

der Besteller ihm zustehende Ansprüche seinerseits geltend macht (BGH BauR 2013, 1855). Die Grundsätze des Vorteilsausgleichs gelten insoweit nicht. Denn die Nachbesserung kommt dem Bauherrn bzw. jetzigen Eigentümer zugute, ist also kein Vorteil des wirtschaftlich nicht betroffenen Generalunternehmers. Ihm verbleibt der Vorteil nur dann, wenn der Nachunternehmer die Nachbesserung nicht vornimmt. Das hat dieser aber selbst in der Hand und ist nicht anders zu behandeln, als wenn er seinen Vergütungsanspruch verjähren lässt. Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt nur, wenn die Nachbesserung unmöglich ist, insbesondere der jetzige Eigentümer sie nicht zulässt.

Die Einrede aus § 320 BGB hat die Funktion, die geschuldete Gegenleistung zu erzwingen, und steht deshalb einer Partei, die deutlich gemacht hat, dass sie nicht am Vertrag festhalten will, nicht zu. Der Einbehalt der Vergütung gemäß § 320 BGB ist daher in folgenden Fällen ausgeschlossen:

- die Mängelbeseitigung ist ordnungsgemäß erfolgt,
- der Auftraggeber hat die Nacherfüllung endgültig verweigert
- der Auftraggeber verlangt nur noch Schadensersatz.

3. Nacherfüllungsanspruch gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B

a) Voraussetzungen

Nach dem Wortlaut des § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 1 VOB/B hat der Auftragnehmer alle während der Verjährungsfrist hervortretenden Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt.

aa) Mangel. Die erstellte Leistung weist, während der durch die Abnahme in Lauf gesetzten Verjährungsfrist einen Mangel auf, für den der Auftragnehmer die Verantwortung trägt. Der Mangel muss bei Abnahme – wenn auch unerkannt – vorhanden gewesen sein. Daher liegt ein vertragswidriger, den Auftragnehmer zur Nachbesserung verpflichtender Mangel nicht vor, wenn es sich lediglich um die Folge einer Abnutzung einer vertragsgerecht erbrachten Leistung handelt. Der Nacherfüllungsanspruch besteht auch bei unwesentlichen Mängeln und setzt kein Verschulden voraus. Auch die unvollständige Leistung begründet einen Mangel und kann zB Gegenstand des Kostenvorschusses als Sekundärerfüllungsanspruch sein (OLG Köln IBR 2015, 250).

bb) Mängelbeseitigungsverlangen. Der Auftraggeber verlangt von dem Auftragnehmer die Beseitigung des Mangels durch eine eindeutige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Bei Mängelansprüchen genügt der Auftraggeber den Anforderungen an ein hinreichend bestimmtes Mängelbeseitigungsverlangen wie auch an eine schlüssige Darlegung eines Mangels im Prozess, wenn er die Erscheinungen, die er auf vertragswidrige Abweichungen zurückführt, hinlänglich deutlich beschreibt. Er ist nicht gehalten, die Mangelursachen im Einzelnen zu bezeichnen (sog. Symptomtheorie; BGH BauR 2021, 593).

Beispiel nach BGH:

Rügt der Auftraggeber, dass das Brüstungsblech auf der rechten Mauer der Tiefgaragenzufahrt ein Gefälle in die falsche Richtung habe, was zu Hinterfeuchtungen und Putzabsprennungen führe, und verweist er ergänzend auf näher bezeichnete Bilder im Gutachten eines Privatsachverständigen, hat er den von ihm behaupteten Mangel „falsches Gefälle der Blechabdeckung“ einschließlich der hierdurch verursachten nachteiligen Folgen hinreichend deutlich beschrieben. Weitere Angaben dazu, welcher Art das Gefälle sei und wie es bei fachgerechter Ausführung konkret sein müsste, sind für die schlüssige Darlegung des Mangels ebensowenig erforderlich wie dessen Erkennbarkeit für das Gericht auf den in Bezug genommenen Bildern.

