

Bauvertragsrecht

Leupertz / Preussner / Sienz

2. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-75741-9
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

a) Erfolglosigkeit steht vor Fristablauf fest. Es entspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen, dass der Besteller schon vor Ablauf einer dem Unternehmer gesetzten Frist berechtigt sein kann, seine Rechte geltend zu machen, wenn **feststeht**, dass der Unternehmer die ihm gesetzte **Frist nicht einhalten** wird (BGH NJW-RR 2003, 13). Dann ist es dem Besteller in der Regel nicht zumutbar, den Ablauf der Frist noch abzuwarten (BGH NJW-RR 2003, 13; BauR 1975, 137). In § 323 Abs. 4 hat dieser Grundsatz seinen Niederschlag gefunden: Danach kann der Besteller bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. 115

b) Endgültige Erfüllungsverweigerung. Bezogen auf die Mängelbeseitigung sind diese Voraussetzungen regelmäßig erfüllt, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung bereits ernstlich und endgültig verweigert hat, denn dann wäre das Abwarten des Fristablaufs **reine Förmelei** (BGH NJW-RR 1990, 786). 116

Im **Bestreiten** von Mängeln während eines **Rechtsstreits** liegt nicht ohne Weiteres eine endgültige Erfüllungsverweigerung, denn das Bestreiten ist ein prozessuales Recht des Schuldners (BGH NJW 2002, 1572; OLG Frankfurt a. M. IBR 2012, 582). Es müssen **weitere Umstände** hinzutreten, um die Annahme zu rechtfertigen, dass der Unternehmer über das Bestreiten der Mängel hinaus bewusst und endgültig die Erfüllung seiner Vertragspflichten ablehnt (BGH NJW 2002, 1572; OLG Frankfurt a. M. IBR 2012, 582). Dem ist zuzustimmen: Die Gründe, eine Eintrittspflicht zu bestreiten, können vielfältiger Natur sein. Es würde eine schwerwiegende Einschränkung der Verteidigungsrechte des Unternehmers bedeuten, wenn er allein mit dem Bestreiten seiner Eintrittspflicht die Befugnis zur Mängelbeseitigung verlore. 117

Einzelfälle: Von einer endgültigen Verweigerung des Unternehmers soll auszugehen sein, wenn er vorprozessual und auch prozessual das Vorliegen eines Mangels stets bestritten, keinerlei Anstrengungen zur Mängelbeseitigung unternommen und die Nacherfüllung erst nach dem Unterliegen in erster Instanz und lediglich hilfsweise unter Aufrechterhaltung seines Standpunktes angeboten hat (BGH NJW-RR 1990, 786; ähnlich BGH NJW 2003, 580). Sind in einem selbstständigen Beweisverfahren Mängel festgestellt worden und erklärt sich der Unternehmer dessen ungeachtet nicht zur Mängelbeseitigung bereit, sondern bestreitet die Mängel zum großen Teil, ist dies als eine endgültige Verweigerung einer Mängelbeseitigung anzusehen (OLG München IBR 2012, 257; BGH Beschl. v. 12.1.2012 – VII ZR 30/11 (NZB zurückgewiesen)). Übernimmt der Subunternehmer als Streithelfer des Generalunternehmers dessen Behauptung im Prozess mit dem Bauherrn, Mängel aus dem Auftragsbereich des Subunternehmers lägen nicht vor, liegt in diesem Prozessverhalten grundsätzlich noch keine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Mängelbeseitigung im Vertragsverhältnis zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer (OLG Schleswig IBR 2005, 676). Ein endgültiges Bestreiten des Unternehmers liegt auch nicht darin, dass er dem Besteller mitteilt, alle gerügten Mängel seien behoben (BGH IBR 2011, 1297 für das Kaufrecht). Ebenso wenig genügt es für ein ernsthaftes und endgültiges Bestreiten der Eintrittspflicht, wenn der Unternehmer erkennen lässt, kein Interesse mehr an der Fortführung des Vertrags zu haben (OLG Frankfurt a. M. IBR 2018, 262). 118

Angesichts dieser Unwägbarkeiten kann dem Besteller nur dringend empfohlen werden, wenn irgend hinnehmbar den Ablauf der Frist abzuwarten, bevor er den Auftrag an einen Drittunternehmer zu Mängelbeseitigung erteilt. 119

3. „Fehlgeschlagene Nacherfüllung“ wegen Erfolglosigkeit

Allein der Umstand, dass der Unternehmer nicht bereits im ersten Anlauf den Mangel erfolgreich beseitigt, bedeutet noch nicht, dass die Nacherfüllung „fehlgeschlagen“ iSd §§ 636, 637 Abs. 2 ist, solange die dem Unternehmer gesetzte Frist zur Nacherfüllung noch läuft. Immerhin geht die „Richtgröße“ von **zwei zulässigen Versuchen** in § 440 S. 2 auf die Rechtsprechung des BGH zum Nachbesserungsrecht gem. § 633 BGB aF zurück, hat also ihren Ursprung im Werkvertragsrecht (BGH NJW 1982, 2243; BGHZ 22, 90 (99)). 120

Scheitert ein tauglicher Nacherfüllungsversuch beim **ersten Mal**, wäre es regelmäßig **verfrüht**, schon nach diesem ersten missglückten Versuch die Möglichkeit zur Beseitigung des Mangels zu entziehen. Fehlersuche und Fehlerbehebung gestalten sich häufig schwierig und erfordern ein Vorgehen nach dem Prinzip „trial and error“. Da der Besteller seinerseits 121

BGB § 635

ein Interesse an einer möglichst schnellen Beseitigung des Mangels hat, sollte er die zeitaufwendige Einschaltung eines Drittunternehmers nach § 637 zu vermeiden suchen.

