

Planen und Bauen im Bestand

Bearbeitet von
Dr. Till Kemper

1. Auflage 2017. Buch. XI, 231 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 70286 0
Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Zivilrecht > Privates Baurecht, Architektenrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

tragnehmer auf eigene Kosten die Nachbesserungsleistung zu erbringen oder ein gänzlich neues Werk herzustellen (vgl. § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B bzw. 635 Abs. 1 und 2 BGB). Ist die VOB/B vereinbart, so bewirkt auch die ordnungsgemäße Mangelbeseitigungsanzeige, dass möglicherweise die über die im Übrigen vereinbarte Gewährleistungsfrist hinaus bezüglich des gerügten Mangels die Gewährleistungsfrist um bis zu zwei Jahre verlängert wird, § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B.

Ist eine Mangelbeseitigungsaufforderung mit Fristsetzung beim Werkunternehmer eingegangen, so hat er grundsätzlich zwei Möglichkeiten der Handlungen: Entweder er verweigert die Nachbesserung oder er führt die Nachbesserungsleistung durch; dem Werkunternehmer ist in der Regel dringend anzuraten, stets eine **Prüfung vor Ort** vorzunehmen, ob eine Gewährleistungspflicht besteht und ob eine Nachbesserung nicht die kostengünstigere Variante ist, als eine Verweigerung mit der Folge des Schadensersatzes. 368

Führt der Werkunternehmer die Mangelbeseitigung im Wege der Nachbesserung durch, so hat dies grundsätzlich **auf eigene Kosten** zu erfolgen, es sei denn, der Mangel geht auch zurück auf einen Planungsfehler, den der Auftraggeber selbst oder sein Architekt zu vertreten hat; ein Fehler des Architekten ist grundsätzlich dem Auftraggeber im Verhältnis Werkunternehmer zuzurechnen. Für diesen Fall kann ein Werkunternehmer seinen Eintritt in die Nacherfüllung von einer Kostenbeteiligungszusage des Auftraggebers bzw. von einer einvernehmlichen Regelung über die Kosten auch mit dem Architekten abhängig machen, ohne in die Gefahr der Verweigerung der Nachbesserungsverweigerung zu kommen; Ihm steht insoweit ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Dies ist jedoch riskant, da in der Regel ad hoc und vor Ort nicht ohne weiteres entschieden werden kann, ob ein solcher Planungsfehler vorliegt. Das Risiko ist auch deswegen besonders groß, weil sich der Werkunternehmer nur dann entschuldigend auf dem Planungsfehler berufen kann, wenn ihm nicht hinsichtlich dessen eine verletzte Bedenkenhinweispflicht oblag, vgl. §§ 13 Abs. 3 i. V. m. 4 Abs. 3 VOB/B. Die Bedenkenhinweispflicht ist zwar grundsätzlich nach § 4 Abs. 3 VOB/B in Verbindung mit § 13 Abs. 3 VOB/B ausformuliert, jedoch ist sie auch in BGB-Werkverträgen anzuwenden.²³⁷ Sie wiegt umso schwerer, je übergeordneter die Fachkenntnis der Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber bzw. seinem Architekten hat.²³⁸ Eine besonders große Hinweispflicht besteht dann, wenn der Auf-

²³⁷ BGH, Urt. v. 23.2.1986 – VII ZR 267/85; Urt. v. 8.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW 2008, 511.

²³⁸ Vgl. OLG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 8.5.2013 – 2 U 104 70/12; OLG Brandenburg, Urt. v. 30.1.2002 – 4 U 104/01, BauR 2002, 1709 und OLG Hamm, 28.1.2003, 3437/02, BauR 2003, 1052.

traggeber Baustoffe bzw. Bauteile, insbesondere also eine bestehende Immobilie zur Grundlage der Bauleistung stellt.²³⁹ Ist ein Mangel durch einen Planungsfehler begründet und hatte der Werkunternehmer seiner Bedenkenhinweispflicht genüge getan, so sind die Sowiesokosten vom Auftraggeber zu tragen. Die Sowiesokosten sind diejenigen Kosten, die ihm bei dem vertragsgerechten Verhalten des Unternehmers, also bei rechtzeitigem Hinweis auf die Ungeeignetheit der vertraglichen Vorgaben und Planungen, sowieso entstanden wären.²⁴⁰

