

01/2025

28. Jahrgang  
Seiten 1 - 72



## IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

### ZIVILRECHT

- Minderung schließt Anspruch auf Vorschuss für Mängelbeseitigungskosten nicht aus!
- Die Befristung des Arbeitsvertrages mit einem Gemeindepastor ist wegen des Sachgrundes der „Eigenart der Arbeitsleistung“ zulässig!
- „Lenkende“ Ausschlagung der Erbschaft als Steuersparmodell!
- kompakt: Irren ist menschlich: Verdienstausschlag ohne Arbeitsunfähigkeit? Durchaus möglich!
- kompakt: Tierhalterhaftung: Wann verwirklicht sich die typische Tiergefahr?

### STRAFRECHT

- Computerbetrug: Die „Unbefugtheit“ im Rahmen des § 263a I Var. 3 StGB
- Rücktritt vom Versuch der Erfolgsqualifikation nach Bemerkung eines vorangegangenen error in persona

### ÖFFENTLICHES RECHT

- Zur formellen Rechtmäßigkeit eines (vorhabenbezogenen) Bebauungsplanes: Anforderungen an die Anstoßfunktion
- Keine verfassungsunmittelbare Pflicht zum Weiterbetrieb einer kommunalen öffentlichen Einrichtung

### TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Examensrelevante Probleme im Rahmen des § 252 StPO

### GRUNDFÄLLE

- Drum prüfe, wer sich ewig bindet: Befristung
- Knapp bei Kasse

### HEMMER.LIFE

- hemmer/wüst Verlag - Unser Lernsystem im Überblick



AKTUELL

FALLORIENTIERT

PROFESSIONELL

# E-BOOK LIFE&LAW JANUAR 2025

**Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger**

# INHALTSVERZEICHNIS

E-BOOK LIFE&LAW JANUAR 2025

## ZIVILRECHT

### 1 MINDERUNG SCHLIESST ANSPRUCH AUF VORSCHUSS FÜR MÄNGELBESEITIGUNGSKOSTEN NICHT AUS!

#### A) Sounds

#### B) Problemaufriss

- I. Das Verhältnis von Minderung und Rücktritt
- II. Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung
- III. Das Verhältnis von Minderung und Schadensersatz statt der Leistung
  1. Minderung und (kleiner) Schadensersatz statt der Leistung sind nebeneinander möglich
  2. Minderung und (großer) Schadensersatz statt der ganzen Leistung schließen sich aber gegenseitig aus
    - a) Mit der Minderung wird auch erklärt, am Vertrag festhalten zu wollen
    - b) Durch wirksame Gestaltungserklärung ist das Wahlrecht verbraucht
  3. Zusammenfassung
- IV. Verhältnis von Minderung und dem Anspruch auf Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung

#### C) Lösung

- I. Entstehung des Anspruches aus §§ 634 Nr. 2, 637 I, III BGB
  1. Wirksamer Werkvertrag, § 631 BGB
  2. Vorliegen eines Sachmangels, § 633 II BGB
  3. Abnahme des Werkes (§ 640 BGB) als ungeschriebene Voraussetzung
  4. Voraussetzungen des § 637 I, III BGB
    - a) Grundsatz: Erfolgreicher Ablauf einer vom Besteller gesetzten angemessenen Frist
    - b) Ausnahme vom Fristsetzungserfordernis
  5. Zwischenergebnis
- II. Ausschluss des Anspruches
  1. Kein Ausschluss des Anspruches gem. §§ 637 I HS 2, 635 III BGB
  2. Ausschluss des Anspruches wegen der zuvor erklärten Minderung?
    - a) Fehlen einer gesetzlichen Regelung
    - b) § 281 IV BGB gilt nicht entsprechend
      - aa) Sinn und Zweck des § 281 IV BGB
      - bb) § 281 IV BGB schließt aber nicht Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB aus
    - c) Auch Minderung und Kostenvorschuss nach § 637 I, III BGB sind parallel möglich

- aa) Durch Erklärung der Minderung entfällt der Nacherfüllungsanspruch, der Rücktritt und der Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung
- bb) Erklärung der Minderung lässt Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung („kleiner Schadensersatz“) nicht entfallen
- cc) Daher muss neben der Minderung auch der Anspruch auf Kostenvorschuss bestehen bleiben
- d) Ergebnis

### III. Endergebnis

#### D) Kommentar

#### E) Wiederholungsfrage

#### F) Zur Vertiefung

## 2 DIE BEFRISTUNG DES ARBEITSVERTRAGES MIT EINEM GEMEINDEPASTOR IST WEGEN DES SACHGRUNDES DER „EIGENART DER ARBEITSLEISTUNG“ ZULÄSSIG!

#### A) Sounds

#### B) Problemaufriss

##### I. Zulässigkeit einer sachgrundlosen Befristung

##### 1. Höchstbefristung von 24 Monaten, § 14 II TzBfG

- a) Voraussetzungen einer Verlängerung
- b) Aber: Verbot der Zuvor-Beschäftigung, § 14 II S. 2 TzBfG

##### 2. Sonderregelung für Existenzgründer und ältere Arbeitnehmer, § 14 IIa, III TzBfG

##### 3. Abweichende Vereinbarungen in Tarifverträgen, § 14 II S. 3 und S. 4 TzBfG

##### II. Befristung mit Sachgrund, § 14 I TzBfG

#### C) Lösung

##### I. Keine Wirksamkeitsfiktion gem. § 17 S. 2 TzBfG i.V.m. § 7 HS 1 KSchG

##### II. Einhaltung der Schriftform, § 14 IV TzBfG

##### III. Unwirksamkeit der Befristung aus materiellen Gründen, § 14 I, II TzBfG

##### 1. Sachgrundlose Befristung nicht mehr möglich

##### 2. Sachliche Rechtfertigung der Befristung wegen der Eigenart der Arbeitsleistung, § 14 I S. 2 Nr. 4 TzBfG

- a) § 14 I S. 2 Nr. 4 TzBfG betrifft vor allem (aber nicht nur) verfassungsrechtliche Besonderheiten
  - aa) Besonderheiten der Religionsfreiheit nach Art. 4 I, II GG
  - bb) TzBfG gehört zu den Schranken „des für alle geltenden Gesetzes“ i.S.d. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III S. 1 WRV
  - cc) Aber: Ausstrahlung der Religionsfreiheit in das Privatrecht über die sog. „mittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte
  - b) Die Abwägung der Religionsfreiheit des AG und der Berufsfreiheit des AN rechtfertigt im vorliegenden Fall die Befristung
  - c) Fehlender Kündigungsschutz im Betrieb des AG rechtfertigt kein anderes Ergebnis
  - d) Zwischenergebnis