- 122 Bei **schwierigen Mängelsachverhalten** wie bei komplexen Softwareproblemen oder nur schwer zu ordnenden Leckagen sollte der Besteller dem Unternehmer auch einen dritten oder gar vierten Versuch der Mängelbeseitigung zugestehen, bevor er das Bemühen des Unternehmers um eine Mängelbeseitigung als gescheitert ansieht und auf eine neuerliche Fristsetzung verzichtet (BGH BauR 2004, 501).
- 123 Das OLG Bamberg kommt zu dem Ergebnis, eine Nacherfüllung sei „fehlgeschlagen“, wenn der **zweite Versuch** einer Mängelbeseitigung **erfolglos** bleibt (OLG Bamberg NJW-RR 2018, 1262). Diese Einschätzung in einem Einzelfall lässt sich nicht verallgemeinern. In dem dort entschiedenen Fall ging es um die Schwierigkeiten beim Öffnen eines Cabrio-Verdecks; drei Versuche, den Schließmechanismus zu reparieren, scheiterten. Es mag bei einem solchen offen zutage tretenden Mangel an einem Kraftfahrzeug gerechtfertigt sein, dem Besteller nicht noch weitere Nacherfüllungsversuche zuzumuten. Mit einem komplexen Mangel-Sachverhalt am Bau, insbesondere bei technischen Anlagen mit komplizierter Steuerungselektronik kann ein solcher alltäglicher Mangel nicht gleichgesetzt werden.
- 124 Das bloße **Einverständnis** des Bestellers mit einer bestimmten Art und Weise der Mängelbeseitigung kann regelmäßig nicht als Verzicht auf die Möglichkeit verstanden werden, bei Fehlschlagen der zunächst ins Auge gefassten Nacherfüllung zu seinen sekundären Mängelansprüchen zu wechseln (OLG Celle BauR 2010, 161).

4. Beweislast für die „fehlgeschlagene“ Nacherfüllung

- 125 Die **Beweislast** für das Fehlschlagen der Mängelbeseitigung **trägt der Besteller** (zuletzt OLG Bamberg NJW-RR 2018, 1262 mwN). Dabei soll der Besteller nach Meinung des OLG Bamberg seiner Darlegungs- und Beweislast für das Fehlschlagen der Nacherfüllung durch die Behauptung und den Nachweis genügen, dass das von ihm gerügte Mangelsymptom auch nach dem dritten Mängelbeseitigungsversuch noch auftritt (OLG Bamberg NJW-RR 2018, 1262). Das mag bei überschaubaren, ohne größere Schwierigkeiten festzustellenden und zu behebbenden Mängeln bzw. Mangelursachen angehen. Für komplexe Mängelsachverhalte lässt sich eine solche allgemeine Regel nicht aufstellen.
- 126 Anders ist dies nur, wenn das erneute Auftreten des Mangelsymptoms möglicherweise auf einer **unsachgemäßen Behandlung** des Werkes durch den **Besteller** beruht, nachdem es ihm wieder übergeben wurde (BGH NJW 2011, 1664 mAnm Kleinhenz zur parallelen Fallgestaltung im Kaufrecht). Dies schlüssig vorzutragen ist Sache des Unternehmers. Bleibt nach zweimaliger Nacherfüllung ungeklärt, ob das erneute Auftreten des Mangels auf der erfolglosen Nacherfüllung des Unternehmers oder auf einer unsachgemäßen Behandlung des Vertragsgegenstandes nach erneuter Übernahme durch den Besteller beruht, so geht das zu Lasten des Bestellers (BGH NJW 2009, 1341 zum Kaufrecht).

5. Rechtsfolgen der „erfolglosen“ bzw. „fehlgeschlagenen“ Mängelbeseitigung

- 127 Der Unternehmer **verliert** seine **Befugnis zur Mängelbeseitigung**, wenn es ihm nicht gelingt, den Mangel innerhalb der ihm vom Besteller angemessen bestimmten Frist erfolgreich zu beheben. Dem steht gleich, dass die Nacherfüllung schon zuvor scheitert und dem Besteller nicht zuzumuten ist, das Ende der gesetzten Frist abzuwarten, weil sie „fehlgeschlagen“ ist (§§ 636, 637 Abs. 2). Dieser Fall tritt beispielsweise ein, wenn der Unternehmer sich weigert, überhaupt eine Mängelbeseitigung in Angriff zu nehmen, weil er das Vorhandensein eines Mangels, seine Verantwortlichkeit für einen Mangel oder seine Verpflichtung zur Beseitigung des Mangels ernstlich und nachhaltig bestreitet.
- 128 Befindet sich der Unternehmer mit seiner Verpflichtung zur Nacherfüllung in Verzug und lässt er die ihm angemessen gesetzte Frist zur Nacherfüllung fruchtlos verstreichen, ist ihm die Mängelbeseitigung nur noch mit **Zustimmung des Bestellers** gestattet (BGH NJW 2003, 1526; OLG Karlsruhe IBR 2015, 353; BGH Beschl. v. 26.3.2015 – VII ZR 15/14 (NZB zurückgewiesen)).
- 129 **Verhandlungen** zwischen Besteller und Unternehmer **nach Fristablauf** ohne Einigung oder Zustimmung des Bestellers lassen das Recht des Unternehmers zur Mängelbeseitigung

nicht aufleben (OLG Karlsruhe IBR 2015, 353; BGH Beschl. v. 26.3.2015 – VII ZR 15/14 (NZB zurückgewiesen)).

