliche Handlung, die Vorschriften über Willenserklärungen sind daher entsprechend anzuwenden, damit auch die Vorschriften über die Stellvertretung. Es ist daher grundsätzlich eine Vollmacht desjenigen, der eine Mangelrüge für den Besteller ausspricht, erforderlich. Welche Folgen es haben kann, wenn eine solche Vollmacht nicht besteht, zeigt ein Urteil des BGH vom 28.11.2002:[12](#)

„1. Die Fristsetzung mit Kündigungsandrohung gemäß [§ 643 Abs. 1 BGB](#) kann nur durch einen bevollmächtigten Vertreter wirksam erfolgen.\*) 2. Eine nach Fristablauf erteilte Genehmigung der Erklärung eines vollmachtlosen Vertreters ist wirkungslos.\*)“

Diese Rechtsprechung ist auch für eine Mangelrüge, ggf. unter Fristsetzung, anzuwenden. Auch wenn die Fristsetzung nach [§ 643 BGB](#) rechtsgestaltende Wirkung haben kann – liegen die Voraussetzungen des [§ 643 Satz 1 BGB](#) vor, gilt der Vertrag gem. [§ 643 Satz 2 BGB](#) nach ergebnislosem Ablauf der Frist als aufgehoben – und das bei einer Mangelrüge, gleich ob nach BGB oder VOB/B, nicht der Fall ist, entfaltet die Erklärung auch hier keine Wirkung und es ist keine rückwirkende Heilung durch Genehmigung möglich, jedenfalls dann nicht, wenn der Besteller nach Ablauf der Frist zur Selbstvornahme geschritten ist.

Das wird wohl auch nicht in Frage gestellt. Mängelrügen werden allerdings häufig vom Architekten des Auftraggebers ausgesprochen, damit stellt sich die Frage nach deren Vollmacht. In diesem

8

MünchKomm.-Einsele, BGB, 7. Aufl., § 127 Rdnr. 10; Palandt/Ellenberger, BGB, 76. Aufl., § 127 Rdnr. 2.

9

Staudinger/Hertel, Neubearbeitung 2012, § 127 Rdnr. 44.

10

[OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.04.2012 – 4 U 269/11](#) ; [OLG Jena, Urt. v. 26.11.2015 – 1 U 201/15](#) ; LG Frankfurt, Urt. v. 08.01.2015 – 2-20 O 229/13.

11

LG Frankfurt, Urt. v. 08.01.2015 – 2-20 O 229/13.

12

[BGH, Urt. v. 28.11.2002 – VII ZR 270/01](#) .

Sienz: Die mangelhafte Mängelrüge - BauR 2018 Heft 2a - 378 << >>

Zusammenhang ist nun immer wieder von einer „üblichen“ Vollmacht des Architekten die Rede.<sup>13</sup> Eine „übliche“ oder gar „originäre“ Vollmacht des Architekten gibt es allerdings nicht.<sup>14</sup> Eine Vollmacht

besteht nur, wenn sie – ausdrücklich oder konkludent – erteilt worden ist. Das ist grundsätzlich im Einzelfall zu prüfen und kann nicht ganz allgemein angenommen werden.

Nach dem BGH<sup>15</sup> soll dem Architekten mit Auftragserteilung konkludent eine Vollmacht in dem Umfang erteilt werden, wie er sie zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt. Was den Umfang dieser Vollmacht betrifft, hat der BGH im Urteil vom 15.02.1960 immerhin noch folgendes wörtlich ausgeführt:

„Im allgemeinen wird die Vollmacht die Vergabe einzelner Bauleistungen, die Erteilung von Weisungen, die Rüge von Mängeln, die Abnahme geleisteter Arbeiten ohne weiteres umfassen.“

Das wird in dieser Reichweite heute wohl von Niemanden mehr vertreten; als Begründung für die Annahme einer konkludent erteilten Vollmacht dient dieses Urteil (und die hierauf folgenden) aber allemal noch. Und es ist auch durchaus konsequent, auch die Vergabe einzelner Leistungen, z.B. im Rahmen einer Anordnung nach [§ 1 Abs. 4 VOB/B](#), um ein mangelfreies Werk sicherzustellen, als von einer konkludent erteilten Vollmacht erfasst anzusehen, wenn man sich den Ausgangspunkt des BGH zu eigen macht. Schließlich ist es ureigene Aufgabe des Architekten, für das Entstehen eines mangelfreien Bauwerks zu sorgen. Gleichwohl will niemand mehr dem Architekten zugestehen, für den Auftraggeber Erklärungen abzugeben, die zusätzliche Werklohnansprüche des Unternehmers zur Folge haben. Aus diesem Grund erscheint die seither in der Rechtsprechung zur Begründung der Vollmacht verwendete Formulierung „wie er sie zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt“ zu weitgehend. Insgesamt erscheint die grundsätzliche, d.h. nicht aus dem Einzelfall konkret abgeleitete Annahme einer dem Architekten konkludent erteilten, gleichwohl aber inhaltlich (irgendwie) eingeschränkten Vollmacht wenig geglückt, da eine belastbare Abgrenzung nicht ersichtlich ist und wohl auch anders begründet werden müsste. Das gilt nicht zuletzt deshalb, weil eine konkludent erteilte Vollmacht, soweit ersichtlich, nur für dem Auftraggeber günstige Erklärungen angenommen wird. Eine Empfangsvollmacht des Architekten bspw. für Bedenkenanzeigen des Unternehmers wird gemeinhin nicht angenommen, obwohl man auch für diese argumentieren könnte, dass der Architekt sie „zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt“; das jedenfalls dann, wenn der hindernde Umstand nicht vom Architekten verursacht worden ist.

Um solche Diskussionen sicher zu vermeiden, ist eine ausdrückliche Regelung im Architektenvertrag – besser noch im Bauvertrag – daher allemal sinnvoll.

### III. Inhalt der Mangelrüge

Für den Inhalt der Mangelrüge gilt die Symptomrechtsprechung des BGH.<sup>16</sup> Die Anforderungen sind denkbar gering: der Besteller muss lediglich das äußere Erscheinungsbild des von ihm vermuteten Mangels so beschreiben, wie er es objektiv wahrnehmen kann. Der BGH fordert eine „hinreichend genaue Beschreibung von zutage getretenen Erscheinungen“.<sup>17</sup> Es genügt, wenn der Besteller „die Schadstellen und aufgetretenen Schäden hinreichend genau beschreiben kann“.<sup>18</sup>

Ferner muss der Besteller die Angaben machen, die der Unternehmer benötigt, um die erforderlichen Untersuchungen durchzuführen, also z.B. erforderlichenfalls angeben, an welchen Stellen er die Mangelerscheinungen festgestellt hat.

Es genügt, wenn der Besteller sich auf Gutachten, Mängellisten etc. bezieht, soweit die erforderlichen Angaben darin enthalten sind und dem Unternehmer diese Unterlagen vorliegen.<sup>19</sup> Damit genügt es auch, wenn der Unternehmer schon auf anderem Weg Kenntnis von den Mangelerscheinungen erlangt hat; dann ist es unschädlich, wenn die

13

So z.B. [OLG Bamberg, Beschl. v. 23.07.2007 – 3 U 31/07](#) .

14

Anschaulich hierzu Sonntag, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI, Syst. A IX Rdnr. 13 ff.

15



[BGH, Urt. v. 15.02.1960 – VII ZR 10/59](#) .

[16](#)

Siehe z.B. [BGH, Urt. v. 21.04.1988 – VII ZR 65/87](#) .; [BGH, Urt. v. 06.10.1988 – VII ZR 227/87](#) .; [BGH, Urt. v. 14.01.1999 – VII ZR 185/97](#) ; ausführlich hierzu Schmitz, [BauR 2015, 371 ff.](#)

[17](#)

[BGH, Urt. v. 06.10.1988 – VII ZR 227/87](#) .