### IV. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

### 3 „LENKENDE“ AUSSCHLAGUNG DER ERBSCHAFT ALS STEUERSPARMODELL!

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Familiengerichtliche Genehmigung für Ausschlagung erforderlich?
- II. Teleologische Reduktion des § 1643 III S. 1 BGB?
- III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

### 4 KOMPAKT: IRREN IST MENSCHLICH: VERDIENSTAUSFALL OHNE ARBEITSUNFÄHIGKEIT? DURCHAUS MÖGLICH!

A) Sound

B) Lösung

- I. Sachschäden
- II. Personenschäden
- III. Hier: Verdienstaussfall
  1. Grundsätze zum Verdienstaussfall
  2. Begriff der Arbeitsunfähigkeit
  3. Übertragung auf den vorliegenden Fall
- IV. Ergebnis

### 5 KOMPAKT: TIERHALTERHAFTUNG: WANN VERWIRKLICHT SICH DIE TYPISCHE TIERGEFAHR?

A) Sound

B) Lösung

- I. Haftung (+), wenn sich im Unfallgeschehen spezifische Tiergefahr realisiert hat
  1. Definition der Tiergefahr
  2. Übertragung auf den vorliegenden Fall
- II. Ergebnis

# STRAFRECHT

## 6 COMPUTERBETRUG: DIE „UNBEFUGTHEIT“ IM RAHMEN DES § 263A I VAR. 3 STGB

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Strafbarkeit gemäß § 263 I, V StGB

a) Objektiver Tatbestand, § 263 I StGB

aa) Täuschung

bb) Irrtum

cc) Vermögensverfügung

dd) Vermögensschaden

b) Subjektiver Tatbestand, § 263 I StGB

c) Tatbestand des § 263 V StGB

2. Rechtswidrigkeit

3. Schuld

4. Zwischenergebnis

II. Strafbarkeit gemäß § 263a I Var. 3, II StGB i.V.m. § 263 V StGB

1. Tatbestand

b) Subjektive Auslegung

2. Zwischenergebnis

III. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## 7 RÜCKTRITT VOM VERSUCH DER ERFOLGSQUALIFIKATION NACH BEMERKEN EINES VORANGEGANGENEN ERROR IN PERSONA

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Strafbarkeit gemäß § 223 I StGB

1. Objektiver Tatbestand

2. Subjektiver Tatbestand

3. Rechtswidrigkeit

4. Schuld

## II. Strafbarkeit gemäß §§ 223 I, 226 I Nr. 1 Var. 4, II StGB

1. Verwirklichung des Tatbestands des Grunddelikts
2. Eintritt der schweren Folge

## III. Strafbarkeit gemäß §§ 223 I, 226 I Nr. 1 Var. 4, II, 22, 23 I Alt. 1 StGB

1. Vorprüfung
2. Tatentschluss
3. Unmittelbares Ansetzen
4. Rechtswidrigkeit und Schuld
5. Kein Rücktritt
  - a) Kein Fehlschlag
  - b) Erforderliche Rücktrittshandlung
    - aa) Beendeter Versuch
    - bb) Vollendungsverhinderung
  - c) Freiwilligkeit

## IV. Ergebnis

### D) Kommentar

### E) Wiederholungsfragen

### F) Zur Vertiefung

# ÖFFENTLICHES RECHT

## 8 ZUR FORMELLEN RECHTMÄSSIGKEIT EINES (VORHABENBEZOGENEN) BEBAUUNGSPLANES: ANFORDERUNGEN AN DIE ANSTOSSFUNKTION

### A) Sounds

### B) Problemaufriss

### C) Lösung

#### I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Statthaftigkeit
2. Entscheidung im Rahmen der Gerichtsbarkeit des VGH
3. Antragsbefugnis
4. Beteiligten- und Prozessfähigkeit; Postulationsfähigkeit
5. Zuständiges Gericht und Form
6. Frist
7. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

#### II. Begründetheit

1. Richtiger Antragsgegner
2. Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans

- a) Rechtsgrundlage
- b) Formelle Rechtmäßigkeit
  - aa) Zuständigkeit
  - bb) Planungsverfahren
  - (1) Aufstellungsbeschluss
  - (2) Umweltprüfung und Umweltbericht, §§ 2 IV, 2a BauGB
  - (3) Beteiligung der Öffentlichkeit
- cc) Fehlerfolgen, §§ 214 ff. BauGB

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

## 9 KEINE VERFASSUNGSUNMITTELBARE PFLICHT ZUM WEITERBETRIEB EINER KOMMUNALEN ÖFFENTLICHEN EINRICHTUNG

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Ermächtigungsgrundlage

II. Formelle Rechtmäßigkeit

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Tatbestand

a) Wirksamkeit von Ratsbeschluss und Änderungssatzung zur Auflösung und Entwidmung des Großmarktes

aa) Verstoß gegen einfaches Recht, § 8 I GO NRW

bb) Verstoß gegen Verfassungsrecht

(a) Gehalt der Selbstverwaltungsgarantie in seiner abwehrrechtlichen Dimension

(b) Selbstverwaltungspflicht?

