

# **Selbstvornahme im Werkvertragsrecht**

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Ismahan Gülen- Erdogan

aus: Istanbul

Referent : Professor Dr. Dr. h. c. Barbara Dauner-Lieb

Korreferent : Professor Dr. Barbara Grunewald

Tag der mündlichen Prüfung : 13.09. 2022

*An meiner Schwester Firdeys*

## VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind bis Mai 2020 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gebührt zunächst meiner verehrten Doktormutter, Frau Prof. Dr. Dr. h. c. Barbara Dauner-Lieb für ihre unbürokratische Unterstützung, ihr persönliches Engagement und die Erstellung des Erstgutachtens. Mein ganz herzlicher Dank gilt Frau Prof. Dr. Barbara Grunewald für ihre freundliche und zügige Übernahme des Zweitgutachtens.

Ich möchte mich bei meinen Eltern und meiner Schwester persönlich dafür bedanken, dass sie mir das Studium ermöglicht haben. Ohne meine Eltern und Schwester, die mich jederzeit in jeder Hinsicht und bedingungslos unterstützt haben, wäre die vorliegende Arbeit nicht entstanden. Sie haben mit viel Liebe und Verständnis immer zu mir gestanden. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

Ebenfalls schulde ich herzlichen Dank an meine Freunde, die mir in der anstrengenden Zeiten Spaß und Freude bereitet haben. Mit großem Interesse haben sie meinen persönlichen und juristischen Werdegang und den Fortschritt der Dissertation nicht nur begleitet, sondern erleichtert und bereichert. Ihre wertvolle, ermutigende Unterstützung hat zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Über ihre Anregung oder Kritik, die an [ismgulenerdogan@gmail.com](mailto:ismgulenerdogan@gmail.com) gerichtet sind, freue ich mich.

Köln, im September 2022

Ismahan Gülen Erdogan

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	Anderer Auffassung
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
AG	Amtgericht
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BauR	Baurecht
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
Buchs.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	Beziehungsweise
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe
Diss.	Dissertation
Drucks.	Drucksache
EG	Europäische Gemeinschaft

EGV	EG-Vertrag
Einl.	Einleitung
ErgBd.	Ergänzungsband
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f./ff.	Folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Gem.	Gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	Gegebenenfalls
gl.A.	Gleicher Auffassung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
Hs.	Halbsatz
h.L.	Herrschende Lehre
Hdb.	Handbuch
Hlbd.	Halbband
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
Insb.	Insbesondere
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
Int.	International
JA	Juristische Arbeitsblatt
Jura	Juristische Ausbildung
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen-Zeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KOM	Kommission

lit.	Literatur
LG	Landgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MüKo.	Münchener Kommentar
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
o.ä.	oder ähnliches
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz
S.	Seite
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
sog.	so genannte (s), so genannter
str.	Streitig
SVR	Strassenverkehrsrecht
u.	Und
u.a.	unter anderem
u. s. w.	und so weiter
Urt.	Urteil
var.	Variant

v.	Von
VersR	Versicherungsrecht
VGKRL	Verbrauchsgüterkaufrichtlinie
VO	Verordnung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
vgl.	Vergleiche
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Recht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatwissenschaft
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Zivilrecht



## LITERATURVERZEICHNIS

**Anker**, Axel: Ist auf alte Werkverträge ab 1.1.2003 das neue Recht anzuwenden in: BauR 2002, 1772- 1775 (zitiert: Anker, BauR 2002, S.)

**Arnold**, Arnd: Die eigenmächtige Mängelbeseitigung durch den Käufer in: ZIP 2004, 2412 –2415 (zitiert: Arnold, ZIP 2004, S.)

**Bachem**, Eberhard/Bürger, Andreas: Die Neuregelung zur Abnahmefiktion im Werkvertragsrecht in: NJW 2018, 118- 122 (zit.: Bachem/Bürger, NJW 2018, S.)

**Ball**, Wolfgang: Die Nacherfüllung beim Autokauf in: NZV 2004, 217-227 (zitiert: Ball, NZV 2004, S.)

**Beck-Online. Grosskommentar**: Hrsg: Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz, Christoph Reymann § 637 BGB, Stand: 01.01.2020 (zitiert: BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.)

**Beck-Online. Grosskommentar**: Hrsg: Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz, Christoph Reymann, § 326 BGB, Stand: 1.6.2019 (zit.: BeckOGK/Herresthal, BGB § 326 Rn.)

**Beck-Online. Grosskommentar**: Hrsg: Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz, Christoph Reymann, § 634 BGB, Stand: 1.1.2020 (zit.: BeckOGK/Kober, BGB § 634 Rn.)

**Beck-Online. Grosskommentar**: Hrsg: Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz, Christoph Reymann, § 634 BGB, Stand: 1.7.2022 (zit.: BeckOGK/Kober, BGB § 634 Rn.)

**Beck-Online. Grosskommentar**: Hrsg: Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz, Christoph Reymann, § 635 BGB, Stand: 1.1.2020 (zit.: BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn.)

**Beck-Online. Grosskommentar**: Hrsg: Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz, Christoph Reymann, § 635 BGB, Stand: 1.7.2022 (zit.: BeckOGK/Preisser BGB § 635 Rn)

**Beck-Online. Grosskommentar**: Hrsg: Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz, Christoph Reymann, § 650 BGB, Stand: 1.7.2022 (zit.: BeckOGK/ Merkle, BGB § 650 Rn.)

**Beck'sche Online Kommentare BGB**: Hrsg. von Wolfgang Hau, Roman Poseck, 54. Edition, Stand: 01.05.2020 (zit.: BeckOK BGB/Voit BGB § 637 Rn.)

**Beck'sche Online Kommentare BGB**: Hrsg. von Wolfgang Hau, Roman Poseck, 63. Edition, Stand: 01.05.2022 (zitiert: BeckOK BGB/Voit BGB § 631 Rn.)

**Beck'sche Online Kommentar BGB**: Hrsg. von Hainz Georg Bamberger/ Herbert Roth/ Wolfgang Hau/Roman Poseck 53. Edition Stand: 01.01. 2020 (zitiert: BeckOK BGB/Faust, BGB § 439 Rn.)

**Beck'sche Online Kommentar BGB**: Hrsg. von Hainz Georg Bamberger/ Herbert Roth/ Wolfgang Hau/ Roman Poseck 53. Edition Stand: 01.02. 2019 (zitiert: BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn.)

**Beck'sche Online Kommentar BGB:** Hrsg. von Heinz Georg Bamberger/ Herbert Roth/ Wolfgang Hau/ Roman Poseck 53. Edition Stand: 01.02. 2019 (zitiert: BeckOK /Lorenz § 275 Rn.)

**Beck'sche Kurz Kommentare:** Band 60, Privates Baurecht, Kommentar zu §§ 631ff BGB samt systematischen Darstellungen sowie kurz Kommentierungen zu VOB/B, HOAI und BauFordSiG, Hrsg. Von Burkhard Messerschmidt und Wolfgang Voit, 3. Auflage 2018 (zitiert: Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos*, BGB § 637 Rn.)

**Bitter, Georg/Rauhut, Tilman:** Vertragsdurchführungspflicht des Werkbestellers in: JZ 2007, 964- 970 (zitiert: Bitter/Rauhut, JZ 2007, S.)

**Braun, Johann:** Zahlungsansprüche des Käufers bei Schlechtleistung des Verkäufers in: ZGS 2004, 423-430 (zitiert: Braun, ZGS 2004, S.)

**Breitling, Tobias:** Abnahme und Zustandsfeststellung nach neuem Recht in: NZBau 2017, 393- 396 (zitiert: Breitling, NZBau 2017, S.)

**Bressler, Stefan:** Selbstvornahme im „Schwebezustand“ nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist in: NJW 2004, 3382- 3386 (zitiert: Bressler, NJW 2004, S.)

**Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich:** Besonderes Schuldrecht, 43. Auflage, 2019 (zitiert: Brox/Walker, § Rn.)

**Buchwitz, Wolfram:** Vorbehaltlose Abnahme einer Werkleistung in Kenntnis eines Mangels in: NJW 2017, 1777- 1780 (zit.: Buchwitz, NJW 2017, S.)

**Büdenbender, Ulrich:** Der Werkvertrag in: JuS 2001, 625-635 (zitiert: Büdenbender, JuS 2001, S.)

**Bundestags- Drucksache:**14/6040 Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406040.pdf> (zitiert.: BT-Drucks. 14/6040 S.)

**Christiansen, Julian:** Werklohnfähigkeit ohne Abnahme- Alternativen zur Rechtsfigur des „Abrechnungsverhältnisses-“ in: ZfBR 2010, 3-13 (zitiert: Christiansen, ZfBR 2010, S.)

**Dauner-Lieb, Barbara/Arnold, Arnd:** Kein Rücktrittsrecht des Käufers bei von ihm verschuldeter Unmöglichkeit der Nacherfüllung? In: Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, 30-31 (zitiert: Dauner-Lieb/ Arnold, FS für Hadding, 2004 S.)

**Dauner-Lieb, Barbara/Arnold, Arnd:** Dauerthema Selbstvornahme, in: ZGS 2005, 10-14 (zitiert: Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, S.)

**Dauner-Lieb, Barbara /Dötsch, Wolfgang:** § 326 II 2 BGB (analog) bei der Selbstvornahme? in: NZBau 2004, 233-236 (zitiert: Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, S. oder ders. NZBau 2004, S.)

**Dauner-Lieb, Barbara:** Kein Kostenersatz bei Selbstvornahme des Käufers- Roma locuta, causa finalita? in: ZGS 2005, 169- 172 (zit.: Dauner-Lieb, ZGS 2005, S.)

**Dauner –Lieb, Barbara/Dötsch, Wolfgang:** Selbstvornahme im Kaufrecht? in: ZGS 2003, 250- 253 (zitiert: Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, S.)

**Dauner –Lieb, Barbara/Dötsch Wolfgang:** Nochmals: Selbstvornahme im Kaufrecht? in: ZGS 2003, 455- 458 (zitiert: Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, S.)

**Dauner –Lieb, Barbara/Dötsch Wolfgang:** Aufwendungsersatz für eine Mängelbeseitigung durch den Mieter Alte Fragen in neuem Gewand? in: NZM 2004, 641- 647 (zitiert: ders. NZM 2004, S.)

**Derleder, Peter:** Der Bauträgervertrag nach der Schuldrechtsmodernisierung/Die Auswirkungen auf die Sachmängelgewährleistung in: NZBau 2004, 237- 244 (zitiert: Derleder, NZBau 2004, S.)

**Derleder, Peter:** Der Wechsel zwischen den Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen und Mängeln in: NJW 2003, 998- 1003 (zitiert: Derleder, NJW 2003, S.)

**Dötsch, Wolfgang :** Rechte des Käufers nach eigenmächtiger Mängelbeseitigung in: MDR 2004, 975- 979 (zitiert: Dötsch, MDR 2004, S.)

**Drasdo, Michael:** Käufers feuchter Keller: Abzug „neu für alt“ bei fiktiver Sanierung in: NJW-Spezial 2022, 514 -515 (zit.: Drasdo, NJW-Spezial 2022, S.)

**Draxler, Kristin:** Besonderheiten im Zusammenhang mit der Mängelhaftung des Planers, in: NJW 2018, 3291-3293 (zitiert: Draxler, NJW 2018, S.)

**Ebert, Ina:** Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer in: NJW 2004, 1761-1764 (zitiert: Ebert, NJW 2004, S.)

**Eckert, Jörn:** Schuldrecht Besonderer Teil, 2. Auflage 2005 (zitiert: Eckert, Rn.)

**Erman Bürgerliches Gesetzbuch:** Hrsg: von Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald und Georg Maier-Reiner, 15.Auflage 2017 (zitiert: Erman/ *Bearbeiter*, § Rn.)

**Erman Bürgerliches Gesetzbuch:** Hrsg: von Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald und Georg Maier-Reiner, 16. Auflage 2020 (zitiert: Erman/ *Bearbeiter*, § Rn.)

**Eusani, Guido:** Selbstvornahme des Bestellers trotz Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers bei verweigerter Sicherheitsleistung gem, § 648a BGB nach Abnahme in: NZBau 2006, 676- 681 (zitiert: Eusani, NZBau 2006, S.)

**Faust, Florian:** Die Reichweite der Nacherfüllung im Baurecht in: BauR 2010, 1818-1826 (zitiert: Faust, BauR 2010, S.)

**Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas:** Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Auflage, 2017 (zit.: Fikentscher/Heinemann § 84 Rn.)

**Folnovic, Alen:** Sind werkvertragliche Mängelansprüche in der Herstellungsphase des Werks ausgeschlossen? in: BauR9/2008, 1360- 1368 (zitiert: Folnovic, BauR 2008, S.)

**Forster, Wolfgang:** Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III: Schuldrecht, Besonderer Teil §§ 433-853, hrsg. Von Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, 2013, (zitiert: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, § 631-651 Rn.)

**Förster, Christian:** Abschied vom Gegensatz von Werk- und Dienstvertrag? in: ZGS 2010, 460- 466 (zitiert: Förster, ZGS 2010, S.)

**Gartz, Benjamin:** Keine Mängelrechte vor Abnahme auch bei Insolvenz des Unternehmers- Besprechung von BGH, Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15, in: NZBau 2018, 404- 406 (zitiert: Gartz, NZBau 2018, S.)

**Gerlach, Jens /Manzke, Simon:** Kaufrecht und Werkvertragsrecht ein systematischer Vergleich in JuS 2019, 327- 332 (zitiert: Gerlach/Manzke, JuS 2019, S.)

**Glöckner, Jochen:** BGB –Novelle zur Reform des Bauvertragsrechts als Bauvertragsrechts als Grundlage effektiven Verbraucherschutzes- Teil 1 in: VuR 2016, 123-130 (zitiert: Glöckner, VuR 2016, S.)

**Glöckner, Jochen:** BGB – Novelle zur Reform des Bauvertragsrechts als Bauvertragsrechts als Grundlage effektiven Verbraucherschutzes- Teil 2 in: VuR 2016, 163-169 (zitiert: Glöckner, VuR 2016, S.)

**Greiner, Stephan:** Schuldrecht Besonderer Teil, 2011 Auflage, (zit.: Greiner, Rn.)

**Greiner, Stefan:** Der Einwand übermäßigen Zeitaufwandes bei Werkverträgen mit Zeithonorarabrede –Zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.4.2009- VII ZR 164/07, ZGS 2009, 377 in: ZGS 2010, 58-63 (zitiert: Greiner, ZGS 2010, S.)

**Greiner, David:** Genügt ein fristbewehrtes Nachbesserungsverlangen des Bestellers für das Entstehen des Ersatzvornahmerechts gem. § 633 Abs.3 BGB? in: ZfBR 2000, 295-299 (zitiert: Greiner, ZfBR 2000, S.)

**Gröschler, Peter:** Die Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über Mängel nach neuem Kaufrecht in: NJW 2005 1601- 1604 (zitiert: Gröschler, NJW 2005 S.)

**Grunewald, Barbara/ Tassius, Isabella /Langenbach, David:** Die gesetzliche Neuregelung zu Ein und Ausbaurkosten im Kaufrecht in: BB 2017, 1673-1674 (zitiert: Grunewald/Tassius/Langenbach, BB 2017, S.)

**Gsell, Beate:** Rechtslosigkeit des Käufers bei voreiliger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung? (Zugleich Besprechung von BGH Urt. 23.2.2005-VIII ZR 100/04, ZIP 2005, 861) in: ZIP 2005, 922- 928: (zitiert: Gsell, ZIP 2005; S.)

**Hammacher, Peter:** Beweislastverteilung bei Mangel der Funktionstauglichkeit in: NZBau 2010, 91- 93 (zitiert: Hammacher, NZBau 2010, S.)

**Harnos, Rafael/ Forster, Rebekka:** Fortgeschrittenenklausur- Zivilrecht: Werkvertragsrecht- Der unaufmerksame Architekt; in: JuS 2018, 968- 973 (zitiert: Harnos/Forster, JuS 2018, S.)

**Hartung, Sven:** Die Abnahme im Baurecht in: NJW 2007, 1099- 1106 (zitiert: Hartung, NJW 2007, S.)

**Hedermann, Denis:** § 640 BGB- Eine Norm mit (un)wesentlichen Mängeln? in: NJW 2015, 2381- 2384 (zitiert: Hedermann, NJW 2015, S.)

**Heinze, Stephan:** Praxisvorschläge zur Bewältigung des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, Teil 1: §§ 284 III, 288, 632a, 640 BGB in: NZBau 2001, 233-238 (zitiert: Heinze, NZBau 2001, S.)

**Hennecke, Frank/Tuengerthal, Hansjürgen:** Werkvertrag: Fiktion, Vermutung und Verfassung in: BB 2015, 1269- 1275 (zitiert: Hennecke/Tuengerthal, BB 2015, S.)

- Herresthal**, Carsten/Riehm, Thomas: Die eigenmächtige Selbstvornahme im allgemeinen und besonderen Leistungsstörungenrecht in: NJW 2005, 1457- 1461 (zitiert: Herresthal/Riehm; NJW 2005, S.)
- Hille**, Christian Peter: Die konkludente Abnahme von Planungsleistungen in: NZBau 2014, 339- 341 (zitiert: Hille, NZBau 2014, S.)
- Hirsch**, Christoph: Schuldrecht Besonderer Teil, 4. Auflage 2016 (zitiert.: Hirsch, Rn.)
- Hübner**, Leonhard: § 439 Absatz 3 BGB als „Nacherfüllungsanspruch“ in: ZfPW 2018, 227-256 (zitiert: Hübner, ZfPW 2018, S.)
- Jaensch**, Michael: Schadensersatz wegen berechtigter Leistungsverweigerung in: NJW 2013, 1121- 1126 (zitiert: Jaensch, NJW 2013 S.)
- Jansen**, Katrin Susanne: Die Mängelrechte des Bestellers im Werkvertrag vor Abnahme, Dissertation, 2010 (zitiert: K. Jansen, S.)
- Jansen**, Günther: Schadensersatz trotz vorbehaltloser Abnahme in Kenntnis des Mangels? Besprechung bzw. Kritik an Urteil des OLG Schleswig Urt. v. 18.12.2015- 1 U 125/14 in: NZBau 2016, 688- 689 (zit.: Jansen, NZBau 2016, S.)
- Jauernig**: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. Rolf Stürner, 17. Auflage 2018 (zitiert: Jauernig/Bearbeiter BGB § Rn.)
- Jauernig**: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. Rolf Stürner, 18. Auflage 2021 (zitiert: Jauernig/Bearbeiter BGB § Rn.)
- Jordan**, Maximilian: Der zeitliche Anwendungsbereich des allgemeinen Leistungsstörungenrechts und der besonderen Gewährleistungsrechte beim Kauf-, Werk- und Mietvertrag, Dissertation 2015 (zitiert: Jordan, S.)
- Joussen**, Edgar: Mängelansprüche vor der Abnahme in: BauR 2a/2009, 319- 332 (zitiert: Joussen, BauR2a/2009, S.)
- Kappellmann/Messerschmidt**: VOB Kommentar Teil A/B, Hrsg: Klaus Kappelman, Burkhard Messerschmidt, Band 58, 7. Auflage 2020 (zitiert: Kappellmann/Messerschmidt/Langen VOB/B § 13 Rn.)
- Karczewski**, Thomas: Der neue alte Bauträgervertrag in: NZBau 2018, 328-338 (zitiert: Karczewski, NZBau 2018, S.)
- Katzenstein**, Matthias: Grund und Grenzen des Bereicherungsausgleichs bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Nacherfüllung in: ZGS 2005, 184- 193 (zitiert: Katzenstein, ZGS 2005, S.)
- Katzenstein**, Matthias: Kostenersatz bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung- ein Plädoyer für die Abkehr von einer verfestigten Rechtspraxis in: ZGS 2004, 300- 308 (zitiert: Katzenstein, ZGS 2004, S.)
- Katzenstein**, Mathias: Bereicherungsausgleich bei eigenmächtiger “Selbsterfüllung” schuldrechtliche Ansprüche, Zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urt. v. 23.2.2005-VIII ZR 100/04 in: ZGS 2005, 305- 311 (zitiert: Katzenstein, ZGS 2005, S.)
- Katzenstein**, Mathias: Nochmals: Ersatz ersparter Aufwendungen bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung; Zugleich eine Anmerkung zu LG Gießen in:

ZGS 2004, 238 (zitiert: Katzenstein, ZGS 2004, S.) und in: ZGS 2004, 349-357 (zitiert: Katzenstein, ZGS 2005, S.)

**Kiesel**, Helmut: Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen in: NJW 2000, 1673- 1682 (zitiert: Kiesel, NJW 2000, S.)

**Kiesel**, Helmut: Die VOB 2002-Änderungen, Würdigung, AGB Problematik, in: NJW 2002, 2064- 2071 (zitiert: Kiesel, NJW 2002)

**Kleefisch**, Andreas/**Durynek**, Jürgen: Der Mangelverdacht im Werkvertragsrecht Erläutert im Lichte der Rechtsprechung zur Lieferung und Montage einer Photovoltaikanlage, in: NJOZ 2018, 121- 131 (zitiert: Kleefisch/Durynek, NJOZ 2018, S.)

**Kleefisch**, Andreas/**Meyer**, Petra: klare Verhältnisse für Aufdach Photovoltaikanlagen? Nun doch Werkvertrag, nun doch Bauvertrag- nun doch 5 Jahre Gewährleistungsverjährung? in: NZBau 2016, 684- 688 (zitiert: Kleefisch/Meyer, NZBau 2016, S.)

**Klepper**, Marian: Die Reichweite der Gewährleistungsbürgschaften bei vorbehaltenen Mängeln, in: NZBau 2009, 636- 639 (zitiert: Klepper, NZBau 2009, S.)

**Kniffka**, Rolf: Anmerkung zum BGH Urt. v. 23.02.2005- VII ZR 100/04 in: BauR 2005, 1021- 1025 (zitiert: Kniffka, BauR 2005, S.)

**Knütel**, Christian: Zur “Selbstvornahme” nach § 637 Abs.1 BGB n. F., in: BauR 2002, 689- 694 (zitiert: Knütel, BauR 2002, S.)

**Koch**, Raphael: Die Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung- Mehr Schein als Sein Was bleibt noch vom Fristsetzungserfordernis? in: NJW 2010, 1636-1639 (zitiert: Koch, NJW 2010, S.).

**Kuhn**, Christian: Die Verjährung des Selbstvornahmerechts in: ZfBR 2013, 523- 528 (zitiert: Kuhn, ZfBR 2013, S.)

**Kupczyk**, Björn: Begriff, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Abnahme in: NJW 2012, 3353- 3355 (zitiert: Kupczyk, NJW 2012, S.)

**Lamprecht**, Philipp: Selbstvornahme des Gläubigers und Vorrang der Erfüllung nach neuem Schuldrecht in: ZGS 2005, 266- 274 (zitiert: Lampert, ZGS 2005, S.)

**Leistner**, Matthias: Die “richtige” Auslegung des § 651 BGB im Grenzbereich von Kaufrecht und Werkvertragsrecht in: JA 2007, 81- 90 (zitiert: Leistner, JA 2007, S.)

**Looschelders**, Dirk: Fiktive Mängelbeseitigungskosten- Absage der Vorlage an den Großen Zivilsenat in: NJW 2021, 1501-1504 (zitiert: Looschelders, NJW 2021, S.)

**Lorenz**, Stephan: Schadensersatz statt der Leistung, Rentabilitätsvermutung und Aufwendungsersatz im Gewährleistungsrecht in: NJW 2004, 26- 28 (zitiert: Lorenz, NJW 2004, S.)

**Lorenz**, Stephan: Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, in: NJW 2003, 1417- 1419 (zitiert: Lorenz, NJW 2003, S.)

**Lorenz**, Stephan: Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht in: NJW 2021, 2065-2073 (zitiert: Lorenz, NJW 2021, S.)

**Manteufel**, Thomas: Grundlegende und aktuelle Fragen der Mängelhaftung im Bauvertrag in: NZBau 2014, 195- 201 (zitiert: Manteufel, NZBau 2014, S.).

**Medicus**, Dieter/**Lorenz**, Stephan: Schuldrecht II Besonderer Teil 18. Auflage 2018 (zitiert: Medicus/Lorenz, § Rn.)

**Meub**, Michael H.: Schuldrechtsreform: Das neu Werkvertragsrecht in: DB 2002, 131-134 (zitiert: Meub, DB 2002, S.)

**Moufang**, Oliver/**Koos**, Oliver: Privates Baurecht Hrsg. Burkhard Messerschmidt/Wolfgang Voit, 3. Auflage 2018 (zitiert: Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos* BGB § 637 Rn.)

**Moufang**, Oliver/**Koos**, Oliver Privates Baurecht Hrsg. Burkhard Messerschmidt/Wolfgang Voit, 4. Auflage 2022 (zitiert: Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos* BGB § 634 Rn.)

**Münchener Kommentar zum BGB**: Band 6, Schuldrecht- Besonderer Teil III, §§ 631-704, 8. Auflage 2020 (*MüKoBGB/Busche* BGB§ 637 Rn.)

**Münchener Kommentar zum BGB**: Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 8. Auflage 2019 (zitiert: *MüKoBGB/Krüger* § 262 Rn.)

**Münchener Kommentar zum BGB**: Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 9. Auflage 2022 (zitiert: *MüKoBGB/Oetker* § 249 Rn.)

**Münchener Kommentar zum BGB**: Band 3, Schuldrecht-Allgemeiner Teil II, 8. Auflage 2019 (zitiert: *MüKoBGB/Ernst*, BGB § 326 Rn.)

**Münchener Kommentar zum BGB**: Band 4, Schuldrecht Besonderer Teil §§ 433- 534 BGB 8. Auflage 2019 § 439 (zitiert: *MüKoBGB/Westermann*, BGB § 439 Rn.)

**Nomos Kommentar**: BGB-Schuldrecht, Hrsg. Barbara Dauner-Lieb, Werner Langen, Band 2/2 §§ 611-853 BGB, 3. Auflage 2016 (zitiert: *HK-BGB/Raab* BGB § 637 Rn.)

**Nomos Kommentar**: BGB-Schuldrecht, Hrsg. Barbara Dauner-Lieb, Werner Langen, Band 2/2 §§ 488-661a BGB, 4. Auflage 2021 (zitiert: *NK-BGB Lederer/Raab* BGB § 631 Rn.)

**Nomos Kommentar**: BGB-Schuldrecht, Hrsg. Barbara Dauner-Lieb, Werner Langen, Band 2 §§ 241-853 BGB, 4. Auflage 2021 (zitiert: *NK-BGB Magnus* BGB vor §§ 249-255 Rn.)

**Nomos Kommentar Reiner, Schulze**:(Schriftleitung) Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar 10. Aufl. 2019 (zitiert: *HK-BGB/Schulze* BGB § 326 Rn.)

**Nicklisch/Weick/Jansen/Saibel**: VOB Teil B Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Kommentar, Hrsg von Günther Arnold Jansen, Mark Seidel, 5. Auflage 2019 (zitiert: *NWJS/Moufang/Koos* VOB/B § 13 Rn.320.)

**Oechsler**, Jurgin: Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs in: NJW 2004, 1825- 1830 (zitiert: Oechsler, NJW 2004, S.)

**Oechsler**, Juregen: Lehrbuch: Vertragliche Schuldverhältnisse, 2007 (zitiert: Oechsler, Rn)

- Oetker**, Hartmut/Maultzsch, Felix: Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Auflage 2018, (zitiert: Oetker/Maultzsch, § 8 Rn.)
- Omlor**, Sebastian: Schuldrecht BT: Schadensersatz statt der Leistung ohne „neu für alt“ in: JuS 2022, 877-879 (zitiert: Omlor, JuS 2022, S.)
- Ott**, Andreas: Werkvertragliche Mängelrechte bei im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses fertiggestellten Gebäuden in: NZM 2016, 576-578 (zitiert: Ott, NZM 2016, S.)
- Ott**, Andreas: Die Auswirkung der Schuldrechtsreform auf Bauträgerverträge und andere aktuelle Fragen des Bauträgerrechts in: NZBau 2003, 233- 242 (zitiert: Ott, NZBau 2003, S.)
- Paehler**, Alexa: Die Selbstvornahme des Käufers, Dissertation 2010 (zitiert: Paehler, S.)
- Palandt**, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 79. Auflage, 2020 (zitiert: Palandt/Bearbeiter § Rn.)
- Peters**, Frank: Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen in: NZBau 2000, 169-174 (Peters, NZBau 2000, S.)
- Peters**, Frank: Die Beweislast für Mangelhaftigkeit oder Mangelfreiheit des Werks, in: NZBau 2009, 209- 211 (zitiert: Peters, NZBau 2009, S.)
- Peters**, Frank: Die Abnahme beim Kauf und im Werkvertragsrecht in: ZGS 2011, 304-311 (zitiert: Peters, ZGS 2011, S.)
- Peters**, Frank: Die eigene Mängelbeseitigung des Käufers in: JR 2004, 353- 355 (zitiert: Peters, JR 2004, S.)
- Peters**, Frank: Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts nach fünf Jahren in: NZBau 2007, 1- 6 (zitiert: Peters, NZBau 2007, S.)
- Peters**, Frank: Die Mitwirkung des Bestellers bei der Durchführung eines Bauvertrags in: NZBau 2011, 641- 644 (zitiert: Peters, NZBau 2011, S.)
- Pioch**, Christian: Die Kündigung des Werkvertragsrecht in: JA 2016, 414-417 (zitiert: Pioch, JA 2016, S.)
- Popescu**, Paul: Zehn Jahre Schuldrechtsreform- Ein Überblick über die Entwicklung in Rechtsprechung und Lehre zum Werkvertragsrecht als Zwischenbilanz in: NZBau 2012, 137- 142 (zitiert: Popescu, NZBau 2012, S.)
- Preussner**, Mathias: Das neue Werkvertragsrecht im BGB 2002, in: BauR 2002, 231-242 (zitiert: Preussner, BauR 2002, S.)
- Reim**, Uwe: Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB in: NJW 2003, 3662- 3667 (zitiert: Reim, NJW 2003, S.)
- Rieble**, Volker: Ausgleichansprüche bei unzulässiger Ersatzvornahme nach § 633 III BGB in: DB 1989, 1759- 1761 (zitiert: Rieble, DB 1989, S.).
- Rodorff**, Christian: Die Grenzbestimmung zwischen Kauf- und Werkvertrag, Dissertation, 2010 (zitiert: Rodorff, S.)



- Rudkowski, Lena:** Die vorzeitige Beendigung des Werkvertrags in: Jura 2011, 567- 571 (zitiert: Rudkowski, Jura 2011, S.)
- Sienz, Christian:** Die Neuregelungen im Werkvertragsrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in: BauR 2002, 181-196 (zitiert: Sienz, BauR 2002, S.)
- Schellhammer, Kurt:** Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 9. Auflage, 2014 (zitiert: Schellhammer, Rn.)
- Schellhammer, Kurt:** Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 11. Auflage, 2021 (zitiert: Schellhammer, Rn.)
- Schlier, Thorsten:** Die Mängelrechte vor der Abnahme im BGB-Bauvertrag, Überlegungen de lege lata de lege ferenda, Dissertation 2016, <https://doi.org/10.5771/9783845279008-15> Universitäts- und Stadtbibliothek Köln am 27.05.2020, 23:39:05 (zitiert: Schlier, S.)
- Schmeel, Günter:** Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Bauvertragsrecht in: MDR 2017, 254- 261 (zitiert: Schmeel, MDR 2017, S.)
- Schroeter, Ulrich G.:** Kostenerstattungsanspruch des Käufers nach eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung? in: JR 2004, 441- 444 (zitiert: Schroeter, JR 2004, S.)
- Schulze, Grziwotz, Lauda:** Schulze, Reiner/Grziwotz, Herbert/Lauda, Rudolf Bürgerliches Gesetzbuch Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, 4. Auflage 2020 (zitiert: Schulze, Bearbeiter Rn.)
- Schwab, Martin:** Die Ablehnungserklärung im Werkvertragsrecht in: JuS 2017, 964-969 (zitiert: Schwab, JuS 2017, S.)
- Schönknecht, Marcus:** Die Selbstvornahme im Kaufrecht, Dissertation. 2007 (zitiert: Schönknecht, S.)
- Scheuch, Alexander:** Die Fristsetzung zur Abnahme im neuen Werkvertragsrecht in: NJW 2018, 2513- 2517 (zitiert: Scheuch, NJW 2018, S.)
- Schmidt, Volker:** Mangelbegriff und (Un)Verhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung in: NJW-Spezial 2019, 428- 429 (zitiert: V. Schmidt, NJW-Spezial 2019, S.)
- Schwenker, Hans Christian:** Keine Mängelrechte vor Abnahme in: NJW 2017, 1579-1581 (zitiert: Schwenker, NJW 2017, S.)
- Seidel, Hans-Jürgen:** Das “Nachbesserungsrecht” des Unternehmers beim Werkvertrag in: JuS 1991, 391- 395 (zitiert: Seidel, JuS 1991, S.)
- Siegel, Thomas:** Der Abzug „neu für alt“ in: SVR 2011 289- 301 (zitiert: Siegel, SVR 2011, S.)
- Sienz, Christian:** Die Neuregelungen im Werkvertragsrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in: BauR 2002, 181-196 (zitiert: Sienz, BauR 2002, S.)

**Signat**, Carine: Die Selbstvornahme des Gläubigers und ihre rechtliche Natur- ein deutsch-französischer Vergleich, in: ZEuP 2009, 716- 944 (zitiert: Signat, ZEuP 2009, S.)

**Skamel**, Frank: Die angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung in: JuS 2010, 671- 675 (zitiert: Skamel, JuS 2010, S.)

**Stamm**, Jürgen: (Original-) Referendarexamensklausur- Zivilrecht: Drittschadensliquidation-Immer Ärger mit den Handwerkern, in: JuS 2017, 56- 63 (zitiert: Stamm, JuS 2017, S.)

**Staudinger**: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2008, Werkvertrag Frank Peters/Florian Jacoby (zitiert: Staudinger/Peters/Jacoby, S.)

**Strunk**, Marcus Daniel: Die Mitwirkung des Bestellers und ihre Auswirkungen auf den Vollzug des Werkvertrags, Dissertation 2008 (zitiert: Strunk, S.)

**Sutschet**, Holger: Anmerkung zum BGH Urt. 23.2.2005 VIII ZR 100/04 in: JZ 2005, 574- 576 (zitiert: Sutschet, JZ 2005, S.)

**Teichmann**, Christoph: Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002- Das neue Werkvertragsrecht in: JuS 2002, 417-424 (zitiert: Teichmann, JuS 2002, S.)

**Teichmann**, Arndt: Kauf und Werkvertrag in der Schuldrechtsreform in: ZfBR 2002, 13- 20; (zitiert: Teichmann, ZfBR 2002, S.)

**Teller**, Steffen: Gestaltung der Grenzen kaufrechtlicher Nacherfüllung aus Praktikersicht in: NJW 2019, 2121- 2126 (zitiert: Teller, NJW 2019, S.)

**Temming**, Felipe: Die Abnahme im Werkvertragsrecht, in: AcP (215) 2015, 17 (zitiert: Temming, AcP (215) 2015, 17)

**Tettinger**, Peter W.: Nahe Mangelfolgeschaden nach der Schuldrechtsreform? in: ZGS 2006, 96- 102 (zitiert: Tettinger, ZGS 2006, S.)

**Thode**, Reinhold: Werkleistung und Erfüllung im Bau-und Architektenvertrag in: ZfBR 1999, 116- 124 (zitiert: Thode, ZfBR 1999, S.)

**Thode**, Reinhold: Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und erste Probleme- Teil 1 in: NZBau 2002, 297- 305 (zitiert: Thode, NZBau 2002, S.)

**Thode**, Reinhold: Anmerkung zum BGH Urt. v. 11.09.2012- XI ZR 56/11 in: NJW 2013, 1228- 1233 (zitiert: Thode, NJW 2013, S.)

**Tonner**, Klaus: Schuldrecht, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Auflage, 2015 (zitiert: Tonner, Rn.)

**Tonner**, Klaus/**Willingsmann**, Armin/**Tamm**, Marina: Vertragsrecht Kommentar, 2010 (zitiert: Tonner/Willingsmann/Tamm/Cebulla § 637 Rn.)

**Tonner**, Martin/**Wiese**, Volker: Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer, Besprechung des BGH Urteils vom 22.2.2005- VII ZR 100/04, in: BB 2005, 903- 908 (zitiert: Tonner/Wiese, BB 2005, S.)

- Ulrici, Bernhard:** Geschäftsähnliche Handlungen in: NJW 2003, 2053- 2056 (zitiert: Ulrici, NJW 2003, S.)
- Voit, Wolfgang:** Die außerordentliche Kündigung des Werkvertrags durch den Besteller in: BauR 2002, 1176- 1788 (zitiert: Voit, BauR 2002, S.)
- Voit, Wolfgang:** Die Rechte des Bestellers bei Mängeln vor der Abnahme in: BauR 2011, 1063- 1078 (zitiert: Voit, BauR 2011, S.)
- Voit, Wolfgang:** Mängelrechte vor der Abnahme nach den Grundsatzentscheidungen des BGH in: NZBau 2017, 521- 525 (zitiert: Voit, NZBau 2017, S.)
- Voit, Wolfgang:** Die neue Berechnung des Schadensersatzanspruchs bei Werkmängeln- Das Ende der „dritten Säule“ zur Finanzierung zu Bauvorhaben? in: NJW 2018, 2166- 2168 (zitiert: Voit, NJW 2018, S.)
- Voit, Wolfgang:** Verjährung des Erfüllungsanspruchs beim Bauvertrag in: NJW 2019, 3190- 3192 (zitiert: Voit, NJW 2019, S.)
- Voit, Wolfgang:** Die Rechte des Bestellers bei Mängeln vor der Abnahme in: BauR 2011, 1063- 1078 (zitiert: Voit, BauR 2011, S.)
- Vorwerk, Volkert:** Mängelhaftung des Werkunternehmers und Rechte des Bestellers nach neuem Recht in: BauR 2003, 1- 13 (zit.: Vorwerk, BauR 2003, S.)
- Wagner, Gerhard:** Mangel- und Mangelfolgeschaden im neuen Schuldrecht? in: JZ 2002, 475- 481 (zitiert: Wagner, JZ 2002, S.)
- Weise, Stefan:** Mängelrechte vor Abnahme in: NJW-Spezial 2008, 76-77 (zitiert: Weise, NJW-Spezial 2008, S.)
- Weller, Wolfgang** : Die strikte Alternativität zwischen Erfüllung und Mängelrechten als Verjährungsfalle für den Besteller in: NZBau 2018, 398- 403 (zitiert: Weller, NZBau 2018, S.)
- Wertenbruch, Johannes:** Die Anwendung des § 275 BGB auf Betriebsstörung beim Werkvertrag in: ZGS 2003, 53- 57 (zitiert: Wertenbruch, ZGS 2003, S.)
- Weyer, Friedhelm:** Anspruch auf Rückzahlung eines Mängelbeseitigungsvorschusses ohne Abzug unstreitiger Aufwendungen für die Selbstvornahme? Anmerkung zu UrT. v. 17.4.2008- 8 U2/208; in: BauR 2009, 28- 31; (zitiert: Weyer, BauR 2009, S.)
- Wietfeld, Anne Christin:** Die Rolle von Verkehrspflichten bei der Abgrenzung von Dienst- und Werkverträgen in: NJW 2014, 1206- 1212 (zitiert: Wietfeld, NJW 2014, S.)
- Wittler, Jutta/Kupczyk, Björn:** Die Entwicklung des privaten Baurechts (BGB und VOB/B) seit Juni 2015 in: NJW 2016, 26- 29 (zitiert: Wittler/Kupczyk, NJW 2016, S.)
- Wittler, Jutta/Sieberg, Friederike:** Die Entwicklung des privaten Baurechts (BGB und VOB/B) seit Dezember 2016, in: NJW 2017, 1924- 1928 (zitiert: Wittler/Sieberg, NJW 2017, S.)
- Wittler, Jutta/Sieberg, Friederike:** Die Entwicklung des privaten Baurechts (BGB und VOB/B) seit Juni 2017, in: NJW 2018, 19- 23 (zitiert: Wittler/Sieberg, NJW 2018, S.)
- Wörten, Rainer/Metzler-Müller, Karin:** Schuldrecht BT, 13. Auflage 2018 (zitiert: Wörten/Metzler-Müller, Rn.)

**Zanner, Christian/Henning, Jena:** Abnahme im Bauwesen nach Ansprüchen, Berlin, Mai 2016 Online Ressource USB Köln Gemeinsame und Fachbibliotheken am 29.02.2020 um 15:57 abgerufen (zitiert: Zanner/Hennig S.)

**Zeitler, Josef K:** Abnahme ohne Annahme? Vertragsstrafenvorbehalt der werkvertraglichen Abnahmefunktion, in: ZfBR 2007, 216- 222 (zitiert: Zeitler, ZfBR 2007, S.)

**Ziegenhardt, Andy :** Der Abzug „neu für alt“ in: NJW-Spezial 2022, 293-294 (zitiert: Ziegenhardt, NJW-Spezial 2022, S.)

<b>INHALTSVERZEICHNIS</b>	
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....</b>	<b>I</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>V</b>
<b>INHALTSVERZEICHNIS .....</b>	<b>XVII</b>
<b>EINLEITUNG .....</b>	<b>1</b>
<b>A. Problemstellung.....</b>	<b>1</b>
<b>B. Ziel und Gang der Untersuchung .....</b>	<b>3</b>
<b>ERSTER TEIL: GRUNDZÜGE DES SELBSTVORNAHMERECHTS .....</b>	<b>4</b>
<b>ERSTES KAPITEL: SELBSTVORNAHME ALS OBERBEGRIFF .....</b>	<b>4</b>
<b>A. Begriffsbestimmung der Selbstvornahme.....</b>	<b>4</b>
<b>B. Historische Entwicklung und rechtliche Grundlagen .....</b>	<b>5</b>
<b>C. Sinn und Zweck der Selbstvornahme.....</b>	<b>7</b>
<b>D. Anwendungsbereich der Selbstvornahme im allgemeinen Zivilrecht.....</b>	<b>8</b>
<b>ZWEITES KAPITEL: GEGENSTAND DES WERKVERTRAGS .....</b>	<b>9</b>
<b>A. Vertragsschluss.....</b>	<b>10</b>
<b>B. Vergütung .....</b>	<b>11</b>
<b>C. Anwendungsbereich des Werkvertrags und sein Verhältnis zu anderen</b> <b>Verträgen.....</b>	<b>11</b>
<b>I. Anwendungsbereich .....</b>	<b>11</b>
<b>II. Abgrenzung des Werkvertrags zum Dienstvertrag.....</b>	<b>13</b>
<b>III. Abgrenzung des Werkvertrags zum Kaufvertrag.....</b>	<b>14</b>
<b>D. Die Parteien des Werkvertrags .....</b>	<b>18</b>
<b>I. Unternehmer .....</b>	<b>18</b>
<b>II. Besteller .....</b>	<b>19</b>
<b>E. Pflichten des Unternehmers .....</b>	<b>19</b>
<b>I. Hauptpflichten des Unternehmers.....</b>	<b>19</b>

1.	Pflicht des Unternehmers zur Herstellung des Werks .....	19
2.	Pflicht des Unternehmers zur Herstellung eines mangelfreien Werks .....	20
a.	Sachmangel .....	20
b.	Rechtsmangel .....	22
c.	Folgen eines Mangels .....	22
i.	Überblick.....	23
ii.	Rücktritt .....	24
iii.	Minderung der Vergütung .....	25
iv.	Schadensersatz .....	27
v.	Aufwendungsersatz .....	29
vi.	Verjährung der Mängelansprüche.....	29
<b>II.</b>	<b>Nebenflichten des Unternehmers .....</b>	<b>31</b>
<b>F.</b>	<b>Pflichten und Ansprüche des Bestellers .....</b>	<b>31</b>
<b>I.</b>	<b>Pflicht zur Vergütung .....</b>	<b>31</b>
1.	Fehlen einer Vereinbarung .....	32
2.	Fälligkeit der Vergütung.....	32
<b>II.</b>	<b>Pflicht zur Abnahme des Werks .....</b>	<b>33</b>
1.	Allgemeines .....	33
a.	Rechtsnatur der Abnahme.....	33
b.	Bedeutung der Abnahme.....	33
2.	Abnahmearten.....	36
a.	Rechtsgeschäftliche Abnahme .....	36
i.	Inhalt .....	36
ii.	Rechtsnatur .....	36
iii.	Modalitäten der Abnahmeerklärung .....	37
b.	Fiktive Abnahme.....	40

3.	Rechtsgeschäftliche Abnahme.....	41
	a. Abnahmefähigkeit des Werks .....	41
	b. Abnahmereife des Werks .....	41
	i. Allgemeines .....	41
	ii. Unwesentliche Mängel .....	42
	c. Anerkenntnis des Werks .....	43
	d. Förmliche Abnahme.....	43
	e. Einzelprobleme der konkludenten Abnahme.....	44
	i. Benutzungshandlung als Abnahme.....	44
	ii. Maßgeblicher Zeitpunkt.....	45
	f. Die Teilabnahme .....	45
4.	Fiktive Abnahme .....	46
	a. Überblick.....	46
	b. Voraussetzungen .....	46
	c. Rechtsfolgen .....	49
5.	Abnahme ohne Vorbehalt (§ 640 III BGB) .....	50
	a. Überblick.....	50
	b. Bekannter Mangel.....	50
	i. Allgemeines .....	50
	ii. Kenntnis des Mangels.....	51
	c. Zeitpunkt .....	52
	d. Erklärung.....	52
	e. Rechtsverlust.....	52
6.	Abnahmepflicht .....	53
	a. Allgemeines .....	53
	b. Voraussetzungen .....	53

c.	Abweichende Vereinbarung.....	55
7.	Wirkung der Abnahme .....	55
<b>III.</b>	<b>Folgen der Pflichtverletzung des Bestellers .....</b>	<b>56</b>
1.	Verletzung der Vergütungspflicht .....	56
2.	Verletzung der Abnahmepflicht .....	56
3.	Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit .....	56
<b>G.</b>	<b>Der Vorschussanspruch des Bestellers nach § 637 III BGB .....</b>	<b>57</b>
<b>I.</b>	<b>Allgemeines .....</b>	<b>57</b>
<b>II.</b>	<b>Die Mängelbeseitigungsabsicht .....</b>	<b>59</b>
<b>III.</b>	<b>Vorschuss nach Beginn der Mängelbeseitigung .....</b>	<b>60</b>
<b>IV.</b>	<b>Aufrechnung .....</b>	<b>60</b>
<b>V.</b>	<b>Höhe des Vorschussanspruchs .....</b>	<b>61</b>
<b>VI.</b>	<b>Abrechnung und Rückerstattung .....</b>	<b>62</b>
1.	Abrechnung.....	62
2.	Rückerstattung .....	64
<b>VII.</b>	<b>Verjährung .....</b>	<b>64</b>
<b>VIII.</b>	<b>Darlegungs- und Beweislast.....</b>	<b>65</b>
<b>ZWEITER TEIL: .....</b>		<b>67</b>
<b>DIE ENTSTEHUNG DES SELBSTVORNAHMERECHTS .....</b>		<b>67</b>
<b>ERSTES KAPITEL: AUFWENDUNGSERSATZANSPRUCH DES BESTELLERS BEIM VORLIEGEN DER GRUNDVORAUSSETZUNGEN DER SELBSTVORNAHME.....</b>		<b>67</b>
<b>A.</b>	<b>Anspruch auf Nacherfüllung.....</b>	<b>67</b>
<b>I.</b>	<b>Allgemeines .....</b>	<b>67</b>
<b>II.</b>	<b>Inhalt und Umfang des Nacherfüllungsanspruchs.....</b>	<b>69</b>
<b>III.</b>	<b>Form und Frist der Nacherfüllung .....</b>	<b>71</b>



1.	Mängelrüge mit Aufforderung zur Mängelbeseitigung.....	72
2.	Gewährung der Möglichkeit der Mängelbeseitigung durch den Unternehmer	73
3.	Fristbestimmung .....	75
4.	Angemessenheit der Frist .....	76
5.	Erfolgloser Ablauf der Nachfrist .....	78
6.	Entbehrlichkeit der Fristsetzung .....	79
a.	Ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung .....	79
b.	Unzumutbarkeit der Nacherfüllung .....	80
c.	Fehlgeschlagene Nachbesserung .....	81
7.	Rechtsfolgen des Fristablaufs .....	82
<b>IV.</b>	<b>Durchführung des Nacherfüllungsanspruchs.....</b>	<b>85</b>
<b>V.</b>	<b>Vom Nacherfüllungsanspruch nicht erfasste Schäden .....</b>	<b>86</b>
1.	Folgeschäden an Eigentum des Bestellers oder an anderen Gewerken .....	86
2.	Entgangener Gewinn und entgangene Nutzung .....	87
<b>VI.</b>	<b>Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs .....</b>	<b>87</b>
1.	Ausschluss wegen vorbehaltloser Abnahme § 640 III BGB .....	88
2.	Die Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung und ihre Folgen § 275 I BGB .....	89
a.	Objektive Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung .....	90
b.	Subjektive Unmöglichkeit der Nacherfüllung .....	90
c.	Folgen der Unmöglichkeit der Nacherfüllung .....	91
3.	Unverhältnismäßiger Aufwand der Nacherfüllung § 275 II BGB.....	91
4.	Ausschluss wegen unverhältnismäßiger Kosten gem. § 635 III BGB.....	92
5.	Unzumutbarkeit der persönlichen Leistungserbringung.....	95
6.	Die Rechtsfolgen bei Unverhältnismäßigkeit oder Unzumutbarkeit.....	95
a.	Rücktritt .....	96
b.	Minderung.....	96

c.	Schadensersatz statt der Leistung .....	97
d.	Schadensersatz neben der Leistung .....	98
e.	Aufwendungsersatz .....	99
7.	Sonstige Ausschlussfälle des Nacherfüllungsanspruchs .....	99
8.	Die Rückgewähr des mangelhaften Werks § 635 IV BGB .....	100
<b>B.</b>	<b>Aufwendungsersatz .....</b>	<b>101</b>
<b>I.</b>	<b>Erforderlichkeit .....</b>	<b>101</b>
1.	Zeitpunkt der Beurteilung .....	101
2.	Höhe bei sachkundiger Beratung .....	102
3.	Auswahl eines Drittunternehmers .....	102
4.	Methode der Mängelbeseitigung .....	103
5.	Zeitpunkt der Selbstvornahme .....	104
<b>II.</b>	<b>Umfang der Selbstvornahmekosten .....</b>	<b>105</b>
<b>III.</b>	<b>Unverhältnismäßigkeit als Leistungsverweigerungsgrund .....</b>	<b>107</b>
<b>IV.</b>	<b>Fehlgeschlagene Selbstvornahme .....</b>	<b>108</b>
<b>V.</b>	<b>Einzelne Aufwendungen .....</b>	<b>109</b>
<b>C.</b>	<b>Kostenbeteiligung des Bestellers .....</b>	<b>111</b>
<b>I.</b>	<b>Vorteilsausgleich .....</b>	<b>112</b>
<b>II.</b>	<b>Sowiesokosten .....</b>	<b>115</b>
<b>D.</b>	<b>Darlegungs- und Beweislast .....</b>	<b>116</b>
 <b>ZWEITES KAPITEL: AUFWENDUNGSERSATZ BEI EINER</b>		
<b>VOREILIGEN SELBSTVORNAHME .....</b>		
<b>A.</b>	<b>Problemdarstellung .....</b>	<b>117</b>
<b>B.</b>	<b>Die Ansichten für die Zulassung des Ausgleichsanspruchs .....</b>	<b>119</b>
<b>I.</b>	<b>Aufwendungsersatz nach den Vorschriften des Kündigungsrechts .....</b>	<b>119</b>
<b>II.</b>	<b>Ersatz des Anspruchs aus Unmöglichkeitensrecht .....</b>	<b>120</b>

1.	Unmöglichkeit der Nacherfüllung wegen Selbstvornahme .....	120
a.	Unmöglichkeit der Nacherfüllung wegen der Unbehebbarkeit des Mangels...	120
b.	Unmöglichkeit der Nacherfüllung wegen Zweckerreichung .....	121
2.	Ausschluss anderer Gewährleistungsrechte des Bestellers.....	122
3.	Anrechnung ersparter Aufwendungen .....	122
a.	Direkte Anwendung des § 326 II 2 BGB.....	123
b.	Analoge Anwendung des § 326 II 2 BGB .....	123
<b>III.</b>	<b>Ersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag.....</b>	<b>124</b>
<b>IV.</b>	<b>Ersatzanspruch aus Bereicherungsrecht.....</b>	<b>125</b>
<b>V.</b>	<b>Ablehnung des Ersatzanspruchs als eine dem Zivilrecht fremde Sanktion.</b>	<b>126</b>
<b>VI.</b>	<b>Stellungnahme zur Zulassung des Aufwendungsersatzanspruchs .....</b>	<b>126</b>
1.	Zur Kündigung.....	126
2.	Zur Unmöglichkeit.....	128
a.	Zum Scheitern anderer Gewährleistungsrechte .....	130
b.	Zum Ausgleichsanspruch eingesparter Aufwendungen nach § 326 II 2 BGB.	130
3.	Zur Geschäftsführung ohne Auftrag .....	133
4.	Zum Bereicherungsrecht.....	134
5.	Zur fremden Sanktion .....	134
6.	Zwischenergebnis .....	134
<b>C.</b>	<b>Ablehnung/Ausschluss des Ausgleichsanspruchs.....</b>	<b>135</b>
<b>I.</b>	<b>Abschließender Charakter des § 637 BGB .....</b>	<b>135</b>
<b>II.</b>	<b>Das Schaffen klarer Verhältnisse.....</b>	<b>139</b>
<b>III.</b>	<b>Berechtigtes Interesse des Unternehmers .....</b>	<b>140</b>
<b>IV.</b>	<b>Unterschiedliche Verjährungsfristen .....</b>	<b>141</b>
<b>V.</b>	<b>Stellungnahme zur ablehnenden Ansicht zum Ersatzanspruch .....</b>	<b>141</b>
1.	Zum abschließenden Charakter der Gewährleistungsrechte.....	141

2.    Zu den Interessen der Parteien.....	143
<b>D.    Zwischenergebnis .....</b>	<b>144</b>
<b>DRITTES KAPITEL: AUFWENDUNGSERSATZ BEI EINER</b>	
<b>VOREILIGEN SELBSTVORNAHME IM KAUFRECHT .....</b>	
<b>A.    Kostenerstattung im Kaufrecht .....</b>	<b>146</b>
<b>B.    Die Ansichten in der Literatur.....</b>	<b>147</b>
<b>I.    Analoge Anwendung des § 637 BGB .....</b>	<b>147</b>
<b>II.   Ersparnisrechnung nach § 326 II 2 BGB.....</b>	<b>148</b>
<b>III.  Unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag §§ 684, 818 II BGB.....</b>	<b>150</b>
<b>IV.   Rückgriffskondiktion nach § 812 I 1 2. Alt. BGB.....</b>	<b>151</b>
<b>V.    Deliktischer Schadensersatzanspruch .....</b>	<b>152</b>
<b>C.    Die Ansicht der Rechtsprechung .....</b>	<b>152</b>
<b>D.    Stellungnahme .....</b>	<b>156</b>
<b>I.    Europarechtliche Bedenken .....</b>	<b>156</b>
<b>II.   Kritik an den Ansichten in der Literatur.....</b>	<b>156</b>
<b>III.  Billigkeitserwägungen .....</b>	<b>159</b>
<b>VIERTES KAPITEL: ZEITPUNKT DER GELTENDMACHUNG DES</b>	
<b>ERSATZES DER AUFWENDUNGEN DER SELBSTVORNAHME IM</b>	
<b>WERKVERTRAGSRECHT.....</b>	
<b>A.    Darstellung des Problems .....</b>	<b>161</b>
<b>B.    Die Ansichten für die Anwendbarkeit der Mängelrechte vor Abnahme .....</b>	<b>164</b>
<b>I.    Die Geltendmachung des Ersatzes der Selbstvornahmekosten während der</b>	
<b>Herstellungsphase .....</b>	<b>164</b>
<b>II.   Die Geltendmachung des Ersatzes der Selbstvornahmekosten ab Ablauf des</b>	
<b>Fälligkeitstermins.....</b>	<b>165</b>
<b>III.  Die Geltendmachung des Ersatzes der Selbstvornahmekosten ab</b>	
<b>Werkherstellung.....</b>	<b>166</b>

<b>C. Die Ansichten für die Geltendmachung des Ersatzes der Selbstvornahmekosten nach Abnahme .....</b>	<b>167</b>
<b>I. Die Auffassung der Mindermeinung .....</b>	<b>168</b>
<b>II. Überwiegende Auffassung .....</b>	<b>168</b>
<b>III. Durchbrechung des Grundsatzes/Ausnahmefälle .....</b>	<b>171</b>
1. Abrechnungsverhältnis .....	174
2. Der Annahmeverzug des Bestellers .....	180
3. Fehlender Wille des Unternehmers .....	180
4. Verweigerung des Bestellers .....	181
5. Vorzeitige Beendigung des Vertrags .....	182
6. Verzicht des Bestellers auf den Erfüllungsanspruch .....	183
<b>D. Kritik an den verschiedenen Ansichten und eigene Stellungnahme .....</b>	<b>184</b>
<b>I. Die Würdigung des Wortlauts des § 634 BGB.....</b>	<b>184</b>
<b>II. Historische Auslegung.....</b>	<b>185</b>
1. Die Entwicklung der werkvertraglichen Mängelrechte bis zur Schuldrechtsmodernisierung .....	185
2. Die Änderungen im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung .....	189
3. Zwischenergebnis .....	191
<b>III. Systematische Auslegung .....</b>	<b>191</b>
1. Unterschiede zwischen Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch.....	192
a. Wahlrecht des Unternehmers nach § 635 I BGB.....	193
b. Leistungsverweigerungsrecht wegen unverhältnismäßiger Kosten.....	193
2. Unterschiede in der Verjährung.....	197
3. Verhältnis der anderen werkvertraglichen Mangelrechte zu den allgemeinen Leistungsstörungenrechten.....	198
4. Keine vollständige Erfüllung durch den Unternehmer bei Selbstvornahme ..	199

5.	Probleme der Gefahrtragung bei Anwendbarkeit der Mängelrechte vor Abnahme .....	200
<b>IV.</b>	<b>Teleologische Auslegung .....</b>	<b>201</b>
1.	Die Koordinations- und Kooperationspflicht .....	201
2.	Die Benachteiligung des Unternehmers .....	201
	a. Der Anspruch des Bestellers auf Vorschuss vor Fälligkeit des Werklohns .....	202
	b. Die Verteilung der Beweislast vor Abnahme .....	202
	c. Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Unternehmers .....	203
3.	Berechtigte Belange des Bestellers .....	205
4.	Zwischenergebnis .....	206
5.	Mängelrechte vor Abnahme in Ausnahmefällen .....	206
	a. Abrechnungsverhältnis .....	206
	b. Sonstiger Gefahrübergang .....	207
	c. Berechtigte Abnahmeverweigerung des Bestellers .....	208
	d. Das Vorliegen des Mangels im vereinbarten Fertigstellungstermin .....	209
	e. Das Vorliegen besonderer Umstände .....	211
	f. Der Verzicht auf die Erfüllung .....	211
	g. Die vorzeitige Vertragsbeendigung .....	211
<b>V.</b>	<b>Zwischenergebnis .....</b>	<b>213</b>
<b>VI.</b>	<b>Stellungnahme .....</b>	<b>214</b>
<b>FAZIT</b>	<b>.....</b>	<b>216</b>

## **EINLEITUNG**

Es vergeht kein Tag, an dem man nicht mit dem Werkvertrag in Berührung kommt. Im Zivilrecht existiert kein anderer Vertrag, dessen Anwendungsbereich so umfangreich ist, wie der des Werkvertrags. Von einem einfachen Werk, wie dem Bau eines Tisches, bis zum komplexen Werk, wie der Herstellung eines Softwareprogramms, findet der Werkvertrag Anwendung. Gegenstand des Werkvertrags kann nicht nur die Herstellung oder Veränderung einer Sache sein, sondern auch die Herstellung eines immateriellen Werks.<sup>1</sup> Das Thema der vorliegenden Arbeit ist die Selbstvornahme im Werkvertragsrecht. Wer sich mit dem Thema befasst, man soll unweigerlich an das berühmte Zitat „drei Worten des Gesetzgebers, die ganze Bibliotheken zur Makulatur werden lassen“<sup>2</sup> denken. Diese Arbeit beschäftigt sich mit zwei zentralen Fragen, die in höchstem Maße praxisrelevant, schon seit Jahren umstritten sind und hinter denen sich „eine Bibliothek von wissenschaftlichen Stellungnahmen“ verbirgt.<sup>3</sup> Zum einen wird die Selbstvornahme ohne Fristsetzung<sup>4</sup> diskutiert. Zum anderen wird auf den Zeitpunkt der Geltendmachung des Ersatzes der Aufwendungen für die Selbstvornahme und der weiteren werkvertraglichen Gewährleistungsrechte eingegangen.

