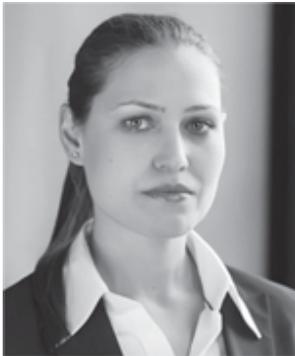


Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/6c5dec82-338e-3dce-a5cf-358c2d0d3683>

<b>Zeitschrift</b>	BauR - Baurecht
<b>Autoren</b>	Dr. Amneh Abu Saris/Dr. Thomas Hildebrandt
<b>Rubrik</b>	Aufsätze
<b>Referenz</b>	BauR 2025, 413 - 420 (Heft 3)
<b>Verlag</b>	Werner Verlag

## Saris, Hildebrandt, BauR 2025, 413 Mangelbeseitigung durch Unterlassen



*von Rechtsanwältin Dr. Amneh Abu Saris und*



*Rechtsanwalt Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg*

### I. Ausgangslage:

Nach § 631 Abs. 1 BGB wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet. Er schuldet einen bestimmten Erfolg.<sup>1</sup> Dieser Erfolg kann in einer vereinbarten Beschaffenheit bestehen und muss für die vom Besteller bzw. einer üblicherweise vorgesehenen Verwendung funktionsfähig oder tauglich sein. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich aber nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern zusätzlich danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Vertragsparteien erfüllen soll. Das gilt unabhängig davon, ob die Vertragsparteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben oder die allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind.

Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart oder den allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer gleichwohl die vereinbarte Funktionstauglichkeit.<sup>2</sup>

Unabhängig vom Vertragstext und den sonstigen Umständen des Vertragsschlusses kann der Besteller eines Bauwerks stets erwarten, dass der Unternehmer die allgemein anerkannten Regeln der Technik einhält.<sup>3</sup> Für diese Erwartung ist nicht der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern der der Abnahme maßgeblich.<sup>4</sup> Der Unternehmer schuldet also grundsätzlich als (konkludent) vereinbarte Beschaffenheit die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme, und zwar unabhängig davon, ob diese bei Vertragsschluss bekannt waren oder bekannt sein konnten.<sup>5</sup>

Haben die Vertragsparteien keine bestimmte Ausführungsart vereinbart, richtet sich die Frage zur Beschaffenheit des Werks nach den Gesamtumständen und den allgemein anerkannten Regeln der Technik.<sup>6</sup> Entspricht das versprochene Bauwerk nicht dem üblichen Qualitäts- und Komfortstandard, kann der Besteller auch ohne nähere Leistungsbeschreibung die Ausführung des Gesamtwerks in diesem Standard verlangen.<sup>7</sup>

Saris / Hildebrandt: Mangelbeseitigung durch Unterlassen - BauR 2025 Heft 3 - 414>>

Ist die VOB/B in das Vertragsverhältnis einbezogen, schuldet der Unternehmer bzw. der dort genannte Auftragnehmer nach § 13 Abs. 1 ohnehin die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik zur Zeit der Abnahme. Diese Regelung betont die Bedeutung der technischen Standards für die Beurteilung, ob eine Werkleistung mangelhaft ist oder nicht. Diese Standards entwickeln sich allerdings fortlaufend weiter, sodass bei längerfristigen Werkverträgen die allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme entscheidend sind. Sobald sich die anerkannten Regeln der Technik ändern, stellt sich im Stadium vor Abnahme die Frage nach einer Änderung des geschuldeten Leistungsumfangs und im Stadium nach Abnahme die Frage nach einer Mängelbeseitigungspflicht des Unternehmers.

## II. Gegenstand der Untersuchung

Gegenstand dieser Untersuchung ist, ob und welche Ansprüche entstehen, wenn sich die anerkannten Regeln der Technik nach der Abnahme geändert haben.

Ein anschaulicher Sachverhalt dazu lag einer Entscheidung des OLG Frankfurt<sup>8</sup> zugrunde. Ein Unternehmer errichtete im Wohnhaus des Bauherrn eine gewendelte Stahlwagentreppe mit hölzernen Trittstufen. Die unterste Trittstufe war 6 mm niedriger als die bei der Abnahme einschlägigen DIN-Normen es zuließen. Die Mängelbeseitigungsaufforderung des Bestellers lehnte der Unternehmer aus Kostengründen ab, denn zur Mängelbeseitigung hätte die Treppe insgesamt erneuert werden müssen. Abgesehen davon hatte sich die einschlägige DIN-Norm 18065:2015-03 Ziffer 7.4 nach der Abnahme geändert. Nach der Neufassung wäre die Höhenabweichung nicht (mehr) zu beanstanden.