(aa) Maßstäbe des BVerwG im „Offenbacher Weihnachtsmarkturteil“

(bb) Anwendung der Maßstäbe auf die Düsseldorfer Großmarkthalle

(cc) Rechtsprechungsänderung des BVerwG

b) Zwischenergebnis

2. Rechtsfolge

IV. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

# KLAUSURRELEVANTE PROBLEME



## EXAMENSRELEVANTE PROBLEME IM RAHMEN DES § 252 STPO

### A) Einführung

### B) Telos des § 252 StPO

### C) Probleme auf Tatbestandsebene des § 252 StPO

- I. Vernehmung vor der Hauptverhandlung
- II. Zeuge beruft sich in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht
- III. Zeugnisverweigerungsrecht bestand bereits vor der Hauptverhandlung

### D) Rechtsfolge des § 252 StPO

- I. BGH: Umfassendes Verwertungsverbot
- II. Ausnahmen vom Grundsatz
  1. Ermittlungsrichterliche Vernehmung
  2. Verzicht des Zeugen
- III. Behandlung in der Revisionsklausur

### E) Fazit

# GRUNDFÄLLE

## DRUM PRÜFE, WER SICH EWIG BINDET: BEFRISTUNG

### A) Sound

### B) Gliederung

### C) Lösung

#### Frage 1

1. Befristung des Arbeitsverhältnisses mit der G
  - a) Schriftform
  - b) Zulässigkeit der Befristung ohne sachlichen Grund
    - aa) Kalendermäßige Befristung
    - bb) Alter des Arbeitnehmers
  - cc) Die Befristung ist damit nicht ohne sachlichen Grund zulässig.
  - c) Vorliegen eines sachlichen Grundes
  - d) Befristung zulässig und wirksam
2. Wirksamkeit der Befristung des B
  - a) Schriftform
  - b) Zulässigkeit der Befristung ohne sachlichen Grund
  - c) Zulässigkeit der Befristung mit sachlichem Grund
  - d) Ergebnis: Befristung unwirksam

#### Frage 2:

1. Kündbarkeit

2. **Ausschluss durch § 16 S. 1 TzBfG**

3. **Ergebnis**

**D) Zusammenfassung**

**E) Zur Vertiefung**

## **AUSZUG AUS DEN 44 WICHTIGSTEN FÄLLEN STRAFRECHT BT I, STRAFRECHT**

### **KNAPP BEI KASSE**

**A) Sound**

**B) Gliederung**

**C) Lösung**

**Strafbarkeit des S**

**I. Missbrauch von Scheckkarten, § 266b I StGB**

**1. Objektiver Tatbestand**

**2. Subjektiver Tatbestand**

**3. Rechtswidrigkeit und Schuld**

**4. Ergebnis**

**II. Computerbetrug, § 263a I Var. 3 StGB**

**1. Objektiver Tatbestand**

**2. Ergebnis**

**D) Zusammenfassung**

**E) Zur Vertiefung**

# **HEMMER.LIFE**

# ZIVILRECHT

BGH, URTEIL VOM 22.08.2024, VII ZR 68/22, NJW 2024, 3445 FF. = JURISBYHEMMER

## 1 MINDERUNG SCHLIESST ANSPRUCH AUF VORSCHUSS FÜR MÄNGELBESEITIGUNGSKOSTEN NICHT AUS!

+++ Werkvertrag +++ Mängelrechte +++ Minderung +++ Gestaltungsrecht +++ Bindungswirkung +++ Verhältnis von Minderung zum Anspruch auf Kostenvorschuss für Mängelbeseitigung +++ Verlust des Wahlrechts +++ §§ 631, 633, 634, 637, 638 BGB +++

**Sachverhalt (abgewandelt und verdeutlicht):** Aufgrund Vertrags vom 10.12.2022 errichtete U für B auf dessen Grundstück ein Einfamilienhaus. Die Abnahme erfolgte am 14.10.2023.

Nach Zahlung des Werklohnes stellte B Mängel fest, die unstreitig bereits bei der Abnahme vorhanden waren. Im Februar 2024 erklärte B - nachdem sich U ernsthaft und endgültig geweigert hatte, die Mängel zu beseitigen - die Minderung und verlangte von U anteilige Rückzahlung des Werklohnes i.H.v. 95.000 €.

Nachdem U an B den Minderungsbetrag von 95.000 € zurückgezahlt hatte, beauftragte B einen Gutachter mit der Ermittlung der Kosten für die Beseitigung der Mängel. Das Sachverständigengutachten kam zum Ergebnis, dass der Minderungsbetrag von 95.000 € korrekt sei, aber die Beseitigung der Mängel tatsächlich insgesamt 115.000 € brutto kosten würde.

B verlangt daher nun von U die Zahlung weiterer 20.000 € als Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung. U weigert sich, an B noch irgendwelche Zahlungen zu leisten.

**Kann B von U einen Kostenvorschuss von 20.000 € für die Beseitigung der Mängel verlangen?**

**Vermerk für die Bearbeitung:** Die §§ 650a ff. BGB bleiben für die Bearbeitung außer Betracht!

### A) Sounds

Die Minderung des Vergütungsanspruchs nach §§ 634 Nr. 3, Alt. 2, 638 BGB schließt einen Kostenvorschussanspruch nach §§ 634 Nr. 2, 637 III BGB wegen des Mangels, auf den die Minderung gestützt wird, nicht aus.

### B) Problemaufriss

Der Sachverhalt wurde für die Besprechung in der Life&LAW im Vergleich zum Originalfall geändert, um die Problematik besser zu verdeutlichen.

Außerdem wurde der Fall um die prozessualen Probleme „entschlackt“ und auf die interessanten materiell-rechtlichen reduziert.

Dem Rechtsstreit zwischen B und U lag ein sog. Bauvertrag über die Herstellung eines Bauwerks zugrunde, § 650a I BGB. Dabei handelt es sich aufgrund der Stellung in Kapitel 2 des Untertitels 1 in Titel 8 des 8. Abschnitts im 2. Buch des BGB um einen Werkvertrag, auf den (natürlich) die §§ 631 ff. BGB anwendbar sind.