Der Besteller verhält sich nicht widersprüchlich, wenn er nach Fristablauf ein **Angebot** des Unternehmers zur Mängelbeseitigung zwar **prüft**, aber später begründet ablehnt (OLG Brandenburg IBR 2009, 263). 130

6. Festhalten an der Mängelbeseitigung trotz Fristablauf

Sofern die Mängelbeseitigung nicht mit „unverhältnismäßigen Kosten“ verbunden ist und der Unternehmer sich zu Unrecht weigert, tätig zu werden (§ 635 Abs. 3), bleibt dem Besteller auch nach Fristablauf die Möglichkeit, weiterhin vom Unternehmer die Mängelbeseitigung einzufordern: „Der Auftraggeber verliert nach Ablauf einer gesetzten Mängelbeseitigungsfrist nicht das **Recht, Nachbesserung zu verlangen**“ (so OLG Karlsruhe IBR 2015, 353; BGH Beschl. v. 26.3.2015 – VII ZR 15/14 (NZB zurückgewiesen); BGH NJW 2003, 1526). 131

Der Besteller kann folglich noch **nach Fristablauf Klage** gegen den Unternehmer auf Mängelbeseitigung erheben. 132

Mit der Weiterverfolgung seines Anspruchs auf Nacherfüllung eröffnet der Besteller andererseits dem Unternehmer erneut die Möglichkeit zur Mängelbeseitigung. In diesem Fall muss der Besteller sich grundsätzlich nochmals dem **Procedere der Fristsetzung** nach § 635 Abs. 1 unterwerfen, wenn er später doch noch zum Schluss kommt, dass er die Mängelbeseitigung nun nicht mehr vom Unternehmer zulassen will (OLG Karlsruhe IBR 2015, 353; BGH Beschl. v. 26.3.2015 – VII ZR 15/14 (NZB zurückgewiesen)). 133

Hat sich zwischen den Parteien eine Verkehrsübung entwickelt, nach der der Unternehmer auf „Hilferufe“ des Bestellers reagiert, das Werk auf Mängel überprüft und diese ggf. repariert, ist – selbst bei Vorliegen eines immer gleichen, nie restlos beseitigten Mangels – vor Beauftragung einer Drittfirma eine Mängelbeseitigungsaufforderung bzw. Mahnung erforderlich (OLG Rostock IBR 2005, 532). 134

Die Notwendigkeit einer erneuten Fristsetzung entfällt, wenn die Mängelbeseitigung dem Besteller endgültig nicht mehr zugemutet werden kann oder als „fehlgeschlagen“ anzusehen ist (§§ 636, 637 Abs. 2). 135

VI. Die „unzumutbare“ Nacherfüllung

1. Die dem Besteller „unzumutbare“ Nacherfüllung (§§ 636, 637 Abs. 2 S. 2)

Der Besteller darf die Nacherfüllung ausnahmsweise ablehnen, wenn ihm die vom Unternehmer gewählte Art der Nacherfüllung „nicht zuzumuten“ ist (Begr. RegE zu § 635 zu Abs. 1, BT-Drs. 14/6040, 265). Das folgt zum einen aus **§ 637 Abs. 2 S. 2**, weil dem Besteller dort die Selbstvornahme ohne Fristsetzung für den Fall gestattet wird, dass es ihm „unzumutbar“ ist, die Nacherfüllung zuzulassen. Zum anderen erklären **§§ 636, 638 Abs. 1** bei Rücktritt und Minderung eine Fristsetzung zur Nacherfüllung für entbehrlich, wenn diese „dem Besteller unzumutbar ist“. 136

Beispiel: Unterbreitet der Unternehmer einen **Sanierungsvorschlag**, der offensichtlich **ungeeignet** ist, kann darin die ernsthafte und endgültige Ablehnung einer sachgerechten Mängelbeseitigung zu sehen sein (BGH BauR 2004, 501). In einem solchen Fall darf der Besteller nach § 637 Abs. 2 S. 1, § 323 Abs. 2 Nr. 1 ohne Fristsetzung zur Selbstvornahme übergehen, weil es ihm „nicht zumutbar“ ist, dem Unternehmer die Umsetzung des ungeeigneten Sanierungsvorschlags zu gestatten (BGH BauR 2004, 501 für § 633 Abs. 3 BGB aF). 137

Der **Vorrang der Nacherfüllung** wird im Interesse des Bestellers **durchbrochen**, wenn 138

- die Beseitigung des Mangels für den Besteller **sinnlos** ist (BGH NZBau 2002, 332 (335); NJW-RR 1993, 560, jeweils zu § 634 Abs. 2 BGB aF),
- der Besteller das Werk **sofort** in mangelfreiem Zustand **benötigt**, um es selbst zu verwenden oder an seinen Abnehmer weiterzugeben, und die mit einer Nacherfüllung verbundene Verzögerung eine nicht unerhebliche Störung bedeuten würde (BGH NZBau 2002, 332 (335) zu § 634 Abs. 2 BGB aF für den Fall einer kurzfristig angedrohten Geschäftsschließung),

BGB § 635

- das **Vertrauen** des Bestellers auf eine ordnungsgemäße Durchführung der Mängelbeseitigung aufgrund objektiver Gründe **erschüttert** ist (BGHZ, 46, 242; Palandt/Sprau § 636 Rn. 16). Das gilt beispielsweise in Fällen, in denen sich der Unternehmer unzuverlässig und nachlässig verhalten hat (OLG Stuttgart IBR 2020, 400) oder schwerwiegend und schuldhaft gegen seine vertraglichen Verpflichtungen verstoßen hat, weil sowohl die vertraglich geschuldete Leistung, als auch deren Nacherfüllung gravierende Mängel aufweist (OLG Köln IBR 2015, 547; OLG Celle IBR 2006, 1035).