370 Für einen ordnungsgemäßen **Bedenkenhinweis** ist es nicht genügend, dass Mehrkosten entstehen werden oder aber die Planung ungeeignet ist. Vielmehr soll der Auftraggeber durch den Bedenkenhinweis in die Lage versetzt werden, Kosten, Nutzen und Risiko gegeneinander abzuwägen und eine qualifizierte Entscheidung über die weitere Ausführung zutreffen. Nach diesen Gesichtspunkten muss im Einzelfall der Bedenkenhinweis auf seine Geeignetheit hin überprüft werden. Je größer die Fachkenntnis des Werkunternehmers ist und je geringer die Kenntnis des Bauherrn bzw. seines Architekten ist, umso detaillierter hat der Bedenkenhinweis zu erfolgen. Findet im Rahmen des Bedenkenhinweises und der Prüfung der weiteren Ausführung eine Planung- bzw. der Beratungsleistung des Auftragnehmers statt, so können diese im Falle der Gewährleistungshaftung ebenfalls Schadensersatzansprüche auslösen. Wurde ein Bedenkenhinweis hinreichend qualifiziert getätigt und hat der Auftraggeber nachweislich dennoch die ursprünglich geplante Ausführung gewünscht, so ist der Werkunternehmer entschuldigt.²⁴¹

371 Häufig begehen Werkunternehmer dagegen den Fehler, dass sie nicht bereit sind, auch für **Nachbesserungen in Vorleistung** zu treten. Entgegen dem eben dargelegten und der grundsätzlichen Vorausleistungspflicht der Werkunternehmer sind sie jedoch dazu verpflichtet. Machen sie die Nachbesserung von einer Vorschusszahlung abhängig, so genügt dies nicht den gesetzlichen Vorgaben, dass die Nachbesserung grundsätzlich kostenfrei zu erfolgen hat; es gilt als Verweigerung der Nachbesserung, was den Auftraggeber zur Ersatzvornahme auf Kosten des Werkunternehmers berechtigt. Begeht dagegen der Auftraggeber den Fehler und beauftragt die eigentliche Nachbesserungsleistung gegen eine Zahlung, so liegt ein neuer Vertrag, quasi in Form eines Nachtrags vor. Da sich die Parteien darüber einig waren, dass eine kostenpflichtige Leistung des Werkunternehmers zu erbringen ist, besteht auch grundsätzlich der Vergütungsanspruch. Ob diese Überzahlung aber im Wege der Anfechtung und der

²³⁹ Ebd.

²⁴⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 8.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW 2008, 511.

²⁴¹ Zum Ganzen ebd.

Kondiktionsansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Werklohn zurückgeholt werden kann, ist fraglich.

Die Ausführung von Nachbesserungsarbeiten bedeutet zugleich auch ein **Anerkenntnis der Schlechtleistung**. Durch die Aufnahme von Nachbesserungsarbeiten gesteht also der Werkunternehmer zu, dass er eine mangelhafte Leistung abgeliefert hat. Dies hat wiederum zur Folge, dass gemäß § 212 Abs. 1 BGB die Verjährung von neuem zu laufen beginnt, jedoch nur bezüglich der Nachbesserungsarbeiten. Die Gewährleistungsfrist für die übrigen Arbeiten läuft unbeschadet weiter. Gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B wird bereits mit einer ordnungsgemäßen schriftlichen Mängelbeseitigungsaufforderung die Gewährleistungsfrist um bis zu zwei Jahre verlängert. Wurde durch den Nachbesserungsversuch eine sogenannte Verschlimmbesserung erzielt oder ist grundsätzlich die Nachbesserung fehlgeschlagen, so öffnet dies dem Auftraggeber die Möglichkeit, entweder eine Nachfrist zu setzen oder aber die Ersatzvornahme vorzunehmen bzw. auf bloßen Schadensersatz bzw. Minderung umzustellen.

Als andere Handlungsalternative steht es dem Werkunternehmer frei, die **Nachbesserung zu verweigern**. Die Frage ist hierbei jedoch, mit welcher Folge dies geschieht. Würde die Nachbesserung deshalb verweigert, weil ein Mangel kategorisch ausgeschlossen würde, obliegt dies dem Risiko des Werkunternehmers. Wird später festgestellt, dass ein Mangel vorlag oder, was der häufigste Fall ist, wird im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens oder Klageverfahrens überprüft, ob ein Mangel vorliegt und ist Ergebnis dieses Verfahrens, dass der Werkunternehmer zu Unrecht die Nachbesserung verweigert hat, so macht er sich insgesamt schadensersatzpflichtig. Wird jedoch bestätigt, dass kein Mangel vorliegt, den der jeweilige Werkunternehmer zu vertreten hat, bleibt er grundsätzlich von weiteren rechtlichen Pflichten frei; die eventuell entstandenen Prozesskosten hat der Auftraggeber zu tragen.