Alle Sachverhalte, in denen sich anerkannte Regeln der Technik, DIN-Normen oder technische Richtlinien nach der Abnahme geändert haben, haben gemein, dass zum Zeitpunkt der Abnahme (noch) ein Mangel vorlag, die Leistungen nach der Abnahme aber den nun geänderten anerkannten Regeln entsprechen.

## 1. Mängel zum Zeitpunkt der Abnahme

Fraglich ist zunächst, zu welchem Zeitpunkt ein (Bau-)Werk als mangelhaft zu bewerten ist und welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um Mängelansprüche geltend machen zu können. Die Beurteilung, ob ein Werk mangelhaft ist, hängt grundsätzlich von dem Zustand des Werks zum Zeitpunkt der Abnahme ab. Dies ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des BGH, wonach die Abnahme als entscheidender Zeitpunkt für die Feststellung eines Mangels betrachtet wird.<sup>9</sup> Es ist allerdings zu differenzieren, ob der Mangel bereits zum Zeitpunkt der Abnahme „angelegt“ war, auch wenn er sich erst später zeigt, oder ob er erst nach der Abnahme entstanden ist.

Der Unternehmer trägt jedenfalls die Verantwortung dafür, dass das Werk zum Zeitpunkt der Abnahme den vertraglichen Anforderungen entspricht und frei von Mängeln ist. Nach § 640 BGB wird mit der Abnahme erklärt, dass das Werk im Wesentlichen vertragsgemäß hergestellt wurde. Die Abnahme markiert somit einen zentralen Wendepunkt im Werkvertragsrecht: Sie beendet das Erfüllungsstadium, eröffnet das Mängelstadium und leitet den Beginn der Verjährungsfristen für Mängelansprüche ein.<sup>10</sup>

### a) Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik während der Bauausführung

Die Leistungen eines Unternehmers sind zum Zeitpunkt der Abnahme nur dann im Wesentlichen mangelfrei, wenn auch die in diesem Zeitpunkt geltenden anerkannten Regeln der Technik eingehalten wurden.<sup>11</sup> Anerkannte Regeln der Technik sind technische Regeln, die von einer hinreichenden Zahl kompetenter Fachleute als theoretisch richtig erachtet werden und die sich in der Praxis durchgesetzt und über einen längeren Zeitraum als richtig bewährt haben.<sup>12</sup> Nach weit verbreiteter Auffassung soll zudem die widerlegbare Vermutung gelten, dass DIN-Normen und andere technische Regelwerke wie DIN EN- und DIN EN ISO-Normen, VDE-Normen, VDI-Richtlinien anerkannte Regeln der Technik enthalten.

Saris / Hildebrandt: Mangelbeseitigung durch Unterlassen - BauR 2025 Heft 3 - 415<<>>

Die anerkannten Regeln der Technik sind vom Unternehmer sowohl in einem BGB-Vertrag als auch in einem VOB/B-Vertrag einzuhalten. Die Pflicht zur Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme wird in § 13 Abs. 1 VOB/B ausdrücklich geregelt. Die Klausel zu den Mängelansprüchen des Auftraggebers eines VOB/B-Vertrages ist stärker auf Bauverträge zugeschnitten und schreibt die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik explizit vor. Dementgegen sind die Vorschriften in §§ 633, 634 BGB für das gesamte Werkvertragsrecht konzipiert und somit allgemeiner formuliert. Sie bieten aber ähnliche Schutzmechanismen, denn die Pflichten des Unternehmers sind in beiden Regelwerken vergleichbar. Sowohl nach VOB/B als auch nach BGB muss der Unternehmer eine mangelfreie Leistung unter Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme erbringen.<sup>13</sup> Anderenfalls ist er zur Nachbesserung berechtigt<sup>14</sup> und verpflichtet.

### b) Änderung der anerkannten Regeln der Technik während der Ausführungsphase

Nicht selten ändern sich die anerkannten Regeln der Technik während der Ausführungsphase. Hierzu hatte der BGH entschieden, dass der Unternehmer in diesem Fall verpflichtet ist, den Besteller über diese Änderungen sowie die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken für die Bauausführung zu informieren.<sup>15</sup> Dies gilt jedoch nur dann, wenn diese Informationen dem Besteller nicht bereits bekannt sind oder sich nicht offensichtlich aus den Umständen ergeben. Im Falle der Änderung der anerkannten Regeln der Technik hat der Besteller dann zwei Möglichkeiten. Er kann die Umsetzung der neuen anerkannten Regeln der Technik anordnen. Der Unternehmer muss sie umsetzen. Dies kann zur Folge haben, dass ein aufwändigeres Verfahren für die Herstellung des Bauwerks erforderlich wird oder bereits erstellte Teile des Bauwerks nachträglich angepasst werden müssen, um die Abnahme zu ermöglichen. Sollte dies Leistungen erfordern, die nicht von der ursprünglichen Vereinbarung abgedeckt sind, kann der Unternehmer in der Regel eine Anpassung der Vergütung gem. § 1 Abs. 3 oder Abs. 4, § 2 Abs. 5 oder Abs. 6 VOB/B bzw. § 650b ff. BGB verlangen.<sup>16</sup> Alternativ kann der Besteller auf die Einhaltung der neuen anerkannten Regeln der Technik verzichten, um eine etwaige Verteuerung des Bauvorhabens zu vermeiden. Der BGH hat diese Möglichkeiten für VOB-Verträge bestätigt. Für Bauverträge nach BGB gilt das jedoch auch, weil der Besteller gem. § 650b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB ein Anordnungsrecht besitzt und der Unternehmer in diesem Fall nach § 650c BGB einen Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung hat.<sup>17</sup>