### **A. Problemstellung**

Im Unterschied zu dem Kaufvertragsrecht ist die Selbstvornahme als eine selbstständige Vorschrift des § 637 BGB im Werkvertragsrecht geregelt. Hat der Unternehmer das Werk i.S. v. § 633 BGB mangelhaft hergestellt, stehen dem Besteller die in § 634 BGB angeführten Gewährleistungsrechte zu. In § 634 Nr. 2 BGB wurde eine werkvertragsspezifische Regelung verankert, die dem Besteller ein Selbstvornahmerecht und den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen einräumt. Nach der gesetzlichen Konzeption stellt die Nacherfüllung einen vorrangigen Rechtsbehelf dar. Der Besteller kann die anderen Rechtsbehelfe dann in Anspruch nehmen, wenn er dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Für die Ausübung dieser Rechtsbehelfe durch den Besteller ist ein Verzug des Unternehmers nicht mehr erforderlich.<sup>5</sup>

Nicht selten tritt der Grundfall der Selbstvornahme dadurch auf, dass nicht der Unternehmer, sondern der Besteller den Mangel selbst beseitigt oder von einem Dritten beseitigen lässt. Gemäß § 637 I BGB kann der Besteller wegen eines Mangels des Werks, nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist, den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Dabei soll die Nacherfüllung nicht ausgeschlossen sein. Ein solcher Ausschluss liegt nach § 637 I 2. HS BGB dann vor, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht verweigert hat.

Dieser Grundfall der Selbstvornahme bereitet keine Schwierigkeiten, wenn die vom Besteller gesetzte, angemessene Frist zur Nacherfüllung erfolglos abgelaufen oder die

---

<sup>1</sup> Temming, AcP (215) 2015, 17 (68).

<sup>2</sup> Zitat von Julius von Kirchmann in: Leistner, JA 2007, 81; Hübner, ZfPW 2018, 227 (228).

<sup>3</sup> Katzenstein, ZGS 2005, 184 (185); Tettinger, ZGS 2006, 96 (101).

<sup>4</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233.

<sup>5</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (418).

Fristsetzung ausnahmsweise nach §§ 637 II i.V. m. 323 II BGB entbehrlich war. Der Vorschuss wurde gem. § 637 III BGB dem Besteller als weiteres Recht für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen zugestanden.

Problematisch ist die Rechtslage in der Praxis häufig dann, wenn der Besteller die Selbstvornahme trotz der Erforderlichkeit der Fristsetzung voreilig vornimmt und den Mangel selbst behebt, ohne den Ablauf der Frist abzuwarten oder sogar ohne überhaupt eine Frist zu setzen und sich mit dem Unternehmer in Verbindung zu setzen. Bei dieser voreiligen Selbstvornahme stellt sich die Frage, ob der Besteller trotz der fehlenden Fristsetzung des § 637 BGB den Ersatz der Aufwendungen und andere Gewährleistungsrechte gegen den Unternehmer geltend machen kann. Der BGH hat sich zum ersten Mal in seinen Entscheidungen (Urt. v. 11.10.1965 –VII ZR 124/63 und Urt. v. 28.09.1967 –VII ZR 81/65) mit der Anwendbarkeit der bereicherungsrechtlichen Vorschriften, mit denen § 13 Nr. 5 II VOB/B konkurriert, hinsichtlich des Falls beschäftigt<sup>6</sup>, wenn der Besteller ohne vorherige Fristsetzung den Mangel selbst beseitigt und dann die anfallenden Kosten von dem Unternehmer verlangen möchte. Diese Rechtsprechung hat wegen der gesetzgeberischen Billigung seit der Schuldrechtsreform noch Geltung.<sup>7</sup> Auch in einem späteren Urteil (Urt. v. 23.2.2005-VIII ZR 100/04)<sup>8</sup> lehnte der BGH jeglichen Kostenersatz bei eigenmächtiger Beseitigung eines Mangels an der Kaufsache durch den Käufer ab.<sup>9</sup> Dieses Urteil hat auch im Werkvertragsrecht Konsequenzen und diese alte, im Kaufrecht viel diskutierte Problematik wurde auf § 637 BGB übertragen.<sup>10</sup> Eine weitere Problematik besteht bei der Frage, ob die werkvertraglichen Mängelrechte, insbesondere das Selbstvornahmerecht, bereits vor Abnahme des Werks in Betracht kommen können. Ab welchem Zeitpunkt der Besteller die werkvertraglichen Mängelrechte der §§ 634 ff. BGB geltend machen kann, wird unterschiedlich gesehen.<sup>11</sup> Grundsätzlich kann der Besteller seine Mängelrechte aus § 634 BGB erst nach der Abnahme geltend machen. Streitig ist, ob er den Ersatz der Selbstvornahmekosten und seine anderen werkvertraglichen Mängelrechte auch vor Abnahme bzw. ohne Abnahme beanspruchen kann. Für diese erwähnten Probleme des Themas gibt es unterschiedliche Ansichten und Lösungsansätze, die in dieser Arbeit zu beleuchten sind. Außerdem soll dazu Stellung bezogen werden.

Die Materie ist praxisrelevant und sehr komplex. Dies macht eine vertiefte wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Thema erforderlich. Die vorliegende Arbeit leistet hierzu einen Beitrag.

---

<sup>6</sup> BGH Urt. v. 11.10.1965 –VII ZR 124/63, NJW 1966, 39.

<sup>7</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 250 (252); Dötsch, MDR 2004, 975 (977).

<sup>8</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (677); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn.16; HK-BGB/Reiner Schulze, BGB § 326 Rn. 14; Lampert, ZGS 2005, 266 (268).

<sup>9</sup> Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn.16.

<sup>10</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (235); Arnold, ZIP 2004, 2412 (2413).

<sup>11</sup> BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13, (Fassade), BeckRS 2017, 101777 (Rn.10), NJW 2017, 1604; Weller, NZBau 2018, 398; BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15, (Terasse), BeckRS 2017, 102864 (Rn. 20); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau), BeckRS 2017, 103136 (Rn.27), NJW 2017, 1607 (1609).



## **B. Ziel und Gang der Untersuchung**

Die vorliegende Arbeit soll einen Gesamtüberblick über das Thema Selbstvornahme im Werkvertragsrecht geben, einschlägige Probleme ansprechen und aufklären. Im Fokus der Arbeit steht, die Selbstvornahme im Werkvertragsrecht zu erläutern und dabei auf die Fragestellungen zur voreiligen Selbstvornahme durch den Besteller und den Zeitpunkt der Geltendmachung des Ersatzes der Selbstvornahmekosten und der weiteren werkvertraglichen Gewährleistungsrechte einzugehen. Die im Rahmen der Selbstvornahme im Werkvertragsrecht einschlägigen Probleme werden mit Hilfe unterschiedlicher Meinungen in der Literatur und der Rechtsprechung analysiert. Anschließend wird jeweils zu der Problematik Stellung genommen. Da im Fokus der Schuldrechtsmodernisierung die Anpassung des Werkvertrags an das reformierte Kaufrecht stand und das BGB die Mängelhaftung im Werkvertrag grundsätzlich parallel zum Kaufrecht regelt, wird die Rechtslage der Selbstvornahme im Kaufvertrag untersucht. Anschließend wird diskutiert, ob das für den Werkvertrag gefundene Ergebnis auch für den Kaufvertrag gelten kann.

Die Arbeit gliedert sich insgesamt in zwei Teile, wobei im ersten Teil die Grundzüge und Voraussetzungen der Selbstvornahme im Werkvertragsrecht dargestellt werden. Der zweite Teil beschäftigt sich überwiegend mit den oben aufgeworfenen Problemfeldern dieses Themas.

Um die Selbstvornahme im Werkvertragsrecht beurteilen zu können, setzt sich diese Arbeit zunächst mit dem Oberbegriff der Selbstvornahme auseinander. Die Fragen was eine Selbstvornahme überhaupt ist und wie sie im Werkvertrag geregelt ist, werden in dem ersten Teil der Arbeit untersucht. Daher geht das erste Kapitel dieses Teils zunächst auf den Begriff der Selbstvornahme, die historische und rechtliche Grundlage, danach auf ihren Sinn und Zweck und nachfolgend auf ihren Anwendungsbereich im allgemeinen Zivilrecht ein.

Im zweiten Kapitel des ersten Teils wird der Gegenstand des Werkvertrags dargestellt. Es soll einen Überblick über den Vertragsschluss, die Pflichten bzw. Ansprüche der Parteien und die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung geben. Dabei wird auch auf die streitigen Stellen insbesondere im Rahmen der Abnahme eingegangen. Am Ende dieses Kapitels wird der Anspruch des Bestellers auf den Vorschuss für die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen beschrieben.

Den Schwerpunkt dieser Arbeit stellt der zweite Teil dar, in dem die oben beschriebenen wesentlichen Fragen bezüglich der Selbstvornahme im Werkvertragsrecht dargestellt und analysiert werden. Zu den Fragen wird anschließend Stellung bezogen. Dieser Teil basiert insgesamt auf vier Kapiteln. Das erste Kapitel beschäftigt sich mit der Ersatzfähigkeit der Aufwendungen des Bestellers bei Vorliegen der Voraussetzungen der Selbstvornahme. Hierbei liegt der Fokus auf dem Nacherfüllungsanspruch des Bestellers, der Erforderlichkeit von Aufwendungen, dem Umfang und dem möglichen Fehlschlag der Selbstvornahme. Das zweite Kapitel konzentriert sich auf den Ersatzanspruch des Bestellers bei einer voreiligen bzw. eigenmächtigen Selbstvornahme. Dabei werden die widerstreitenden Auffassungen bezüglich des Ausgleichsanspruchs dargestellt, gegenübergestellt und schließlich ein eigenes Fazit daraus gezogen. Da die Rechtsprechung und die Literatur bezüglich der voreiligen

Selbstvornahme im Werkvertrag meistens auf den Kaufvertrag (oder umgekehrt Selbstvornahme im Kaufvertrag auf Werkvertrag) verweisen, setzt sich das dritte Kapitel mit derselben Problematik im Rahmen des Kaufvertrags auseinander und zieht die Vergleiche. Das vierte Kapitel widmet sich dem Zeitpunkt der Geltendmachung der Gewährleistungsrechte. Da keine gesetzliche Regelung vorhanden ist, die klarstellt, ob der Besteller den Ersatz seiner Aufwendungen für Selbstvornahme und andere werkvertragliche Mängelrechte vor oder nach Abnahme geltend machen kann, wird die Rechtslage anhand des Wortlauts, der Historie, systematisch sowie nach Sinn und Zweck der Gesetze ausgelegt und beleuchtet.

Abschließend ist ein Fazit zu ziehen, in dem die Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst werden.

## **ERSTER TEIL: GRUNDZÜGE DES SELBSTVORNAHMERECHTS**

Der erste Teil der Arbeit besteht aus zwei Kapiteln, in denen die wesentlichen Grundlagen der Selbstvornahme des Bestellers im Werkvertragsrecht behandelt werden. Diese Darstellung thematisiert ebenso die Voraussetzungen des Selbstvornahmeregts wie streitige Stellen und dient so als Ausgangspunkt für die nachfolgende Analyse im zweiten Teil der Arbeit.

### **ERSTES KAPITEL: SELBSTVORNAHME ALS OBERBEGRIFF**

Das erste Kapitel beschäftigt sich zunächst damit, die Selbstvornahme als Oberbegriff zu definieren sowie die historische Entwicklung des Selbstvornahmeregts und außerdem die rechtlichen Grundlagen zu beschreiben. Danach sollen Sinn und Zweck der Selbstvornahme erläutert und auch ihr Anwendungsbereich im allgemeinen Zivilrecht dargestellt werden.

#### **A. Begriffsbestimmung der Selbstvornahme**

Das Zivilrecht kennt keine eindeutige Begriffsbestimmung der „Selbstvornahme“.<sup>12</sup> Das BGB beinhaltet keine einheitliche Definition. Auch in der Rechtsprechung und in der Literatur wird der Begriff der Selbstvornahme nicht klar definiert. Zum Verständnis kann eine Definition aus der Literatur herangezogen werden: Unter der Selbstvornahme ist „*das selbständige Erbringen einer von einem Dritten geschuldeten Leistung durch den Gläubiger*“ zu verstehen.<sup>13</sup> Demnach kann die Selbstvornahme in jedem Schuldverhältnis zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner vorkommen, in dem der Schuldner die geschuldete Leistung selbst persönlich erbringen soll.<sup>14</sup>

Die Selbstvornahme muss von den Rechtsinstituten *Ersatzvornahme*<sup>15</sup>, *Selbsthilfe*<sup>16</sup>, *Selbsterfüllung*<sup>17</sup> und *Selbstaussübung* unterschieden werden. Der *Ersatzvornahme* und

---

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.12.1992- 22 U 154/92, NJW-RR, 1993,1110 (1111); in dieser Entscheidung wurde „voreilige Eigennachbesserung“ genannt.

<sup>13</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 129.

<sup>14</sup> Paehler, S. 25.

<sup>15</sup> Greiner, ZfBR 2000, 295; Knütel, BauR 2002, 689; Rieble, DB 1989, 1759; BT-Drucks. 14/6040 S. 262 zur Nr. 2.

<sup>16</sup> Dötsch, MDR 2004, 975; BGH Urt. v.7.11.1985 VII ZR 270/83, NJW 1986, 922 Ziff. II 1.

<sup>17</sup> Katzenstein, ZGS 2005, 184 (186); ders., ZGS 2005, 305.

*Selbsthilfe* werden eigenständige Bedeutung und Funktionen zugemessen.<sup>18</sup> Die *Ersatzvornahme* kommt im Rahmen der Zwangsvollstreckung gem. § 887 ZPO in Betracht und ist hiernach als die Durchsetzung der Ansprüche auf Vornahme vertretbarer Handlungen zu verstehen.<sup>19</sup> Die zivilrechtliche *Selbsthilfe* ist in den Paragraphen §§ 229-231 BGB geregelt. Nach diesen Vorschriften liegt, bei einem Eingriff in die Rechtssphäre des Berechtigten zum Zweck der *Selbsthilfe*, keine widerrechtliche Handlung vor. Ein solcher Eingriff kann beispielsweise in der Wegnahme einer Sache bestehen.<sup>20</sup> Eine Abgrenzung zwischen *Ersatzvornahme*, *Selbsthilfe*, und *Selbstvornahme* ist damit möglich. Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen jedoch zwischen den Begrifflichkeiten der *Selbsterfüllung* und *Selbstausbübung* und der hier thematisierten Selbstvornahme. Aus diesen Begriffen ergeben sich keine eigenständigen Bedeutungen und Funktionen.<sup>21</sup> Sie werden vielmehr als synonyme Begriffe für die Handlung des Gläubigers angewendet, der die vom Schuldner geschuldete Leistung selbst vornimmt.<sup>22</sup> Mit der Regelung des § 637 BGB wurde eine amtliche Überschrift *Selbstvornahme* eingeführt und als feststehende Bezeichnung etabliert.<sup>23</sup> Unter diesem Begriff ist zu verstehen, dass die Mängelbeseitigung nicht von dem Unternehmer sondern von dem Besteller durchgeführt wird.<sup>24</sup>

## **B. Historische Entwicklung und rechtliche Grundlagen**

Ein selbstständiger Anspruch des Bestellers auf Kostenersatz der Selbstvornahme war im 1. Entwurf zum BGB<sup>25</sup> noch nicht vorgesehen.<sup>26</sup> Danach wurde vom Reichsjustizamt eine Regelung vorgeschlagen, die dem Besteller ein Recht auf die Mängelbeseitigung durch Dritte und den Aufwendungsersatz der Kosten einräumen sollte, sollte der Unternehmer den Mangel nicht innerhalb der gesetzten Frist beseitigen (§ 569 III des Entwurfs).<sup>27</sup> Der Inhalt dieses Vorschlags entsprach der Regelung des § 637 I BGB, der erst zum 1.1.2002 in Kraft trat.<sup>28</sup> In der 77. Sitzung des Bundestags vom 12.4.1892 wurde einen Anspruch auf Kostenerstattung mit Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 als eigenständige Regelung in § 633 BGB formuliert.<sup>29</sup> Anspruchsvoraussetzung war nach

---

<sup>18</sup> Knütel, BauR 2002, 689.

<sup>19</sup> Signat, ZEuP 2009, 716 (732).

<sup>20</sup> Paehler, S. 26.

<sup>21</sup> Paehler, S. 26.

<sup>22</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 262; Tonner/Willingmann/Tamm/Cebulla, BGB § 634 Rn.5.

<sup>23</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 262.

<sup>24</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 129.

<sup>25</sup> Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/Birr, §§ 631-751 Rn. 155 f; (In den Jahren 1881-1889)

<sup>26</sup> Begründung Regierungsentwurf v. 14.05.2001, in: BT-Drucks. 14/6040, S. 266; BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 2.

<sup>27</sup> Thode, NZBau 2002, 297f; Knütel, BauR 2002, 689 (690); Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/Forster, §§ 631-651 Rn. 92.

<sup>28</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.2.

<sup>29</sup> Greiner, ZfBR 2000, 295 (297).

dieser Regelung, dass der Unternehmer sich mit der Mangelbeseitigung in Verzug befand.<sup>30</sup>

Der § 633 BGB blieb bis zur Schuldrechtsmodernisierung in Kraft. Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung (Art. 1 Nr. 38)<sup>31</sup> vom 1.1.2002 wurde die Vorschrift des § 637 BGB völlig neu gefasst,<sup>32</sup> sodass sie die alte Regelung des § 633 III BGB a.F. ersetzte.<sup>33</sup> Nach dieser Regelung konnte der Besteller den Mangel selbst beseitigen und sich die anfallenden Kosten erstatten lassen. Seit dem SchRModG stellt bei der Selbstvornahme das Unterbleiben der Mängelbeseitigung innerhalb der angemessenen Frist nicht mehr auf das Verschulden bzw. Verzug des Unternehmers ab.<sup>34</sup> Zum Eintritt der Rechtsfolgen des § 637 BGB reicht der fruchtlose Ablauf einer Frist zur Mängelbeseitigung aus, soweit dem Unternehmer kein Leistungsverweigerungsrecht zusteht.<sup>35</sup> Damit wurde eine einheitliche Voraussetzung bezüglich der Fristsetzung für die Rechte der Selbstvornahme, des Rücktritts und der Minderung geschaffen.<sup>36</sup>

Der Wortlaut der Regelung des § 637 BGB stimmte mit den Vorentwürfen in § 635 Diskussionsentwurf und § 637 Regierungsentwurf überein.<sup>37</sup> Dass der Unternehmer die „Nacherfüllung „nach § 635 III BGB a.F. verweigert“ hat, führte im Regierungsentwurf zum Ausschluss der Selbstvornahme.<sup>38</sup> Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde diese Formulierung auf Vorschlag des Bundesrates durch „zu Recht verweigert“ ersetzt.<sup>39</sup>

Nach der ursprünglichen Auffassung des BGB, das am 1.1.1900 in Kraft getreten ist, war ein mit der Selbstvornahme verbundener Vorschussanspruch des Bestellers im BGB nicht vorgesehen.<sup>40</sup> Ein solches Recht wurde erst mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 637 III BGB geregelt.<sup>41</sup>

---

<sup>30</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 262; Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641 (644ff); Knütel, BauR 2002, 689; Katzenstein, ZGS 2004, 349 (350); Schönknecht, S. 40; NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 1.

<sup>31</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 1.

<sup>32</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 1; BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.2; Knütel, BauR 2002, 689.

<sup>33</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233; ders. ZGS 2003, 250 (251); MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 1; Schönknecht, S. 39.

<sup>34</sup> Popescu, NZBau 2012, 137 (138); Meub, DB 2002, 131; Ott, NZBau 2003, 233 (236); MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 2; Brox/Walker, § 24 Rn. 35; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 116; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (234); ders. NZM 2004, 641 (644ff).

<sup>35</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 2; BGH Urt. v. 22.2.2018- VII ZR 46/17, NJW 2018,1463, Brox/Walker, § 24 Rn. 34; NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn.1; Ott, NZBau 2003, 233 (236); Knütel, BauR 2002, 689.

<sup>36</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn.1.

<sup>37</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 1.

<sup>38</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn.2.

<sup>39</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 1.

<sup>40</sup> Thode, NZBau 2002, 297f.

<sup>41</sup> Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/Forster §§ 631-651 Rn. 82.

### C. Sinn und Zweck der Selbstvornahme

Bei einer mangelhaften Werkherstellung steht dem Besteller zunächst ein Nacherfüllungsanspruch nach § 635 BGB zu.<sup>42</sup> Erfüllt der Unternehmer seine Nacherfüllungspflicht nicht oder schlägt die Nacherfüllung fehl, stellt sich die Frage, welche Rechte der Besteller zum Schutz seiner Erfüllungs- und Äquivalenzinteressen geltend machen kann.<sup>43</sup> Dabei stehen dem Besteller die sekundären Mängelrechte wie Rücktritt, Minderung oder ein Schadensersatzanspruch wegen eines von dem Unternehmer verschuldeten Schadens zur Verfügung.<sup>44</sup> Außerdem wird nach § 637 BGB ein Selbstvornahmerecht eingeräumt.<sup>45</sup> Lehnt der Unternehmer es ab, das Werk in einen mangelfreien Zustand zu versetzen, kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen und die hierdurch entstandenen Aufwendungen gegenüber dem Unternehmer geltend machen.<sup>46</sup> Auf diese Weise bekommt der Besteller die Gelegenheit, den Zustand herzustellen, der bei ordnungsgemäßer Leistung durch den Unternehmer bestehen würde.<sup>47</sup> Jedoch ist hier zu beachten, dass dieses Selbstvornahmerecht ohne Rücksicht auf das Verschulden des Unternehmers besteht.<sup>48</sup> Es ist also nicht notwendig, dass der Unternehmer die Entstehung des Mangels oder die Verzögerung bzw. das Misslingen der Mängelbeseitigung nach §§ 276, 278 BGB zu vertreten hat.<sup>49</sup>

Das Recht zu Selbstvornahme ist eine Regelung des BGB speziell für den Werkvertrag.<sup>50</sup> Trotz der Einführung des § 439 III BGB existiert im Kaufrecht keine vergleichbare Regelung.<sup>51</sup> Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung wurde dem Käufer in § 439 BGB ein Nacherfüllungsanspruch eingeräumt. Dieser unterscheidet sich aber vom Recht des Bestellers auf Selbstvornahme dadurch, dass der Käufer die Kosten, die ihm aufgrund der Nachbesserung oder den Deckungskauf einer mangelfreien Sache entstanden sind, im Wege des Schadensersatzes verlangen kann.<sup>52</sup> Daran lässt sich erkennen, dass der Gesetzgeber dem Anspruch des Bestellers auf Naturalerfüllung einen hohen Wert beigemessen hat.<sup>53</sup> Die besondere Stellung der Selbstvornahme zeigt sich auch im Gesetz selbst. Während in der Vorschrift des § 437 BGB die Nacherfüllung nur in Nr. 1 geregelt ist (Nr. 2 befasst sich mit Rücktritt und Minderung, Nr. 3 mit Schadens-

---

<sup>42</sup> Tonner/Willingmann/Tamm/Cebulla, § 637 Rn. 2.

<sup>43</sup> Tettinger, ZGS 2006, 96 (100).

<sup>44</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 3.

<sup>45</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn.1; Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (172); Tonner/Willingmann/Tamm/Cebulla, § 637 Rn. 1.

<sup>46</sup> Jauernig/Mansel BGB § 637 Rn. 4; Dauner-Lieb/Langen/ Raab, § 637 Rn. 3; Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 1; Tonner/Willingmann/Tamm/Cebulla § 637 Rn. 5.

<sup>47</sup> Dauner-Lieb/Langen/ Raab, § 637 Rn.3.

<sup>48</sup> Teichmann, JuS 2002, 415 (419f); Meub, DB 2002, 131 (132); Ott, NZBau 2003, 233 (236); Popescu, NZBau 2012, 137 (138); Signat, ZEuP 2009, 716 (736).

<sup>49</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn.1

<sup>50</sup> Teichmann, JuS 2002, 415 (419f); Thode, NZBau 2002, 297 (298).

<sup>51</sup> Hübner, ZfPW 2018, 227 (248, 255), BGH Urt. v. 21.12.2011-VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073 (1076 Rn. 27); Teller, NJW 2019, 2121 (2123).

<sup>52</sup> Dauner-Lieb/Langen/Raab, § 637 Rn. 4.

<sup>53</sup> Dauner-Lieb/Langen/Raab, § 637 Rn. 4.

und Aufwendungsersatz)<sup>54</sup>, hat ihr der Gesetzgeber den ganzen § 637 BGB gewidmet. Da es bei einem Werkvertrag in erster Linie um die Sicherstellung des tatsächlichen Erhalts eines mangelfreien Werks durch den Besteller geht,<sup>55</sup> dient die Selbstvornahme der Erreichung dieses Zwecks. Ist die Nacherfüllung dem Unternehmer nicht möglich, kann er sich zunächst von seiner Nacherfüllungspflicht nicht befreien, sondern muss er einen Dritten mit der Nacherfüllung beauftragen. Es ist konsequent, dass sich auch der Besteller für die Mängelbeseitigung eines Dritten bedienen und vom Unternehmer eine Erstattung der Kosten verlangen kann. Ansonsten könnte sich der Unternehmer durch schlichtes Unterlassen der Nacherfüllungspflicht entziehen.<sup>56</sup>

#### **D. Anwendungsbereich der Selbstvornahme im allgemeinen Zivilrecht**

Im Zivilrecht sehen nur drei Vertragstypen das Recht zur Selbstvornahme vor: das Werkvertrags-, das Miet- und das Reisevertragsrecht. Die Übertragung dieses Rechts auf den Kaufvertrag ist nicht möglich,<sup>57</sup> da der Gesetzgeber des SchuldRMoG zwar die Mängelrechte des Käufers neu geregelt, doch auf das Selbstvornahmerecht auf Kosten des Käufers bewusst verzichtet hat.<sup>58</sup> Im Jahr 2018 hat der Gesetzgeber zwar mit dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung durch neue Regelung des § 439 III BGB bezüglich der Ein- und Ausbau ein partielles Selbstvornahmerecht im Kaufrecht eingeführt,<sup>59</sup> jedoch wurde keine eigenständige Vorschrift der Selbstvornahme in das Gesetz eingefügt. Da hier keine planwidrige Regelungslücke vorliegt, kommt keine analoge Anwendung des § 637 BGB im Kaufrecht in Betracht.<sup>60</sup> Im Mietrecht wurde die Selbstvornahme in § 536a II BGB geregelt, wenn der Mieter unter bestimmten Voraussetzungen den Mangel an der Mietsache selbst beseitigen und den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann.<sup>61</sup> Demgegenüber kommt im Reisevertragsrecht eine *Selbstabhilfe* seit 2018 in der neu geregelten Vorschrift des § 651k II BGB in Betracht. Danach kann der Reisende nach Ablauf der angemessenen Frist selbst Abhilfe schaffen und den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.<sup>62</sup>

Im Unterschied zum früheren Recht ist die Regelung des § 637 BGB aufgrund der Neufassung des § 650 Satz 3 BGB (§ 651 Satz 3 BGB a.F.) auf den Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugende beweglicher, nicht vertretbarer Sachen zum Gegenstand hat (sog. Werklieferungsvertrag) nun nicht mehr anzuwenden.<sup>63</sup> Daher

---

<sup>54</sup> Peters, JR 2004, 353; Thode, NZBau 2002, 297 (303).

<sup>55</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 4.

<sup>56</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 4.

<sup>57</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 7.

<sup>58</sup> BGH Urt. v. 23.2.2005-VIII ZR 100/04 LG Gießen, NJW 2005, 1348; Katzenstein, ZGS 2004, 349 (350); Peters, JR 2004, 353 (354); Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 232 (236).

<sup>59</sup> Hübner, ZfPW 2018, 227 (248, 255); Auch in BGH Urt. v. 21.12.2011- VII ZR 70/80, NJW 2012, 1073 (1076); Teller, NJW 2019, 2121 (2123).

<sup>60</sup> BGH Urt. v. 23.2.2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348.

<sup>61</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 7.

<sup>62</sup> Paehler, S. 28.

<sup>63</sup> Thode, NZBau 2002, 297 (300); Leistner, JA 2007, 81.

ist ein Anspruch auf Kostenerstattung und Vorschuss hinsichtlich der Mängelbeseitigung für Werklieferungsverträge ausgeschlossen.<sup>64</sup>

In diesem Zusammenhang stellt die Montageverpflichtung ein wichtiges Beispiel für die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Werklieferungsvertrag dar.<sup>65</sup> Es stellt sich die Frage bei einer Sachlieferung mit Montage, wie das Vertragsverhältnis einzuordnen ist.<sup>66</sup> Die Anwendbarkeit des Werkvertrags- oder Kaufvertragsrechts hängt vom Schwerpunkt der Leistung ab.<sup>67</sup> Dabei wird eine Gesamtbetrachtung herangezogen.<sup>68</sup> Für die Beurteilung stellen die Art des zu liefernden Gegenstandes, das Wertverhältnis von Lieferung und Montage sowie die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses maßgebliche Kriterien dar.<sup>69</sup> Nimmt die Eigentums- oder Besitzübertragung eine zentrale Stellung ein, sodass es weniger auf die individuellen Anforderungen des Kunden ankommt, und steht also die Montageleistung im Hintergrund, so kann vom Vorliegen eines Kaufvertrags (mit Montageverpflichtung) ausgegangen werden.<sup>70</sup> Wird der Vertrag hingegen überwiegend von einem Leistungserfolg, der über die Eigentums- oder Besitzübertragung hinausgeht, geprägt, liegt ein Werkvertrag vor.<sup>71</sup> Ein solcher Fall liegt dann vor, wenn die Leistungen an nicht beweglichen Sachen zu erbringen sind. Dies ist etwa bei der Errichtung eines Einfamilienhauses auf einem Grundstück der Fall.<sup>72</sup> Die einzelnen Bauteile verlieren die Eigenschaft, eine bewegliche Sache zu sein, dadurch, dass sie in ein Bauwerk eingebaut werden. Die Erbringung der Leistung des Einbaus ist dann Gegenstand eines Werkvertrags.<sup>73</sup>

## **ZWEITES KAPITEL: GEGENSTAND DES WERKVERTRAGS**

Im zweiten Kapitel werden zunächst der Gegenstand des Vertrags, die Vergütung, der Anwendungsbereich des Werkvertrags und dessen Verhältnis zu den anderen Verträgen untersucht. Danach werden die Parteien des Vertrags und ihre Rechte bzw. Pflichten erörtert. Im Werkvertragsrecht zählt die mangelfreie Werkherstellung durch den Unternehmer und die Abnahme seitens des Bestellers zu den wichtigsten Pflichten der Parteien. Um die Frage nach der Entstehung des Selbstvornahmerechts zu beantworten, muss zunächst auf die Pflicht des Unternehmers eingegangen und erläutert werden, was ein Mangel und was dessen Rechtsfolge ist. Unter den Pflichten des Bestellers ist die Abnahme von besonderer Bedeutung. Sie genießt eine entscheidungserhebliche zeitliche Relevanz. Daher werden ihre Arten, Voraussetzungen und Wirkungen näher geprüft. Schließlich wird das Vorschussrecht des Bestellers als eine werkvertragsrechtliche Besonderheit beschrieben. Damit werden die Grundlagen bzw. Grundstrukturen dargestellt.

---

<sup>64</sup> Kleefisch/Meyer, NZBau 2016, 684 (687).

<sup>65</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 8.

<sup>66</sup> Popescu, NZBau 2012, 137 (142); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 8.

<sup>67</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 8.

<sup>68</sup> Thode, NZBau 2002, 297 (299).

<sup>69</sup> Kleefisch/Durynek, NJOZ 2018, 121.

<sup>70</sup> Kleefisch/Durynek, NJOZ 2018, 121 (130f); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 8.

<sup>71</sup> Leistner, JA 2007, 81.

<sup>72</sup> Thode, NZBau 2002, 297 (299); Leistner, JA 2007, 81; Popescu, NZBau 2012, 137 (142).

<sup>73</sup> OLG Stuttgart Urt. v. 8.12.2010- 4 U 67/10, NJW-RR 2011, 669.

## A. Vertragsschluss

Der Werkvertrag gehört aufgrund seines großen Anwendungsbereiches<sup>74</sup> zu den Vertragstypen von enormer praktischer Bedeutung.<sup>75</sup> Er ist gem. § 631 BGB ein gegenseitiger Vertrag, in dem sich der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werks und der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Der Gegenstand des Werkvertrags ist gem. § 631 BGB die Herstellung oder Veränderung einer Sache.<sup>76</sup> Im Gegensatz zum Dienstvertrag wird hier keine Leistung, sondern ein durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg geschuldet.<sup>77</sup> Unter dem Begriff des Erfolgs ist jedoch keine Erfolgsgarantie zu verstehen,<sup>78</sup> wenn der Unternehmer keine Garantie für die Beschaffenheit des Werks übernimmt. Im Rahmen des Werkvertrags werden nicht nur körperliche sondern auch geistige Werke hergestellt.<sup>79</sup> Es fällt ein sehr breites Spektrum an Fällen unter den Anwendungsbereich des Werkvertrags, wie die Untersuchung eines Pferdes durch einen Tierarzt beim Ankauf, ein Haarschnitt,<sup>80</sup> die Erstellung eines Gutachtens durch einen Rechtsanwalt oder Arzt,<sup>81</sup> die Entwicklung einer Software,<sup>82</sup> die Besohlung von Schuhen,<sup>83</sup> das Schneidern eines Anzugs,<sup>84</sup> Handwerksarbeiten,<sup>85</sup> künstlerische Darbietungen,<sup>86</sup> Beförderungsleistungen, Architektenleistungen und Forschungsarbeiten.<sup>87</sup>

Der Gegenstand des Werkvertrags wird hinsichtlich der Herstellung beweglicher Sachen eingeschränkt. Nach § 650 BGB (651 BGB a.F.) ist für die Herstellung beweglicher Sachen nicht der Werkvertrag, sondern der Kaufvertrag anwendbar.<sup>88</sup> Ausnahmsweise kann der Werkvertrag gem. § 650 Satz 3 BGB Anwendung finden, soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen um nicht vertretbare Sachen handelt.<sup>89</sup> Nach § 91 BGB liegen vertretbare bewegliche Sachen vor, wenn sie im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt werden

---

<sup>74</sup> Büdenbender, JuS 2001, 625.

<sup>75</sup> Büdenbender, JuS 2001, 625.

<sup>76</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (418); Greiner, Rn. 185; Büdenbender, JuS 2001, 625; K. Jansen, S. 22; Vgl. Meub, DB 2002, 131; Oetker/Maultzsch § 8 Rn.5.

<sup>77</sup> Hirsch, Rn. 438; Eckert, Rn. 803; Strunk, S. 1; Förster, ZGS 2010, 460.

<sup>78</sup> Greiner, S. 188; Teichmann, ZfBR 2002, 13 (15).

<sup>79</sup> Staudinger/Peters/Jakoby, S. 741; Schellhammer, Rn. 422.

<sup>80</sup> Hirsch, Rn. 447; (Ankaufsuntersuchung eines Pferdes durch einen Tierarzt (BGH Urt. v. 22.12.2011- VII ZR 136/11, NJW 2012, 1070 (1071f), Haarschnitt, Freihalten einer bestimmten Fläche von Schnee und Eis (Winterdienst) (BGH Urt. v. 6.6.2013- VII ZR 355/12, NJW 2013, 3022 (3023)).

<sup>81</sup> Staudinger/Peters/Jakoby, S. 741; Büdenbender, JuS 2001, 625.

<sup>82</sup> Teichmann, JuS 2002, 417; K. Jansen, S. 23; Förster, ZGS 2011, 253ff.

<sup>83</sup> Glöckner, VuR 2016, 123; Popescu, NZBau 2012, 137 (142).

<sup>84</sup> Peters, NZBau 2007, 1.

<sup>85</sup> Stamm, JuS 2017, 56ff.

<sup>86</sup> Hirsch, Rn. 450; Büdenbender, JuS 2001, 625 (626).

<sup>87</sup> Greiner, S. 185; Oechsler, Rn. 575; Tonner, Rn. 2; Jansen, S. 23.

<sup>88</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (418); Hirsch, Rn. 452; Greiner, Rn. 186; Fikentscher/Heinemann § 84 Rn. 1191; Staudinger/ Peters/Jakoby S. 741; Leistner, JA 2007, 81; K. Jansen, S. 22; Peters, NZBau 2007, S. 1.

<sup>89</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (423):



können. Wird eine Sache nach individuellen Merkmalen, die vom Besteller vorgegeben sind, hergestellt und ist aus diesem Grund nicht auf dem Markt vorhanden, handelt es sich um eine nicht vertretbare Sache.<sup>90</sup> Im Gegensatz zum Werklieferungsvertrag liegt der Schwerpunkt des Vertrags nicht auf der Werkherstellung und Eigentumsübertragung, sondern auf dem Erfolg und der individuellen Werkschöpfung § 631 II BGB.<sup>91</sup>

## **B. Vergütung**

Der Unternehmer erhält vom Besteller für die Herstellung des Werks ein Entgelt, das in § 631 BGB als Vergütung bezeichnet wird.<sup>92</sup> Die Vergütung ist wesentlicher Bestandteil des Werkvertrags. Bei einer unentgeltlichen Tätigkeit des Unternehmers liegt hingegen kein Werkvertrag, sondern entweder ein Auftrag,<sup>93</sup> (§ 660 ff. BGB) oder eine Schenkung (§ 516 BGB) vor.<sup>94</sup> Für das Bemessen der Vergütung kann sowohl die Stückzahl als auch die aufgewendete Arbeitszeit maßgeblich sein.<sup>95</sup>

## **C. Anwendungsbereich des Werkvertrags und sein Verhältnis zu anderen Verträgen**

### **I. Anwendungsbereich**

Der Werkvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag.<sup>96</sup> Gem. § 631 BGB liegt ein Werkvertrag vor, wenn sich der Unternehmer zur Herstellung eines versprochenen Werks und der Besteller zur Entrichtung der Vergütung verpflichtet.<sup>97</sup> Aufgrund der Eigenart des Werkvertrags kommen vielfältige Erscheinungsformen in Betracht.<sup>98</sup> Diese Erscheinungsformen haben sich zu beinahe eigenständigen Vertragstypen entwickelt.<sup>99</sup> In der Praxis umfasst der Begriff des Werkvertrages ein breites Spektrum von Dienstleistungen und Branchen. Er ist besonders für Bauunternehmer und Handwerker von großer Bedeutung.<sup>100</sup> Im Rahmen der Bauverträge kommt nicht nur die Errichtung eines Hauses, sondern auch dessen Ausbau oder Renovierung in Betracht.<sup>101</sup> Der Abschluss des Werkvertrags schließt hier die Leistung vom Elektriker bis zu Dachdecker ein.<sup>102</sup> Ein grundstücksbezogener Fall eines Werkvertrags liegt vor, wenn ein Grundstückseigentümer den Bürgersteig durch einen Dienstleister von Schnee und

---

<sup>90</sup> Popescu, NZBau 2012, 137 (142); Greiner, Rn. 186.

<sup>91</sup> Eckert, Rn. 803; Tonner, Rn. 3.

<sup>92</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (418); Hirsch, Rn. 440; Büdenbender, JuS 2001, 625 (627); Oetker/Maultzsch § 8 Rn. 23.

<sup>93</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (679).

<sup>94</sup> Greiner, S. 190; Brox/Walker § 23 Rn. 5.

<sup>95</sup> Brox/Walker, § 23 Rn. 5; Hirsch, Rn. 440.

<sup>96</sup> Büdenbender, JuS 2001, 625 (626); Medicus/Lorenz, § 34 Rn. 1.

<sup>97</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn.5.

<sup>98</sup> Schellhammer, Rn. 422; Tonner, Rn. 1.

<sup>99</sup> Tonner, Rn. 1.

<sup>100</sup> Fikentscher, Rn. 1192; Oechsler, Rn. 582; Thode, NZBau 2002, 297 (299); Ott, NZBau 2003, 233; Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 271c.

<sup>101</sup> Glöckner, VuR 2016, 123; Ott, NZBau 2003, 233 (235); Hirsch, Rn. 444, 445; BGH Urt. v. 27.4.2006- VII ZR 175/05, NJW 2006, 2551; oder eines „Ausbauhauses“ BGH Urt.v. 22.12.2005- VII ZR 183/04, NJW 2006, 904; Schellhammer, Rn. 459.

<sup>102</sup> Wittler/Kupczyk, NJW 2016, 26ff.; Hirsch, Rn. 444.

Eis freihalten lässt.<sup>103</sup> Wird ein Unternehmer von einem Besteller mit der Errichtung eines Gebäudes auf dem eigenen Grundstück für seinen Kunden beauftragt, ist der Anwendungsbereich des Werkvertrags eröffnet.<sup>104</sup> In diesem Fall wird aber der Pflichtenkreis des Unternehmers erweitert. Denn er soll nach der Erstellung des Werks, also dem Bau des Gebäudes, das Grundstück durch notarielle Beurkundung übereignen.<sup>105</sup> Die Vereinbarung der VOB (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen), die von den Regelungen der §§ 631ff. BGB abweichende Vorschriften enthält, ist für Bauverträge möglich.<sup>106</sup>

Die Herstellung beweglicher Sachen (z.B. von Geräten, Kleidungsstücken, oder Kraftfahrzeugen<sup>107</sup>) unterliegt zwar gem. § 650 BGB (§ 651 BGB a.F.) dem Kaufrecht, ihre Veränderung, Ausbesserung oder Reparatur wird jedoch dem Werkvertragsrecht zugeordnet.<sup>108</sup> Dafür ist entscheidend, was die Parteien konkret vereinbart haben, also wo der Schwerpunkt des Vertrags liegt. Liegt der Schwerpunkt des Vertrags auf der Lieferung der beweglichen Sache, so ist das Kaufrecht anwendbar; steht jedoch die Montage oder Reparatur der beweglichen Sache im Vordergrund, so ist Werkvertragsrecht einschlägig.<sup>109</sup>

Ein Vertrag, der zwischen einem Friseur oder einem Kosmetiker und deren Kunden abgeschlossen wird, ist ebenso ein Werkvertrag.<sup>110</sup> Gem. § 631 II BGB ist der Erfolg, der durch die Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführen ist, der Gegenstand des Werkvertrags.<sup>111</sup> Der geistige Erfolg findet seinen Niederschlag auf Leinwand, Datenträger oder Papier.<sup>112</sup> Als Beispiel können Übersetzungsarbeiten oder die Anfertigung eines Portraits genannt werden.<sup>113</sup> Zu dem Werkvertrag zählen auch ärztliche, wissenschaftliche oder technische Gutachten.<sup>114</sup> Hier wird nicht der Erfolg selbst geschuldet, sondern die Richtigkeit der Feststellungen.<sup>115</sup> Verträge, die die Entwicklung bzw. Anpassung von Software oder die Erstellung/Betreuung einer Webseite beinhalten, sind regelmäßig auch Werkverträge.<sup>116</sup> Wird jedoch die Software

---

<sup>103</sup> BGH Urt. v. 6.6.2013- VII ZR 355/12, NJW 2013, 3022 (3023).

<sup>104</sup> K. Jansen, S. 22; Jordan, S. 112.

<sup>105</sup> Oetker/Maultzsch § 8 Rn. 29; Hirsch, Rn. 444.

<sup>106</sup> Fikentscher/Heinemann § 84 Rn. 1194; Greiner, S. 185; Wittler/Kupczyk, NJW 2016, 26ff; Oetker/Maultzsch § 8 Rn. 2.

<sup>107</sup> Schellhammer, Rn. 429; BGH Urt. 30. 11. 2004- X ZR 43/03, NJW 2005, 893: arbeitsteilige Organisation.

<sup>108</sup> Thode, NZBau 2002, 297 (299); Fikentscher/Heinemann § 84 Rn. 1192.

<sup>109</sup> Tonner, Rn. 3.

<sup>110</sup> Hirsch, Rn. 447; OLG Bremen Urt. 11.7.2011- 3 U 69/10, NJW-RR 2012, 92.

<sup>111</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn.5; Ankaufsuntersuchung eines Pferdes durch einen Tierarzt (BGH Urt. v. 22.12.2011- VII ZR 136/11, NJW 2012, 1070 (1071f), Haarschnitt, Freihalten einer bestimmten Fläche von Schnee und Eis (Winterdienst) (BGH Urt. v. 6.6.2013- VII ZR 355/12, NJW 2013, 3022 (3023)).

<sup>112</sup> Fikentscher/Heinemann, § 84 Rn. 1192.

<sup>113</sup> Hirsch, Rn.448; BGH Urt. v. 26.7.2012-VII ZR 262/11, NJW-RR 2012, 1261; Fikentscher/Heinemann § 84, Rn. 1192.

<sup>114</sup> Tonner, Rn. 2; Wittler/Kupczyk, NJW 2016, 26 (28); Schellhammer, Rn. 429.

<sup>115</sup> Staudinger/Peters/Jakoby S. 741; Hirsch, Rn. 448.

<sup>116</sup> Förster, ZGS 2011, 253 (259); Teichmann, JuS 2002, 415 (416); Hirsch, Rn. 449.

nicht nach individuellen und speziellen Bedürfnissen des Anwenders hergestellt, sondern massenhaft vertrieben, so ist aufgrund des § 650 BGB (§ 651 BGB a.F.) das Kaufvertragsrecht anzuwenden.<sup>117</sup>

Im Rahmen des Werkvertrags kann das Werk auch immateriell hergestellt werden. Schauspielerische Darbietungen, Konzerte oder Filmvorführungen sind immaterielle Werke und können so auch Gegenstand eines Werkvertrages werden.<sup>118</sup> In dieser Gruppe von Werkverträgen ist der Architektenvertrag einer der Wichtigsten. Der Architekt verpflichtet sich zur Herstellung eines Plans, der mit dem Bauwerk übereinstimmen soll.<sup>119</sup> Das ist seine erfolgsbezogene Pflicht. Jedoch wird er auch zur Bauaufsicht und Bauleitung verpflichtet, was keine erfolgsbezogene Pflicht darstellt.<sup>120</sup> Dies ändert aber nicht die Hauptpflicht des Architekten und damit die Anwendung des Werkvertragsrechts.

## II. Abgrenzung des Werkvertrags zum Dienstvertrag

Die Wertung eines Vertrags als Werk- oder Dienstvertrag beruht auf den konkreten Vereinbarungen der Parteien.<sup>121</sup> Es ist stets zu fragen, ob tatsächlich ein bestimmter Erfolg (Werkvertrag) oder nur eine Tätigkeit (Dienstvertrag) geschuldet wird.<sup>122</sup> Charakteristisch ist für den Werkvertrag die Pflicht der Herbeiführung eines Erfolges, die der Unternehmer nach seinem eigenen Willen frei erfüllen kann.<sup>123</sup> Er genießt dabei soziale und wirtschaftliche Selbständigkeit.<sup>124</sup> Bei der Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag stellt der Begriff des Erfolges die größte Schwierigkeit dar.<sup>125</sup> Gem. § 631 II BGB ist der Erfolgsbegriff im weitesten Sinne<sup>126</sup> auf die entgeltliche Werkschöpfung gerichtet, während im Rahmen des Dienstvertrags auf die Tätigkeit abgestellt wird.<sup>127</sup> Die Selbständigkeit des Schuldners stellt für die Abgrenzung ein wichtiges Indiz dar.<sup>128</sup> Beim Dienstvertrag ist eine ordnungs- und zeitgemäße Leistung durch Dienstverpflichtete und beim Werkvertrag die

---

<sup>117</sup> Förster, ZGS 2011, 253 (254); Oechsler, Rn. 581.

<sup>118</sup> Medicus/Lorenz, § 33 Rn.2; Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 272; K. Jansen, S. 23; Hirsch, Rn. 450

<sup>119</sup> Draxler, NJW 2018, 3291f; Harnos/Forster, JuS 2018, 968; Jordan, S. 112; Oechsler, Rn. 580.

<sup>120</sup> Oechsler, Rn. 580; Harnos/Forster, JuS 2018, 968.

<sup>121</sup> Tonner, Rn. 3; Oechsler, Rn. 577; Büdenbender, JuS 2001, 625 (629); Wietfeld, NJW 2014, 1206.

<sup>122</sup> Wietfeld, NJW 2014, 1206; Glöckner, VuR 2016, 123; Oechsler, Rn. 577; Strunk, S.1; Teichmann, JuS 2002, S. 417 (418); Förster, ZGS 2010, 460. Diese Unterscheidung führt auf römisches Recht zurück und daher stellt über die Jahre hinweg zur Abgrenzungskriterium dar. In der Zeit musste der conductor an einer Sache oder Person einen bestimmten Arbeitserfolg verwirklichen musste, während der locator beim Dienstvertrag nur zu ordnungsgemäßer Dienstleistung verpflichtet war.

<sup>123</sup> Fikentscher/Heinemann § 84 Rn. 1191; Oechsler, Rn. 577.

<sup>124</sup> Eckert, Rn. 802.

<sup>125</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (418); Wietfeld, NJW 2014, 1206 (1207).

<sup>126</sup> Wietfeld, NJW 2014, 1206 (1208).

<sup>127</sup> Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 272; Oechsler, Rn. 577.

<sup>128</sup> Oechsler, Rn. 577.

Herbeiführung des Erfolgs durch den Unternehmer wichtig.<sup>129</sup> Der Werkvertrag ist „erfolgsbestimmt“, der Dienstvertrag hingegen „zeitbestimmt“.<sup>130</sup> Erfüllt der Dienstverpflichtete seine Pflicht nicht, so kann der Dienstherr keine Nacherfüllung verlangen. Beim Werkvertrag wird jedoch dem Besteller bei mangelhafter Leistung ein Anspruch auf Nacherfüllung gewährt. Kommt der Unternehmer dem Nacherfüllungsverlangen des Bestellers nicht nach, verliert er auch seinen Vergütungsanspruch. Dagegen erhält der Dienstverpflichtete seine Vergütung auch bei Annahmeverzug des Dienstberechtigten oder beim Ausbleiben des Erfolgs.<sup>131</sup>

Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass der Dienstberechtigte fristlos und ohne Zahlungspflicht gem. § 627 BGB kündigen kann, dem Besteller steht jedoch ein Kündigungsrecht nur unter der Bedingung der Zahlung der vereinbarten Vergütung § 648 I 2 BGB (§ 649 BGB a.F.) zu.<sup>132</sup>

Ferner kann ein Vertrag dienst- und werkvertragliche Elemente beinhalten.<sup>133</sup> Beim Architektenvertrag ist die Erstellung des Bauplans dem Werkvertrag und die Durchführung der Bauleitung dem Dienstvertrag zuzuordnen.<sup>134</sup>

### III. Abgrenzung des Werkvertrags zum Kaufvertrag

Die Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf<sup>135</sup> war für den Gesetzgeber bei der Schuldrechtsmodernisierung äußerer Anlass, die Bestimmungen über die Haftung des Unternehmers für Mängel des Werks an die geänderten Vorschriften über die Mängelhaftung des Verkäufers anzupassen.<sup>136</sup> Im Vergleich zum Kaufrecht war zwar der Umfang der Reform des Werkvertragsrechts geringer, aber Kaufrecht und Werkvertragsrecht näherten sich dennoch weitgehend an.<sup>137</sup> Trotzdem bestehen nach wie vor Unterschiede zwischen beiden Vertragstypen, die nicht immer leicht feststellbar sind.<sup>138</sup> Beim Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer meistens zur Lieferung eines bereits vorhandenen Gegenstandes. Beim Werkvertrag hingegen soll der Unternehmer das Werk erst noch herstellen,<sup>139</sup> da es beim Abschluss des Werkvertrags das herzustellende Werk lediglich in den Vorstellungen der Parteien existiert.<sup>140</sup> Der

---

<sup>129</sup> Medicus/Lorenz, § 33 Rn. 1.

<sup>130</sup> Peters/Jakoby, S. 741; Teichmann, JuS 2002, 417 (417); Greiner, S. 188.

<sup>131</sup> Peters/Jakoby S. 741; Strunk, S. 2.

<sup>132</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn.16; Hirsch, Rn. 454.

<sup>133</sup> Greiner, S. 189.

<sup>134</sup> Peters/Jakoby, S. 741; Medicus/Lorenz, § 33 Rn.6.

<sup>135</sup> Richtlinie 1999/44/EGv.25.05.1999, ABL.EG.NR.1, 171/12; Thode, NZBau 2002, 297 (300).

<sup>136</sup> Kleefisch/Durynek, NJOZ 2018, 121 (129f); Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 271; A. Teichmann, ZfBR 2002, 13; Leistner, JA 2007, 81 (83); Vgl. Thode, NZBau 2002, 297 (298); Meub, DB 2002, 131; Derleder, NZBau 2004, 237.

<sup>137</sup> Popescu, NZBau 2012, 137 (138); Fikentscher/Heinemann § 84 Rn. 1191; Rodorff, S. 144; Teichmann, JuS 2002, S. 417; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233; Ott, NZBau 2003, 233.

<sup>138</sup> Thode, NZBau 2002, 297, (298); Rodorff, S. 145; Meub, DB 2002, 131.

<sup>139</sup> Voit, BauR 2002, 1776; Temming, AcP (215) 2015, 17 (20); Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/Forster, § 631-651 Rn. 29; Medicus/Lorenz, § 33 Rn.8.

<sup>140</sup> Temming, AcP (215) 2015, 17 (20).

Anwendungsbereich des Kaufvertrags ist auch dann eröffnet, wenn der Kaufgegenstand noch nicht angefertigt (z.B. Zeitschriftabonnement) oder nicht vorrätig (z.B. Lieferung von Elektroautos oder Chipkarte nimmt einige Zeit in Anspruch) sowie noch nicht abgetrennt ist (z.B. Kauf eines Teils des Grundstücks, der noch abgetrennt werden soll)<sup>141</sup>. Bezieht sich der Vertrag auf die Lieferung einer herzustellenden oder zu erzeugenden beweglicher Sache, ist dann nicht der Werkvertrag, sondern Kaufvertrag anwendbar<sup>142</sup> (sog. Werklieferungsvertrag nach § 650 BGB). Hier liegt dem Vertrag nicht der Herstellung, sondern die Lieferung der Sache zugrunde<sup>143</sup>. Ein weiterer ausschlaggebender Unterschied zwischen beiden Verträgen besteht darin, dass dem Unternehmer gem. § 635 I BGB ein Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Neuherstellung eingeräumt wird, während beim Kaufvertrag das Wahlrecht dem Käufer zusteht.<sup>144</sup> Ein elementarer Unterschied besteht bezüglich des Selbstvornahmerechts gem. § 637 BGB. Dieses Recht wurde im Falle des Werkvertrags dem Besteller eingeräumt, während es dem Käufer nicht zugesprochen wurde.<sup>145</sup> Jedoch wurde 2018 mit dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrecht und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung durch eine Neuregelung des § 439 III BGB das Recht zur zweiten Andienung bezüglich des Ein- und Ausbaus abgeschafft und damit ein partielles Selbstvornahmerecht im Kaufrecht eingeführt.<sup>146</sup>

Bei der Lieferung einer mangelhaften Sache werden dem Käufer lediglich die Rechte, die in § 437 BGB genannt werden, eingeräumt.<sup>147</sup> Trotz der neuen Regelung des § 640 II 2 BGB liegt ein weiterer Unterschied darin, dass es im Werkvertragsrecht im Vergleich zum Kaufrecht keine Spezialvorschriften für Verbraucher gibt.<sup>148</sup> Dem Käufer als Verbraucher i. S. v. § 13 BGB stehen die Rechte zu, die der Besteller im Werkvertragsrecht nicht hat. Daraus kann sich ergeben, dass der Käufer einer mangelhaften Sache rechtlich bessergestellt ist als der Besteller, der sich die gleiche mangelhafte Sache durch einen Handwerker hat einbauen lassen.<sup>149</sup> Dies ergibt sich daraus, dass der Unternehmer bei der Vertragsgestaltung einen größeren Spielraum zur

---

<sup>141</sup> Erman/*Grunewald*, § 433 Rn. 12; BeckOGK/*Merkle* BGB § 650 Rn. 20; Jauernig/*Berger* BGB § 433 Rn. 12; Brox/Walker § 23 Rn.10.