- 12 Unzureichend sind aber Formulierungen wie zB der Anstrich ist mangelhaft, nicht ordnungsgemäß oder fehlerhaft. Sie beschreiben den Mangel nicht, sondern beruhen auf einer Bewertung des Auftraggebers, zu der er aufgrund einer bestimmten Beobachtung gelangt ist. Diese Beobachtung gilt es zu beschreiben und dem Auftragnehmer mitzuteilen.
- 13 **cc) Schriftliches Mängelbeseitigungsverlangen.** Die Einhaltung der Schriftform ist keine zwingende Voraussetzung für das Entstehen des Mängelbeseitigungsanspruchs (vgl. Ingenstau/Korbion/Wirth § 13 Abs. 5 Rn. 62). Die Schriftform ist allerdings vorteilhaft, falls in einer späteren Auseinandersetzung Beweismittel notwendig sind.
- 14 Die in § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 1 VOB/B erwähnte Schriftform ist aber von entscheidender Bedeutung für die in § 13 Abs. 4 VOB/B geregelte Verjährungsfrist der Mängelansprüche. Die allgemeinen Vorschriften des BGB über die Hemmung oder Neubeginn der Verjährung sehen keinen Fall vor, in dem die schriftliche Mängelrüge den Ablauf der Verjährungsfrist über die Zeit der Prüfung des angezeigten Mangels hinaus oder durch die bloße Mangelanzeige hemmt. Diese Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass angesichts der im Vergleich zum BGB kürzeren Verjährungsfrist des § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B Mängel möglicherweise erst kurz vor dem Ablauf der Verjährung sichtbar werden. Daher soll der Auftraggeber sein Recht auf Nacherfüllung auch über die bisher laufende Verjährungsfrist hinaus wahren können. Dabei sollte er nicht gezwungen werden, zu den allgemeinen gesetzlichen Mitteln greifen zu müssen. Deshalb kommt der schriftlichen Aufforderung und dem schriftlichen Verlangen nach Abs. 5 Nr. 1 S. 1 VOB/B rechtsbegründende Bedeutung zu (Ingenstau/Korbion/Wirth VOB/B § 13 Abs. 5 Rn. 65).
- 15 Mittlerweile erklärt sein dürfte die Frage, dass ein Mängelbeseitigungsverlangen auch per E-Mail der in § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 1 VOB/B erwähnten Schriftform gerecht wird (Ingenstau/Korbion/Wirth VOB/B § 13 Abs. 5 Rn. 68 mwN). Die gewillkürte Schriftform wird gemäß § 127 Abs. 2 S. 1 BGB durch die telekommunikative Übermittlung gewahrt wird.
- 16 **dd) Keine Selbstvornahme durch den Auftraggeber.** Der Auftraggeber darf vor der ausgesprochenen Mängelbeseitigungsaufforderung nicht mit der Mängelbeseitigung begonnen haben. Der Auftragnehmer hat nämlich ein Recht bzw. eine Obliegenheit zur Mängelbeseitigung (vgl. BGH BauR 1984, 395 (399)). Damit korrespondiert die Verpflichtung des Auftraggebers, dem Auftragnehmer die Werkleistung zum Zwecke der Mängelbeseitigung zur Verfügung zu stellen. Diese Pflicht besteht erst dann, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung aufgefordert hat.
- 17 **ee) Entbehrlichkeit der Mängelbeseitigungsaufforderung.** Es besteht ausnahmsweise kein Recht des Auftragnehmers auf Nachbesserung
 - bei Gefahr im Verzug (Wasserrohrbruch am Samstagabend und die Überflutung des Kellers droht),
 - wenn der Auftragnehmer endgültig und ernstlich die Mängelbeseitigung verweigert und sie daher eine bloße Förmlichkeit wäre (BGH BauR 2000, 1479),
 - wenn der Auftragnehmer den Mangel arglistig bei der Abnahme verschweigt (vgl. BGH NJW 2008, 1371). Dann ist es dem Auftraggeber nicht mehr zuzumuten, den Auftragnehmer erneut mit der Werkleistung zu befassen;
 - wenn der Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung hat fruchtlos verstreichen lassen. Ohne Zustimmung des Auftraggebers darf der Auftragnehmer die Leistung dann nicht mehr verspätet nachbessern und der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, eine von dem Auftragnehmer angebotene Nachbesserung anzunehmen (vgl. BGH BauR 2003, 693 (694)).

b) Ausschluss des Mängelbeseitigungsanspruchs

Dem Auftraggeber steht ausnahmsweise kein Nacherfüllungsanspruch zu, wenn die Mängelbeseitigung objektiv unmöglich. Dann entfällt der Anspruch des Auftraggebers gemäß § 275 Abs. 1 BGB auf Nacherfüllung. 18