[18](#)

[BGH, Urt. v. 06.10.1988 – VII ZR 227/87](#) .

[19](#)

[BGH, Urt. v. 03.12.1998 – VII ZR 405/97](#) : Verweis auf Baurapporte; [BGH, Urt. v. 02.04.1998 – VII ZR 230/96](#) : Gutachten.

Sienz: Die mangelhafte Mangelrüge - BauR 2018 Heft 2a - 379<< >>

nachfolgende Mangelrüge nicht einmal den Anforderungen an die Symptomrechtsprechung genügt.

Angaben zu den (vermuteten) Ursachen des Mangels bzw. der Mangelerscheinungen sind nicht notwendig. Ob die Ursachen der Mangelerscheinungen tatsächlich in einer vertragswidrigen Beschaffenheit der Konstruktion oder der Ausführung zu suchen sind, ist nach der Rechtsprechung des BGH Gegenstand des Beweises und nicht Erfordernis des Sachvortrages.<sup>20</sup> Für eine vorprozessuale Mangelrüge kann nichts anderes gelten.

Für die prozessuale Geltendmachung eines Mängelanspruchs wird gefordert, dass der Besteller auch darlegen müsse, weshalb das gerügte Erscheinungsbild einen Mangel darstellt, dass und inwieweit also eine Abweichung von der vertraglich geschuldeten Leistung vorliegt.<sup>21</sup> Das wird jedenfalls dann gefordert, wenn es sich nicht bereits aus der Art des Mangels ergibt, wie z.B. bei einer gebrochenen Fliese. Auf die außerprozessuale Mängelrüge ist das nach der Symptomrechtsprechung nicht zu übertragen, da hierfür die Mitteilung nur des Mangelsymptoms eben genügt.

## IV. Angemessenheit der Frist versus Symptomtheorie

Die Geltendmachung von Sekundärrechten wegen eines Mangels durch den Besteller erfordert i.d.R. den ergebnislosen Ablauf einer zuvor gesetzten angemessenen Frist zur Nacherfüllung, wie u.a. [§ 637 BGB](#) , [§ 281 Abs. 1 BGB](#) , [§ 323 Abs. 1 BGB](#) , [§ 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B](#) , [§ 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B](#) zu entnehmen ist.

Wann ist eine Frist nun „angemessen“? Grundlegende Aussagen hierzu finden sich im Urteil des BGH vom 23.02.2006:<sup>22</sup>

„Der Senat weist darauf hin, dass die Angemessenheit der Frist nicht allein danach beurteilt werden kann, welchen Zeitraum der Unternehmer für die Mängelbeseitigung normaler Weise benötigt. Angemessen ist eine Frist, wenn während ihrer Dauer die Mängel unter größten Anstrengungen des Unternehmers beseitigt werden können ( [BGH, Urteil vom 11. Juni 1964 – VII ZR 216/62](#) n.v.). Denn sie hat nicht den Zweck, den Schuldner in die Lage zu versetzen, nun erst die Bewirkung seiner Leistung in die Wege zu leiten, sondern sie soll ihm nur noch eine letzte Gelegenheit geben, die Erfüllung zu vollenden ( [BGH, Urteil vom 13. April 1961 – VII ZR 109/60](#) n.v.; OLG Stuttgart, [BauR 2003, 108](#) ). Das Berufungsgericht muss deshalb mit in seine Erwägungen einbeziehen, dass der Kläger die Mängelbeseitigung schon lange vor dem Dezember nachhaltig gefordert hat und die Beklagte deshalb schon längere Zeit in der Lage war, die geeigneten Schritte zu unternehmen. So war z.B. die Notwendigkeit eines umfassenden thermografischen Gutachtens bereits Anfang 2002 in der Diskussion.“

Im Kompendium des Baurechts von Kniffka/Koeble<sup>23</sup> heißt es hierzu treffend:

„Die Rechtsprechung dazu ist recht sybillinisch, so dass Rechtssicherheit nicht besteht.“

Eine Frist muss so bemessen sein, dass der Unternehmer – wenn auch unter größten Anstrengungen – den Mangel tatsächlich auch beseitigen kann. Das ist die zentrale Aussage des BGH. Die Setzung einer Frist, innerhalb der das objektiv nicht möglich ist, wäre auch sinnlos. Dann aber fragt sich, wie die von der Rechtsprechung regelmäßig gemachte Einschränkung, die Frist müsse nicht so bemessen sein, dass der Schuldner in die Lage versetzt werde, jetzt „erst die Bewirkung der Leistung in die Wege zu leiten“, zu verstehen und – vor allem – wie das im konkreten Fall umzusetzen ist. Wenn der Unternehmer noch keine Vorbereitung zur Mangelbeseitigung getroffen hat, die hierfür erforderlich Zeit aber nicht in die Frist einzurechnen sein soll, dann kann diese Frist nicht ausreichend sein, den Mangel „unter größten Anstrengungen“ zu beseitigen. Diese Situation ist immer dann gegeben, wenn der Unternehmer durch eine Mangelrüge erstmals von dem Mangel überhaupt Kenntnis erlangt. Wie dieser Widerspruch aufzulösen sein soll, ist nicht erkennbar. Grundsätzlich ist ein Besteller daher gut beraten, sich an der zitierten zentralen Aussage des BGH zu orientieren und eine objektiv

20

[BGH, Urt. v. 14.01.1999 – VII ZR 185/97](#) .

21

Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rdnr. 162.

22

[BGH, Urt. v. 23.02.2006 – VII ZR 84/05](#) .

23

Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil, Rdnr. 192.

Sienz: Die mangelhafte Mangelrüge - BauR 2018 Heft 2a - 380 << >>

gesehen zumindest gerade noch ausreichende Frist zu setzen.

Eine zu kurze bemessen und damit nicht angemessene Frist ist nicht unwirksam, sondern setzt eine angemessene Frist in Lauf.<sup>24</sup> Es ist daher unproblematisch, wenn der Besteller nicht sofort nach Ablauf der von ihm gesetzten und nicht angemessenen Frist reagiert. Anders kann das aber sein, wenn der Besteller sofort nach Fristablauf die Selbstvornahme einleitet und den Mangel von einem Drittunternehmer beseitigen lässt. Dann droht bei zu kurz bemessener Frist der Verlust des Anspruchs auf Kostenerstattung (und ggf. eine Haftung des beratenden Anwalts). Für diesen beratenden Anwalt kann die Leitlinie daher nur sein, dem Besteller als Mandanten zu raten, die Frist lieber zu weiträumig als zu „sportlich“ zu setzen. Ferner muss der Mandant auf die mit der Bemessung der Frist verbundene Problematik und die möglichen Folgen einer zu kurzen Frist mit sofortiger Selbstvornahme hingewiesen werden.

An dieser Stelle kommt nun die Symptomtheorie ins Spiel. Nach ihr ist der Besteller nur gehalten, den Mangel nach seinem äußeren, zu Tage getretenen Erscheinungsbild zu bezeichnen. Es ist Sache des Unternehmers, die Ursachen des Mangels festzustellen und sein Verhalten darauf auszurichten.<sup>25</sup> Der Besteller muss daher keine Untersuchungen anstellen, um die Ursache des Mangels zu erforschen, dementsprechend muss er auch keine Feststellungen treffen, auf welche Weise eine Mangelbeseitigung möglich ist und damit natürlich auch nicht, wie lange diese Mangelbeseitigung dauert, wie viel Zeit der Unternehmer also benötigt, um den Mangel „unter größten Anstrengungen“ zu beseitigen. Die

Angemessenheit der Frist i.S.d. BGH-Rechtsprechung kann aber nur auf Grundlage solcher Feststellungen bemessen werden. Nur wenn bekannt ist, was zu tun ist, lässt sich auch feststellen, wie lange das dauert. Die Symptomtheorie und die damit einhergehenden, relativ geringen Anforderungen an den Inhalt einer Mangelrüge stehen demzufolge in Widerspruch zum Erfordernis, eine angemessene Frist zu setzen.