### c) Mängelsymptome zeigen sich erst nach Abnahme

Unerheblich ist, ob sich ein Mangelsymptom bei der Abnahme oder erst später – im Nacherfüllungsstadium – zeigt. Ein Mangel im rechtlichen Sinne liegt auch dann vor, wenn sich das Mangelsymptom und damit der Mangel erst nach der Abnahme zeigt, die Parteien also zunächst davon ausgegangen sind, dass der Unternehmer seine Leistungen vertragsgerecht erbracht hat, die tatsächlichen Ursachen des Mangels aber bei Abnahme bereits vorhanden waren.<sup>18</sup> In diesem Zusammenhang kommt die sogenannte „Keimtheorie“ ins Spiel. Diese Theorie besagt, dass ein Mangel auch dann als vorhanden gilt, wenn er im Zeitpunkt der Abnahme zwar nicht sichtbar, jedoch bereits „im Keim“ vorhanden war.<sup>19</sup> Das bedeutet, dass der Mangelgrund bereits in der Werkleistung angelegt war, auch wenn die schadhafte Folgen erst später erkennbar wurden. Eine Beschaffenheit, die das Werk schon im Zeitpunkt der Abnahme hat, kann also Mängelansprüche begründen.<sup>20</sup>

Die Keimtheorie bietet somit eine wichtige Grundlage für die Frage, ob ein nach der Abnahme aufgetretener Mangel bereits im Zeitpunkt der Abnahme vorhanden war. Der wesentliche Punkt ist dabei, dass der Mangel schon zum Zeitpunkt der Abnahme angelegt war, auch wenn er erst später sichtbar wird. Dies ermöglicht es dem Besteller, trotz einer zunächst mangelfrei erscheinenden Abnahme, nachträglich Mängelansprüche geltend zu machen.

Saris / Hildebrandt: Mangelbeseitigung durch Unterlassen - BauR 2025 Heft 3 - 416<<>>

nenden Abnahme, nachträglich Mängelansprüche geltend zu machen.

### d) Kein Mangel im Rechtssinne, der nicht schon bei der Abnahme vorhanden war

Ein weiterer Gesichtspunkt, der in der Praxis häufig relevant wird, betrifft Einwirkungen, die nach der Abnahme auf das Werk erfolgen. Diese Einwirkungen, die nachträglich zu einer Mangelerscheinung führen können, sind jedoch in der Regel nicht dem Unternehmer anzulasten. Ein Mangel liegt nur dann vor, wenn dieser bereits zum Zeitpunkt der Abnahme und durch eine fehlerhafte Leistung des Unternehmers angelegt war. Nach der Abnahme erfolgte Einwirkungen auf eine bis dahin mangelfreie Werkleistung, etwa durch den Gebrauch der Sache, Verschleiß oder unsachgemäße Handhabung, begründen dagegen keinen Mangel im werkvertraglichen Sinne.<sup>21</sup>

## 2. Der Anspruch auf Mangelbeseitigung

Der Besteller hat nach § 634 Nr. 1 BGB bzw. § 13 Abs. 5 VOB/B gegen den Unternehmer einen einklagbaren Anspruch auf Mangelbeseitigung.<sup>22</sup>

Die Vorschrift des § 634 BGB fasst die Ansprüche des Bestellers wegen Mängeln des Werkes zusammen (Mängelhaftungsansprüche). § 634 BGB belegt die Systematik des Mängelhaftungsrechts. Im Zentrum steht der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers. Dieser ist, seiner Natur nach, ein einklagbarer Anspruch auf Erfüllung des Vertrages. Mit der Verwendung des Wortes Nacherfüllung will der Gesetzgeber verdeutlichen, dass es sich um einen Anspruch auf Vertragserfüllung handelt, der auch zur Neuherstellung verpflichten kann.<sup>23</sup>