Beispiel nach BGH BauR 2014, 1291

Ein Bauunternehmen bringt an der Fassade eines Verwaltungsneubau die ausgeschriebenen Elemente aus Einscheibensicherheitsglas (ESG) an. Die Parteien gingen übereinstimmend davon aus, dass das Glas bruchsicher ist. ESG-Produkte bergen aber die Gefahr, dass vorhandene Nickelsulfid-Einschlüsse bei thermischer Beanspruchung zum Spontanbruch der Scheiben führen. Da die Scheiben auftragsgemäß einen Heißlagerungstest, der das Bruchrisiko verringert, durchlaufen sollen (dann spricht man von ESG H-Glas), errechnet der Sachverständige, dass bei der Fassadengröße des Bauvorhabens statistisch nur 0,2 Brüche auftreten dürfen. Tatsächlich ereignet sich an mehreren ESG H-Scheiben ein Spontanbruch. Der Auftraggeber bewertet daher die gesamte Fassade als mangelhaft und verlangt 240.000 EUR Vorschuss zur Mängelbeseitigung. Der BGH bejaht zwar einen Mangel, lehnt aber anders als die Vorinstanzen einen Vorschussanspruch ab. Er geht davon aus, dass das Glas nach der Vereinbarung der Parteien bruchsicher sein soll. Da ESG H-Glas tatsächlich aber nicht bruchsicher ist, kann auch eine Neuherstellung der Fassade mit ESG-H-Glas den Mangel (keine Bruchsicherheit) nicht abstellen; die Mängelbeseitigung ist unmöglich. In einem solchen Fall steht dem Auftraggeber nur Schadensersatz gemäß § 311a Abs. 2 BGB zu.

Der Mängelbeseitigungsanspruch ist ferner ausgeschlossen, wenn die Nacherfüllung mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden ist (§§ 635 Abs. 3, 275 Abs. 2 BGB). Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH BauR 2009, 1151 (1152)) nur dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäßer Vertragserfüllung zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. Das ist der Fall, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht. 19

Beispiel:

Der neu aufgebrachte Außenputz eines Fabrikgebäudes weist Unebenheiten auf, die leicht außerhalb der Toleranzen der einschlägigen DIN-Normen liegen. Die Beseitigung dieser Unebenheiten durch Abschlagen des alten Putzes und Neuaufbringen des Putzes ist möglich. Diese Mängelbeseitigung erfordert aber einen Kostenaufwand, der mehr als das 5-fache der ursprünglichen Kosten der Putzarbeiten ausmacht und nur geringe Vorteile bringt.

Für die Frage, ob der vom Unternehmer zu leistende Aufwand „unverhältnismäßig“ ist, kommt es nicht allein auf das rechnerische Verhältnis zwischen den Mängelbeseitigungskosten einerseits und dem wirtschaftlichen Vorteil für den Auftraggeber andererseits an. Vielmehr sind sämtliche Umstände des Einzelfalls abzuwägen. Entscheidend ist, ob der Auftraggeber ein nachvollziehbares Interesse an einer vertragsgemäßen Ausführung des Werks hat. In der Abwägung ist insbesondere auch zu berücksichtigen, ob und inwieweit den Unternehmer ein Verschulden trifft. Hat der Auftraggeber aber ein objektiv berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrags, kann ihm der Auftragnehmer regelmäßig die Nachbesserung wegen hoher Kosten der Mängelbeseitigung nicht verweigern (OLG Karlsruhe BauR 2018, 1446). 20

Beispiel nach OLG Karlsruhe BauR 2018, 1446:

Beim Neubau eines Wohnhauses werden Dachflächenfenster eingebaut, die entgegen der Baubeschreibung nur eine 2-fach Wärmeschutz-Verglasung – statt einer 3-fach Wärme-

schutz-Verglasung – aufweisen. Hierdurch sind jährlich 8,10 EUR höhere Heizkosten zu erwarten. Die Kosten für den Austausch der Fenster liegen bei 6.700 EUR. Nach Auffassung des OLG Karlsruhe ist die Nacherfüllung nicht unverhältnismäßig, weil der Auftraggeber ein berechtigtes Interesse an der Einhaltung bestimmter Wärmeschutz-Standards habe. Diese seien bei Neubauten generell für die Wertvorstellungen von Erwerbern von Bedeutung.