Hinzukommt, dass die Entscheidung, auf welche Art und Weise der Mangel behoben wird, dem Unternehmer obliegt, das ergibt sich aus [§ 635 Abs. 1 BGB](#).<sup>26</sup> Verschiedene Arten der Mangelbeseitigung verursachen aber (vermutlich) auch verschieden lange Zeiträume für die Arbeiten. Man nehme nur die dem Unternehmer zustehende Wahl zwischen Nachbesserung und Neuherstellung (wobei die Neuherstellung nicht unbedingt die länger dauernde Variante sein muss). Die Fristsetzung kann aber den Entscheidungsspielraum des Unternehmers nicht einengen. Die Frist muss daher grundsätzlich die längere Variante erfassen. Auch das passt aber nicht so recht zum Bemessungskriterium der „größtmöglichen Anstrengungen“.

Der Besteller hat damit auch bei Kenntnis der Ursache im Ergebnis gar keine Möglichkeit, belastbar festzustellen, welche Frist (noch) angemessen ist. Zudem ist der Besteller (jedenfalls in der Mehrzahl der Fälle) ein bautechnischer Laie; es fehlen ihm daher zumeist auch die notwendigen Fachkenntnisse, um die Dauer der Arbeiten beurteilen zu können, selbst wenn er deren Inhalt und Umfang kennt.

Das rechtssichere Setzen einer gerade noch angemessenen Frist zur Mangelbeseitigung entpuppt sich damit letztlich als Ding der Unmöglichkeit.

Welche Lösungsansätze kommen in Betracht?

Denkbar ist die Annahme einer Verpflichtung des Unternehmers, auf die Unangemessenheit der Frist hinzuweisen, wenn er sich hierauf berufen will.<sup>27</sup> Das OLG Hamm hat hierzu im Urteil vom 31.05.2007 ausgeführt:

„Ergibt sich aus dem Bauzeitenplan für den Auftragnehmer, dass die ihm gesetzte Frist zu kurz ist, muss er aufgrund der sich aus dem Bauvertrag ergebenden Kooperations- und Kommunikationspflicht den Auftraggeber unverzüglich (binnen einer Woche) über die angemessene Dauer der Frist informieren, indem er ihm den Bauzeitenplan mit einer

nachvollziehbaren substantiierten Erläuterung vorlegt. Versäumt er das, so kann er sich später gegenüber einem nicht fachkundigen Bauherren nicht darauf berufen, dass die Frist zu kurz gewesen sei und dieser sich deshalb treuwidrig vom Vertrag losgesagt habe.“

## 24

BGH, Urt. v. 01.10.1970 – VII ZR 224/68.

## 25

[BGH, Urt. v. 06.10.1988 – VII ZR 227/87](#) .

## 26

[BGH, Urt. v. 08.10.1987 – VII ZR 45/87](#) .

## 27

Z.B. Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil, Rdnr. 192, unter Verweis auf [OLG Hamm, Urt. v. 31.05.2007 – 24 U 150/04](#) .

Sienz: Die mangelhafte Mangelrüge - BauR 2018 Heft 2a - 381 << >>

In dem vom OLG Hamm entschiedenen Fall ging es um Verzug mit der Fertigstellung eines Bauträgerobjekts; der argumentative Ansatz des OLG lässt sich aber auf eine Frist zur Mangelbeseitigung übertragen. Ob das allerdings, wie es das OLG Hamm macht, auf die vom BGH entwickelte Kooperationspflicht gestützt werden kann, erscheint fraglich. Diese Rechtsprechung hat einen anderen Ansatz und statuiert die Pflicht zum kooperativen Verhalten bei Meinungsverschiedenheiten z.B. über Nachtragsleistungen. Sie kann wohl nicht grenzenlos ausgedehnt werden (auch wenn das in der Rechtsprechung teilweise zu beobachten ist). Woher die vom OLG Hamm erwähnte „Kommunikationspflicht“ abzuleiten sein und welchen Inhalt diese haben sollte, ist nicht ersichtlich. Letztlich bleibt damit wohl nur ganz allgemein der Grundsatz von Treu und Glauben als Grundlage. Ob

Treu und Glauben es allerdings erfordern, den Vertragspartner dabei zu unterstützen, Rechte und Ansprüche gegen einen selbst geltend zu machen, ist durchaus fraglich. Der IX. Senat des BGH hat das in einem Bürgschaftsfall verneint.<sup>28</sup> Hierzu heißt es bei Bachmann im Münchner Kommentar zum BGB:<sup>29</sup>

„Ebenso wenig braucht eine Partei die andere zu ihrem eigenen Nachteil über deren vertragliche Rechte und ihre optimale Wahrung aufzuklären.“

Anders als bei der Prüf- und Hinweispflicht, wie sie ihren Niederschlag in [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) gefunden hat, geht es bei der Fristsetzung nicht (jedenfalls nicht unmittelbar) um die Leistungserbringung, sondern um die Geltendmachung von Mängelansprüchen. Mit der Argumentation des OLG Hamm könnte man schließlich auch vertreten, der Besteller müsse den Unternehmer auf eine unangemessen kurze Frist bei Geltendmachung eines Anspruchs auf Sicherheit nach [§ 648a BGB](#) hinweisen. Die aus [§ 241 Abs. 2 BGB](#) resultierenden Schutzpflichten würden hierdurch aber wohl überspannt.

- Der Besteller wird sein Risiko noch etwas eindämmen können, wenn er in die Mangelbeseitigungsaufforderung einen Hinweis aufnimmt, dass der Unternehmer mitteilen solle, falls ihm die gesetzte Frist nicht angemessen erscheint. Ob man hierdurch der dargestellten Problematik entgeht, erscheint aber ebenfalls fraglich.

Ein anderer Ansatz könnte eine Fristsetzung zur Aufnahme der Arbeiten, verbunden mit der Aufforderung, den Mangel in schnellstmöglicher Zeit, spätestens bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu beseitigen, sein.

Wenn der für die Mangelbeseitigung erforderliche Zeitaufwand nur schwer abzuschätzen ist, weil es sich um umfangreiche und schwierige Arbeiten handelt, und der Unternehmer trotz Aufforderung nicht mit der Mangelbeseitigung beginnt, soll das Setzen einer Frist zur Vornahme nach einem Urteil des BGH nicht erforderlich sein.<sup>30</sup> In dem vom BGH entschiedenen Fall war die Beseitigung der Undichtigkeiten eines Dachs durch den Bauträger gefordert worden; die Art des Mangels und seine Auswirkungen (Eindringen von Regenwasser ins Gebäude) hat bei der Entscheidung durchaus eine Rolle gespielt. Der BGH<sup>31</sup> hatte schon früher entschieden, dass eine Fristsetzung nicht erforderlich ist bzw. eine Selbstvornahme schon vor Ablauf der Frist in die Wege geleitet werden kann, wenn der Besteller

„mit gutem Grund (...) befürchten muss, der Auftragnehmer werde sich seiner Pflicht zur Mangelbeseitigung entziehen.“

Im Urteil vom 08.07.1982<sup>32</sup> hat der BGH (unter Verweis auf das eben zitierte Urteil) diesen Grundsatz auch angewandt auf den Fall, dass der Unternehmer nach Aufforderung nicht

„schleunigst, jedenfalls binnen zumutbarer Frist, mit der Nachbesserung beginnt und sie zügig vollendet.“

Beginnt der Unternehmer nicht unverzüglich mit der Nachbesserung, steht eben logischerweise auch fest, dass er diese nicht in der Zeitspanne, die er bei „größtmöglicher Anstrengung“ benötigen würde, abschließen kann. Nach dem in [§ 323 Abs. 4 BGB](#) enthaltenen Rechtsgrundsatz braucht dann der Fristablauf nicht abgewartet werden. Diese Rechtsprechung ist daher im Ergebnis konsequent, erwähnt diesen Rechtsgrundsatz (den es schon vor Einfügung des [§ 323 Abs. 4 BGB](#) in das Gesetz gab) allerdings nicht ausdrücklich.