Der Nacherfüllungsanspruch hängt nicht davon ab, ob der Unternehmer einen Mangel verschuldet hat. Die Erfolgshaftung des Unternehmers ist verschuldensunabhängig. Der Unternehmer muss deshalb einen Mangel auch dann beseitigen, wenn ihm kein Vorwurf zu machen ist, etwa weil er unerkannt fehlerhaftes Material eingebaut hat oder er die zum Zeitpunkt der Leistung anerkannten Regeln der Technik eingehalten hat oder weil er nach allgemeinem Fachwissen auf Herstellerangaben und sonstige Informationen vertrauen konnte.<sup>24</sup>

Der Nacherfüllungsanspruch entsteht mit der Abnahme der Leistung. Für die Entstehung des Nacherfüllungsanspruchs kann es nicht auf die Kenntnis des Bestellers von dem Anspruch begründenden Umstand und der Person des Schuldners gem. § 199 Nr. 2 BGB ankommen. Denn die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs ist in § 634a BGB als *lex specialis* geregelt. Die Regelung des § 634a BGB verdrängt insofern die Regelung in § 199 Nr. 2 BGB. Für § 634a BGB soll es nicht auf die Kenntnis der den Ansprüchen begründenden Umständen und der Person des Schuldners ankommen. Es kommt für die Entstehung des Nacherfüllungsanspruchs also auch nicht darauf an, wann der Besteller die Mängel letztlich gerügt hat, denn der Gläubiger eines Anspruchs kann nicht in Verzug geraten, wenn ihm ein Leistungsverweigerungsrecht „objektiv“ zusteht, unabhängig davon, ob er es geltend macht.<sup>25</sup> Aus der Entscheidung des BGH 05.11.2015<sup>26</sup> folgt nichts anderes, weil sich die Entscheidung mit verjährten Mängelansprüchen und mit § 215 BGB beschäftigt.<sup>27</sup> Die materielle Rechtskraft eines Urteils, mit dem der Besteller zur Zahlung Zug um Zug gegen Beseitigung bestimmter Mängel verurteilt wurde, erstreckt sich nicht auf die dem Leistungsverweigerungsrecht unterliegenden Gegenforderungen.<sup>28</sup>

Der folglich mit der Abnahme entstandene Nacherfüllungsanspruch ist sofort fällig. Eine Fristsetzung ist zur Durchsetzung des Anspruchs nicht erforderlich.<sup>29</sup>

Die Herstellung einer mangelhaften Sache stellt eine (teilweise) Nichterfüllung der Pflichten des Auftragnehmers dar, die grundsätzlich die Rechtsfolgen nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht auslöst,<sup>30</sup> allerdings mit Modifikationen.

Maßgebend ist, dass der Besteller nach § 241 BGB nunmehr berechtigt ist, vom Unternehmer eine „Leistung“ zu fordern, die sich aus den vertragsspezifischen Normen des besonderen Schuldrechts ergibt,<sup>31</sup> mithin hier die Mängelbeseitigungsleistung nach §§ 634 ff. BGB. Diese „Leistung“ kann nach § 241 BGB in einem positiven Tun, also in einem Tätigwerden oder nach Abs. 1 Satz 2 BGB auch in einem negativen Unterlassen bestehen.

### 3. Mängelbeseitigung unter Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik

Sofern der Unternehmer gegen die zum Zeitpunkt der Ausführung und Abnahme geltenden anerkannten Regeln der Technik verstoßen hat und dies im Nacherfüllungsstadium ein Mangel begründet, stellt sich die Frage, welche technischen Standards bei der Mängelbeseitigung zu berücksichtigen sind.

Das gilt insbesondere dann, wenn sich die anerkannten Regeln der Technik nach der Abnahme des Werkes geändert haben. Grundsätzlich gilt, dass der Besteller keine Nachrüstung der Bauleistung auf den neuesten Stand der Technik verlangen kann, sofern die Leistung des Unternehmers zum Zeitpunkt der Abnahme den damaligen anerkannten Regeln der Technik entsprach und keine Mängel aufwies. Das bedeutet, dass die Bauleistung als mangelfrei gilt, wenn sie den zum Zeitpunkt der Abnahme gültigen technischen Standards entspricht und der Auftraggeber kein Recht zur Anpassung der Leistung mehr hat. Denn das Anordnungsrecht des Bestellers erlischt in diesem Fall mit der Abnahme des Werkes. Eine Nachrüstung wäre daher nur auf Basis eines neuen Vertrages, etwa in Form eines Modernisierungsauftrags, möglich.<sup>32</sup>