Im Übrigen sieht auch § 12 Abs. 5 VOB/B die **Abnahme mittels Sachverständigen** vor, wobei jedoch die Kosten für den Sachverständigen grundsätzlich der Auftraggeber zu tragen hat; etwas abweichendes kann vertraglich vereinbart werden.

Bleibt der Werkunternehmer auf Mängelrügen und Fristsetzungen **untätig**, so hat der Auftraggeber nach einer einmaligen Fristsetzung eine weitere Nachfrist mit den gleichen förmlichen Voraussetzungen zur Mängelbeseitigung zu setzen. Verstreicht auch diese erfolglos, so ist zwar der Auftraggeber grundsätzlich berechtigt, in die Ersatzvornahme zu gehen bzw. den Mangel selbst zu beseitigen. Insbesondere in dem Fall aber das bereits sämtlicher Werklohn gezahlt wurde, besteht hier ein erhebliches Risiko des Auftraggebers, die Kosten für diese später nicht ersetzt zu bekommen. Deshalb sieht das Gesetz auch vor, dass auf der Grundlage des

§ 637 Abs. 3 BGB oder über den Umweg des Schadensersatzes der fiktiven Reparaturkosten für den Fall, dass bei der Abnahme nicht die entsprechenden Gewährleistungsrechte vorbehalten wurden (vgl. § 640 Abs. 2 BGB) bzw. auf der Grundlage der §§ 13 Abs. 5 i. V. m. § 4 Abs. 7 VOB/B den Vorschuss für die Mangelbeseitigung einklagen. Hier scheint es geboten, ein selbstständiges Beweisverfahren vor dem zuständigen Gericht bzw. ein Klageverfahren durchzuführen. Grundsätzlich ist es zwar auch möglich, dass zu Beweiszwecken der Bauherr zunächst mittels Privatgutachter die mangelhafte Leistung feststellen lässt und später aufgrund dieses Gutachtens die Kosten vor Gericht eingeklagt; auch die Rechtsverfolgungskosten und Privatgutachterkosten (sog. Mangelsuchkosten) können geltend gemacht werden. Jedoch sollte diese Vorgehensweise nur in dringenden Fällen vorgenommen werden, da die Wertigkeit eines Privatgutachtens vor Gericht in der Regel nicht sehr hoch bewertet wird. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass der Privatgutachter vom Auftraggeber gezahlt wird und entsprechend vermutet werden kann, dass ein Gefälligkeitsgutachten erstellt wurde. Über die tatsächliche Wertigkeit des Gutachtens hat der Richter bzw. in Zweifelsfällen der gerichtlich bestellte Gutachter zu entscheiden.

376 Grundsätzlich ist der Auftragnehmer auch berechtigt eine Mangelbeseitigung wegen **Unzumutbarkeit** zu verweigern, das Argument kommt der wirtschaftlichen Unmöglichkeit im Sinne des § 275 Abs. 3 BGB gleich, vgl. § 13 Abs. 6 VOB/B bzw. § 635 Abs. 3 BGB i. V. m. § 275 Abs. 2 und 3 BGB. Verweigert ein Werkunternehmer zu Recht die Nachbesserung wegen Unzumutbarkeit, so bleibt der Auftraggeber auf das Minderungsrecht verwiesen.

377 Wann tatsächlich eine **Unzumutbarkeit der Mangelbeseitigung** im Wege der Nachbesserung vorliegt, beschäftigt seit langem die Rechtsprechung und ist durch eine Fülle von Einzelfallentscheidungen geprägt. Während die Verweigerung wegen tatsächlicher Unmöglichkeit der Nachbesserung weniger problembehaftet ist, stellt sich die Frage wegen der wirtschaftlichen Unmöglichkeit, also der Unzumutbarkeit. Grundsätzlich wird von einer unverhältnismäßigen Kostenlast ausgegangen, wenn der erzielbare Erfolg der Beseitigung eines Mangels bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes steht.²⁴² Dies ist dann der Fall, wenn einem objektiv geringeren Interesse des Bestellers an einer völlig ordnungsgemäßen Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb **unangemessener Aufwand** gegenübersteht. Dagegen kann von einer Unver-

²⁴² BGH, Urt. v. 10.11.2005 – VII ZR 132/04, IBR 2006, 12; Urt. v. 10.11.2005 – VII ZR 64/04, IBR 2006, 85.