[28](#)

[BGH, Urt. v. 19.03.1987 – IX ZR 159/86](#) .

[29](#)

MünchKomm.-Bachmann, BGB, 7. Aufl., § 241 Rdnr. 137.

[30](#)

Vgl. [BGH, Urt. v. 08.07.1982 – VII ZR 301/80](#) ; so auch [OLG Stuttgart, Urt. v. 21.04.2009 – 10 U 9/09](#) .



31

[BGH, Ur. v. 10.06.1974 – VII ZR 4/73 .](#)

32

[BGH, Ur. v. 08.07.1982 – VII ZR 301/80 .](#)

Sienz: Die mangelhafte Mangelrüge - BauR 2018 Heft 2a - 382 << >>

- Das Setzen einer sog. Beginnfrist kann nach der bisher vorliegenden Rechtsprechung aber nur in Ausnahmefällen genügen (auch wenn, wie aufgezeigt, der für die Mangelbeseitigung erforderliche Zeitaufwand für den Besteller praktisch immer nur schwer abzuschätzen ist). Der Unternehmer schuldet ja nicht den Beginn der Nacherfüllung, sondern deren Leistung, sprich Vollendung. Die maßgeblichen Bestimmungen u.a. der [§ 637 BGB](#) , [§ 281 Abs. 1 BGB](#) , [§ 323 Abs. 1 BGB](#) , [§ 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B](#) , [§ 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B](#) haben auch allesamt eine Fristsetzung für den Abschluss der Nacherfüllung zum Gegenstand. Die zitierte Rechtsprechung basiert damit auf Treu und Glauben und ist einzelfallorientiert. Auch wenn sich damit manche Fälle, in denen es am Setzen eines Endtermins fehlt, „heilen“ lassen, ist ein solches Vorgehen (jedenfalls aus Sicht des beratenden Anwalts) nicht bzw. nur mit großer Vorsicht zu empfehlen.
- Das Vorgesagte gilt entsprechend für eine Frist zur Erklärung über die Bereitschaft zur Nacherfüllung, ggf. kombiniert mit weiteren Fristen zur Aufnahme und zur Vollendung der Arbeiten. Eine solche Erklärungsfrist kann aus Sicht des Bestellers notwendig sein, wenn die Mangelbeseitigung mit erheblichen Nutzungseinschränkungen für den Besteller verbunden ist und er entsprechende Vorkehrungen treffen muss (z.B. wenn der Bodenbelag von Wohnräumen erneuert werden und der Besteller daher die Räume ausräumen muss). Auch hier ließe sich der Rechtsgedanke des [§ 323 Abs. 4 BGB](#) heranziehen, wenn der Unternehmer sich nicht innerhalb der zur Erklärung gesetzten Frist äußert, da der Besteller dann zumutbarer Weise auch nicht mit den Vorbereitungen beginnen kann und die Mangelbeseitigung damit auch nicht in der kürzest möglichen Zeit durchgeführt sein wird. Auch ein solches Vorgehen ist aber mit Risiken verbunden und daher allenfalls in Ausnahmefällen zu empfehlen.

Als Fazit ist festzuhalten, dass ein rechtssicheres Setzen einer Frist zur Nacherfüllung in vielen Fällen nicht möglich sein wird, jedenfalls dann nicht, wenn diese Frist nicht länger als unbedingt notwendig sein soll, weil der Besteller unmittelbar nach Fristablauf zur Selbstvornahme schreiten will.

## V. Unwirksamkeit der Fristsetzung bei unterlassener Mitwirkung des Bestellers

Ausgangspunkt ist der Grundsatz, dass eine Aufforderung zur Leistung unter Fristsetzung wirkungslos ist, wenn der Gläubiger eine ihm obliegende und für die Leistung des Schuldners notwendige Mitwirkungshandlung nicht vornimmt oder zumindest anbietet.[33](#)

Als Mitwirkungshandlungen des Bestellers bei der Ausführung des Werks kommen in Betracht (vgl. [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#)):

- die Zurverfügungstellung einer mangelfreien Ausführungsplanung (= vorgesehene Art der Ausführung),
- bei vereinbarter Beistellung durch den Besteller die Lieferung von mangelfreien Stoffen und Bauteilen
- die Zurverfügungstellung mangelfreier Vorleistungen anderer Unternehmer

Im sog. Blockheizkraftwerkfall<sup>34</sup> hatte der Unternehmer eine Heizungsanlage in ein Forsthaus einzubauen. Die Heizungsanlage sollte ihre Wärmeenergie von einem Blockheizkraftwerk beziehen, das der Bauherr von einem anderen Unternehmer hatte einbauen lassen. Die Heizungsanlage war nicht in der Lage, das Forsthaus ausreichend zu erwärmen, Grund war eine fehlende Eignung des Blockheizkraftwerks. Der Besteller hatte den Unternehmer unter Fristsetzung zur Nacherfüllung aufgefordert und nach ergebnislosem Fristablauf den Rücktritt vom Vertrag erklärt. Ein ausreichend dimensioniertes Blockheizkraftwerk hatte er zuvor nicht einbauen lassen, er hatte das auch nicht angeboten.

Hierzu hat der BGH unter Rdnr. 36 des Urteils folgendes ausgeführt:

„Dabei kann nicht allein darauf abgestellt werden, dass der Beklagte die Klägerin unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert hat. Denn eine solche Aufforderung ist wirkungslos, wenn der Beklagte diejenigen Mitwirkungshandlungen nicht vorgenommen oder jedenfalls

33

[BGH, Urt. v. 23.01.1996 – X ZR 105/93](#) ; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 281 Rdnr. 11; vgl. auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.08.2016 – 21 U 8/16; OLG München, Urt. v. 20.12.2016 – 9 U 1430/16 Bau.

34

[BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05](#) .

SiENZ: Die mangelhafte Mangelrüge - BauR 2018 Heft 2a - 383 << >>

angeboten hat, die einen funktionierenden Anschluss ermöglichen ( [BGH, Urteil vom 23. Januar 1996 – X ZR 105/93](#) , NJW 1996, 1745).

(...)

Denn so wie der Besteller nach dem rechtzeitig erfolgten Hinweis des Unternehmers auf ungeeignete Vorleistungen anderer Unternehmer in der Weise durch Änderung der Vorleistung reagieren muss, dass dem Unternehmer die Erfüllung des Vertrages möglich wird, so muss er dem Unternehmer auch die Nacherfüllung durch Änderung der Vorleistung ermöglichen.“

Der VII. Senat hat sich damit dem Urteil des X. Senats von 1996 ausdrücklich angeschlossen. Eine Differenzierung nach dem Gegenstand der Mitwirkungshandlung wird in dem Urteil nicht gemacht. Im Blockheizkraftwerkfall hat der BGH die Variante „ungeeignete bzw. mangelhafte Vorleistungen anderer Unternehmer“ entschieden. Für die beiden anderen Varianten „mangelhafte Planung“<sup>35</sup> und „mangelhafte gelieferte Stoffe und Bauteile“ kann aber nichts anderes gelten; der BGH spricht allgemein von „Mitwirkungshandlungen (...), die einen funktionierenden Anschluss ermöglichen“.

Der Besteller muss demnach, will er eine wirksame Frist zur Nacherfüllung setzen, je nach Fallgestaltung dem Unternehmer zugleich mit (oder vor) der Fristsetzung

- eine nachgebesserte Ausführungsplanung übergeben<sup>36</sup>
- bei vereinbarter Beistellung mangelfreie Stoffe oder Bauteile zur Verfügung stellen
- mangelhafte Vorleistungen anderer Unternehmer nachbessern lassen<sup>37</sup>

oder das zumindest anbieten. Unterlässt er das, ist die Fristsetzung unwirksam.