<sup>142</sup> Gerlach/Manzke, JuS 2019, 327 (328); BeckOK BGB/*Voit* BGB § 631 Rn. 3; BeckOGK/*Merkle* BGB § 650 Rn. 23ff

<sup>143</sup> Schellhammer, Rn. 431.

<sup>144</sup> Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 271, Derleder, NZBau 2004 237 (239); Fikentscher/Heinemann, § 84 Rn. 1191; Leistner, JA 2007, 81 (85); Thode, NZBau 2002, 297 (298); Teichmann, JuS 2002, 417 (419); Meub, DB 2002, 131 (132).

<sup>145</sup> Derleder, NZBau 2004, 237 (239); Fikentscher/Heinemann, § 84 Rn. 1191; Paehler, S. 30; Thode, NZBau 2002, 297 (299); Harnos/Forster, JuS 2018, 968 (971); Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 271.

<sup>146</sup> Hübner, ZfPW 2018, 227 (248, 255); Auch in BGH Urt. v. 21. 12. 2011– VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073 (1076); Teller, NJW 2019, 2121 (2123). Kleefisch/Durynek, NJOZ 2018, 121 (130f).

<sup>147</sup> Paehler, S.30.

<sup>148</sup> Rodorff, S. 152; Fikentscher/Heinemann § 84 Rn. 1191; Glöckner, VuR 2016, 163 (167f).

<sup>149</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (424).

Verfügung hat. Er kann beispielsweise durch freie Gestaltung des Vertrags die Gewährleistungsansprüche des Bestellers verkürzen.<sup>150</sup>

Allerdings ist ein dem Verkäufer im Kaufrecht gem. § 478 BGB zugesprochenes Regressrecht im Werkvertrag für den Unternehmer nicht vorgesehen.<sup>151</sup>

Aufgrund der Komplexität der Werkherstellung wie beim Industriebau ist beim Werkvertragsrecht das Herstellungsrisiko immer hoch. Es ist nicht vorhersehbar, ob der Unternehmer das Werk rechtzeitig und mangelfrei herstellen kann, wie es im Vertrag vereinbart wurde.<sup>152</sup> Dagegen kann sich der Käufer vor dem Kauf über die Beschaffenheit und Qualität der Kaufsache informieren.<sup>153</sup> Daher bleibt das Beschaffungsrisiko immer gering.

Einer der zentralen Unterschiede liegt in der Abnahmeregung des § 640 BGB im Werkvertragsrecht im Gegensatz zur kaufrechtlichen Regelung der Übergabe und damit auch dem Gefahrübergang.<sup>154</sup> Die Entgegennahme und Billigung des Vertragsgegenstands und die Fälligkeit der Gegenleistung ist in beiden Verträgen unterschiedlich geregelt.<sup>155</sup> Im Kaufrecht ändert die Ablieferung des Vertragsgegenstands die rechtliche Stellung der Vertragsparteien.<sup>156</sup> Die Ablieferung des Vertragsgegenstandes erfolgt dann, wenn er vom Verkäufer derart in den Machtbereich des Käufers gebracht wurde, dass er den Gegenstand auf Mangelhaftigkeit untersuchen kann.<sup>157</sup> Damit hat der Gefahrübergang für die Ablieferung/Übergabe keine Bedeutung.<sup>158</sup> Im Kaufrecht tritt die Fälligkeit des Zahlungsanspruches gem. § 271 BGB grundsätzlich mit dem Abschluss des Vertrags ein. Sofern die Parteien keine abweichende Vereinbarung hinsichtlich der Fälligkeit der Kaufpreiszahlung getroffen haben, hat der Käufer den Kaufpreis Zug um Zug gegen Übergabe des Kaufgegenstandes zu zahlen (§ 320 BGB).<sup>159</sup> Die Vorschrift des § 433 I BGB regelt die Übergabe- und Verschaffungspflicht des Verkäufers. Der Verkäufer muss den Kaufgegenstand dem Käufer übergeben und das Eigentum und Besitz an der Kaufsache verschaffen<sup>160</sup>. Im Werkvertrag jedoch wird der Zahlungsanspruch des Unternehmers nicht mit der Übergabe des Vertragsgegenstandes, sondern nach § 640 BGB ab dem Zeitpunkt der Abnahme fällig. Abnahme ist die körperliche Entgegennahme des Werks verbunden mit der Erklärung des Bestellers, dass er die Leistung als Vertragserfüllung anerkennt (sog. Billigung). Demgemäß genießt der Besteller im Gegensatz zum Käufer

---

<sup>150</sup> Rodorff, S. 152.

<sup>151</sup> Rodorff, S. 152.

<sup>152</sup> Medicus/Lorenz, § 36 Rn. 3.

<sup>153</sup> Rodorff, S. 153; Eusani, NZBau 2006, 676 (677); Thode, NZBau 2002, 297 (298); Glöckner, VuR 2016, 163.

<sup>154</sup> Leistner, JA 2007, 81 (84f); Thode, NZBau 2002, 297 (299f).

<sup>155</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (418); Leistner, JA 2007, 81 (84f).

<sup>156</sup> Leistner, JA 2007, 81 (84f).

<sup>157</sup> Rodorff, S. 154.

<sup>158</sup> Leistner, JA 2007, 81 (84f).

<sup>159</sup> Erman/*Grunewald*, § 433 BGB Rn.13f.; Gerlach/Manzke, JuS 2019, 327 (328); Schulze/*Stephanie*, *Eberl* § 433 Rn.12f.; Vgl. Rodorff, S. 154; Vgl. BeckOGK/*Kober* BGB § 634 Rn. 17.

<sup>160</sup> Brox/Walker § 2 Rn. 2f.

günstigere Gewährleistungsrechte.<sup>161</sup> Aufgrund dieser beiden Komponenten der Abnahme unterscheidet sich die Übergabe des Kaufgegenstandes von der Abnahme des Werks. Im Kaufvertrag bezieht sich die Übergabe auf die körperliche Entgegennahme der Kaufsache, während im Werkvertrag der Besteller das Werk körperlich entgegennehmen und seine Billigung zur Vertragsmäßigkeit<sup>162</sup>. Im Gegensatz zu dem Unternehmer, der das Werk noch herstellen soll, kann der Verkäufer beim Vertragsschluss dem Käufer von der Vertragsmäßigkeit überzeugen.<sup>163</sup> Ein wichtiges Abgrenzungsproblem besteht außerdem in dem Fall, dass der Unternehmer zur Werkherstellung aus Sachen, die er selbst beschafft hat, verpflichtet ist. Hier stellt sich Frage, ob aufgrund der Herstellungspflicht Werkvertragsrecht oder aufgrund der Übereignungspflicht Kaufrecht anzuwenden ist. Die Regelung des § 650 S.1 BGB gibt Antwort auf diese Frage. Demnach ist bei der Lieferung neu herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen Kaufrecht anwendbar.<sup>164</sup> Diese Anwendbarkeit erstreckt sich auf die Sachen, die vom Besteller geliefert oder in eine unbewegliche Sache eingebaut werden sollen.<sup>165</sup> Soll der Vertragsgegenstand vor der Übereignung vom Verkäufer verändert oder vergrößert werden, so ist Werkvertragsrecht anwendbar, wenn der Schwerpunkt des Vertrags in diesem Fall auf den vom Verkäufer vorgenommenen Änderungen liegt.<sup>166</sup> Die Ermittlung des Vertragsschwerpunkts ist aber nicht immer leicht.<sup>167</sup> In Fällen, in denen Kauf und Montage zusammenfallen, bilden die Lieferung einer beweglichen Sache und ihre Montage/ihr Einbau den Vertragsgegenstand. Das Verhältnis zwischen Material- und Arbeitskosten spielt deshalb eine entscheidende Rolle.<sup>168</sup> Die Frage nach den Kosten, die für die Feststellung des jeweils anwendbaren Rechts ausschlaggebend sind, stellt sich besonders beim Kauf von hochwertigen Anlagen. Es muss festgestellt werden, welche Leistungskosten, Lieferung oder Montage dem Vertrag seinen Charakter geben.<sup>169</sup> Wenn z.B. die Materialkosten der Photovoltaikanlage die Montagekosten übersteigen, findet Kaufvertragsrecht Anwendung.<sup>170</sup> Dagegen ist das Werkvertragsrecht anwendbar, wenn eine neue Küche in ein altes Landhaus eingebaut werden soll. Bei einem alten Haus ist eine viel größere und umfangreichere Planung notwendig und daher sind die Einbaukosten üblicherweise höher als die Kosten der Lieferung der Küche selbst.<sup>171</sup> Bezüglich der Kosten existiert zwischen beiden Verträgen darüber hinaus ein großer Unterschied. Bei einem Hauskauf ist dem Käufer der Kaufpreis schon bekannt.<sup>172</sup> Beim

<sup>161</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 505.

<sup>162</sup> Fikentscher/Heinemann § 84 Rn. 1200.

<sup>163</sup> NK-BGB Lederer/Raab, vor §§ 631 BGB Rn. 32; Peters, ZGS 2011, 304 (305).

<sup>164</sup> Popescu, NZBau 2012, 137 (138); Teichmann, JuS 2002, 417 (423); A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (19); Büdenbender, JuS 2001, 625 (629); Medicus/Lorenz, § 33 Rn. 8.

<sup>165</sup> Oetker/Maultzsch § 8 Rn.10; Popescu, NZBau 2012, 137 (138); Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 300.

<sup>166</sup> Büdenbender, JuS 2001, 625 (629).

<sup>167</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (423); A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (19); Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 300.

<sup>168</sup> Medicus/Lorenz, § 33 Rn.12; Hirsch, Rn. 460; Schellhammer Rn. 428.

<sup>169</sup> Hirsch, Rn. 460; Peters/Jakoby, S. 742.

<sup>170</sup> Kleefisch/Durynek, NJOZ 2018, 121ff; Hirsch, Rn. 460

<sup>171</sup> Medicus/Lorenz, § 33 Rn.10; Hirsch, Rn. 460; Schellhammer, Rn. 431.

<sup>172</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (418).

Neubau eines Hauses hingegen ist es nicht unüblich, dass der Bau am Ende viel teurer wird, als am Anfang geplant war.<sup>173</sup>

#### **D. Die Parteien des Werkvertrags**

Das BGB sieht Unternehmer und Bestellers als die Parteien eines Werkvertrags vor.<sup>174</sup>

##### **I. Unternehmer**

Der Unternehmer verpflichtet sich gem. § 631 BGB zur Herstellung eines Werks. Dieser Begriff ist mit dem Unternehmerbegriff i. S. v. § 14 BGB nicht identisch.<sup>175</sup> Wesensgleichheit mit § 14 BGB besteht nur darin, dass als Unternehmer sowohl natürliche als auch juristische Personen in Betracht kommen.<sup>176</sup> Daher kann ein Verbraucher Unternehmer i. S. v. § 631 BGB sein.

Grundsätzlich verpflichtet sich der Unternehmer nicht zur höchstpersönlichen Herstellung des Werks.<sup>177</sup> Der Unternehmer ist meistens professionell und gewerblich tätig.<sup>178</sup> Trotz seines Erfahrungsvorsprungs darf sich er bei der Werkherstellung eines Dritten oder selbstständigen Subunternehmers bedienen.<sup>179</sup> Als Sonderfall gibt es die Verpflichtung zur höchstpersönlichen Erbringung der Werkleistung.<sup>180</sup> Von der Erbringung einer höchstpersönlichen Werkherstellung ist dann auszugehen, wenn es sich um künstlerische, wissenschaftliche oder sonstige Leistungen handelt, bei denen es gerade auf die besondere Fähigkeit des Unternehmers ankommt.<sup>181</sup> Es kann also vertraglich vereinbart werden, dass der Unternehmer aufgrund seiner Kenntnisse und Fähigkeiten das Werk höchstpersönlich herstellen soll (z.B. Komposition eines Musikstücks).<sup>182</sup>

Der Unternehmer ist im Gegensatz zu Dienstverpflichteten weder zur persönlichen Tätigkeit verpflichtet noch weisungsgebunden.<sup>183</sup> Ihm obliegt die freie Wahl der Produktionsmittel und der Arbeitszeit.<sup>184</sup> Somit genießt er bei der Werkherstellung eine völlige Methodenfreiheit.<sup>185</sup>

---

<sup>173</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (418).

<sup>174</sup> Peters/ Jakoby, S. 745.

<sup>175</sup> Meub, DB 2002, 131; Hirsch, Rn. 439; Medicus/Lorenz, § 33 Rn.1.

<sup>176</sup> Peters/Jakoby, S. 746; Oetker/Maultzsch § 8 Rn.5; Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 272.

<sup>177</sup> Brox/Walker § 24 Rn.1; BGH Urt. v.7.11.1985 VII ZR 270/83, NJW 1986, 922 (923).

<sup>178</sup> Förster, ZGS 2010, 460 (463); Hennecke/Tuengerthal, BB 2015, 1269 (1271).

<sup>179</sup> Fikentscher/Heinemann, § 84 Rn. 1197; Greiner, S. 189; Tonner, Rn. 6; BGH Urt. v. 7.11.1985 VII ZR 270/83, NJW 1986, 922 (923); Förster, ZGS 2010, 460 (463); Schmeel, MDR 2017, 254; Wittler/Kupczyk, NJW 2016, 26ff.

<sup>180</sup> Wertenbruch, ZGS 2003, 53 (54).

<sup>181</sup> Wertenbruch, ZGS 2003, 53 (54).

<sup>182</sup> Brox/Walker § 24 Rn.1; Peters/Jacoby, Rn. 746.

<sup>183</sup> Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 272.

<sup>184</sup> Greiner, S. 190; Thode, NZBau 2002, 297 (298).

<sup>185</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn.27; Greiner, S. 190; Hennecke/Tuengerthal, BB 2015 1269 (1272).



Bei fehlender Kapazität oder eingeschränkter Kompetenz des Unternehmers können Subunternehmer herangezogen werden.<sup>186</sup> Die Aufgabe des Unternehmers besteht dann entweder in einer vermittelnden organisatorischen (wie beim Konzert, Flughafen)<sup>187</sup> oder auch gehilfenbezogenen (wie beim Bau)<sup>188</sup> Leistung.

## **II. Besteller**

Der Vertragspartner des Unternehmers wird in § 631 BGB Besteller genannt.<sup>189</sup> Auch der Besteller kann sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein.<sup>190</sup> Im Rahmen der Durchführung des Selbstvornahmerechts steht dem Besteller das Recht zu, sich Dritter bzw. mehrerer Unternehmen zu bedienen. Dabei können verwickelte Vertragsverhältnisse entstehen, wenn der Besteller mehrere Unternehmer beauftragt, die neben- oder nacheinander tätig werden sollen.<sup>191</sup> In einem solchen Fall ist der früher beauftragte Unternehmer verpflichtet, termingerecht und mangelfrei zu leisten, sodass für den später beauftragten Unternehmer eine ordnungsgemäße Basis geschaffen wird.<sup>192</sup>

### **E. Pflichten des Unternehmers**

Aus dem Werkvertrag ergeben sich folgende Pflichten für den Unternehmer

#### **I. Hauptpflichten des Unternehmers**

Die Hauptpflicht des Unternehmers liegt in der rechtzeitigen, mangelfreien Herstellung und der Ablieferung des vereinbarten Werks § 633 BGB.<sup>193</sup>

##### **1. Pflicht des Unternehmers zur Herstellung des Werks**

Gem. § 631 I BGB stellt die Herstellung oder Veränderung des versprochenen Werks die Hauptleistungspflicht des Unternehmers dar.<sup>194</sup> Seine Herstellungspflicht basiert nicht auf einer Tätigkeit sondern auf einem vertraglich vereinbarten konkreten Erfolg.<sup>195</sup> Welchen konkreten Erfolg der Unternehmer jeweils herbeizuführen hat, ist für jeden Einzelfall separat zu untersuchen.<sup>196</sup> Zu der Risikosphäre des Unternehmers gehört auch das Erreichen des Erfolgs.<sup>197</sup> Das Scheitern der Werkherstellung im ersten Versuch beendet die Herstellungspflicht des Unternehmers nicht.<sup>198</sup> Da gem. § 644 BGB die

---

<sup>186</sup> Hennecke/Tuengerthal, BB 2015, 1269 (1271f); Peters/Jacoby, Rn. 746; Fikentscher/Heinemann § 84 Rn. 1197.

<sup>187</sup> Fikentscher/Heinemann § 84 Rn. 1197.

<sup>188</sup> Peters/Jacoby, Rn. 747.

<sup>189</sup> Hirsch, Rn. 439; Hennecke/Tuengerthal, BB 2015, 1269.

<sup>190</sup> Peters/Jacoby, S. 745.

<sup>191</sup> Stamm, JuS 2017, 56 ff; Hammacher, NZBau 2010, 19ff.

<sup>192</sup> Stamm, JuS 2017, 56 ff; Peters/Jacoby, S. 745; Hammacher, NZBau 2010, 19ff.

<sup>193</sup> Greiner, S. 189; Tonner, Rn. 6; Teichmann, JuS 2002, 415 (416); Büdenbender, JuS 2001, 625 (626); Thode, NZBau 2002, 297 (301).

<sup>194</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (418); Fikentscher/Heinemann, § 84 Rn. 1196; Büdenbender, JuS 2001, 625 (626).

<sup>195</sup> Hirsch, Rn. 465; Greiner, S. 189; Teichmann, JuS 2002, 417 (418); A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (14); Büdenbender, JuS 2001, 625 (626).

<sup>196</sup> Tettinger, ZGS 2006, 96 (97); Hennecke/Tuengerthal, BB 2015, 1269 (1271); Wietfeld, NJW 2014, 1206 (1207).

<sup>197</sup> Büdenbender, JuS 2001, 625 (626); Wietfeld, NJW 2014, 1206 (1209).

<sup>198</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (692); Hirsch, Rn. 465; Medicus/Lorenz, § 36 Rn. 2.

Gefahrtragung bis zur Abnahme beim Unternehmer liegt, muss er vielmehr verschuldensunabhängig erneut die Werkherstellung versuchen, bis der Erfolg eintritt.<sup>199</sup>

Das Werk muss nicht unbedingt durch den Unternehmer selbst hergestellt werden. Vielmehr kann er Dritte, für deren Verhalten er gem. § 278 BGB verantwortlich ist, beauftragen.<sup>200</sup> Diese Dritten, die unmittelbar mit der Herstellung des Werks befasst sind, können sowohl weisungsgebundene Beschäftigte als auch selbstständige Subunternehmer sein.<sup>201</sup>

Unter besonderen Umständen, wenn, wie bei Künstlern und Musikern, die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse des Unternehmers zu einer besonders geschätzten Qualität des Werks beitragen, können die Parteien allerdings vertraglich vereinbaren, dass der Unternehmer das Werk höchstpersönlich herstellen soll.<sup>202</sup>

Da der Unternehmer nur die Herbeiführung eines Erfolgs schuldet, genießt er dabei Methodenfreiheit.<sup>203</sup> Er ist bei der Entscheidung, Herbeiführung und der zeitlichen Organisation hinsichtlich der Werkherstellung weisungsunabhängig.<sup>204</sup> Er kann selbst frei bestimmen, welches Produktionsmittel, welche Arbeiter bei der Herstellung eingesetzt und wann mit der Herstellung begonnen/wann sie beendet werden soll.<sup>205</sup>

## **2. Pflicht des Unternehmers zur Herstellung eines mangelfreien Werks**

Gem. § 633 I BGB soll der Unternehmer das Werk frei von Sach- und Rechtsmangel herstellen.<sup>206</sup> Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Sach- und Rechtsmangels werden in den §§ 633 und 634 BGB geregelt.<sup>207</sup>

### **a. Sachmangel**

Der Begriff des Mangels im Werkvertrag stimmt mit dem des Kaufrechts (subjektive Fehlertheorie) überein.<sup>208</sup> Danach liegt ein Mangel dann vor, wenn die Istbeschaffenheit von der Sollbeschaffenheit stark abweicht.<sup>209</sup> Unter der Istbeschaffenheit ist den Zustand

---

<sup>199</sup> Hennecke/Tuengerthal, BB 2015, 269; Hirsch, Rn. 465; Teichmann, JuS 2002, 417 (419); Hammacher, NZBau 2010, 91 (92); Medicus/Lorenz, § 36 Rn. 3.

<sup>200</sup> Medicus/Lorenz, § 35 Rn.1; Brox/Walker § 24 Rn. 1; Fikentscher/Heinemann, § 84 Rn. 1196; Tonner, Rn. 6.

<sup>201</sup> Greiner, S. 189; Eckert, Rn. 808; Fikentscher/Heinemann, § 84 Rn. 1196.

<sup>202</sup> Eckert, Rn. 808; Medicus/Lorenz, § 35 Rn.1.

<sup>203</sup> Hennecke/Tuengerthal, BB 2015, 1269 (1272).

<sup>204</sup> Greiner, S. 190.

<sup>205</sup> Hennecke/Tuengerthal, BB 2015, 1269 (1271).

<sup>206</sup> Schellhammer, Rn. 445; Hirsch, Rn. 466; Eckert, Rn. 809; Teichmann, JuS 2002, 417 (419); Derleder, NZBau 2004, 237 (238); Büdenbender, JuS 2001, 625 (627); Peters, NZBau 2007, S. 1 (2); Meub, DB 2002, 131.

<sup>207</sup> Tonner, Rn. 10; Schellhammer, Rn. 446.

<sup>208</sup> Eckert, Rn. 809; Oechsler, Rn. 589; Tonner, Rn. 15; Schellhammer, Rn. 446; Herresthal, NJW 2005, 1457; Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, § 631-651 Rn. 79.

<sup>209</sup> Meub, DB 2002, 131; Ott, NZBau 2003, 233 (235); Peters, NZBau 2009, 209.

des Werks im maßgeblichen Zeitpunkt zu verstehen.<sup>210</sup> Die Sollbeschaffenheit richtet sich bezüglich Inhalt, Art und Umfang nach der Vereinbarung der Parteien.<sup>211</sup> Die Vorstellung der Vertragsparteien ist somit für die Feststellung der Mangelhaftigkeit des Werks maßgeblich.<sup>212</sup> Nach § 633 II BGB weist das Werk dann einen Mangel auf, wenn bei Gefahrübergang, also bei der Abnahme,<sup>213</sup> eine vereinbarte Beschaffenheit (§ 633 II 2 BGB) fehlt und sich das Werk für die vertraglich vorausgesetzte (§ 633 II 2 Nr. 1 BGB) bzw. die gewöhnliche Verwendung (§ 633 II 2 Nr. 2 1. Alt. BGB) nicht eignet.<sup>214</sup> Das gilt unabhängig von einer Vereinbarung der Parteien über eine bestimmte Ausführungsart oder die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik.<sup>215</sup> Da die anerkannte Regel der Technik die Beschaffenheit konkretisiert, die das Werk im normalen Fall besitzen soll,<sup>216</sup> sind deren Einhaltung (etwa DIN-Normen) und die Funktionsfähigkeit für die vertraglich vorausgesetzte oder gewöhnliche Verwendung als Mindeststandard anzuerkennen.<sup>217</sup> Auf diese Weise kann die Entstehung des Eindrucks vermieden werden, dass das Werk alleine aufgrund der Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik mangelfrei wäre.<sup>218</sup>

Weiterhin liegt auch dann ein Mangel vor, wenn das Werk nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werks erwarten kann § 633 II 2 Nr.2 BGB.<sup>219</sup> Hier ist zwischen der Sollbeschaffenheit des Werks und der Erwartung des Bestellers ein starker Zusammenhang gegeben.<sup>220</sup> Der Grad der Erwartungen des Bestellers hängt in einzelnen Fällen von den Fachkenntnissen und Fähigkeiten des Unternehmers sowie von der Sache bzw. Substanz, die vom Besteller an den Unternehmer gestellt wurde, ab.<sup>221</sup> In Werkverträgen, genau genommen in Bauverträgen, in denen die Leistungen genau beschrieben werden sollen, wird auf die Beschaffenheitsvereinbarung i. S. v. § 633 II 1 BGB großer Wert gelegt.<sup>222</sup> Die Dicke der Wände, die Tragfähigkeit der Decken des

---

<sup>210</sup> Kleefisch/Durynek, NJOZ 2018, 121 (124); Medicus/Lorenz, § 37 Rn.3.

<sup>211</sup> OLG Hamm, Urteil v. 29. 5.2007- 21 U 73/06, NZBau 2007, 715; Kleefisch/Durynek, NJOZ 2018, 121 (124f); Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 5.

<sup>212</sup> Wittler/Sieberg, NJW 2018, 19 (22); Teichmann, JuS 2002, 417 (419); BGH Urt.v.8.5.2014- VII ZR 203/11, NJW 2014, 3365 (3366).

<sup>213</sup> Eckert, Rn. 810.

<sup>214</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (235); Hammacher, NZBau 2010, 91; Teichmann, JuS 2002, 417 (419); A.Teichmann, ZfBR 2002, 13 (14); Derleder, NZBau 2004, 237 (238); Meub, DB 2002, 131; Harnos/Forster, JuS 2018, 968 (970); Kleefisch/Durynek, NJOZ 2018, 121 (124).

<sup>215</sup> Hammacher, NZBau 2010, 91.

<sup>216</sup> Oechsler Rn, 590; A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (14); Thode, NZBau 2002, 297 (305).

<sup>217</sup> Glöckner, VuR 2016, 163 (167); OLG Hamm Urt. v. 9. 11.2018- I 12 U 20/18, BeckRS 30718 Rn. 29; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 33.

<sup>218</sup> Thode, NZBau 2002, 297 (305); Jordan, S.116; OLG Hamm Urt. v. 9. 11.2018- I 12 U 20/18, BeckRS 30718, Rn. 32.

<sup>219</sup> Tonner, Rn. 15; Thode, NZBau 2002, 297 (303); Kleefisch/Durynek, NJOZ 2018, 121 (124); Medicus/Lorenz, § 37 Rn.6.

<sup>220</sup> Oechsler, Rn. 590; Peters, NZBau 2009, 209 (210)

<sup>221</sup> Derleder, NZBau 2004, 237 (239); Oechsler, Rn. 590.

<sup>222</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (419); A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (14); Derleder, NZBau 2004, 237 (238); Büdenbender, JuS 2001, 625 (630); Peters, NZBau 2007, S. 1 (2);

Gebäudes und die Qualität der Fliesen stellen zentrale Eigenschaften für die Leistungsbeschreibung im Bereich von Bauverträgen dar.<sup>223</sup> Dem Unternehmer wird besonders bei künstlerischer Werkherstellung<sup>224</sup> Gestaltungsfreiheit bezüglich der Ästhetik eingeräumt.<sup>225</sup> Der Besteller muss dabei mit dem Risiko rechnen, dass das Werk nicht seinem Geschmack entsprechend hergestellt wird, soweit er die Leistung nicht konkret und exakt beschrieben hat. Durch die Vereinbarung der Erstellung eines Entwurfs für Werkanlagen kann der Unternehmer verpflichtet werden, das Werk auf der Basis dieses Entwurfs herzustellen.<sup>226</sup> Daher liegt auch ein Sachmangel vor, wenn das Werk vom Entwurf abweicht, selbst wenn die Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit keine Beeinträchtigung des Werts oder Gebrauchstauglichkeit des Werks verursacht.<sup>227</sup>

Gem. § 633 II 3 BGB wird eine Aliud-Herstellung oder die Herstellung einer zu geringen Menge wie im Kaufrecht (§ 433 III BGB) dem Sachmangel gleichgestellt.<sup>228</sup> Anders als im Kaufrecht ist es sehr schwer, bei Werkverträgen, deren Inhalte nicht individuell, sondern nach Gattungsmerkmalen bestimmt werden, eine Grenze zwischen einer mangelhaften und einer Aliud-Herstellung zu ziehen.<sup>229</sup>

### **b. Rechtsmangel**

Gem. § 634 BGB werden dem Besteller die Mängelrechte auch dann gewährt, wenn das Werk einen Rechtsmangel aufweist.<sup>230</sup> Im Unterschied zum Sachmangel ist beim Rechtsmangel auf Vereinbarungen über den Verwendungszweck nicht abzustellen.<sup>231</sup> Das Werk ist mit einem Rechtsmangel gem. § 633 III BGB behaftet, wenn ein Dritter in Bezug auf das Werk Rechte, die nicht im Werkvertrag übernommen wurden, gegen den Besteller geltend machen kann.<sup>232</sup> Als Rechte eines Dritten kommen Immaterialgüterrechte also Urheber-, Marken- oder Patentrechte in Betracht.<sup>233</sup>

### **c. Folgen eines Mangels**

Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der werkvertraglichen Mängelrechte sind in den §§ 634 ff BGB geregelt. Die Mängelrechte stehen zueinander in einem Stufenverhältnis.

---

Hammacher, NZBau 2010, 91; Ott, NZBau 2003, 233 (235); Harnos/Forster, JuS 2018, 968 (970).

<sup>223</sup> Harnos/Forster, JuS 2018, 968 (970); Hammacher, NZBau 2010, 91 (92); Oechsler, Rn. 589; Wittler/Sieberg, NJW 2018, 19 (22).

<sup>224</sup> Oechsler, Rn. 589; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 33.

<sup>225</sup> Hennecke/Tuengerthal, BB 2015, 1269 (1272).

<sup>226</sup> Oechsler, Rn. 589; vgl. Peters, JR 2004, 353 (354).

<sup>227</sup> Wittler/Kupczyk, NJW 2016, 26 (27); Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 5; OLG Hamm Urt. v. 9. 11.2018- I 12 U 20/18, BeckRS 30718 Rn. 41; Peters, NZBau 2009, 209 (210).

<sup>228</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (235); Vgl. Peters, NZBau 2007, S. 1 (2); Meub, DB 2002, 131; Oetker/Maultzsch § 8 Rn.65; Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 7.

<sup>229</sup> Eckert, Rn. 812.

<sup>230</sup> Brox/Walker § 24 Rn. 5; Teichmann, JuS 2002, 417 (419).

<sup>231</sup> Meub, DB 2002, 131 (132).

<sup>232</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (419); Peters, NZBau 2007, S. 1 (2); Thode, NZBau 2002, 297 (302); Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 283.

<sup>233</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 9; Eckert, Rn. 814; Oechsler, Rn. 593; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 36.

Dem Besteller wird zunächst ein Nacherfüllungsanspruch gem. § 635 BGB eingeräumt.<sup>234</sup> Nach erfolglosem Fristenablauf kann der Besteller von seinen Mängelrechten wie Selbstvornahme, Minderung, Rücktritt oder auch Schadensersatz statt der Leistung bzw. Ersatz der vergeblichen Aufwendungen Gebrauch machen.<sup>235</sup>

### **i. Überblick**

Stellt der Unternehmer ein mangelhaftes Werk her, verletzt er seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Erfüllung.<sup>236</sup> Damit behält der Besteller seinen Anspruch auf Erfüllung, der auf die Herstellung des versprochenen Werks abstellt.<sup>237</sup> Im Falle der Herstellung eines wesentlich mangelhaften Werks steht ihm gem. § 640 I 2 BGB das Recht auf die Verweigerung der Abnahme und die Verweigerung der Zahlung der Vergütung zu.<sup>238</sup> In diesem Fall gerät der Besteller nicht in Annahmeverzug.<sup>239</sup>

§ 641 III BGB gewährt dem Besteller ein Zahlungsverweigerungsrecht. Er kann nach der Fälligkeit die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern, wenn ihm das Recht auf die Beseitigung eines Mangels zusteht. Das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten gilt hierbei in der Regel als angemessen.<sup>240</sup>

Die Mängelrechte des Bestellers sind in den §§ 634 ff. BGB geregelt. Im Rahmen der Schuldrechtsreform zum 1.1.2002 wurden diese Vorschriften modernisiert.<sup>241</sup> Demgemäß hat der Besteller zuerst einen Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 634 Nr. 1 i.V.m. 635 BGB.<sup>242</sup> Nach fruchtlos abgelaufener Fristsetzung kann der Besteller einen Anspruch auf Aufwendungsersatz bei Selbstvornahme, Rücktritt oder auch Minderung geltend machen.<sup>243</sup> Zwischen dem Rücktritts- und Minderungsrecht besteht ein alternatives Verhältnis.<sup>244</sup> Außerdem wird dem Besteller ein Recht auf Schadens- oder Aufwendungsersatz gewährt. Da lediglich die Rechte des Bestellers auf Selbstvornahme und Minderung über das allgemeine Leistungsstörungenrecht hinausgehen, stellen sie werkvertragliche Besonderheiten dar.<sup>245</sup>

Für das Bestehen der oben genannten Mängelrechte sind zunächst ein wirksamer Werkvertrag und das Vorliegen eines Mangels erforderlich.<sup>246</sup> Die in § 634 BGB

---

<sup>234</sup> Draxler, NJW 2018, 3291; Meub, DB 2002, 131 (132); Ott, NZBau 2003, 233 (236); Oetker/Maultzsch, § 8 Rn.59.

<sup>235</sup> Draxler, NJW 2018, 3291.

<sup>236</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn.47; Teichmann, JuS 2002, 417 (421).

<sup>237</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (418); A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (14).

<sup>238</sup> Hammacher, NZBau 2010, 91 (92).

<sup>239</sup> Brox/Walker § 24 Rn. 7.

<sup>240</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (236); Brox/Walker § 24 Rn. 7.

<sup>241</sup> Wagner, JZ 2002, 475; Meub, DB 2002, 131 (132);

<sup>242</sup> BGH (Urt. v. 23.2.2005-VIII ZR 100/04 LG Gießen) NJW 2005, 1348; Lorenz, NJW 2003, 1417; Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 8.

<sup>243</sup> A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (15f); Meub, DB 2002, 131 (132); Draxler, NJW 2018, 3291.

<sup>244</sup> Brox/Walker § 24 Rn. 8.

<sup>245</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (421); Thode, NZBau 2002, 297; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 49

<sup>246</sup> BGH Urt. v. 1.8.2013- VII ZR 6/13, NJW 2013, 3167 (3169).

geregelten Rechte sind abdingbar, sodass den Vertragsparteien ein freier Gestaltungsspielraum eingeräumt wird.<sup>247</sup> Bei einem arglistigen Verschweigen des Mangels oder der Übernahme einer Garantie für die Beschaffenheit des Werks kann sich der Unternehmer auf die Vereinbarung nicht berufen (§ 639 BGB).<sup>248</sup> Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk in Kenntnis des Mangels ab, werden ihm gem. § 640 III BGB (640 II BGB a.F.) die Mängelrechte des § 634 Nr.1-3 BGB nur dann gewährt, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

Nacherfüllung und Selbstvornahme werden im zweiten Teil dieser Arbeit näher untersucht. Die übrigen Mängelrechte werden im Folgenden kurz erörtert.

## ii. Rücktritt

Gemäß §§ 634 Nr. 3. 1. Fall i. V. m. 636 BGB kann der Besteller vom Werkvertrag zurücktreten.<sup>249</sup> Die zentrale Vorschrift des Rücktrittsrechts in § 323 BGB findet aufgrund der Verweisung in § 634 Nr. 3. 1. Fall BGB auf das Rücktrittsrecht des Bestellers Anwendung.<sup>250</sup>

### (1) Erfolgslose Bestimmung einer Frist

Der Besteller hat dem Unternehmer gem. § 323 I BGB eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zu setzen.<sup>251</sup> Die Fristsetzung kann jedoch gem. § 323 II BGB entbehrlich sein, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin nicht geleistet hat. Beim Vorliegen besonderer Umstände, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen, ist die Fristsetzung ebenfalls entbehrlich. Zu den weiteren Gründen der Entbehrlichkeit der Fristsetzung zählen die Nacherfüllungsverweigerung des Unternehmers wegen unverhältnismäßiger Kosten nach § 635 III BGB, der Fehlschlag der Nacherfüllung oder die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung für den Besteller § 637 II BGB.<sup>252</sup>

### (2) Rücktrittserklärung

Da der Rücktritt ein Gestaltungsrecht darstellt, ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Bestellers gegenüber dem Unternehmer erforderlich.<sup>253</sup> Das Rücktrittsrecht ist bei einer Mehrzahl von Bestellern und Unternehmern von allen Bestellern und gegenüber allen Unternehmern auszuüben (§ 351 S.1 BGB).<sup>254</sup> Erlischt das Rücktrittsrecht für einen Berechtigten, so erlischt es auch für die Übrigen (§ 351 S.2 BGB).<sup>255</sup> Da das Rücktrittsrecht verschuldensunabhängig ist, ist mit der

---

<sup>247</sup> Brox/Walker § 24 Rn. 10.

<sup>248</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 40f.

<sup>249</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 23; Teichmann, JuS 2002, 417 (420).

<sup>250</sup> Medicus/Lorenz, § 35 Rn.5; Meub, DB 2002, 131 (133); Bis zum 1.1.2002 war wie im Kaufrecht im Werkvertragsrecht kein Rücktrittsrecht, sondern lediglich ein Anspruch des Bestellers auf Wandlung, die keine Gestaltungswirkung hat, vorhanden.

<sup>251</sup> BGH Urt. v. 23.2.2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348; Herresthal, NJW 2005, 1457.

<sup>252</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (420); Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 23.

<sup>253</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 25.

<sup>254</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 25.

<sup>255</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 25.

Rücktrittserklärung die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs nicht ausgeschlossen.<sup>256</sup>

### **(3) Rechtsfolgen des Rücktritts**

Durch die Ausübung des Rücktrittsrechts sind die gegenseitigen Leistungspflichten erloschen.<sup>257</sup> Dies führt zur Entstehung eines Rückabwicklungsverhältnisses.<sup>258</sup> Nach § 634 Nr. 3 1. Fall BGB gelten für dieses Rückabwicklungsverhältnis die allgemeinen Rücktrittsregeln der § 346 ff. BGB.<sup>259</sup> Die empfangenen Leistungen sollen von den Parteien Zug um Zug zurückgewährt werden.<sup>260</sup> Ist die Rückgabe einer Leistung, die bis zum Rücktritt empfangen wurde, nicht möglich, hat der Besteller insoweit gem. § 346 II 2 BGB Wertersatz zu leisten.<sup>261</sup> Die Höhe dieses Wertersatzes bestimmt sich nach dem vereinbarten Werklohn.<sup>262</sup> Des Weiteren führt die Rücktrittserklärung zum Ausschluss des Minderungsrechts.<sup>263</sup>

### **(4) Ausschluss des Rücktritts**

Die im Kaufrecht gültige Bagatellgrenze ist auch im Werkvertragsrecht für den Rücktritt zu berücksichtigen.<sup>264</sup> Bei Unerheblichkeit des Mangels ist das Rücktrittsrecht gem. §§ 634 Nr. 3, 323 V 2 BGB ausgeschlossen.<sup>265</sup> Ferner ist der Rücktritt gem. §§ 634 Nr. 3, 323 VI 1. Fall BGB ausgeschlossen, wenn der Besteller allein oder weit überwiegend für den Umstand, der dem Besteller ein Rücktrittsrecht einräumt, verantwortlich ist.<sup>266</sup> Tritt ein Mangel, der vom Unternehmer nicht zu vertreten ist, zu einer Zeit ein, zu der der Besteller in Annahmeverzug ist, darf der Besteller nach §§ 634 Nr.3, 323 VI 2. Fall BGB nicht zurücktreten.<sup>267</sup>

### **iii. Minderung der Vergütung**

Der Besteller kann gem. § 634 Nr.3 2. Fall BGB anstatt zurückzutreten den Werklohn nach § 638 BGB mindern.<sup>268</sup> Diese eigenständige Regelung zeigt, dass der Gesetzgeber nicht auf das Kaufrecht verwiesen hat, sodass sie als werkvertragsspezifisch angenommen werden kann.<sup>269</sup> Im Unterschied zu den Rechten auf Nacherfüllung und Ersatz der Selbstvornahmekosten oder Schadensersatz steht die Minderung dem Besteller nicht als Anspruch, sondern lediglich als ein besonderes Gestaltungsrecht bzw.

---

<sup>256</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 53.

<sup>257</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 636 Rn. 26.

<sup>258</sup> Palandt/Sprau § 634 Rn.14.

<sup>259</sup> Palandt/Sprau § 634 Rn. 14.

<sup>260</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 26.

<sup>261</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 135.

<sup>262</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 135.

<sup>263</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (237).

<sup>264</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 27.

<sup>265</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn.24; Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 292.

<sup>266</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn.24; Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 293.

<sup>267</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 27.

<sup>268</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (420).

<sup>269</sup> Meub, DB 2002, 131 (133).

Mängelrecht zu, das es im allgemeinen Leistungsstörungenrecht nicht gibt.<sup>270</sup> Da die Minderung ein Gestaltungsrecht ist, kann sie mit dem Zugang einer Willenserklärung dem Unternehmer gegenüber wirksam erfolgen.<sup>271</sup>

### **(1) Erfolgreiche Bestimmung einer Nachfrist**

Aufgrund der Formulierung des § 638 I 1 BGB, wonach für den Besteller statt eines Rücktritts das Minderungsrecht vorgesehen ist, muss auch bei der Minderung eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt werden. Erst nachdem diese Frist erfolglos verstrichen ist, kann von dem Minderungsrecht Gebrauch gemacht werden. Die Pflicht zur Fristsetzung entfällt, wenn sie nach §§ 323 II, 636 BGB entbehrlich ist.<sup>272</sup>

### **(2) Berechnung der Minderung**

Die Minderung ist eine Herabsetzung der Vergütung § 638 III 1 BGB.<sup>273</sup> Die Höhe der Minderung bestimmt sich entsprechend bei der Minderung im Kaufrecht.<sup>274</sup> Bei der Berechnung ist die Wertbestimmung der Leistungen durch die Parteien zu berücksichtigen.<sup>275</sup> Zunächst ist gem. § 638 III BGB das Verhältnis zwischen dem Wert, den die mangelfrei erbrachte Leistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gehabt hätte und dem wirklichen Wert, zu ermitteln.<sup>276</sup>

Trägt der Besteller an dem Mangel eine Mitschuld, indem er eine falsche Anweisung gegeben oder fehlerhaftes Material zur Verfügung gestellt hat, ist die Vorschrift § 254 BGB bei der Berechnung der Höhe der Minderung zu berücksichtigen.<sup>277</sup>

### **(3) Geltendmachung und Folgen der Minderung**

Der Besteller übt sein Minderungsrecht gem. § 638 I 1 BGB dadurch aus, dass er gegenüber dem Unternehmer eine einseitige Erklärung abgibt.<sup>278</sup> Die Minderung kann bei mehreren Bestellern oder Unternehmern wie beim Rücktritt nur von allen und gegen alle erklärt werden § 638 II BGB.<sup>279</sup>

Macht der Besteller die Minderung geltend, so erlischt dann sein Nacherfüllungsanspruch.<sup>280</sup> Aufgrund der Minderung wird die Zahlungsverpflichtung des Bestellers verringert und der Unternehmer ist zur mangelfreien Verschaffung des Werks nicht mehr verpflichtet.<sup>281</sup> Die Ausübung des Minderungsrechts schließt auch das

---

<sup>270</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (420); Ott, NZBau 2003, 233 (237); Mit einem Anspruch wird das Recht eingeräumt, von einem andern etwas zu verlangen, während Gestaltungsrechte ihrem Inhaber die Rechtsmacht gewähren, ohne Mitwirkung eines anderen unmittelbar auf die bestehende Rechtslage einzuwirken.

<sup>271</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (237).

<sup>272</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 27.

<sup>273</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 30.

<sup>274</sup> Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 295.

<sup>275</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (420).

<sup>276</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (420).

<sup>277</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 30.

<sup>278</sup> Preussner, BauR 2002, 231 (236).

<sup>279</sup> Sienz, BauR 2002, 181 (189).

<sup>280</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (237).

<sup>281</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 33.



Rücktrittsrecht aus.<sup>282</sup> Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche bleiben unberührt, sodass sie neben der Minderung geltend gemacht werden können.<sup>283</sup> Die Bagatellgrenze, die im Rücktrittsrecht gilt, ist gem. § 638 I 2 BGB im Minderungsrecht nicht anwendbar § 323 V 2 BGB.<sup>284</sup>

#### **iv. Schadensersatz**

Die Vorschrift des § 634 Nr. 4 BGB sieht neben der Nacherfüllung, dem Rücktritt oder der Minderung auch den Schadensersatzanspruch vor.<sup>285</sup> Hat der Unternehmer das Ausbleiben des Erfolges schuldhaft nach §§ 276, 278 BGB verursacht, steht dem Besteller ein Schadensersatzanspruch zu.<sup>286</sup> Aufgrund der Verweisung des § 634 Nr. 4 BGB auf die allgemeinen Vorschriften kann der Besteller den Schadensersatz statt der Leistung und den Verzögerungsschaden oder Aufwendungsersatz geltend machen.<sup>287</sup>

##### **(1) Schadensersatz statt der Leistung**

Dem Besteller steht das Recht auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 634 Nr. 4 1. Fall, 281, 280 I BGB zu.<sup>288</sup> Die Voraussetzungen eines Schadensersatzes statt der Leistung im Werkvertragsrecht entsprechen dem Schadensersatz statt der Leistung im Kaufrecht.<sup>289</sup> Ist ein Mangel behebbar, liegen die Voraussetzungen des § 275 I, III BGB nicht vor, sodass der Unternehmer von seiner Nacherfüllungspflicht nicht befreit wird.<sup>290</sup> Von einem Schaden ist dann auszugehen, wenn der Besteller ein Werk minderen Wertes erhalten hat.<sup>291</sup> Beim Schadensersatz statt der Leistung muss der Unternehmer die Mangelhaftigkeit des Werks zu vertreten haben (§ 280 I BGB).<sup>292</sup> Ferner muss nach § 634 Nr.4, 1. Fall, § 281 I 1 BGB eine angemessene Frist zur Nacherfüllung von dem Besteller erfolglos gesetzt worden sein, soweit sie nicht ausnahmsweise entbehrlich ist.<sup>293</sup> Gem. § 281 II BGB bedarf es keiner Fristsetzung, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen. Abgesehen von diesen Fällen wird dem Unternehmer gem. § 635 III BGB ein Verweigerungsrecht wegen unverhältnismäßiger Kosten eingeräumt.<sup>294</sup>

Soweit das Leistungshindernis/die Unmöglichkeit der Leistung schon beim Vertragsschluss vorlag, kann der Besteller einen Schadensersatzanspruch nach §§ 634

---

<sup>282</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (237).

<sup>283</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (237).

<sup>284</sup> Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 295.

<sup>285</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (421).

<sup>286</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn.52; Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 296.

<sup>287</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn.28.

<sup>288</sup> Medicus/Lorenz, § 35 Rn.5.

<sup>289</sup> Derleder, NZBau 2004, 237 (240); Meub, DB 2002, 131 (133).

<sup>290</sup> Medicus/Lorenz, § 35 Rn.5.

<sup>291</sup> Teichmann, JuS 2002, 417(421).

<sup>292</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (421).

<sup>293</sup> BGH Urt. v. 7.11.1985- VII ZR 270/83; NJW 1986, 922 (923), Braun, ZGS 2004, 423 (426); Teichmann, JuS 2002, 417 (421).

<sup>294</sup> Jaensch, NJW 2013, 1121.

Nr. 4, 311a II 1 BGB geltend machen.<sup>295</sup> Entsteht das Leistungshindernis jedoch erst nach Vertragsschluss, kommt ein Anspruch aus §§ 634 Nr.4, 283, 280 I BGB in Betracht.<sup>296</sup> In beiden Fällen kann der Besteller den Schadensersatz nach § 634 Nr.4 1. Fall BGB ohne Fristsetzung verlangen.<sup>297</sup>

Der Schadensersatz statt der Leistung dient dem Erfüllungsinteresse des Bestellers.<sup>298</sup> Der Besteller kann zwischen dem kleinen und dem großen Schadensersatz wählen.<sup>299</sup> Beim kleinen Schadensersatz behält der Besteller das mangelhafte Werk und verlangt lediglich Ersatz für den mangelbedingten Schaden (Bsp. Minderwert, auch Aufwendungsersatz wie Hotelkosten, die für die Mangelbeseitigung erforderlich waren).<sup>300</sup>

Beim großen Schadensersatz verlangt der Besteller den Ersatz des Schadens, der ihm wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags entstanden ist und gibt gleichzeitig das mangelhafte Werk zurück.<sup>301</sup> Der Besteller kann die Vergütung, die er gezahlt hat, zurückerhalten und entgangenen Gewinn verlangen.<sup>302</sup> Der große Schadensersatz kann gem. § 281 I 3 BGB bei unerheblichen Mängeln nicht verlangt werden.<sup>303</sup>

Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung führt gem. § 281 IV BGB zum Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs.<sup>304</sup>

### **(2) Schadensersatz wegen der Verzögerung der Leistung**

Verspätet sich der Unternehmer mit der Mangelbeseitigung, hat er die durch die Verzögerung verursachte Schäden, wie den Betriebsausfallschaden gem. §§ 634 Nr. 4 i.V. m. 280 I, II BGB unter den Voraussetzungen des § 286 BGB zu ersetzen<sup>305</sup>. Die Mahnung, die für den Schadensersatzanspruch erforderlich ist, liegt allerdings in der Aufforderung zur Nacherfüllung in Verbindung mit einer Fristsetzung bereits vor.<sup>306</sup>

### **(3) Schadensersatz wegen der Verletzung sonstiger Rechtsgüter**

Aufgrund der Mängelhaftigkeit des Werks kann an einem anderen Rechtsgut des Bestellers ein Schaden entstehen.<sup>307</sup> Diesen Schaden kann der Besteller als Mangelfolgeschaden nach §§ 634 Nr. 4 1. Fall BGB, 280 I BGB ersetzt verlangen,

---

<sup>295</sup> BGH Urt. v. 8.5.2014- VII ZR 203/11, NJW 2014, 3365 (3368) mit Anm. v. Ott.

<sup>296</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 33.

<sup>297</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 37.

<sup>298</sup> Tettinger, ZGS 2006, 96 (100); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

<sup>299</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (237); Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 142.

<sup>300</sup> A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (15f); Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 298; Ott, NZBau 2003, 233 (237); Jaensch, NJW 2013, 1121.

<sup>301</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (237); A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (15f).

<sup>302</sup> Lorenz, NJW 2004, 26 (27).

<sup>303</sup> Meub, DB 2002, 131 (133); Teichmann, JuS 2002, 417 (421); Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 36; Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 298.

<sup>304</sup> Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Teichmann, JuS 2002, 417 (421); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 8.

<sup>305</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn.51; Medicus/Lorenz, § 35 Rn.7.

<sup>306</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 40.

<sup>307</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (421).

sodass sein Integritätsinteresse bewahrt wird.<sup>308</sup> Der Besteller ist also so zu stellen, als sei diese Rechtsgutsverletzung nicht eingetreten. Die bloße Mangelhaftigkeit reicht hier nicht aus, der Unternehmer muss die Mangelhaftigkeit gem. § 276 BGB schuldhaft zu vertreten haben.<sup>309</sup> Für die Geltendmachung des Mangelfolgeschadens ist keine vorherige Fristsetzung erforderlich.<sup>310</sup>

Der Besteller kann den Schadensersatz wegen der Verletzung sonstiger Rechtsgüter auch in dem Fall geltend machen, dass der Schaden nicht auf das mangelhafte Werk, sondern auf die Verletzung einer Schutzpflicht des Unternehmers wie Instruktions- oder Aufklärungspflichten zurückzuführen ist.<sup>311</sup>

#### **v. Aufwendungsersatz**

Der Besteller kann statt dem Schadensersatz neben dem Rücktritt oder der Minderung Aufwendungsersatz nach §§ 634 Nr. 4 2. Fall, 284 BGB verlangen.<sup>312</sup> Diejenigen Aufwendungen sind dem Besteller zu ersetzen, die er im Vertrauen auf den Erhalt des mangelfreien Werks gemacht hat und billigerweise machen durfte.<sup>313</sup>

#### **vi. Verjährung der Mängelansprüche**

Die Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte wird in § 634a I BGB geregelt. Danach ist zu unterscheiden, ob sich die Werkherstellung auf eine Sache, auf ein Bauwerk oder eine unkörperliche Leistung bezieht.<sup>314</sup> Beim Werkvertrag gelten für die Mängelrechte des Bestellers folgende Verjährungsregelungen.

#### **(1) Verjährung der Ansprüche auf Nacherfüllung, Schadensersatz und Aufwendungsersatz**

Für die Bestimmung der Dauer der Verjährungsfrist ist § 634a I, III BGB maßgeblich.<sup>315</sup> Die Vorschrift § 634a I BGB sieht für die Ansprüche des Bestellers auf Nacherfüllung, Schadensersatz und Aufwendungsersatz nach § 634 Nr.1, 2 und 4 BGB folgende Verjährungsfrist vor.<sup>316</sup>

Bei Werken, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache<sup>317</sup> oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen besteht, gilt gem. § 634a I Nr.1 BGB eine Verjährungsfrist von zwei Jahren.<sup>318</sup>

---

<sup>308</sup> Wagner, JZ 2002, 475 (481); Teichmann, JuS 2002, 417 (422); Ott, NZBau 2003, 233 (237); Tettinger, ZGS 2006, 96 (100); Ott, NZBau 2003, 233 (237).

<sup>309</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (237).

<sup>310</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (421); Ott, NZBau 2003, 233 (237); Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 297.

<sup>311</sup> BGH Urt. v. 7.11.1985- VII ZR 270/83; NJW 1986, 922 (923); Teichmann, JuS 2002, 417 (422).

<sup>312</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (237); Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 5.

<sup>313</sup> Schönknecht, S. 143.

<sup>314</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (422); Derleder, NZBau 2004, 237 (238ff).

<sup>315</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (422).

<sup>316</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 46.

<sup>317</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 44; Bauwerke also Arbeiten am Grundstück sind ausgenommen.

<sup>318</sup> Wagner, JZ 2002, 475; Teichmann, JuS 2002, 417 (422); Meub, DB 2002, 131 (133).

Stellt der geschuldete Erfolg dagegen auf Bauwerke ab, verjähren die Mängelansprüche gem. § 634a I Nr.2 BGB in fünf Jahren.<sup>319</sup>

Bei allen unkörperlichen Werken wie z. B. Gutachten, Vertragsentwürfen, Musikkompositionen gilt die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB von drei Jahren § 634a Nr. 3 BGB.<sup>320</sup>

Hat der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen, gilt die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB nach § 634a III BGB auch in den Fällen des § 634a Nr.1 und 2 BGB.<sup>321</sup> Jedoch kann die fünf jährige Frist nach § 634a Nr.2 BGB nicht verkürzt werden, sodass die Verjährungsfrist bei Bauwerken nicht vor Ablauf fünf Jahren eintritt § 634a III 2 BGB.<sup>322</sup>

Des Weiteren können die Rechte auf Rücktritt und Minderung nicht verjähren, weil sie Gestaltungsrechte sind und die regelmäßige Verjährungsfrist nach § 194 BGB lediglich für die Ansprüche gilt.<sup>323</sup> Da das Selbstvornahmerecht §§ 634 Nr.2 i. V. m. 637 BGB kein Anspruch ist, verjährt es nach der Regelung des § 194 BGB als solches nicht.<sup>324</sup> So kann der Besteller die Selbstvornahme auf eigene Kosten jederzeit vornehmen und vom Unternehmer die Erstattung seiner Aufwendungen verlangen.<sup>325</sup>

Die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB gilt nicht nur für Schadensersatzansprüche des Bestellers, die auf einem Mangel des Werks beruhen, sondern auch für solche, die auf eine Schutzpflichtverletzung des Unternehmers zurückzuführen sind.<sup>326</sup>

Der Zeitpunkt der Abnahme des Werks ist gem. § 634a II BGB für den Beginn der Verjährungsfrist für die Fälle des §§ 634a I Nr.1 und 2 BGB maßgeblich.<sup>327</sup> Im Fall des § 634a I Nr. 3, III BGB beginnt jedoch die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB nicht mit der Abnahme, sondern erst mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Besteller von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis bekommen hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.<sup>328</sup>

---

<sup>319</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (237); Teichmann, JuS 2002, 417 (422); Wagner, JZ 2002, 475; Derleder, NZBau 2004, 237 (238 und 242); Draxler, NJW 2018, 3291 (3293); OLG Saabrücken Urt.v. 24.06.2003- 7 U 930/01-212 BeckRS 2005, 11648 Nr. 5.

<sup>320</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (422); Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 49.

<sup>321</sup> Derleder, NZBau 2004, 237 (242); Meub, DB 2002, 131 (133); Kuhn, ZfBR 2013, 523 (526).

<sup>322</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (423); Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 301.

<sup>323</sup> Meub, DB 2002, 131 (133); Teichmann, JuS 2002, 417 (423); Kuhn, ZfBR 2013, 523 (524).

<sup>324</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 45; Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 301.

<sup>325</sup> Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 301.

<sup>326</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 46.

<sup>327</sup> Derleder, NZBau 2004, 237ff; Meub, DB 2002, 131 (133); Ott, NZBau 2003, 233 (237); Draxler, NJW 2018, 3291 (3293); BGH Urt. v. 12.05.2016- VII ZR 171/15, NJW 2016, 2878 (2882); Kupczyk, NJW 2012, 3353 (3354).