hältnismäßigkeit der Regel dann nicht ausgegangen werden, wenn die Funktionstauglichkeit des Werkes spürbar beeinträchtigt ist.²⁴³ Dies hängt damit zusammen, dass die Interessenlage maßgeblich aus Sicht des Bauherrn aus zu beurteilen ist und nicht rein bzgl. der Mangelbeseitigungskosten im Verhältnis zum Auftragswert. Es genügt somit nicht, dass die Mangelbeseitigungskosten hoch sind und unter Umständen sogar den Werklohn übertreffen. Je erheblicher der Mangel ist, desto weniger wird Rücksicht auf die Kosten des Werkunternehmers zu nehmen sein.²⁴⁴ Auch kann hier zu berücksichtigen sein, ob ein grobes Verschulden des Werkunternehmers vorliegt.²⁴⁵ Diese Rechtsprechung führt dazu, dass auch spektakuläre Entscheidungen zustande kamen, etwa dass eine gesamte Dacheindeckung neu verlegt werden musste, weil sie nicht im äußeren Erscheinungsbild der Denkmalschutzimmobilie entsprach oder aber die Abriss- und Neubaukosten gezahlt werden musste, weil die Dichtigkeit eines Kellers nicht gewährleistet war.

Verweigert ein Unternehmer die Mangelbeseitigung wegen Unverhältnismäßigkeit, so braucht der Auftraggeber keine weitere Frist setzen, um zum **Rücktritt und Minderung** berechtigt zu sein. Der Minderwert bestimmt sich dann nach den technischen und merkantilen Nachteilen, die beim Auftraggeber verbleiben. Zusätzlich kommt ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Betracht, wenn der Mangel schuldhaft, also grob fahrlässig oder vorsätzlich verursacht wurde.²⁴⁶ 378

b) Selbst- bzw. Ersatzvornahme

Wurde vergeblich wirksam eine Frist zur Mangelbeseitigung und gegebenenfalls auch Nachfrist gesetzt, so ist der Auftraggeber gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 BGB bzw. gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B zur **Selbst- bzw. Ersatzvornahme** berechtigt. Eine Selbstvornahme liegt vor, wenn der Bauherr selbst auf zunächst eigene Kosten tätig wird. Eine Ersatzvornahme liegt dann vor, wenn der Auftraggeber ein drittes Unternehmen mit der Mangelbeseitigung auf eigene Kosten beauftragt. Grundsätzlich können die für die Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten dem gewährleistungspflichtigen Unternehmer auferlegt werden. 379

Grundsätzlich ist es mit einem großen **Risiko** belegt, für eine Selbst- bzw. Ersatzvornahme in Vorleistung zu treten. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sämtlicher Werklohn gezahlt wurde und keine Gewährleis- 380

²⁴³ BGH, Urt. v. 4.7.1996 – VII ZR 24/95, IBR 1997, 13; OLG Hamm, Urt. v. 8.3.2001 – 22 U 197/99, IBR 2001, 374.

²⁴⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 10.4.2008 – VII ZR 214/06 m. w. N., IBR 2008, 316.

²⁴⁵ BGH, Beschl. v. 16.4.2009 – VII ZR 177/07, IBR 2009, 319.

²⁴⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 26.10.1972 – VII ZR 181/71, BauR 1973, 112.

tungsbürgschaft vorliegt oder kein **Sicherheitseinbehalt** im besteht. Ist dies der Fall, so wird häufig die Zahlung aus taktischen Gründen verweigert und es auf einen Prozess ankommen gelassen, da bei den Ersatzvornahme die Schwierigkeit entsteht, ob der Mangel hinreichend dokumentiert ist, um dem Werkunternehmer die Mangelhaftigkeit des Werkes und damit seine Gewährleistungspflicht nachzuweisen. Privatgutachten sind hier häufig ungeeignet, insbesondere dann, wenn es sich offensichtlich um Gefälligkeitsgutachten handelt. Maßstab für eine hinreichende Dokumentation eines Mangels durch ein Privatgutachten ist hier die Überzeugung des Gerichts, § 286 ZPO.