Um Missverständnissen vorzubeugen: bei der ersten Variante geht es nicht um eine sog. Sanierungsplanung,<sup>38</sup> also eine Planung, die den Ablauf der Sanierungsarbeiten definiert, sondern ausschließlich um eine nachgebesserte Ausführungsplanung. Wie der Unternehmer diese dann im Zuge der Nacherfüllung umsetzt, ist aufgrund seiner Dispositionsbefugnis allein seine Sache. Diese Dispositionsbefugnis umfasst aber nicht die Entscheidung über eine zur Herstellung einer mangelfreien Werkleistung erforderliche Änderung der Werkleistung, insbesondere dann nicht, wenn das mit gestalterischen und/oder konstruktiven Eingriffen verbunden ist.

Zudem ist nicht ersichtlich, dass sich eine im Vertrag verankerte Pflichtenverteilung im Rahmen der Nacherfüllung verändern oder verschieben würde. Das hat der BGH, wie obigem Zitat zu entnehmen ist, im Urteil vom 08.11.2007<sup>39</sup> ausdrücklich für die Fallvariante „ungeeignete Vorleistung“ klargestellt. Der Unternehmer muss „nacherfüllen“, also eine bisher nicht ordnungsgemäße Erfüllung nachholen. Seine Leistungspflicht kann daher nicht weiter gehen als im Rahmen der Erfüllung.<sup>40</sup> Ist es nach dem Vertrag Sache des Bestellers, dem Unternehmer für die Errichtung des Werks eine Ausführungsplanung zur Verfügung zu stellen, so gilt diese Pflichtenverteilung daher auch für die Nacherfüllung, d.h. es ist dann Sache des Bestellers, für eine Beseitigung der Mängel an der Planung zu sorgen; hierfür kann er von seinem Architekten Nacherfüllung verlangen.<sup>41</sup> Für den Zeitraum vor der Umsetzung der mangelhaften Planung ist das im Übrigen wohl unbestritten: weist der Unternehmer gem. [§ 4 Abs. 3 VOB/B](#) auf einen Mangel der ihm vorgegebenen Planung hin, umfasst die originäre Leistungspflicht des Unternehmers nicht die Beseitigung des Planungsmangels (ob der Besteller das dann über [§ 1 Abs. 4 VOB/B](#) anordnen könnte, ist eine andere – wohl zu verneinende – Frage). Es obliegt vielmehr dem Besteller, das zu tun. Augenscheinlich wird das auch bei den Varianten, dass eine mangelhafte Vorleistung eines anderen

[35](#)

So OLG München, Urt. v. 20.12.2016 – 9 U 1430/16 Bau.

### 36

Vgl. hierzu Sienz, [BauR 2010, 840 ff.](#) ; Oberhauser, FS für Koeble, S. 167 ff.; Motzke, [BauR 2011, 153 ff.](#) ; Weyer, IBR-Online Blog-Eintrag vom 21.04.2011; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rdnr. 177; Averhaus, [BauR 2013, 103](#) .

### 37

[OLG Celle, Urt. v. 18.06.2008 – 14 U 147/07](#) ; [OLG Hamm, Urt. v. 09.07.2009 – 21 U 46/09](#) .

### 38

So aber wohl Motzke, [BauR 2011, 153 ff.](#) ; die Antwort hierzu gibt Weyer, IBR-Online Blog-Eintrag vom 21.04.2011.

### 39

[BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05](#) .

### 40

Dass der Unternehmer im Zuge der Nacherfüllung ggf. auch Vor- und Nacharbeiten, die andere Gewerke betreffen, auszuführen hat, beruht allein darauf, dass diese Arbeiten zur vollständigen und für den Besteller kostenfreien Beseitigung des Mangels erforderlich sind, vgl. Oberhauser, FS Koeble, S. 174.

### 41

Weyer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 5. Aufl., § 13 VOB/B Rdnr. 97.

Sienz: Die mangelhafte Mangelrüge - BauR 2018 Heft 2a - 384 << >>

Unternehmers oder der Mangel eines vom Besteller beigestellten Baustoffes Ursache des Mangels der Werkleistung ist. Auch dann obliegt es – das sowohl in der Erfüllungsphase als auch in der Nacherfüllungsphase – nicht dem Unternehmer, für eine mangelfreie Vorleistung oder die Beistellung eines mangelfreien Baustoffes zu sorgen; beides kann der Besteller nicht von ihm verlangen.

An dieser Stelle ist noch auf den neuen [§ 650b Abs. 1 Satz 4 BGB](#) zu verweisen:

„Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat.“

Bedarf es zu einer Beseitigung des Mangels einer Änderung der vereinbarten Leistung – was bei einem Planungsfehler als Ursache des Mangels regelmäßig der Fall sein dürfte – beinhaltet das Mangelbeseitigungsverlangen des Bestellers gegenüber dem ausführenden Unternehmer auch eine Änderungsanordnung. Auch das neu in das BGB eingefügte Anordnungsrecht des Bestellers geht dabei davon aus, dass sich eine einmal definierte Planungsverantwortung des Bestellers fortsetzt.

Die drei Fallgruppen sind daher hinsichtlich des Erfordernisses, eine fehlende (mangelfreie) Mitwirkung bei der Fristsetzung vorzunehmen oder zumindest anzubieten, gleich zu behandeln.

Eine spannende Frage ist, ob der Unternehmer auf eine bei Fristsetzung fehlende Mitwirkungshandlung des Bestellers hinweisen muss bzw. ob er sich ohne einen solchen Hinweis auf die Unwirksamkeit einer Fristsetzung berufen kann; das ist in der Literatur umstritten.<sup>42</sup> Auch hierzu gibt das Urteil des VII. Zivilsenats des BGH vom 08.11.2007<sup>43</sup> eine Antwort. In Rdnr. 22 stellt der BGH – auch insoweit unmissverständlich – klar, dass die Verletzung der Hinweispflicht kein selbständig haftungsbegründender Tatbestand ist, sondern dass die Erfüllung dieser Pflicht zur Befreiung von der ansonsten bestehenden Mängelhaftung führt. Konsequenterweise muss das aber bedeuten, dass auch der Unternehmer, der es

unterlässt, trotz Kenntnis auf eine fehlende Mitwirkungshandlung (z.B. einen Planungsfehler) hinzuweisen, sich auf die Unwirksamkeit der Fristsetzung berufen kann. Wenn eine Rechtspflicht zum Hinweis nicht in der Erfüllungsphase besteht, weshalb sollte sie dann in der Mängelhaftungsphase bestehen? Zudem geht es in der Erfüllungsphase noch um die Herstellung des Werkes, während es in der Mängelhaftungsphase um die Geltendmachung von Rechtsansprüchen geht; die beiden Situationen sind daher nicht identisch. Im Blockheizkraftwerkfall hatte der Unternehmer einen solchen Hinweis offenbar (der mitgeteilte Sachverhalt ist insoweit nicht ganz eindeutig) auch unterlassen; gleichwohl hat der BGH hierauf nicht abgestellt. Das hätte er aber tun müssen bzw. getan, wenn er eine Hinweispflicht auch in Mängelhaftungsphase sehen würde. Auch in den zitierten Fällen des OLG Celle und OLG Hamm hatte es einen solchen Hinweis des Unternehmers nicht gegeben.