<sup>328</sup> Kuhn, ZfBR 2013, 523; Teichmann, JuS 2002, 417 (422).

Die Parteien können die Dauer und den Beginn der Verjährung durch vertragliche Vereinbarung abweichend von § 634a BGB regeln.<sup>329</sup>

## **(2) Folge der Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs, Minderungs- und Rücktrittsrechts**

Da Rücktritt und Minderung keine Ansprüche, sondern Gestaltungsrechte sind, findet die Vorschrift § 194 BGB auf sie keine Anwendung.<sup>330</sup> Die Verjährung von Rücktritt und Minderung richtet sich daher nach §§ 634a IV, V BGB i.V. m. 218 BGB.<sup>331</sup> Die Ausübung dieser Rechte ist unwirksam, wenn der Nacherfüllungsanspruch zwar verjährt ist, der Besteller sie aber geltend macht (§ 218 I 1 BGB).<sup>332</sup> Trotz Unwirksamkeit des Rücktritts oder der Minderung kann der Besteller gem. § 634a IV 2, V BGB die Zahlung der Vergütung insoweit verweigern, als er aufgrund des Rücktritts oder der Minderung dazu berechtigt wäre.<sup>333</sup>

## **II. Nebenpflichten des Unternehmers**

Informations- und Beratungspflichten gehören zu den zentralen Nebenpflichten des Unternehmers.<sup>334</sup> Hat der Unternehmer eine komplizierte Maschine hergestellt, hat er dem Besteller die Funktionsweise sowie die Inbetriebnahme zu erläutern und ihn auf mögliche bzw. eventuelle Gefahren aufmerksam zu machen, unabhängig davon, ob sie darüber eine Vereinbarung getroffen haben.<sup>335</sup>

## **F. Pflichten und Ansprüche des Bestellers**

Die Pflichten des Bestellers bestehen in der Entrichtung der vereinbarten Vergütung, der Abnahme des Werks und gegebenenfalls in der Mitwirkung bei der Herstellung des Werks.<sup>336</sup> Ferner können sich für den Besteller weitere Nebenleistungs- und Schutzpflichten aus dem Vertrag gem. § 241 II BGB ergeben, wonach er zur Rücksicht auf die Rechte und Rechtsgüter sowie Interessen des Unternehmers verpflichtet ist.<sup>337</sup>

### **I. Pflicht zur Vergütung**

Die Entrichtung der vereinbarten Vergütung ist nach § 631 BGB die wichtigste Hauptleistungspflicht des Bestellers.<sup>338</sup> Art und Umfang der Vergütung bestimmen sich nach der getroffenen Vereinbarung der Parteien.<sup>339</sup> Bei Werkverträgen kommt es allerdings häufig vor, dass bei Vertragsabschluss keine Angaben über den Werklohn zu

---

<sup>329</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 55.

<sup>330</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 47.

<sup>331</sup> Kuhn, ZfBR 2013, 523 (524).

<sup>332</sup> Kuhn, ZfBR 2013, 523 (524); Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 303.

<sup>333</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 49.

<sup>334</sup> Büdenbender, JuS 2001, 625 (627); Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 3.

<sup>335</sup> Popescu, NZBau 2012, 137 (139); Büdenbender, JuS 2001, 625 (627).

<sup>336</sup> Eckert, Rn. 886f.

<sup>337</sup> Brox/Walker, § 24 Rn. 1.

<sup>338</sup> MüKoBGB/*Ernst*, BGB § 326 Rn. 71; Greiner, ZGS 2010, 58; Büdenbender, JuS 2001, 625 (627); Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, § 631-651 Rn. 38.

<sup>339</sup> Greiner, ZGS 2010, 58ff; Büdenbender, JuS 2001, 625 (627).

finden sind.<sup>340</sup> Bei fehlenden Vereinbarungen wird die Vorschrift des § 632 BGB herangezogen.<sup>341</sup>

### 1. Fehlen einer Vereinbarung

Die Vergütung der Werkleistung ist in § 632 BGB geregelt. Demnach vereinbaren die Parteien grundsätzlich beim Vertragsschluss die Entrichtung der Vergütung. Haben die Parteien keine solche Vereinbarung getroffen, kommt eine stillschweigend vereinbarte Vergütung i. S. v. § 632 I BGB in Betracht.<sup>342</sup>

Fraglich ist, ob gem. § 632 I BGB eine stillschweigende Vereinbarung über die Vergütung für die Vorarbeiten (z.B. Entwürfe, Skizzen) Geltung findet, die Grundlage eines Vertragsschlusses darstellen würde.<sup>343</sup> Die Vergütung gilt dann als vereinbart, wenn ein Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt geschlossen wird.<sup>344</sup> Bleibt aber ein Vertragsschluss aus, dann ist das Bestehen einer Vergütungspflicht davon abhängig, ob die Vorarbeiten einen selbständigen Wert besitzen. Solche Vorarbeiten müssen den Gegenstand des Hauptvertrags bilden und dem Interesse des Bestellers dienen.<sup>345</sup> Zum Beispiel sind beim Architektenvertrag die Vorarbeiten wie Entwürfe und Pläne, die vom Architekten erstellt werden, vergütungspflichtig. Sie sind für den Besteller wegen seines Interesses an reibungsloser Verfolgung seiner Bauvorhaben essentiell.<sup>346</sup> Daher ist im Rahmen des Werkvertragsrechts bei jedem Rechtsverhältnis die Einzelfallprüfung vorzunehmen, ob eine stillschweigende Vereinbarung über die Vergütung der Vorarbeiten eine Grundlage des Werkvertrags bildet.

### 2. Fälligkeit der Vergütung

Der Vergütungsanspruch des Unternehmers entsteht zwar beim Vertragsabschluss, die Fälligkeit der Vergütung tritt aber gem. § 641 I 1 BGB nicht mit der tatsächlichen Vollendung des Werks, sondern erst mit der Abnahme ein.<sup>347</sup> Damit besteht die Vorleistungspflicht des Unternehmers.<sup>348</sup> Ist das Werk in einzelnen Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist sie für jeden Teil bei dessen

---

<sup>340</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (418).

<sup>341</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 181; Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 276.

<sup>342</sup> Tonner, Rn. 7; Schellhammer Rn. 436; Eckert, Rn. 828; Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, § 631-651 Rn. 35; Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 11.

<sup>343</sup> Eckert, Rn. 828; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 23.

<sup>344</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (418); Eckert, Rn. 828.

<sup>345</sup> Fikentscher/Heinemann, § 84 Rn. 1195.

<sup>346</sup> Eckert, Rn. 828; Fikentscher/Heinemann, § 84 Rn. 1195; Hirsch, Rn. 442; Schellhammer Rn. 435; Teichmann, JuS 2002, 417 (418).

<sup>347</sup> Eckert, Rn. 830; Tonner, Rn. 7; Brox/Walker, § 25 Rn. 2; Eusani, NZBau 2006, 676 (677); Derleder, NZBau 2004, 237 (241); A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (18); Schlier, S. 20; BGH Urt. v. 25.4.1996- X ZR 59/94, NJW-RR 1996, 883 (884); BGH Urt. 29.06.1993- X ZR 60/92, NJW-RR 1993, 1461.

<sup>348</sup> Christiansen, ZfBR 2010, 3 (11ff); BGH Urt. v. 29.06.1993- X ZR 60/92, NJW-RR 1993, 1461 (1462); Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 12; Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, § 631-651 Rn. 39; Greiner, S. 191; Schlier, S. 20; Schellhammer, Rn. 438.

Abnahme zu entrichten § 641 I 2 BGB.<sup>349</sup> Für die Verzinsung der Vergütung, die in Geld festgelegt wurde, ist gem. § 641 IV BGB ebenfalls der Zeitpunkt der Abnahme entscheidend.<sup>350</sup>

Dem Besteller steht nach dem Eintritt der Fälligkeit der Vergütung das Recht auf Zurückhalten eines angemessenen Teils der Vergütung zu, wenn er gegen den Unternehmer einen Mängelbeseitigungsanspruch hat.<sup>351</sup>

## II. Pflicht zur Abnahme des Werks

### 1. Allgemeines

#### a. Rechtsnatur der Abnahme

Der Besteller ist nach § 640 I BGB verpflichtet, das mangelfrei hergestellte Werk abzunehmen.<sup>352</sup> Die Abnahme ist ein Dreh- und Angelpunkt des Werkvertrags.<sup>353</sup> Die werkvertragliche Abnahme hat eine lange Tradition, die auf das römische Recht zurückgeht.<sup>354</sup> Eine erste Änderung erlebte die Regelung des § 640 BGB im Jahre 2000 durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, indem in Absatz 1 zwei Sätze also der 2. und der 3. Satz eingefügt wurden.<sup>355</sup> Die zweite Neuerung kam mit dem SchuldRModG, in dessen Rahmen Verweisung in Satz 2 modernisiert wurde.

Letztlich wurde die Regelung des § 640 I 3 BGB a. F., die eine fiktive Abnahme vorsieht, durch das Gesetz zur Reform des Bauvertrags modifiziert und aufgehoben.<sup>356</sup> Die alte Fassung des § 640 I 3 BGB wurde in § 640 II BGB verschoben, während der alte Absatz 2 nun als Absatz 3 bezeichnet ist.<sup>357</sup>

#### b. Bedeutung der Abnahme

Unter der Abnahme ist die körperliche Hinnahme und die damit verbundene Billigung des Werks zu verstehen. Sie bestätigt, dass der Unternehmer seine Leistung im Wesentlichen dem Vertrag entsprechend erbracht hat.<sup>358</sup> Da der Gesetzgeber an das Institut der Abnahme etliche Rechtswirkungen knüpft, wird der Abnahme des Werks, das von dem Unternehmer hergestellt und abgeliefert wurde, sehr große Bedeutung

---

<sup>349</sup> Kupczyk, NJW 2012, 3353 (3354); Kiesel, NJW 2000, 1673 (1678); Eckert, Rn. 833; Schellhammer, Rn. 438.

<sup>350</sup> Brox/Walker, § 25 Rn. 2.

<sup>351</sup> Bachem/Bürger, NJW 2018, 118; BGH Urt. v. 25.4.1996- X ZR 59/94, NJW-RR 1996, 883 (884); Kiesel, NJW 2000, 1673 (1678).

<sup>352</sup> Büdenbender, JuS 2001, 625 (628); Peters, ZGS 2011, 304 (306); Temming, AcP (215) 2015, 17 (18); Hartung, NJW 2007, 1099; Ott, NZBau 2003, 233 (238); Schlier, S. 20; BGH Urt. v. 29.06.1993- X ZR 60/92, NJW-RR 1993, 1461 (1462).

<sup>353</sup> Wittler/Sieberg, NJW 2018, 19 (21); Christiansen, ZfBR 2010, 3 (5).

<sup>354</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 1.

<sup>355</sup> Hedermann, NJW 2015, 2381; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 1; Peters, NZBau 2000, 169 (171).

<sup>356</sup> Breitling, NZBau 2017, 393.

<sup>357</sup> Breitling, NZBau 2017, 393.

<sup>358</sup> Hille, NZBau 2014, 339 (340); Buchwitz, NJW 2017, 1777, Ott, NZBau 2003, 233 (238); Wittler/Sieberg, NJW 2018, 19 (21); Schlier, S. 20; Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, § 631-651 Rn. 35; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 62; BGH Urt. v. 25.4.1996- X ZR 59/94, NJW-RR 1996, 883 (884); Kupczyk, NJW 2012, 3353.

beigemessen.<sup>359</sup> Die Rechtsposition des Unternehmers wird dadurch verbessert, dass mit der Abnahme die Beweislast für das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Mangels nach §§ 644, 645 BGB vom Unternehmer auf den Besteller übergeht und die Vorleistungspflicht des Unternehmers erlischt.<sup>360</sup> Gemäß § 634a II BGB beginnt die Verjährungsfrist für Mängelrechte des Bestellers mit der Abnahme zu laufen.<sup>361</sup>

Die Abnahme ist der Zeitpunkt, in dem deutlich wird, ob der Besteller die Leistung des Unternehmers als geschuldetes Werk annimmt oder ablehnt.<sup>362</sup> Erst in diesem Moment bekommt der Besteller die Gelegenheit die Vertragsmäßigkeit des Werks zu prüfen.<sup>363</sup> Akzeptiert der Besteller die Leistung des Unternehmers als geschuldet bzw. vertragsgemäß, wenn auch mit einzelnen Mängeln, die noch zu beseitigen sind, darf der Besteller ab diesem Zeitpunkt nicht mehr die Herstellung eines mangelfreien Werks verlangen, sondern nur noch die Mängelbeseitigung durch Nacherfüllung geltend machen.<sup>364</sup> Mit der Abnahme wird somit die Verpflichtung des Unternehmers auf die Nacherfüllung des mangelhaft hergestellten Werks beschränkt.<sup>365</sup> Des Weiteren darf der Besteller das Werk nicht gegen den Willen des Unternehmers abnehmen.<sup>366</sup>

Dabei stellt sich die Frage, ob die Abnahme die Billigung des Werks erfordert.<sup>367</sup> Eine Ansicht lehnt die Billigung des Werks durch den Besteller ab. Diese Auffassung wird damit begründet, dass der Besteller meistens nicht bereit ist, seine Billigung zu erklären, bevor er das Werk erhalten hat.<sup>368</sup> Nach dieser Auffassung genügt, dass der Besteller den Besitz am Werk erhalten hat (sog. eingliederter Abnahmebegriff).<sup>369</sup> Dabei entspricht der Begriff der Abnahme dem kaufrechtlichen Begriff der Übergabe i. S. v. § 433 BGB. Die h. L. und die Rechtsprechung vertritt dagegen, dass zusätzlich die Billigung des Werks erforderlich ist.<sup>370</sup> Die werkvertragliche Abnahme unterscheidet sich damit von der kaufrechtlichen Abnahme nach § 433 II BGB.<sup>371</sup> Denn die Übergabe im Kaufrecht erfolgt durch körperliche Entgegennahme der Kaufsache, während im Werkvertragsrecht zusätzlich die Billigung des Werks<sup>372</sup> vorausgesetzt wird (sog.

---

<sup>359</sup> Derleder, NZBau 2004, 237 (240); A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (18); Büdenbender, JuS 2001, 625 (627); Schlier, S. 20.

<sup>360</sup> Oechsler, NJW 2004, 1825 (1827); BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 2; Temming, AcP (215) 2015, 17 (19); Christiansen, ZfBR 2010, 3 (4).

<sup>361</sup> Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 21; Hille, NZBau 2014, 339.

<sup>362</sup> Peters, ZGS 2011, 304 (306); Oechsler, NJW 2004, 1825 (1827); A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (18); BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 1; Hartung, NJW 2007, 1099.

<sup>363</sup> Temming, AcP (215) 2015, 17 (20); Thode, NZBau 2002, 297 (301).

<sup>364</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 1.

<sup>365</sup> Oetker/Maultzsch § 8 Rn.204; Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 287.

<sup>366</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 2.

<sup>367</sup> Oetker/Maultzsch § 8 Rn. 62; MüKoBGB/Busche, BGB§ 640 Rn.2; Kupczyk, NJW 2012, 3353 (3354).

<sup>368</sup> Thode, NZBau 2002, 297 (301).

<sup>369</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 207.

<sup>370</sup> Medicus/Lorenz, § 35 Rn.22; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 208.

<sup>371</sup> Derleder, NZBau 2004, 237 (240); Peters, ZGS 2011, 304 (306); Temming, AcP (215) 2015, 17 (18); MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 2; Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 22.

<sup>372</sup> Hartung, NJW 2007, 1099; Temming, AcP (215) 2015, 17 (18); A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (18); Büdenbender, JuS 2001, 625 (628); Oechsler, NJW 2004, 1825 (1827).



zweigliedriger Abnahmebegriff).<sup>373</sup> Davon sind die Fälle jedoch zu unterscheiden, in denen die Abnahme nach der Beschaffenheit des Werks ausgeschlossen ist § 640 I 1 2. Hs. BGB. Befindet sich das Werk bereits im Besitz des Bestellers, ist die körperliche Hinnahme ausgeschlossen.<sup>374</sup> Dabei handelt sich um nicht abnahmefähige Werke, wie Transportleistungen.<sup>375</sup> Hier ist die Abnahme auf die Billigung zu beschränken.<sup>376</sup> Außerdem reicht auch die Billigung des hergestellten Werks für die Erfüllung der Voraussetzung der Abnahme aus, wenn auf die körperliche Entgegennahme verzichtet wird.<sup>377</sup> Es ist mit dem Sinn und Zweck der Abnahme allerdings nicht vereinbar, wenn man lediglich auf die körperliche Hinnahme abstellt und insgesamt die Billigung des Werks ablehnt. Umgekehrt darf die körperliche Entgegennahme insgesamt nicht abgelehnt werden, während die Billigung des Werks zugelassen wird. Eine pauschale Ablehnung oder Zulassung dieser beiden Voraussetzungen ist inakzeptabel. Da der Werkvertrag einen sehr breiten Anwendungsbereich umfasst, muss bei jeder Werkherstellung die Art und Weise der Leistung und die Natur der Sache berücksichtigt werden. Nach der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ist zu entscheiden, ob allein die körperliche Entgegennahme oder Billigung des Werks zur Abnahme ausreicht oder beides nötig ist. Einerseits wird dem Besteller die Möglichkeit der Mängeluntersuchung am hergestellten Werk abgenommen, wenn ihm nur die Billigung genügen würde, obwohl die körperliche Entgegennahme nach der Natur der Sache möglich ist. Andererseits wird die körperliche Hinnahme des Werks stark akzentuiert, obwohl Beschaffenheit des Werks i. S. v. § 646 BGB dies nicht erlaubt. Diese beiden Fälle zeigen, dass eine strikte Ablehnung bzw. Zulassung der jeweiligen Voraussetzungen nicht immer überzeugt. Deshalb kann je nach den im Einzelfall vorliegenden Gegebenheiten die Billigung des Werks (wie beim Hausbau) oder die körperliche Hinnahme des Werks (wie bei der Herstellung eines Tisches) für die Abnahme ausreichen. Um den Anwendungsbereich des § 646 BGB nicht gegenstandslos werden zu lassen, ist die Billigung des Werks vorausgesetzt, wenn die körperliche Hinnahme nicht möglich ist. Auf diese Weise bleibt die Billigung des Werks durch den Besteller Kern der Abnahme.<sup>378</sup> Da das Werk im Gegensatz zur Kaufsache meistens individuell nach dem Wunsch des Bestellers hergestellt wird und daher den besonderen Prüfungsinhalten bezüglich der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung unterliegt, liegt in der Billigung des Werks durch den Besteller ein Unterschied vom

---

<sup>373</sup> Oechsler, NJW 2004, 1825 (1827); Hartung, NJW 2007, 1099; Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, § 631-651 Rn. 35; Temming, AcP (215) 2015, 17 (22); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 21.

<sup>374</sup> BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 640 Rn. 18: Dies lässt sich an dem einfachen Fall einer Kfz-Reparatur zeigen, bei der die Reparaturarbeiten abgeschlossen und gebilligt werden, der Wagen aber wegen eines weiteren, erst jetzt erteilten Reparaturauftrags sogleich im Besitz des Unternehmers verbleibt.

<sup>375</sup> Hartung, NJW 2007, 1099.

<sup>376</sup> Tonner/Willingmann/Tamm/*Cebulla* § 640 Rn. 5.

<sup>377</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 2.

<sup>378</sup> Auch Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 280.

Werkvertrag zum Kaufvertrag vor.<sup>379</sup> Aus diesen Gründen ist der Ansicht der Rechtsprechung zu folgen.

## 2. Abnahmearten

Im Werkvertragsrecht sind zwei Arten von Abnahme in zwei Absätzen des § 640 BGB geregelt. Diese sind die rechtsgeschäftliche Abnahme (§ 640 I BGB) und die fiktive Abnahme (§ 640 II BGB; § 640 I S. 3 BGB a.F.).<sup>380</sup>

### a. Rechtsgeschäftliche Abnahme

#### i. Inhalt

Die körperliche Entgegennahme und die Billigung des Bestellers sind zwei Voraussetzungen der rechtsgeschäftlichen Abnahme.<sup>381</sup> Die körperliche Entgegennahme erfolgt dadurch, dass der Unternehmer das hergestellte Werk dem Besteller übergibt.<sup>382</sup> Dabei spielt der Eigentumsübergang keine Rolle.<sup>383</sup> Die Abnahme bedeutet jedoch nicht, dass das Werk mangelfrei hergestellt wurde oder der Besteller auf die Mängelansprüche verzichtet hat.<sup>384</sup> Die Mangelhaftigkeit des Werks lässt die Abnahme unberührt.<sup>385</sup> Jedoch ist die Herstellung des Werks weiterhin vorausgesetzt.<sup>386</sup>

#### ii. Rechtsnatur

Über die Rechtsnatur der Abnahme i. S. v. § 640 I 1 BGB herrscht Uneinigkeit.<sup>387</sup> Nach einer Auffassung handelt es sich bei der Abnahme um eine empfangsbedürftige Willenserklärung,<sup>388</sup> während eine andere Meinung auf die Empfangsbedürftigkeit der Willenserklärung verzichtet.<sup>389</sup> Eine weitere Ansicht (h. M.) sieht die Abnahme als geschäftsähnliche Handlung<sup>390</sup> oder als einen faktischen, realen Vorgang.<sup>391</sup> Sie begründen ihre Ansicht damit, dass die Fälligkeit des Werklohns, der Gefahrübergang,

---

<sup>379</sup> A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (18); Leistner, JA 2007, 81 (84f); Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 19.

<sup>380</sup> Kupczyk, NJW 2012, 3353; Büdenbender, JuS 2001, 625 (628); Hartung, NJW 2007, 1099 (1100); Breitling, NZBau 2017, 393.

<sup>381</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 3; Hartung, NJW 2007, 1099 (1100).

<sup>382</sup> Peters, ZGS 2011, 304 (306f); Kupczyk, NJW 2012, 3353 (3354).

<sup>383</sup> Hartung, NJW 2007, 1099 (1100).

<sup>384</sup> Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 22; OLG München Ur. v. 10.11.2015- 9 U 4218/ 14, NZBau 2016, 161 (163).

<sup>385</sup> OLG Stuttgart Ur. v. 8.12.2010 4 U 67/10, NZBau 2011, 297 (299).

<sup>386</sup> BGH Ur. v. 29.06.1993- X ZR 60/92, NJW-RR 1993, 1461 (1462).

<sup>387</sup> OLG Stuttgart Ur. v. 8.12.2010 4 U 67/10, NZBau 2011, 297 (299); Thode, ZfBR 1999, 116.

<sup>388</sup> Temming, AcP (215) 2015, 17 (52); Hartung, NJW 2007, 1099 (1100); Palandt/*Sprau* § 640 Rn. 3.

<sup>389</sup> Derleder, NZBau 2004, 237 (240); Temming, AcP (215) 2015, 17 (52).

<sup>390</sup> OLG Stuttgart Ur. v. 8.12.2010 4 U 67/10, NZBau 2011, 297 (299); Temming, AcP 2015, 17 (52); Derleder, NZBau 2004, 237 (240f); Peter, ZGS 2011, 304 (309); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 4; Erman/*Schwenker/Rodemann*, § 640 Rn.6; Palandt/*Sprau* § 640 Rn. 3.

<sup>391</sup> Derleder, NZBau 2004, 237 (239f); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 4; BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 640 Rn. 5; Erman/*Schwenker/Rodemann*, § 640 Rn. 6.

die Verjährung der Mängelansprüche und der Beweislastübergang von der Abnahme abhängig sind.<sup>392</sup> Für die Qualifizierung der Abnahme als rechtsgeschäftsähnliche Handlung spricht, dass die Rechtsfolgen der Abnahme kraft Gesetzes eintreten.<sup>393</sup> Dabei spielt der Wille der Parteien keine Rolle.<sup>394</sup> Damit ist hier der h. M. zuzustimmen und von einer geschäftsähnlichen Handlung auszugehen.

### iii. Modalitäten der Abnahmeerklärung

#### (1) Allgemeines

Erkennt man die Rechtsnatur der Abnahme als geschäftsähnliche Handlung<sup>395</sup> an, dann sind die allgemein geltenden Regeln über die Willenserklärung und ihre Auslegung i. S. v. § 133 BGB anzuwenden.<sup>396</sup> Danach muss der Besteller bei der Abnahme geschäftsfähig sein<sup>397</sup> und bei der Beauftragung eines Dritten die Vertretungsmacht besitzen.<sup>398</sup>

Die Abnahmeerklärung muss gem. § 130 I BGB dem Unternehmer zugehen, soweit er auf den Zugang nicht verzichtet hat.<sup>399</sup> Sie kann wegen Willensmängeln nach §§ 119, 123 BGB angefochten werden.<sup>400</sup>

Als Abnahmemodalitäten kommen zwei Varianten in Betracht. Die Abnahme kann sowohl ausdrücklich<sup>401</sup> oder als auch konkludent<sup>402</sup> erklärt werden. Es spricht nichts dagegen, dass das hergestellte Werk als Gesamtwerk oder in Teilen abgenommen wird.<sup>403</sup>

#### (2) Ausdrückliche Abnahmeerklärung

Der Besteller ist berechtigt, die Abnahme ausdrücklich zu erklären, ohne die Funktionsfähigkeit des Werks geprüft zu haben.<sup>404</sup> Unabhängig von der Mangelhaftigkeit des Werks entfaltet die Abnahme ihre Wirkung, soweit der Besteller bereit ist, dem Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß zu zustimmen.<sup>405</sup> Die

---

<sup>392</sup> MüKoBGB/*Busche BGB* § 640 Rn. 4; Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 21.

<sup>393</sup> Temming, AcP (215) 2015, 17 (53).

<sup>394</sup> Temming, AcP (215) 2015, 17 (53).

<sup>395</sup> Oetker/Maultzsch § 8 Rn. 208; BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 640 Rn. 15; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 5.

<sup>396</sup> OLG Stuttgart Ur. v. 8.12.2010 4 U 67/10, NZBau 2011, 297 (299); A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (18); Wittler/Kupczyk, NJW 2016, 26.

<sup>397</sup> Erman/*Schwenker/Rodemann* § 640 Rn.6; Palandt/*Sprau*, § 640 Rn. 3.

<sup>398</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 5.

<sup>399</sup> OLG Stuttgart Ur. v. 8.12.2010 4 U 67/10, NZBau 2011, 297 (299); Palandt/*Sprau* § 640 Rn. 3. Erman/*Schwenker/Rodemann* § 640 Rn. 6.

<sup>400</sup> OLG München Ur. v. 13.12.2011- 9 U 2533/11, NJW 2012; 397 (398).

<sup>401</sup> BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 640 Rn. 6.

<sup>402</sup> Derleder, NZBau 2004, 237 (241); Wittler/Kupczyk, NJW 2016, 26 (28); Wittler/Sieberg, NJW 2018, 19 (21); BGH Ur. v. 25.2.2010- VII ZR 64/09, NJW-RR 2010, 748 (749).

<sup>403</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 6.

<sup>404</sup> Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, § 631-651 Rn. 35; A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (18); Hartung, NJW 2007, 1099 (1100).

<sup>405</sup> Wittler/Sieberg, NJW 2018, 19 (21); BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 640 Rn. 6.

Bedeutung der Abnahme geht über die bloße Bestätigung der erbrachten Leistung hinaus.<sup>406</sup> Bei einer nicht vollständig erbrachten Leistung durch den Unternehmer und fehlender vertraglichen Verpflichtung zur Teilabnahme durch den Besteller ist grundsätzlich keine Abnahme möglich.<sup>407</sup> Will der Besteller die unvollständige Leistung jedoch annehmen, hat er seinen Willen ausdrücklich zu erklären.<sup>408</sup> Aufgrund der sehr breiten Abnahmefolgen werden an die ausdrückliche Abnahmeerklärung strenge Anforderungen gestellt.<sup>409</sup> Ist keine Verpflichtung zur Abnahme einer unvollständigen Leistung vertraglich vereinbart und erklärt der Besteller die Teilabnahme, so obliegt dem Unternehmer die Entscheidung, ob eine Abnahme vorliegt. Meistens erklärt der Unternehmer sein Einverständnis mit der Teilabnahme, weil sie ihm als die günstigere Lösung erscheint. Lehnt er dagegen die Teilabnahme ab, dann ist die Abnahme ausgeschlossen.<sup>410</sup>

### (3) Konkludente Abnahme

Haben die Parteien keine Vereinbarung darüber getroffen, dass die Annahme ausdrücklich erklärt werden soll, kann die Abnahmeerklärung auch konkludent erfolgen.<sup>411</sup> Bei fehlender ausdrücklicher Abnahmeerklärung ist auf das Gesamtverhalten des Bestellers abzustellen und zu untersuchen, ob sich daraus eine konkludente Abnahmeerklärung ergeben kann. Gibt der Besteller dem Unternehmer die Annahme durch schlüssiges Handeln derart zu verstehen, dass dieser nach dem Grundsatz von Treu und Glauben daraus schließen kann, dass der Besteller die Leistung als in vollem Umfang oder im Wesentlichen vertragsgemäß billigt, so ist eine konkludente Abnahme wirksam erfolgt.<sup>412</sup> Vor allem ist dazu erforderlich, dass der Unternehmer seine Leistung im Wesentlichen erbracht hat.<sup>413</sup>

Ferner kann die Entgegennahme auf die Billigung des Werks hindeuten, wenn der Besteller im Wege einer äußeren Prüfung die Tauglichkeit und Mangelfreiheit des vom

---

<sup>406</sup> BGH Urt. v. 13.5.2004- VII ZR 301/02, NZBau 2004, 548 (549) hier wurde der Bestätigungsvermerk wegen der Nichterfüllung der weiteren Bedingungen nicht als Abnahme anerkannt.

<sup>407</sup> BeckOK BGB/Voit, 52. Ed. 1.2.2019, BGB § 640 Rn. 6.

<sup>408</sup> Vgl. OLG München Urt. v. 10.11.2015- 9 U 4218/ 14, NZBau 2016, 161 (163).

<sup>409</sup> BGH Urt. v. 25.4.1996- X ZR 59/94, NJW-RR 1996, 883 (884).

<sup>410</sup> Vgl. Hartung, NJW 2007, 1099 (1105).

<sup>411</sup> Derleder, NZBau 2004, 237 (241); Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/Forster, § 631-651 Rn. 35; A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (18); Temming, AcP (215) 2015, 17 (24); Wittler/Kupczyk, NJW 2016, 26 (28); Hille, NZBau 2014, 339 (340).

<sup>412</sup> Hille, NZBau 2014, 339 (340); Ott, NZM 2016, 576 (578); OLG Düsseldorf; Urt. v. 4.12.1992- 22 U 154/92, NJW-RR, 1993,1110 (1112); BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 7; OLG Stuttgart, Urt. v. 19. 4. 2011 - 10 U 116/10, NJW-Spezial 2011, 333; Hartung, NJW 2007, 1099 (1100); BGH Urt. 12.05.2016- VII ZR 171/15, NJW 2016, 2878 (2882); BGH Urt. v. 25.2.2010- VII ZR 64/09, NZBau 2010, 318 (319)= NJW-RR 2010, 748 (749); BGH Urt. v. 26.9. 2013- VII ZR 220/12, NJW 2013, 3513 (3514); BGH Urt.v. 25.4.1996- X ZR 59/94, NJW-RR 1996, 883 (884); OLG München Urt. v. 13.12.2011- 9 U 2533/11,NJW 2012; 397 (398); Wittler/Sieberg, NJW 2018, 19 (21); MüKoBGB/Busche BGB§ 640 Rn. 17.

<sup>413</sup> BGH Urt. v. 25.2.2010- VII ZR 64/09, NJW-RR 2010, 748 (749); Wittler/Kupczyk, NJW 2016, 26 (28); MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 6; Palandt/Sprau, § 640 Rn. 7.

Unternehmer noch zu erstellenden Werks nicht oder nur schwer feststellen kann.<sup>414</sup> Lehnt der Besteller das Werk nicht ab, ist davon auszugehen, dass die Entgegennahme erst eine Probephase eröffnet und danach die Abnahme in Sicht steht.<sup>415</sup> Das wäre dann der Fall, wenn entweder der Besteller die Funktionsfähigkeit des Werks vor Entgegennahme wegen der technischen komplizierten Struktur nicht prüfen konnte oder die Tauglichkeit des Werks innerhalb kurzer Zeit nicht prüfbar ist.<sup>416</sup>

Bei einem dringenden Bedarf des Bestellers an der Sache, die Gegenstand des Werkvertrags ist, (z.B. bei der Eröffnung eines Geschäftes) sind Besonderheiten zu achten.<sup>417</sup> Da keine ausdrücklich erklärte Abnahme vorliegt, kommt es darauf an, ob sich aus der Entgegennahme oder der Ingebrauchnahme eine konkludente Abnahme ergibt und der Unternehmer dies aufgrund des besonderen Zustands des Bestellers als Billigung des Werks verstehen kann.<sup>418</sup> Der Empfängerhorizont eines objektiven Dritten, der an der Stelle des Unternehmers stehen würde, kann dabei maßgeblich sein.<sup>419</sup>

Eine konkludente Abnahme wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besteller das Werk abnimmt und gleichzeitig einen Nacherfüllungsanspruch geltend macht.<sup>420</sup> Dies kann bedeuten, dass der Besteller vorhat, das Werk nach der Mangelbeseitigung abzunehmen.<sup>421</sup> Ferner liegt auch eine konkludente Abnahme vor, wenn der Besteller ohne Vorbehalt die Vergütung bewirkt hat.<sup>422</sup>

Die Bewertung einer stillschweigenden Abnahme ist zwar von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig, aber die Stundung des Werklohns,<sup>423</sup> die Freigabe

---

<sup>414</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 8; A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (18).

<sup>415</sup> BGH Urte. 25.2.2010- VII ZR 64/09, NZBau 2010, 318 (319) = NJW-RR 2010, 748 (749); BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 8; BGH Urte. v. 26.9.2013- VII ZR 220/12, NJW 2013, 3513 (3514); OLG München Urte. v. 10.11.2015- 9 U 4218/ 14, NZBau 2016, 161 (163).

<sup>416</sup> BeckOK BGB/Voit, § 640 Rn. 8.

<sup>417</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 9; OLG Stuttgart, Urteil v. 19. 4. 2011 - 10 U 116/10, NJW-Spezial 2011, 333 Hier sollte der Besteller sein Laden eröffnen.

<sup>418</sup> A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (18); BGH Urte. v. 12.05.2016- VII ZR 171/15, NJW 2016, 2878 (2882); OLG Koblenz, Urte. v. 25.04.1996- 5 U 855/95, NJW-RR 1997, 782 (783); BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 9; OLG Stuttgart, Urteil vom 19. 4. 2011 - 10 U 116/10, NJW-Spezial 2011, 333; OLG Hamm Urte. v. 30.4.2019- 24 U 14/18, BeckRS 2019, 14177 Rn.13; Kupczyk, NJW 2012, 3353 (3354).

<sup>419</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 9.

<sup>420</sup> MüKoBGB/Busche, BGB§ 640 Rn. 17.

<sup>421</sup> OLG Saabrücken, Urte.v. 24.06.2003- 7 U 930/01-212 BeckRS 2005, 11648 Nr.5 BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 7.

<sup>422</sup> Büdenbender, JuS 2001, 625 (627); Vgl. BGH Urte. v. 10.2.1994- VII ZR 20/93 NJW 1994, 1276 (1278).

<sup>423</sup> MüKo/Busche, § 640 Rn. 17.

einer gestellten Sicherheitsleistung,<sup>424</sup> die Weiterveräußerung des Werks<sup>425</sup> und die Unterzeichnung einer Ausführungsbestätigung nach Besichtigung des Werks<sup>426</sup> können unter Umständen für die stillschweigend erklärte Abnahme wichtige Beispiele darstellen.

Fraglich ist, ob eine Abnahme darin zu sehen ist, wenn der Besteller den Mangel des Werks, das noch nicht abgenommen wurde, selbst beseitigt.<sup>427</sup> Für die Abnahme spricht, dass der Besteller bei der Mängelbeseitigung durch Selbstvornahme in Aussicht stellt, dieses Werk dauerhaft zu behalten.<sup>428</sup> Daher ist die Mängelbeseitigung des Bestellers im Wege der Selbstvornahme unbedenklich als Abnahme zu akzeptieren.

#### **(4) Vereinbarung über den Zeitpunkt und Form der Abnahme**

Die Parteien können eine Vereinbarung darüber treffen, ob die Abnahme in einer bestimmten Form und Frist erfolgen soll oder ein Verhalten des Bestellers als Abnahme verstanden werden kann.<sup>429</sup> Nach § 271 BGB kann der Besteller das Werk sofort verlangen, wenn eine Zeit für die Werkherstellung weder bestimmt, noch aus den Umständen zu erkennen ist. Der Unternehmer hat dagegen mit der Herstellung im Zweifel alsbald nach Vertragsschluss zu beginnen und diese in angemessener Zeit zu Ende zu bringen.<sup>430</sup>

#### **b. Fiktive Abnahme**

Das Gesetz regelt außer der rechtsgeschäftlichen Abnahme in § 640 II BGB<sup>431</sup> (§ 640 I S. 3 a.F. BGB) auch eine fiktive Abnahme.<sup>432</sup> Im Unterschied zur rechtsgeschäftlichen Abnahme wird hier kein Abnahmewille des Bestellers vorausgesetzt.<sup>433</sup> Die Vollendung des Werks tritt dann an die Stelle der Abnahme, wenn die Abnahme aufgrund der Beschaffenheit des Werks nicht möglich ist.<sup>434</sup>

---

<sup>424</sup> OLG München Urt. v. 13.12.2011- 9 U 2533/11, NJW 2012; 397 (398); MüKoBGB/*Busche*, BGB§ 640 Rn. 17.

<sup>425</sup> Oechsler, NJW 2004, 1825 (1827); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.17; BGH Urt. v. 25.4.1996- X ZR 59/94, NJW-RR 1996, 883 (884); Palandt/*Sprau*, § 640 Rn.7; OLG Düsseldorf Urt. v. 16.08.1995- 22 U 256/93NJW-RR 1996, 532 (533).

<sup>426</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB§ 640 Rn. 17; Palandt/*Sprau*, § 640 Rn. 7.

<sup>427</sup> BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 640 Rn. 10.

<sup>428</sup> BGH Urt. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361); BeckOK BGB/*Voit*, § 640 Rn. 10; Vgl. Also gegen MüKoBGB/*Busche* BGB, § 640 Rn. 17.

<sup>429</sup> BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 640 Rn. 11; A. Teichmann, ZfBR 2002, 13 (18); Hartung, NJW 2007, 1099 (1100).

<sup>430</sup> Karczewski, NZBau 2018, 328 (334).

<sup>431</sup> Breitling, NZBau 2017, 393; Karczewski, NZBau 2018, 328 (334): Die Regelung der fiktiven Abnahme in § 640 I 3 BGB wurde gestrichen und in § 640 II BGB eingeführt.

<sup>432</sup> MüKo/*Busche*, § 640 Rn.7; OLG Stuttgart, Urt. v. 19. 4. 2011 - 10 U 116/10, NJW-Spezial 2011, 333; Karczewski, NZBau 2018, 328 (334); Breitling NZBau 2017, 393.

<sup>433</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 7; Hartung, NJW 2007, 1099 (1100).

<sup>434</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 7.

### 3. Rechtsgeschäftliche Abnahme

#### a. Abnahmefähigkeit des Werks

Im Grundsatz ist der Besteller zur rechtsgeschäftlichen Abnahme nur dann verpflichtet, wenn das Werk abnahmefähig ist.<sup>435</sup> Ein Werk verliert seine Abnahmefähigkeit dann, wenn die Abnahme wegen seiner Beschaffenheit ausgeschlossen ist.<sup>436</sup> Da unkörperliche Werke, wie beispielsweise eine Theater- oder Konzertaufführung nicht körperlich entgegengenommen werden können, ist in solchen Fällen die Abnahmefähigkeit des Werks nicht gegeben.<sup>437</sup> Eine geistige Leistung kann jedoch dann abnahmefähig werden, wenn sie in Sachen verkörpert ist, wie es z.B. bei Gutachten, Plänen und Schriftstücken der Fall ist.<sup>438</sup>

Die Abnahmefähigkeit körperlicher Werke liegt auch dann vor, wenn sie sich im Besitz des Bestellers befinden.<sup>439</sup> Ein gutes Beispiel hierfür sind Arbeiten auf dem Grundstück oder im Haus des Bestellers.<sup>440</sup> Die fehlende körperliche Übergabe des Werks darf nicht zu Lasten des Unternehmers gehen. In solchen Fällen erfolgt die Abnahme nur durch die Billigung des Werks, die sich auf die vertragsgemäße Erfüllung bezieht.<sup>441</sup> Trotz der Abnahmefähigkeit des Werks können die Parteien auf die Abnahme verzichten, sodass die Vollendung des Werks gem. § 646 BGB an die Stelle der Abnahme tritt.<sup>442</sup>

#### b. Abnahmereife des Werks

##### i. Allgemeines

Die rechtsgeschäftliche Abnahme des Werks erfordert weiterhin die Abnahmereife des Werks.<sup>443</sup> Diese liegt dann vor, wenn das Werk vom Unternehmer vollständig hergestellt wurde, unabhängig davon, ob das Werk mit einem Mangel behaftet ist.<sup>444</sup> Ein Werk gilt nicht als hergestellt, wenn wesentliche Teile des versprochenen Werks, wie

---

<sup>435</sup> OLG Koblenz Urt. v. 14.2.2002- 5 U 1640/99, NJW-RR 2002, 807.

<sup>436</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB§ 640 Rn. 8; Peters, ZGS 2011, 304 (307); Hartung, NJW 2007, 1099 (1100f).

<sup>437</sup> Oetker/Maultzsch § 8 Rn. 217; Peters, ZGS 2011, 304 (307); Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 280.

<sup>438</sup> Hille, NZBau 2014, 339 (340); Hartung, NJW 2007, 1099 (1099f); Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 272.

<sup>439</sup> Christiansen, ZfBR 2010, 3 (5); Hartung, NJW 2007, 1099 (1100).

<sup>440</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 9.

<sup>441</sup> Leistner, JA 2007, 81 (84f); MüKoBGB/*Busche*, § 640 Rn. 9; OLG Stuttgart Urt. v. 8.12.2010- 4 U 67/ 10, NZBau 2011, 297 (298); Palandt/*Sprau*, § 640 Rn. 3.

<sup>442</sup> Christiansen, ZfBR 2010, 3 (4); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 9; BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 640 Rn. 4.

<sup>443</sup> Vgl. Thode, NZBau 2002, 297 (301); Wittler/Sieberg, NJW 2018, 19 (21); MüKoBGB/*Busche*, BGB§ 640 Rn.10; OLG Stuttgart, Urt. v. 19. 4. 2011 - 10 U 116/10, NJW-Spezial 2011, 333; Hartung, NJW 2007, 1099 (1111).

<sup>444</sup> Vgl. OLG Stuttgart Urt. v. 8.12.2010 4 U 67/10, NZBau 2011, 297 (300) hier, fehlende abnahmereife stellt kein Hindernis für die ausdrückliche Abnahme dar; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 10; Voit, NZBau 2017, 521 (522); Weller, NZBau 2018, 398 (401); Breitling, NZBau 2017, 393 (395); Palandt/*Sprau*, § 640 Rn.12.

Dokumentations- oder Konstruktionsunterlagen noch fehlen.<sup>445</sup> Die Abnahmereife des Werks liegt auch nicht vor, wenn ein Mangel aufgrund der Vereinbarung eines absoluten Fixgeschäfts nicht mehr beseitigt werden kann.<sup>446</sup>

## ii. Unwesentliche Mängel

### (1) Regelungsgedanke

Die Abnahmereife stellt keinen Grund für die Verpflichtung des Bestellers zur Abnahme des Werks dar.<sup>447</sup> Der Besteller ist zur Abnahme des Werks gem. § 640 I 2 BGB lediglich bei unwesentlichen Mängeln am Werk verpflichtet.<sup>448</sup> Damit ist dem Besteller das Recht auf die Verweigerung der Abnahme nur bei einem wesentlichen Mangel einzuräumen.<sup>449</sup> Für die Abnahmereife ist der Zeitpunkt ausschlaggebend, in dem das Werk hergestellt wurde und die Anerkennung einer vertragsgemäßen Leistung durch den Besteller erfolgte.<sup>450</sup> Äußert der Besteller, dass das Werk trotz noch ausstehender Restleistungen im Wesentlichen dem Vertrag entspricht, so kann er die Abnahme bereits vor der vollständigen Herstellung des Werks erklären.<sup>451</sup>

### (2) Voraussetzungen der Unwesentlichkeit eines Mangels

Das Vorliegen der Voraussetzungen eines unwesentlichen Mangels bestimmt sich nach dem Einzelfall und der Interessenabwägung der Parteien.<sup>452</sup> *Unwesentlich ist ein Mangel, der an Bedeutung soweit zurücktritt, dass es unter Abwägung beiderseitigen Interessen für den Besteller zumutbar ist, eine zügige Abwicklung des gesamten Vertragsverhältnisses nicht mehr aufzuhalten.*<sup>453</sup> Dabei ist Art und Umfang des Mangels zu berücksichtigen.<sup>454</sup> Das schützenswerte Interesse des Bestellers liegt in der mangelfreien Herstellung, das bei der Feststellung der Wesentlichkeit des Mangels eine

---

<sup>445</sup> Hartung, NJW 2007, 1099 (1111); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.10; BGH Urt. 29.06.1993- X ZR 60/92, NJW-RR 1993, 1461 (1462); OLG Koblenz Urt.v.14.2.2002- 5 U 1640/99, NJW-RR 2002, 807.

<sup>446</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.10.

<sup>447</sup> Hartung, NJW 2007, 1099 (1111); OLG Stuttgart, Urteil vom 19. 4. 2011 - 10 U 116/10, NJW-Spezial 2011, 333; Thode, ZfBR 1999, 116 (117).

<sup>448</sup> Bachem/Bürger, NJW 2018, 118; Heinze, NZBau 2001, 233 (237), OLG Stuttgart Urt. v. 8.12.2010 4 U 67/10, NZBau 2011, 297 (299); Hartung, NJW 2007, 1099 (1111); Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, § 631-651 Rn. 41; OLG Hamm Urt. v. 30.4.2019- 24 U 14/18, BeckRS 2019, 14177 Rn. 24.

<sup>449</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (238); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 11; OLG Stuttgart, Urteil vom 19. 4. 2011 - 10 U 116/10, NJW-Spezial 2011, 333; Scheuch, NJW 2018, 2513; Hartung, NJW 2007, 1099 (1111).

<sup>450</sup> BGH Urt. v. 29.06.1993- X ZR 60/92, NJW-RR 1993, 1461 (1462).

<sup>451</sup> BGH Urt. v. 20.8.2009- VII ZR 205/07, NJW 2010, 227 (230); Weller, NZBau 2018, 398 (402).

<sup>452</sup> Wittler/Sieberg, NJW 2018, 19 (22); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.13; Hartung, NJW 2007, 1099 (1111).

<sup>453</sup> Heinze, NZBau 2001, 233 (237).

<sup>454</sup> Tonner/Willingmann/Tamm/*Cebulla* § 640 Rn. 5; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.13.



große Achtung verdient.<sup>455</sup> Weist das Werk an mehreren Stellen Mängel auf, wird die Wesentlichkeitsprüfung nicht an jeder einzelnen Stelle durchgeführt, sondern eine Gesamtbetrachtung durchgeführt.<sup>456</sup> Der Besteller ist meist bereit, das dem Vertrag entsprechend hergestellte Werk abzunehmen.<sup>457</sup> Wenn das Werk nicht gebrauchstauglich ist, ist dem Besteller nicht zu zumuten, das Werk abzunehmen.<sup>458</sup> Macht der Besteller nach dem ersten Herstellungsversuch des Unternehmers keine Mängelbeseitigung, sondern die Minderung des Werklohns geltend, so ist von einem unwesentlichen Mangel auszugehen.<sup>459</sup>

### c. Anerkenntnis des Werks

Den Kern der Abnahme bildet die Anerkenntnis, dass das Werk vertragsgemäß hergestellt wurde.<sup>460</sup> Diese Anerkenntnis bedeutet aber keine Bestätigung der mangelfreien Herstellung des Werks.<sup>461</sup> Zwar soll der Besteller die Möglichkeit zur Prüfung des Mangels haben, die Prüfung des Werks stellt aber keine Voraussetzung für die Abnahme dar. Allerdings kann der Besteller die Abnahme unter Vorbehalt der späteren Prüfung erklären.<sup>462</sup>

### d. Förmliche Abnahme

Die ausdrückliche Abnahme kann formlos (bzw. mit einfacher Erklärung „Einverstanden“) oder förmlich – also schriftlich – erfolgen.<sup>463</sup> Die Parteien können sich darauf einigen, dass die Abnahme nur dann erklärt wird, wenn bestimmte Formalia, wie z.B. die gemeinsame Überprüfung der Bauleistungen durch Auftraggeber und Unternehmer erledigt wurden.<sup>464</sup> Die Erschwerung der Abnahme durch eine formularmäßige Abrede, die Voraussetzungen erhält, die der Unternehmer nicht beeinflussen kann, führt zur Unwirksamkeit der Abrede.<sup>465</sup> Die meist vereinbarte förmliche Abnahme in Schriftform ist das Abnahmeprotokoll.<sup>466</sup> Da die

---

<sup>455</sup> BGH Urt. v. 25.01.1996- VII ZR 26/95, NJW 1996, 1280 (1281); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 13.

<sup>456</sup> Hammacher, NZBau 2010, 91 (92).

<sup>457</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB§ 640 Rn. 13.

<sup>458</sup> Palandt/ *Sprau*, §640 Rn. 12; vgl. Hartung, NJW 2007, 1099 (1101); Heinze, NZBau 2001, 233 (237); OLG Hamm Urt. v. 30.4.2019- 24 U 14/18, BeckRS 2019, 14177 Rn.40.

<sup>459</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.13; BGH Urt. v. 20.8.2009- VII ZR 205/07, NJW 2010, 227 (230).

<sup>460</sup> OLG München Urt. v. 10.11.2015- 9 U 4218/ 14, NZBau 2016, 161 (163).

<sup>461</sup> BGH Urt. v. 20.8.2009- VII ZR 205/07, NJW 2010, 227 (230).

<sup>462</sup> BGH Urt. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361); OLG Koblenz Urt. v. 10.2.2015- 3 U 317/13, NJW-RR 2015, 589 (590).

<sup>463</sup> Hartung, NJW 2007, 1099 (1100).

<sup>464</sup> Kiesel, NJW 2000, 1673 (1678); Kupczyk, NJW 2012, 3353 (3354); Hille, NZBau 2014, 339 (340); OLG Hamm Urt. v. 30.4.2019- 24 U 14/18, BeckRS 2019, 14177 Rn.20; LG Tübingen Urt. v. 29.5.1973- 3 O 263/72, NJW 1973, 1975.

<sup>465</sup> OLG Karlsruhe Urt. v. 23.9.2003 17 U 234/02, NJW-RR 2004, 745 (746).

<sup>466</sup> OLG Saabrücken, Urt. v. 24.06.2003- 7 U 930/01-212 BeckRS 2005, 11648 Nr.5; Hartung, NJW 2007, 1099 (1100); Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 280; OLG Koblenz Urt. v. 10.2.2015- 3 U 317/13, NJW-RR 2015, 589 (590); OLG Koblenz Urt. v.14.2.2002- 5

Schriftformvereinbarung lediglich der Beweiserleichterung dient, kommt sie nicht als absolute Voraussetzung in Betracht, sodass auch eine formlose Abnahme gültig ist. Der Zweck einer förmlichen Abnahme liegt zu Gunsten des Bestellers darin, dass dessen Verhalten nicht als Abnahme bewertet wird.<sup>467</sup>

#### **e. Einzelprobleme der konkludenten Abnahme**

Der Themenkomplex der konkludenten Abnahme weist zwei Problemstellungen auf. Zunächst ist fraglich, ob die Benutzung des Werks überhaupt als Abnahme anerkannt werden kann. Die zweite Frage bezieht sich auf den maßgeblichen Zeitpunkt der Benutzung des Werks.

#### **i. Benutzungshandlung als Abnahme**

Weder die bloße Bezahlung des Werklohns noch die Benutzung des Werks kann als stillschweigend erklärte Abnahme anerkannt werden. Vielmehr muss die Benutzung des Werks bestimmungsgemäß erfolgen.<sup>468</sup> Die Abwendung einer Zwangslage, der eilige Bezug eines Gebäudes aufgrund der Kündigung der bisherigen Wohnung<sup>469</sup> oder der probeweise Betrieb einer Anlage<sup>470</sup> sind keine bestimmungsgemäße Benutzung. Dass der Besteller vor der Nutzung eines Bauwerks die Mängel rügt und trotz der vorhandenen Mangel in das Bauwerk einzieht, genügt den Anforderungen an eine konkludente Abnahme nicht.<sup>471</sup> Ebenfalls ist auch die Mängelrüge innerhalb einer angemessenen Prüffrist nach der Nutzung eines Bauwerks nicht als konkludente Abnahme zu betrachten.<sup>472</sup> Eine konkludente Abnahme durch Benutzung liegt dann vor, wenn das Werk vollständig hergestellt und der bestimmungsgemäßen Nutzung zugänglich gemacht wurde.<sup>473</sup> Die öffentliche Präsentation eines noch unfertigen Kunstwerks in einem Museum stellt deshalb ebenfalls keine Abnahme dar.<sup>474</sup> Der BGH setzt in seiner Rechtsprechung vielmehr ein Verhalten des Bestellers als erforderlich, aus dem der Unternehmer eindeutig auf den Abnahmewillen schließen kann.<sup>475</sup>

---

U 1640/99, NJW-RR 2002, 807; LG Tübingen Urt. v. 29.5.1973- 3 O 263/72, NJW 1973, 1975.

<sup>467</sup> Klepper, NZBau 636 (637); OLG Bamberg Urt. v. 9.12.2015- 8 U 23/15, BeckRS 2016, 01606 Rn. 34; Hartung, NJW 2007, 1099 (1100).

<sup>468</sup> Ott, NZM 2016, 576 (578); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.18; OLG Koblenz Urt. v. 25.4.1996- 5 U 855/95, NJW-RR 1997, 782 (783).

<sup>469</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.18; BGH Urt. 12.6.1975- VII ZR 55/73, NJW 1975, 1701 (1702).

<sup>470</sup> BGH Urt. 12.6.1975- VII ZR 55/73, NJW 1975, 1701 (1702); BGH Urt. v. 20.9.1984- VII ZR 377/83, NJW 1985, 731 (732).

<sup>471</sup> Derleder, NZBau 2004, 237 (241); BGH Urt. v. 12.6.1975- VII ZR 55/73, NJW 1975, 1701 (1702); BGH Urt. v. 5.11.2015- VII ZR 43/15, NJW 2016, 634 (635).

<sup>472</sup> BGH Urt. v. 12.6.1975- VII ZR 55/73, NJW 1975, 1701 (1702); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 18; BGH Urt. v. 5.11.2015- VII ZR 43/15, NJW 2016, 634 (635).

<sup>473</sup> Wittler/Kupczyk, NJW 2016, 26 (28); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.18; OLG München Urt. v. 10.11.2015- 9 U 4218/ 14, NZBau 2016, 161 (163).

<sup>474</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 18.

<sup>475</sup> Ott, NZM 2016, 576 (577); BGH Urt. 12.6.1975- VII ZR 55/73, NJW 1975, 1701 (1702); BGH Urt. v. 20.9.1984- VII ZR 377/83, NJW 1985, 731 (732).

Eine stillschweigende Abnahme erfolgt dagegen z.B. bei einer Zahnprothese, indem sie sich der Patient beim Zahnarzt in sein Gebiss einsetzen lässt.<sup>476</sup>

## ii. Maßgeblicher Zeitpunkt

Der Zeitpunkt, der für die Folgen der Ingebrauchnahme und für die Annahme einer stillschweigenden Abnahme maßgeblich ist, bestimmt sich nicht allein danach, dass der Besteller mit den ersten feststellbaren Nutzungshandlungen begonnen hat. Für das Vorliegen einer Billigung des Werks ist vielmehr eine gewisse Nutzungszeit zur Prüfung der Beschaffenheit des Werks erforderlich.<sup>477</sup> Denn die Mangelfreiheit bzw. Tauglichkeit des Werks kann durch eine kurze Vorführung oder bloße Sichtprüfung nicht festgestellt werden.<sup>478</sup> Eine angemessene Prüfungszeit wird vor allem bei nichtkörperlichen Leistungen vorausgesetzt.<sup>479</sup> Die bloße Entgegennahme eines Gutachtens allein deutet nicht auf eine stillschweigende Abnahmeerklärung hin; von dieser ist vielmehr dann auszugehen, wenn der Besteller von dem Gutachten Gebrauch gemacht und innerhalb einer angemessenen Prüfungsfrist keine Mängel gerügt hat.<sup>480</sup> Welcher Zeitraum als Prüfungszeit maßgeblich ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls.<sup>481</sup>

## f. Die Teilabnahme

Die Teilabnahme wird in § 640 BGB nicht geregelt, während sie in § 12 II VOB/B ausdrücklich festgelegt wurde.<sup>482</sup> Außer bei Architekten- und Ingenieurverträgen gem. § 650s BGB räumt das Gesetz dem Unternehmer kein Recht auf eine Teilabnahme durch den Besteller ein.<sup>483</sup> Es liegt jedoch kein Verstoß gegen das Gesetz vor, wenn die Parteien die Teilabnahme vertraglich vereinbart haben.<sup>484</sup> Die Teilabnahme kann unter Beachtung strengerer Anforderungen auch konkludent stattfinden.<sup>485</sup> Dafür müssen aber eindeutig feststellbare Anhaltspunkte vorhanden sein.<sup>486</sup> Der Regelung der § 641 I 2 BGB ist jedoch zu entnehmen, dass im Rahmen des Werkvertrages ein Werk auch in Teilen abgenommen werden kann.<sup>487</sup> Diese Möglichkeit ist sowohl für die rechtsgeschäftliche als auch für die fiktive Abnahme von Bedeutung.<sup>488</sup> Teilabnahme kommt meistens bei Bauträgerverträgen in Betracht, wie z.B. Bau einer Tiefgarage und

---

<sup>476</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB§ 640 Rn. 19.