c) Umfang des Nacherfüllungsanspruchs

- 21 Der Auftragnehmer ist verpflichtet, alle Maßnahmen zu treffen, um das Werk in allen Einzelheiten und in seiner Gesamtheit so zu erstellen, wie es nach dem Bauvertrag von ihm zu erwarten und geschuldet ist. Die Nachbesserungspflicht umfasst auch die Beseitigung aller Beeinträchtigungen, die dem Eigentum des Auftraggebers zugefügt werden müssen, um die Behebung des Mangels zu ermöglichen. Neben der eigentlichen Mangelbeseitigung hat der Auftragnehmer nach § 635 Abs. 2 BGB alle im Zusammenhang mit der Mangelbeseitigung stehenden Zusatzkosten zu tragen (zB Maler- und Putzarbeiten, Transport-, Materialkosten). Notfalls muss der Auftragnehmer einen Drittunternehmer einschalten, wenn anders die Mängel nicht beseitigt werden können (vgl. OLG Köln BauR 1971, 129 (130); OLG Düsseldorf BauR 2012, 1956).
- 22 Der Auftraggeber darf die Art der Nachbesserung nicht vorgeben. Der Auftragnehmer hat das Recht, selbst zu bestimmen, auf welche Art und Weise er den Mangel beseitigen will. Ist die Mängelbeseitigung jedoch nur auf eine bestimmte Weise möglich, so ist der Auftragnehmer dazu verpflichtet, diese vorzunehmen (BGH BauR 2011, 1336). Der Auftragnehmer hat im Wege der Nacherfüllung den vertraglich geschuldeten Zustand herzustellen. Ist das nur durch Neuherstellung möglich, schuldet er diese (OLG Karlsruhe BauR 2015, 1335)

d) Bedeutung einer Mitverursachung des Mangels durch den Auftraggeber

- 23 Beruht der Mangel der Werkleistung auch auf einem Mitverschulden des Auftraggebers, weil er zB eine fehlerhafte Planung zur Verfügung gestellt hat, so ist der Auftragnehmer zwar zur Mängelbeseitigung verpflichtet. Er hat aber einen Anspruch auf einen Zuschuss zu den Mängelbeseitigungskosten gegen den Auftraggeber. Da der Nachbesserungsanspruch im Gegensatz zu Ansprüchen auf Kostenvorschuss, Kostenersatz oder Schadensersatz keine Verrechnung zulässt, kann der Auftraggeber seiner Beteiligungspflicht nur durch Zahlung eines Zuschusses nachkommen. Aufgrund der außerprozessual häufig auftretenden Unsicherheiten über Grund und Höhe des Zuschussanspruchs sowie der ungleichmäßig verteilten Risiken darf der Auftragnehmer dieses „Zurückbehaltungsrecht“ aber nur mit dem Ziel hinreichender Sicherheitsleistung ausüben. Der Auftraggeber braucht im Rahmen der Nachbesserung ebensowenig vorzuleisten wie der Unternehmer, zumal wenn noch nicht feststeht, inwieweit das Zuschussbegehren berechtigt ist. Überdies läuft er Gefahr, dass der Unternehmer nach Empfang des Geldes weiterhin untätig bleibt und auch einbehaltener Restwerklohn seine Bedeutung als wirtschaftliches Druckmittel verliert (BGH BauR 1984, 395). So ist es aus Billigkeitsgründen dem Auftragnehmer auch verwehrt, von dem Auftraggeber ein betrags- oder quotenmäßiges Anerkenntnis seiner Beteiligungspflicht und damit eine endgültige Festlegung zu verlangen. Ein derartiges Begehren mag gerechtfertigt sein, wenn sich die Parteien über Grund und Höhe des geschuldeten Zuschusses einig sind und der Unternehmer auf eine Absicherung zu verzichten bereit ist. Anders verhält es sich dagegen, wenn eine solche Einigung nicht zu erzielen ist und der Auftraggeber einen anderen Unternehmer mit der Mängelbeseitigung beauftragen will. Ein angemessener Interessenausgleich kann daher nach der Rechtsprechung des BGH nur darin bestehen, dass der Auftragnehmer von dem Auftraggeber die Absicherung des geltend gemachten Beteiligungsanspruchs verlangen kann (BGH BauR 1984, 395).