Sofern aber die anerkannten Regeln der Technik schon zum Zeitpunkt der Abnahme nicht eingehalten waren, schuldet der Unternehmer die Mängelbeseitigung. Das OLG Stuttgart<sup>33</sup> und ihm folgend das OLG Schleswig<sup>34</sup> vertreten die Auffassung, dass der Unternehmer bei Mängelbeseitigungsarbeiten, die zum Zeitpunkt der Durchführung der Nacherfüllung gültigen anerkannten Regeln der Technik einhalten muss. Diese Sichtweise wird auch im Schrifttum<sup>35</sup> unterstützt. Der Unternehmer muss die aktuellen technischen Standards zum Zeitpunkt der Mängelbeseitigung berücksichtigen, unabhängig davon, ob sich diese nach der Abnahme geändert haben. Somit muss der Unternehmer bei der Mängelbeseitigung stets nach den neuesten Erkenntnissen und Vorgaben arbeiten, was auch bedeuten kann, dass zusätzliche Kosten entstehen, wenn sich die technischen Anforderungen seit der Abnahme erhöht haben.

Die zusätzlichen Kosten, die durch eine Fortentwicklung des technischen Standards oder gesetzliche Vorgaben entstehen, beruhen in diesem Fall auf der ursprünglichen Vertragsverletzung des Unternehmers, weil er kein mangelfreies Werk abgeliefert hat.<sup>36</sup> Es ist daher die Pflicht des Unternehmers, die Mängel unter Berücksichtigung des neuesten technischen Standards zu beseitigen, auch wenn dies mit höheren Kosten verbunden ist. Die Mängelbeseitigung muss zudem vom Besteller abgenommen werden, sobald der Unternehmer die Arbeiten abgeschlossen hat. Dabei gilt, dass der Unternehmer, die zum Zeitpunkt der Mängelbeseitigung gültigen anerkannten Regeln der Technik einhalten muss. Selbst wenn sich diese Regeln nach der ursprünglichen Abnahme geändert haben, ist der Unternehmer verpflichtet, die neuesten technischen Standards zu berücksichtigen.<sup>37</sup>

### 4. Änderung der anerkannten Regeln der Technik zwischen Abnahme und

## Mängelbeseitigung

Sofern sich die anerkannten Regeln der Technik im Zeitraum zwischen der Abnahme, des Feststellens der (damals) mangelhaften Leistung und des Zeitpunkts der Mängelbeseitigung geändert haben, gilt folgendes:

Zum Zeitpunkt der Abnahme waren die Leistungen des Unternehmers mangelhaft, weil sie von den zu diesem Zeitpunkt geltenden anerkannten Regeln der Technik abgewichen sind. Zum Zeitpunkt der Mängelbeseitigung haben sich die anerkannten Regeln der Technik aber dergestalt

Saris / Hildebrandt: Mängelbeseitigung durch Unterlassen - BauR 2025 Heft 3 - 418<<>>

geändert, dass nun keine mangelhafte Leistung (mehr) vorliegt.

Der Unternehmer ist nach §§ 634 ff. BGB und § 13 VOB/B verpflichtet, den bei der Abnahme zweifelsfrei vorliegenden Mangel zu beseitigen. Die durchzuführenden Mängelbeseitigungsleistungen müssen aber die zum Zeitpunkt der Durchführung dieser Arbeiten gültigen anerkannten Regeln der Technik einhalten.<sup>38</sup> Der Unternehmer könnte nun die Auffassung vertreten, dass seine Leistungen (jetzt) nicht mangelhaft sind. Das entspräche aber nicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach hinsichtlich der Mangelhaftigkeit einer Leistung auf den Zeitpunkt der Abnahme abzustellen ist. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist der Zeitpunkt der Abnahme maßgeblich für die Beurteilung, ob ein Werk mangelhaft ist.<sup>39</sup> Seine Leistungen sind mangelhaft, der Anspruch des Auftraggebers auf Mängelbeseitigung ist entstanden und der Unternehmer ist nach §§ 634, 635 i.V.m. § 241 Abs. 1 BGB verpflichtet, den Nacherfüllungsanspruch des Bestellers zu erfüllen.