Eine weitere Frage, die sich stellt, ist, wie sich das Urteil des BGH vom 08.11.2007 mit der Symptomtheorie verträgt. Denn wenn man die Symptomtheorie im bisher verstandenen Sinn uneingeschränkt anwendet, genügt es eben für eine ordnungsgemäße Mangelrüge, dass nur das Mangelsymptom genannt wird; es ist dann Sache des Unternehmers, die Ursache des Symptoms und damit den Mangel festzustellen. Im Ergebnis wird das zu verneinen, also keine Einschränkung der Symptomtheorie anzunehmen sein. Denn die Ordnungsgemäßheit der Mangelrüge hat rechtlich nichts mit der Frage, ob für die Mangelbeseitigung eine Mitwirkungshandlung des Bestellers erforderlich ist und ob er diese daher anbieten oder bewirken muss, zu tun. Faktisch wird die Symptomtheorie an dieser Stelle allerdings erheblich aufgeweicht, jedenfalls dann, wenn man eine Hinweispflicht des Unternehmers verneint. Dem Besteller, der eine Unwirksamkeit seiner Fristsetzung sicher vermeiden will, bleibt nämlich nichts anderes übrig, als sich mit den Ursachen des Mangels zu befassen. Nur dann kann er feststellen, ob er nicht für eine erfolgreiche Nacherfüllung und damit für eine

## 42

Eine Hinweispflicht bejahen Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rdnr. 177; Voit, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 633 Rdnr. 23d, sie wird verneint von Weyer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 5. Aufl., § 13 VOB/B Rdnr. 97; Sienz, [BauR 2010, 840 \(845\)](#) .

## 43

[BGH, Ur. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05](#) .

wirksame Fristsetzung eine Mitwirkungshandlung zu erbringen oder zumindest anzubieten hat.

## VI. Materielle Fehlerhaftigkeit oder Unrichtigkeit einer Mangelrüge

Eine formal richtige Mangelrüge kann materiell fehlerhaft oder unrichtig und damit unwirksam sein.

1.

Nicht selten meint der Besteller, die Ursache des Mangels zu kennen und gibt diese daher in seiner Mangelrüge an. Dass das nicht erforderlich ist, ergibt sich aus der Symptomrechtsprechung; gleichwohl kommt es immer wieder vor. Welche Konsequenzen hat es nun, wenn zwar der Mangel an der Leistung des Unternehmers vorhanden ist, er aber auf einer anderen Ursache als der vom Besteller angegebenen beruht, der Besteller mit anderen Worten den Unternehmer auf eine „falsche Fährte“ lockt? Der BGH wendet auch insoweit konsequent seine Symptomrechtsprechung an:[44](#)

„Der Auftraggeber braucht die Ursachen der Symptome nicht zu bezeichnen. Unschädlich ist, wenn er zusätzlich – möglicherweise andere als später tatsächlich festgestellte – Ursachen für die Entstehung der Mängel angibt.“

Weiter begründet wird das in dem Urteil nicht. Diese Ansicht ist gleichwohl zutreffend. Nach der Pflichtenverteilung im Werkvertragsrecht obliegt es dem Unternehmer, die Ursache zu Tage getretener Mangelsymptome aufzuklären und zu beseitigen. Hieran ändert sich nichts, wenn der Besteller gleichwohl in der Mangelrüge etwaige Ursachen benennt. Der Unternehmer darf im Regelfall nicht darauf vertrauen, dass der Besteller über ein ausreichendes bzw. überlegenes Fachwissen verfügt, um die Mangelursache zuverlässig ermitteln zu können, auch wenn er diese benennt. Ob das im Einzelfall anders zu beurteilen ist, wenn der Besteller z.B. durch Vorlage eines Sachverständigengutachtens besondere Fachkenntnis demonstriert, erscheint fraglich. Die Verantwortung für die fachgerechte Beseitigung eines Mangels liegt nun einmal beim



Unternehmer. Vom Besteller vorgelegte Gutachten darf er daher allenfalls als Anregungen auffassen, nicht aber als Übernahme dieser Verantwortung. Um Diskussionen hierüber zu vermeiden, ist einem Besteller gleichwohl zu empfehlen, bei Übersendung eines Gutachtens, das sich auch zu den Mangelursachen verhält, den Unternehmer darauf hinzuweisen, dass die Ermittlung und die Beseitigung der Mangelursachen weiterhin in seiner alleinigen Verantwortung liegen.

2.

Eine Mangelrüge geht dann ins Leere, wenn dem Besteller keine Mangelrechte zustehen. Das ist, wie seit den drei Urteilen des BGH vom 19.01.2017<sup>45</sup> nunmehr gesichert ist, beim BGB-Vertrag vor der Abnahme der Fall. Dort kommen Mangelrechte regelmäßig nicht in Betracht. Eine Ausnahme hat der BGH nur für den Fall gesehen, dass der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist; das betrifft aber nur die Mangelrechte des [§ 634 Nr. 2 bis 4 BGB](#) und stellt einen Sonderfall dar.

Beim VOB/B-Vertrag bestimmt § 4 Abs. 7 Satz 1, dass der Auftragnehmer „schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig“ erkannte Leistungen auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen hat. Hieran knüpfen § 4 Abs. 7 Satz 3 und § 8 Abs. 3 Nr. 1 und die dort geregelte Möglichkeit des Bestellers zur Auftragsentziehung an, wenn der Mangel nicht innerhalb einer gesetzten, angemessenen Frist beseitigt wird und die Auftragsentziehung für diesen Fall angedroht worden ist. Ob die Bestimmung des § 4 Abs. 7 Satz 1 unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten noch zu halten ist, wenn der Besteller die VOB/B zum Vertragsinhalt gemacht hat, dürfte nach dem Urteil des BGH vom 19.01.2017 allerdings fraglich sein. Eine unangemessene Benachteiligung, die eine Unwirksamkeit einer AGB-Klausel nach sich zieht, ist gem. [§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB](#) im Zweifel anzunehmen, wenn eine Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, dem sog. gesetzlichen Leitbild, von der bzw. von dem abgewichen werden soll, nicht vereinbar ist. Dazu ist erforderlich, dass in nicht unerheblichem Maß in die rechtlich geschützten Interessen des Vertragspartners eingegriffen wird.<sup>46</sup> Das ist im Falle des [§ 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B](#) gegeben.

[44](#)

[BGH, Urtr. v. 03.12.1998 – VII ZR 405/97](#) .

[45](#)

[BGH, Urtr. v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15](#) ; VII ZR 301/13; VII ZR 193/15.

[46](#)

Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 307 Rdnr. 31; Staudinger/Coester, BGB, Neubearbeitung 2013, § 307 Rdnr. 254.

Siencz: Die mangelhafte Mangelrüge - BauR 2018 Heft 2a - 386 << >>

Grundlage der drei Entscheidungen des BGH vom 19.01.2017 ist, dass dem Unternehmer nach der gesetzlichen Regelung bis zur Abnahme die Dispositionsbefugnis darüber, auf welche Weise er das Werk herstellt, zusteht. Dieser Grundsatz liegt auch der Vorschrift des [§ 635 Abs. 1 BGB](#) zugrunde. Der BGH hebt die Dispositionsbefugnis des Unternehmers in den Urteilen vom 19.01.2017 deutlich hervor:[47](#)

„Ob ein Werk mangelfrei ist, beurteilt sich grundsätzlich im Zeitpunkt der Abnahme. Bis zur Abnahme kann der Unternehmer grundsätzlich frei wählen, wie er den Anspruch des Bestellers auf mangelfreie Herstellung aus [§ 631 Abs. 1 BGB](#) erfüllt. Könnte der Besteller bereits während der Herstellungsphase Mängelrechte aus [§ 634 BGB](#) geltend machen, kann das mit einem Eingriff in dieses Recht des Unternehmers verbunden sein.“