Für das gerichtliche Verfahren ist eine derartige Einschränkung nicht geboten. Der Umfang des geschuldeten Kostenzuschusses kann dort regelmäßig konkret ermittelt werden. Für den Auftraggeber besteht nicht mehr die Gefahr, durch Fehleinschätzung der Rechtslage seine Gewährleistungsansprüche vorzeitig in vollem Umfang zu verlieren. Infolgedessen ist es gerechtfertigt, im Urteilsspruch die Nachbesserungspflicht des Unternehmers nicht nur von einer Sicherheitsleistung, sondern von einem Zug um Zug zu erbringenden Zuschuss abhängig zu machen. Das entspricht auch dem in § 274 BGB niedergelegten Grundsatz, wonach die prozessuale Ausübung des Zurückbehaltungsrechts selbst dann zur Zug-um-Zug-Verurteilung führt, wenn sich der Schuldner bereits in Annahmeverzug befindet (BGH BauR 1984, 401).

4. Anspruch auf Erstattung der Kosten der Mängelbeseitigung gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B

Kommt der Auftragnehmer der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in einer von dem Auftraggeber gesetzten Frist nicht nach, so kann der Auftraggeber nach § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B beim VOB-Vertrag die Mängel selbst beseitigen oder sie auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen. 24

a) Frist zur Mängelbeseitigung

Neben einem durchsetzbarer Nacherfüllungsanspruch, der erfüllbar und nicht verjährt ist, erfordert das Selbstvornahmerecht, dass dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt worden ist und er diese Frist ungenutzt hat verstreichen lassen. Fordert der Auftraggeber den Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung auf, ohne ihm hierzu eine angemessene Frist zu setzen, oder versäumt er überhaupt zur Mängelbeseitigung aufzufordern, so wird das Selbsthilferecht nicht ausgelöst. Der Nacherfüllungsanspruch bleibt aber weiter bestehen. 25

Genügend ist eine Aufforderung zur „unverzüglichen“ Mängelbeseitigung. Es darf keiner weiteren kalendermäßigen Bestimmung. Für die Fristsetzung genügt die eindeutige und bestimmte Aufforderung, die geschuldete Nachbesserung binnen angemessener Frist zu erbringen. Diese Frist bestimmt sich nach dem Zeitraum, innerhalb dessen ohne schuldhaftes Zögern der angemahnten vertraglichen Verpflichtung nachzukommen ist. Das Verlangen, binnen angemessener Frist zu leisten, genügt, ebenso wie bei einer zu kurz bemessenen Frist die angemessene Frist gilt (BGHZ 149, 283). Ist die von dem Auftraggeber gesetzte Frist zu kurz und lässt er vor Ablauf der angemessenen Frist die Mängel gegen einen Drittunternehmer beseitigen, so ist der Kostenerstattungsanspruch nicht entstanden. 26

Es dürfte nicht genügen, den Auftragnehmer aufzufordern, binnen einer bestimmten Frist seine Bereitschaft zur Mängelbeseitigung zu erklären (OLG Stuttgart BauR 2010, 1083; BeckOK VOB/B/Koenen § 13 Abs. 5 Rn. 104). In jedem Fall ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Erklärungen des Auftraggebers als ausreichende Fristsetzungen anzusehen sind (Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR/Jurgeleit 5. Teil Rn. 301). Bei umfangreichen Mängeln, wenn es für den Auftraggeber schwer oder gar unmöglich ist, zu beurteilen, welche Frist zur Mängelbeseitigung angemessen ist, kann er neben der eigentlichen Frist zur Mängelbeseitigung auch eine Frist zum Beginn mit der Nachbesserung setzen und daneben eine Frist zur Erklärung der Nachbesserungsbereitschaft bzw. Nachbesserungslösungen vorzustellen bestimmen. Reagiert der Auftragnehmer hierauf nicht und verhält sich passiv, so ist es dem Auftraggeber nicht zuzumuten, noch eine – in ihrer Angemessenheit kaum abschätzbare – Vornahmefrist zu setzen und diese erst ablaufen zu lassen, bevor zur Selbsthilfe gegriffen und Klage auf Kostenvorschuss bzw. Kostenerstattung erhoben wird. Der Auftraggeber hat nämlich berechtigten Anlass zur Sorge, der Auftragnehmer werde sich seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung entziehen (vgl. BGH BauR 1982, 496). 27