<sup>477</sup> BGH Urt. v. 5.11.2015- VII ZR 43/15, NJW 2016, 634 (635); OLG Hamm Urt. v. 9. 11.2018- I 12 U 20/18, BeckRS 30718 Rn. 23.

<sup>478</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 20.

<sup>479</sup> BGH Urt. v. 26.9.2013- VII ZR 220/12 NJW 2013, 3513 (3515).

<sup>480</sup> BGH Urt. v. 25.2.2010- VII ZR 64/09, NJW-RR 2010 748(749).

<sup>481</sup> BGH Urt. v. 26.9.2013- VII ZR 220/12 NJW 2013, 3513 (3515).

<sup>482</sup> Thode, ZfBR 1999, 116 (118); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 23.

<sup>483</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 23.

<sup>484</sup> BGH Urt. v. 10.2.1994- VII ZR 20/93 NJW 1994, 1276 (1278); auch Thode, ZfBR 1999, 116 (117).

<sup>485</sup> BGH Urt. v. 7.2.2019- VII ZR 274/17, NJW 2019, 2169 (2172); BGH Urt. v. 8.9.2016- VII ZR 168/15, NJW 2017, 265 (267).

<sup>486</sup> OLG Bamberg Urt. v. 9.12.2015- 8 U 23/15, BeckRS 2016, 01606 Rn. 34ff.

<sup>487</sup> BGH Urt. v. 20.8.2009- VII ZR 205/07, NJW 2010, 227 (229).

<sup>488</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 23.

Außenanlage beim Gemeinschaftseigentum<sup>489</sup> oder Flughafenbau.<sup>490</sup> Lässt sich das Gesamtwerk nach seiner Natur in Einzelwerke aufteilen oder lässt sich ein Teil des Werks vernünftigerweise als selbstständig ansehen, dann kann der Besteller das Werk in Teilen abnehmen, bevor das Werk vollständig hergestellt wird.<sup>491</sup> Dies kann jedoch für den Besteller erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringen, da sich eine etwaige Untauglichkeit eines Teilwerks meist erst bei der Fertigstellung des Gesamtwerks feststellen lässt.<sup>492</sup>

#### 4. Fiktive Abnahme

##### a. Überblick

Durch die Reform des Bauvertragsrechts wurde die Abnahmefiktion modifiziert.<sup>493</sup> Außer der rechtsgeschäftlichen Abnahme wird in § 640 II BGB durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts eine Fiktion der Abnahme geregelt.<sup>494</sup> Nimmt der Besteller das Werk innerhalb einer angemessenen Frist, die ihm vom Unternehmer gesetzt wurde, nicht ab und verweigert er unter Angabe eines Mangels die Abnahme nicht, gilt dies dennoch als Abnahme.<sup>495</sup>

##### b. Voraussetzungen

Die Abnahme des Werks liegt gem. § 640 II 1 BGB dann vor, wenn der Unternehmer dem Besteller eine angemessene Frist gesetzt hat und diese erfolglos verstrichen ist.<sup>496</sup> Für den Eintritt der Fiktionswirkung gem. § 640 II 1 BGB soll zunächst das Werk fertiggestellt sein.<sup>497</sup> Sie ist von der vollständigen Erbringung aller geschuldeten Leistung dadurch zu unterscheiden, dass der Unternehmer zwar seiner Pflicht z. B. zur Reinigung und Räumung der Baustelle nicht nachkommt, aber das Werk dennoch fertiggestellt sein kann.<sup>498</sup>

Mit der Neuregelung dieses Kriteriums in § 640 BGB (das in § 640 I 3 BGB a.F. nicht ausdrücklich erwähnt wurde) verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, eine vorzeitige Bereitstellung des Werks und einen missverständlichen Einsatz der fiktiven Abnahme gegenüber Verbrauchern zu verhindern.<sup>499</sup> Der Gesetzgeber hat mit dem Begriff der „Fertigstellung“ eines neuen Terminus in § 640 BGB eingebracht.<sup>500</sup> Eine Fertigstellung ist dann anzunehmen, wenn die Parteien das Werk dem Vertrag entsprechend als „fertig“

---

<sup>489</sup> OLG Bamberg Urt. v. 9.12.2015- 8 U 23/15, BeckRS 2016, 01606 Rn. 42f.

<sup>490</sup> Hammacher, NZBau 2010, 91 (92).

<sup>491</sup> BGH Urt. v. 20.8.2009- VII ZR 205/07, NJW 2010, 227 (230); Karczewski, NZBau 2018, 328 (333); Jordan, S.117.

<sup>492</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.23; Hammacher, NZBau 2010, 91 (93); BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 640 Rn. 19.

<sup>493</sup> Scheuch, NJW 2018, 2513; Breitling, NZBau 2017, 393.

<sup>494</sup> Karczewski, NZBau 2018, 328 (333f); Scheuch, NJW 2018, 2513; Buchwitz, NJW 2017, 1777; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 25.

<sup>495</sup> BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 640 Rn. 31; Scheuch, NJW 2018, 2513.

<sup>496</sup> Breitling, NZBau 2017, 393; Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (119).

<sup>497</sup> Temming, AcP 2015, 17 (61); Karczewski, NZBau 2018, 328 (334).

<sup>498</sup> Breitling, NZBau 2017, 393 (395).

<sup>499</sup> Draxler, NJW 2018, 3291 (3293).

<sup>500</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 27.

annehmen.<sup>501</sup> Das wäre dann der Fall, wenn die vertraglich vereinbarten Leistungen unabhängig vom Mangelzustand des Werks erbracht worden sind.<sup>502</sup> Da der Begriff der „Fertigstellung“ mit dem Begriff der „Herstellung“ übereinstimmt, sollte wegen einer einheitlichen Begriffsbildung statt der „Fertigstellung“ der Begriff „Herstellung“ in § 640 II 1 BGB geregelt sein.<sup>503</sup> Die Abnahmewirkungen entfalten sich unabhängig von dieser Begriffsbestimmung dann, wenn die Vertragsparteien annehmen können, dass die geschuldete Leistung insbesondere die Hauptleistung zum größten Teil dem Vertrag entsprechend erbracht wurde.<sup>504</sup> Unter dem Begriff der Fertigstellung ist nicht eine im Wesentlichen mangelfreie Fertigstellung zu verstehen.<sup>505</sup> Nach der Regelung setzt die Abnahmefiktion keine mangelfreie Herstellung voraus<sup>506</sup>. Vielmehr setzt „Fertigstellung“ lediglich die Erbringung der wesentlichen Leistungen voraus.<sup>507</sup>

Ferner hat der Unternehmer dem Besteller eine angemessene Frist zur Abnahme zu setzen.<sup>508</sup> Die Angemessenheit der Frist liegt vor, wenn sie es dem Besteller unter gewöhnlichen Verhältnissen ermöglicht, den Zustand des konkreten Werks zu überprüfen.<sup>509</sup> Für die Fristsetzung der Abnahme besteht kein Formerfordernis.<sup>510</sup> Jedoch soll sie einen bestimmten Ablauftermin erkennen lassen.<sup>511</sup> Bloße Terminvorschläge oder eine unbestimmte Aufforderung, wie „unzureichend“, „umgehend“ oder „alsbald“ genügen dem Fristsetzungserfordernis nicht.<sup>512</sup>

Bei der Angemessenheit der Frist muss darauf abgestellt werden, ob der Besteller in der Lage ist, innerhalb dieser Frist über die Abnahme zu entscheiden.<sup>513</sup> Die Angemessenheit der Frist bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles, wie z.B. der Art des Werks und der damit verbundenen Mängeln.<sup>514</sup> Von einer Angemessenheit der Frist ist dann auszugehen, wenn es dem Besteller innerhalb dieses Zeitraums möglich ist, das Werk nach seiner erkennbaren Beschaffenheit unter den üblichen Umständen abzunehmen.<sup>515</sup> Dabei soll dem Besteller eine bestimmte Nutzungszeit, die der Prüfung der Tauglichkeit bzw. Beschaffenheit des Werks dient, eingeräumt

---

<sup>501</sup> Breitling, NZBau 2017, 393 (395).

<sup>502</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 32; Bachem/Bürger, NJW 2018, 118.

<sup>503</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 27; Vgl. Breitling, NZBau 2017, 393, (395).

<sup>504</sup> OLG Brandenburg Urt. v. 9.11.2018- 4 U 49/16, BeckRS 2018, 30514 Rn. 45; Zeitler, ZfBR 2007, 216 (219f).

<sup>505</sup> Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (120); BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 33.

<sup>506</sup> Wittler/Kupczyk, NJW 2016, 26 (28); BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 33.

<sup>507</sup> Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (120).

<sup>508</sup> Kupczyk, NJW 2012, 3353 (3354); Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (119); Scheuch, NJW 2018, 2513.

<sup>509</sup> Scheuch, NJW 2018, 2513; Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (119).

<sup>510</sup> Palandt/Sprau, § 640 Rn. 15; BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 34.

<sup>511</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 28.

<sup>512</sup> Scheuch, NJW 2018, 2513; MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 28.

<sup>513</sup> Kupczyk, NJW 2012, 3353 (3354); Palandt/Sprau, § 640 Rn. 15.

<sup>514</sup> Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (119); MüKo/Busche § 640 Rn.28; Scheuch, NJW 2018, 2513f; z.B. enthält 12 V Nr.1 VOB/B bezüglich der Bauwerke ein bestimmter Anhaltspunkt, ab dem Abnahmeverlangen 12 Tage verstrichen ist, gilt das Werk abgenommen.

<sup>515</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 34.

werden.<sup>516</sup> Grundsätzlich gilt eine Frist von ein bis zwei Wochen als angemessen. Bei komplexen Werken, wie beispielsweise einem Flughafenbau ist jedoch eine längere Frist als angemessen anzusehen.<sup>517</sup> Eine zu kurz bestimmte Frist ist nicht wirkungslos, sondern die Frist entfaltet ihre Wirkung dergestalt,<sup>518</sup> dass eine zu kurze Frist eine angemessene Frist in Gang setzt.<sup>519</sup>

Die Wirkung der Fiktion i. S. v. § 640 II 1 BGB entfaltet sich nur dann, wenn der Besteller die Abnahme nicht innerhalb der Frist, die der Unternehmer ihm gesetzt hat, unter den Hinweis auf einen Mangel verweigert hat.<sup>520</sup> Der Eintritt der Abnahmefiktion kann dadurch verhindert werden, dass der Besteller einen einzigen Mangel nennt.<sup>521</sup> Zur Fristwahrung muss die Erklärung dem Unternehmer zugegangen sein.<sup>522</sup> Für den Zugang gelten die allgemeinen Grundsätze des Schuldrechts § 130 ff. BGB.<sup>523</sup> Macht der Besteller die Mängel vor der Fristsetzung geltend, dann tritt die Fiktionswirkung der Abnahme nicht ein.<sup>524</sup> Sinn und Zweck der Regelung werden auch dann gewahrt, wenn der Besteller die Mängel innerhalb der Frist nicht erneut rügt.<sup>525</sup> Durch die Fristsetzung wird dem Besteller eine Möglichkeit zur erneuten Prüfung der Sach- und Rechtslage eingeräumt.<sup>526</sup> Dem Wortlaut des Gesetzes ist zu entnehmen, dass eine Erklärung, die eine Abnahmeverweigerung beinhaltet, eine Begründung erfordert.<sup>527</sup> Unabhängig von der Eigenschaft des Mangels (wesentlich/unwesentlich) hat der Besteller einen Mangel zu nennen, der seine Abnahmeverweigerung begründet.<sup>528</sup> Sinn und Zweck der Vorschrift ist, dem Unternehmer die Möglichkeit zu einer zügigen Mängelbeseitigung zu schaffen.<sup>529</sup> Zum Ausschluss des Eintritts der Fiktionswirkung muss sich der Besteller in seiner Erklärung, die eine Abnahmeverweigerung enthält, auf einen oder mehrere Mängel berufen.<sup>530</sup> Dadurch wird jedoch nicht ausgeschlossen, dass der Besteller später weitere Mängel geltend macht.<sup>531</sup> Der Besteller besitzt meistens keine Fachkenntnisse, sodass er die bestehenden Mängel feststellen und identifizieren kann. Daher wäre es ihm unzumutbar, eine detaillierte Darlegung oder korrekte Bezeichnung

---

<sup>516</sup> Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (119); BGH Urt. v. 25.2.2010- VII ZR 64/09, NJW-RR 2010 748(749).

<sup>517</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 34.

<sup>518</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn.28; BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 34.

<sup>519</sup> Scheuch, NJW 2018, 2513 (2517); Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (119); Kupczyk, NJW 2012, 3353 (3354).

<sup>520</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 30.

<sup>521</sup> Draxler, NJW 2018, 3291 (3293); BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 35.

<sup>522</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 30.

<sup>523</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 30.

<sup>524</sup> Palandt/Sprau, § 640 Rn. 15.

<sup>525</sup> Scheuch, NJW 2018, 2513 (2515); Draxler, NJW 2018, 3291 (3293).

<sup>526</sup> Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (119).

<sup>527</sup> MüKo/Busche, BGB § 640 Rn. 30.

<sup>528</sup> Breitling, NZBau 2017, 393; Scheuch, NJW 2018, 2513 (2516); BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 35; Bachem/Bürger NJW 2018, 118 (120).

<sup>529</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 30.

<sup>530</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 30.

<sup>531</sup> Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (121); MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 30.

der Mängel in seiner Erklärung über die Abnahmeverweigerung anzugeben.<sup>532</sup> Vielmehr genügt die Beschreibung der Symptome.<sup>533</sup>

Ist der Besteller ein Verbraucher i. S. v. § 13 BGB, dann muss er über die Rechtsfolgen der Handlungen des Unternehmers in Kenntnis gesetzt werden (§ 640 II 2 BGB).<sup>534</sup> Das Schweigen des Bestellers wird als Zustimmung angenommen.<sup>535</sup> Die Kenntnissetzung soll mit der Fristsetzung und Aufforderung zur Abnahme des Werks „zusammen“ also zum selben Zeitpunkt erfolgen.<sup>536</sup> Die Kenntnissetzung setzt Textform §§ 126 b BGB (§ 640 II 2 2.Hs. BGB) voraus.<sup>537</sup> Der Inhalt der Information muss sich auf den Eintritt der Abnahmewirkung nach Ablauf der Frist und die fehlende Abnahmeerklärung des Bestellers oder der Abnahmeverweigerung ohne Angabe mindestens eines Mangels beziehen.<sup>538</sup>

Aufgrund der Formulierung „Angaben von Mängeln“ stimmt der Wortlaut des § 640 II 2 BGB mit dem Wortlaut des § 640 II 1 BGB nicht überein. Es werden jedoch nicht Angaben mehrerer Mängel vorausgesetzt. Sinn und Zweck des § 640 II 2 BGB ist, dass der Besteller über die Rechtsfolgen der Handlungen des Unternehmers hinreichend und deutlich informiert wird, um dem Interesse eines Verbrauchers gerecht werden zu können (§§ 650o S.1 i.V. m. 640 II 2 BGB).<sup>539</sup> Hinweise in dem Vertrag genügen dafür nicht.<sup>540</sup> Fehlende Information oder unklare bzw. nicht transparente Hinweise führen zum Ausschluss des Eintritts der Abnahmewirkungen nach § 640 II BGB.<sup>541</sup>

### c. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen der Fiktionswirkung treten gem. § 640 II BGB dann ein, wenn das Werk auch wesentliche Mängel aufweist, nachdem die Frist ohne Abgabe der Erklärung durch den Besteller oder Abnahmeverweigerung ohne Angabe mindestens eines Mangels seitens des Bestellers verstrichen ist. Hier wird kein Verschulden des Bestellers vorausgesetzt. Der Eintritt der Fiktionswirkung führt aber nicht zum Ausschluss der Mängelrechte des Bestellers.<sup>542</sup>

---

<sup>532</sup> Glöckner, VuR 2016, 163; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 30.

<sup>533</sup> Breitling, NZBau 2017, 393; Glöckner, VuR 2016, 163; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 30.

<sup>534</sup> Draxler, NJW 2018, 3291 (3293); BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 37; Scheuch, NJW 2018, 2513 (2514); Breitling, NZBau 2017, 393 (395); Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (119).

<sup>535</sup> Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (119).

<sup>536</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 37.

<sup>537</sup> Breitling, NZBau 2017, 393 (395); Scheuch, NJW 2018, 2513 (2515); Palandt/*Sprau*, § 640 Rn. 15.

<sup>538</sup> Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (119).

<sup>539</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 31.

<sup>540</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 37.

<sup>541</sup> Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (119).

<sup>542</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 32.

## 5. Abnahme ohne Vorbehalt (§ 640 III BGB)

### a. Überblick

Wird das Werk vom Besteller im Rahmen einer rechtsgeschäftlichen Abnahme gem. § 640 I 1 BGB abgenommen, kann er seine Mängelrechte verlieren, wenn er bei der Abnahme keinen Vorbehalt bezüglich eines Mangels, der ihm bekannt ist, erklärt hat.<sup>543</sup> Ein unterlassener Vorbehalt i. S. v. § 640 III BGB (§ 640 II BGB a.F.) bedeutet für den Besteller den Ausschluss der Mängelansprüche nach § 634 Nr.1-3 BGB.<sup>544</sup> Die Regelung des § 640 III BGB ist durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung v.1.1.2018 an die Stelle des § 640 II BGB a.F. getreten.<sup>545</sup> Beide Regelungen sind inhaltlich identisch.<sup>546</sup> Dem Wortlaut des § 640 III BGB ist zu entnehmen, dass er nicht auf die fiktive Abnahme i. S. v. § 640 II BGB sondern lediglich auf die rechtsgeschäftliche Abnahme gem. § 640 I 1 BGB und damit auch auf die konkludente Abnahme Anwendung findet.<sup>547</sup> Die Regelung des § 640 III BGB verhindert ein widersprüchliches Verhalten des Bestellers.<sup>548</sup> Daher findet § 640 III BGB auch auf unwesentliche/geringfügige Mängel gem. § 640 I 2 BGB Anwendung.<sup>549</sup>

### b. Bekannter Mangel

#### i. Allgemeines

Der unterlassene Vorbehalt bezüglich eines Mangels, der dem Besteller zum Zeitpunkt der Abnahme bekannt war, führt gem. § 640 III BGB zum Rechtsverlust.<sup>550</sup> Der Besteller verliert dabei die Rechte aus § 634 Nr.1-3 BGB, während ihm der verschuldensabhängige Anspruch auf Schadensersatz gem. § 634 Nr.4 BGB weiterhin zusteht.<sup>551</sup> Jedoch kann vom Vorbehalt abgesehen werden, wenn aufgrund der Mängel z.B. ein Prozess anhängig ist oder ein Beweisverfahren noch nicht abgeschlossen ist.<sup>552</sup>

---

<sup>543</sup> OLG Frankfurt; Urt. v. 26.06.1990- 5 U 8/89, NJW-RR, 1992, 280; Jansen, NZBau 2016, 688; Hartung, NJW 2007, 1099 (1103); BGH Urt. v. 25.2.2010- VII ZR 64/09 NJW-RR 2010, 748; Buchwitz, NJW 2017, 1777; Jansen, NZBau 2016, 688.

<sup>544</sup> Büdenbender, JuS 2001, 625 (628); Hartung, NJW 2007, 1099 (1103); Jansen, NZBau 2016, 688; Buchwitz, NJW 2017, 1777; BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 38; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn.38.

<sup>545</sup> Buchwitz, NJW 2017, 1777.

<sup>546</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 106.

<sup>547</sup> Vgl. Kupczyk, NJW 2012, 3353 (3355); Hartung, NJW 2007, 1099 (1101); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 34; Buchwitz, NJW 2017, 1777, Vgl. Hedermann, NJW 2015, 2381 (2383); BGH Urt. 25.2.2010- VII ZR 64/09, NJW-RR 2010, 748 (749) = NZBau 2010; 318 (319).

<sup>548</sup> Buchwitz, NJW 2017, 1777; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 34; BGH Urt. v. 29.6.1993- X ZR 60/92, NJW-RR 1993, 1461 (1462); BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 38.

<sup>549</sup> Vgl. Hedermann, NJW 2015, 2381 (2383); Vgl. Peters, NZBau 2000, 169 (171).

<sup>550</sup> Jansen, NZBau 2016, 688; Buchwitz, NJW 2017, 1777; Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 10; BGH Urt. v..6.1975- VII ZR 55/73, NJW 1975, 1701 (1702).

<sup>551</sup> Buchwitz, NJW 2017, 1777, Jansen, NZBau 2016, 688.

<sup>552</sup> Buchwitz, NJW 2017, 1777 (1778), MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.35; BGH Urt. v. 24.05.1974-V ZR 193/72, NJW 1974, 1324 (1325).



Der Unternehmer trägt weiter die Beweislast für die mangelfreie Werkherstellung, wenn sich der Besteller die Rechte wegen Mängel vorbehält.<sup>553</sup> Der Besteller hat schließlich das Werk noch nicht als vertragsgemäß akzeptiert. Ansonsten erscheint ein Beweislastübergang auf den Besteller nicht sachgerecht.<sup>554</sup> Vermutet der Unternehmer, dass sich der Besteller seine Rechte zu Unrecht vorbehält, stehen ihm die Rechte auf die Verweigerung der Ablieferung und auf die Fristsetzung nach § 640 II BGB oder die Erhebung der Klage auf vorbehaltlose Abnahme zu.<sup>555</sup>

## ii. Kenntnis des Mangels

Der Besteller verliert seine Rechte wegen der Mängel, die ihm bei der Abnahme bekannt waren.<sup>556</sup> Er kann jedoch die negative Abweichung der erbrachten Leistungen erkennen und trotzdem ohne Vorbehalt annehmen.<sup>557</sup> Da der Besteller nicht verpflichtet ist, die Symptome möglichen Ursachen zuzuordnen, darf die Kenntnis der Mangelsymptome nicht der Kenntnis des Mangels gleichgestellt werden.<sup>558</sup>

Ferner steht es dem Besteller frei, dass er seinen Vorbehalt auf die Bezeichnung und Erklärung der Mangelsymptome beschränkt.<sup>559</sup> Für einen Rechtsverlust wird positive Kenntnisnahme verlangt.<sup>560</sup> Hinsichtlich der Mängel, die dem Besteller nicht bekannt sind und die er bei ordnungsgemäßer Prüfung des Werks nicht erkennen konnte, erleidet der Besteller keinen Rechtsverlust.<sup>561</sup> Im Gegensatz zum § 442 I 2 BGB reicht hier die grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels für den Rechtsverlust nicht aus.<sup>562</sup> Eine positive Kenntnis des Bestellers liegt dann vor, wenn der Besteller vom äußeren Erscheinungsbild des Werks nicht nur den Mangel i. S. v. § 633 II BGB sondern auch die Ursache bzw. Wirkung erkennen kann.<sup>563</sup> Das bloße äußere Mangelerscheinungsbild des Werks ist für die Annahme einer positiven Kenntnis nicht ausreichend.<sup>564</sup> Für das Vorhandensein der positiven Kenntnis ist der Zeitpunkt der Abnahme maßgeblich.<sup>565</sup> Bei der Abnahme, die einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt (sog. „gestreckte“ Abnahme), genügt die zu irgendeinem Zeitpunkt innerhalb des Abnahmezeitraums erlangte Kenntnisnahme.<sup>566</sup>

---

<sup>553</sup> BGH Urt. v. 24.10.1996- VII ZR 98/94, NJW-RR 1997, 339 (340).

<sup>554</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 41.

<sup>555</sup> Klepper, NZBau 2009, 636; BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 40.

<sup>556</sup> BGH, Urt. v. 25.2.2016-VII ZR 210/13 NJW 2016, 2183; Buchwitz, NJW 2017, 1777.

<sup>557</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 36; BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 38; OLG Düsseldorf Urt. v. 16.08.1995- 22 U 256/93NJW-RR 1996, 532 (533).

<sup>558</sup> Glöckner, VuR 2016, 163; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 36; BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 38; Oetker/Maultzsch § 8 Rn.75.

<sup>559</sup> Glöckner, VuR 2016, 163; BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn.40.

<sup>560</sup> Erman/*Schwenker/Rodemann* § 640 Rn. 21; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 36.

<sup>561</sup> OLG Düsseldorf Urt. v. 16.08.1995- 22 U 256/93NJW-RR 1996, 532 (533).

<sup>562</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.36; BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 38.

<sup>563</sup> Erman/*Schwenker/Rodemann*, § 640 Rn. 21; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 36.

<sup>564</sup> Tonner/Willingsmann/Tamm/*Cebulla* § 637 Rn. 20.

<sup>565</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 36.

<sup>566</sup> BGH Urt. 12.6.1975- VII ZR 55/73, NJW 1975, 1701 (1702).

### c. Zeitpunkt

Die Vorbehaltserklärung soll weder vor noch nach der Abnahme, sondern bei der Abnahme erfolgen.<sup>567</sup> Zu beachten ist, dass durch die vor der Abnahme erklärten Vorbehalte der Eintritt des Rechtsverlusts nicht vermieden wird.<sup>568</sup> Davon kann dann ausnahmsweise abgewichen werden, wenn der Vorbehalt zwar vor Abnahme erklärt wurde, aber im Zeitpunkt der Abnahme noch aufrechterhalten wird.<sup>569</sup> Diese Ausnahme setzt jedoch voraus, dass ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Vorbehaltserklärung und der Abnahme besteht.<sup>570</sup> Außerdem dürfen sich in diesem Zeitraum die Mangelsituation und das Verhalten der Vertragsparteien nicht geändert haben.<sup>571</sup>

### d. Erklärung

Der Besteller hat in seiner Vorbehaltserklärung die Symptome des Mangels zu bezeichnen.<sup>572</sup> Auf dessen Ursachen braucht er nicht einzugehen.<sup>573</sup> An die Vorbehaltserklärung ist keine strenge Anforderung zu stellen. Den Vorbehalt kann der Besteller formlos erklären. Eine vertragliche Vereinbarung über die Erklärung in Schriftform würde nicht gegen das Gesetz verstoßen.<sup>574</sup>

### e. Rechtsverlust

Erklärt der Besteller keinen Vorbehalt gem. § 640 III BGB, verliert er seine Rechte hinsichtlich der Mängelansprüche nach § 634 Nr. 1-3 BGB.<sup>575</sup> Da der Wortlaut nur von § 634 Nr.1 bis 3 BGB spricht, beschränkt sich der Rechtsverlust auf diese Rechte, sodass die Ansprüche gem. § 634 Nr.4 BGB also Schadensersatzansprüche des Bestellers unberührt bleiben.<sup>576</sup> Damit steht dem Besteller das Recht auf Schadensersatz auch bei unterlassenem Vorbehalt noch zu.<sup>577</sup>

Der Rechtsverlust durch § 640 III BGB kann für ein widersprüchliches Verhalten des Bestellers ursächlich sein.<sup>578</sup> Er nimmt dann einerseits das Werk trotz der ihm bekannten

---

<sup>567</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 40.

<sup>568</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 37.

<sup>569</sup> Buchwitz, NJW 2017, 1777, (1778); BGH Urt. 12.6.1975- VII ZR 55/73, NJW 1975, 1701 (1702); BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 40.

<sup>570</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 40; MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 31. Vgl. OLG Düsseldorf Urt. v. 8.9.200- 22 U 34/00, NJW-RR 2000, 1688 (1689).

<sup>571</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn.37.

<sup>572</sup> BGH Urt. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361); Schmeel, MDR 2017, 254 (257).

<sup>573</sup> Schmeel, MDR 2017, 254 (257); Palandt/Sprau, § 640 Rn. 20).

<sup>574</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn.38; LG Tübingen Urt. v. 29.5.1973- 3 O 263/72, NJW 1973, 1975.

<sup>575</sup> Jansen, NZBau 2016, 688; Hartung, NJW 2007, 1099 (1103); Schmeel, MDR 2017, 254 (256).

<sup>576</sup> Vgl. Jansen, NZBau 2016, 688; Buchwitz, NJW 2017, 1777, Oetker/Maultzsch § 8 Rn. 76.

<sup>577</sup> Buchwitz, NJW 2017, 1777 (1779), MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 39; Vgl. Jansen, NZBau 2016, 688f.

<sup>578</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn.10; Oetker/Maultzsch § 8 Rn.74; BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 44; Jansen, NZBau 2016, 688 (689).

Mängel als vertragsgemäß ab, andererseits möchte er später die Mittel zur Mängelbeseitigung ersetzt haben.<sup>579</sup> Es wird daher zur Vermeidung eines solchen Verhaltens zwischen dem verschuldensunabhängigen und verschuldensabhängigen Mängelrechte differenziert.<sup>580</sup> Nach § 640 III BGB gilt der Rechtsverlust, der aufgrund des unterlassenen Vorbehalts eingetreten ist, nur für die verschuldensunabhängigen Mängelrechte der § 634 Nr. 1-3 BGB (Nacherfüllung, Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung); er erstreckt sich nicht auf den verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch nach § 634 Nr. 4 BGB.<sup>581</sup>

## **6. Abnahmepflicht**

### **a. Allgemeines**

Im Unterschied zur Mitwirkungsobliegenheit des Bestellers nach § 642 BGB stellt die Abnahme i. S. v. § 640 I BGB eine vertragliche Hauptpflicht des Bestellers dar.<sup>582</sup> Soweit der Unternehmer seine Leistung unabhängig von Mängeln erbracht hat, kann er vom Besteller verlangen, das Werk abzunehmen.<sup>583</sup> Die Abnahmeverpflichtung des Bestellers erstreckt sich nur dann auf Teile des Werks, wenn sich die Parteien auf eine Teilabnahme geeinigt haben.<sup>584</sup>

### **b. Voraussetzungen**

Der Anspruch des Unternehmers auf die Abnahme des Werks durch den Besteller entsteht, wenn er ein abnahmereifes Werk hergestellt hat, der Besteller zur Abnahme verpflichtet ist und er das Werk vorbehaltlos gebilligt hat.<sup>585</sup>

Grundsätzlich ist der Besteller berechtigt, das Werk abzunehmen, wenn der vertraglich vereinbarte Erfolg voll und ganz erbracht wurde.<sup>586</sup> § 640 I 2 BGB regelt eine Ausnahme von diesem Grundsatz.<sup>587</sup> Demnach darf der Besteller die Abnahme bei unwesentlichen Mängeln nicht verweigern.<sup>588</sup> Die Abnahmereife und ggf. die Unwesentlichkeit von Mängeln des Werks begründet die Abnahmeverpflichtung des Bestellers.<sup>589</sup> Ist das

---

<sup>579</sup> Jansen, NZBau 2016, 688 (689); Buchwitz, NJW 2017, 1777 (1779).

<sup>580</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 44; Jansen, NZBau 2016, 688 (689).

<sup>581</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 40; Jansen, NZBau 2016, 688 (689); Buchwitz, NJW 2017, 1777 (1778); Signat, ZEuP 2009, 716 (736); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn. 2.

<sup>582</sup> Erman/Schwenker/Rodemann § 640 Rn. 15; Hartung, NJW 2007, 1099; Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 19; Fikentscher/Heinemann § 84 II 2 Rn. 1200.

<sup>583</sup> Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/Forster, § 631-651 Rn. 35; MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 42; Bachem/Bürger, NJW 2018, 118.

<sup>584</sup> Hammacher, NZBau 2010, 91 (92); Hartung, NJW 2007, 1099 (1101); MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 42.

<sup>585</sup> BGH Urt. v. 20.8.2009- VII ZR 205/07, NJW 2010, 227 (229); BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 21.

<sup>586</sup> Breitling, NZBau 2017, 393.

<sup>587</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 21.

<sup>588</sup> Heinze, NZBau 2001, 233 (237); Hartung, NJW 2007, 1099 (1111); Bachem/Bürger, NJW 2018, 118; Weller, NZBau 2018, 398 (399).

<sup>589</sup> Wittler/Sieberg, NJW 2018, 19 (21); MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn.43; Hartung, NJW 2007, 1099 (1111).

Werk jedoch mit wesentlichen Mängeln behaftet, steht dem Besteller nach § 640 I 2 BGB ein Recht auf Verweigerung der Abnahme zu.<sup>590</sup> Das Recht zur Abnahmeverweigerung ist in § 640 I 1 BGB zwar nicht ausdrücklich geregelt, aber § 640 I 2 BGB berechtigt den Besteller wegen wesentlicher Mängel die Abnahme zu verweigern.<sup>591</sup> In solchen Fällen steht es dem Besteller frei, ob er bei der Abnahme eine Vorbehaltserklärung nach § 640 III BGB abgeben möchte.<sup>592</sup> Bei der Auslegung des § 640 I 2 BGB ist Vorsicht geboten.<sup>593</sup> Der Besteller kann hiernach verpflichtet sein, eine Leistung zu billigen, die nicht der vertraglichen Vereinbarung entspricht.<sup>594</sup> Die Parteien haben sich nicht auf die Herstellung eines Werks, das im Wesentlichen mangelfrei sein soll, sondern auf die Erstellung eines mangelfreien Werks geeinigt.<sup>595</sup> Aus diesem Grund ist eine enge Auslegung des Begriffs der Unwesentlichkeit geboten.<sup>596</sup> Aufgrund der gebotenen engen Auslegung des § 640 I 2 BGB sind solche Mängel nicht als unwesentlich zu betrachten, die auf die Gebrauchsfähigkeit oder die Sicherheit des Werks Einfluss haben.<sup>597</sup>

Wird bei einer Beschaffenheitsvereinbarung auf die „Wesentlichkeit des eventuellen Mangels“ ein besonderer Wert gelegt, ist das Interesse des Bestellers zu berücksichtigen.<sup>598</sup> Ist eine Toleranzgrenze nicht vertraglich konkretisiert oder nicht vereinbart, bis zu welchem Grad ein Werk als wesentlich mangelfrei gilt, so kann es bereits als wesentlicher Mangel angesehen werden, wenn ein Mangel nicht unwesentlich ist.<sup>599</sup> Ist z.B. auf Wunsch des Bestellers eine genaue farbliche Gestaltung vereinbart worden, dann ist eine Abweichung auch dann als wesentlich zu betrachten, wenn die Abweichung dem Dritten nicht als ausschlaggebend erscheint.<sup>600</sup>

Für das Entstehen des Anspruchs auf Abnahme ist neben der Mangelfreiheit auch die Vollständigkeit der Leistung erforderlich.<sup>601</sup> Wenn sich die Werkherstellung wie bei Architekten, Statikern und Vermessungsingenieuren auf planende Arbeiten beschränkt, tritt die Vollendung des Werks mit der Fertigstellung und Aushändigung des Plans ein.<sup>602</sup> Bei technisch komplizierten Werken ist ein Werk als vollständig anzusehen, wenn auch eine Einweisung erteilt oder die Bedienungsanleitung ausgehändigt wird.<sup>603</sup>

---

<sup>590</sup> Hartung, NJW 2007, 1099; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 43.

<sup>591</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 43; Hartung, NJW 2007, 1099 (1100).

<sup>592</sup> BeckOK BGB/*Voit*, § 640 Rn. 22.

<sup>593</sup> BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 640 Rn. 22.

<sup>594</sup> Hartung, NJW 2007, 1099 (1101); Bachem/Bürger, NJW 2018, 118 (120).

<sup>595</sup> BGH Urt. v. 25.2.2010- VII ZR 64/09, NJW-RR 2010 748 (749); BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 640 Rn. 22; Hartung, NJW 2007, 1099 (1101).

<sup>596</sup> BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 640 Rn. 22; Peters, NZBau 2000, 169 (171); BGH Urt. v. 25.01.1996- VII ZR 26/95, NJW 1996, 1280 (1281).

<sup>597</sup> Hartung, NJW 2007, 1099 (1111); BeckOK BGB/*Voit*, 52. Ed. 1.2.2019, BGB § 640 Rn. 23.

<sup>598</sup> Vgl. Hammacher, NZBau 2010, 91 (92); BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 640 Rn. 23; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.43.

<sup>599</sup> BeckOK BGB/*Voit*, 52. Ed. 1. 2. 2019, BGB § 640 Rn. 23.

<sup>600</sup> Vgl. Peters, NZBau 2007, S. 1 (2).

<sup>601</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 43.

<sup>602</sup> BGH Urt. v. 25. 2. 2010- VII ZR 64/09, NJW-RR 2010 748(749).

<sup>603</sup> BeckOK BGB/*Voit*, 52. Ed. 1.2.2019, BGB § 640 Rn. 24.

### c. Abweichende Vereinbarung

Die Vertragsparteien können von den gesetzlichen Regelungen über den Abnahmezeitpunkt, die Form der Abnahme und die Abnahmereife abweichende Regelung treffen, sodass der Eintritt der Abnahmewirkungen hinausgeschoben wird.<sup>604</sup> Erfolgen die abweichenden vertraglichen Vereinbarungen durch vorformulierte Vertragsbedingungen, fallen sie unter die Grenzen der Inhaltskontrolle i. S. v. § 307 BGB.<sup>605</sup>

### 7. Wirkung der Abnahme

Das Stadium der Vertragserfüllung ist mit der Abnahme abgeschlossen. Mit der Abnahme endet das Erfüllungsstadium und beginnt das Gewährleistungsstadium.<sup>606</sup> Insoweit der Besteller sich bei der Abnahme die Mängelrechte gem. § 640 III BGB nicht vorbehalten hat, verliert er mit der Abnahme das Recht, auf die Ansprüche aus § 634 Nr.1-3 BG geltend zu machen.<sup>607</sup> Die Verjährungsfristen für die Mängelrechte, die in § 634a BGB geregelt sind, beginnen mit der Abnahme.<sup>608</sup> Aufgrund der Abnahme liegt eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Unternehmers vor.<sup>609</sup> Vor Abnahme muss der Unternehmer die Mangelfreiheit des Werks darlegen und beweisen, während der Besteller nach Abnahme die Beweislast für die Mangelhaftigkeit trägt.<sup>610</sup> Diese Wirkung beruht auf § 363 BGB. Hier ist die Abnahme einer Leistung als Erfüllung vorausgesetzt.<sup>611</sup> Mit der Abnahme geht die Vergütungsgefahr gem. § 644 I 1 BGB auf den Besteller über.<sup>612</sup> Der Besteller hat die Vergütung gem. § 641 BGB bei der Abnahme zu entrichten.<sup>613</sup> Die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs nach § 641 I BGB wird nicht durch den Vorbehalt der Geltendmachung von Mängelrechten bei der Abnahme seitens des Bestellers ausgeschlossen.<sup>614</sup>

---

<sup>604</sup> BGH Urt. 29.06.1993- X ZR 60/92, NJW-RR 1993, 1461; Palandt/*Sprau* § 640 Rn. 19; Kiesel, NJW 2000, 1673 (1678f); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.44.

<sup>605</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.44.

<sup>606</sup> Kupczyk, NJW 2012, 3353 (3354); Medicus/Lorenz, § 35 Rn.7; Hartung, NJW 2007, 1099 (1102); Tonner/Willingsmann/Tamm/*Cebulla* § 637 Rn. 18; Zeitler, ZfBR 2007, 216 (219).

<sup>607</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.51; Glöckner, VuR 2016, 123 (128).

<sup>608</sup> Breitling NZBau 2017, 393; Hartung, NJW 2007, 1099 (1102); Bachem/Bürger, NJW 2018, 121; Kupczyk, NJW 2012, 3353 (3354).

<sup>609</sup> Christiansen, ZfBR 2010, 3 (5); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 51; Peters, NZBau 2009, 209 (210).

<sup>610</sup> BGH Urt. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361); Hammacher, NZBau 2010, 91 (92); Schlier, S. 22; BGH Urt. v. 24.10.1996- VII ZR 98/94, NJW-RR 1997, 339 (340).

<sup>611</sup> Christiansen, ZfBR 2010, 3 (5); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn.51; BGH Urt. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07 NJW 2009, 360 (361).

<sup>612</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 204; Tonner/Willingsmann/Tamm/*Cebulla* § 637 Rn. 18; Hartung, NJW 2007, 1099 (1103); Kupczyk, NJW 2012, 3353 (3354).

<sup>613</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 51; Hartung, NJW 2007, 1099 (1102); Christiansen, ZfBR 2010, 3 (12).

<sup>614</sup> BGH Urt. v. 27.11.2003- VII ZR 53/03, NJW 2004, 502 (505); Hartung, NJW 2007, 1099 (1103); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 51.

Grundsätzlich entfalten sich die Rechtswirkungen der Abnahme unabhängig von der Abnahmeart, also sowohl bei der rechtsgeschäftlichen als auch bei der fiktiven Abnahme.<sup>615</sup> Jedoch können die Parteien von diesem Grundsatz abweichende Vereinbarungen treffen.<sup>616</sup>

### **III. Folgen der Pflichtverletzung des Bestellers**

#### **1. Verletzung der Vergütungspflicht**

Bei Verletzung der vertraglichen Verpflichtungen gelten die allgemeinen Regeln der §§ 280, 320 BGB über Leistungsstörungen.<sup>617</sup>

Zahlt der Besteller trotz Fälligkeit keinen Werklohn, dann kann der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch einklagen.<sup>618</sup> Weiter steht dem Unternehmer ein Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens einschließlich Zinsen §§ 280 II, 286 i.V. m. 288 BGB zu, wenn sich der Besteller mit der Zahlung in Verzug befindet.<sup>619</sup> Der Unternehmer kann weiterhin nach erfolglosem Ablauf einer angemessenen Zahlungsfrist vom Vertrag zurücktreten § 323 I BGB.<sup>620</sup>

#### **2. Verletzung der Abnahmepflicht**

Da die Abnahme nach § 640 BGB zur Leistungspflicht des Bestellers zählt, führt die Nichtabnahme nicht nur zum Annahmeverzug nach § 293 BGB, sondern unter den Voraussetzungen des § 286 BGB gleichzeitig zum Schuldnerverzug.<sup>621</sup> Die in den §§ 640 II BGB geregelte Abnahmefiktion tritt dann ein, wenn der Besteller das Werk trotz seiner Verpflichtung nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer gesetzten Frist abnimmt.<sup>622</sup>

#### **3. Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit**

Soweit der Besteller seine zur Herstellung des Werks erforderliche Mitwirkung verweigert, gerät er in Annahmeverzug nach § 293 BGB.<sup>623</sup> Damit steht dem Unternehmer gem. § 304 BGB ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zu, die durch den Annahmeverzug entstanden sind.<sup>624</sup> Des Weiteren kann der Unternehmer den Werkvertrag nach § 643 BGB aufgrund der unterlassenen Mitwirkung aufheben.<sup>625</sup>

---

<sup>615</sup> Vgl. Kupczyk, NJW 2012, 3353; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 52.

<sup>616</sup> Zeitler, ZfBR 2007, 216 (219f); Hartung, NJW 2007, 1099 (1101); Peters, NZBau 2000, 169 (171).

<sup>617</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 190.

<sup>618</sup> BGH Urt. v. 25.4.1996- X ZR 59/94, NJW-RR 1996, 883 (884).

<sup>619</sup> Brox/Walker, § 25 Rn. 15.

<sup>620</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 185.

<sup>621</sup> Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 24.

<sup>622</sup> Brox/Walker, § 25 Rn. 16.

<sup>623</sup> Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 26.

<sup>624</sup> Brox/Walker, § 25 Rn. 17.

<sup>625</sup> Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos* BGB § 637 Rn.9.

## G. Der Vorschussanspruch des Bestellers nach § 637 III BGB

### I. Allgemeines

Der Vorschuss zur Mängelbeseitigung ist die Vorwegnahme des Aufwendungsersatzanspruchs.<sup>626</sup> Der Besteller kann mit der Durchführung der Selbstvornahme erst dann beginnen, wenn ihm die dafür notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung stehen.<sup>627</sup> Er ist berechtigt, vom Unternehmer einen Vorschuss für die Aufwendungen, die zur Beseitigung des Mangels erforderlich sind, zu verlangen.<sup>628</sup>

Bis zur Schuldrechtsmodernisierung war der Anspruch des Bestellers auf Vorschuss zur Mängelbeseitigung durch Richterrecht gewährleistet.<sup>629</sup> Nach § 633 III BGB a.F. entstand kein Anspruch auf Vorschusszahlung, soweit es dem Besteller möglich war, den für die Mängelbeseitigung erforderlichen Geldbetrag auf andere Weise<sup>630</sup> als im Wege des Einbehalts des ausstehenden Werklohns oder durch Aufrechnung gegen den Vergütungsanspruch aufzubringen.<sup>631</sup> Aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB konnte der Besteller vor der Schuldrechtsmodernisierung keinen Vorschussanspruch gegen den Unternehmer geltend machen.<sup>632</sup> Durch das SchRModG wurde ihm erstmalig ein Vorschussrecht eingeräumt und im § 637 Absatz. 3 BGB verankert.<sup>633</sup>

Diese neue Regelung hat das Ziel, den Besteller so zu stellen, als ob der Unternehmer seine Pflicht zur Nacherfüllung erfüllt hätte.<sup>634</sup> Der Unternehmer hat die bei der Durchführung der Nacherfüllung entstandenen Kosten zu tragen. Daher darf der Besteller auch bei Selbstvornahme nicht zur Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung gezwungen werden.<sup>635</sup> Der Vorschussanspruch des Bestellers bleibt von der gesetzlichen Regelung der Werklohnforderung unberührt, sodass der Unternehmer nicht unbillig benachteiligt wird.<sup>636</sup> Der Unternehmer muss jedoch die Mängelbeseitigungskosten leisten, bevor er den Anspruch auf Zahlung der Vergütung geltend macht.<sup>637</sup>

---

<sup>626</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 174; BGH Urt. v. 01.02.1990- VII ZR 150/89, NJW 1990, 1745.

<sup>627</sup> Weyer, BauR 2009, S. 28ff; Tonner/Willingsmann/Tamm/Cebulla § 637 Rn. 11.

<sup>628</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn.26f.; Paland/Sprau, § 637 Rn.8; Leistner, JA 2007, 81 (85).

<sup>629</sup> Weyer, BauR 2009, 28 (29); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn.1.

<sup>630</sup> NK-BGB/Raab BGB § 637 Rn. 28.

<sup>631</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn. 34; Erman/ Schwenker/Rodemann, § 637 Rn. 12.

<sup>632</sup> Weyer, BauR 2009, S. 28 (29).

<sup>633</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 262 NK-BGB/Raab BGB § 637 Rn.26. Meub, DB 2002, 131 (133); Weyer, BauR 2009, S. 28 (29); Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/Forster, § 631-651 Rn. 82; Signat, ZEuP 2009, 716 (736).

<sup>634</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 26.

<sup>635</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 26.

<sup>636</sup> Christiansen, ZfBR 2010, 3 (7); Derleder, NZBau 2004, 237 (239); Weyer, BauR 2009, S. 28 (30).

<sup>637</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 177.

Behält der Besteller wegen der zu beseitigenden Mängel einen entsprechend hohen Teil des Werklohns zurück, ist er nicht auf den Vorschuss angewiesen.<sup>638</sup> Könnte der Besteller in diesem Fall seinen Vorschussanspruch nach § 637 III BGB geltend machen, hätte er einen ungerechtfertigten Vorteil. Dies würde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen.<sup>639</sup> Das Zurückbehaltungsrecht des Bestellers ist ausgeschlossen, wenn er den Vorschussanspruch geltend macht. Damit steht dem Besteller die Möglichkeit der Aufrechnung des Vorschussanspruchs gegen den Werklohnanspruch des Unternehmers zur Verfügung.<sup>640</sup> Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ist als Aufrechnungserklärung zu verstehen.<sup>641</sup> Nach erfolglosem Ablauf einer ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist bleibt der Unternehmer verpflichtet, den gerügten Mangel zu beseitigen. Doch bedarf er hierzu nun der Zustimmung des Bestellers. Ohne dessen Zustimmung kann der Unternehmer weder den Mangel beheben, noch das Zurückbehaltungsrecht des Bestellers beseitigen.<sup>642</sup>

Der Vorschussanspruch ermöglicht es dem Besteller, die Mängel am Werk des Unternehmers selbst zu beseitigen oder beseitigen zu lassen, ohne eigene Mittel dafür einzusetzen.<sup>643</sup> Das Bestehen des Vorschussanspruchs setzt das Vorliegen der Voraussetzungen des § 637 I BGB voraus.<sup>644</sup> Sobald die Frist zur Nacherfüllung abgelaufen oder entbehrlich ist, wird der Vorschussanspruch des Bestellers fällig.<sup>645</sup> Die Bereitschaft des Bestellers zur Mängelbeseitigung und die voraussichtlich erforderlichen Aufwendungen treten an die Stelle der entstandenen Aufwendungen.<sup>646</sup> Ab diesem Zeitpunkt steht dem Besteller ein Recht auf Zurückweisung des Mängelbeseitigungswillens des Unternehmers zu und er kann den Vorschuss verlangen, selbst wenn er mit der Selbstvornahme noch nicht angefangen hat.<sup>647</sup> Der Vorschussanspruch des Bestellers ist bei fehlender Verpflichtung des Unternehmers zur Nacherfüllung ausgeschlossen.<sup>648</sup>

Grundsätzlich bleibt der Nacherfüllungsanspruch bis zur Mängelbeseitigung vor und im Laufe der Selbstvornahme bestehen.<sup>649</sup> Dies gilt auch weiterhin, wenn die Selbstvornahme des Bestellers fehlgeschlagen ist und er von dem Unternehmer erneut Nacherfüllung verlangt -selbst wenn- er erst einen Aufwendungsvorschuss verlangt oder schon bekommen hat.<sup>650</sup> Hiermit verzichtet der Besteller nicht auf seinen

---

<sup>638</sup> Erman/ *Schwenker/Rodemann*, § 637 Rn. 12.

<sup>639</sup> Erman/ *Schwenker/Rodemann*, § 637 Rn. 12.

<sup>640</sup> Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos* BGB § 637 Rn. 31; BeckOGK/Rast, § 637 Rn. 179.

<sup>641</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 179.

<sup>642</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 179.

<sup>643</sup> Peters, JR 2004, 353; Derleder, NZBau 2004, 237 (239); Palandt/*Sprau* § 637 Rn. 8.

<sup>644</sup> Harnos/Forster, JuS 2018, 968 (972); Paehler, S. 247.

<sup>645</sup> OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 II; Weyer, BauR 2009, S. 28ff.

<sup>646</sup> Derleder, NZBau 2004, 237 (239), Jordan, S. 122f; Paehler, S. 247; BGH Urt. v. 24.10.1996- VII ZR 98/94, NJW-RR 1997, 339 (340).

<sup>647</sup> OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 II; NK-BGB/*Raab* BGB § 637 Rn. 32.

<sup>648</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 181.

<sup>649</sup> Weyer, BauR 2009, S. 28ff.

<sup>650</sup> Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos* BGB § 637 Rn. 31.



Nacherfüllungsanspruch. Er kann nach wie vor die Nacherfüllung gegen Rückzahlung des Vorschusses verlangen.<sup>651</sup> Unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben steht es dem Besteller frei, vom Vorschussanspruch auf andere Mängelrechte wie Schadensersatzanspruch, Minderung oder Rücktritt überzugehen.<sup>652</sup>

Indem der Besteller trotz der Auszahlung des Vorschusses Nacherfüllung vom Unternehmer verlangt oder andere Mängelrechte geltend macht, gibt er zu erkennen, kein Interesse mehr an der Mängelbeseitigung zu haben.<sup>653</sup> Er muss daher den Vorschuss zurückzahlen.

## II. Die Mängelbeseitigungsabsicht

Der Vorschuss ist zweckgebunden.<sup>654</sup> Der Besteller ist also dazu verpflichtet, ihn zur Mängelbeseitigung einzusetzen. Setzt er den Vorschuss nicht oder für einen anderen Zweck ein, dann hat er den Betrag zurückzuzahlen.<sup>655</sup> Der Verlust des Interesses des Bestellers an der Mängelbeseitigung stellt ein Hindernis für die Zweckerreichung des Vorschusses dar.<sup>656</sup> Die Verzögerung der Selbstvornahme deutet jedoch nicht darauf hin, dass der Besteller an der Mängelbeseitigung kein Interesse mehr hat.<sup>657</sup> Bringt der Besteller dagegen zum Ausdruck, dass er zurücktreten oder mindern möchte, so ist davon auszugehen, dass der Besteller den Mangel nicht mehr selbst beheben möchte.<sup>658</sup> Von der Aufgabe der Mängelbeseitigungsabsicht ist auch dann auszugehen, wenn der Besteller einen Schadensersatzanspruch geltend gemacht hat.<sup>659</sup> Besteht der Besteller ernsthaft nicht mehr auf Nachbesserung, steht ihm kein Vorschussanspruch zu.<sup>660</sup> Mit der erfolgreichen Mängelbeseitigung ist der Vorschussanspruch ausgeschlossen.<sup>661</sup> Der Besteller kann dann einen Aufwendungsersatzanspruch geltend machen.<sup>662</sup>

---

<sup>651</sup> BeckOK BGB/Voit § 637 Rn. 8.

<sup>652</sup> Derleder, NZBau 2004, 237 (239); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn. 1.

<sup>653</sup> NK-BGB/Raab BGB § 637 Rn.13; Weyer, BauR 2009, S. 28 (29). Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn. 31; Christiansen, ZfBR 2010, 3 (7); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 183.

<sup>654</sup> NK-BGB/Raab BGB § 637 Rn. 26; Oetker/Maultzsch § 8 Rn. 131. Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn. 40; BGH Urt. v. 14.01.2010-VII ZR 108/08, NJW 2010, 1192 (1193).

<sup>655</sup> Schmeel, MDR 2017, 254 (259); BGH Urt. v. 14.01.2010-VII ZR 108/08, NJW 2010, 1192 (1193); Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 18.

<sup>656</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.184; NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 32.

<sup>657</sup> Weyer, BauR 2009, S. 28ff. BGH Urt. v. 14.01.2010-VII ZR 108/08, NJW 2010, 1192 (1194).

<sup>658</sup> OLG Nürnberg Urt. v. 27.06.2003-6 U 3219/01, NJW-RR 2003, 1601; Palandt/Sprau § 637 Rn. 8; Vgl. BGH Urt. v. 14.01.1999- VII ZR 19-98, NJW-RR 1999, 813; MüKoBGB/Busche BGB§ 637 Rn.20.

<sup>659</sup> OLG Celle Urt. v. 9.11.2012- 16 U 53/12, NJW 2013, 475; BeckOK BGB/Voit BGB § 637 Rn. 16; MüKoBGB/Busche BGB§ 637 Rn. 20; OLG Koblenz Urt. 16.5.2018- 5 U 1321/17, NJW 2018, 2807 (2809) m. Anm. v. Grabsch.

<sup>660</sup> Schmeel, MDR 2017, 254 (259); BGH Urt. v. 5.4.1984- VII ZR 167/83, NJW 1984, 2456 (2457); Erman/ Schwenker/Rodemann, § 637 Rn. 12.

<sup>661</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn. 33.

<sup>662</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 186.

Der Unternehmer trägt für das Fehlen der Mängelbeseitigungsabsicht des Bestellers die Darlegungs- und Beweislast.<sup>663</sup> Mit der Geltendmachung eines Vorschussanspruchs bringt der Besteller mittelbar zum Ausdruck, dass Mängel vorliegen und er vorhat, sie im Wege der Selbstvornahme zu beseitigen.<sup>664</sup>

### III. Vorschuss nach Beginn der Mängelbeseitigung

Es wird teilweise vertreten, dass ein Vorschussanspruch nur so lange besteht, wie der Besteller mit der Beseitigung der Mängel noch nicht begonnen hat.<sup>665</sup> Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht. Der Zweck des Vorschuss besteht darin, dass der Besteller die Mängelbeseitigung ohne Inanspruchnahme eigener Geldmittel vornehmen kann.<sup>666</sup> Wird im Laufe der Mängelbeseitigung festgestellt, dass der Vorschussanspruch, der vor Beginn der Mängelbeseitigung geltend gemacht wurde, nicht ausreicht, kann der Besteller vom Unternehmer auf den Vorschuss eine Nachzahlung verlangen.<sup>667</sup> Weder aus dem Wortlaut des § 637 III BGB noch aus dem Sinn und Zweck der Norm ist zu entnehmen, dass der Besteller den Vorschussanspruch nach Beginn der Mängelbeseitigungsarbeiten nicht mehr geltend machen kann.<sup>668</sup>

### IV. Aufrechnung

Gegen den Vorschussanspruch des Bestellers kann der Unternehmer fällige Ansprüche insbesondere den Anspruch auf Werklohn aufrechnen.<sup>669</sup> Im Rahmen der Selbstvornahme darf der Unternehmer den Werklohnanspruch vor der Abnahme nicht geltend machen. Daher ist die Aufrechnung des Unternehmers gegen den Vorschussanspruch des Bestellers unwirksam.<sup>670</sup> Macht der Besteller seinen Vorschussanspruch nach der Abnahme geltend, kann der Unternehmer die Aufrechnung mit seinem Werklohnanspruch erklären.<sup>671</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Besteller gegen den Werklohnanspruch des Unternehmers die Einrede der Nichterfüllung erheben kann, wenn der Mangel nicht beseitigt wurde.<sup>672</sup>

Der Zweck der Vorschussforderung liegt in der mangelfreien Erfüllung des Vertrags.<sup>673</sup> Zwischen den Ersatzansprüchen wegen Mängelbeseitigungskosten und der

---

<sup>663</sup> BGH Urt. v. 14.01.2010-VII ZR 108/08, NJW 2010, 1192 (1193); MüKoBGB/*Busche* BGB § 637 Rn. 20.

<sup>664</sup> BGH Urt.v. 14.01.1999- VII ZR 19-98, NJW-RR 1999, 813; BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 188; Christiansen, ZfBR 2010, 3 (7).

<sup>665</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 191.

<sup>666</sup> Peters, JR 2004, 353.

<sup>667</sup> NK-BGB/*Raab* BGB § 637 Rn.26; Palandt/*Sprau* § 637 Rn. 9; MüKoBGB/*Busche* BGB § 637 Rn. 21.