Diese werden durch die §§ 650a ff. BGB ergänzt und bei einem Verbraucherbauvertrag zusätzlich durch die §§ 650i ff. BGB.

**Anmerkung:** Der dem Urteil zugrundeliegende Vertrag wurde im Dezember 2012 geschlossen, als es die §§ 650a f. BGB noch gar nicht gab.

Da die §§ 650a ff. BGB für die Lösung des Falles keine Relevanz haben und diese Vorschriften nach der Prüfungsordnung

einiger Bundesländer weder im Ersten noch im Zweiten Staatsexamen zum Pflichtprüfungsstoff gehören<sup>1</sup>, wurden im Vermerk für die Bearbeitung die §§ 650a ff. BGB „ausgeblendet“.

Im Mittelpunkt dieses äußerst examensrelevanten Falles steht die Frage nach dem Verhältnis einer vom Besteller erklärten Minderung zu den anderen in § 634 BGB aufgezählten Mängelrechten.

**hemmer-Methode:** Die Mängelrechte folgen im Kaufrecht nach § 437 BGB derselben Systematik. Die Unterschiede zwischen kaufrechtlicher und werkvertraglicher Mängelhaftung werden in dem Problembeitrag von d'Alquen in Life&LAW 04/2022, 273 ff. anschaulich dargestellt.

## I. Das Verhältnis von Minderung und Rücktritt

Unproblematisch schließen sich aufgrund des Wortlauts in § 634 Nr. 3 („**oder**“) und § 638 I S. 1 BGB („**statt**“) Rücktritt und Minderung gegenseitig aus.

Durch die Erklärung der Minderung entscheidet sich der Besteller dafür, am Vertrag festzuhalten. Mit dem Rücktritt will er gerade das Gegenteil.

Die Ausübung des Minderungsrechts durch den Besteller nach § 638 I S. 1 BGB stellt – ebenso wie die Erklärung des Rücktritts nach § 349 BGB – eine bindende **Gestaltungserklärung** gegenüber dem Werkunternehmer dar.

Das Gestaltungsrecht der Minderung ermöglicht es dem Besteller, durch einseitiges Rechtsgeschäft eine Herabsetzung des vertraglich vereinbarten Werklohnes um den angemessenen Betrag – unter Beibehaltung des Werkvertrages im Übrigen – herbeizuführen.

Die Gestaltungswirkung tritt unmittelbar mit dem Zugang (§ 130 I S. 1 BGB) der Erklärung ein. Dies hat zur Konsequenz, dass ein vom Besteller wirksam erklärter Rücktritt unmittelbar zu einem Rückabwicklungsverhältnis führt.

Die wirksam erklärte Minderung hat zur Folge, dass der vertraglich vereinbarte Werklohn unmittelbar um den angemessenen Betrag herabgesetzt (§ 638 III BGB) und damit das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung wiederhergestellt wird.

Diese durch die Ausübung des Gestaltungsrechts eingetretene Änderung des Vertragsverhältnisses kann der Gestaltungsberechtigte einseitig weder zurücknehmen noch widerrufen.<sup>2</sup> Die Wirkung ist mit anderen Worten **unumkehrbar**.

**hemmer-Methode:** Der Gesetzgeber sah hierfür auch kein Bedürfnis, da der Besteller vor einer übereilten („falschen“) Entscheidung bei der Wahl seiner Mängelrechte bereits dadurch geschützt wird, dass er diese grundsätzlich nicht sofort, sondern erst nach Ablauf einer dem Unternehmer zur Nacherfüllung gesetzten Frist ausüben kann, vgl. §§ 636 I S. 1, 323 I BGB.

Auch eine Anfechtung des ausgeübten Gestaltungsrechts nach § 119 I BGB kommt nicht in Betracht, da es sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum über kraft Gesetzes eintretende Rechtsfolgen handelt.

## II. Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung

Das Verhältnis von Rücktritt und dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ist ebenfalls vom Gesetzgeber geklärt worden.

Nach § 325 BGB wird das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen.

Da dies für den Anspruch auf Schadensersatz *neben* der Leistung eine Selbstverständlichkeit ist, hat die Vorschrift des § 325 BGB faktisch nur eine Bedeutung für das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz **statt** der Leistung.<sup>3</sup>

Die Reihenfolge der Geltendmachung von Rücktritt und Schadensersatz ist – entgegen dem Wortlaut, aber entsprechend dem Zweck der Norm – einerlei. Der Gläubiger kann also zunächst den Rücktritt erklären, dann Schadensersatz statt

1 So gehören bspw. in Bayern ab dem Termin 2022/II die Vorschriften zum Bauvertrag und Verbraucherbaupvertrag nicht mehr zum Pflichtprüfungsstoff, vgl. § 18 II Nr. 1b BayJAPO.

2 BGH, NJW 2017, 1607 ff. = **jurisbyhemmer**.

3 MüKo/Ernst, BGB, 9. Auflage 2022, § 325, Rn. 3.

der Leistung verlangen oder umgekehrt zuerst Schadensersatz statt der Leistung verlangen und zudem zurücktreten.<sup>4</sup>

Der Gläubiger ist dabei auf den großen Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung beschränkt. Die Gestaltungswirkung des Rücktritts hindert ihn daran, den kleinen Schadensersatz zu verlangen, um die mangelhafte Leistung zu behalten oder noch ausstehende Teile der Gegenleistung zu erlangen.<sup>5</sup>

**Anmerkung:** Auch für die Berechnung des Schadens nach der Surrogationsmethode hat die Rücktrittserklärung Ausschlusswirkung, da nach § 346 I BGB der Leistungsaustausch hinfällig geworden ist. Der Gläubiger kann die entsprechenden Verpflichtungen daher nicht über die Surrogationsmethode – also in modifizierter Form - einseitig wieder aufleben lassen.<sup>6</sup>

### III. Das Verhältnis von Minderung und Schadensersatz statt der Leistung

Wie sich die Minderungserklärung auf den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung auswirkt, hat der BGH zum Kaufrecht mit seinem Grundsatzurteil vom 09.05.2018<sup>7</sup> entschieden.