- 381** Besteht dagegen eine **Gewährleistungsbürgschaft** oder ein Sicherheitseinbehalt, der in den vertraglichen Regelung grundsätzlich bis zu 5 % der Gesamtvergütungssumme vorgesehen werden kann, so kann eine eventuelle Mangelbeseitigung durch die Gewährleistungsbürgschaft bzw. den Sicherheitseinbehalt gedeckt werden. Bestehen solche Sicherheiten nicht, ist es dem Auftraggeber auch möglich, den Mangel zunächst entweder im Rahmen eines Selbstständigen Beweisverfahrens gemäß den §§ 485 ff. ZPO vor dem zuständigen Gericht feststellen zu lassen. In diesem wird gerichtlich ein Gutachter bestellt, der für beide Parteien verbindliche Feststellungen trifft. Auf Basis des gerichtlich erstellten Gutachtens kann dann eine Einigung versucht werden oder aber ein weiterer Prozess geführt werden. Weiterhin kann der Auftraggeber unmittelbar auf **Mangelbeseitigungskostenvorschuss** klagen. Die gesetzlichen Grundlagen hierzu finden sich im § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B bzw. § 637 Abs. 3 BGB. Hat ein Auftraggeber trotz Kenntnis des Mangels das mangelhafte Werk abgenommen, so bleibt ihm grundsätzlich verwehrt, sich auf § 637 BGB zu berufen (vgl. § 640 Abs. 2 BGB; § 12 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B). Doch ist es möglich auch hier einen Vorschussanspruch geltend zu machen, nämlich im Wege des Schadensersatzes über die fiktiven Mangelbeseitigungskosten gemäß §§ 634 Nr. 4, 636, 280 ff. BGB. Anders als bei dem reinen Mangelbeseitigungskostenvorschuss gemäß § 637 Abs. 3 BGB kann im Rahmen des Schadensersatzes zunächst keine Mehrwertsteuer geltend gemacht werden. In der Regel sind die Anträge bezüglich der Zahlung eines Mangelbeseitigungskostenvorschusses um einen Antrag auf Feststellung zu ergänzen, dass auch die über den Vorschuss hinausgehenden beseitigt Kosten von der Gegenseite zu ersetzen sind.
- 382** Neben der Beweisführung, dass tatsächlich ein Mangel vorlag, ist insbesondere ein Problem bei der Geltendmachung von Selbstvornahmekosten bzw. einen Mangelbeseitigungskostenvorschuss, dass grundsätzlich nur die für die Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten zu zahlen sind; die so genannte **Sowiesokosten**, die auch bei einer ordnungsgemäßen Ausführung des Werkunternehmers entstanden wären, fallen nicht darunter.

Sowiesokosten entstehen insbesondere dann, wenn Planungsfehler für den Mangel ursächlich waren oder von Anfang an ein Mangel in der Beauftragung etwa durch die Widersprüchlichkeit von Denkmalverträglichkeit der Ausführung und Vereinbarung der anerkannten Regeln der Technik angelegt war. Die Sowiesokosten hat der Auftraggeber selbst zu tragen.

Beim **Mangelbeseitigungskostenvorschuss** ist zudem zu beachten, 383 dass, wurde einmal Mangelbeseitigungskostenvorschuss gezahlt, über die Verwendung innerhalb von zwei Jahren ab Zahlung Rechenschaft abzulegen ist.²⁴⁷ Es muss also grundsätzlich auf Nachfrage des Unternehmers ein Beweis darüber geführt werden, dass tatsächlich die Mangelbeseitigungskosten in angegebener Höhe entstanden sind. Es soll insoweit keine Überkompensation des Auftraggebers stattfinden. Andererseits ist jedoch dem Mangelbeseitigungskostenvorschuss auch wesensimmanent, dass die Höhe nur vorläufig beziffert werden kann. Über den Mangelbeseitigungskostenvorschuss hinausgehende Kosten kann der Auftraggeber weiterhin beim Auftragnehmer einfordern. Wurde gerichtlich festgestellt, dass ein Anspruch auf Mangelbeseitigungskostenvorschuss vorliegt, so ist dies auch als Grundurteil zu sehen, so dass infolge nur noch über die Höhe der erforderlichen Folgekosten gestritten werden kann, nicht jedoch über die Zahlungspflicht dem Grunde nach. Ähnliches gilt für eine außerprozessual vereinbarte Zahlung eines Mangelbeseitigungskostenvorschusses, da durch die Zahlung die grundsätzliche Leistungspflicht des Auftragnehmers durch ihn selbst anerkannt wird; soll eine endgültig Abgeltung des Anspruch durch die Zahlung stattfinden, so ist dies explizit zu vereinbaren. Ob Mangelbeseitigungskosten tatsächlich erforderlich waren, wird in der Regel im Rahmen eines Gerichtsverfahrens durch einen Sachverständigen beurteilt werden. Das Ergebnis des Sachverständigen wird dann noch einmal mit den rechtlichen Vereinbarung im Vertrag dahingehend überprüft, was das tatsächlich vereinbarte Leistungssoll war, um ebenfalls Sowiesokosten etc. feststellen zu können.