- 28 Im Rahmen seiner fristgebundenen Aufforderung zur Mängelbeseitigung hat der Auftraggeber seine eigene notwendige Mitwirkungshandlung mit anzubieten. Dies setzt jedoch voraus, dass seine Mitwirkung für den Auftraggeber erkennbar erforderlich ist oder vom Auftragnehmer berechtigterweise verlangt wird (Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR/Jurgeleit 5. Teil Rn. 303).
- 29 Die Fristsetzung ist ausnahmsweise entbehrlich,
 - bei Gefahr im Verzug,
 - der Auftragnehmer verweigert endgültig und ernstlich die Mängelbeseitigung. Dann wäre die Fristsetzung nur eine unnötige Förmerei. Eine solche ist dann anzunehmen, wenn der Auftragnehmer mit der erforderlichen Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit erklärt, dass mit seiner Leistung auch während einer angemessenen Nachfrist nicht zu rechnen sei, wenn er seine Mängelbeseitigungspflicht schlechthin bestreitet oder den Standpunkt einnimmt, Mängel seien nicht vorhanden, oder ohne Einschränkung andere Unternehmer für die Mängel verantwortlich macht (BGH BauR 2015, 1664). Allerdings ist diese Fristsetzung nur entbehrlich, wenn der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung bereits verweigert hat, bevor diese durch den Auftraggeber erfolgt. Wie der Auftragnehmer sich nach der Mängelbeseitigung durch den Auftraggeber verhält, kann deshalb nur dann von Bedeutung sein, wenn dieses Verhalten den sicheren Rückschluss erlaubt oder hierzu beiträgt, dass schon vor der Mängelbeseitigung die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert war (BGH BauR 2009, 976).
 - der Auftragnehmer verschweigt den Mangel arglistig bei der Abnahme. Entscheidend ist, ob das Vertrauen des Auftraggebers in die Leistungsbereitschaft und -fähigkeit nachhaltig gestört worden ist (Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR/Jurgeleit 5. Teil Rn. 310).
 - der Auftragnehmer hat sich derart unzuverlässig gezeigt, dass es dem Auftraggeber nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist, den Auftragnehmer mit der Mängelbeseitigung zu beauftragen. Eine Unzumutbarkeit für den Besteller liegt dann vor, wenn aus seiner Sicht aufgrund objektiver Umstände das Vertrauen auf ordnungsgemäße Durchführung der Mängelbeseitigung erschüttert ist (Erman/Schwenker/Rodemann BGB § 636 Rn. 13). Dies kann der Fall sein, wenn sich der Unternehmer so unzuverlässig erwiesen hat, dass der Auftraggeber nicht das Vertrauen zu haben braucht, er werde bei der Nachbesserung ordnungsgemäß arbeiten (vgl. BGHZ 46, 242) oder wenn der Unternehmer ungewöhnlich häufig gegen Vertragspflichten verstoßen und gravierende Mängel produziert hat (vgl. BGH NJW-RR 2008, 1052). Erfüllt der Auftragnehmer offensichtlich notwendige sicherheitstechnische Anforderungen nicht, ist das Vertrauen in seine Zuverlässigkeit nachhaltig gestört (OLG Düsseldorf 30.1.2020 – I-5 U 240/18, BeckRS 2020, 29507).
 - die Nacherfüllung des Auftragnehmers ist fehlgeschlagen. Anders als im Kaufrecht (§ 440 S. 2 BGB) gibt es keine widerlegbare Vermutung, dass nach dem 2. erfolglosen Versuch die Nacherfüllung als fehlgeschlagen gilt. Es kommt im Werkvertragsrecht vielmehr darauf an, ob aus Sicht des Auftraggebers aufgrund des bisherigen Verhaltens des Auftragnehmers eine weitere Nachbesserung durch diesen überhaupt erfolgversprechend sein kann (Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR/Jurgeleit 5. Teil Rn. 311).

b) Umfang und Inhalt des Kostenerstattungsanspruchs:

- 30 Zu erstatten sind die Kosten, die für die Mängelbeseitigung erforderlich waren. Maßgeblich seien – so der BGH (BauR 2015, 1664) die Kosten, welche der Auftraggeber im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Auftraggeber aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung aufwenden konnte und musste, wobei es sich um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln muss. Ob die von einem Drittunternehmer verlangten Preise als erforderliche Aufwendungen erstattungsfähig sind, hängt vom Einzelfall ab. Der Auftraggeber darf nicht beliebige Kosten produzie-