Diese Rechtsprechung des BGH bekräftigt, dass die Dispositionsbefugnis des Unternehmers – im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen und Vorgaben wie z.B. einer vorgegebenen Planung – als ein wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung anzusehen ist. Das BGB gewährt dem Besteller – von Ausnahmetatbeständen abgesehen – vor der Abnahme keine Mängelrechte. Schon gar nicht soll es dem Besteller möglich sein, wegen jedes noch so unbedeutenden Mangels in den Herstellungsprozess einzugreifen und dem Unternehmer vorzuschreiben, wann er diesen zu beseitigen hat. Die VOB/B will dem Besteller dagegen schon vor der Abnahme Mängelrechte in vollem Umfang zugestehen, das unabhängig von der Art des Mangels und von seinen Auswirkungen auf den weiteren Bauablauf. Der Besteller soll schon während der Herstellung die Beseitigung von Mängeln fordern können, die der Unternehmer ebenso gut ohne jeden Nachteil für den Besteller kurz vor der Abnahme beseitigen kann. Das stellt einen erheblichen Eingriff in die Rechtsposition des Unternehmers dar und ist deshalb mit dem hier maßgeblichen, wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar. [§ 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B](#) hält damit, ist der Besteller Verwender der VOB/B, einer isolierten

Inhaltskontrolle nicht stand. Das gilt dann konsequenterweise auch für das in § 4 Abs. 7 Satz 3 i.V.m. [§ 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B](#) enthaltene Kündigungsrecht.

Es gibt natürlich Situationen, in denen es nicht angemessen erscheint, wenn der Besteller mit der Geltendmachung von Mängelrechten bis zur Abnahme zuwarten muss. Das betrifft z.B. solche Mängel, die später gar nicht mehr oder nur mit großem Aufwand wieder beseitigt werden können, sowie Mängel an solchen Leistungen, auf die andere Unternehmer aufbauen sollen. Der BGH hat in den Urteilen vom 19.01.2017 aufgezeigt, worin nach den gesetzlichen Bestimmungen die Lösung hierfür bestehen kann:[48](#)

„Allerdings stehen dem Besteller in der Herstellungsphase Erfüllungsansprüche und Rechte des allgemeinen Leistungsstörungenrechts zur Verfügung, die unter Umständen schon vor Fälligkeit bestehen können, wie [§ 323 Abs. 4 BGB](#) zeigt.“

Genau das hat der 3. Deutsche Baugerichtstag aufgegriffen mit der folgenden These:[49](#)

„Bei nicht vertragsgemäßer Herstellung stehen dem Besteller vor Abnahme nicht die werkvertraglichen Mängelrechte der [§§ 633 ff. BGB](#) zu, sondern aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht herzuleitende Ansprüche wegen Erfüllungsgefährdung. Bei einer den Erfüllungserfolg gefährdenden vertragswidrigen Ausführung soll dem Besteller ein Selbstbeseitigungsrecht mit einem daraus herzuleitenden Kostenerstattungs- und Vorschussanspruch zugebilligt werden.“

[§ 4 Abs. 7 VOB/B](#) müsste dieser These angepasst werden, um einer AGB-rechtlichen

Inhaltskontrolle standzuhalten.[50](#)

3.

Es kann mehrere Gründe haben, dass eine Mangelrüge inhaltlich unrichtig ist. Das Mangelsymptom kann nicht vorhanden sein. Das gerügte Symptom liegt zwar vor, es handelt sich dabei aber um keinen Mangel. Ein Mangel ist vorhanden, betrifft aber nicht das Werk des Unternehmers. In allen diesen Fällen ist die Mangelrüge unrichtig. Unmittelbare Konsequenzen ergeben sich hieraus

[47](#)

Z.B. im [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15](#) unter Rdnr. 26.

[48](#)

Z.B. [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15](#) , Rdnr. 26.

[49](#)

Vgl. [BauR 2010, 1313, 1319](#) .

[50](#)

Vgl. Kniffka/Schmitz, BGB-Online-Kommentar, Stand 21.08.2017, § 649 Rdnr. 209.

Sienz: Die mangelhafte Mangelrüge - BauR 2018 Heft 2a - 387 [<<](#) [>>](#)

zunächst nicht, die Mangelrüge geht ins Leere. Sekundärrechte stehen dem Besteller nach Ablauf einer zur Mangelbeseitigung gesetzten Frist logischerweise nicht zu. Dem Unternehmer entsteht daher auch kein Nachteil, wenn er diese Mangelrüge zurückweist oder sie schlicht ignoriert.

Ein Dauerbrenner betrifft die Frage, welche Konsequenzen sich ergeben, wenn der Unternehmer im Falle einer inhaltlich unbegründeten Mangelrüge diese nicht ignoriert, sondern das Werk untersucht, dabei die Mangelfreiheit seiner Leistungen feststellt und ihm hierfür Aufwendungen für Anfahrt und Arbeitszeit entstehen. Kann der Unternehmer dann Erstattung dieser Aufwendungen verlangen?

Ausgangspunkt der Überlegungen hierzu sind drei Entscheidungen verschiedener Senate des BGH:

[Urt. v. 23.01.2008 – VIII ZR 246/06](#) (LS):

„Ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen des Käufers nach [§ 439 I BGB](#) stellt eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhafte Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel der Kaufsache nicht vorliegt, sondern die Ursache für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt.“

[Urt. v. 16.01.2009 – V ZR 133/08](#) (LS):

„1.

Eine Vertragspartei, die von der anderen Vertragspartei etwas verlangt, das nach dem Vertrag nicht geschuldet ist, oder ein Gestaltungsrecht ausübt, das nicht besteht, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach [§ 241 Abs. 2 BGB](#) und handelt im Sinne von [§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) pflichtwidrig.

2.

Im Sinne von [§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) zu vertreten hat die Vertragspartei diese Pflichtwidrigkeit aber nicht schon dann, wenn sie nicht erkennt, dass ihre Rechtsposition in der Sache nicht berechtigt ist, sondern erst, wenn sie diese Rechtsposition auch nicht als plausibel ansehen durfte.“

Urt. v. 02.09.2010 – VII ZR 110/09 (unter Rdnr. 20): „Eine solche Inanspruchnahme mag zu einer Schadensersatzverpflichtung führen, wenn der Auftragnehmer für den Mangel nicht verantwortlich ist und der Auftraggeber bei der im Rahmen seiner Möglichkeiten gebotenen Überprüfung hätte feststellen können, dass er selbst für die Ursachen des Mangels verantwortlich ist.“ Alle drei Senate gehen damit im Grundsatz davon aus, dass es eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht aus [§ 241 Abs. 2 BGB](#) und damit eine Pflichtverletzung i.S.d. [§ 280 Abs. 1 BGB](#) darstellt, wenn der Besteller vom Unternehmer Mangelbeseitigung verlangt, obwohl dessen Gewerk nicht mangelbehaftet ist. Der VII. Senat macht das durch den Verweis auf das Urteil des VIII. Senats deutlich, auch wenn er es unter Rdnr. 22 ausdrücklich dahinstehen lässt, „welche Ansprüche einem Auftragnehmer gegen den Auftraggeber zustehen, wenn er zu Unrecht auf Mängelbeseitigung in Anspruch genommen wird und ihm durch die unberechtigte