Beachtenswert ist, dass in der Regel Selbstvornahme- und insbesondere 384 **Ersatzvornahmekosten** die Nachbesserungskosten des Werkunternehmers wesentlich übersteigen werden, da die vollen Baustellengemeinkosten etc. anfallen. Im übrigen müssen auch die Drittunternehmen, die zur Vornahme herangezogen werden, in aller Regel eine umfängliche Prüfung der bestehenden Substanz vornehmen, um ihren eigenen Pflichten zur Prüfung des Vorgewerks und der eventuell bestehenden Notwendigkeit der Beratungspflicht für Änderungsarbeiten nachzukommen. Daher ist in anwaltlicher Praxis die Tendenz zu verspüren, dass man dem Werkunternehmer stets zur Wahrnehmung seines Nachbesserungsrechts erklärt.

²⁴⁷ Werner/Pastor, R.n. 2124; BGHZ 47, 272 = NJW 1992, 435.

c) *Minderung*

- 385 Verweigert ein Werkunternehmer die Nachbesserung wegen Unzumutbarkeit oder bleibt sonst untätig, so stellt es dem Auftragnehmer grundsätzlich frei, auch statt der Ersatzvornahme den Werklohn zu mindern, vgl. §§ 13 Abs. 6 VOB/B bzw. §§ 634 Nr. 3, 638 BGB.
- 386 Bei der **Ausübung des Minderungsrechts** ist zunächst zu unterscheiden zwischen der Situation, dass bereits der volle Werklohn gezahlt wurde und das Minderungsrecht im Nachhinein geltend gemacht wird sowie der Situation, dass noch nicht der volle Werklohn gezahlt wurde, sondern eine Leistungsstörung im Rahmen der Abnahme und Schlussrechnungsprüfung festgestellt wurden, bevor der Schlussrechnungsbetrag bzw. die Schlussrate gezahlt wurde. Im ersten Fall macht die Geltendmachung von Minderungsansprüchen nur bedingt Sinn, da bei Ausübung des Minderungsrecht dann auf der Grundlage des §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB der überzahlte Betrag wegen ungerechtfertigter Bereicherung im Klagewege zurückgefordert werden müsste. Im zweiten Fall jedoch kann man schlicht einen Teil der Schlusszahlung einbehalten und die geringe Zahlung mit der Minderung begründen. Dann verbleibt es bei der Wahl des Werkunternehmers, ob er auf Zahlung des restlichen Werklohns klagt.
- 387 Bei der Verweigerung der Nacherfüllung wegen **Unmöglichkeit** handelt es sich um eine Einrede im Rechtssinne, so dass die Unmöglichkeit tatsächlich von dem Unternehmer behauptet werden muss, damit das Recht nach § 635 Abs. 3 BGB greift.
- 388 Ein Sonderfall bei **denkmalgerechten Sanierungsmaßnahmen** dürfte sein, dass, wurde entgegen der vertraglichen Vereinbarung einer denkmalgerechte Baumaßnahmen diese denkmalerschädlich ausgeführt, eine Nacherfüllung hinsichtlich dieser Beschaffenheitsvereinbarung nicht ohne weiteres möglich ist und gegebenenfalls tatsächlich unmöglich. Stand beispielsweise die Bausubstanz selbst zum Teil oder insgesamt unter Denkmalschutz – und nicht nur etwa das Erscheinungsbild wie häufig bei Ensembles – so kann der Mangel in Form einer denkmalerschädlichen Sanierungen durch Beseitigung der geschützten Substanz tatsächlich nicht mehr nacherfüllt werden. Nur in Ausnahmefällen wird es von einer Denkschutzbehörde genehmigt werden, Rekonstruktionen zuzulassen.²⁴⁸ Diese Mängel wiegen insbesondere dann auch schwer, wenn als Mangelfolgeschaden möglicherweise eine Förderung für eine denkmalgerechte Sanierung zurückgefordert wird oder ausbleibt. Ist dies der Fall, so wäre als Mangelfolgeschaden im Rahmen des zu zahlenden Schadensersatzes

²⁴⁸ OVG Niedersachsen, Urt. v. 15.7.2014 – 1 LB 133/13, mit Anmerk. Kemper IBR 2015, 1022.