139 In den beiden letzteren Fällen kann der Besteller **ohne vorhergehende Aufforderung** zur Nacherfüllung gem. § 637 Abs. 2 S. 2 sofort die Selbstvornahme veranlassen, nach §§ 636, 638 vom Vertrag zurücktreten oder den Werklohn mindern sowie nach § 281 Schadensersatz statt der Leistung fordern. Ist eine **Beseitigung** des Mangels für den Besteller **sinnlos**, kommt eine Selbstvornahme nach § 637 nicht in Betracht. Dem Besteller bleiben Rücktritt, Minderung und Schadensersatzforderung als Handlungsoptionen.

139a Nicht selten unterlässt es der Architekt oder Fachingenieur, eine Grundleistung, zu der er sich vertraglich verpflichtet hat, auch tatsächlich auszuführen. Fraglich ist, ob es dem Besteller zugemutet werden kann, die **fehlende Grundleistung** noch zu einem späteren Zeitpunkt einzufordern und eine entsprechende Frist zu setzen. Hierzu hat der BGH entschieden, dass eine etwa erforderliche Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht Voraussetzung für die Minderung wegen eines Mangels der Architektenleistung ist, wenn der Besteller das **Interesse an der Leistung** deshalb **verloren** hat, weil die Leistung ihren vertraglich vorgesehenen Zweck nicht mehr erfüllen kann (BGH NZBau 2005, 158). Das ist für die Kostenermittlungen wie die Kostenschätzung, die Kostenberechnung, den Kostenanschlag (und deren jeweilige Fortschreibung), die erst nach Ablauf der jeweiligen Leistungsphase, in deren Rahmen sie vorzulegen sind, anzunehmen (BGH NZBau 2005, 158; OLG Oldenburg IBR 2017, 440 (mit in sich widersprüchlicher Begründung); OLG Karlsruhe BauR 2007, 1770 (1772); OLG Hamm NZBau 2006, 584).

139b **Weitere Grundleistungen**, die regelmäßig nach Ablauf der jeweiligen Leistungsphase nicht mehr nachgeholt werden können:

- Zusammenfassen, Erläutern und Dokumentieren der **Ergebnisse einer Leistungsphase** in LPH 1, 2 und 3 (OLG Brandenburg BauR 2014, 1804),
- **Vorverhandlungen** mit Behörden und anderen an der Planung fachlich Beteiligten über die Genehmigungsfähigkeit in LPH 2 (OLG Brandenburg BauR 2014, 1804),
- **Planungskonzept** einschließlich der Untersuchung alternativer Lösungen nach gleichen Anforderungen in LPH 2 (OLG Brandenburg BauR 2014, 1804),
- **Integrieren** der Leistungen anderer an der Leistung fachlich Beteiligter in LPH 2 (OLG Brandenburg BauR 2014, 1804),
- **Klären und Erläutern** der wesentlichen Zusammenhänge, Vorgänge und Bedingungen in LPH 2 (OLG Brandenburg BauR 2014, 1804),
- alle **Grundleistungen der Leistungsphase 3** (OLG Brandenburg BauR 2014, 1804),
- **Abstimmen und Koordinieren** der Schnittstellen zu den Leistungsbeschreibungen der an der Planung fachlich Beteiligten in LPH 6 (OLG Brandenburg BauR 2014, 1804),
- **Kostenkontrolle** durch Vergleich des Kostenanschlags mit der Kostenberechnung in LPH 7 (OLG Brandenburg BauR 2014, 1804),
- Auflistung von **Gewährleistungsfristen** in LPH 8 (OLG Brandenburg BauR 2014, 1804 – zweifelhaft, da auch eine Information über die erst in der Zukunft ablaufenden Gewährleistungsfristen regelmäßig für den Besteller von Bedeutung ist),
- das **Bautagebuch** in LPH 8: die Erforderlichkeit, für die jeweiligen Baumaßnahmen ein Bautagebuch zu führen, ergibt sich ohne weiteres aus dem Sinn und Zweck des Bautagebuches (BGH NZBau 2011, 622). Das Bautagebuch kann nicht nachträglich hergestellt werden, weil damit seine Beweiskraft für den tatsächlichen Ablauf des Baugeschehens entscheidend gemindert ist (BGH NZBau 2011, 622; KG IBR 2018, 686; OLG Karlsruhe BauR 2007, 1770 (1772)). Damit entfällt eine Verpflichtung des Bestellers, nach Abschluss der Bauarbeiten die Herstellung eines – wertlosen – Bautagebuchs im Wege der Mängelrüge mit Fristsetzung zu verlangen.