Die wirksam erklärte Minderung schließt – wie bereits unter B) I. erläutert wurde – das Recht zum Rücktritt vom Vertrag aus.

Für das Verhältnis zwischen einer bereits erklärten Minderung und dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung muss nach der Ansicht des BGH differenziert werden, ob der Käufer bzw. Besteller neben der Minderung

- den Anspruch auf einfachen Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 I S. 1 BGB (sog. „kleiner Schadensersatz“) oder
- den Anspruch auf Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung („großer Schadensersatz“) geltend macht.

**Anmerkung:** Die Begriffe „kleiner“ und „großer“ Schadensersatz“ sind verwirrend, weil dadurch der Eindruck erweckt wird, der Gläubiger bekäme beim kleinen Schadensersatz weniger.

Dies ist nicht richtig. Wenn der Käufer/Besteller ein gutes Geschäft gemacht hat, also die Kaufsache bzw. das Werk einen höheren Wert hat als den gezahlten Kaufpreis/Werklohn, dann wäre das Festhalten am Vertrag und die Geltendmachung eines etwaigen entgangenen Gewinnes wirtschaftlich natürlich sinnvoller als die Rückgängigmachung des Vertrags im Wege des sog. „großen Schadensersatzes“. Der Gläubiger kann zwar auch hier einen etwaigen entgangenen Gewinn verlangen, dies allerdings nur gegen Rückabwicklung des Vertrags. Und genau dies wäre bei einem günstigen Geschäft die wirtschaftlich schlechtere Wahl. Beim großen Schadensersatz bekäme der Gläubiger somit den „kleineren“ Betrag.

#### 1. Minderung und (kleiner) Schadensersatz statt der Leistung sind nebeneinander möglich

Nach richtiger Ansicht ist es dem Käufer/Besteller bei Mängeln der Kaufsache/des Werks grundsätzlich gestattet, neben der Minderung des Kaufpreises/Werklohnes zusätzlich den Ersatz ihm entstandener Schäden geltend zu machen.

Dies bringt das Gesetz dadurch zum Ausdruck, dass § 437 Nr. 3 BGB (bzw. § 634 Nr. 4 BGB), welcher die bei Mängeln in Betracht kommenden Schadensersatzansprüche auflistet, durch das Wort „und“ mit dem vorangestellten § 437 Nr. 2 BGB (bzw. § 634 Nr. 3 BGB) verbunden ist, der den Rücktritt und die Minderung betrifft.

**hemmer-Methode:** Teilweise wird auch mit dem Rechtsgedanken des § 325 BGB und einem „erst Recht-Schluss“ argumentiert.<sup>8</sup>

Zu den **neben** der Minderung dem Käufer eröffneten Schadensersatzansprüchen zählt daher auch ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB; sog. „kleiner Schadensersatz“).

Wichtig wird dieses Nebeneinander dann, wenn der Minderungsbetrag niedriger ist als der kleine Schadensersatz statt

4 BeckOK BGB/H. Schmidt, 71. Ed. 1.8.2024, § 325 Rn. 6.

5 OLG Naumburg, NJW 2016, 1102 ff. = jurisbyhemmer.

6 BeckOK BGB/H. Schmidt, 71. Ed. 1.8.2024, § 325 Rn. 8.

7 BGH, **Life&LAW 08/2018, 516 (519 f.)** = NJW 2018, 2863 ff. = jurisbyhemmer.

8 MüKo/Maultzsch, BGB, 9. Auflage 2024, § 441, Rn. 9.

der Leistung.

**Beispiel:** V verkauft an K eine Sache zum Preis von 9.000 €. Der Wert der mangelhaften Sache beträgt 8.000 €. Im mangelfreien Zustand wäre die Sache 10.000 € wert.

Nach erfolglosem Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung erklärt K gegenüber dem V die Minderung des Kaufpreises. Ein befreundeter Rechtsanwalt weist den K später darauf hin, dass es günstiger gewesen wäre, wenn K den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht hätte, weil der mangelbedingte Minderwert größer sei als der Minderungsbetrag.

### Wie ist die Rechtslage?

1. Die **Minderung** berechnet sich nach § 441 III BGB.

Wert mh = 8.000 € = 8 = 4

Wert mfr = 10.000 € = 10 = 5

Die Minderungsquote beträgt daher 1/5 (= 20%)

Der Minderungsbetrag beträgt somit 20% des gezahlten Kaufpreis, also 1.800 €

2. Der (kleine) **Schadensersatz statt der Leistung** besteht mindestens im mangelbedingten Minderwert der Kaufsache, also 2.000 €.

**Ergebnis:** Da sich die Minderung und der Anspruch auf den („kleinen“) Schadensersatz statt der Leistung gegenseitig nicht ausschließen, steht dem K, obwohl er die Minderung schon erklärt hat, der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu.

Hinsichtlich derselben Vermögenseinbuße schließen sich jedoch Minderung und Schadensersatz statt der Leistung aus, da K – mangels Vorliegens eines Schadens – nicht für denjenigen Mangelschaden, der bereits durch Herabsetzung des Kaufpreises ausgeglichen worden ist, auch noch Schadensersatz verlangen kann.<sup>9</sup>

Da K über die Minderung bereits 1.800 € von V erhält, kann er daneben noch weitere 200 € als Schadensersatz neben der Leistung verlangen.

**Anmerkung:** Von noch größerer Bedeutung ist die Parallelität von Minderung und (kleinem) Schadensersatz statt der Leistung, wenn der Käufer/Besteller zusätzlich zu dem mangelbedingten Minderwert weitere Schäden erlitten hat (etwa entgangenen Gewinn) bzw. die Kosten für die Mängelbeseitigung höher sind als der mangelbedingte Minderwert.