ren. Die Kosten sind überhöht, wenn eine preiswertere Sanierung, die den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführt, erkennbar möglich und zumutbar war. Bei der Würdigung, welche Maßnahme zu welchen Preisen möglich und zumutbar war, ist zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber nicht gehalten ist, im Interesse des säumigen und nachbesserungsunwilligen Auftragnehmers besondere Anstrengungen zu unternehmen, um den preisgünstigsten Drittunternehmer zu finden. Er darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Preis des von ihm beauftragten Drittunternehmers angemessen ist. Einen überhöhten Preis kann er auch dann akzeptieren, wenn ihm keine andere Wahl bleibt, etwa weil die Sache dringend ist. Hat der Auftraggeber sich sachverständig beraten lassen, so kann er Ersatz seiner Aufwendungen auch dann verlangen, wenn sich später herausstellt, dass die von ihm durchgeführte Sanierung zu aufwändig war und eine preiswertere Möglichkeit bestand (BGH BauR 2015, 1664; BauR 2013, 1129).

Beispiel:

Der Auftraggeber rügte, Wasser- und Windeintritten im Bereich der Fenster, die der beklagte Fensterbauer nicht beseitigen konnte. Der vom Auftraggeber hinzugezogene Privatgutachter stellte fest, dass die Fenster konstruktionsbedingt nicht dicht seien und ausgetauscht werden müssten. Dies geschieht. Im Prozess um die Erstattung der Austauschkosten stellt sich aber heraus, dass nur die Falzdichtungen der Fenster hätten ausgetauscht werden müssen, was mit deutlich geringeren Mängelbeseitigungskosten verbunden gewesen wäre. Gleichwohl sind die entstandenen höhere Kosten erstattungsfähig.

Indes ist bei erkennbar und vermeidbar unangemessenen Ersatzvornahmekosten die Schadensminderungspflicht verletzt. Der Auftraggeber ist aber zunächst berechtigt, einen zuverlässigen Ersatzunternehmer seines Vertrauens zu beauftragen. Er ist nicht verpflichtet, den billigsten Bieter zu beauftragen oder eine Ausschreibung vorher durchzuführen. Denn der Auftragnehmer hatte es vorher selbst in der Hand, die Mängelbeseitigung in Eigenregie in der gesetzten Frist durchzuführen. Er war doppelt vertragsuntreu, weil er mangelhaft gearbeitet und den Mangel trotz Fristsetzung nicht beseitigt hat. Der Auftraggeber hat bei mehreren möglichen Arten, die Mängel zu beseitigen, die sicherste Art zu wählen (OLG Düsseldorf IBR 2011, 261). Der Auftraggeber hat die Erforderlichkeit der Mängelbeseitigung und deren Kosten darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Zum Vortrag gehört eine nachvollziehbare Abrechnung der Mängelbeseitigungsaufwendungen, so dass der Auftragnehmer die abgerechneten Arbeiten daraufhin überprüfen könne, ob sie zur Ersatzvornahme erforderlich gewesen seien.

Der BGH macht in seiner Entscheidung vom 25.6.2015, BauR 2015, deutlich, dass zwischen der Erforderlichkeit der Mängelbeseitigungsmaßnahmen und der Erforderlichkeit der mit diesen Maßnahmen verbundenen Aufwendungen zu differenzieren ist. Während der Auftraggeber darauf vertrauen dürfe, der Drittunternehmer werde die Mängelbeseitigung zu angemessenen Preisen durchführen, sei ein etwaiges Vertrauen darauf, der Drittunternehmer werde nur der Mängelbeseitigung dienende Arbeiten durchführen, nicht geschützt. Aufwendungen für sonstige, weitergehende Baumaßnahmen seien nicht erstattungsfähig. Es bestehe keine Vermutung, dass stets sämtliche von einem Drittunternehmer im Zuge einer Mängelbeseitigungsmaßnahme durchgeführten Arbeiten ausschließlich der Mängelbeseitigung dienen.

Es empfiehlt sich daher bei der Prüfung, in welcher Höhe Mängelbeseitigungskosten erstattungsfähig sind, zunächst die Mängelbeseitigungsmaßnahme zu bewerten. Insoweit trägt der sog. „doppelt vertragsuntreue Unternehmer“ nach wie vor das Risiko, überhöhter – aber noch vertretbarer – Drittunternehmerkosten und einer zu aufwändigen, aber ebenfalls noch vertretbaren Sanierung. Sodann sind die tatsächlichen Leistungen zur Umsetzung der Mängelbeseitigungsmaßnahme zu beleuchten. Diese müssen vom Auftraggeber im Einzelnen dargelegt werden, was durch die Vorlage einer detaillierten Schlussrechnung des Drittunternehmers, die die Leistungen und die Einheitspreise ausweist, geschehen

kann. Bei nur pauschal nach Stundenaufwand berechneten und bezeichneten Leistungen muss der Auftraggeber aber den Zusammenhang mit der Mängelbeseitigungsmaßnahme konkretisieren. Denn der Auftragnehmer hat nicht die Kosten zusätzlicher Bauleistungen zu tragen, die mit der Mängelbeseitigung nicht im Zusammenhang stehen.