139c Bei **anderen Grundleistungen** muss jeweils im **Einzelfall** geklärt werden, ob die nachträglich ausgeführte Grundleistung für den Besteller noch von Wert ist. Dabei trifft den Besteller in aller Regel keine Verpflichtung, eine bestimmte Grundleistung so rechtzeitig als fehlend

zu beanstanden und eine entsprechende Mangelrüge mit Fristsetzung anzubringen, dass ihre Ausführung für ihn noch Sinn macht. Es ist der Planer, der sich vertragswidrig verhält, wenn er eine geschuldete Grundleistung nicht innerhalb der jeweiligen Leistungsphase ausführt (OLG Hamm NZBau 2006, 584; aA OLG Zweibrücken IBRRS 2019, 1524). Der Planer weiß als Fachmann um das – Detailkenntnisse voraussetzende – Szenario der in den Anlagen zur HOAI gelisteten und den einzelnen Leistungsphasen zugeordneten Grundleistungen. Er kann sich von seiner vertraglichen Leistungspflicht nicht dadurch befreien, dass er auf eine entsprechende **Kontrollpflicht des Bestellers**, der allenfalls rudimentär von dem Zusammenspiel der einzelnen Grundleistungen nach den Anlagen zur HOAI Kenntnis hat, verweist.

Gleichwohl muss der Besteller im Prozess jeweils **konkret begründen** („kein Automatismus“, OLG Brandenburg BauR 2014, 1804), warum eine nicht rechtzeitig erbrachte Grundleistung zu einem späteren Zeitpunkt für ihn sinnlos geworden ist; tut er dies nicht, läuft er Gefahr, dass ihm Gewährleistungsansprüche mangels mit Fristsetzung versehener Mangelrüge abgesprochen werden (OLG Hamburg IBR 2017, 83; OLG Frankfurt BauR 2007, 1906). **139d**

Hat sich der **Mangel einer Planerleistung im Bauwerk verwirklicht**, scheiden Nacherfüllung und damit auch eine Selbstvornahme ebenfalls als sinnlos aus. Die Bauleistung selbst unterliegt nicht der vom Planer geschuldeten Nacherfüllung, da sich seine vertragliche Leistung hierauf nicht bezieht. Die unzureichende Bauüberwachung lässt sich nicht nachholen. Gleiches gilt aber auch für Planungsfehler, da mit der Herstellung eines nunmehr fehlerfreien Planes der im Bauwerk verkörperte Mangel nicht behoben ist. Vielmehr wird der Besteller Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 wählen: „Bei dem gegen den Architekten gerichteten Schadensersatzanspruch wegen Mängeln des Bauwerks, die auf seine Planungs- oder Überwachungsfehler zurückzuführen sind, handelt es sich der Sache nach um einen Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1, denn die Mängel des Bauwerks können nicht durch Nacherfüllung der Architektenleistung noch beseitigt werden“ (so wörtlich BGH NJW 2018, 1463; NZBau 2017, 555 mwN). **140**

Der BGH hat mit seinem Urteil v. 22.2.2018 (NJW 2018, 1463) – unter Aufgabe seiner bisher vertretenen Rechtsprechung – den Inhalt des Schadensersatzanspruches neben der Leistung wegen Mängeln nach § 280 Abs. 1 grundlegend neu bestimmt. Der Besteller kann nicht mehr die **fiktiven Kosten der Mängelbeseitigung** verlangen. Er muss sich vielmehr entscheiden, ob er den Mangel beseitigen lassen will. **141**

Der Besteller, der das Werk behält und den Mangel beseitigen lässt, kann die von ihm aufgewandten **Mängelbeseitigungskosten als Schaden** gem. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 ersetzt verlangen. Vor Begleichung der Kosten kann der Besteller Befreiung von den zur Mängelbeseitigung eingegangenen Verbindlichkeiten fordern. Hat eine Mängelbeseitigung noch nicht stattgefunden, steht dem Besteller das Recht zu, einen **Vorschuss** („Anspruch auf Vorfinanzierung in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags“) ähnlich §§ 634 Nr. 2, 637 zu fordern, wenn er den Mangel beseitigen (lassen) will. Nach Abschluss der Mängelbeseitigung muss der Besteller dem Unternehmer über die Verwendung des Vorschusses Auskunft erteilen und Rechnung legen. Soweit der Vorschuss nicht vollständig verbraucht worden ist, hat der Unternehmer Anspruch auf Rückzahlung. **142**

Soll der Mangel nicht beseitigt werden, kann der Besteller den Schaden in der Weise bemessen, dass er im Wege einer **Vermögensbilanz** die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der durch das Werk geschaffenen oder bearbeiteten, im Eigentum des Bestellers stehenden Sache ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert der Sache mit Mangel ermittelt. Hat der Besteller die durch das Werk geschaffene oder bearbeitete Sache veräußert, ohne dass eine Mängelbeseitigung vorgenommen wurde, kann er den Schaden nach dem konkreten **Mindererlös** wegen des Mangels der Sache bemessen. Der Besteller kann seinen Schaden aber auch in Anlehnung an §§ 634 Nr. 3, 638 ausgehend von der für das Werk vereinbarten Vergütung nach dem Minderwert des Werks wegen des nicht beseitigten Mangels bestimmen. Maßstab ist die durch den Mangel des Werks erfolgte Störung des Äquivalenzverhältnisses. Der Minderwert wird im Wege einer Schätzung, ggf. auch nach § 287 ZPO durch das Gericht selbst, ermittelt; sie hat sich am Leistungsinteresse des Bestellers zu orientieren (BGH NJW 2018, 1463). Auf die voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung soll es dabei nicht ankommen: „Im Rahmen dieser – sich an §§ 634 Nr. 3, 638 BGB anlehnenden – Schadensbemessung können die fiktiven Mängelbeseitigungskosten nicht als Maßstab herangezogen werden“ (BGH NJW 2018, 1463 Rn. 42). **143**