<sup>668</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 191.

<sup>669</sup> NK-BGB/*Raab*, BGB § 637 Rn. 34; Messerschmidt/*Voit/Moufang/Koos* BGB § 637 Rn. 32.

<sup>670</sup> Schmeel, MDR 2017, 254 (259); BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 192.

<sup>671</sup> BeckOK BGB/*Voit* BGB § 637 Rn.15; NK-BGB/*Raab* BGB § 637 Rn. 28; Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 290; OLG Koblenz Urt. v. 16.5.2018- 5 U 1321/17, NJW 2018, 2807 (2808) m. Anm. v. Grabsch;

<sup>672</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 193.

<sup>673</sup> MüKoBGB/*Busche* BGB § 637 Rn. 23.

Werklohnforderung besteht ein enges synallagmatisches Verhältnis.<sup>674</sup> Würde die Aufrechnung verboten, so würde die synallagmatische Verbundenheit der gegenseitigen Forderungen aufgelöst. Damit könnte die Gefahr bestehen, dass der Besteller wegen des Verbots der Aufrechnung trotz seines bestehenden Mängelbeseitigungsanspruchs wegen einer mangelhaften oder unfertigen Leistung in vollem Umfang den Werklohn leisten müsste.<sup>675</sup> Dies würde das Äquivalenzinteresse des Bestellers in unzumutbarer Weise verletzen.

Sobald der Besteller die Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme durchgeführt hat, ist sein Zurückbehaltungsrecht nach §§ 320, 641 III BGB erloschen, sodass der Werklohnanspruch des Unternehmers fällig wird.<sup>676</sup> Danach kann der Unternehmer den fälligen Werklohnanspruch gegen den Aufwendungsersatzanspruch des Bestellers aufrechnen.<sup>677</sup>

## V. Höhe des Vorschussanspruchs

Die Höhe des Anspruchs auf Vorschuss bestimmt sich nach den Kosten, die für die Mängelbeseitigung voraussichtlich anfallen.<sup>678</sup> Der Umfang des Vorschussanspruchs erstreckt sich auf alle Vor- und Nacharbeiten.<sup>679</sup> Mit dem Vorschuss wird dem Besteller Liquidität, die er für die Mängelbeseitigung braucht, gewährleistet und ein Aufwendungsersatzanspruch vorweggenommen.<sup>680</sup> Die Maßstäbe des Aufwendungsersatzanspruchs gelten auch für den Umfang des Vorschussanspruchs.<sup>681</sup> Der Vorschussanspruch umfasst die mutmaßlichen Kosten.<sup>682</sup> Der Minderwert,<sup>683</sup> der nach der Mängelbeseitigung verbleibt, oder Kosten zur Beseitigung der Mängelfolgeschäden werden dagegen bei der Berechnung des Vorschussanspruchs nicht berücksichtigt.<sup>684</sup> Wurde der Vorschuss zu niedrig berechnet, sodass er die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten nicht abdecken kann, steht dem Besteller ein Anspruch auf Nachzahlung zu.<sup>685</sup>

Da der Vorschussanspruch als ein vorweggenommener Aufwendungsersatzanspruch anerkannt ist, ist der Wert von Eigenleistungen bei der Geltendmachung des

---

<sup>674</sup> Erman/ *Schwenker/Rodemann*, § 637 Rn. 12

<sup>675</sup> BGH Urt. v. 7.4.2011- VII ZR 209/07, NJW 2011, 1729 (1730).

<sup>676</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 199.

<sup>677</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 199.

<sup>678</sup> NK-BGB/*Raab* BGB § 637 Rn. 29; BeckOK BGB/*Voit* BGB § 637 Rn. 12.  
Palandt/*Sprau*, § 637 Rn. 9.

<sup>679</sup> Messerschmidt/*Voit/Moufang/Koos* BGB § 637 Rn. 35; BeckOK BGB/*Voit* BGB § 637 Rn.12.

<sup>680</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 202.

<sup>681</sup> Messerschmidt/*Voit/Moufang/Koos* BGB § 637 Rn. 35; BGH Urt. v. 22.02.2001- VII ZR 115/99, NZBau 2001, 313 (314).

<sup>682</sup> BGH Urt. v. 22.02.2001- VII ZR 115/99, NZBau 2001, 313 (314); Palandt/*Sprau* § 637 Rn. 8.

<sup>683</sup> BGH Urt. v. 24.10.1996- VII ZR 98/94, NJW-RR 1997, 339 (340).

<sup>684</sup> Erman/ *Schwenker/Rodemann*, § 637 Rn. 11ff.

<sup>685</sup> NK-BGB/*Raab* BGB § 637 Rn.26; BGH Urt. v. 25.09.2008- VII ZR 204/07, NJW 2009 60 (61); Palandt/*Sprau* § 637 Rn. 9.

Vorschussanspruchs zu berücksichtigen, selbst wenn der Besteller für seine Eigenleistung unmittelbar kein Geld eingesetzt hat.<sup>686</sup>

## VI. Abrechnung und Rückerstattung

Der Unternehmer ist berechtigt, den Vorschuss abzurechnen, wenn die Selbstvornahme durchgeführt wurde oder ausgeblieben ist.<sup>687</sup> Ein Rückerstattungsanspruch ist dann gegeben, wenn ein nicht bei der Mängelbeseitigung verwendeter Rest des Vorschusses übrig bleibt.<sup>688</sup> Der Rückerstattungsanspruch entsteht auch dann, wenn der mit dem Vorschuss verfolgte Zweck nicht mehr erreicht werden kann.<sup>689</sup>

### 1. Abrechnung

Der Unternehmer kann den gezahlten Vorschuss nach Mängelbeseitigung abrechnen. Bezüglich der Verwendung des Vorschusses kann der Unternehmer von dem Besteller nach §§ 259, 266 BGB eine Rechenschaftslegung verlangen.<sup>690</sup> In Zusammenhang mit dem Vorschussanspruch fällt unter der Vertragspflicht des Bestellers, dass er den gezahlten Vorschuss abrechnen lässt.<sup>691</sup> Aufgrund der Zweckgebundenheit des Vorschusses darf sich das Vermögen des Bestellers nicht durch den Vorschuss vermehren.<sup>692</sup> Vielmehr muss der Vorschuss der Finanzierung der Mängelbeseitigung dienen.<sup>693</sup> Daher ist der Besteller zur Rechenschaftslegung über die Verwendung und der Abrechnung nach Abschluss der Arbeiten verpflichtet.<sup>694</sup> Mit der Abrechnung weist der Besteller die Aufwendungen für die Mängelbeseitigung nach.<sup>695</sup>

Der Unternehmer zahlt dem Besteller den Vorschuss mit dem Zweck, dass der Besteller die Mängelbeseitigung selbst vornimmt.<sup>696</sup> Allerdings kann der Unternehmer sein Recht auf Abrechnung und Rückzahlung des Vorschusses geltend machen, wenn der Zweck der Vorschusszahlung nicht erreicht wurde.<sup>697</sup> Der Unternehmer ist verpflichtet, den Wegfall der Mängelbeseitigungsabsicht des Bestellers darzulegen und zu beweisen.<sup>698</sup> Der Besteller darf mit der Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme nicht

---

<sup>686</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 206; Tonner/Willingsmann/Tamm/Cebulla § 637 Rn. 13.

<sup>687</sup> OLG Nürnberg Beschluss v. 28.07.2005- 13 U 896/05, NJW-RR 2006, 165 (166).

<sup>688</sup> BGH Urt. v. 14.01.2010-VII ZR 108/08, NJW 2010, 1192 (1193).

<sup>689</sup> BGH Urt. v. 5.4.1984- VII ZR 167/83, NJW 1984, 2456 (2457).

<sup>690</sup> MüKoBGB/Busche BGB § 637 Rn. 22.

<sup>691</sup> BGH Urt. v. 01.02.1990- VII ZR 150/89, NJW 1990, 1745.

<sup>692</sup> NK-BGB/Raab BGB § 637 Rn. 31; Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn. 36.

<sup>693</sup> Palandt/Sprau, § 637 Rn. 10.

<sup>694</sup> BGH Urt. v. 14.01.2010-VII ZR 108/08, NJW 2010, 1192 (1193); NK-BGB/Raab BGB § 637 Rn. 31; BeckOK BGB/Voit BGB § 637 Rn. 16; MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 22.

<sup>695</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.217; BGH Urt. v. 01.02.1990- VII ZR 150/89, NJW 1990, 1475 (1476).

<sup>696</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 218.

<sup>697</sup> BGH Urt.v. 14.01.2010-VII ZR 108/08, NJW 2010, 1192 (1193); BGH Urt. v. 5.4.1984-VII ZR 167/83, NJW 1984, 2456 (2457).

<sup>698</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 218.

willkürlich warten oder diese unangemessen verschieben.<sup>699</sup> Er ist verpflichtet, die Mängelbeseitigung ohne schuldhaftige Verzögerung vorzunehmen.<sup>700</sup> Der Eingang des Vorschusses beim Besteller ist für den Beginn der Abrechnungsfrist maßgeblich.<sup>701</sup> Das Interesse des Unternehmers an einer endgültigen Abrechnung innerhalb einer angemessenen Frist ist schutzwürdig. Wird diese Frist überschritten, wird der Zweck des Vorschusses wie beim Wegfall einer Mängelbeseitigungsabsicht nicht erreicht.<sup>702</sup> Eine vermeidbare Verzögerung bedeutet jedoch nicht notwendigerweise eine Aufgabe der Mängelbeseitigungsabsicht des Bestellers.<sup>703</sup> Hier ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, sodass der Unternehmer aus der Verzögerung keinen Vorteil zieht.<sup>704</sup>

Weiterhin ist es möglich, dass der Besteller zwar mit der Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme begonnen, sie aber nicht innerhalb der Frist für die Mängelbeseitigung zu Ende gebracht hat. In einem solchen Fall kann dem Unternehmer nicht zugemutet werden, den nicht verbrauchten Vorschuss beim Besteller zu belassen und die Unklarheit hinzunehmen, ob und wie die Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme fortgesetzt wird.<sup>705</sup> Wurde der Mangel nach Ablauf der angemessenen Frist doch vollständig beseitigt, kann der Besteller sein Recht auf Aufwendungsersatzanspruch nach Rückzahlung des nicht verbrauchten Vorschusses geltend machen.<sup>706</sup>

Bei der Überschreitung der angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme ist die Rückzahlung des Vorschusses ausgeschlossen, wenn der Vorschuss nach Fristenablauf bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung zweckmäßig eingesetzt wurde.<sup>707</sup> Ansonsten kann der Besteller den zurückzuzahlenden Betrag im Wege des Aufwendungsersatzanspruchs nach § 637 I BGB beanspruchen.<sup>708</sup>

Da der Vorschussanspruch als vorweggenommener Aufwendungsersatz betrachtet wird, sind an seine Abrechnung höhere Anforderungen zu stellen, als an den Nachweis der Mängelbeseitigungskosten, wenn Aufwendungsersatz nach der Mängelbeseitigung geltend gemacht wird.<sup>709</sup>

---

<sup>699</sup> BGH Urt. v. 14.01.2010-VII ZR 108/08, NJW 2010, 1192 (1194).

<sup>700</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn. 43; BGH Urt. v. 14.01.2010-VII ZR 108/08, NJW 2010, 1192 (1194).

<sup>701</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 219.

<sup>702</sup> BGH Urt. v. 14.01.2010-VII ZR 108/08, NZBau 2010, 236 Rn.9; Palandt/Sprau § 637 Rn. 8.

<sup>703</sup> BGH Urt. v. 14.01.2010-VII ZR 108/08, NJW 2010, 1192 (1194).

<sup>704</sup> NK-BGB/Raab BGB § 637 Rn. 31.

<sup>705</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 222; NK-BGB/Raab BGB § 637 Rn. 31.

<sup>706</sup> Weyer, BauR 2009, S. 28 (31).

<sup>707</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn. 33; BGH Urt. v. 14.01.2010-VII ZR 108/08, NJW 2010, 1192 (1194); BGH Urt. v. 01.02.1990- VII ZR 150/89, NJW 1990, 1475 (1476).

<sup>708</sup> BGH Urt. v. 14.01.2010-VII ZR 108/08, NJW 2010, 1192 (1194).

<sup>709</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn. 37; BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 226.

## 2. Rückerstattung

Der Besteller muss den Vorschuss einschließlich Zinsen zurückzahlen, wenn er den Vorschuss für die Mängelbeseitigung bekommen aber die Mängelbeseitigung entweder nicht innerhalb einer angemessenen Frist oder nicht vollständig vorgenommen hat.<sup>710</sup> Die Rückzahlungspflicht des Bestellers besteht auch für den Fall, wenn nach der Mängelbeseitigung ein Rest des Vorschusses übrig bleibt.<sup>711</sup> Der Rückforderungsanspruch des Unternehmers ist auf die Zweckabrede zum Vorschuss zurückzuführen.<sup>712</sup>

Hat der Besteller vor, die Mängelbeseitigung später fortzusetzen, steht ihm kein neuer Vorschussanspruch zu. Er kann den Aufwendungsersatz geltend machen, sobald er die Mängelbeseitigung erfolgreich durchgeführt hat.<sup>713</sup>

### VII. Verjährung

In der Vorschrift des § 634 Nr.2 BGB wurde lediglich der Aufwendungsersatzanspruch, nicht aber der Vorschuss ausdrücklich geregelt. So verjährt der Vorschussanspruch nach § 637 III BGB in den Fristen des § 634a BGB.<sup>714</sup> Da sich der Vorschussanspruch aus dem Mängelbeseitigungsanspruch ableitet und einen vorweggenommenen Aufwendungsersatzanspruch darstellt, unterliegt er der 30jährigen Verjährungsfrist nach § 197 I Nr. 3 BGB.<sup>715</sup> Für den vertraglichen Anspruch des Unternehmers auf Rückzahlung des an den Besteller gezahlten Vorschusses gilt die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB.<sup>716</sup>

Da der Rückzahlungsanspruch nicht unter die Gewährleistungsansprüche i. S. v. § 634 BGB fällt, findet § 634a BGB auf ihn keine Anwendung.<sup>717</sup> Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist. Dafür muss der Unternehmer von den Umständen, die die Rückforderung begründet haben, Kenntnis erlangt haben oder aufgrund grober Fahrlässigkeit in Unkenntnis geblieben sein.<sup>718</sup> Der Abschluss der Mängelbeseitigung, der Wegfall der Mängelbeseitigungsabsicht des Bestellers oder das Überschreiten der angemessenen Frist für die Mängelbeseitigung stellen die Gründe für das Entstehen des Anspruchs des Unternehmers auf Rückzahlung

---

<sup>710</sup> Weyer, BauR 2009, S. 28 (30); BGH Urt. v. 14.01.2010-VII ZR 108/08, NJW 2010, 1192 (1193).

<sup>711</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 637 Rn.23; BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 637 Rn. 16; NK-BGB/*Raab*, BGB § 637 Rn. 31.

<sup>712</sup> BGH Urt. v. 14.01.2010-VII ZR 108/08, NJW 2010, 1192 (1194).

<sup>713</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 231.

<sup>714</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 236; OLG Saabrücken, BeckRS 2005, 11648 Nr.5.

<sup>715</sup> BGH Urt. v. 18.03.1976-VII ZR 41/74, NJW 1976, 956; BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 236.

<sup>716</sup> Erman/ *Schwenker/Rodemann*, § 637 Rn.18; BGH Urt. 14.01.2010- VII ZR 213/07, NZBau 2010, 236 (237); NK-BGB/*Raab* BGB § 637 Rn. 33.

<sup>717</sup> BGH Urt. 14.01.2010- VII ZR 213/07, NZBau 2010, 236 (237); MüKoBGB/*Busche* § 637 Rn. 23.

<sup>718</sup> BGH Urt. 14.01.2010- VII ZR 213/07, NZBau 2010, 236 (237); Erman/ *Schwenker/Rodemann*, § 637 Rn.18; NK-BGB/*Raab*, BGB § 637 Rn. 33.

des nicht zur Mängelbeseitigung eingesetzten Vorschusses dar.<sup>719</sup> Damit hängt das Entstehen des Anspruchs von der Zweckerfüllung des Vorschusses oder dessen Wegfall ab.<sup>720</sup>

### VIII. Darlegungs- und Beweislast

Da sich der Umfang des Vorschussanspruchs nach den mutmaßlichen Kosten bestimmt, sind bei der Bestimmung der Höhe des Vorschusses keine so strengen Anforderungen zu stellen, wie beim Aufwendungsersatzanspruch.<sup>721</sup> Dabei ist darauf zu achten, dass die Vorschusszahlung eine vorläufige Zahlung ist, die später abzurechnen ist.<sup>722</sup>

Den Besteller trifft bei der Geltendmachung eines Vorschussanspruchs dieselbe Darlegungs- und Beweislast wie beim Aufwendungsersatzanspruch, abgesehen von der Höhe der erforderlichen Aufwendungen.<sup>723</sup> Er kann die Höhe des Vorschussanspruchs darlegen, indem er einen Betrag nennt oder die Stellungnahme eines Sachverständigen vorlegt.<sup>724</sup> Der Besteller ist nicht zur Darlegung der Ursachen der Mängelbeseitigung verpflichtet. Außerdem muss der Besteller zur Ermittlung der Mängelbeseitigungskosten nicht unbedingt das Gutachten eines Sachverständigen einholen.<sup>725</sup> Er kann bezüglich der Kosten vielmehr seine eigene Einschätzung mitteilen.<sup>726</sup>

Da der Besteller meistens keine fachmännischen Kenntnisse hat, trifft ihn keine Kostendarlegungspflicht.<sup>727</sup> Ist er jedoch fachkundig, dann ist es ihm möglich, die erforderliche Mängelbeseitigungsmaßnahme detailliert darzulegen, ohne eine sachverständige Beratung einzuholen.<sup>728</sup> Der Besteller trägt für die Auswahl einer günstigen, sicheren und geeigneten Maßnahme die Beweislast.<sup>729</sup> Der Unternehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Zahlung und die Abrechnung des Vorschusses.<sup>730</sup> Lässt der Besteller die Abrechnung zu, hat er die Gründe, die zur Wahl der jeweiligen Maßnahme geführt haben, darzulegen und zu belegen.<sup>731</sup> Dagegen muss

---

<sup>719</sup> Erman/ *Schwenker/Rodemann*, § 637 Rn. 18; BGH Urt. v. 14.01.2010- VII ZR 213/07, NZBau 2010, 236 (237).

<sup>720</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 238.

<sup>721</sup> BGH Urt. v. 22.02.2001- VII ZR 115/99, NZBau 2001, 313 (314); BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn.240.

<sup>722</sup> BGH Urt. v. 22.02.2001- VII ZR 115/99, NZBau 2001, 313 (314); BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 240.

<sup>723</sup> OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 II; BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 241.

<sup>724</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 241.

<sup>725</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 241.

<sup>726</sup> BGH Urt. v. 8.5.2003- VII ZR 407/01, NJW-RR 2003, 1239 (1240); BGH Urt. v. 14.01.1999- VII ZR 19-98, NJW-RR 1999, 813.

<sup>727</sup> BGH Urt. v. 14.01.2010- VII ZR 213/07, NZBau 2010, 236 (237).

<sup>728</sup> BGH Urt. v. 14.01.2010- VII ZR 213/07, NZBau 2010, 236 (237).

<sup>729</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 244.

<sup>730</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 246.

<sup>731</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 246.

der Unternehmer seine Behauptung bezüglich der Aufgabe des Interesses des Bestellers an der Mangelbeseitigung beweisen.<sup>732</sup>

**Zusammenfassung:** Im BGB wurde die Selbstvornahme nicht einheitlich definiert. Zum Verständnis kann die Erklärung herangezogen werden, dass die Mängelbeseitigung nicht von dem Unternehmer, sondern von dem Besteller durchgeführt wird. Die Selbstvornahme in § 637 BGB wurde mit der Schuldrechtsmodernisierung völlig neu geregelt und setzt einen Verzug des Unternehmers nicht mehr voraus. Nach dem Ablauf der angemessenen Frist zur Nacherfüllung oder bei der Entbehrlichkeit einer Fristsetzung kann der Besteller den vorhandenen Mangel selbst beseitigen. Der Sinn und Zweck der Selbstvornahme liegt in der Herstellung eines mangelfreien Werks durch den Besteller. Die Selbstvornahme ist im Zivilrecht in drei Vertragstypen, im Werks-, Miet- und Reisevertrag, geregelt und hat einen sehr umfangreichen Anwendungsbereich. Der Gegenstand des Werkvertrags ist die mangelfreie Herstellung eines Werks durch den Unternehmer und die Vergütung dieser Herstellung durch den Besteller. Der Dienstvertrag bezieht sich auf die Erbringung einer Leistung, während der Werkvertrag auf den Erfolg der Leistung gerichtet ist. Der Vertragsgegenstand ist beim Abschluss eines Kaufvertrags schon vorhanden, während es beim Werkvertrag noch hergestellt werden muss. Im Rahmen des Werkvertrags verpflichtet sich der Unternehmer zur mangelfreien Herstellung eines Werks. Verletzt der Unternehmer diese Pflicht, dann stehen dem Besteller die in § 634 BGB geregelten Rechte zu. Wenn der Anwendungsbereich des § 634 BGB eröffnet ist, kann der Besteller als primäres Recht die Nacherfüllung verlangen. Erst in zweiter Linie kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen und die dafür erforderlichen Aufwendungen ersetzt verlangen, vom Werkvertrag zurücktreten bzw. die Vergütung mindern und Schadensersatz bzw. Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. Für die Ausübung dieser Rechte spielt die Abnahme eine zentrale Rolle. Sie bedeutet die körperliche Hinnahme und die damit verbundene Billigung des Werks. Sie ist als rechtsgeschäftsähnliche Handlung zu qualifizieren. Die Abnahme kann ausdrücklich, konkludent oder auch unter Vorbehalt erklärt werden. Zu den wichtigsten Rechtsfolgen der Abnahme zählen Gefahrübergang, Beweislastumkehr für das Vorliegen von Mängeln, Fälligkeit der Vergütung und Beginn der Fristen für Mängelansprüche. In besonderen Fällen kann die Abnahme auch zum Verlust sämtlicher Mängelrechte führen. Zur Ermöglichung der Durchführung der Selbstvornahme wurde dem Besteller erst durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz das Vorschussrecht eingeräumt. Damit ist der Besteller so zu stellen, als ob der Unternehmer seine Pflicht der Nacherfüllung erfüllt hätte.

---

<sup>732</sup> OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12; MüKoBGB/Busche § 637 Rn. 20.



## **ZWEITER TEIL:**

### **DIE ENTSTEHUNG DES SELBSTVORNAHMERECHTS**

Auf dem ersten allgemeinen Teil der Arbeit aufbauend, wird im zweiten Teil dieser Arbeit die Frage, wer, wann und unter welchen Voraussetzungen die Aufwendungen für die Selbstvornahme tragen muss, untersucht und auf die Problematik der voreiligen Selbstvornahme eingegangen. Zunächst wird die Entstehung des Selbstvornahmerechts dem Grundsatz nach erläutert. Danach wird die voreilige Selbstvornahme im Werkvertragsrecht und im Kaufvertragsrecht diskutiert. Zuletzt soll der Zeitpunkt, zu dem der Ersatz der Selbstvornahmekosten geltend gemacht werden kann, und die Anwendbarkeit der weiteren Mängelrechte erörtert werden. Ein Fazit beschließt diesen Teil der Arbeit.

### **ERSTES KAPITEL: AUFWENDUNGSERSATZANSPRUCH DES BESTELLERS BEIM VORLIEGEN DER GRUNDVORAUSSETZUNGEN DER SELBSTVORNAHME**

Das Selbstvornahmerecht stellt eine Besonderheit im Werkvertragsrecht dar.<sup>733</sup> Will der Besteller den Mangel selbst beseitigen, hat er gem. § 637 BGB dem Unternehmer zunächst eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zu setzen. Soweit diese Frist ergebnislos abgelaufen oder entbehrlich ist, kann der Besteller den Mangel selbst beheben und den Ersatz der Aufwendungen, die dadurch entstanden und erforderlich waren, gegenüber dem Unternehmer geltend machen.

#### **A. Anspruch auf Nacherfüllung**

Im Grunde stellt das Selbstvornahmerecht eine Nacherfüllung durch den Besteller selbst dar.<sup>734</sup> Sie spielt daher für die Entstehung des Selbstvornahmerechts bzw. des Aufwendungsersatzanspruchs eine zentrale Rolle.<sup>735</sup> Zum Vorliegen eines Selbstvornahmerechts des Bestellers müssen vorab Bedeutung, Tragweite und die Voraussetzungen der Nacherfüllung erörtert werden.

#### **I. Allgemeines**

Die Vorschrift des § 635 BGB wurde durch das SchRModG völlig neu geregelt.<sup>736</sup> Sie konkretisiert den in § 634 Nr.1 BGB genannten Nacherfüllungsanspruch, der die Leistungshandlung sowie den Leistungserfolg beinhaltet. Unter dem Begriff der Nacherfüllung ist die Beseitigung des Mangels oder die Herstellung eines neuen mangelfreien Werks zu verstehen.<sup>737</sup> Weist das Werk einen Mangel auf, hat der Besteller in erster Linie einen Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB.<sup>738</sup> Um diesen Anspruch zu begründen, muss der Unternehmer zur Werkherstellung verpflichtet

---

<sup>733</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (419); Jordan, S. 122f.

<sup>734</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 5; Teichmann, ZfBR 2002, 13; Signat, ZEuP 2009, 716 (736); Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 77.

<sup>735</sup> BGH Urt. v. 7.11.1985 VII ZR 270/83, NJW 1986, 922; Faust, BauR 2010, 1818.

<sup>736</sup> Knütel, BauR 2002, 689; Faust, BauR 2010, 1818 (1820ff); Meub, DB 2002, 131 (132); MüKoBGB/Busche, BGB § 635 Rn. 1.

<sup>737</sup> Hirsch, Rn. 574; Knütel, BauR 2002, 689.

<sup>738</sup> Draxler, NJW 2018, 3291; Lorenz, NJW 2003, 1417ff; BeckOGK/Kober, BGB § 634 Rn. 149; Faust, BauR 2010, 1818; Meub, DB 2002, 131 (132).

sein und das Werk nach § 633 BGB entweder mangelhaft oder unvollständig hergestellt haben.<sup>739</sup>

Das Nacherfüllungsverlangen des Bestellers ist keine Willenserklärung, sondern eine geschäftsähnliche Handlung.<sup>740</sup> Bei geschäftsähnlichen Handlungen treten die Rechtsfolgen aufgrund der gesetzlichen Regelung unabhängig vom Willen der Parteien ein. Der Unternehmer genießt bei der Nacherfüllung Dispositionsfreiheit.<sup>741</sup> Das bedeutet, er kann die ihm obliegende Nacherfüllungspflicht entweder durch Beseitigung des Mangels oder durch Neuherstellung erfüllen.<sup>742</sup> Sein Wahlrecht beruht lediglich auf der Art und Weise der Nacherfüllung.<sup>743</sup> Dass der Unternehmer ein Wahlrecht hat, ob er nachbessern oder das Werk komplett neu erstellen möchte, dient dem beiderseitigen Interesse der Vertragsparteien.<sup>744</sup> Dem Unternehmer als Fachmann ist der Produktionsprozess vertraut.<sup>745</sup> Daher kann er am effektivsten entscheiden, auf welche Weise die Nacherfüllungspflicht auf sachgerechteste und preisgünstigste Art und Weise erfüllt werden kann.<sup>746</sup> Das Interesse des Bestellers liegt demgegenüber nicht in der Art der Nacherfüllung, sondern in dem Erhalt eines mangelfreien Werks.<sup>747</sup> Die Dispositionsfreiheit des Unternehmers darf nicht vom Besteller eingeschränkt werden.<sup>748</sup> Besteht der Besteller jedoch darauf, dass der Mangel in einer von ihm gewünschten Weise beseitigt wird, so muss der Unternehmer diesen Wunsch berücksichtigen, auch wenn ihm in zumutbarem Rahmen erhöhte Kosten entstehen.<sup>749</sup> Der Unternehmer wird von seiner Nacherfüllungspflicht auch in dem Fall nicht befreit,

---

<sup>739</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 36.

<sup>740</sup> Ulrici, NJW 2003, 2053ff; BGH Urt. v. 12.12.2001- X ZR 192/00, NJW 2002, 1565 (1566); BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 2; Palandt/*Sprau*, § 635 Rn. 3.

<sup>741</sup> BGH Urt. v. 8.10.1987 –VII ZR 45/87, NJW 1988, 208 (209); Messerschmidt/*Voit/Moufang/Koos*, BGB § 637 Rn. 16; Teichmann, JuS 2002, 417 (419).

<sup>742</sup> BGH Urt. v. 8.10.1987 –VII ZR 45/87, NJW 1988, 208 (209); BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 27; NK-BGB/*Raab* BGB § 637 Rn. 8; Teichmann, JuS 2002, 417 (419); ders. ZfBR 2002, 13 (16); Oechsler, NJW 2004, 1825; Vgl. BGH Urt. v. 29.10.1964-VII ZR 52/63, NJW 1965, 152f; In diesem Urteil wurde der Ersatz der Selbstvornahmekosten aus dem Grund abgelehnt, dass der Unternehmer das Werk neu herstellen sollte. Die Nacherfüllung darf der Neuherstellung nicht gleichgestellt werden. Der Unternehmer hat ein Bauwerk wegen der Unbrauchbarkeit der Ziegel neu hergestellt. Da Dachpfannen im Rahmen der Dachdeckerarbeiten nicht wasserdicht hergestellt wurden, so wäre dann Nacherfüllung nicht nur dem Unternehmer, sondern für jedermann Unmöglich. Damit kann der Besteller die Minderung des Werklohns beantragen.

<sup>743</sup> Oetker/*Maultzsch*, § 8 Rn. 82.

<sup>744</sup> Brox/*Walker*, § 25 Rn. 13.

<sup>745</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (419); Wörlen/*Metzler-Müller*, Rn. 289.

<sup>746</sup> LG Giessen Urt. v. 10.3.2004 – 1 S 453/03) NJW 2004, 2906, ders. ZGS 2004, 238 (240); Teichmann, JuS 2002, 417 (419); Katzenstein, ZGS 2005, 184, 193; Oetker/*Maultzsch* § 8 Rn.82.

<sup>747</sup> Thode, NZBau 2002, 297 (298).

<sup>748</sup> BeckOGK/*J. Schmidt* BGB § 635 Rn. 28.

<sup>749</sup> Hennecke/*Tuengerthal*, BB 2015, 1269 (1272); BGH Urt.5.5.2011- VII ZR 28/10, NJW 1872 (1873); BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 32.

wenn die von dem Besteller vorgeschlagene Maßnahme zur Mängelbeseitigung nicht der Verbesserung des mangelhaften Zustands dient.<sup>750</sup>

Ferner stellt die Möglichkeit der Mängelbeseitigung im Wege der Nachbesserung oder Neuherstellung keine Wahlschuld i. S. v. § 262 BGB dar.<sup>751</sup> Vielmehr stehen Nachbesserung und Neuherstellung in einem elektiven Konkurrenzverhältnis und können nicht nebeneinander geltend gemacht werden.<sup>752</sup> Während bei der Wahlschuld lediglich ein Anspruch mit alternativem Inhalt besteht, wird dem Unternehmer bei der elektiven Konkurrenz ein Wahlrecht eingeräumt, sodass er von mehreren inhaltlich verschiedenen Rechten Gebrauch machen kann.<sup>753</sup> Daher kann der Unternehmer von der Nachbesserung zur Neuherstellung übergehen, wenn er während der Mängelbeseitigung feststellt, dass kein Erfolg in Sicht ist.<sup>754</sup> Der Unternehmer ist also verpflichtet, zu versuchen, dem Wunsch des Bestellers Genüge zu tun. Scheitert er dabei, so genießt die Pflicht zur Nacherfüllung Vorrang vor dem Wunsch des Bestellers. Er muss dann die Nacherfüllung auf einem anderen Wege vornehmen.

Da der Nacherfüllungsanspruch dem Besteller als primäres Mängelrecht zusteht, kommen die anderen Mängelrechte wie Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz und Aufwendungsersatz erst nach der fruchtlos abgelaufenen Fristsetzung zur Nacherfüllung in Betracht.<sup>755</sup>

## II. Inhalt und Umfang des Nacherfüllungsanspruchs

Der Nacherfüllungsanspruch tritt an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs.<sup>756</sup> Er kann somit als ein modifizierter Erfüllungsanspruch bezeichnet werden.<sup>757</sup> Der Anspruch des Bestellers auf Nacherfüllung bezieht sich auf die Beseitigung des Mangels oder die Herstellung eines mangelfreien Werks. Er braucht keine Angaben über den Umfang der Nacherfüllung machen. Sein Nacherfüllungsanspruch ist vielmehr auf die Herstellung eines vertragsgemäßen und funktionsfähigen Werks gerichtet.<sup>758</sup> Dabei ist hier zu beachten, dass der Besteller nur die Beseitigung des Mangels, der an dem geschuldeten Werk selbst vorhanden ist, beanspruchen kann.<sup>759</sup> Sein Nacherfüllungsanspruch erstreckt sich auf alle zur

---

<sup>750</sup> Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 288; BGH Ur. 16.10.1997-VII ZR 249-96, NJW 1998, 233.

<sup>751</sup> BeckOGK/J. Schmidt BGB § 635 Rn. 25.

<sup>752</sup> Bressler, NJW 2004, 3382; BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 25; NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 13.

<sup>753</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 26; MüKoBGB/Krüger, BGB § 262 Rn.11.

<sup>754</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 26; NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 12.

<sup>755</sup> Harnos/Forster, JuS 2018, 968 (970); Teichmann, JuS 2002, 417 (419); Meub, DB 2002, 131 (132); Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 77.

<sup>756</sup> Oechsler, NJW 2004, 1825; Eusani, NZBau 2006, 676 (679); Jordan, S. 106; Jaensch, NJW 2013, 1121; Peters, NZBau 2009, 209 (210).

<sup>757</sup> Erman/Schwenker/Rodemann, BGB § 635 Rn. 4.

<sup>758</sup> Popescu, NZBau 2012, 137 (138); BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 18.

<sup>759</sup> Meub, DB 2002, 131 (132); Oetker/Maultzsch § 8 Rn.79; BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 27ff; Medicus/Lorenz, § 37 Rn.12; Jaensch, NJW 2013, 1121; BGH Ur. v. 14.01.1999- VII ZR 19-98, NJW-RR 1999, 813; BGH Ur. 7.11.1985- VII ZR 270/83, NJW 1986, 922 (923).

Beseitigung der Mängel am Werk erforderlichen Arbeiten, die dessen Herstellung, Instandhaltung oder Änderung dienen.<sup>760</sup> Zur Beseitigung eines Mangelfolgeschadens ist der Unternehmer weder verpflichtet noch berechtigt.<sup>761</sup> Dafür kann der Besteller von seinem Schadensersatzrecht nach § 280 I BGB Gebrauch machen. Die Vor- und Nacharbeiten, die für die Mängelbeseitigung erforderlich sind, sind auch von der Nacherfüllungspflicht des Unternehmers umfasst. Dies gilt auch dann, wenn der Unternehmer seine Werkleistung außerhalb des eigenen Gewerks erbringen muss.<sup>762</sup> Weiterhin fällt auch die Beseitigung der Spuren, die bei der Mängelbeseitigung entstanden sind, unter die Nacherfüllungspflicht des Unternehmers.<sup>763</sup>

Nach Auffassung des BGH<sup>764</sup> sind an den Inhalt des Nachbesserungs- und/bzw. Nacherfüllungsverlangens keine zu strengen Anforderungen zu stellen. Es reicht aus, wenn der Unternehmer erfährt, was ihm vorgeworfen wird.<sup>765</sup> Danach kann er sich entscheiden, auf welche Weise er dem Mangel abhelfen kann. Zur Darstellung der Art und des Umfangs des Mangels können Zeugen und Sachverständige bestellt werden, die an Ort und Stelle Feststellungen bezüglich des Mangels machen können.<sup>766</sup>

Beim Nacherfüllungsverlangen des Bestellers trifft ihn nur die Pflicht der Mangelbezeichnung.<sup>767</sup> Nach der sog. Symptomtheorie reicht es aus, wenn der Besteller das Mangelerscheinungsbild genau beschreibt.<sup>768</sup> Nach dieser Theorie muss er nur die Symptome des Mangels, nicht aber die Ursachen nennen. Es ist allerdings unbedenklich, wenn er zusätzlich die Ursachen für die Mangelentstehung mitteilt.<sup>769</sup> Diese Pflicht des Bestellers gilt auch nach der Abnahme des Werks. Der Begriff „Symptom“ wurde in einer Entscheidung vom BGH<sup>770</sup> verwendet. In dieser wurde ausgeführt, dass der

---

<sup>760</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 33; Faust, BauR 2010, 1818 (1819) Hier soll der Unternehmer wegen der mangelhaften Verschweißung der Rohrleitungen nicht nur für eine ordnungsgemäße Verschweißung sorgen, sondern zunächst die Rohrleitungen durch Aufschlagen der Wände freilegen und danach die Nachbesserungsspuren durch Wiederherstellen der Wände beseitigen.

<sup>761</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 34.

<sup>762</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn. 18; BGH Urt. v. 7.11.1985 VII ZR 270/83, NJW 1986, 922 (923); Faust, BauR 2010, 1818 (1820); BGH Urt. v. 2.4.2014-VII ZR 46/13, NJW 2014, 2183 (2184).

<sup>763</sup> BeckOGK/J. Schmidt, 1.1.2020, BGB § 635 Rn. 35.

<sup>764</sup> BGH Urt. v. 7.11.1985- VII ZR 270/83; NJW 1986, 922 (923).

<sup>765</sup> Kleefisch/Durynek, NJOZ 2018, 121 (125f); BGH Urt. v. 14.01.1999- VII ZR 19-98, NJW-RR 1999, 813; BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 8.

<sup>766</sup> OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 Ziff. II.

<sup>767</sup> Schmeel, MDR 2017, 254 (257); Kleefisch/Durynek, NJOZ 2018, 121 (125f); OLG Düsseldorf Urt. v. 18.12.2015- I-22-U 84/15, NZBau 2016, 295 (296); Hirsch, Rn. 574; Schmeel, MDR 2017, 254 (257); Kuhn, ZfBR 2013, 523 (526).

<sup>768</sup> Kuhn, ZfBR 2013, 523 (526); Kleefisch/Durynek, NJOZ 2018, 121 (125f); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 52; BGH Urt. v. 14.01.1999- VII ZR 19-98, NJW-RR 1999, 813.

<sup>769</sup> Schmeel, MDR 2017, 254 (257); Glöckner, VuR 2016, 163; Oetker/Maultzsch § 8 Rn. 117.

<sup>770</sup> BGH Urt. v. 26.3.1992- VII ZR 258/90, NJW-RR 1992, 913 (914); Glöckner, VuR 2016, 163; Hammacher, NZBau 2010, 91 (92); Kleefisch/Durynek, NJOZ 2018, 121 (125f).

Besteller die Auswirkungen und Erscheinungsformen des Mangels (Symptome) so darlegen soll, dass der Unternehmer erkennen kann, welche seiner Werkleistungen den Mangel verursacht hat. Diese „Symptomrechtsprechung“ wurde in der Folgezeit sowohl vom BGH als auch von den Oberlandesgerichten in ihren Entscheidungen konsequent berücksichtigt. Dabei wurde die Frage untersucht, wie genau der Besteller den Mangel bezeichnen soll, damit seine Mängelbehauptung als begründet anzusehen ist.<sup>771</sup> Demnach hat der Besteller den Schaden so zu beschreiben, dass der Unternehmer weiß, worin die Schadensursache liegt. Den Besteller trifft dabei jedoch keine Pflicht zur Identifikation der Ursache.<sup>772</sup>

### III. Form und Frist der Nacherfüllung

Die Kostenerstattung der Selbstvornahme setzt eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung mit einer angemessenen Fristsetzung voraus.<sup>773</sup> Dafür ist zunächst erforderlich, dass der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese Frist erfolglos abgelaufen ist.<sup>774</sup> Von einer ordnungsgemäßen Fristsetzung ist dann auszugehen, wenn der Besteller deutlich zum Ausdruck bringt, dass er Nacherfüllung verlangt und den vorliegenden Mangel beschreibt.<sup>775</sup> Der Besteller darf dem Unternehmer jedoch nicht damit drohen, dass er nach dem Fristablauf die Selbstvornahme durchführen und weitere Leistungen des Unternehmers ablehnen wird.<sup>776</sup>

Da der Anspruch auf andere Gewährleistungsrechte aus § 634 BGB erst nach dem Setzen einer Frist zur tatsächlichen Nacherfüllung entsteht, kann der Besteller von diesen Rechten keinen Gebrauch machen.<sup>777</sup> Der Besteller muss in seinem Nacherfüllungsverlangen den Unternehmer auf die Einhaltung einer bestimmten Frist tatsächlich auffordern. Die Voraussetzung des § 634 BGB wird nicht erfüllt, wenn der Besteller den Unternehmer auffordert, dass er innerhalb einer Frist seine Bereitschaft zur Nacherfüllung erklärt. Die Erklärung des Unternehmers zur Nacherfüllungsbereitschaft ist vielmehr bei der Bestimmung der Entbehrlichkeit der Fristsetzung entscheidend.<sup>778</sup>

---

<sup>771</sup> Wittler/Kupczyk, NJW 2016, 26 (27); BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 10.

<sup>772</sup> BGH Urt. v. 8.5.2003- VII ZR 407/01, NJW-RR 2003, 1239 (1240); BGH Urt. v. 14.01.1999- VII ZR 19-98, NJW-RR 1999, 813; NJW 2009, 360 (361); BGH Urt. v. 14.12.1017- VII ZR 217/15, BeckRS 2017, 138620 Rn. 14.

<sup>773</sup> BGH Urt.v. 23.2.2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1349); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 51; Faust, BauR 2010, 1818; LG Giessen Urt. v. 10.3. 2004 – 1 S 453/03, NJW 2004, 2906, ders. ZGS 2004, 238 f; Teichmann, ZfBR 2002, 13 (17).

<sup>774</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 7.

<sup>775</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 7.

<sup>776</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (419); OLG Frankfurt; Urt. v. 26.06.1990- 5 U 8/89, NJW-RR, 1992, 280; MüKoBGB/Busche, BGB § 636 Rn. 5.

<sup>777</sup> Faust, BauR 2010, 1818; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 119ff; Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 12ff; OLG Koblenz Urt. v. 16.5.2018- 5 U 1321/17, NJW 2018, 2807 (2808) m. Anm. Grabsch; BGH Urt. v. 27.11.2003- VII ZR 93/01, NZBau 2004, 153 (155); Harnos/Forster, JuS 2018, 968 (970); Teichmann, JuS 2002, 417 (419); Meub, DB 2002, 131 (132).

<sup>778</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 24.2. 2004- 11 U 94/03, NJW 2004, 2022 (2023).

Grundsätzlich darf der Unternehmer den Mangel gem. § 271 BGB sofort nach der Aufforderung des Bestellers beseitigen.<sup>779</sup> Die Herstellungspflicht des Unternehmers besteht, ist fällig und durchsetzbar bis zum Ablauf der Nacherfüllungsfrist.<sup>780</sup> Verweigert der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht, dann wird dem Besteller das Recht auf die Selbstvornahme verwehrt. Somit darf der Besteller nicht anstelle des Unternehmers die Nacherfüllung selbst bewirken und die dadurch entstandenen Kosten vom Unternehmer ersetzt verlangen.<sup>781</sup> Mit dem Untergang des Nacherfüllungs- oder Herstellungsanspruchs scheidet der Aufwendungsersatzanspruch infolge der Selbstvornahme aus.<sup>782</sup>

### **1. Mängelrüge mit Aufforderung zur Mängelbeseitigung**

Die Mängel müssen durch Äußerungen des Bestellers, die auf das Nacherfüllungsverlangen und die Mangelbeschreibung gerichtet sind, hinreichend genau bestimmt sein.<sup>783</sup>

Die Vorschrift § 635 I BGB beschreibt Mängelbeseitigung und Neuherstellung als Art und Weise der Nacherfüllung. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten kann sich der Unternehmer entscheiden, welche Form von beiden Arten zur Vertragserfüllung die Günstigste ist. Kann die Vertragserfüllung in anderer Weise erfolgen, so darf die Aufforderung des Bestellers zur Mängelbeseitigung auf keine bestimmte Art der Mängelbeseitigung oder dem Vertrag entsprechende Herstellung beschränkt sein.<sup>784</sup>

Der Besteller darf von dem Unternehmer die Neuherstellung dann verlangen, wenn die vertragsgerechte Erfüllung auf anderer Weise nicht möglich ist. Soweit die Parteien über die Einzelheiten der Vertragserfüllung keine Vereinbarung getroffen haben, muss der Unternehmer selbst entscheiden, wie er die Vertragserfüllung bewirkt.<sup>785</sup> Besteht lediglich eine Möglichkeit für die Mängelbeseitigung, so hat der Unternehmer den Mangel auf diese bestimmte Weise zu beheben. Der Besteller ist auch berechtigt, diese Art der Mängelbeseitigung von Anfang an zu verlangen oder den Vorschlag des Unternehmers abzulehnen, wenn er für die Mängelbeseitigung untauglich ist.<sup>786</sup>

Der Verlust des Nachbesserungsrechts des Unternehmers führt zur Entbehrlichkeit der Mängelanzeige.<sup>787</sup> Die Parteien können die Gründe der Entbehrlichkeit der Fristsetzung vertraglich festlegen oder das Recht zur Nachbesserung durch die Vereinbarung

---

<sup>779</sup> Skamel, JuS 2010, 671 (672).

<sup>780</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 38.

<sup>781</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 38.

<sup>782</sup> Tonner/Willingmann/Tamm/Cebulla § 637 Rn.6.

<sup>783</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.52; NK-BGB/Raab BGB § 637 Rn. 7.

<sup>784</sup> BGH Urt. v. 7.3.20013- VII ZR 119/10, NJW 2013, 1528 (1529); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 53.

<sup>785</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn.16; BGH Urt. v. 7.3.20013- VII ZR 119/10, NJW 2013, 1528 (1529).

<sup>786</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 635 Rn. 11; BGH Urt. v. 5.5.2011- VII ZR 28/10, NJW 2011, 1872 (1873).

<sup>787</sup> OLG Stuttgart Urt. v. 20.2.1996- 12 U 200/95, NJW-RR 1997, 149f.

ausschließen. Diese Ausschlussvereinbarung muss vor der Mängelanzeige und Selbstvornahme getroffen worden sein.<sup>788</sup>

## 2. Gewährung der Möglichkeit der Mängelbeseitigung durch den Unternehmer

Eine Mängelbeseitigung des Unternehmers muss auf dem ernsthaften Verlangen des Bestellers beruhen.<sup>789</sup> Eine wirksame Fristsetzung liegt dann vor, wenn der Besteller während der Frist bereit ist, die Leistung abzunehmen.<sup>790</sup> Außer der Angemessenheit der Frist setzt eine wirksame Fristsetzung weiterhin voraus, dass dem Unternehmer die Möglichkeit der Mängelbeseitigung gewährt wird.<sup>791</sup> Bevor Unternehmer und Besteller wegen der Selbstvornahmekosten in Konflikt geraten, räumt die Fristsetzung dem Unternehmer die Möglichkeit ein, den von ihm geschuldeten Erfolg doch noch herbeizuführen.<sup>792</sup> Der Unternehmer erhält durch das Nacherfüllungsverlangen des Bestellers eine zweite Erfüllungschance.<sup>793</sup> Dem Erhalt dieser zweiten Erfüllungschance des Unternehmers hat der BGH mit seinem Urteil vom 23.2.2005 Rechnung getragen.<sup>794</sup> Dem Besteller muss dabei bewusst sein, dass der Unternehmer selbst entscheidet, auf welche Weise er ein vertragsgerechtes Werk herstellt.<sup>795</sup> Er entscheidet außerdem darüber, welche Reparaturmaßnahmen zur Mängelbeseitigung erforderlich und kostengünstig sind.<sup>796</sup> Ein widersprüchliches Verhalten des Bestellers liegt dann vor, wenn er den Unternehmer zwar zur Mängelbeseitigung auffordert, ihm aber gleichzeitig untersagt, fachgerechte Maßnahmen der Mängelbeseitigung durchzuführen (z.B. Baustellenverbot).<sup>797</sup> Ein solches widersprüchliches Verhalten widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben und stellt einen Grund für den Ausschluss eines Aufwendungsersatzanspruchs aus § 637 BGB dar. Bei der Ablehnung der Mängelbeseitigung spielt das Verschulden des Bestellers keine Rolle.<sup>798</sup>

Der Besteller hat die Mitwirkungshandlungen, die für die Werkherstellung notwendig sind, zu erbringen oder dem Unternehmer die Möglichkeit zu verschaffen, die

---

<sup>788</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 55.

<sup>789</sup> NK-BGB/Thomas Raab, BGB § 637 Rn. 7.

<sup>790</sup> BGH Urt.v. 25.4.1996- X ZR 59/94, NJW-RR 1996, 883 (884); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.56.

<sup>791</sup> OLG Düsseldorf Urt. v. 18.12.2015- I-22-U 84/15, NZBau 2016, 295 (296); LG Giessen Urt. v. 10.3.2004 – 1 S 453/03, NJW 2004, 2906, ders. ZGS 2004, 238 (240); OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 II; Teichmann, JuS 2002, 417 (419); Schmeel, MDR 2017, 254 (258); Draxler, NJW 2018, 3291 (3292).

<sup>792</sup> Tettinger, ZGS 2006, 96 (102); BGH Urt. v. 7.11.1985 VII ZR 270/83, NJW 1986, 922.

<sup>793</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (677); Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; LG Gießen Urt. v. 10. März. 2004 – 1 S 453/03, NJW 2004, 2906, ders. ZGS 2004, 238 (240).

<sup>794</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; Eusani, NZBau 2006, 676 (677); Gsell, ZIP 2005, 922ff; BGH, Urt. v. 23.2.2005 VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348.

<sup>795</sup> Schmeel, MDR 2017, 254 (258).

<sup>796</sup> LG Giessen Urt. v. 10.3.2004 – 1 S 453/03) NJW 2004, 2906, ders. ZGS 2004, 238 (240).

<sup>797</sup> BGH Urt. v. 27.11.2003- VII ZR 93/01, NZBau 2004, 153 (154); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 56.

<sup>798</sup> Vgl. OLG Hamm Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 II.

geschuldete Leistung zu erbringen.<sup>799</sup> Als Mitwirkungshandlung kann der Besteller dem Unternehmer eine taugliche Planung bereitstellen, das Grundstück zur Verfügung stellen und die Baugenehmigung besorgen.<sup>800</sup> Diese Mitwirkungshandlung ist nötig, wenn die Übernahme und die Einholung einer Baugenehmigung durch den Besteller vertraglich vereinbart wurden.<sup>801</sup> Der Besteller trägt die Verantwortung für die Geeignetheit der zur Verfügung gestellten Materialien und dafür, dass andere, mit den Vorarbeiten beauftragte Unternehmer die vereinbarten Werke mangelfrei hergestellt haben.<sup>802</sup> Die Aufforderung zur Mängelbeseitigung entfaltet keine Wirkung, wenn der Besteller seine Mitwirkungspflichten nicht erfüllt.<sup>803</sup>

Wenn der Besteller von seinem Nacherfüllungsanspruch Gebrauch gemacht hat, hat er dem Unternehmer eine Möglichkeit einzuräumen, seine Leistung im Sinne der Nacherfüllung zu erbringen.<sup>804</sup> Demnach hat der Besteller die Nacherfüllung des Unternehmers zu dulden.<sup>805</sup>

Nach zutreffender Ansicht des OLG Nürnberg<sup>806</sup> darf der Unternehmer nach der Abnahme ohne Zustimmung des Bestellers keine Veränderungen an dem Werk vornehmen.<sup>807</sup> Beim Verzicht des Bestellers auf die Nacherfüllung kann der Unternehmer nicht von diesem erwarten, dass er ihm das Werk zur Mängelbeseitigung zur Verfügung stellt. Der Unternehmer darf nicht gegen den Willen des Bestellers Mängelbeseitigungsmaßnahmen ergreifen.<sup>808</sup> Nur in extremen Fällen kann dem Unternehmer ausnahmsweise gestattet werden, die Nacherfüllungsleistungen nach der Abnahme zu erbringen, wenn z. B. die Mangelhaftigkeit des Werks seinen Ruf verletzen würde. In seinem Vertrauensinteresse kann der Besteller von dem Unternehmer verlangen, dass der Unternehmer die Ursache des Mangels darlegt und den Umfang und ein mögliches Konzept der Mängelbeseitigung mitteilt. Denn nur die Erfolg versprechenden Nacherfüllungsversuche können dem Vertrauen des Bestellers gerecht werden.<sup>809</sup>

---

<sup>799</sup> OLG Düsseldorf Urt. v. 30.08.2016 – I - 21 U 8/16 BeckRS 2016/124160, OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 II; BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 60; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 636 Rn. 6.

<sup>800</sup> Peters, NZBau 2011, 641 (642); Wittler/Kupczyk, NJW 2016, 26 (27); Draxler, NJW 2018, 3291.

<sup>801</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 60.

<sup>802</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn.60; OLG Düsseldorf Urt. v. 30.08.2016 – I - 21 U 8/16 BeckRS 2016/124160.

<sup>803</sup> BGH Urt. 8.11. 2007- VII ZR 183/05, NJW 2008, 511 (515); BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 60.

<sup>804</sup> LG Gießen Urt. v. 10.3.2004 – 1 S 453/03) NJW 2004, 2906, ders. ZGS 2004, 238 (240); OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 II; Vgl. Herresthal, NJW 2005, 1457; BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 36; Palandt/*Sprau* § 634 Rn. 2.

<sup>805</sup> Tonner/Willingmann/Tamm/*Cebulla* § 637 Rn.6; BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 1.

<sup>806</sup> OLG Nürnberg Beschluss v. 28.07.2005- 13 U 896/05, NJW-RR 2006, 165 (166).

<sup>807</sup> Vgl. Tonner/Willingmann/Tamm/*Cebulla* § 637 Rn.6.

<sup>808</sup> Vgl. Tonner/Willingmann/Tamm/*Cebulla* § 637 Rn.5; BeckOK/*Voit* BGB § 637 Rn. 8.

<sup>809</sup> BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 1.



### 3. Fristbestimmung

Der Besteller hat eine eindeutige und bestimmte Frist zur Mängelbeseitigung zu setzen.<sup>810</sup> Anhand dieser Fristsetzung soll für den Unternehmer erkennbar sein, dass er zur Vertragserfüllung verpflichtet ist und das Unterlassen seiner Leistungserfüllung innerhalb der gesetzten Frist zum Verlust der Nachbesserungsmöglichkeit führt.<sup>811</sup>

Fordert der Besteller den Unternehmer auf, innerhalb einer bestimmten Frist einen Mangel zu beseitigen, bewirkt dies die Wirksamkeit der Frist zur Mängelbeseitigung. Damit steht die Aufnahme der Arbeiten oder der Nachweis der Beauftragung eines Drittunternehmers mit der Mängelbeseitigung im engen Zusammenhang.<sup>812</sup> Die Fristsetzung nach § 637 BGB stellt auf den Abschluss der Nacherfüllungsarbeiten ab.<sup>813</sup> Unterlässt es der Unternehmer jedoch der Aufforderung des Bestellers zur Mängelbeseitigung nachzukommen, kann davon ausgegangen werden, dass er seine Mängelbeseitigungspflicht ernsthaft und endgültig ablehnt. Dies stellt einen Grund gem. §§ 637 II 1 i. V. m. 323 II BGB für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung zur Nacherfüllung dar.<sup>814</sup> Es ist jedoch nicht erforderlich, dass der Besteller vom Unternehmer eine Bereitschaftserklärung zur Mängelbeseitigung fordert.<sup>815</sup> Der Unternehmer ist schließlich nicht zur Bereitschaftserklärung, sondern zur Mängelbeseitigung verpflichtet.<sup>816</sup> Die Aufforderung zur unverzüglichen Mängelbeseitigung bezieht sich auf ein eindeutiges und bestimmtes Verlangen nach Erbringung der geschuldeten Leistung binnen einer angemessenen Frist.<sup>817</sup> Der Zeitraum, in dem der Unternehmer seine vertragliche Verpflichtung ohne Verzögerung erfüllen soll, ist für die Bestimmung der Frist maßgeblich.<sup>818</sup> Eine solche Fristsetzung ist dann gegeben, wenn der Besteller mit seiner Aufforderung zur sofortigen, unverzüglichen, umgehenden Leistung oder durch ähnliche Formulierungen deutlich zum Ausdruck bringt, dass dem Unternehmer für die Erfüllung nur ein begrenzter Zeitraum bereitgestellt wird.<sup>819</sup> Der Besteller muss hierzu keine bestimmten zeitlichen

---

<sup>810</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn.117; OLG Frankfurt; Urt. v. 26.06.1990- 5 U 8/89, NJW-RR, 1992, 280.

<sup>811</sup> NK-BGB/Thomas Raab, BGB § 637 Rn. 8.; OLG Frankfurt; Urt. v. 26.06.1990- 5 U 8/89, NJW-RR, 1992, 280.

<sup>812</sup> BGH Urt. v. 27.11. 2003- VII ZR 93/01, NZBau 2004, 153 (154); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.62; BGH Urt. v. 16.9.1999- VII ZR 456-98, NJW 1999, 3710 (3711); BGH Urt. v. 23.2.2006- VII ZR 84/05, NZBau 2006, 371 (373); NK-BGB/Thomas Raab, BGB § 637 Rn. 8.

<sup>813</sup> Vgl. Knütel, BauR 2002, 689 (690ff); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 62.

<sup>814</sup> Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 II; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn.121; BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 63.

<sup>815</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 64.

<sup>816</sup> NK-BGB/Thomas Raab, BGB § 637 Rn. 8.

