

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.

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

## 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.

<sup>2</sup> BGH, NJW 2017, 1607 ff. = [jurisbyhemmer](#).

## 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 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.

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

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

<sup>5</sup> OLG Naumburg, NJW 2016, 1102 ff. = [jurisbyhemmer](#).

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

<sup>7</sup> BGH, **Life&LAW 08/2018, 516 (519 f.)** = NJW 2018, 2863 ff. = [jurisbyhemmer](#).

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 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.

$$\text{Wert mh} = 8.000 \text{ €} = 8 = 4$$

$$\text{Wert mfr} = 10.000 \text{ €} = 10 = 5$$

Die Minderungsquote beträgt daher  $\frac{1}{5}$  (= 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.

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

<sup>9</sup> BGH, NJW 2011, 2953 ff. = [jurisbyhemmer](#).

## 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 Interessenlage 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.

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

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

<sup>12</sup> BGH, NJW 2017, 3438 ff. = jurisbyhemmer.

<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.).



## 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.

#### 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 Förmerei.

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.

<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.

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

##### 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.

<sup>17</sup> MüKoll/Busche, BGB, 9. Auflage 2023, § 637, Rn. 5.

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 Gesetzesentwurfs 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, III, 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 *Differenzbetrag* als Kostenvorschuss nach §§ 634 Nr. 2, 637 I, III BGB geltend machen.

**Anmerkung:** Der BGH hat im Werkvertragsrecht inzwischen seine bisherige Rechtsprechung zur Zulässigkeit der fiktiven Abrechnung der Mängelbeseitigungskosten i.R.d. Anspruches auf Schadensersatz statt der Leistung aufgegeben.<sup>20</sup>

Für das Kaufrecht behält der BGH aber seine Rechtsprechung zur fiktiven Abrechnung der Mängelbeseitigungskosten bei. Die Erwägungen zum Werkvertrag passen für das Kaufrecht nicht, weil es hier – anders als bei der Selbstvornahme im Werkvertragsrecht (vgl. § 637 III BGB) – keinen Anspruch auf Vorschuss gibt.

<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](#).

<sup>20</sup> Bestätigt von BGH, **Life&LAW 01/2021**, 16 ff. = NJW 2021, 53 ff. = [jurisbyhemmer](#).



Daher muss der Käufer die Möglichkeit der fiktiven Abrechnung haben, sodass im Kauf- und Werkvertragsrecht trotz der großen Ähnlichkeit des Mängelgewährleistungsrechts eine „gespaltene Rechtslage“ besteht.<sup>21</sup>

Auch der Vermieter kann seinen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen Nichtvornahme von Schönheitsreparaturen fiktiv abrechnen. Zwar lässt sich das Argument des BGH, dass im Kaufrecht die fiktive Anrechnung des kleinen Schadensersatzes statt der Leistung zulässig bleiben muss, weil der Käufer – anders als der Besteller nach § 637 III BGB – keinen Anspruch auf Vorschuss habe, auf die fiktive Abrechnung wegen nicht durchgeführter Schönheitsreparaturen nicht übertragen, weil der BGH im bestehenden Mietverhältnis dem Vermieter eine Ersatzvornahme mit einem Anspruch auf Kostenvorschuss gem. § 242 BGB i.V.m. § 536a II Nr. 1 BGB analog gewährt. Allerdings passt das Hauptargument für das Verbot der fiktiven Abrechnung im Werkvertragsrecht, nämlich dass der Unternehmer vor einer Überkompensation geschützt werden muss, auf die fiktive Abrechnung des Schadensersatzes statt der Leistung wegen nicht durchgeführter Schönheitsreparaturen überhaupt nicht. Die Gefahr des Missverhältnisses besteht schon deshalb nicht, weil der Umfang der Schönheitsreparaturen in § 28 IV S. 3 II. BV (s.o.) vorgegeben ist. Danach dürfen die **Kosten der Schönheitsreparaturen höchstens mit 8,50 € je Quadratmeter Wohnfläche im Jahr angesetzt werden.**<sup>22</sup>

### c) Auch Minderung und Kostenvorschuss nach § 637 I, III BGB sind parallel möglich

Die Erwägungen zum Verhältnis des Anspruches auf Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes nach §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I BGB zum Anspruch des Bestellers auf Kostenvorschuss nach §§ 634 Nr. 2, 637 I, III BGB gelten entsprechend für das Verhältnis der Minderung (§§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 I BGB) zum Kostenvorschussanspruch.

Wählt also der Besteller zunächst das Mängelrecht der Minderung, steht es ihm ebenfalls grundsätzlich frei, zu einem späteren Zeitpunkt den Mangel zu beseitigen und zur Finanzierung der Aufwendungen einen Kostenvorschussanspruch geltend zu machen.

Die Rechtsnatur der Minderung steht dem nicht entgegen.

<sup>21</sup> Vgl. auch **d'Alquen**, „Unterschiede zwischen kaufrechtlicher und werkvertraglicher Mängelhaftung“, **Life&LAW 04/2022**, 273 (277 f.).

<sup>22</sup> Vgl. BGH, **Life&LAW 03/2023**, 158 ff. = NJW-RR 2022, 1460 ff. = **jurisbyhemmer**.

### aa) Durch Erklärung der Minderung entfällt der Nacherfüllungsanspruch, der Rücktritt und der Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung

Mit der Erklärung, die Vergütung zu mindern, bringt der Besteller zum Ausdruck, keine Beseitigung des Mangels durch den Unternehmer zu wollen.