2. Rechte zur Verweigerung der Nacherfüllung

- 144 Das Gesetz befreit den Auftragnehmer unter besonderen Umständen von der Ausführung der Nacherfüllung. Berufet sich der Unternehmer darauf, dass er nicht zur Mängelbeseitigung verpflichtet sei, kann der Besteller **ohne Fristsetzung** sofort zu den weitergehenden Gewährleistungsansprüchen (Rücktritt, Selbstvornahme, Minderung, Schadensersatz statt der Leistung) übergehen.
- 144a **a) Rechtliche Unmöglichkeit der Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1.** Subjektive Unmöglichkeit liegt nur vor, wenn der Schuldner die Leistung keinesfalls erbringen kann. Das Leistungshindernis muss für ihn unüberwindbar sein. Eine bloße Leistungschwierigkeit ist für die Anwendung der Vorschrift des § 275 Abs. 1 nicht ausreichend (OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 894); andernfalls würde es dem Unternehmer zu sehr erleichtert, von seiner Primärleistungspflicht frei zu werden (OLG München NZBau 2012, 364). Der Umstand, dass die Leistung ohne die Mithilfe Dritter nicht erbracht werden kann, genügt für sich genommen nicht, eine subjektive Unmöglichkeit anzunehmen (OLG München NZBau 2012, 364; Beispiel: Dritter verweigert Lieferung von Ersatzmotor). Auf Unmöglichkeit kann sich der Unternehmer nicht berufen, wenn die Mängelbeseitigung auf eine technisch nahezu gleichwertige Art erfolgen kann (BGH BauR 1989, 462; 2005, 1473).
- 145 **b) Allgemeines Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 und Abs. 3.** Der Unternehmer ist nicht in jedem Fall zur Nacherfüllung verpflichtet, denn ihm stehen die allgemeinen Leistungsverweigerungsrechte nach § 275 Abs. 2 und Abs. 3 zur Seite.
- 145a **aa) Einrede des grob unverhältnismäßigen Aufwandes.** Die Mängelbeseitigung darf nicht in einem „grob Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Bestellers“ stehen (§ 275 Abs. 2). Gegeneinander abzuwägen sind das Interesse des Bestellers an einem mangelfreien Werk und der Aufwand, den Mangel zu beheben (Kosten-Nutzen-Relation). Die Unverhältnismäßigkeit muss dabei ein unmöglichkeitsähnliches Ausmaß erreicht haben und so eklatant sein, dass das Verlangen nach Naturalerfüllung als sinnlos und rechtsmissbräuchlich erscheint (OLG Koblenz IBR 2020, 531). Ohne Belang ist es dagegen, ob die Leistung grundsätzlich auch **mit dem Mangel funktionsfähig** ist, obwohl sie von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit abweicht. Haben die Parteien „unnötigen Luxus“ vereinbart, muss der Unternehmer „unnötigen Luxus“ liefern (BGH NZBau 2004, 672; Weise NJW-Spezial 2019, 428).
- 145b **bb) Wirtschaftliche Unmöglichkeit.** Fälle der **wirtschaftlichen Unmöglichkeit** erfasst § 275 Abs. 2 nicht. Wirtschaftliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Behebung des Mangels einen Mehraufwand erfordert, der dem Unternehmer im Hinblick auf dessen Leistungsfähigkeit nicht zugemutet werden kann (drohende Existenzvernichtung). Erfordert die Leistung einen Mehraufwand, der dem Schuldner nicht zumutbar ist, sind Lösungen auf dem Weg der ergänzenden Vertragsauslegung oder über eine Anpassung des Vertrages nach § 313 zu suchen.
- 145c **cc) Persönliche Unmöglichkeit.** Ferner kann der Unternehmer die Mängelbeseitigung nach § 275 Abs. 3 verweigern, wenn er sie **persönlich** durchführen muss und ihm dies nicht zugemutet werden kann.
- 145d **c) Auswirkungen der Corona Pandemie (CP).** **aa) Rechtliche Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1) durch CP.** Besondere Bedeutung gewinnt das allgemeine Leistungsverweigerungsrecht wegen Unmöglichkeit der Leistung mit der im Frühjahr 2020 ausgebrochenen Corona-Pandemie.
- 145e Verursacht die CP, dass die Leistung für den Unternehmer aus Rechtsgründen unmöglich ist, führt dies nach § 275 Abs. 1 zum Erlöschen der Mängelbeseitigungsverpflichtung.
- 145f **Beispiele:** Der Unternehmer, ein bosnischer Fliesenleger, darf wegen des Infektionsschutzgesetzes nicht nach Deutschland einreisen. Der zuvor im Ausland tätige deutsche Unternehmer muss sich einer 14-tägigen Quarantäne unterziehen und kann daher den strikt termingebundenen Auftrag (absolutes Fixgeschäft) nicht ausführen. Ein zur Mängelbeseitigung erforderliches Bauteil, das aus Lizenzgründen nur von einem Hersteller gefertigt wird, kann wegen eines mit der CP begründeten Ausfuhrverbotes nicht beschafft werden.
- 145g **bb) Grob unverhältnismäßiger Aufwand (§ 275 Abs. 2) wegen CP.** Verursacht die CP im Einzelfall, dass die Beseitigung des Mangels einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in

einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Bestellers steht, kann der Unternehmer die Mängelbeseitigung nach § 275 Abs. 2 verweigern.