<sup>817</sup> BGH Urt. v. 13.12.2001- VII ZR 432/00, NZBau 2002, 265 (266); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.65.

<sup>818</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (690); BGH Urt. v. 13.12.2001- VII ZR 432/00, NZBau 2002, 265 (266).

<sup>819</sup> Vgl. Knütel, BauR 2002, 689 (690); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 65.

Angaben machen, oder einen Endtermin bestimmen.<sup>820</sup> Dies kann jedoch beim Unternehmer zu Unklarheiten darüber führen, welcher Zeitraum ihm für die Nacherfüllung zur Verfügung steht. Die Ungewissheit kann auch bei Angabe einer bestimmten aber zu kurzen Frist bestehen.<sup>821</sup> Eine solche Ungewissheit kann sich auch dann ergeben, wenn die Frist zwar klar bestimmt, aber zu kurz ist. Eine zu kurz bemessene Frist bewirkt jedoch keine Unwirksamkeit der Fristsetzung. Vielmehr wird eine angemessene Frist in Gang gesetzt, die spätestens vom Gericht festgestellt wird.<sup>822</sup>

#### 4. Angemessenheit der Frist

Die Frist zur Mängelbeseitigung muss weiterhin angemessen sein. Die Dauer der Frist muss so eingeordnet sein, dass sie nach objektiven Kriterien für die erforderliche Mängelbeseitigung ausreicht.<sup>823</sup> Sie ist dann angemessen, wenn der Unternehmer innerhalb der gesetzten Frist üblicherweise in der Lage ist, den Mangel zu beseitigen.<sup>824</sup> Für die Beurteilung der Angemessenheit sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.<sup>825</sup> Mit der Fristsetzung erhält der Unternehmer noch eine letzte Chance für die volle Erbringung der Leistung und um den Vertrag zu erfüllen.<sup>826</sup>

Der objektiv erforderliche Aufwand für die Prüfung von Mängelsymptomen, die Ermittlung der Ursache eines Mangels, die Erstellung eines Plans zur Beseitigung der Mängel sowie dessen Umsetzung sind neben den Interessen des Bestellers an einer mangelfreien und schnellen Werkherstellung als Kriterien bei der Fristbestimmung zu berücksichtigen.<sup>827</sup> Auch äußere Umstände oder eine Verhinderung der Nachbesserung (z. B. wegen der Benutzung des Bauwerks) sind Maßstäbe bei der Bestimmung einer angemessenen Frist.<sup>828</sup> Der Zeitaufwand für die Mängelbeseitigung ist der einzige Maßstab für die Bestimmung der Angemessenheit der Nacherfüllungsfrist.<sup>829</sup> Bezüglich der Angemessenheit der Fristsetzung trägt der Besteller damit ein erhebliches Risiko.<sup>830</sup> Da der Besteller üblicherweise keine Fachkenntnisse hat und nicht verpflichtet ist, dem Mangel auf den Grund zu gehen, weshalb lediglich seine Mängelrüge ausreichend ist, kann er den erforderlichen Aufwand der Mängelbeseitigung und damit die Angemessenheit der Nacherfüllungsfrist oft nicht abschätzen.<sup>831</sup> Sind die Arbeiten für die Mängelbeseitigung so umfangreich oder schwierig, dass der notwendige

---

<sup>820</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 65; BGH Urt. v. 12.8.2009- VIII 254/08, NJW 2009, 3153 (3154).

<sup>821</sup> NK-BGB/*Thomas Raab*, BGB § 637 Rn. 8.

<sup>822</sup> Skamel, JuS 2010, 671 (672); BGH Urt. v. 12.8.2009- VIII 254/08, NJW 2009, 3153 (3154).

<sup>823</sup> Skamel, JuS 2010, 671 (675); BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn.66.

<sup>824</sup> MüKoBGB/*Ernst*, BGB§ 323 Rn.71; Erman/*Schwenker/Rodemann*, § 636 Rn. 6.

<sup>825</sup> Koch, NJW 2010, 1636 (1637).

<sup>826</sup> BGH Urt. v. 23.2.2006- VII ZR 84/05, NZBau 2006, 371 (374); MüKoBGB/*Ernst*, BGB § 323 Rn. 73.

<sup>827</sup> Draxler, NJW 2018, 3291ff; LG Gießen Urt. v. 10.3. 2004 – 1 S 453/03, NJW 2004, 2906, ders. ZGS 2004, 238 (240); Knütel, BauR 2002, 689 (690ff).

<sup>828</sup> OLG Celle Urt. v. 13.7.2004- 16 U 41/04, NJW-RR 2004, 1669.

<sup>829</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 636 BGB Rn. 7.

<sup>830</sup> Koch, NJW 2010, 1636 (1638).

<sup>831</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 72.

Zeitaufwand nicht sicher veranschlagt werden kann, so muss der Unternehmer nach der Aufforderung des Bestellers umgehend mit der Nachbesserung beginnen und sie so schnell wie möglich vollenden.<sup>832</sup> Dies gilt auch dann, wenn der Besteller von der Mängelursache und damit von der erforderlichen Mängelbeseitigungsmaßnahme keine Kenntnis hat, sondern er den Aufwand der Beseitigung und damit die angemessene Nachfrist erst nach Ermittlung der Ursache der Mängel durch den Unternehmer feststellen kann.<sup>833</sup>

Hat der Unternehmer trotz der Mängelrüge des Bestellers passiv gehandelt, darf dem Besteller nicht zugemutet werden, eine neue Nachbesserungsfrist zu setzen und auf deren Ablauf zu warten, bevor er die Selbstvornahme durchführt.<sup>834</sup> Der Besteller ist berechtigt, daran zu zweifeln, dass der Unternehmer seiner Mängelbeseitigungspflicht nachkommt.<sup>835</sup> Durch dieses Verhalten des Unternehmers wird das Vertrauen in seine Leistungsfähigkeit oder Leistungsbereitschaft gebrochen.<sup>836</sup> Aufgrund des Vertrauensbruchs durch den Unternehmer kann dem Besteller nicht zugemutet werden, diesen mit der Nacherfüllung zu beauftragen. Somit entfällt ein Fristsetzungserfordernis gem. § 637 II 2 BGB.<sup>837</sup>

Die angemessene Fristsetzung wirkt auch darüber hinaus im Interesse des Bestellers. Er kann auf diese Weise seine eigenen Risiken hinsichtlich des Mängelfeststellungsprozesses reduzieren. Nach der Mängelrüge kann der Besteller von dem Unternehmer Auskunft über die Ursache der Mängel und die notwendige Zeit zu ihrer Beseitigung erwarten.<sup>838</sup> Auf Grundlage dieser Angaben kann der Besteller eine angemessene Frist gem. § 637 BGB bestimmen.<sup>839</sup> Der nicht fachkundige Besteller braucht die zu erwartende Dauer der Nacherfüllungsmaßnahmen daher nicht auf eigene Kosten zu bestimmen und ist damit auch von etwaigen Sorgen um den Ausschluss der Ansprüche nach § 637 BGB befreit.<sup>840</sup> Solange im Laufe der Mängelbeseitigung kein zusätzlicher Aufwand bzw. keine Hindernisse (wie z. B. ein Baustellenverbot) eintreten, die eine Verlängerung der angemessenen Frist erforderlich machen, ist der Unternehmer an sie gebunden.<sup>841</sup> Dabei hat der Unternehmer den Besteller nach den Maßgaben von Treu und Glauben umgehend über den aktuellen Zustand der Mängelbeseitigung bzw. eine notwendige Fristverlängerung zu informieren.<sup>842</sup> Aufgrund der vertraglichen Nebenpflicht hat der Unternehmer den Besteller ohne Nachfrage vor Fristablauf über die Unangemessenheit der Frist aufzuklären und ihn über die eingetretenen Umstände Angaben hinsichtlich der Fristverlängerung zu machen, selbst wenn der Besteller eine

---

<sup>832</sup> Scheuch, NJW 2018, 2513 (2514); Knütel, BauR 2002, 689 (690); Skamel, JuS 2010, 671 (672).

<sup>833</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 72.

<sup>834</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (690); BGH Urt. v. 8.7.1982- VII ZR 301/80, BeckRS 31075075 Ziff. I. 3.

<sup>835</sup> Erman/Schwenker/Rodemann BGB § 636 Rn. 6.

<sup>836</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (690).

<sup>837</sup> Erman/Schwenker/Rodemann § 637 Rn. 5.

<sup>838</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.74.

<sup>839</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.74.

<sup>840</sup> OLG Naumburg Urt. v. 25.3.2010- 1 U 90/09, NZBau 2010, 757, 758.

<sup>841</sup> Kappelmann/Messerschmidt/Langen, VOB/B § 13 Rn. 330.

<sup>842</sup> Messerschmidt/ Voit/Moufang/Koos, BGB § 636 Rn. 21.

unangemessene kurze Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt hat.<sup>843</sup> Dadurch erhält der Besteller die Möglichkeit für die Bestimmung einer angemessenen Frist. Der Unternehmer würde treuwidrig handeln, wenn er den Besteller über neu eintretende Umstände, die eine Fristverlängerung rechtfertigen würden, nicht unterrichten würde. Damit würde er bewusst zulassen, dass der Besteller vorzeitig von seinem Selbstvornahmerecht Gebrauch macht und damit die Ansprüche aus § 637 BGB verliert.<sup>844</sup>

## 5. Erfolgreicher Ablauf der Nachfrist

Die vom Besteller gesetzte Frist zur Nacherfüllung muss erfolglos verstrichen sein. Dies ist dann der Fall, wenn das Werk nicht vollständig und mangelfrei hergestellt wird.<sup>845</sup> Das nicht innerhalb der angemessenen Frist vollendete Werk stellt für den Unternehmer eine Last dar.<sup>846</sup> Ihm droht, dass der Besteller nach dem erfolglosen Ablauf der Frist die Selbstvornahme nach § 637 BGB auf Kosten des Unternehmers durchführt. Das wäre dann nicht der Fall, wenn die ursprünglich angemessene Frist wegen der besonderen Umstände wie z.B. Behinderungen bzw. Hindernissen bei der Mängelbeseitigung, dem Aufdecken weiterer Mängel oder der Feststellung einer anderen Mängelursache verlängert werden muss.<sup>847</sup> Danach gilt die neue angemessene Frist und ihr Ablauf ist abzuwarten. Grundsätzlich ist es für das Eintreten der Rechtsfolge des § 637 BGB irrelevant, ob der Unternehmer innerhalb der angemessenen Frist gar keine Nacherfüllungshandlungen vorgenommen oder die geschuldete Leistung nur teilweise erfolgreich bewirkt hat. Für den Eintritt der Rechtsfolge ist entscheidend, ob der Unternehmer seine Nacherfüllungspflicht innerhalb der gesetzten Frist erfüllt hat. In der Praxis geschieht es nicht selten, dass nach der Werkherstellung einige Nacharbeiten am Werk erforderlich sind, die eigentlich auch zur Mängelbeseitigung gehören (wie z.B. Teppichboden über den nachgebesserten Estrich).<sup>848</sup> Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB darf der Besteller dem Unternehmer nicht verbieten, dass er geringfügige Restarbeiten, die im Rahmen der Nacherfüllung erledigt werden sollten, nach Ablauf der Frist vornimmt.<sup>849</sup> Im Zweifel ist dem Besteller daher zuzumuten, trotz des Fristablaufs weitere geringfügige Nacherfüllungshandlungen anzunehmen.

Es liegt kein erfolgloser Ablauf der Frist zur Nacherfüllung im Falle eines Annahmeverzugs des Bestellers vor. Das ist dann der Fall, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung ordnungsgemäß bzw. fristgerecht dem Besteller angeboten hat und der Besteller die Leistung nicht entgegengenommen hat.<sup>850</sup> Eine erfolglose Nacherfüllung ist dann nicht gegeben, wenn der Besteller das Werk als vertragsgerecht hergestellt annimmt. Der Besteller darf auch nicht sofort auf Kosten des Unternehmers

---

<sup>843</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 75.

<sup>844</sup> Vgl. BGH Urt. v. 3.4.2007- X ZR 104/04, NZBau 2007, 506.

<sup>845</sup> NWJS/Moufang/Koos, VOB/B § 13 Rn. 320.

<sup>846</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 77.

<sup>847</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 78.

<sup>848</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 636 Rn. 24; OLG Düsseldorf Urt. v. 26.4.2010- I 21 U 130/09, BeckRS 2012, 13652 Ziff. III 4.

<sup>849</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 636 Rn. 24.

<sup>850</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 636 Rn. 12.

eine Selbstvornahme durchführen, wenn sich später der gleiche Mangel trotz der fristgerechten Mängelbeseitigung des Unternehmers wieder zeigt.<sup>851</sup> Dagegen besteht für den Besteller kein Zwang zur erneuten Mängelrüge und zur Aufforderung zu einer Mängelbeseitigung.<sup>852</sup> Denn eine solche erneute Fristsetzung würde das Selbstvornahmerecht des Bestellers entwerten.

## 6. Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Die Aufforderung zur Mängelbeseitigung unter Fristsetzung kann entbehrlich sein. Vor einer Selbstvornahme ist ausnahmsweise keine Fristsetzung nach §§ 323 II BGB, 637 II BGB erforderlich.<sup>853</sup> Das ist gem. § 323 II BGB dann der Fall, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert oder besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Als weitere Entbehrlichkeitsgründe kommen nach § 637 II 2 BGB die fehlgeschlagene oder unzumutbare Nacherfüllung in Frage. Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung zur Nacherfüllung macht die Aufforderung zur Nacherfüllung nutzlos.<sup>854</sup> Kann der Besteller die Gründe für eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung vorbringen, muss er keine Frist zur Nacherfüllung setzen. Der Mangel muss jedoch angezeigt werden.<sup>855</sup> Dabei können die Umstände, unter denen die Fristsetzung zur Mängelbeseitigung entbehrlich ist, erst nach der Mängelanzeige mit dem Nacherfüllungsverlangen eintreten oder sich erst danach zeigen.<sup>856</sup>

### a. Ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung

Hat der Unternehmer die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, kann von einer Fristsetzung abgesehen werden (§§ 637 II 1, 323 II Nr.1 BGB).<sup>857</sup> Der Unternehmer signalisiert durch sein Verhalten eindeutig, dass er endgültig und ernstlich keine Mängelbeseitigung vornimmt.<sup>858</sup> Eine Nacherfüllungsverweigerung würde sich beispielsweise in der Zurückweisung des Mangels durch den Unternehmer zeigen.<sup>859</sup> Der Mangel wäre dann nicht zurückgewiesen, aber nach einer gewissen Zeit müsste der Besteller davon ausgehen, dass er keine Beseitigung des Mangels vornehmen wird. Da der Besteller nach Abnahme die Beweislast für das Vorhandensein von Mängeln trägt, sind an die Annahme einer endgültigen Erfüllungsverweigerung hohe Anforderungen

---

<sup>851</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 636 Rn. 10.

<sup>852</sup> Vgl. LG Gießen Urt. v. 10.3. 2004 – 1 S 453/03) NJW 2004, 2906, ders. ZGS 2004, 238 f; NK-BGB/*Thomas Raab*, BGB § 637 Rn. 14.

<sup>853</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (692).

<sup>854</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 81.

<sup>855</sup> LG Gießen Urt. v. 10 März 2004 – 1 S 453/03, NJW 2004, 2906, ders. ZGS 2004, 238 (240).

<sup>856</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 81.

<sup>857</sup> NK-BGB/*Raab* BGB § 637 Rn.10; OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 II; Teichmann, JuS 2002, 417 (420); Jaensch, NJW 2013, 1121; OLG Düsseldorf Urt. v. 16.08.1995- 22 U 256/93, NJW-RR 1996, 532 (533).

<sup>858</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (691); KG Urt. 13.5.2014- 7 U 116/13- BeckRS 2014, 120890 Rn. 30.

<sup>859</sup> Kuhn, ZfBR 2013, 523 (524); BGH Urt. v. 20.1.2009- X ZR 45/07, NZBau 2009, 377 (378).

zu stellen.<sup>860</sup> Dafür müssen neben dem bloßen Bestreiten des Mangels weitere Umstände vorliegen, aus denen deutlich wird, dass der Unternehmer die Erfüllung seiner Vertragspflichten endgültig ablehnt, sodass es einer Fristsetzung nicht bedarf („letztes Wort“).<sup>861</sup> Im Zweifel kann von einer endgültigen Nacherfüllungsverweigerung nicht ausgegangen werden, wenn der Besteller dem Unternehmer nicht ermöglicht, dass er den Mangel prüfen und nachbessern kann.<sup>862</sup>

Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung tritt ein, wenn die Verweigerung der Mängelbeseitigung durch den Unternehmer vor der Durchführung der Selbstvornahme des Bestellers erfolgt.<sup>863</sup> Da die Nacherfüllung vorrangig ist und die Durchführung der Selbstvornahme des Bestellers vor der Leistungsverweigerung des Unternehmers gegen diesen Grundsatz verstoßen würde, reicht eine nachträgliche Leistungsverweigerung nicht aus.<sup>864</sup>

### **b. Unzumutbarkeit der Nacherfüllung**

Nach §§ 637 II 2 2.Alt, 323 II Nr. 3 BGB ist die Entbehrlichkeit der Fristsetzung weiterhin dann gegeben, wenn dem Besteller das Festhalten am Vertrag und an der Vertragserfüllung unzumutbar ist.<sup>865</sup> Das Interesse des Bestellers an der Werkherstellung muss wegen der Verzögerung der Leistungserbringung durch den Unternehmer entfallen sein. Setzt der Besteller eine Nachfrist vor Fälligkeit der Werkleistung, also während der Erfüllungsphase, so kann diese Fristsetzung bei dem Unternehmer zu dem Schluss führen, dass der Besteller Verzögerungen, die über diese Nachfrist hinausgehen, nicht akzeptieren wird.<sup>866</sup> Durch eine umfassende Interessenabwägung muss ermittelt werden, ob das Interesse des Bestellers an der Leistung trotz der Verzögerung noch vorhanden ist, oder es ihm vor dem Hintergrund der erfolglos abgelaufenen Frist nicht mehr zuzumuten ist, noch weitere Verzögerungen durch eine weitere Nachfrist zu akzeptieren.<sup>867</sup>

Das arglistige Verschweigen eines Mangels durch den Unternehmer stellt einen weiteren Grund für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung dar.<sup>868</sup> Der Unternehmer kennt zwar den Mangel, teilt ihn aber dem Besteller nicht mit. Das Vertrauensverhältnis, das

---

<sup>860</sup> Erman/*Schwenker/Rodemann*, § 636 Rn. 10.

<sup>861</sup> OLG Hamm Ur. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 II; BGH Ur. v. 20.1.2009- X ZR 45/07, NZBau 2009, 377 (378); BGH Ur. v. 21.12.2005- VII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 (1197).

<sup>862</sup> Manteufel, NZBau 2014, 195 (197); BGH Ur. v. 29.6.2011 VIII ZR 202/10, NJW 2011, 2872 (2873); BGH Ur. v. 21.12.2005 VII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 (1197).

<sup>863</sup> BGH Ur. v. 20.1.2009- X ZR 45/07, NZBau 2009, 377 (378).

<sup>864</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn.83; BGH Ur. v. 20.1.2009- X ZR 45/07, NZBau 2009, 377 (378).

<sup>865</sup> Oetker/*Maultzsch* § 8 Rn.125; BGH Ur. v. 8. 5. 2008- VII ZR 201/07, NJW-RR 2008, 1052; OLG Hamm, Ur. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795. Ziff. II; NK-BGB/*Raab* BGB § 637 Rn. 9.

<sup>866</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 88.

<sup>867</sup> Preussner, BauR 2002, 231, 236; BGH Ur. v. 14.6.2012- VII ZR 148/10NJW 2012, 3714 (3716).

<sup>868</sup> Kuhn, ZfBR 2013, 523 (526); BGH Ur. v. 9.1.2008- VII ZR 210/06, NJW 2008, 1371 (1372); BGH Ur. v. 8.12.2006- VII ZR 249/05, NJW 2007, 835 (837).

für eine Nacherfüllung die Basis bieten sollte, wird durch eine arglistige Täuschung des Unternehmers zerstört und das Interesse des Bestellers an einer weiteren Zusammenarbeit mit dem Unternehmer entfällt.<sup>869</sup>

Gemäß § 637 II 2 2. Alt BGB ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn dem Besteller die Nacherfüllung unzumutbar ist. Im Unterschied zu § 323 II Nr. 3 BGB, wonach ausdrücklich eine Abwägung der beiderseitigen Interessen für das Vorliegen der Unzumutbarkeit vorausgesetzt wird, sind nach § 637 II 2, 2. Alt BGB nicht Parteiinteressen ausschlaggebend, sondern lediglich das Interesse des Bestellers.<sup>870</sup>

Nach den Vorschriften der §§ 637 II 2 2. Alt, 323 II Nr. 3 BGB können Umstände vorliegen, die die Durchführung der Selbstvornahme erlauben und die Unzumutbarkeit einer Nacherfüllung verursachen.<sup>871</sup> Das ist dann der Fall, wenn eine Gefahr im Verzug ist oder besondere Umstände vorliegen, die die Entbehrlichkeit der Fristsetzung rechtfertigen können; etwa, wenn ein Rohrbruch auftritt oder an einem Winterabend eine schadhafte Schweißstelle an einer der Anschlussleitungen eines mit Fernwärme versorgten Hauses entdeckt wird.<sup>872</sup> Von einer Unzumutbarkeit ist auszugehen, wenn der Unternehmer bei der Leistungserfüllung unfähig wirkt, die erforderlichen Nachbesserungsarbeiten ordnungsgemäß vorzunehmen.<sup>873</sup> In einem solchen Fall kann sich der Besteller nicht auf den Unternehmer verlassen. Bei Vorliegen einer Vielzahl von Mängeln kann das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Unternehmers erschüttert und die Mängelbeseitigung für den Besteller unzumutbar werden. Eine Unzumutbarkeit ist auch dann gegeben, wenn der Unternehmer bei Mängelrügen oder einer Fristsetzung zur Mängelbeseitigung passiv bleibt.<sup>874</sup> Die Unzumutbarkeit der Fristsetzung zur Mängelbeseitigung ist weiterhin ersichtlich, wenn die Verzögerung, die mit der Fristsetzung verbunden ist, bei der Mängelbeseitigung Folgeschäden verursacht, die durch die Selbstvornahme verhindert werden können.<sup>875</sup> Benötigt der Besteller das mangelfreie Werk zur eigenen Verwendung oder zur Weitergabe an einen anderen Abnehmer sofort und unverzüglich, ist die Unzumutbarkeit der Aufforderung zur Mängelbeseitigung gegeben. Auf diese Weise lässt sich der Eintritt eines möglichen Verzögerungsschadens vermeiden.<sup>876</sup>

### c. Fehlgeschlagene Nachbesserung

Bleibt die Nachbesserung erfolglos, so gilt die Nacherfüllung gem. § 637 II 2 1. Alt. BGB als fehlgeschlagen. Das wäre auch dann der Fall, wenn der Unternehmer den

---

<sup>869</sup> LG Dessau Urt. v. 7.4.2006- 3 O 141/04, BeckRS 2006, 137042 Rn. 62ff.

<sup>870</sup> Erman/*Schwenker/Rodemann*, § 636 Rn. 12; OLG Hamm Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 Ziff. II.

<sup>871</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 90.

<sup>872</sup> Kappelmann/Messerschmidt/*Langen* VOB/B § 13 Rn. 326; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 637 Rn. 4; Preussner, BauR 2002, 231 (236).

<sup>873</sup> Oetker/Maultzsch § 8 Rn.125; OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 II 2; Gartz, NZBau 2018, 404ff; NK-BGB/*Raab*, BGB § 637 Rn. 9.

<sup>874</sup> Gartz, NZBau 2018, 404f; OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 Ziff. II 3.

<sup>875</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (692); BGH Urt. v. 15.1.2002 X ZR 230/00, NJW-RR 2002, 666 (668).

<sup>876</sup> BGH Urt. v. 15.1.2002 X ZR 230/00, NJW-RR 2002, 666 (668).

Mangel nicht mehr innerhalb der Vornahmefrist beheben kann.<sup>877</sup> Zu den wesentlichen Erscheinungsformen der fehlgeschlagenen Nachbesserung gehören die objektive und subjektive Unmöglichkeit, die Unzulänglichkeit, die unberechtigte Verweigerung, die Verzögerung und der misslungene Versuch der Nachbesserung.<sup>878</sup> Die Zahl der möglichen Nachbesserungsversuche hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>879</sup> Die Vermutung, die im Kaufvertragsrecht nach § 440 S. 2 BGB nach dem zweiten erfolglosen Nachbesserungsversuch einen Fehlschlag annimmt, existiert im Werkvertragsrecht nicht.<sup>880</sup> Allerdings ist es möglich, dass eine Nachbesserung nach Umständen des Einzelfalls schon beim ersten Versuch als fehlgeschlagen gilt oder aber mehrere Versuche erforderlich sind.<sup>881</sup> Der Fehlschlag der Nachbesserung liegt auch dann vor, wenn zwar eine Frist zur Nachbesserung gesetzt wurde, aber vor Fristablauf eindeutig klar ist, dass die Einhaltung der gesetzten Frist nicht möglich ist.<sup>882</sup> In solchen Fällen ist es nicht erforderlich, den Ablauf der Frist abzuwarten.<sup>883</sup> Vielmehr darf der Besteller sofort die Selbstvornahme auf Kosten des Unternehmers durchführen.

## 7. Rechtsfolgen des Fristablaufs

Der erfolglose Ablauf der Frist zur Nacherfüllung begründet ein Selbstvornahmerecht und einen Gewährleistungsanspruch des Bestellers.<sup>884</sup> Aus diesem Grund wird dem Besteller ein Vorschuss- und Aufwendungsanspruch eingeräumt.<sup>885</sup> Nach altem Recht erlosch der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers gem. § 634 I S.3 BGB a.F., wenn der Besteller nach § 634 I S.1 BGB eine Frist zur Mängelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung gesetzt hatte.<sup>886</sup> Nach der aktuellen Rechtslage ist die fehlende Ablehnungsandrohung kein Grund mehr für das Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs des Bestellers.<sup>887</sup> Der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers wird vielmehr mit der Geltendmachung von Rücktritt, Minderung oder auch Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 IV BGB ausgeschlossen.<sup>888</sup> Der Besteller kann daher entscheiden, ob er die Selbstvornahme durchführen bzw. einen Vorschuss verlangen möchte, oder ob er auf die Nacherfüllung durch den Unternehmer besteht.<sup>889</sup> Der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers wird wegen der Durchführung der

---

<sup>877</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 9; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (234); Oetker/Maultzsch, § 8 Rn.122; Knütel, BauR 2002, 689 (692).

<sup>878</sup> OLG Hamm Ur. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 Ziff. II 2.

<sup>879</sup> Preusner, BauR 2002, 231 (236).

<sup>880</sup> Vgl. Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (234); OLG Hamm Ur. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 Ziff. II 2; Knütel, BauR 2002, 689 (692); Oetker/Maultzsch, § 8 Rn.122; Sienz, BauR 2002, 181 (189).

<sup>881</sup> OLG Hamm Ur. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 Ziff. II 2.

<sup>882</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (692); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.9 3.

<sup>883</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 93.

<sup>884</sup> Erman/Schwenker/Rodemann, § 637 Rn. 8.

<sup>885</sup> BGH Ur. v.11.9.2012- XI ZR 56/11, NJW 2013, 1228 (1229).

<sup>886</sup> BGH Ur. v. 23.2.2006- VII ZR 84/05, NJW 2006, 2254 (2256); BGH Ur. v. 16.9.1999 VII ZR 456-98, NJW 1999, 3710.

<sup>887</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (690ff); NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 12.

<sup>888</sup> BGH Ur. v. 20.1.2006- VII ZR 124/05, NJW 2006, 1198 (1199); BGH Ur. v. 10.3.2010- VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448; BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.95.

<sup>889</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 14.



Selbstvornahme nicht ausgeschlossen.<sup>890</sup> Selbst wenn die Selbstvornahme nicht erfolgreich durchgeführt wird, steht es dem Besteller weiterhin das Recht auf die Nacherfüllung gegen den Unternehmer zu.<sup>891</sup> Dem Besteller steht frei, die Nacherfüllung im Wege der Klageerhebung geltend zu machen. Führt der Besteller dagegen die Selbstvornahme erfolgreich durch, dann ist der Nacherfüllungsanspruch ausgeschlossen.

Der Unternehmer darf das Wahlrecht des Bestellers zwischen Nacherfüllung, Selbstvornahme und den anderen Gewährleistungsrechten nicht angreifen. Da die Durchführung der Selbstvornahme nicht zum Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs des Bestellers führt, existiert zwischen beiden Rechten ein Alternativverhältnis.<sup>892</sup> Bei diesen Mängelrechten des Bestellers aus § 634 BGB handelt es sich nicht um eine Wahlschuld, sondern um eine elektive Konkurrenz.<sup>893</sup> Der Besteller kann diese Rechte nicht kumulativ, sondern lediglich alternativ geltend machen.<sup>894</sup> Nach fruchtlosem Fristablauf darf er, statt der geschuldeten Nacherfüllung, die Übernahme der Kosten der Selbstvornahme geltend machen.<sup>895</sup> Gemäß § 634 Nr. 4 BGB ist der Besteller berechtigt, darüber zu entscheiden, welche Mängelrechte er in Anspruch nehmen möchte. Im Unterschied zur Wahlschuld nach § 262 BGB werden die Gewährleistungsrechte des Gläubigers nicht vertraglich vereinbart, sondern gesetzlich geregelt.<sup>896</sup>

Hat der Unternehmer den Mangel des Werks nach Fristablauf eigenmächtig beseitigt, steht dem Besteller kein Wahlrecht zu.<sup>897</sup> Da das Werk nun mangelfrei ist, kann der Besteller keine Selbstvornahme mehr durchführen.<sup>898</sup> Die Mangelfreiheit des Werks und damit der Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs können außerhalb der Selbstvornahme auch dadurch eintreten, dass der Unternehmer den Mangel eigenmächtig beseitigt.<sup>899</sup>

Der Besteller hat grundsätzlich auch nach Ablauf der Frist einen Nacherfüllungsanspruch gegen den Unternehmer.<sup>900</sup> Der Unternehmer hat jedoch aufgrund des Ablaufs der angemessenen Frist zur Nacherfüllung sein Recht darauf verloren, die Mängelbeseitigung des Werks selbst vorzunehmen.<sup>901</sup> Wenn der Unternehmer die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt und trotz der Aufforderung zur Mängelbeseitigung die erforderliche Mängelbeseitigung nicht vorgenommen hat – er

---

<sup>890</sup> BGH Urt. v. 19.1.2017- VII ZR 301/13, NZBau 2017, 216 (219); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn. 13.

<sup>891</sup> BGH Urt. v. 19.1.2017- VII ZR 301/13, NZBau 2017, 216 (219); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 95; OLG Stuttgart Urt. v. 3. 7.2012 10 U 33/12, NZBau 2012, 771 (773).

<sup>892</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 13.

<sup>893</sup> BGH Urt. v. 20.1.2006- VI ZR 124/05, NJW 2006, 1198 (1199); NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 12.

<sup>894</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 13; Vgl. Lorenz, NJW 2003, 1417.

<sup>895</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn.14.

<sup>896</sup> BGH Urt. 20.1.2006- VI ZR 124/05, NJW 2006, 1198 (1199).

<sup>897</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 97.

<sup>898</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 97.

<sup>899</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (679).

<sup>900</sup> Erman/Schwenker/Rodemann, § 637 Rn. 8.

<sup>901</sup> BGH Urt. 27.2.2003 VII ZR 338/01, NZBau 2003, 267 (268).

also zwei Mal vertragswidrig gehandelt hat –, darf der Besteller nicht dazu gezwungen werden, die vom Unternehmer angebotene Nachbesserung hinzunehmen.<sup>902</sup> Wäre der Besteller gezwungen, sich auf weitere Erfüllungsversuche durch den Unternehmer einzulassen, würde dies zu einer erheblichen Entwertung seines Selbstvornahmerechts führen.<sup>903</sup> Diesbezüglich hat sich die Rechtslage nach der Schuldrechtsmodernisierung geändert. Gem. § 633 III BGB a.F. war für das Bestehen des Aufwendungsersatzanspruchs des Bestellers der Verzug des Unternehmers erforderlich.<sup>904</sup> Der Unternehmer konnte selbst, durch Mängelbeseitigung bzw. Nacherfüllung, den Verzug beenden.<sup>905</sup>

Nach aktueller Rechtslage ist der Unternehmerverzug für das Selbstvornahmerecht keine Voraussetzung mehr.<sup>906</sup> Vielmehr ist lediglich auf den Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung abzustellen.<sup>907</sup> Zwar besteht der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers auch noch nach Fristablauf fort, doch ist er nicht verpflichtet, nach Ablauf der Frist die Nacherfüllung des Unternehmers hinzunehmen.<sup>908</sup>

Nach Fristablauf steht dem Besteller lediglich im Einzelfall kein Recht auf Zurückweisung der Nacherfüllung durch den Unternehmer zu. Voraussetzung dafür ist ein Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben gem. § 242 BGB.<sup>909</sup> Verlangt der Besteller vom Unternehmer auch nach Fristablauf zur Nacherfüllung die Mängelbeseitigung und ist der Unternehmer bereit, diese durchzuführen, so kann der Besteller die sich aus § 637 BGB ergebenden Rechte nicht beanspruchen.<sup>910</sup> Ein widersprüchliches Verhalten des Bestellers ist dann gegeben, wenn er den Unternehmer trotz erfolglos abgelaufener Frist erneut zur Nacherfüllung auffordert und dann die Bereitschaft des Unternehmers zur Durchführung der Nacherfüllungsmaßnahmen nicht akzeptiert.<sup>911</sup>

Fraglich ist, ob der Nacherfüllungsanspruch früher erlischt, wenn der Besteller von seinem Vorschussanspruch Gebrauch gemacht oder der Unternehmer den Vorschuss bereits an den Besteller gezahlt hat.<sup>912</sup> Jedoch ist kein Grund dafür ersichtlich, dass der Besteller nachträglich von seinem Nacherfüllungsanspruch absehen sollte.<sup>913</sup> Da das Vorschussrecht kein Gestaltungsrecht wie der Rücktritt und die Minderung ist, muss der Unternehmer bereit sein, durch den Besteller auf Nacherfüllung in Anspruch genommen

---

<sup>902</sup> Vorwerk, BauR 2003, 1 (12); BGH Urt. 27.2.2003 VII ZR 338/01, NZBau 2003, 267 (268); Erman/Schwenker/Rodemann § 637 Rn. 8.

<sup>903</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 14.

<sup>904</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (234).

<sup>905</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 98.

<sup>906</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641 (644); Katzenstein, ZGS 2004, 349 (350).

<sup>907</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.98; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (234).

<sup>908</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 11.

<sup>909</sup> BGH Urt. v. 20.1.2006- V ZR 124/05, NJW 2006, 1198 (1198).

<sup>910</sup> BGH Urt. v. 27.11.2003- VII ZR 93/01, NZBau 2004, 153 (155).

<sup>911</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 99.

<sup>912</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 13.

<sup>913</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 13.

zu werden.<sup>914</sup> Die Geltendmachung des Vorschussanspruchs schließt damit den Nacherfüllungsanspruch des Bestellers nicht aus.

Die Wirkung des Ablaufs der Frist erlischt, wenn die Parteien eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung getroffen haben, dass der Unternehmer nach Fristablauf eine weitere Nacherfüllungsmaßnahme ergreifen darf.<sup>915</sup> Der Besteller kann seine Rechte nach § 637 BGB lediglich dadurch zurückerhalten, dass er erneut eine angemessene, wenn auch kurze Frist zur Nacherfüllung setzt und diese Frist erfolglos verstrichen ist.<sup>916</sup> Von einer konkludenten Vereinbarung eines Nacherfüllungsrechts des Unternehmers, die für die Vertragsparteien verbindlich ist, ist auszugehen, wenn der Besteller die Nachbesserungsmaßnahmen des Unternehmers duldet.<sup>917</sup>

#### **IV. Durchführung des Nacherfüllungsanspruchs**

Die Regelung des § 635 II BGB ist mit § 633 II 2 BGB a. F. identisch und § 439 II BGB aus dem Kaufrecht angepasst. Der Unternehmer hat demnach Nacherfüllungspflicht unentgeltlich zu erfüllen.<sup>918</sup>

Grundsätzlich hat der Unternehmer den gesamten zur Mangelbeseitigung erforderlichen Aufwand zu übernehmen.<sup>919</sup> Darunter fallen sämtliche mit der Nacherfüllung verbundenen Kosten, wie auch alle Nebenkosten. Es spielt keine Rolle, ob die Kosten beim Besteller oder beim Unternehmer entstanden sind. Vielmehr kommt es auf die Erforderlichkeit der Kosten an.<sup>920</sup> Unabhängig von der Nachbesserung oder Herstellung hat der Unternehmer alle zur Nacherfüllung erforderlichen Kosten zu tragen.<sup>921</sup> Darunter fallen insbesondere die Transport-, Wege-, Arbeits-, und Materialkosten (§ 635 II BGB).<sup>922</sup> Der Unternehmer muss jedoch die Transport- und Wegekosten nur dann tragen, wenn er seine Nacherfüllungsleistung am Erfüllungsort erbringt.<sup>923</sup> Eine entsprechende Regelung findet sich im Kaufrecht in § 439 II BGB.<sup>924</sup>

Nicht nur die Kosten, die bei der Nacherfüllung entstanden sind, sondern auch Kosten, die dem Besteller bei der Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs anfallen, hat der Unternehmer zu tragen.<sup>925</sup> Darunter fallen z.B. die Kosten für die Erstellung von

---

<sup>914</sup> Kuhn, ZfBR 2013, 523 (524); NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 13.

<sup>915</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 101.

<sup>916</sup> BGH Urt. 20.1.2006- VI ZR 124/05, NJW 2006, 1198.

<sup>917</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 101.

<sup>918</sup> Meub, DB 2002, 131 (132); Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 109.

<sup>919</sup> Meub, DB 2002, 131 (132); Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 15.

<sup>920</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 47; MüKoBGB/Busche, BGB § 635 Rn. 16.

<sup>921</sup> Brox/Walker §24 Rn. 30.

<sup>922</sup> BGH Urt. v. 17.2.1999- X ZR40-96, NJW-RR 1999, 813 (814); Oetker/Maultzsch § 8 Rn. 109; Meub, DB 2002, 131 (132).

<sup>923</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 48.

<sup>924</sup> Meub, DB 2002, 131 (132).

<sup>925</sup> Erman/Schwenker/Rodemann, § 635 Rn.9.

Gutachten<sup>926</sup>, Mangelfeststellungskosten<sup>927</sup>, Architekten- und Anwaltshonorare<sup>928</sup>, die zur Feststellung der Schadensursache dienen.

Aufwendungen, die der Wiederherstellung des früheren Zustands dienen, sind ebenfalls vom Unternehmer zu tragen. Hier kommen Kosten in Betracht, die während der Durchführung der Mangelbeseitigung unvermeidbar (wie das Öffnen und Schließen einer Wand bei einer Verdichtung einer Wasserleitung) oder bei der Beseitigung einer Beschädigung sonstigen Eigentums des Bestellers entstanden sind.<sup>929</sup>

Da der Unternehmer im Rahmen der Nacherfüllung für die Untauglichkeit (etwa durch fehlende Technik) der Mängelbeseitigung das Prognoserisiko trägt, hat er auch die Kosten des fruchtlosen Versuchs zur Mängelbeseitigung zu übernehmen.<sup>930</sup> Diese Kosten dürfen nicht auf den Besteller abgewälzt werden.<sup>931</sup>

Bei der Feststellung des Mangels, dessen Vorhandensein der Besteller behauptet, können ebenfalls Kosten entstehen.<sup>932</sup> Hier unterscheiden sich zwei verschiedene Ergebnisse voneinander. Steht nach der Prüfung ein Mangel fest, so werden die Untersuchungskosten vom Unternehmer übernommen. Wird bei der Untersuchung der vom Besteller behauptete Mangel nicht festgestellt, so trägt der Besteller die entstandenen Kosten.<sup>933</sup> Hierüber müssen sich die Parteien zuvor geeinigt haben.<sup>934</sup> Herrscht Uneinigkeit darüber, ob ein Mangel vorhanden ist oder nicht, trifft den Besteller die Beweislast.<sup>935</sup>

## V. Vom Nacherfüllungsanspruch nicht erfasste Schäden

Der Besteller kann aufgrund einer mangelhaften Werkleistung des Unternehmers unter wirtschaftlichen Nachteilen leiden, die von der Nacherfüllung nicht umfasst werden.<sup>936</sup>

### 1. Folgeschäden an Eigentum des Bestellers oder an anderen Gewerken

Es besteht weder eine Berechtigung noch eine Verpflichtung des Unternehmers zur Beseitigung von Schäden, die während der Beseitigung des Mangels an Eigentum des Bestellers oder Gewerken des Unternehmers entstanden sind oder durch einen vom

---

<sup>926</sup> BeckOK BGB/*Voit* § 635 Rn.10; vgl. BGH Urt. v. 30.4. 2014- VIII ZR 275/13, NJW 2014, 2351.

<sup>927</sup> BGH Urt. v. 23.01.1991 VIII ZR 122/90, NJW 1991, 1604 (1606).

<sup>928</sup> BGH Urt. v. 17.2.1999- X ZR 40-96, NJW-RR 1999, 813 (814); OLG Stuttgart Urt. v. 25. 5. 2011- 9 U 122/10, NJW-RR 2011, 1242 (1243); MüKoBGB/*Busche* BGB § 635 Rn. 16.

<sup>929</sup> Erman/*Schwenker/Rodemann*, § 635 Rn. 9a.

<sup>930</sup> Messerschmidt/*Voit/Moufang/Koos*, BGB § 635 Rn.61; BGH Urt. v. 17.2.1999- X ZR 40-96, NJW-RR 1999, 813 (814); OLG Düsseldorf Urt. v. 30.04.2015 – I - 21 U 71/14 BeckRS 2016/4059.

<sup>931</sup> OLG Karlsruhe Urt. v. 19.10. 2004- 17 U 107/04, NJW-RR 2005, 248 (249).

<sup>932</sup> Hirsch, Rn. 577.

<sup>933</sup> Hirsch, Rn. 577.

<sup>934</sup> OLG Koblenz Urt. v. 4.3.2015- 3 U 1042/14, NJW 2015 1967 (1968).

<sup>935</sup> Hirsch, Rn. 577.

<sup>936</sup> BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 53.

Unternehmer eingeschalteten Subunternehmer verursacht wurden.<sup>937</sup> Die Nacherfüllungspflicht des Unternehmers besteht darin, Mängel am Gewerk, die während der Herstellung, Instandhaltung oder Änderung des Werks entstanden sind, aber nicht über das ursprüngliche Herstellungsversprechen hinausgehen, zu beseitigen.<sup>938</sup> Der Besteller kann für Schäden an den sonstigen Gegenständen im Wege des Schadensersatzanspruches nach §§ 280 ff. oder 823 BGB Ersatz beanspruchen. Dabei wird in diesen Fällen ein Verschulden des Unternehmers vorausgesetzt.<sup>939</sup>

## 2. Entgangener Gewinn und entgangene Nutzung

Der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers erstreckt sich nicht auf Nebenkosten, die dem Besteller vor und während der Mangelbeseitigung wegen entgangener Nutzung des mangelhaften Werks entstanden sind.<sup>940</sup> Ein aufgrund der Mangelhaftigkeit des Werks (wie bei z.B. Betriebs- oder Nutzungsausfall) entgangener Gewinn wird ebenfalls nicht von der Nacherfüllungspflicht des Unternehmers erfasst.<sup>941</sup> Der Besteller kann diesen Schaden als entgangenen Gewinn bzw. Nutzung gem. §§ 634 Nr. 4 i. V. m. 284 BGB geltend machen.

## VI. Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs

Das Selbstvornahmerecht des Bestellers ist zwingend vom Bestehen bzw. vom Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs abhängig. Daher wird dem Besteller kein Selbstvornahmerecht eingeräumt, wenn kein Nacherfüllungsanspruch entstanden ist.<sup>942</sup> Der Anspruch auf Nacherfüllung kann aus verschiedenen Gründen erloschen sein. Dabei spielt die Unmöglichkeit bzw. Möglichkeit der Nacherfüllung eine entscheidende Rolle.<sup>943</sup> Es gibt Mängel, die weder beseitigt noch durch die Neuherstellung aus der Welt geschafft werden können, sodass die Nacherfüllung ausgeschlossen ist.<sup>944</sup> Der Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs kann gem. § 640 III BGB auf das Verhalten des Bestellers, auf objektive oder subjektive Umstände nach § 275 I BGB, auf den mit der Nacherfüllung in Zusammenhang stehenden Aufwand gem. § 275 II BGB oder auch auf den unverhältnismäßigen Nacherfüllungskosten nach § 635 III beruhen.<sup>945</sup> Das Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers nach den Vorschriften der §§ 275 II, III, 635 III BGB wegen Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit der Kosten stellt ein Hindernis für die Durchsetzbarkeit des Nacherfüllungsanspruchs dar.<sup>946</sup>

Der Unternehmer kann grundsätzlich die Einrede, die auf die Verweigerung der Nacherfüllung nach §§ 635 III; 275 II, III BGB zurückführt, vor der Durchführung der

---

<sup>937</sup> BGH Urt. v. 7.11.1985 VII ZR 270/83, NJW 1986, 922 (923).

<sup>938</sup> Tettinger, ZGS 2006, 96 (98).

<sup>939</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 54.

<sup>940</sup> OLG Stuttgart Urt. v. 30.3.2010- 10 U 87/09, BeckRS 2010, 9169 Ziff. II 4a.

<sup>941</sup> MüKoBGB/Busche, BGB§ 637 Rn 17; BGH Urt. v. 24.2.2005- VII ZR 225/03, NJW 2005, 1650.

<sup>942</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 20.

<sup>943</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 16.

<sup>944</sup> Hirsch, Rn. 580.

<sup>945</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (420); Tonner/Willingmann/Tamm/Cebulla § 637 Rn. 3.

<sup>946</sup> OLG Hamm Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 Ziff. II 2.

Selbstvornahme erheben.<sup>947</sup> Jedoch ist hier Vorsicht geboten, da das Selbstvornahmerecht auf Kosten des Unternehmers erst nach dem Fristablauf zur Nacherfüllung entstehen kann. Daher muss der Unternehmer seine Einrede nicht unbedingt bis zum Beginn der Selbstvornahme erheben, sondern die Frist zur Erhebung der Einrede erstreckt sich bis zum Ablauf der Nacherfüllungsfrist.<sup>948</sup>

Ferner ist die Einrede aus § 640 III BGB nicht davon abhängig, ob sie während oder nach der Durchführung der Selbstvornahme erhoben wird. Sie kann zu jedem Zeitpunkt erhoben werden.<sup>949</sup>

### **1. Ausschluss wegen vorbehaltloser Abnahme § 640 III BGB**

Der Besteller kann sich auf den Nacherfüllungsanspruch aus § 640 III BGB nicht berufen, wenn er das mangelhafte Werk in Kenntnis des Mangels ohne Vorbehalt seiner Rechte abgenommen hat.<sup>950</sup> Zwar ist der Besteller bei der Abnahme nicht zur Mängeluntersuchung verpflichtet.<sup>951</sup> Das Gesetz räumt dem Besteller jedoch die Möglichkeit ein, dem Unternehmer bei der Abnahme zu verkünden, dass er trotz der Abnahme wegen des ihm bekannten Mangels auf seine Gewährleistungsrechte bestehen wird.<sup>952</sup> Hierfür reicht die positive Kenntnis des Bestellers vom Mangel aus; eine grobe Fahrlässigkeit schadet dem Besteller nicht. Der Besteller muss also wissen, dass der Mangel den Wert bzw. die Tauglichkeit des Werks mindert.<sup>953</sup>

Die Regelung des § 640 III BGB schließt nicht den Erfüllungsanspruch i. S. v. § 631 BGB aus, sondern nur die in § 634 Nr. 1-3 BGB genannten Mängelrechte. Der Verlust von Gewährleistungsrechten bezieht sich auch auf unwesentliche Mängel, die dem Besteller eine Abnahmeverweigerung nach § 640 I 2 BGB verbieten.<sup>954</sup> Dies ergibt sich aus dem Hinweis in § 640 III BGB auf § 640 I S.1 BGB.

Mängel in Form von Falschleistungen und Mengenfehlern nach § 633 II S. 2 BGB werden ebenfalls vom Verlust der Gewährleistungsrechte erfasst. Dies setzt allerdings voraus, dass der Unternehmer das Werk „falsch“ oder „in zu geringer Menge“ hergestellt hat, als Vertragserfüllung zur Abnahme angeboten hat und dies dem Besteller bekannt ist.<sup>955</sup> In solchen Fällen muss der Besteller wegen seiner Offensichtlichkeit den Mangel erkennen und demnach entweder die Abnahme verweigern oder unter Vorbehalt das Werk abnehmen.

Der Besteller verliert durch die vorbehaltlose Abnahme lediglich die verschuldensunabhängigen Rechte wie Nacherfüllung, Selbstvornahme, Rücktritt und Minderung aus § 634 Nr. 1-3 BGB. Die verschuldensabhängigen Rechte wie den Schadens- und Aufwendungsersatz aus § 634 Nr. 4 BGB bleiben ihm dagegen

---

<sup>947</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, § 637 Rn. 10.

<sup>948</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 48.

<sup>949</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 50.

<sup>950</sup> Erman/Schwenker/Rodemann, § 640 Rn. 21.

<sup>951</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 97.

<sup>952</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 97.

<sup>953</sup> Erman/Schwenker/Rodemann § 640 Rn. 21.

<sup>954</sup> MüKoBGB/Busche BGB § 640 Rn. 34.

<sup>955</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 99.

erhalten.<sup>956</sup> Der Unternehmer, der ein mangelhaftes Werk hergestellt hat, kann sich von dem Schadensersatzanspruch nicht befreien.

## **2. Die Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung und ihre Folgen § 275 I BGB**

Der Anspruch auf Nacherfüllung ist ausgeschlossen, wenn die Nacherfüllung dem Unternehmer entweder gem. § 275 I BGB unmöglich ist oder sie gem. § 275 II bzw. III BGB aufgrund eines Leistungsverweigerungsrechts nicht erbracht werden muss.<sup>957</sup> Auch ein Selbstvornahmerecht wird dem Besteller nicht eingeräumt, wenn der Nacherfüllungsanspruch gem. § 275 I aufgrund von der Unmöglichkeit erloschen ist.<sup>958</sup> Da das Selbstvornahmerecht einen Erfüllungsanspruch des Bestellers voraussetzt und dieser Anspruch gem. § 275 I BGB aufgrund von der Unmöglichkeit entfallen ist, steht dem Besteller weder ein Selbstvornahmerecht noch Aufwendungsersatzrecht zu.

Da dem Unternehmer im Werkvertragsrecht das Wahlrecht zwischen zwei Formen der Nacherfüllung (Mängelbeseitigung oder Neuherstellung) zusteht, kann die Nacherfüllung gem. § 275 BGB nur dann ausgeschlossen sein, wenn beide Nacherfüllungsvarianten vom Tatbestand des § 275 BGB erfasst sind (z. B. des Maßanzugs, der zu klein geraten ist). So ist die Nachbesserung eines fehlerhaft hergestellten Software-Programms unmöglich, das Programm kann aber neu geschrieben werden.<sup>959</sup> Auch Tätowierungen können dafür ein gutes Beispiel liefern. Die mangelhafte Tätowierung kann meistens nachgebessert werden, aber ihre Neuherstellung wird in der Regel unmöglich sein.<sup>960</sup> In solchen Fällen liegt aufgrund des Wahlrechts des Unternehmers keine Unmöglichkeit vor. Dem Unternehmer wurde nicht nur das Recht auf Mängelbeseitigung, sondern auf Mängelbeseitigung oder Neuherstellung eingeräumt. Die Tatsache, dass der Mangel nur durch eine der beiden Varianten beseitigt werden kann, eröffnet den Anwendungsbereich des § 275 I BGB nicht, sondern schließt nur das Wahlrecht des Unternehmers aus.<sup>961</sup> Im Beispiel der oben erwähnten Softwareherstellung kommt der Ausschluss nach § 275 I BGB nur dann in Betracht, wenn die Herstellung des Software-Programms mit den vorhandenen technischen Mittel völlig unmöglich ist.<sup>962</sup> Die Regelung des § 275 I BGB setzt für den Ausschluss der Nacherfüllung objektive oder subjektive Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung voraus. Bei echter Unmöglichkeit ist § 275 I BGB anwendbar, während bei wirtschaftlicher oder faktischer Unmöglichkeit § 275 II BGB Anwendung findet.<sup>963</sup>

---

<sup>956</sup> Vgl. Buchwitz, NJW 2017, 1777 (1780); Vgl. OLG Schleswig Urt. v. 18.12.2015- 1 U 125/14, NJW 2016, 1744 (1745) m. Anm. v. Schwenker.

<sup>957</sup> *Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos*, BGB § 637 Rn. 8; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 93; Teichmann, JuS 2002, S. 417 (419).

<sup>958</sup> BGH Urt. v. 8.5.2014- VII ZR 203/11, NJW 2014, 3365 (3368) m. Anm. Ott; Palandt/*Sprau*, § 637 Rn. 1.

<sup>959</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 95.

<sup>960</sup> Hirsch, Rn. 580.

<sup>961</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 95.

<sup>962</sup> BGH Urt. v. 8.5.2014- VII ZR 203/11, NJW 2014, 3365 (3367) m. Anm. v. Ott.

<sup>963</sup> Wertenbruch, ZGS 2003, 53 (54); BGH Urt. v. 19.12.2012- VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074 (1077).

### a. Objektive Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung

Objektive Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung liegt dann vor, wenn ein Mangel aus technischen oder rechtlichen Gründen weder vom Unternehmer noch von einem Dritten behoben werden kann.<sup>964</sup> Nach der zutreffenden Ansicht der Rechtsprechung ist eine objektive Unmöglichkeit nicht gegeben, wenn die vorgesehene Erfüllungsart zwar nicht mehr durchgeführt wird, aber der Schuldner die Leistung in einer anderen Weise erbringen kann und die Änderung beiden Parteien zuzumuten ist.<sup>965</sup> Eine technische Unmöglichkeit liegt beispielsweise dann vor, wenn der Unternehmer nur einen Teil eines Gesamtwerks mangelhaft hergestellt und den Mangel ohne Zerstörung des Gesamtwerks nicht beseitigen kann.<sup>966</sup> Der Besteller ist nicht dazu verpflichtet, wesentliche Eingriffe in die Grundsubstanz oder Konzeption des Werks hinzunehmen.<sup>967</sup> Je genauer die Parteien den Leistungserfolg, den der Unternehmer erbringen soll, festlegen, umso geringer ist die Abweichung, die der Besteller hinzunehmen hat. Der Wegfall des Leistungssubstrats ist der häufigste Fall der objektiven Unmöglichkeit der Nacherfüllung. Wird das mangelhaft reparierte Fahrzeug auf dem Weg zur Mängelbeseitigung in einen Unfall verwickelt und dadurch zerstört, wird die Nacherfüllung nicht nur für den Unternehmer sondern für jedermann unmöglich.<sup>968</sup> Führt eine mangelhaft verputzte Außenfassade eines Hauses zu einem Brand, bei dem das Haus zerstört wird, ist eine Mängelbeseitigung nicht mehr möglich.<sup>969</sup> Dagegen führt der Wegfall des Leistungssubstrats nicht immer zur objektiven Unmöglichkeit, wenn der Besteller den Mangel selbst beseitigt, ohne vom Unternehmer die Nacherfüllung verlangt zu haben.<sup>970</sup> Aufgrund der Mängelbeseitigung des Bestellers ist zwar das Leistungssubstrat nun nicht mehr vorhanden, aber die zentrale Voraussetzung des § 635 I BGB, wonach die Mangelhaftigkeit des Werks im Zeitpunkt der Geltendmachung der Nacherfüllung vorliegen soll, ist endgültig weggefallen.<sup>971</sup>

Ferner ist eine objektive Unmöglichkeit auch bei einem absoluten Fixgeschäft gegeben. Der Unternehmer könnte zwar die geschuldete Leistung (wie die Herstellung eines Plakats bzw. eines Programmhefts oder die Bestellung eines Taxis zum Flughafen) noch erbringen.<sup>972</sup> Der Besteller hat aber kein Interesse mehr an die Leistung. Somit ist der Nacherfüllungsanspruch aufgrund der objektiven Unmöglichkeit ausgeschlossen.

### b. Subjektive Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Die subjektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn der Unternehmer zur persönlichen Einbringung der Leistung verpflichtet ist, aber den Mangel aus persönlichen Gründen wie z.B. wegen Krankheit nicht beseitigen kann.<sup>973</sup> Auch bei der subjektiven Unmöglichkeit wird wie bei der objektiven Unmöglichkeit die Unüberwindbarkeit des

<sup>964</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 635 Rn. 27.

<sup>965</sup> OLG München Urt. v. 26.5.2004 – 7 U 3802/02, NJW-RR 2005, 616.

<sup>966</sup> BGH Urt. v. 8.5.2014- VII ZR 203/11, NJW 2014, 3365 (3368) m. Anm v. Ott.

<sup>967</sup> BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 116.

<sup>968</sup> Palandt/*Sprau*, § 635 Rn.8.

<sup>969</sup> BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 117.

<sup>970</sup> BGH Urt. v. 23.2.2005- VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1350).

<sup>971</sup> BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 118.

<sup>972</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 635 Rn. 27; Palandt/*Sprau*, § 635 Rn. 8.

<sup>973</sup> Palandt/*Sprau*, § 635 Rn. 8; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 635 Rn. 28.