Es entspricht deshalb der Rechtsprechung des BGH, dass mit der Erklärung der Minderung der Nacherfüllungsanspruch (§§ 634 Nr. 1, 635 I BGB) ausgeschlossen ist.<sup>23</sup>

Zudem bringt der Besteller zum Ausdruck, das Werk trotz des Mangels behalten zu wollen, so dass auch ein Rücktritt vom Vertrag nach §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 323 BGB grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Das Gleiche gilt für den Schadensersatzanspruch statt der ganzen Leistung nach §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 3 BGB („großer Schadensersatz“), mit dem die Rückgängigmachung des Vertrags verlangt wird (vgl. dazu die ausführliche Darstellung im **Problemaufriss**).

### bb) Erklärung der Minderung lässt Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung („kleiner Schadensersatz“) nicht entfallen

Dagegen ist der Besteller nach erklärter Minderung der Vergütung nicht gehindert, Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes nach §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB geltend zu machen. Sowohl die Minderung als auch der Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes sind ihrem Inhalt nach darauf gerichtet, das verletzte Leistungsinteresse des Bestellers, der das mangelhafte Werk behält, auszugleichen.

Diese Mängelrechte schließen sich nicht aus, sondern ergänzen sich.<sup>24</sup>

Um einen möglichst umfassenden Ausgleich des Leistungsinteresses zu gewährleisten, ist es gerechtfertigt, dem Besteller ergänzend einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung („kleiner Schadensersatz“) zu gewähren, wenn ein über den Minderungsbetrag hinausgehender Schaden entsteht.

Dieser kann in aufgewandten Mängelbeseitigungskosten bestehen, die der Besteller bei verständiger Würdigung für erforderlich halten durfte. Hierzu darf sich der Besteller aufgrund des Verhaltens des Unternehmers, der die Nacherfüllung nicht wahrgenommen hat, auch nach der Minderung nach wie vor herausgefordert fühlen.

<sup>23</sup> BGH, NJW 2017, 1607 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>24</sup> BGH, **Life&LAW 08/2018**, 516 (519 f.) = NJW 2018, 2863 ff. = **jurisbyhemmer**.



Dem Unternehmer ist kein schützenswertes Interesse zuzubilligen, nach einer einmal erfolgten Minderung der Vergütung nicht mehr auf die Kosten einer Mängelbeseitigung in Anspruch genommen werden zu können.

**cc) Daher muss neben der Minderung auch der Anspruch auf Kostenvorschuss bestehen bleiben**

Es besteht nach der Konzeption der Mängelrechte daher kein Grund, über das durch die Minderung erklärte Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs hinaus die Dispositionsfreiheit des Bestellers zugunsten des Unternehmers einzuschränken.

Es ist vielmehr der Unternehmer, der in doppelter Weise vertragswidrig gehandelt hat, indem er weder ein mangelfreies Werk herstellte noch seiner Pflicht zur Nacherfüllung nachkam.

Die Gestaltungswirkung der Minderung beschränkt sich – wie dargestellt – auf die Mängelrechte der Nacherfüllung, des Rücktritts und des großen Schadensersatzes in Form der Rückgängigmachung des Vertrags, nimmt dem Besteller, der das mangelhafte Werk behält, jedoch nicht das Recht, sein Leistungsinteresse durch Selbstvornahme mit Kostenerstattung im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) oder gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 I BGB in vollem Umfang durchzusetzen.

**d) Ergebnis**

Steht dem Besteller danach die Befugnis zur Selbstvornahme auch nach erklärter Minderung weiterhin zu, so kann er vom Unternehmer gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 III BGB einen Kostenvorschuss für die für die Selbstvornahme benötigten Mittel verlangen, wenn diese Kosten über die durch die Minderung ersparte Vergütung hinausgehen.

**III. Endergebnis**

B kann daher von U die Bezahlung eines Kostenvorschusses von 20.000 € für die Beseitigung eines Mangels verlangen.

**D) Kommentar**

(mty). Die Entscheidung des BGH ist richtig und sehr sorgfältig begründet. Damit ist nun restlos geklärt, in welchem Verhältnis die Mängelrechte zueinander stehen.

1. Minderung, Rücktritt und die Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 IV BGB) führen zum Verlust des Anspruchs auf Nacherfüllung.

2. Rücktritt bzw. Schadensersatz statt der ganzen Leistung einerseits und Minderung andererseits schließen sich gegenseitig aus.

3. Rücktritt und großer Schadensersatz statt der ganzen Leistung sind parallel möglich, § 325 BGB.

4. Minderung und kleiner Schadensersatz statt der ganzen Leistung sind parallel möglich.

5. Die Minderung schließt daher auch nicht den Anspruch des Bestellers auf Selbstvornahme der Mängelbeseitigung inklusive Kostenvorschuss aus!

**E) Wiederholungsfrage**

▪ **Warum sind Minderung und der Anspruch auf Kostenvorschuss nach §§ 634 Nr. 2, 637 III BGB parallel möglich?**

Mit der Erklärung, die Vergütung zu mindern, bringt der Besteller zum Ausdruck, das Werk trotz des Mangels behalten, aber keine Beseitigung des Mangels durch den Unternehmer zu wollen.

Das Recht, den „kleinen“ Schadensersatz statt der Leistung für die selbst aufgewendete Mängelbeseitigung zu verlangen, besteht parallel zur Minderung. Damit muss auch der Anspruch auf Selbstvornahme der Mängelbeseitigung nach §§ 634 Nr. 2, 637 I BGB neben der Minderung möglich sein und in dieser Konsequenz dann auch ein Anspruch auf Kostenvorschuss nach § 637 III BGB bestehen!

**F) Zur Vertiefung**

**Minderung (§ 441 BGB) und Schadensersatz statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB)**

- Hemmer/Wüst, Skript Schuldrecht-BT I, Rn. 244 ff. und 316 ff.