Aufforderung zur Mängelbeseitigung Kosten entstanden sind.“ Ob es per se eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht – mit entsprechenden Rechtsfolgen – darstellt, wenn jemand von seinem Vertragspartner etwas fordert, was ihm nicht zusteht, erscheint zwar durchaus diskussionswürdig.<sup>51</sup> Unter Zugrundelegung der zitierten BGH-Rechtsprechung wird man das aber anzunehmen haben. Dann ist es nur konsequent, die Frage der Pflichtverletzung rein objektiv zu beurteilen. Für die hier in Rede stehende Fragestellung kommt es daher nur darauf an, ob die Mangelrüge berechtigt ist oder nicht. Ist sie es nicht, weil das Werk des Unternehmers nicht mangelhaft ist, stellt die Mangelrüge eine Pflichtwidrigkeit dar. Gem. § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB als hier in Betracht kommende Anspruchsnorm haftet der Schuldner auf Ersatz des Schadens, der dem Gläubiger durch die Pflichtverletzung entstan- 51 Für die unberechtigte Mangelrüge verneinen Mofang/Koos in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl. § 635 BGB Rdnr. 80 bereits die Rechtswidrigkeit und damit die Pflichtverletzung als solches. Sienz: Die mangelhafte Mangelrüge - BauR 2018 Heft 2a - 388<<>>den ist. Das gilt gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Aufgrund der Formulierung des Gesetzes („Das gilt nicht, wenn ...“) hat der Schuldner den Entlastungsbeweis zu führen, er muss dartun, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Vorsatz als Verschuldensform soll an dieser Stelle außen vor bleiben; er dürfte nur in Ausnahmefällen vorliegen. Fahrlässigkeit definiert das Gesetz in § 276 Abs. 2 BGB als die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Anzulegen ist dabei ein objektiv-abstrakter Sorgfaltsmaßstab, der an den allgemeinen Verkehrsbedürfnissen ausgerichtet ist.<sup>52</sup> An dieser Stelle kommt ein weiteres Mal die Symptomrechtsprechung ins Spiel. Wenn der BGH es genügen lässt, dass der Besteller nur das Symptom eines Mangels rügt und ihn davon freistellt, Untersuchungen zur Mangelursache bzw. zur Ursache des Symptoms anzustellen, dann definiert er damit den im Verkehr erforderlichen Sorgfaltsmaßstab. Es kommt demzufolge nur darauf an, ob das gerügte Symptom aus Sicht des bautechnischen Laien vernünftigerweise dem Werk des Unternehmers zugerechnet werden kann. Der Sorgfaltsmaßstab kann sich bei besonderer Fachkunde des Bestellers zu seinen Lasten verschieben.<sup>53</sup> Ein Generalunternehmer, der eine Mangelrüge gegenüber seinem Nachunternehmer ausspricht, wird sorgfältiger als ein privater Bauherr zu überlegen haben, ob das Mangelsymptom dem Nachunternehmer zuzuordnen ist. Gleiches gilt, wenn der Besteller sich sachverständiger Hilfe für die Formulierung der Mangelrüge bedient und dem Unternehmer ein Gutachten seines Sachverständigen übersendet, in dem eine mangelhafte Leistung des Unternehmers als Ursache des Mangelsymptoms angegeben wird. An die Fachkunde des Sachverständigen sind strengere Maßstäbe anzulegen als an die des nicht fachkundigen Bestellers. Sein Verschulden wäre dem Besteller über § 278 BGB zuzurechnen, da auch Verhaltenspflichten wie die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB von § 278 BGB erfasst werden.<sup>54</sup> Dem Besteller steht dann ggf. ein vertraglicher Regressanspruch gegen seinen Sachverständigen zu. Bleiben Zweifelsfragen offen, die sich nur durch aufwendigere Untersuchungen oder Bauteilöffnungen klären lassen, stellt es unabhängig von der Fachkunde des Bestellers vor dem Hintergrund der Symptomrechtsprechung keine Sorgfaltspflichtverletzung dar, wenn er diese Untersuchungen unterlässt. Als Beispiel seien Feuchtigkeitsflecken am Fuß der Außenwand eines im Keller gelegenen Hobbyraums angeführt. Als Ursache in Betracht kommen eine nicht dichte Außenwandabdichtung oder ein Leck der im Hobbyraum verlegten Fußbodenheizung. Der Besteller handelt nicht sorgfaltspflichtwidrig, wenn er diesen Mangel gegenüber dem Rohbauunternehmer und dem Heizungsunternehmer rügt, da er ohne vertiefende Untersuchungen nicht feststellen kann, wer für den Mangel verantwortlich ist. Mit der gesetzlichen Beweislastverteilung hat das Ganze nichts zu tun,<sup>55</sup> diese spielt nur für die prozessuale Durchsetzbarkeit eines Mangelanspruchs eine Rolle. Sie wirkt sich nach der Rechtsprechung des BGH zwar zum Nachteil des Auftraggebers aus, wenn der Beweis eines Mangels nicht geführt werden kann, verpflichtet den Besteller jedoch grundsätzlich nicht, vor einer Inanspruchnahme eines Unternehmers zu klären, ob dieser für einen Schaden verantwortlich ist.<sup>56</sup> Für den Unternehmer ist das natürlich wenig befriedigend. Er

kann – sozusagen im Wege der Ferndiagnose – für sich entscheiden, ob sein Werk mangelhaft und damit für das Mangelsymptom ursächlich ist und ob er eine Untersuchung vornimmt oder nicht. Dann läuft er natürlich Gefahr, im Falle einer Fehleinschätzung der Möglichkeit der Nachbesserung verlustig zu gehen; eine Selbstvornahme durch den Besteller wird ihn in der Regel kostenmäßig mehr belasten. Will er das vermeiden, bleibt ihm nur, eine Untersuchung vorzunehmen mit dem Risiko, auch dann, wenn er mangelfrei geleistet hat, die Kosten der Untersuchung selbst tragen zu müssen. Er kann vom Besteller auch nicht verlangen, dass dieser vorab einer Kostenübernahme für den Fall, dass kein Mangel vorliegt, zustimmt. Hierzu heißt es im Urteil des BGH vom 02.09.2010:57 52 Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 276 Rdnr. 15. 53 Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 276 Rdnr. 15 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung. 54 Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 278 Rdnr. 13. 55 A.A. Moufang/Koos, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl. § 635 BGB Rdnr. 77. 56 BGH, Urt. v. 02.09.2010 – VII ZR 110/09. 57 BGH, Urt. v. 02.09.2010 – VII ZR 110/09. Sienz: Die mangelhafte Mangelrüge - BauR 2018 Heft 2a - 389<< „Ein Auftraggeber ist auch nicht nach Treu und Glauben verpflichtet, vor der Mängelbeseitigung eine Erklärung abzugeben, wonach er die Kosten für die Untersuchung und eine eventuelle Mängelbeseitigung übernimmt, wenn sich im Zuge der Ursachenforschung herausstellt, dass der Auftragnehmer nicht verantwortlich ist. Soweit dem Auftragnehmer für diesen Fall vertragliche oder gesetzliche Ansprüche zustehen, ist er ausreichend durch diese geschützt. Es besteht kein Grundsatz, dass eine Vertragspartei einen Anspruch darauf hat, dass die andere Partei solche Ansprüche vertraglich manifestiert. Etwas anderes ergibt sich insbesondere auch nicht aus dem Kooperationsgebot.“ Die im entschiedenen Fall vom Unternehmer verlangte Erklärung war schon deshalb fehlerhaft, weil sie dem Besteller keine Entlastungsmöglichkeit i.S.d. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB offen gelassen hatte; sie hätte dem Unternehmer daher mehr gewährt, als ihm ggf. vertraglich oder gesetzlich zustehen würde. Angesichts der zitierten Aussage des BGH wird ein Unternehmer vom Besteller aber auch keine entsprechend ergänzte Erklärung verlangen können. Macht er das, trägt er das volle sich hieraus ergebende Risiko. Welche unschönen Konsequenzen das haben kann, zeigt der vom BGH entschiedene Sachverhalt anschaulich; dort ist es später infolge des Mangels zu einem größeren Schaden gekommen, für den der Unternehmer gehaftet hat. Damit läuft es letztlich auf eine Risikoentscheidung des Unternehmers hinaus, ob er eine Mangelrüge zum Anlass nimmt, sich vor Ort selbst ein Bild zu machen oder nicht. Ein Anspruch auf Ersatz der für die Untersuchung anfallenden Aufwendungen in dem Fall, dass ein Mangel seiner Leistung nicht vorliegt, wird ihm in den meisten Fällen wegen eines fehlenden Verschuldens des Bestellers nicht zustehen.