## 2. Minderung und (großer) Schadensersatz statt der ganzen Leistung schließen sich aber gegenseitig aus

Hingegen wird dem Käufer bzw. Besteller nicht die Möglichkeit eröffnet, nach einer bindend gewordenen Minderung wegen desselben Mangels anstelle dieses Gestaltungsrechts (oder neben diesem) einen auf Rückabwicklung des Vertrages gerichteten Schadensersatzanspruch statt der ganzen Leistung (sog. großen Schadensersatz) nach § 437 Nr. 3 BGB (bzw. § 634 Nr. 4 BGB) i.V.m. §§ 280 I, III, 281 I S. 3, V BGB zu verlangen.

### a) Mit der Minderung wird auch erklärt, am Vertrag festhalten zu wollen

Mit der Minderung erklärt ein Käufer/Besteller zugleich, die Kaufsache/das Werk trotz des betreffenden Mangels zu einem herabgesetzten Preis (§ 441 III bzw. § 638 III BGB) behalten und insoweit am Vertrag festhalten zu wollen.

Dieser erklärte Wille ist integraler Bestandteil der Gestaltungswirkung der Minderung und mithin ab dem Wirksamwerden dieses Gestaltungsrechts für den Käufer/Besteller bindend.

### b) Durch wirksame Gestaltungserklärung ist das Wahlrecht verbraucht

Die auf gegenläufige Ziele – nämlich Festhalten am Vertrag oder Lösen vom Vertrag – ausgerichteten Gewährleistungsrechte der Minderung und des Rücktritts hat der Gesetzgeber als Gestaltungsrechte ausgeformt, die nur alternativ zur Verfügung stehen (s.o.).

Diese Unvereinbarkeit der gegenläufigen Ziele gilt nicht nur für das Verhältnis von Minderung und Rücktritt, sondern natürlich auch für das Verhältnis von Minderung und dem Anspruch auf „großen“ Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung.

Andernfalls könnte der Gläubiger, der die Minderung bereits erklärt und sich mit dieser ihn bindenden Gestaltungserklärung für ein Festhalten am Vertrag entschieden hat, seine Entscheidung doch noch revidieren. Dies wäre nicht mit der bindenden Gestaltungswirkung der Minderung und der Alternativität zwischen einem Festhalten am Vertrag und einer Rückgängigmachung des Vertragsverhältnisses in Einklang zu bringen.

**Mit anderen Worten: Mit der wirksamen Ausübung der Minderung hat der Käufer/Besteller zugleich das ihm vom Gesetzgeber eingeräumte Wahlrecht zwischen Festhalten am und Lösen vom Kauf- bzw. Werkvertrag „verbraucht“.**

Teilweise wird in Literatur<sup>10</sup> und Rechtsprechung<sup>11</sup> vertreten, dass dem Gläubiger analog § 325 BGB das Recht zusteht, sich von der wirksam erklärten Minderung wieder zu lösen und stattdessen zum Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung überzugehen.

Der BGH folgt diesem Ansatz zu Recht nicht.<sup>12</sup> § 325 BGB räumt dem Gläubiger nicht die Möglichkeit ein, „voreilige Rücktrittserklärungen zu neutralisieren“ und gestattet damit nicht den Wechsel vom Rücktritt zum kleinen Schadensersatz.<sup>13</sup> Für einen Wechsel von der Minderung zum großen Schadensersatz im Wege einer Analogie des § 325 BGB besteht daher erst recht kein Raum. Es fehlt sowohl an einer für eine Analogie erforderlichen vergleichbaren Interessenslage zu den von § 325 BGB erfassten Fallgestaltungen als auch an einer planwidrigen Regelungslücke.

### 3. Zusammenfassung

Nach Ansicht des BGH sind Minderung und der Anspruch auf den kleinen Schadensersatz neben der Leistung miteinander als kleine Rechte, mit denen man am Vertrag festhält, kombinierbar.

Dem Käufer bzw. Besteller ist es aber verwehrt, von der wirksam erklärten und nicht mehr einseitig abänderbaren Minderung Abstand zu nehmen und stattdessen unter Berufung auf denselben Mangel Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung gemäß § 437 Nr. 3 BGB (bzw. § 634 Nr. 4 BGB) i.V.m. §§ 280 I, III, 281 I S. 3 BGB zu verlangen. Über §§ 281 V, 346 ff. BGB käme es nämlich sonst zur Rückabwicklung des Vertrages, was das Gesetz aber wegen des Ausschließlichkeitsverhältnisses von Minderung und Rücktritt nicht zulässt.<sup>14</sup>

## IV. Verhältnis von Minderung und dem Anspruch auf Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung

In dem hier zu besprechenden Urteil befasst sich der BGH nun erstmals mit dem Verhältnis zwischen einer erklärten Minderung und dem Anspruch auf Kostenvorschuss zur Beseitigung eines Mangels, dessentwegen die Minderung erklärt wurde.

## C) Lösung

Zu prüfen ist, ob B von U die Bezahlung eines Kostenvorschusses von 20.000 € für die Beseitigung eines Mangels verlangen kann.

### I. Entstehung des Anspruches aus §§ 634 Nr. 2, 637 I, III BGB

Nach §§ 634 Nr. 2, 637 I BGB kann der Besteller, wenn der Werkunternehmer nicht innerhalb einer vom Besteller gesetzten angemessenen Frist seiner Pflicht zur Nacherfüllung nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB nachkommt, den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.

Unter diesen Voraussetzungen kann der Besteller nach § 637 III BGB für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten die Zahlung eines Vorschusses verlangen.

<sup>10</sup> Dertleder, NJW 2003, 998 (1000).

<sup>11</sup> OLG Stuttgart, ZGS 2008, 479 (480) = **juris**byhemmer.

<sup>12</sup> BGH, NJW 2017, 3438 ff. = **juris**byhemmer.

<sup>13</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 221.

<sup>14</sup> Geprüft wurde das Verhältnis von Minderung und Schadensersatz statt der Leistung in der Aufgabe 2 des Bayerischen Ersten Staatsexamens im Termin 2020/I; vgl. hierzu in Life&LAW 05/2020, 323 (331 ff.).