Das OLG Frankfurt<sup>40</sup> hatte hierzu entschieden, dass der Unternehmer aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls berechtigt sei, die Nacherfüllung gem. § 635 Abs. 3 BGB zu verweigern. Denn selbst wenn die Abweichung in der Steigung des Antritts der Treppe auf seinem Planungs- oder Ausführungsfehler beruhen sollte, sei die Gebrauchstauglichkeit wegen einer Überschreitung der zulässigen Toleranz um 6 mm nicht eingeschränkt. Der Unterschied in der Steigung sei beim Begehen kaum wahrnehmbar und nicht störend. Dem stünde ein erheblicher Mängelbeseitigungsaufwand gegenüber. Bei der Abwägung zur Unverhältnismäßigkeit des Nacherfüllungsverlangens gem. § 242 BGB hatte das OLG Frankfurt berücksichtigt, dass die dortige Antrittsstufe nach der zum Zeitpunkt der geschuldeten Mängelbeseitigung gültigen, bei Auftragserteilung und Abnahme aber noch nicht in Kraft getretenen DIN 18065:2015-03 Ziffer 7.4 bei Gebäuden mit bis zu 2 Wohnungen und innerhalb von Wohnungen wie dem Einfamilienhaus des Bestellers im Antritt eine Toleranz von 15 mm aufweisen darf, die der hergestellte Antritt nun einhält. Für die Beurteilung des Vorliegens eines Mangels sei nach Auffassung des OLG Frankfurt unter anderem auf die zum Zeitpunkt der Abnahme gültigen anerkannten Regeln der Technik abzustellen, die im Einzelfall festzustellen sind und zu denen auch die DIN-Normen gehören können. Im Rahmen einer Abwägung nach § 635 Abs. 3 BGB und letztlich auch nach § 242 BGB könne jedoch auch berücksichtigt werden, dass der Unternehmer sein Werk mit hohem Kostenaufwand nachbessern müsste, obwohl es einer zum Zeitpunkt der geschuldeten Nacherfüllung den anerkannten Regeln der Technik entspräche, die nunmehr weniger hohe Anforderungen stellt als die zum Zeitpunkt der Abnahme gültigen. Aufgrund der nur geringfügigen Überschreitung der Toleranz aus der damals gültigen Norm, der nicht fühlbar beeinträchtigten Gebrauchstauglichkeit der Treppe, den dafür anfallenden unverhältnismäßig hohen Kosten und der Übereinstimmung der hergestellten Antrittsstufe mit den aktuellen anerkannten Regeln der Technik sei die verlangte Nacherfüllung unverhältnismäßig und könne verweigert werden mit der Folge, dass auch der Kostenvorschussanspruch für eine Selbstvornahme entfalle.

Das ist nur im Ergebnis nicht zu beanstanden. Des Arguments der Unverhältnismäßigkeit und einer Abwägung

nach § 242 BGB bedarf es jedoch nicht, denn der Unternehmer kann den Nacherfüllungsanspruch des Bestellers erfüllen.

## 5. Erfüllung des Mängelbeseitigungsanspruchs durch Unterlassen

Die Mängelbeseitigungsverpflichtung bzw. der Nacherfüllungsanspruch entfällt nicht aufgrund einer Unverhältnismäßigkeit und nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB. Sie ist vielmehr weiterhin geschuldet und kann nur durch die Befriedigung des Anspruchs des Bestellers auf Mängelbeseitigung erfüllt werden. Durch aktives Tun nach § 241 Abs. 1 BGB kann der Unternehmer den Mangel, der bei Abnahme (noch) vorlag, allerdings nicht beseitigen. Er kann den Nacherfüllungsanspruch des Bestellers aber nach § 241 Abs. 1 Satz 2 BGB durch Unterlassen erfüllen. Beim Unterlassen nach § 241 Abs. 1 Satz 2 BGB handelt es sich um eine zum Tun gleichwertige Leistungsverpflichtung. Das Unterlassen kann ebenso wie das Tun nach § 241 BGB eine Hauptleistungsverpflichtung erfüllen. Dabei

Saris / Hildebrandt: Mängelbeseitigung durch Unterlassen - BauR 2025 Heft 3 - 419<<>>

handelt es sich um eine sogenannte unselbstständige Unterlassungspflicht, die sich aus Sinn und Zweck der ausdrücklich geschuldeten positiven Leistungspflichten, hier die Pflicht zur mangelfreien Ausführung, ergeben.<sup>41</sup> Insofern kann das Unterlassen den Hauptinhalt der Leistungspflicht bilden.<sup>42</sup>

Der Unternehmer erfüllt den Mängelbeseitigungsanspruch des Bestellers im hier beschriebenen Fall folglich durch ein Unterlassen und erfüllt damit die Hauptleistungspflicht Mängelbeseitigung. Er wird damit nicht von der Mängelbeseitigungsverpflichtung per se befreit. Er erfüllt seine (Haupt-) Leistungspflicht durch Nichtstun, durch Unterlassen nach § 241 Abs. 1 Satz 2 BGB.

## III. Konsequenzen

### 1. Wegfall des Zurückbehaltungsrechts nach § 641 Abs. 3 BGB

Dieses Ergebnis muss sich auch in der Vergütungspflicht des Bestellers fortsetzen. Aufgrund des nunmehr mangelfrei vorliegenden Werkes ist auch ein ggf. bei Abnahme nach § 641 BGB und mit Erteilung der Schlussrechnung nach § 650g Abs. 4 Nr. 2 fälliger Vergütungsanspruch zu erfüllen, weil mit der Befriedigung des Nacherfüllungsanspruchs das Zurückbehaltungsrecht des Bestellers nach § 641 Abs. 3 BGB weggefallen ist. Der Unternehmer hat den Mangel, der den Besteller zuvor zu einem Einbehalt berechtigt hat, durch Unterlassen beseitigt und damit den Nacherfüllungsanspruch nach §§ 634, 635 BGB bzw. § 13 Abs. 5, Nr. 1 Satz 1 i.V.m. §§ 241 Abs. 1 Satz 2, 362 BGB erfüllt.