Beispiele: Der in Kroatien beheimatete Subunternehmer, der den Mangel verursacht hat, darf sein Land nicht verlassen, da seine Mitarbeiter wegen einer CP-Infektion unter **Quarantäne** stehen. Ein ähnlich qualifizierter Handwerker aus Deutschland kann nicht beschafft werden. Die Beseitigung des Mangels verlangt die körpernahe Zusammenarbeit mehrerer Personen, sodass der nach SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard geforderte **Mindestabstand** nicht eingehalten werden kann. 145h

d) Leistungsverweigerungsrecht wegen „unverhältnismäßiger Kosten“ der Nacherfüllung gem. § 635 Abs. 3. Der Unternehmer kann die Mängelbeseitigung verweigern, wenn sie nur mit „unverhältnismäßigen Kosten“ möglich ist. Dieses Recht besteht aber nur in **Ausnahmefällen**. Nach der vertraglichen Risikoverteilung trägt der Unternehmer das Erfüllungsrisiko grundsätzlich ohne Rücksicht auf den für die versprochene Leistung erforderlichen Aufwand (BGH NZBau 2002, 338). 146

Das Erfüllungsrisiko wiegt umso schwerer, wenn der Unternehmer schlecht, nämlich mangelhaft leistet (BGH NZBau 2002, 338; NJW 1996, 3269; OLG Düsseldorf BauR 2001, 1922). Haben die Parteien eine **bestimmte Beschaffenheit** vereinbart, kann die Unverhältnismäßigkeit nicht damit begründet werden, dass die vertragswidrig erbrachte Leistung anerkannten Regeln der Technik entspreche oder eine funktionsfähige Leistung darstelle (BGH NJW 2008, 971). Der Besteller darf die Einhaltung bestimmter Wärmeschutzstandards auch dann verlangen, wenn die Auswirkungen auf die Höhe seiner Heizkosten nur gering sind (OLG Karlsruhe NZBau 2018, 414). 147

Etwas anderes mag gelten, wenn die erbrachte Leistung gegenüber der vereinbarten Leistung als **funktional höherwertig** einzuschätzen ist und keine subjektiv motivierten Gründe vorliegen, die vertraglich vereinbarte Leistung zu bevorzugen. Beruft sich der Besteller aber beispielsweise darauf, dass er die Einhaltung von Umweltstandards vertraglich sicherstellen wollte (Beispiel: kein Tropenholz, geringere Feinstaubemission), kommt es auf eine mögliche Höherwertigkeit der vertragswidrig erbrachten Leistung nicht an. Im Rahmen der Abwägung wird zu berücksichtigen sein, dass die Bauwerksleistung den aktuell **anerkannten Regeln der Technik entspricht**, die weniger hohe Anforderungen stellen als die zum Zeitpunkt der Abnahme gültigen Regeln der Technik (OLG Frankfurt a. M. IBR 2019, 16). 147a

Einzelfälle:

- Der Besteller kann nicht die Kosten für den **kompletten Aus- und Wiedereinbau** des Bodens verlangen, wenn die festgestellten Mängel die Gebrauchstauglichkeit des Bodens nicht beeinträchtigen und eine Verschlechterung kaum zu erwarten ist (OLG Celle IBR 2020, 14). Die Kosten der Komplettsanierung stehen in diesem Fall in keinem Verhältnis zum möglichen Gewinn des Bestellers.
- Eine Nacherfüllung einer Bauwerkleistung (hier: Stahlwagentreppe) kann ausnahmsweise wegen Unverhältnismäßigkeit verweigert werden, wenn der Mangel in einer **einzigsten, geringfügigen Überschreitung** der Toleranz aus der zum Zeitpunkt der Abnahme gültigen anerkannten Regeln der Technik besteht, welche keinerlei fühlbare Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs verursacht und nur aufwändig (hier: vollständiger Neueinbau der Treppe) und mit hohen Kosten beseitigt werden kann (OLG Frankfurt IBR 2019, 16).
- Die Mängelbeseitigung ist unverhältnismäßig und kann vom Bauträger verweigert werden, wenn mit der Beseitigung einer **nicht störenden farblichen Abweichung** ein ganz erheblicher Instandhaltungsaufwand verbunden ist (OLG Frankfurt IBRRS 2020, 0910).
- Der Umstand, dass die Leistung (hier: Dachabdichtungsarbeiten) nach Durchführung der Mängelbeseitigung regelmäßig (hier: alle 5 bis 10 Jahre) gewartet werden muss, macht die Mängelbeseitigung nicht unverhältnismäßig (OLG München IBR 2020, 343).

e) Bestimmung der unverhältnismäßigen Kosten. Die Grenze zur Unverhältnismäßigkeit wird erst überschritten, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung unter **Abwägung aller Umstände** ein erheblicher und vergleichsweise unangemessener (Geld-)Aufwand gegenübersteht (BGH NZBau 2002, 338; BauR 1997, 638). Liegt dagegen ein objektiv berechtigtes Interesse des Bestellers an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages vor, kann der Unternehmer regelmäßig die Nacherfüllung wegen hoher Kosten der Mängelbeseitigung nicht verweigern (LG Potsdam IBRRS 2020, 0171 mwN). 148