## 1. Wirksamer Werkvertrag, § 631 BGB

Zwischen B und U kam gem. § 631 BGB durch Angebot (§ 145 BGB) und Annahme (§ 147 BGB) ein wirksamer Werkvertrag über die Errichtung eines Einfamilienhauses zustande.

## 2. Vorliegen eines Sachmangels, § 633 II BGB

Wann ein Sachmangel vorliegt, bestimmt § 633 II BGB in Anlehnung an die kaufrechtlichen Regelungen.

Nach § 633 II S. 1 BGB ist zunächst die Vereinbarung der Parteien maßgeblich für die Beurteilung, ob das Werk mangelhaft ist oder nicht. Nur soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart wurde, kommt es nach § 633 II S. 2 Nr. 2 BGB darauf an, ob sich das Werk für die gewöhnliche Verwendung eignet und die übliche Beschaffenheit aufweist, die der Besteller erwarten kann.

**Anmerkung:** Im Werkvertragsrecht geht das Gesetz somit vom Vorrang des subjektiven Mangelbegriffs aus. Vorrangig bestimmt sich die vertragsgemäße Erfüllung seitens des Werkunternehmers nach der konkreten Vereinbarung der Vertragsparteien.

Im Kaufrecht gilt nach § 434 I BGB seit dem 01.01.2022 grds. ein Gleichlauf von subjektiven und objektiven Anforderungen. Die Kaufsache muss aber den objektiven Anforderungen nur dann entsprechen, soweit nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde, vgl. § 434 III S. 1 HS 1 BGB.

Da nur beim Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs i.S.d. § 474 I BGB an die Wirksamkeit einer sog. „negativen Beschaffenheitsanforderung“ gemäß § 476 I S. 2 BGB strenge Anforderungen geknüpft werden, gilt dieser Gleichlauf von subjektiven und objektiven Anforderungen faktisch damit nur beim Verbrauchsgüterkauf.

Aufgrund der Angaben im Sachverhalt ist hier vom Vorliegen verschiedener Mängel i.S.d. § 633 II BGB auszugehen.

## 3. Abnahme des Werkes (§ 640 BGB) als ungeschriebene Voraussetzung

Die Abnahme des Werkes gemäß § 640 BGB ist als Gefahrübergang nach § 644 I S. 1 BGB nach Ansicht des BGH eine ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte aus § 634 BGB.<sup>15</sup>

**Anmerkung:** Bereits der Begriff „Nacherfüllung“ in §§ 634 Nr. 1, 635 BGB spricht dafür, dass die Rechte aus § 634 BGB erst nach der Herstellung zum Tragen kommen sollen. Die Erfüllung des ursprünglichen Herstellungsanspruchs aus § 631 I BGB tritt bei einer Werkleistung regelmäßig mit der Abnahme ein, § 640 I BGB, sodass erst nach Abnahme von der „Nacherfüllung“ gesprochen werden kann.

Hierfür spricht außerdem die Regelung in § 634a II BGB i.V.m. § 634a I Nr. 1 und 2 BGB, wonach die Verjährung von Mängelrechten in den meisten Fällen mit der Abnahme beginnt.

Nach Ansicht des BGH ist der Besteller jedoch berechtigt, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers erloschen und der Vertrag in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist.

Dies ist wegen § 281 IV BGB z.B. der Fall, wenn der Besteller Schadensersatz statt der Leistung verlangt.<sup>16</sup> In diesem Fall noch die Abnahme zu verlangen, wäre Förmelei.

Verlangt der Besteller dagegen lediglich einen Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels im Wege der Selbstvornahme erforderlichen Aufwendungen, erlischt der Erfüllungsanspruch des Bestellers nicht. Der Besteller ist daher berechtigt, auch nach einem Kostenvorschussverlangen seinen Anspruch auf Nacherfüllung geltend zu machen.

Die Abnahme ist hier erfolgt und die von B geltend gemachten Mängel waren auch bereits bei Gefahrübergang auf B vorhanden.

**hemmer-Methode:** Mängel, die erst nach Gefahrübergang entstehen, lösen also keine Mängelrechte aus, es sei denn, sie beruhen auf einem latenten Grundmangel.

## 4. Voraussetzungen des § 637 I, III BGB

<sup>15</sup> BGH, Life&LAW 04/2017, 235 (237 f.) = NJW 2017, 1604 ff. = jurisbyhemmer; Grüneberg/Retzlaff, BGB, 83. Auflage 2024, § 633, Rn. 4.

<sup>16</sup> Grüneberg/Retzlaff, BGB, 83. Auflage 2024, § 634, Rn. 6.



### a) **Grundsatz: Erfolgreicher Ablauf einer vom Besteller gesetzten angemessenen Frist**

Nach § 637 I BGB kann der Besteller wegen eines Mangels des Werkes erst nach dem erfolglosen Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen bzw. nach § 637 III BGB vom Unternehmer für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen Vorschuss verlangen.

Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, dass B dem U eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat.

### b) **Ausnahme vom Fristsetzungserfordernis**

Das Fristsetzungserfordernis kann aber entbehrlich sein. § 323 II BGB normiert für den Rücktritt und über § 638 I S. 1 BGB auch für die Minderung eine Ausnahme vom Fristsetzungserfordernis.

§ 323 II BGB findet gem. § 637 II S. 1 BGB auf den Anspruch des Bestellers auf Selbstvornahme der Mängelbeseitigung und den Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen entsprechende Anwendung.

Da U die Nacherfüllung gegenüber B ernsthaft und endgültig verweigert hat, war die Fristsetzung hier nach §§ 637 II S. 1, 323 II Nr. 1 BGB entbehrlich.

## 5. **Zwischenergebnis**

Da die Voraussetzungen des § 634 Nr. 2 i.V.m. 637 I BGB vorliegen, ist der Anspruch des B nach § 637 III BGB auf Zahlung eines Vorschusses für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen entstanden.

## II. **Ausschluss des Anspruches**

Der Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen könnte aber ausgeschlossen sein.