## 2. Keine geldwerten Ansprüche bei nachträglicher Änderung der anerkannten Regeln der Technik

Eine weitere Konstellation, die nicht weniger Relevanz besitzt, liegt vor, wenn zum Zeitpunkt der Abnahme die anerkannten Regeln der Technik nicht eingehalten wurden und diese Regelungen auch noch im Zeitpunkt des Verlangens auf Mängelbeseitigung gelten. Der Unternehmer ist in diesem Fall zur Nacherfüllung unter Einhaltung der geltenden anerkannten Regeln der Technik durch ein positives Tun verpflichtet. Kommt er seiner Pflichten nicht innerhalb einer vom Besteller gesetzten angemessenen Frist nach, kann der Besteller nach seiner Wahl weiterhin die Nacherfüllung zulassen oder eines der Rechte aus § 634 Nr. 2–4 BGB geltend machen. Ihm stehen somit mit Ablauf der gesetzten Frist geldwerte Ansprüche gegen den Unternehmer und gegebenenfalls bei Vorliegen einer Bürgschaft zur Absicherung von Mängelansprüchen auch gegen den Bürgen zu.

Nach Ablauf der vom Besteller gesetzten Frist zur Mängelbeseitigung ändern sich nun die anerkannten Regeln der Technik dahingehend, dass die Leistung des Unternehmers den nunmehr geltenden Regeln entspricht. In dieser Konstellation erscheint es naheliegend, die vom OLG Frankfurt<sup>43</sup> entwickelte Lösung zu übertragen und eine Unverhältnismäßigkeit nach § 242 BGB auf die geldwerten Ansprüche des Bestellers zu übertragen. Dies ist jedoch abzulehnen, weil es einer solchen Korrektur auf Tatbestandsebene durch ein sich auf § 242 BGB gestütztes Konstrukt nicht bedarf. Denn auf Rechtsfolgenebene ist der Anspruch des Bestellers dahingehend zu bemessen, dass dieser i.H.v. null EURO besteht. Es werden weder Aufwendungen für die Mängelbeseitigung erforderlich, die einen Anspruch auf Kosten der Ersatzvornahme oder Kostenvorschuss rechtfertigen noch wird ein Minderwert des Werks erkennbar, weil die Leistung des Unternehmers den zum Zeitpunkt, in dem der Zahlungsanspruch geltend gemacht wird, geltenden anerkannten Regeln der Technik entspricht.

## IV. Ergebnis

Sofern der Unternehmer aufgrund der Nichteinhaltung der anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme mangelhaft geleistet hat, ist er zur Nacherfüllung verpflichtet. Im Rahmen der Nacherfüllung hat er die zu diesem Zeitpunkt geltenden anerkannten Regeln der Technik einzuhalten. Haben sich die anerkannten Regeln der Technik zu diesem Zeitpunkt bezogen auf den Zeitpunkt der Abnahme geändert und entsprechenden die Leistungen des Unternehmers den bei der Nacherfüllung geltenden anerkannten

Saris / Hildebrandt: Mängelbeseitigung durch Unterlassen - BauR 2025 Heft 3 - 420<<

Regeln der Technik, entfällt der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers nicht. Die Nacherfüllung ist auch nicht unverhältnismäßig. Sie muss – wie jede andere Hauptleistungspflicht auch – erfüllt werden. Die Leistungsverpflichtung des Unternehmers kann gem. § 241 Abs. 1 BGB in einem Tun oder Unterlassen bestehen. Unterlässt der Unternehmer die Erbringung der geschuldeten Leistung, erfüllt er gleichsam den Anspruch auf Nacherfüllung, weil die von ihm erbrachte Leistung zu diesem Zeitpunkt den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

\* Dr. Amneh Abu Saris ist Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht, Dr. Thomas Hildebrandt ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Fachanwalt für Vergaberecht, beide bei Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB.

<sup>1</sup> Retzlaff, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, vor § 631 BGB, Rdnr. 1.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 08.05.2014 – VII ZR 203/11.

<sup>3</sup> So auch Popescu, BauR 2024, 1585.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 14.11.2017 – VII ZR 65/14; BGH, Urt. v. 14.05.1998 – VII ZR 184/97; Jurgeleit, in: Kniffka/Jurgeleit, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 22.04.2024, § 633 Rdnr. 30.