- 148a** Beeinträchtigt der Mangel die Funktionsfähigkeit des Werks, kann der Besteller regelmäßig auf einer Nacherfüllung bestehen (BGH NJW-RR 2006, 453; OLG Düsseldorf NJW 2014, 2802). Ohne Belang ist es, ob die Kosten der Mängelbeseitigung den ursprünglich vereinbarten Werklohn „aufzehren“ oder gar überschreiten (BGH NZBau 2006, 110; NJW-RR 2002, 661; NJW 1996, 3269; OLG Celle IBR 2018, 559).
- 149** Entgegen Begr. RegE zu § 635 zu Abs. 3, BT-Drs. 14/6040, 265 ist die Nacherfüllung dem Unternehmer keineswegs „regelmäßig unzumutbar“, wenn der Mangel des Werks auf einem Verschulden eines **Lieferanten** des Werkunternehmers beruht und der Unternehmer selbst dies nicht zu vertreten hat. Auch hier schuldet der Unternehmer den Erfolg in Form eines mangelfreien Werks und hat alles daran zu setzen, den Mangel zu beseitigen (ebenso Sienz BauR. 2002, 181 (187/188)).
- 150** Die Abwägung verschiebt sich in dem Maß zulasten des Unternehmers, als ihn ein **Verschulden** am Entstehen des Mangels trifft (BGH NZBau 2008, 75; 2002, 338; BauR 1996, 858). Der Verschuldensgrad ist jedoch nicht das alleinige Kriterium in der Gesamtabwägung (BGH NJW 2009, 2123). Weicht der Unternehmer **vorsätzlich** von der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit ab, wird ihm die Berufung auf eine Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung in aller Regel versagt sein (BGH IBR 2010, 1012).

C. Umfang der Nacherfüllungsverpflichtung (Abs. 2)

I. Formen der Nacherfüllung

- 151** Die Nacherfüllung erfolgt nach **Wahl des Unternehmers** entweder durch Beseitigung des Mangels **oder** durch die Herstellung eines neuen vertragsgerechten Werkes.
- 1. Das Wahlrecht des Unternehmers und Methoden der Nacherfüllung**
- 152** Anders als im Kaufrecht (§ 439 Abs. 1) entscheidet gem. § 635 Abs. 1 der Unternehmer darüber, welche der beiden Varianten er wählen will. Der Gesetzgeber war der Meinung, der Unternehmer könne besser als der Besteller beurteilen, welche Maßnahme zur Mängelbeseitigung geeignet sei. Der Unternehmer sei mit dem Herstellungsprozess vertraut und besitze daher die größere Sachkunde (Begr. RegE zu § 635, BT-Drs. 14/6040, 265).
- 153** Damit folgte der Gesetzgeber der hM in Rechtsprechung und Literatur (BGHZ 96, 111 (118)). Die **Verbrauchsgüterkaufrichtlinie** räumt generell dem Verbraucher das Wahlrecht zwischen Mängelbeseitigung und Neuherstellung ein (vgl. Art. 3 Abs. 3). Hiervon weicht § 635 Abs. 1 ab. Da die Richtlinie aber nur „bewegliche, körperliche Gegenstände“ erfasst, für die gem. § 651 hinsichtlich der Mängelansprüche Kaufrecht gilt, kollidiert § 635 Abs. 1 nicht mit dem Gemeinschaftsrecht.
- 154** Weiter entscheidet der **Unternehmer** darüber, **wie** er den vertragsgerechten Zustand herstellt. Er trägt das **Risiko der Nacherfüllung** und kann daher grundsätzlich allein darüber entscheiden, auf welche Weise er die Mängel dauerhaft beseitigen will (BGH NZBau 2004, 153). Ein Unternehmer muss sich daher nur ausnahmsweise, insbesondere wenn Treu und Glauben dies erfordern, **Weisungen** von Seiten des Bestellers unterwerfen (OLG Koblenz IBR 2005, 368). Das gilt entsprechend § 242 jedoch nicht, wenn der Unternehmer eine **völlig unzureichende Nacherfüllung** plant bzw. versuchen will, bei der von vorneherein abzusehen ist, dass sie nicht zu einer vollständigen, nachhaltigen und den anerkannten Regeln der Technik entsprechenden Mängelbeseitigung führen kann (BGH NJW 2011, 1872; 2002, 1262; BauR 1997, 638; OLG Düsseldorf IBR 2019, 423).
- 154a** **Unzureichende Nacherfüllungsmaßnahmen**, die den vertraglich geschuldeten Erfolg nicht vollständig herbeiführen, muss der Bauherr nicht akzeptieren und darf sie zurückweisen (BGH NZBau 2004, 611; OLG Düsseldorf IBR 2019, 423; OLG Stuttgart IBR 2012, 258). Für die Beurteilung, ob eine durch den Werkunternehmer angebotene Nachbesserungsmaßnahme geeignet ist, kommt es auf objektive Maßstäbe an und nicht darauf, welche Erkenntnisse der Werkunternehmer zum Zeitpunkt der Abgabe eines Nachbesserungsangebots hatte (OLG Düsseldorf IBR 2019, 423; OLG Stuttgart IBR 2012, 258).
- 154b** Es gibt – vor allem innerhalb eines bereits bezogenen Objekts – kein Recht des Unternehmers, sich durch **sukzessive Mängelbeseitigungsversuche** an den von ihm vertraglich geschuldeten Zustand „heranzutasten“ (OLG Düsseldorf IBR 2019, 423).