- 34 Alternativ zur Einschaltung eines Ersatzunternehmers kann der Auftraggeber die Mängel selbst beseitigen. In diesem Fall steht ihm ein Anspruch auf eine angemessene Vergütung der erbrachten Leistung zu, die sich nach der Höhe des Lohns eines ausreichend Qualifizierten, der für die Mängelbeseitigung hätte eingesetzt werden müssen, bemisst. Darüberhinausgehende Gewinne und Gemeinkosten eines Unternehmers bleiben außer Betracht, es sei denn, der Auftraggeber lässt die Arbeiten in seinem Betrieb durchführen.

5. Anspruch auf Vorschuss für die Kosten der Mängelbeseitigung gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B

a) Allgemeines

- 35 Der Vorschussanspruch dient dem Interesse des Auftraggebers Liquidität zu erhalten, um ggf. einen Ersatzunternehmer mit der Mängelbeseitigung beauftragen und bezahlen zu können. Für den BGB-Vertrag ergibt sich der Vorschussanspruch unmittelbar aus § 637 Abs. 3 BGB. In § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B fehlt es an einer vergleichbaren Regelung; gleichwohl ist auch bei einem VOB-Vertrag anerkannt, dass der Auftraggeber in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten einen Vorschuss fordern kann (BGHZ 47, 272–275). Neben den Anforderungen, die für den Kostenerstattungsanspruch zu erfüllen sind, setzt der Vorschussanspruch voraus, dass der Auftraggeber den Willen hat, den Vorschuss zur Beseitigung der Mängel einzusetzen und hierüber innerhalb angemessener Frist abzurechnen. Daher ist eine Vorschussanspruch nicht begründet, wenn das Bauwerk bereits veräußert ist.

b) Höhe des Vorschusses

- 36 Der Auftragnehmer hat die voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung darzulegen und zu beweisen. Da eine vorläufige Zahlung begehrt wird, die noch abzurechnen ist, genügt es, wenn der Auftraggeber die Mängelbeseitigungskosten schätzt und bei Bestreiten ein Sachverständigengutachten als Beweis anbietet (BGH BauR 1999, 631). Ist die Form der Mängelbeseitigung streitig, so ist dies im Rechtsstreit zu klären (OLG Düsseldorf BauR 2012, 1680; Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR/Jurgeleit 5. Teil Rn. 352; Werner/Pastor BauProz/Manteufel Rn. 2138). Ist die konkrete Sanierungsart im Vorhinein nicht zu bestimmen, weil zB die konkrete Baugrundsituation ohne vollständige Freilegung der Fundamente nicht einzuschätzen ist, ist die Vorschussklage nur in Höhe der Mindestkosten begründet (Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR/Jurgeleit 5. Teil Rn. 353). Die Sanierungsart erwächst aber nicht in Rechtskraft. Da sie nur für die Höhe von Bedeutung ist, gehört sie nicht zu den tragenden, der Rechtskraft fähigen Bestandteilen des Urteils. Stellt sich im Zuge der tatsächlichen Mängelbeseitigung heraus, dass die in Aussicht genommene Sanierungsart nicht durchführbar oder nicht erforderlich ist, ist der Vorschuss für die tatsächlich erforderliche Art der Sanierung zu verwenden. Über die Erforderlichkeit mag dann im Zuge der Abrechnung des Vorschusses gestritten werden (Werner/Pastor BauProz/Manteufel Rn. 2138).

c) Reichweite eines Urteils auf Zahlung eines Kostenvorschusses

- 37 Ein Urteil, durch das dem Auftraggeber Vorschuss auf die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zugesprochen wird, enthält regelmäßig die Feststellung, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, die gesamten Mängelbeseitigungskosten zu tragen, gegebenenfalls auch die den gezahlten Vorschuss übersteigenden Selbstvornahmekosten (vgl. BGH BauR 2008,