<sup>5</sup> Kniffka/Jurgeleit, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 22.04.2024, § 633 Rdnr. 30.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 04.06.2009 – VII ZR 54/07; Jurgeleit, in: Kniffka/Jurgeleit, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 22.04.2024, § 633 Rdnr. 31; Pospescu, BauR 2024, 1585 (1586 f.).

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 21.11.2013 – VII ZR 275/12; Jurgeleit, in: Kniffka/Jurgeleit, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 22.04.2024, § 633 Rdnr. 31.

<sup>8</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 19.09.2018 – 29 U 152/17.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 07.02.2019 – VII ZR 274/17; BGH, Urt. v. 25.02.2016 – VII ZR 210/13.

<sup>10</sup> Hildebrandt/Abu Saris, *Die Abnahme von Bauleistungen*, 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rdnr. 3, 77.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 14.11.2017 – VII ZR 65/14; BGH, Urt. v. 14.05.1998 – VII ZR 184/97; Jurgeleit, in: Kniffka/Jurgeleit, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 22.04.2024, § 633 Rdnr. 30.

<sup>12</sup> So auch Popescu, BauR 2024, 1585.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 07.02.2019 – VII ZR 274/17; BGH, Urt. v. 25.02.2016 – VII ZR 210/13.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 20.01.2009 – X ZR 45/07 (zum Kaufrecht); BGH, Urt. v. 23.02.2005 – VIII ZR 100/04 (zum Kaufrecht).

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 14.11.2017 – VII ZR 65/14.

<sup>16</sup> BGH, a.a.O.

<sup>17</sup> Vgl. zu allem: BGH, Urt. v. 14.11.2017 – VII ZR 65/14.

- <sup>18</sup> BeckOK VOB/B/Ganten, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 13 Abs. 1 Rdnr. 57; Kniffka/Jurgeleit, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 28.07.2015, § 633 Rdnr. 44.
- <sup>19</sup> BGH, Urt. v. 24.03.1994 – IX ZR 149/93; Motzke, *NZBau* 2018, 733.
- <sup>20</sup> BGH, Urt. v. 25.02.2016 – VII ZR 210/13.
- <sup>21</sup> BGH, Urt. v. 07.02.2019 – VII ZR 274/17; BGH, Urt. v. 25.02.2016 – VII ZR 210/13.
- <sup>22</sup> BGH, Urt. v. 08.10.1992 – VII ZR 272/90.
- <sup>23</sup> Krause-Allenstein, in: Kniffka/Jurgeleit, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 22.04.2024, § 634 Rdnr. 1; *RegEntw. BR-Drucks. 338/01*, S. 625.
- <sup>24</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2005 – VII ZR 147/04.
- <sup>25</sup> BGH, Urt. v. 04.06.1973 – VII ZR 112/71; Urt. v. 06.05.1999 – VII ZR 180/98.
- <sup>26</sup> BGH, Urt. v. 05.11.2015 – VII ZR 144/14.
- <sup>27</sup> Hildebrandt/Gersch, *BauR* 2016, 893 (896 f.); Pause/Vogel, in: Kniffka/Jurgeleit, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 22.04.2024, § 641 Rdnr. 62.
- <sup>28</sup> BGH, Urt. v. 19.12.1991 – IX ZR 96/91.
- <sup>29</sup> BGH, Urt. v. 08.07.2004 – VII ZR 317/02; Krause-Allenstein, in: Kniffka/Jurgeleit, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 22.04.2024, § 635 Rdnr. 11.
- <sup>30</sup> Retzlaff, in: Grüneberg, *BGB*, 83. Aufl. 2024, § 634 Rdnr. 1.
- <sup>31</sup> *MünchKomm.-Bachmann*, *BGB*, 9. Aufl. 2022, § 241 Rdnr. 21.
- <sup>32</sup> Karczewski, *NZBau* 2021, 165.
- <sup>33</sup> OLG Stuttgart, *Beschl. v. 14.09.2011 – 10 W 9/11*, *NZBau* 2012, 42.
- <sup>34</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 01.02.2019 – 1 U 42/18, *BauR* 2019, 1796.
- <sup>35</sup> Leinemann/Schliemann, *VOB/B*, 8. Aufl. 2024, § 13 VOB/B, Rdnr. 40.
- <sup>36</sup> OLG Stuttgart, a.a.O.
- <sup>37</sup> OLG Stuttgart, a.a.O.

<sup>38</sup> OLG Stuttgart und ihm folgend das OLG Schleswig.

<sup>39</sup> BGH, Urt. v. 25.02.2016 – VII ZR 210/13.

<sup>40</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 19.09.2018 – 29 U 152/17.

<sup>41</sup> MünchKomm.-Bachmann, BGB, 9. Aufl. 2022, § 241 Rdnr. 31.

<sup>42</sup> Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 241 Rdnr. 4.

<sup>43</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 19.09.2018 – 29 U 152/17.