### 1. **Kein Ausschluss des Anspruches gem. §§ 637 I HS 2, 635 III BGB**

Die Befugnis des Bestellers zur Selbstvornahme und der Anspruch auf Kostenvorschuss besteht nicht, wenn der Unternehmer zu Recht die Nacherfüllung verweigert, § 637 I HS 2 BGB.

Nach § 635 III BGB kann der Unternehmer die Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.

**Anmerkung: Gegenüber dem Anspruch auf Nacherfüllung nach §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB stellt § 635 III BGB eine Einrede dar. Für den Anspruch auf Selbstvornahme ist es eine Voraussetzung, dass der Unternehmer sich nicht auf sein Leistungsverweigerungsrecht beruft.**

**Das Vorliegen der Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts lässt den Nacherfüllungsanspruch aber erst entfallen, wenn der Unternehmer ausdrücklich von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch macht.<sup>17</sup>**

Unverhältnismäßig im Sinne des § 635 III BGB sind die Kosten für die Beseitigung eines Mangels dann, wenn der auf die Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür geltend gemachten Geldaufwandes steht. Unverhältnismäßigkeit wird in aller Regel anzunehmen sein, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung unter Abwägung aller Umstände ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht.

Im vorliegenden Fall enthält der Sachverhalt weder Anhaltspunkte für die Unverhältnismäßigkeit der Kosten, noch hat sich U hierauf berufen.

### 2. **Ausschluss des Anspruches wegen der zuvor erklärten Minderung?**

Der Anspruch auf Kostenvorschuss zum Zwecke der Selbstvornahme der Mängelbeseitigung könnte jedoch ausgeschlossen sein, weil B gegenüber U zuvor nach §§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 I S. 1 BGB die Minderung erklärt hat.

## a) Fehlen einer gesetzlichen Regelung

Eine gesetzliche Regelung, wonach die Geltendmachung eines Kostenvorschussanspruchs ausgeschlossen ist, wenn der Besteller die Minderung des Werklohns erklärt hat, existiert nicht.

Weder § 634 BGB noch §§ 637, 638 BGB regeln, in welchem Verhältnis das Minderungsrecht des Bestellers nach §§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 BGB und die ihm zustehende Befugnis zur Selbstvornahme sowie sein Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses nach §§ 634 Nr. 2, 637 BGB stehen.

Nach dem Gesetzeswortlaut ist vielmehr davon auszugehen, dass diese Rechte nebeneinander bestehen können.

**Anmerkung:** Aus der Begründung des Gesetzentwurfs zur Modernisierung des Schuldrechts ergibt sich nichts Anderes. Es war dem Gesetzgeber in Abgrenzung zum alten Schuldrecht vielmehr ein Anliegen, die Wahrnehmung von Mängelrechten sowohl im Kauf- als auch im Werkvertragsrecht flexibler zu gestalten und Käufer sowie Besteller mehr Möglichkeiten zur Wahrnehmung ihrer berechtigten Interessen einzuräumen.<sup>18</sup>

Diese gesetzgeberische Absicht spricht grundsätzlich dafür, dass die Geltendmachung eines Mängelrechts andere Mängelrechte nicht ausschließt.

## b) § 281 IV BGB gilt nicht entsprechend

In § 281 IV BGB hat der Gesetzgeber nur für den Fall des Schadensersatzes statt der Leistung nach §§ 634 Nr. 4, 280 I, II, 281 I BGB ausdrücklich geregelt, dass der Anspruch auf Nacherfüllung nach §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB erlischt, sobald der Besteller Schadensersatz statt der Leistung verlangt.

### aa) Sinn und Zweck des § 281 IV BGB

Diese Regelung dient nach der Absicht des Gesetzgebers dem Schutz des Unternehmers, der sich darauf einstellen können soll, nicht mehr einem Anspruch auf Nacherfüllung ausgesetzt zu sein, nachdem der Besteller Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat.

Damit wird dem Unternehmer beispielsweise eine sicherere Einsatzplanung der von ihm vorgehaltenen und auf seinen Baustellen einzusetzenden Produktionsmittel gewährleistet, da er nicht parallel auf Schadensersatz und Nacherfüllung in Anspruch genommen werden kann.

### bb) § 281 IV BGB schließt aber nicht Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB aus

Nach Ansicht des BGH wird dieser ausschließlich den Anspruch aus §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB betreffende Ausschluss nach § 281 IV BGB aber gerade nicht auf die Befugnis zur Selbstvornahme und damit den Anspruch auf Kostenvorschuss nach §§ 634 Nr. 2, 637 BGB angewendet.<sup>19</sup>

Diese Rechtsprechung beruht auf dem Wortlaut von § 281 IV BGB, der gesetzgeberischen Absicht und dem Sinn und Zweck des Anspruches auf Kostenvorschuss. Dieser dient dazu, dem Besteller die Nachteile und Risiken abzunehmen, die mit einer Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung einhergehen.

Entscheidet sich der Besteller für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes, kann er den Mangel beseitigen und die damit verbundenen Aufwendungen als Schaden von dem Unternehmer erstattet verlangen.

Durch die Wahl des Schadensersatzes statt der Leistung anstelle der Selbstvornahme soll der Besteller aber nicht schlechter gestellt werden. Ein umfassender Ausgleich des verletzten Leistungsinteresses ist deshalb nur gewährleistet, wenn der Besteller – auch nach Wahl des Schadensersatzes statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes – weiterhin einen Kostenvorschuss nach § 637 III BGB verlangen kann.

Der Besteller kann daher nach seiner Erklärung, Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes zu verlangen, den Mangel zunächst nicht beseitigen und als Schaden den mangelbedingten Minderwert geltend machen.

Das hindert den Besteller aber nicht daran, sich danach noch für eine Beseitigung des Mangels zu entscheiden. Falls die Kosten hierfür über den bereits erhaltenen Schadensersatz **hinausgehen** sollten, kann der Besteller den *Differenz-*

<sup>18</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 226 (263).

<sup>19</sup> BGH, Life&LAW 10/2018, 656 ff. = NJW 2018, 1463 ff. = jurisbyhemmer.