Leistungshindernisses vorausgesetzt. Dass die Nacherfüllung durch die Mithilfe eines Dritten erbracht werden kann, führt nicht zu subjektiver Unmöglichkeit.<sup>974</sup> Dieser Umstand ist lediglich als Leistungserschwerbis zu betrachten.<sup>975</sup> Auch das Fehlen des erforderlichen Fachwissens des Unternehmers zur Durchführung der Mängelbeseitigung stellt keine subjektive Unmöglichkeit dar.<sup>976</sup> Es steht dem Unternehmer frei, ob er das Fachwissen selbst erlernt oder sich eines Subunternehmers zur Mängelbeseitigung bedient.<sup>977</sup>

### c. Folgen der Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Aufgrund der Unmöglichkeit ist der Anspruch des Bestellers auf Nacherfüllung des Werkvertrags ausgeschlossen (§ 275 I BGB). Mit der Unmöglichkeit erlöschen die Ansprüche auf Erfüllung, Nacherfüllung, Selbstvornahme und Vorschuss.<sup>978</sup> Der Unternehmer muss die eingetretene Unmöglichkeit der Nacherfüllung dem Besteller gem. § 242 BGB umgehend mitteilen.<sup>979</sup> Kommt der Unternehmer dieser Pflicht nicht nach, kann der Besteller gem. § 275 IV BGB die Rechte aus §§ 280 I, 283, 285, 311a, 326 BGB ihm gegenüber geltend machen.<sup>980</sup> Der Werklohnanspruch des Unternehmers bleibt vom Erlöschen der Nacherfüllungspflicht gem. § 326 I 2 BGB unberührt.<sup>981</sup>

Des Weiteren führt die Nacherfüllungsverweigerung des Unternehmers aufgrund objektiver Unmöglichkeit nach § 275 BGB zum Ausschluss des Selbstvornahmerechts des Bestellers.<sup>982</sup> Ist die Werkherstellung dem Besteller im Gegensatz zum Unternehmer möglich und trifft den Besteller für die subjektive Unmöglichkeit kein Verschulden, dann muss dem Besteller erlaubt sein, die Werkherstellung durch Selbstvornahme auf Kosten des Unternehmers zu bewirken.<sup>983</sup>

Schließlich steht dem Besteller bei anfänglicher Unmöglichkeit der Werkleistung gem. § 311a II BGB Schadensersatzanspruch statt der Nacherfüllung oder ein Anspruch auf Aufwendungsersatz zu, während er bei nachträglicher Unmöglichkeit gem. §§ 280 I, III, 283, 326 V, 638 BGB die Ansprüche auf Schadensersatz, Rücktritt oder Minderung geltend machen kann.

### 3. Unverhältnismäßiger Aufwand der Nacherfüllung § 275 II BGB

Die Vorschrift § 275 II BGB regelt die praktische oder faktische Unmöglichkeit der Nacherfüllung. Der Unterschied zwischen § 275 I BGB und § 275 II BGB liegt darin, dass die echte Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB von Amts wegen als Einwendung geprüft werden muss, während sich der Unternehmer gem. § 275 II BGB auf die

---

<sup>974</sup> OLG München Urt. v. 24.1.2012- 9 U 3012/11, NJW 2012, 826 (827).

<sup>975</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 122.

<sup>976</sup> Wertenbruch, ZGS 2003, 53 (54).

<sup>977</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, § 635 Rn 95.

<sup>978</sup> BGH Urt.v.8.5.2014- VII ZR 203/11, NJW 2014, 3365 (3367) m. Anm. v. Ott; BeckOK BGB/Lorenz, BGB § 275 Rn. 65; Meub, DB 2002, 131 (132).

<sup>979</sup> Palandt/Grüneberg, § 275 Rn. 31.

<sup>980</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 39.

<sup>981</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 129; Schönknecht, S. 21.

<sup>982</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 6.

<sup>983</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 39.

faktische Unmöglichkeit berufen und damit von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machen muss.<sup>984</sup>

Die Regelung des § 275 II BGB kommt zur Anwendung, wenn der Unternehmer aufgrund unerwarteter Hindernisse Aufwendungen machen muss, die in einem groben Missverhältnis zum Nacherfüllungsinteresse des Bestellers stehen.<sup>985</sup> Bei der Interessenabwägung ist auf die vertragliche Risikoverteilung zu achten.<sup>986</sup> Nicht nur Geldaufwendungen sondern auch Zeitaufwand und persönliche Anstrengungen sind bei der Abwägung zu berücksichtigen.<sup>987</sup> Die Nacherfüllung muss sich dabei letztlich als undurchführbar herausstellen.<sup>988</sup>

Die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung kann durch den Besteller beseitigt werden, indem er den wirtschaftlichen Aufwand des Unternehmers durch eine Zuzahlung soweit mindert, dass der Unternehmer wieder in der Lage ist, seiner Nacherfüllungspflicht nachzukommen.<sup>989</sup>

Dem Wortlaut des § 635 III BGB ist zu entnehmen, dass die Vorschriften des § 275 II BGB und § 635 III BGB nebeneinander angewendet werden können.<sup>990</sup> Durch die Schuldrechtsreform wurde der Situation des Unternehmers Rechnung getragen und beide Möglichkeiten des Leistungsverweigerungsrechts unberührt gelassen.<sup>991</sup> Jedoch stellt die Regelung des § 275 II BGB mit ihren deutlich strengeren Anforderungen gegenüber dem § 635 III BGB eine Ausnahmenvorschrift dar, sodass die Möglichkeit des Leistungsverweigerungsrechts eng ausgelegt werden soll.<sup>992</sup> Ansonsten kann der Besteller seinen Nacherfüllungsanspruch aufgrund einer, vom Unternehmer nicht verschuldeten, faktischen Unmöglichkeit, ohne Ersatz verlieren.<sup>993</sup>

#### **4. Ausschluss wegen unverhältnismäßiger Kosten gem. § 635 III BGB**

Ferner räumt § 635 III BGB dem Unternehmer unter Ausschluss des § 275 II-III BGB ein Leistungsverweigerungsrecht ein, wenn die Nacherfüllung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.<sup>994</sup> Im Gegensatz zu § 275 II BGB, wonach ein krasses Missverhältnis zwischen dem Mangelbeseitigungsaufwand und dem Interesse des Bestellers an einem mangelfrei hergestellten Werk erforderlich ist, kommt es bei der § 635 III BGB auf die Höhe der Kosten der Nacherfüllung an.<sup>995</sup> Macht der Unternehmer

<sup>984</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, *BGB § 637 Rn. 9*; BGH Urt. v. 16.10.2013- VIII ZR 273/12, NJW 2014, 213 (214); BGH Urt. v.19.12.2012- VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074 (1077).

<sup>985</sup> OLG Hamm Urt. v. 29. 5.2007- 21 U 73/06, NZBau 2007, 715 (717).

<sup>986</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, *BGB § 635 Rn. 109*.

<sup>987</sup> BeckOGK/J. Schmidt, *BGB § 635 Rn. 135*.

<sup>988</sup> BeckOGK/J. Schmidt, *BGB § 635 Rn. 135*.

<sup>989</sup> MüKoBGB/Ernst, *BGB § 275 Rn. 91*.

<sup>990</sup> BeckOGK/J. Schmidt, *BGB § 635 Rn. 133*.

<sup>991</sup> Palandt/Sprau, § 635 Rn. 10; BeckOK BGB/Voit § 635 Rn. 15.

<sup>992</sup> V.Schmidt, NJW-Spezial 2019, 428 (429).

<sup>993</sup> BeckOGK/J. Schmidt, *BGB § 636 Rn. 137*.

<sup>994</sup> Hirsch, Rn. 583; Teichmann, JuS 2002, 417 (420).

<sup>995</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (419); OLG München Urt. v. 24.1.2012- 9 U 3012/11, NJW 2012, 826 (827), V. Schmidt, NJW-Spezial 2019, 428.

aufgrund der Unverhältnismäßigkeit der Kosten von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch, muss sich die Verweigerung auf beide Varianten der Nacherfüllung beziehen oder eine Variante derart unverhältnismäßig sein, dass sie die andere Variante ausschließt (z.B. bei der Reparatur von Antiquitäten).<sup>996</sup> Für den Fall, dass die Mängelbeseitigung gem. § 635 III BGB unverhältnismäßig ist, aber eine Neuherstellung keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert, darf sich der Unternehmer nicht auf § 635 III BGB berufen. In diesem Fall beschränkt sich der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers auf die Neuherstellung.<sup>997</sup>

Gem. § 635 III BGB ist der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers nicht sofort ausgeschlossen, wie es bei § 275 II- III BGB der Fall ist. Die Regelung des § 635 III BGB räumt dem Unternehmer lediglich ein Recht auf Einrede ein.<sup>998</sup> Somit steht es dem Unternehmer frei, ob er die Nacherfüllung erbringt.<sup>999</sup> Es wäre für ihn vorteilhaft, die Nacherfüllung vorzunehmen.<sup>1000</sup> Nur auf diese Weise kann er verhindern, dass der Besteller von seinen subsidiären Rechten wie Rücktritt, Minderung und Schadensersatz nach § 634 Nr. 3,4 BGB Gebrauch macht.<sup>1001</sup>

Das Leistungsverweigerungsrecht wegen Unverhältnismäßigkeit kann nicht nur ausdrücklich ausgeübt werden, sondern auch konkludent.<sup>1002</sup>

Dem § 635 III BGB sind die Kriterien, die für den Unternehmer zu einer Unverhältnismäßigkeit des Aufwands führen, nicht zu entnehmen.<sup>1003</sup> Daher sind das Erfüllungsinteresse des Bestellers und das Kosteninteresse des Unternehmers gegeneinander abzuwägen.<sup>1004</sup> Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit sind sämtliche Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.<sup>1005</sup> Hier kommen als Maßstäbe, neben dem Verschulden des Unternehmers, auch der Wert der mangelfreien Sache, die Ausmaße des Mangels, das Maß der Wertminderung und die Gebrauchstauglichkeit in Betracht.<sup>1006</sup> Dabei ist das Verhältnis zwischen den Mängelbeseitigungskosten und dem wirtschaftlichen Vorteil des Bestellers wesentlicher Bedeutung.<sup>1007</sup>

Da § 635 III BGB ein Ausnahmetatbestand ist, darf die Unverhältnismäßigkeitsprüfung nicht dazu führen, dass die Nacherfüllungspflicht des Unternehmers vorschnell ausgeschlossen wird. Der Richtwert des § 251 II 1 BGB, wonach eine Reparatur unverhältnismäßig ist, wenn sie mehr als 130% des Wiederbeschaffungswertes einer

---

<sup>996</sup> Hirsch, Rn. 584; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 97.

<sup>997</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 97.

<sup>998</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 98.

<sup>999</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 142.

<sup>1000</sup> Hirsch, Rn. 584.

<sup>1001</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 635 Rn. 40f.

<sup>1002</sup> BGH Urt. v. 30.7.2015-VII ZR 70/14, NZBau 2015, 618.

<sup>1003</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 99.

<sup>1004</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 99.

<sup>1005</sup> OLG München Urt. v. 24.1.2012- 9 U 3012/11, NJW 2012, 826 (827).

<sup>1006</sup> V. Schmidt, NJW-Spezial 2019, 428 (429); BGH Urt. v. 30.7.2015-VII ZR 70/14, NZBau 2015, 618 (619); BGH Urt. v. 11.10.2012- VII ZR 179/11, NJW 2013, 370 (371).

<sup>1007</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 635 Rn.38.

vergleichbaren Sache kostet, darf nicht ungeprüft auf § 635 III BGB übertragen werden.<sup>1008</sup> Nach § 635 III BGB wird nur das Erfüllungsinteresse des Bestellers gewährt.<sup>1009</sup> Eine Unverhältnismäßigkeit liegt vielmehr dann vor, wenn der durch die Beseitigung des Werkmangels erzielbare Erfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür erforderlichen Geldaufwands steht und dem Unternehmer nicht zugemutet werden kann, diese Aufwendungen zu tragen.<sup>1010</sup>

Da der Unternehmer verpflichtet ist, den vereinbarten Zustand unabhängig von dem erforderlichen Aufwand auch unter Erbringung großer Opfer herzustellen, ist die Rechtsprechung meistens der Meinung, dass die Kosten der Nacherfüllung angemessen sind, auch wenn sie einen erheblichen Umfang haben.<sup>1011</sup> Daher muss der Unternehmer bis an die Grenzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage alle erforderlichen Kosten aufwenden.<sup>1012</sup> Ein Fall unverhältnismäßiger Kosten liegt beispielsweise dann vor, wenn das verlegte Parkett eine zu geringe Maserung aufweist, die nicht durch eine Nachbesserung, sondern nur mittels einer kompletten Neuverlegung zu beseitigen wäre.<sup>1013</sup> In diesem Fall ist der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers ausgeschlossen, sodass er nur die anderen Rechte gem. §§ 634 Nr.3, 4 BGB geltend machen kann.<sup>1014</sup> Kann jedoch ein Werk, das einen optischen Mangel aufweist, nicht in ein Gesamtbauwerk eingefügt werden, wären größere finanzielle Aufwendungen zur ordnungsgemäßen Nacherfüllung erforderlich.<sup>1015</sup> Hier ist ein Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers wegen der Unverhältnismäßigkeit der Kosten ausgeschlossen.<sup>1016</sup> Nur der bezweckte Erfolg, nämlich die mangelfreie Herstellung des Gesamtbauwerks ist schützenswert.

Es ist streitig, ob der Gesetzgeber mit der unterschiedlichen Wortwahl in § 275 II BGB (§ 633 II 3 BGB a.F.) und § 635 III BGB eine inhaltlich andere Auslegung bezweckt. Während in § 275 II BGB das Wort „Aufwand“ gewählt wurde, wurde in § 635 III BGB das Wort „Kosten“ verwendet. Nach überwiegender Ansicht beabsichtigte der Gesetzgeber keine Änderung der bisherigen Rechtsprechung zum unverhältnismäßigen Aufwand, sondern die Angleichung an das Kaufvertragsrecht.<sup>1017</sup> Es wird dagegen

---

<sup>1008</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 100.

<sup>1009</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 100.

<sup>1010</sup> Jänsch, NJW 2013, 1121; OLG Düsseldorf Ur. v. 4.11.2014- I 21 U 23/14, NZBau 2015, 485 (486); OLG Brandenburg Ur. v. 11.6.2015- 5 U 58/14, NZBau 2015, 703 (705).

<sup>1011</sup> Hirsch, Rn. 582; BGH Ur. 10.11.2005- VII ZR 64/04, NJW-RR 2006, 304.

<sup>1012</sup> BGH Ur. v. 4.7.1996- VII ZR 24/95, NJW 1996, 3269; Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 635 Rn. 99.

<sup>1013</sup> Stamm, JuS 2017, 56ff.

<sup>1014</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 100.

<sup>1015</sup> OLG Brandenburg Ur. v. 26.1.2005 4 U 118/04, NJOZ 2005, 1183 (Unebenheit der Schiefereindeckung auf Altbau); OLG Frankfurt Ur. Beschluss v. 7.7.2010 7 U 76/09, BeckRS 2010, 17886 hier: Wegen einer grün verfärbten Fassade mussten die Zinkblechabdeckungen verbreitert werden.

<sup>1016</sup> BGH Ur. v. 5.5.2011- VII ZR 28/10, NJW 2011, 1872 (1873); Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 100.

<sup>1017</sup> Palandt/Sprau § 635 Rn. 12.

vertreten, dass der Begriff „Kosten“ auf den Mangel und der Begriff „Aufwand“ auf den Unternehmer abstellt.<sup>1018</sup> Der Unterschied liegt darin, dass die Unverhältnismäßigkeit der Kosten dann gegeben ist, wenn es sich nicht lohnt, einen geringeren Mangel so teuer zu beseitigen. Dagegen wird von der Unverhältnismäßigkeit des Aufwands ausgegangen, wenn sich die Kosten zwar lohnen, der Unternehmer aber zu viel aufwenden muss.<sup>1019</sup>

Der überwiegenden Auffassung ist zu folgen. Den Gesetzesmaterialien zum SchRModG sind keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass mit der Neufassung des § 635 III BGB eine Änderung der von der Rechtsprechung zu § 275 II BGB entwickelten Grundsätze bezüglich des Leistungsverweigerungsrecht beabsichtigt war.

### **5. Unzumutbarkeit der persönlichen Leistungserbringung**

§ 275 III BGB räumt dem Unternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht ein, wenn er zur persönlichen Erbringung der Leistung verpflichtet ist. Weiterhin wird hierfür vorausgesetzt, dass ihm die Nacherfüllung, nach der Interessenabwägung zwischen den bestehenden Hindernissen und dem Interesse des Bestellers nicht zuzumuten ist.<sup>1020</sup> Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 III BGB wird als Einrede geltend gemacht.<sup>1021</sup> Es wird nicht von Amtswegen geprüft. Der Unternehmer hat auf die Unzumutbarkeit der Leistung zu verweisen.

Im Werkvertragsrecht haben Künstler, Architekten oder Ingenieure die Leistung persönlich zu erbringen.<sup>1022</sup> Die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung für den Unternehmer liegt z.B. in den Fällen vor, wenn die Nacherfüllung Leib, Leben oder die Freiheit des Unternehmers in Gefahr bringen würde, wenn die Nacherfüllung in einem Land erfolgen soll, in dem für den Unternehmer die Gefahr einer Entführung oder Verhaftung besteht.<sup>1023</sup>

### **6. Die Rechtsfolgen bei Unverhältnismäßigkeit oder Unzumutbarkeit**

Der Besteller kann keine Selbstvornahme unternehmen, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit oder Unzumutbarkeit verweigert.<sup>1024</sup> Jedoch kann der Besteller, sobald der Unternehmer sein Leistungsverweigerungsrecht geltend macht, ohne Fristsetzung nach § 326 V BGB von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 638 BGB den Werklohn mindern.<sup>1025</sup> Außerdem kann der Besteller nach § 280 I BGB von seinem Schadensersatzrecht Gebrauch machen oder gem. §§ 281, 283, 284, 636 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung oder einen Aufwendungsersatzanspruch geltend machen.

---

<sup>1018</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 147.

<sup>1019</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (420).

<sup>1020</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 635 Rn.35.

<sup>1021</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 158.

<sup>1022</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 635 Rn. 35.

<sup>1023</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 160.

<sup>1024</sup> Preussner, BauR 2002, 231 (235); Teichmann, JuS 2002, 417 (420); NK-BGB/Raab, BGB § 635 Rn. 42.

<sup>1025</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 635 Rn. 42.

### a. Rücktritt

Macht der Unternehmer von seinem Leistungsverweigerungsrecht nach §§ 275 II, III BGB oder 635 III BGB Gebrauch, kann der Besteller gem. §§ 636, 326 V BGB ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten.<sup>1026</sup> Nach der Regelung des § 323 V 2 BGB steht ihm jedoch bei einem unerheblichen Mangel kein Rücktrittrecht zu. Zur Feststellung der Unerheblichkeit des Mangels ist eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls erforderlich.<sup>1027</sup> Aufgrund der Vereinheitlichung des Gewährleistungsrechts kann die Rechtsprechung des BGH zur Erheblichkeit der Pflichtverletzung bei einem Kaufvertrag auf den Werkvertrag übertragen werden.<sup>1028</sup> Nach Ansicht des BGH deutet bei einem Kaufvertrag der Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung grundsätzlich auf eine erhebliche Pflichtverletzung hin.<sup>1029</sup> Im Unterschied zum Kaufvertrag muss die vereinbarte Beschaffenheit im Werkvertrag erst hergestellt werden. Daher kann eine unerhebliche Pflichtverletzung nicht bereits dann ausgeschlossen werden, wenn der Unternehmer gegen die Beschaffenheitsvereinbarung verstoßen hat.<sup>1030</sup> Das Recht des Bestellers auf Schadensersatz wird durch die Geltendmachung des Rücktrittsrechts gem. § 325 BGB nicht ausgeschlossen.<sup>1031</sup>

### b. Minderung

Das Minderungsrecht des Bestellers ergibt sich aus dem Hinweis in § 638 BGB.<sup>1032</sup> Danach kann der Besteller wegen Leistungsverweigerung des Unternehmers eine Minderung des Werklohns beanspruchen. Nach §§ 638 I 2 i.V. m. 323 V 2 BGB kann der Besteller im Unterschied zum Rücktritt auch beim unerheblichen Mangel die Minderung geltend machen.<sup>1033</sup> Die Mängelbeseitigungskosten stellen bei der Berechnung der Minderung keinen Maßstab dar. Da die Mängelbeseitigung unverhältnismäßig aufwändig bzw. unmöglich ist, können die Kosten der Mängelbeseitigung nicht als Minderungskriterium berücksichtigt werden.<sup>1034</sup> Der Besteller kann sein Minderungsrecht wegen der „funktionalen“ und „merkantilen“ Nachteile, die ihm aufgrund fehlender Durchführung der Mängelbeseitigung entstanden sind, geltend machen.<sup>1035</sup>

---

<sup>1026</sup> Meub, DB 2002, 131 (133); Teichmann, JuS 2002, 417 (420).

<sup>1027</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 164.

<sup>1028</sup> Palandt/Grüneberg, § 323 Rn. 32.

<sup>1029</sup> BGH Urt. 6.2.2013- VIII ZR 374/11, NJW 2013, 1365 (1366); BGH Urt. v. 17.2.2010- VIII ZR 70/07, NJW-RR 2010, 1289.

<sup>1030</sup> OLG Bamberg Urt. 18.09.2008- 8 W 60/08, BeckRS 2009, 9750; OLG Karlsruhe Urt. 13.11.2008- 9 U 150/08, NJW –RR 2009, 741; Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, § 636 Rn.49; BeckOK BGB/Voit § 636 Rn. 27.

<sup>1031</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 165.

<sup>1032</sup> Meub, DB 2002, 131 (133); Palandt/Sprau, § 635 Rn. 13.

<sup>1033</sup> Sienz, BauR 2002, 181 (189); Teichmann, JuS 2002, 417 (420); ders. ZfBR 2002, 13 (15ff).

<sup>1034</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 638 Rn. 11; BGH Urt. v. 9.1.2003- VII ZR 181/00, NJW 2003, 1188; BGH Urt. v. 17.12.1996- X ZR 76/94, NJW-RR 1997, 688.

<sup>1035</sup> Erman/Schwenker/Rodemann, § 638 Rn. 9.

### c. Schadensersatz statt der Leistung

Der Besteller kann aufgrund einer Leistungsverweigerung des Unternehmers Schadensersatz statt der Leistung gem. § 281 I BGB verlangen.<sup>1036</sup> Es ist streitig, ob der Besteller den Schadensersatz nur bei Verweigerung der Mängelbeseitigung gem. § 275 II, III BGB oder auch bei der Leistungsverweigerung nach § 635 III BGB geltend machen darf. Der BGH<sup>1037</sup> hat entschieden, dass der Besteller bei allen Leistungsverweigerungen aufgrund von Unverhältnismäßigkeit oder Unzumutbarkeit von seinem Recht auf Schadensersatz statt der Leistung ohne Fristsetzung Gebrauch machen kann.<sup>1038</sup>

Dem Besteller stehen zwei Möglichkeiten, nämlich der große und der kleine Schadensersatzanspruch nach § 281 BGB zur Verfügung.<sup>1039</sup> Er hat also die Möglichkeit, das mangelhafte Werk gem. § 281 I 2 und 3 BGB zurückzugeben und den vollen Schadensersatz zu verlangen (großer Schadensersatzanspruch).<sup>1040</sup> Alternativ kann er gem. § 281 I 1 BGB das mangelhafte Werk behalten und den Ersatz des Schadens, der durch die mangelhafte Vertragserfüllung entstanden ist, verlangen (kleiner Schadensersatzanspruch).<sup>1041</sup> Bei Bauverträgen ist es üblich, dass der Besteller das mangelhafte Werk behält und den kleinen Schadensersatz beansprucht. Damit macht der Besteller kein Schadensersatzanspruch auf den Teil der Werkleistung, der keinen Mangel aufweist, geltend.

Im Unterscheid zur Selbstvornahme wird das Verschulden des Unternehmers, also die Pflichtverletzung durch die mangelhafte Herstellung des Werks, zur Geltendmachung des Schadensersatzes vorausgesetzt.<sup>1042</sup> Das Verschulden des Unternehmers wird hierbei vermutet und muss durch den Besteller nicht bewiesen werden.<sup>1043</sup>

Die Höhe des Schadensersatzes bestimmt sich nach den allgemeinen Bestimmungen des Schadensersatzrechts. Ob er die Differenz zwischen dem Wert des mangelfreien Werks und dem Wert des mangelhaften Werks geltend macht, war dem Besteller freigestellt.<sup>1044</sup> Er konnte den Schaden in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten geltend machen<sup>1045</sup>.

Die Höhe des Schadens kann nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten berechnet werden, wenn der Besteller das mangelhafte Werk behält und den Mangel

---

<sup>1036</sup> Teichmann, ZfBR 2002, 13 (16f); BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 169.

<sup>1037</sup> BGH Urt. v. 11.10.2012- VII ZR 179/11, NJW 2013, 370.

<sup>1038</sup> BGH Urt. v. 11.10.2012- VII ZR 180/11, ZIP 2013, 173.

<sup>1039</sup> Teichmann, ZfBR 2002, 13 (16f); Büdenbender, JuS 2001, 625 (633f).

<sup>1040</sup> Teichmann, ZfBR 2002, 13 (17); Büdenbender, JuS 2001, 625 (635).

<sup>1041</sup> Teichmann, ZfBR 2002, 13 (17); Büdenbender, JuS 2001, 625 (635).

<sup>1042</sup> BeckOGK/J. Schmidt BGB § 635 Rn. 172; Teichmann, JuS 2002, 417 (420).

<sup>1043</sup> MüKoBGB/Ernst, BGB § 280 Rn. 1.

<sup>1044</sup> BGH Urt. v. 22.02.2018- VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463 Rn. 26c; BGH Urt. v. 10.3.2005- VII ZR 321/03, NZBau 2005, 390; BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 173.

<sup>1045</sup> Looschelders, NJW 2021, 1501 Rn. 6; BGH Urt. v. 22.02.2018- VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463 Rn. 30bb.

nicht beseitigen lässt.<sup>1046</sup> Denn die Feststellung der fiktiven Mängelbeseitigungskosten ist von unterschiedlichen Faktoren wie Art und Weise des Werks und Mängelbeseitigung abhängig<sup>1047</sup>. Jedenfalls ist dabei auf das Verhältnis zwischen den Reparaturkosten und der Schwere des Schadens zu achten.<sup>1048</sup> Nach der tatsächlichen Aufwendung der Mängelbeseitigungskosten durch den Besteller, kann der Schadenshöhe bemessen werden<sup>1049</sup>.

Bei einer erheblichen Pflichtverletzung kann der Besteller den großen Schadensersatz geltend machen. Um festzustellen, ob eine erhebliche Pflichtverletzung vorliegt, sind die Kriterien von § 323 V 2 BGB einschlägig.<sup>1050</sup> Zu diesen Kriterien zählen Wert, Nutzen und Aufwand für die Mängelbeseitigung. Unerheblich ist die Pflichtverletzung, wenn sich die „Leistungsfähigkeit“ um weniger als 5% reduziert hat und der Aufwand zur Mängelbeseitigung weniger als 10% des Werklohns beträgt.<sup>1051</sup>

#### **d. Schadensersatz neben der Leistung**

Die Vorschrift des § 280 I BGB stellt auf den Schutz des Integritäts- und Vermögensinteresses des Bestellers ab und regelt den Schadensersatz neben der Leistung.<sup>1052</sup> Im Gegensatz zum Schadensersatz statt der Leistung, der sich auf das Erfüllungsinteresse bezieht und eine Fristsetzung zur Nacherfüllung verlangt, kann der Besteller den Ersatz des Mangelfolgeschadens, der aufgrund der mangelhaften Leistung des Unternehmers entstanden ist, beanspruchen.<sup>1053</sup> Der Schadensersatz neben der Leistung umfasst auch den entgangenen Gewinn<sup>1054</sup>, den Nutzungsausfallschaden<sup>1055</sup> und Schäden, die dem Besteller wegen mangelhafter Leistung von Dritten entstanden sind.<sup>1056</sup> Auch Schäden, die an sonstigen Rechtsgütern des Bestellers entstanden sind, können als Schadensersatz neben der Leistung geltend gemacht werden.<sup>1057</sup> Darunter fallen z.B. Körperschäden oder Diebstahlschäden, die wegen des mangelhaften Einbaus einer Alarmanlage verursacht worden sind.<sup>1058</sup>

---

<sup>1046</sup> BGH Urt. v. 22. 2. 2018- VII ZR 46/17; NJW 2018, 1463. Rn. 31ff.; BGH-Beschluss v. 8.10.2020- VII ARZ 1/20, NJW 2021, 53 Rn. 8.

<sup>1047</sup> BGH Urt. v. 22. 2. 2018- VII ZR 46/17; NJW 2018, 1463 Rn. 34.

<sup>1048</sup> NK-BGB/*Magnus*, BGB § 249 Rn. 48.

<sup>1049</sup> BGH-Beschluss v. 8.10.2020- VII ARZ 1/20, NJW 2021, 53 Rn. 8.

<sup>1050</sup> BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 178.

<sup>1051</sup> Palandt/*Grüneberg*, § 281 Rn. 47; BeckOGK/*Kober*, BGB § 636 Rn. 65; Vgl. Gröschler, NJW 2005 1601 (1604); OLG Karlsruhe Urt. v. 13.11.2008- 9 U 150/08, NJW-RR 2009, 741, Hier ist von einem nicht unerheblichen Mangel auszugehen, wenn die Mängelbeseitigungskosten den Werklohn um 10% übersteigen.

<sup>1052</sup> BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 179.

<sup>1053</sup> BGH Urt. v. 7.2.2019- VII ZR 63/18, NJW 2019, 1867 (1868f) m. Anm. v. Voit.

<sup>1054</sup> BGH Urt. v. 16.3.2000- VII ZR 461/98, NJW 2000, 2020.

<sup>1055</sup> BGH Urt. v. 27.4.1995- VII ZR 14/94, NJW-RR 1995, 1169.

<sup>1056</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 634 Rn. 57; BGH Urt. v. 30.1.1969- VII ZR 139/66, NJW 1969, 838.

<sup>1057</sup> Brox/Walker § 24 Rn. 58.

<sup>1058</sup> BeckOGK/*J. Schmidt* BGB § 635 Rn. 181.



### e. Aufwendungsersatz

Die Regelung des § 284 BGB, die durch das SchRModG in das BGB eingeführt wurde, stellt eine Alternative zum Schadensersatz statt der Leistung gem. § 281 I BGB dar.<sup>1059</sup> Jedoch besteht zwischen dem Aufwendungsersatz und dem Schadensersatz neben der Leistung kein Alternativverhältnis; sie können nebeneinander geltend gemacht werden.<sup>1060</sup> Der Besteller kann nach § 284 BGB vergebliche Aufwendungen (wie den Kauf von speziellem Autozubehör) ersetzt verlangen, die er im Vertrauen auf die mangelfreie Werkherstellung als freiwillige Vermögensopfer vergeblich erbracht hat.<sup>1061</sup>

### 7. Sonstige Ausschlussfälle des Nacherfüllungsanspruchs

Der Nacherfüllungsanspruch ist weiterhin ausgeschlossen, wenn der Besteller für den Mangel verantwortlich ist oder andere sekundäre Rechte ausgeübt hat. Hat der Besteller eine notwendige Mitwirkungshandlung, gleich ob Haupt- oder Nebenpflicht, die aus der vertraglichen Vereinbarung hervorgeht, nicht erbracht, so verliert er das durchsetzbare Nacherfüllungsrecht.<sup>1062</sup> Der vom § 635 I BGB eingeräumte Nacherfüllungsanspruch des Bestellers ist dann ausgeschlossen, wenn der Besteller für den Eintritt des Mangels bzw. für die Unmöglichkeit allein oder weitüberwiegend verantwortlich ist.<sup>1063</sup> Eine Verantwortlichkeit des Bestellers ist beispielsweise dann gegeben, wenn eine Beschädigung des Werks auf seine Unachtsamkeit bei der Abnahme zurückzuführen ist.<sup>1064</sup> Dem Besteller ist bei analoger Anwendung des § 278 BGB etwa auch zuzurechnen, wenn ein von dem Besteller ausgewählter Architekt eine fehlerhafte Planung erstellt und deshalb der Unternehmer ein Bauwerk mangelhaft hergestellt hat.<sup>1065</sup> Die Beschädigung einer bereits fertiggestellten Leistung des Unternehmers vor der Abnahme durch parallel arbeitende andere Unternehmer führt jedoch nicht zum Ausschluss des Mängelrechts des Bestellers.<sup>1066</sup> Die Unternehmer, die in diesem Fall die Mängel verursacht haben, sind nicht als Erfüllungsgehilfen des Bestellers anzusehen.<sup>1067</sup>

Aus den Rechtsgedanken der §§ 645 I 1; 650 S. 2 BGB könnte sich allerdings ergeben, dass sich der Umfang der Gläubigerverantwortung i. S. d. § 326 II 1 1. Alt BGB auf die Anweisung ausdehnt, die der Besteller zur Werkausführung erteilt hat.<sup>1068</sup> Die Mangelhaftigkeit des Werks kann auf einen Stoff zurückgehen, der vom Besteller zur Verfügung gestellt wurde. Das liegt z.B. vor, wenn Risse in der Fassade aufgrund der

---

<sup>1059</sup> Reim, NJW 2003, 3662.

<sup>1060</sup> BGH Urt. v. 20.7.2005- VII ZR 275/04, NJW 2005, 2848; BeckOK BGB/*Ernst*, BGB § 284 Rn. 38.

<sup>1061</sup> Tonner/Willingsmann/Tamm/*Cebulla* § 637 Rn. 7; BGH Urt. v. 20.7.2005- VII ZR 275/04, NJW 2005, 2848.

<sup>1062</sup> Medicus/Lorenz, § 36 Rn. 26.

<sup>1063</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (678).

<sup>1064</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 103.

<sup>1065</sup> BGH Urt. v. 16.10.2010- VII ZR NJW 2014, 3645 (3647).

<sup>1066</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 103.

<sup>1067</sup> Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos*, BGB § 636 Rn. 112ff.

<sup>1068</sup> MüKoBGB/*Busche*; BGB§ 634 Rn. 82 ff; BGH Urt. v. 29.9.2011- VII ZR 87/11; NJW 2011, 3780 (3781); Medicus/Lorenz, § 36 Rn. 26.

mangelnden Festigkeit des Baugrundes, auf dem der Unternehmer ein Gebäude errichten soll, entstanden sind.<sup>1069</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, ob die Parteien eine Vereinbarung getroffen haben, dass der Unternehmer verpflichtet ist, die vom Besteller gelieferten Stoffe bzw. die von ihm erteilten Anweisungen bezüglich ihrer Tauglichkeit zu überprüfen.<sup>1070</sup> Kommt der Unternehmer einer solchen vereinbarten Pflicht nicht nach, dann trägt er die Verantwortlichkeit für den Mangel, sodass der Besteller seine Mängelrechte geltend machen kann.<sup>1071</sup> Zur Abgrenzung der beiderseitigen Risikosphären ist der Vertrag im Einzelfall unter Berücksichtigung der Sachkenntnisse der Parteien nach den Maßstäben der §§ 133, 157 BGB auszulegen.<sup>1072</sup>

Schließlich ist der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers auch ausgeschlossen, wenn er die subsidiären Rechte also Rücktritt, Schadensersatz nach § 634 Nr. 3 und 4 BGB geltend gemacht hat. Mit der Rücktrittserklärung entsteht bezüglich des Vertrags ein Rückabwicklungsverhältnis. Der Besteller bringt mit der Geltendmachung des Schadensersatzes zum Ausdruck, dass er kein Interesse mehr an der Vertragserfüllung hat.

## 8. Die Rückgewähr des mangelhaften Werks § 635 IV BGB

Die Vorschrift des § 635 IV wurde durch das SchRModG in das BGB eingefügt und steht mit der kaufrechtlichen Regelung des § 439 IV BGB im Einklang.<sup>1073</sup> Dem Unternehmer steht ein Anspruch auf Rückgewähr des mangelhaften Werks zu, soweit er dem Nacherfüllungsverlangen des Bestellers im Wege der Neuherstellung des mangelhaften Werks nachkommen will oder den mangelhaften Teil ersetzt hat.<sup>1074</sup> Durch die Anwendung des § 635 IV BGB wird vermieden, dass der Besteller durch die Nacherfüllung mehr erhält, als ihm vertraglich zusteht.<sup>1075</sup> Die Anwendung dieser Vorschrift ist nicht auf die Neuherstellung zu beschränken. Auch bei einer Nachbesserung kann sie berücksichtigt werden.<sup>1076</sup> Unter Rückgewähr ist kein Erfordernis eines aktiven Tuns des Bestellers zu verstehen.<sup>1077</sup> Der Besteller muss lediglich den Mangel am Werk dem Unternehmer mitteilen und seine Abholung durch den Unternehmer dulden.<sup>1078</sup> Der Anspruch auf die Rücknahme des mangelhaften Werks steht auch dem Besteller zu. Aufgrund der Beschaffenheit des mangelhaften Werks ist es möglich, dass dem Besteller eine Rückgewähr unmöglich ist. In diesem Fall kommt ein Wertersatz nach § 346 II BGB in Betracht.<sup>1079</sup> Bereits erfolgte

---

<sup>1069</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 104.

<sup>1070</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 152.

<sup>1071</sup> BGH Urt. v. 29.9.2011- VII ZR 87/11; NJW 2011, 3780 (3781).

<sup>1072</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 104.

<sup>1073</sup> Meub, DB 2002, 131 (132); BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 187.

<sup>1074</sup> Hirsch, Rn. 578; BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 187; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 111.

<sup>1075</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 635 Rn. 49.

<sup>1076</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 635 Rn. 49; Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos § 635 Rn. 115; BeckOK BGB/Voit, BGB § 635 Rn. 24.

<sup>1077</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 189.

<sup>1078</sup> BGH Urt. v. 9.3.1983- VIII ZR 11/82, NJW 1983, 1479.

<sup>1079</sup> Erman/Schwenker/Rodemann, § 635 Rn. 18.

Nutzungen bzw. Wertersatz können von dem Unternehmer nach §§ 346 I, 347 BGB beansprucht werden.<sup>1080</sup>

## **B. Aufwendungsersatz**

Der Besteller kann die Mängelbeseitigung entweder selbst vornehmen oder durch Dritte durchführen lassen.<sup>1081</sup> Unter den Aufwendungen sind die Kosten zu verstehen, die wegen der zum Zwecke der Mängelbeseitigung durchgeführten Arbeiten entstanden sind.<sup>1082</sup> Die durch die Mängelbeseitigung entstehenden erforderlichen Aufwendungen kann der Besteller unter den Voraussetzungen des § 637 I BGB erstattet erhalten.<sup>1083</sup> Wenn die Frist zur Nacherfüllung nicht erfolglos abgelaufen ist oder sie nicht entbehrlich war, aber trotzdem nicht gesetzt wurde, und deshalb die Voraussetzungen des § 637 I BGB nicht vorliegen, so hat der Besteller keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz für die Selbstvornahme.<sup>1084</sup>

Da die Selbstvornahme das gleiche Ziel wie die Nacherfüllung verfolgt, sind dieselben Maßstäbe wie bei § 635 II BGB heranzuziehen.<sup>1085</sup>

### **I. Erforderlichkeit**

Die zu erstattenden Aufwendungen müssen zunächst erforderlich sein. Erforderlich sind Aufwendungen, die geeignet sind, den Mangel sicher zu beseitigen.<sup>1086</sup> Von der Erforderlichkeit des Aufwands ist auszugehen, wenn der Besteller den Aufwand als vernünftige, wirtschaftlich denkende Person für angemessen und notwendig halten durfte.<sup>1087</sup>

#### **1. Zeitpunkt der Beurteilung**

Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit ist auf die ex ante Sicht bzw. auf den Zeitpunkt vor Mängelbeseitigung abzustellen.<sup>1088</sup> Dabei ist nicht der Zeitpunkt, zu dem die vertragsgemäße Erfüllung geschuldet war, sondern der Zeitpunkt der Mängelbeseitigung bzw. der Zeitpunkt der Beauftragung des Dritten<sup>1089</sup> oder auch der Beginn der Durchführung der Selbstvornahme maßgeblich.<sup>1090</sup> Er braucht nicht auf den früheren Zeitpunkt vor der Durchführung der Selbstvornahme zu achten. Denn der

---

<sup>1080</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 192.

<sup>1081</sup> Tonner/Willingsmann/Tamm/Cebulla § 637 Rn. 5; NK-BGB/Raab BGB § 637 Rn. 19; Herresthal, NJW 2005, 1457.

<sup>1082</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 15.

<sup>1083</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.102; Oetker/Maultzsch § 8 Rn. 127.

<sup>1084</sup> Oetker/Maultzsch § 8 Rn.117; Tonner/Willingsmann/Tamm/Cebulla § 637 Rn. 6.

<sup>1085</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 15.

<sup>1086</sup> Tonner/Willingsmann/Tamm/Cebulla, § 637 Rn. 7.

<sup>1087</sup> BGH Urt. v. 31.01.1991 –VII ZR 63/90, NJW 1991, 789; OLG Düsseldorf Urt. v. 30.04.2015 – I - 21 U 71/14 BeckRS 2016/4059; Tettinger, ZGS 2006, 96 (99); Tonner/Willingsmann/Tamm/Cebulla § 637 Rn. 8; Jauernig/Mansel, BGB § 637 Rn. 5.

<sup>1088</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 17.

<sup>1089</sup> BGH Urt. v. 7.3.2013- VII ZR 119/10; NJW 2013, 1528; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn.128.

<sup>1090</sup> BGH Urt. v. 27.5.2010- VII ZR 182/09, NJW 2010, 2571 (2572); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.104; MüKoBGB/Busche, BGB§ 637 Rn. 9.

Aufwand entsteht erst aufgrund des vertragswidrigen Verhaltens des Unternehmers, indem er die geschuldete Leistung nicht ordnungsgemäß erbracht hat.<sup>1091</sup>

## 2. Höhe bei sachkundiger Beratung

Holt der Besteller vor der Durchführung der Selbstvornahme sachkundige Beratung, die er für vertrauenswürdig hält<sup>1092</sup>, kann er auch dadurch entstandene Kosten für die Nachbesserung durch Dritte beanspruchen.<sup>1093</sup> Der Unternehmer hat das Risiko, das mit der Beurteilung der Erforderlichkeit zusammenhängt, zu tragen.<sup>1094</sup> Unabhängig davon, ob eine günstigere Lösung in Anspruch genommen werden konnte, hat der Besteller die Kosten, die durch die sachkundige Beratung entstanden sind, zu erstatten.<sup>1095</sup> Der Unternehmer ist verpflichtet auch die Kosten zu tragen, die wegen Maßnahmen zur Mängelbeseitigung entstanden sind, sich aber im Nachhinein nicht als erforderlich erwiesen haben.<sup>1096</sup> In der Praxis sind keine hohen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Bestellers zu stellen.<sup>1097</sup> In den meisten Fällen reicht für den Erstattungsanspruch die Schilderung der Symptome des Mangels am geschuldeten Werk aus.<sup>1098</sup> Sind die tatsächlichen Aufwendungen höher als die Kosten, die der Sachverständige geschätzt hat, so müssen trotzdem die tatsächlichen Aufwendungen erstattet werden.<sup>1099</sup>

Da in § 637 I BGB die Erstattung fiktiver Kosten nicht geregelt ist, spielt für den Anspruch des Bestellers die bloße Einschätzung des Sachverständigen bezüglich der anfallenden Kosten keine entscheidende Rolle.<sup>1100</sup> Vielmehr sollen die Kosten aufgewendet sein.

## 3. Auswahl eines Drittunternehmers

Der Besteller ist im Rahmen des Selbstvornahmerechts nicht dazu verpflichtet, das Werk selbst herzustellen, auch wenn er nicht dazu in der Lage ist, sondern er kann sich eines fremden Dritten bedienen.<sup>1101</sup> Daher darf er bei einer Selbstvornahme nicht schlechter gestellt werden als bei ordnungsgemäßer Erfüllung.<sup>1102</sup> Für den Besteller besteht auch kein Zwang dazu, einen Unternehmer zu finden, der die preisgünstigste

---

<sup>1091</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.104; BGH Urt. 27.5.2010- VII ZR 182/09, NJW 2010, 2571 (2572).

<sup>1092</sup> OLG Stuttgart Urt. v. 15.11.2011- 10 U 66/10, BeckRS 2012, 20552 Ziff. II 6 a.

<sup>1093</sup> BGH Urt. 7.3.2013- VII ZR 119/10; NJW 2013, 1528; Oetker/Maultzsch § 8 Rn.128.

<sup>1094</sup> BGH Urt. v. 27.2.2003- VII ZR 443/01, NZBau 2003, 433 (434); BGH Urt. 7.3.2013- VII ZR 119/10; NJW 2013, 1528.

<sup>1095</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.105.

<sup>1096</sup> BGH Urt. v. 7.3.2013- VII ZR 119/10; NJW 2013, 1528; BGH Urt. v. 27.2.2003- VII ZR 443/01, NZBau 2003, 433 (434).

<sup>1097</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 106.

<sup>1098</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 106.

<sup>1099</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 17; OLG Stuttgart Urt. v. 15.11.2011- 10 U 66/10, BeckRS 2012, 20552 Ziff. II 6 a.

<sup>1100</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 107.

<sup>1101</sup> Jauernig/Mansel, BGB § 637 Rn. 5.

<sup>1102</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 19.

Leistung erbringt.<sup>1103</sup> Er ist vielmehr zur Berücksichtigung der Interessen des Unternehmers nur insoweit verpflichtet, dass er sein Verhalten an einem vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Unternehmer orientiert.<sup>1104</sup> Bei den Leistungen, die in einem beträchtlichen Umfang zu erbringen sind, können Angebote mehrerer Unternehmer eingeholt werden, soweit genügend Zeit zur Verfügung steht.<sup>1105</sup> Von dem Besteller kann nicht erwartet werden, dass er zu Gunsten des Unternehmers, der nicht nur eine angemessene Frist fruchtlos verstreichen lassen hat, sondern auch nicht zur Nacherfüllung bereit ist, besondere Anstrengungen unternimmt.<sup>1106</sup>

Die Erforderlichkeit der für die Mängelbeseitigung notwendigen Aufwendungen ist von der Erforderlichkeit von den Maßnahmen zu unterscheiden. Während für die Erforderlichkeit der Aufwendungen auf die Höhe der Kosten abgestellt wird, ist für die Erforderlichkeit der Maßnahmen der Umfang der Handlungen entscheidend.<sup>1107</sup> Es besteht kein Zwang dazu, dass sämtliche Arbeiten, die der Drittunternehmer im Laufe der Maßnahmen zur Mängelbeseitigung durchgeführt hat, dauerhaft lediglich der Mängelbeseitigung dienen sollen.<sup>1108</sup> Für den Aufwendungsersatzanspruch spielt es keine Rolle, ob die Aufwendungen, die der Besteller für erforderlich gehalten hat, zum Erfolg geführt haben. Diesbezüglich wird das Vertrauen des Bestellers auf die preisgünstigste Durchführung der Mängelbeseitigungsmaßnahmen durch den Drittunternehmer geschützt.<sup>1109</sup> Dagegen ist das Vertrauen des Auftragsgebers, dass der Drittunternehmer ausschließlich Arbeiten durchführt, die zur Mängelbeseitigung dienen, nicht schutzwürdig.<sup>1110</sup>

#### 4. Methode der Mängelbeseitigung

Stehen mehrere gleich geeignete Vorgehensweisen zur Mängelbeseitigung zur Verfügung, kann der Anspruch des Bestellers auf Kostenerstattung eingeschränkt werden, obwohl seine Aufwendungen tatsächlich höher waren.<sup>1111</sup> Bei der Mängelbeseitigung hat der Besteller den sichersten Weg zu wählen.<sup>1112</sup> Stehen mehrere gleich geeignete Methoden zur Mängelbeseitigung zur Wahl, so hat der Besteller die kostengünstigste Methode zur Herstellung des vertraglich vereinbarten Erfolgs zu wählen.<sup>1113</sup> Der Besteller darf jedoch nicht dazu gezwungen werden, neue, noch nicht

<sup>1103</sup> Tonner/Willingsmann/Tamm/Cebulla, BGB § 637 Rn. 8; Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 19.

<sup>1104</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 16.

<sup>1105</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 110.

<sup>1106</sup> OLG Stuttgart Urt. v. 25.9.2012- VII ZR 10 U 34/12, NZBau 2013, 40 (42); OLG Stuttgart Urt. v. 15.11.2011- 10 U 66/10, BeckRS 2012, 20552 Ziff. II 6 a.; OLG Dresden Urt. v. 29.11. 1999- 17 U 1606/99, NZBau 2000, 333 (336).

<sup>1107</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 108.

<sup>1108</sup> Jauernig/Mansel, BGB § 637 Rn. 5; Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn. 8.

<sup>1109</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 108.

<sup>1110</sup> BGH Urt. 25.6.2015- VII ZR 220/14, ZfBR 2015, 676 (682).

<sup>1111</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 17.

<sup>1112</sup> Jauernig/Mansel, BGB § 637 Rn. 5; OLG Stuttgart Urt. v. 25.9.2012- VII ZR 10 U 34/12, NZBau 2013, 40 (42); OLG Düsseldorf Urt. v. 19.7.2011- 21 U 76/09, NJW-RR 2011, 1530 (1532); NK-BGB/Raab BGB § 637 Rn. 17.

<sup>1113</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 112; NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 17.

erprobte oder hinsichtlich der Zuverlässigkeit zweifelhafte Methoden zu wählen, nur weil sie mit geringeren Kosten verbunden sind.<sup>1114</sup> Leistungen, die z.B. für Luxus-Sanierung geeignet sind und die der Besteller sich bei der Mängelbeseitigung wünscht, fallen nicht unter die ersatzfähigen Aufwendungen.<sup>1115</sup> Soll die Selbstvornahme durch eine Maßnahme erfolgen, die über die Kosten hinaus geht, die bei einer angemessenen und erforderlichen Mängelbeseitigung angefallen wären, kann der Besteller lediglich den Ersatz der Kosten verlangen, die erforderlich und tatsächlich entstanden sind.<sup>1116</sup> Da dem Besteller nicht zugemutet werden kann, noch einmal so lange auf die mangelfreie Werkherstellung zuwarten, darf er den schnelleren Weg für die Mängelbeseitigung wählen, selbst wenn das Mehrkosten bei dem Unternehmer verursacht.<sup>1117</sup>

Die Entwicklung der technischen Möglichkeiten, der weitere Fortschritt der Wissenschaft oder neue Erkenntnisse über die Tauglichkeit des Werks, die während der Selbstvornahme stattfinden, führen nicht zum Ausschluss des Anspruchs aus § 637 BGB, selbst wenn danach die Mängelhaftigkeit des Werks behoben wurde.<sup>1118</sup>

### 5. Zeitpunkt der Selbstvornahme

Der Besteller hat die Befugnis, über den Zeitpunkt der Selbstvornahme selbst zu bestimmen, er ist aber verpflichtet, auf das Interesse des Unternehmers an einer möglichst kostengünstigen Leistung Rücksicht zu nehmen.<sup>1119</sup> Bei der Bewertung der Aufwendungen, die für die Mängelbeseitigung erforderlich sind, ist der Zeitpunkt maßgeblich, in dem die Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme durchgeführt wird.<sup>1120</sup> Der Zeitpunkt, in dem die vertragliche Leistungspflicht entstanden ist, wird nicht berücksichtigt. Es stellt sich die Frage nach der Erstattungsfähigkeit einer Kostensteigerung, wenn zwischen dem Zeitpunkt der Entstehung des Selbstvornahmerechts und der Mängelbeseitigung ein längerer Zeitraum liegt, innerhalb dessen die Kosten für die Mängelbeseitigung gestiegen sind.<sup>1121</sup> Bei der Beurteilung der Frage nach der Erstattungsfähigkeit der Kostensteigerung muss die Erforderlichkeit oder Schadensminderungspflicht als Kriterium berücksichtigt werden.<sup>1122</sup> Dem Besteller wird kein Aufwendungsersatzanspruch nach § 637 I BGB eingeräumt, wenn die Verteuerungen aufgrund vermeidbarer Verzögerungen der Nacherfüllung entstehen.<sup>1123</sup>

---

<sup>1114</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 17.

<sup>1115</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 112.

<sup>1116</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 17.

<sup>1117</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 17.

<sup>1118</sup> Teichmann, ZfBR 2002, 13 (14); OLG Stuttgart Urt. v. 25.9.2012- VII ZR 10 U 34/12, NZBau 2013, 40 (42).

<sup>1119</sup> BGH Urt. v. 22.1.2004- VII ZR 426/02, NZBau 2004, 336.

<sup>1120</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 7.

<sup>1121</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 7.

<sup>1122</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 113.

<sup>1123</sup> BGH Urt.14.1.2010- VII ZR 108/08, NJW 2010, 1193 (1195); MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 9.

Es liegt kein Verstoß gegen das Gebot der Erforderlichkeit oder gegen die Schadensminderungspflicht vor, wenn die Selbstvornahme wegen Baupreissteigerungen nachträglich (ex post) teurer geworden ist.<sup>1124</sup>

Bei der Feststellung einer Obliegenheits- oder Pflichtverletzung des Bestellers sind alle maßgebenden Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.<sup>1125</sup> Man darf von einer Erhöhung der Mängelbeseitigungskosten lediglich ab dem Zeitpunkt ausgehen, zu dem der Besteller in der Lage war, den Mangel zu beseitigen, und ihm dies zuzumuten war.<sup>1126</sup> Die Einsparungen des Unternehmers, die er wegen einer späten Selbstvornahme und einer späten Geltendmachung des Aufwendungsersatzanspruchs realisiert hat, sind abzurechnen.<sup>1127</sup>

## II. Umfang der Selbstvornahmekosten

Der Besteller kann den Mangel auf Kosten des Unternehmers selbst beseitigen, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung nicht innerhalb der angemessenen Frist vorgenommen hat. Der Umfang der Mängelbeseitigung bestimmt sich nach dem vertraglich geschuldeten Werk, das der Unternehmer herstellen muss.<sup>1128</sup> Der Besteller ist berechtigt, die Mängelbeseitigung, die nicht der Herbeiführung des vertraglich geschuldeten Erfolgs dient, abzulehnen.<sup>1129</sup> Er muss keine Ersatzlösungen, die keine vollständige Herbeiführung des vertraglich geschuldeten Erfolgs gewährleisten, hinnehmen.<sup>1130</sup>

Gem. § 637 BGB darf der Besteller im Rahmen der Selbstvornahme einen Anspruch auf Ersatz und Vorschuss der Aufwendungen, die im Laufe der Mängelbeseitigung entstanden sind, geltend machen. Der Unternehmer ist dagegen gem. § 635 I BGB verpflichtet, den Mangel nach seiner Wahl zu beseitigen oder ein neues Werk herzustellen.<sup>1131</sup> Dem Besteller darf allerdings nicht verwehrt werden, statt einer Mängelbeseitigung eine Neuherstellung des Werks im Wege der Selbstvornahme zu bewirken und dafür Aufwendungsersatz zu verlangen, wenn die Neuherstellung eine wirtschaftlich vertretbare Maßnahme darstellt.<sup>1132</sup> Auch die Neuherstellung fällt abweichend von der Terminologie des § 637 I BGB unter den Begriff der Beseitigung des Mangels.<sup>1133</sup> Daher ist der Besteller berechtigt, das Werk durch Selbstvornahme neu herzustellen und die dadurch entstandenen erforderlichen Kosten als Aufwendungsersatz von dem Unternehmer zu verlangen.<sup>1134</sup> Die Regelung des § 637

---

<sup>1124</sup> BGH Ur. v. 22.1.2004- VII ZR 426/02, NZBau 2004, 336.

<sup>1125</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 114.

<sup>1126</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 114.

<sup>1127</sup> BGH Ur. v. 22.1.2004- VII ZR 426/02, NZBau 2004, 336 ff.

<sup>1128</sup> OLG Stuttgart Ur. v. 15.11.2011- 10 U 66/10, BeckRS 2012, 20552 Ziff. II 6 a.; BGH Ur. v. 21.11.2013- VII ZR 275/12, NZBau 2014 160 (161); BGH Ur. v. 27.2.2003- VII ZR 443/01, NZBau 2003, 433 (434).

<sup>1129</sup> BGH Ur. v. 27.2.2003- VII ZR 443/01, NZBau 2003, 433 (434).

<sup>1130</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 116.

<sup>1131</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 117.

<sup>1132</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 127.

<sup>1133</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 20.

<sup>1134</sup> Auch Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 22; BeckOK BGB/Voit, § 637 Rn. 9.

BGB gewährt dem Besteller die Möglichkeit, sein Interesse an der Nacherfüllung durchzusetzen.<sup>1135</sup> Die Nacherfüllung und Selbstvornahme verfolgen das gemeinsame Ziel der mangelfreien Herstellung des Werks.<sup>1136</sup> Die Selbstvornahme ist an sich nichts anderes als eine Nacherfüllung, die nicht durch den Unternehmer, sondern durch den Besteller vorgenommen wird.<sup>1137</sup>

Es kommt die Frage nach der Erstattungsfähigkeit der Aufwendungen in Betracht, wenn sich die Selbstvornahme gegenüber dem Werk des Unternehmers als qualitativ höherwertig erweist.<sup>1138</sup> Der Unternehmer ist berechtigt ohne Preiserhöhung weitere, aufwändige Maßnahmen zu treffen, wenn die Herstellung eines mangelfreien Werks durch eine Struktur oder mit Hilfe eines Materials (wie Kunststoffstrukturputz auf dem Putzträger oder eine Bodenplatte aus Holz), nicht hinreichend sicher ist.<sup>1139</sup> Der Unternehmer ist bei Ausführungsart, die sich als unzureichend erwiesen haben, und notwendigen Maßnahmen, die höheren Aufwand erfordern, an sein Versprechen eines bestimmten Erfolgs zu einem bestimmten Preis weiterhin gebunden.<sup>1140</sup>

Es existiert kein Grund dafür, dass der Unternehmer von den Konsequenzen seiner mangelhaften Leistung im Rahmen der Selbstvornahme entlastet wird. Ist die Herstellung des ursprünglich versprochenen Werks etwa mit erheblichen, unzumutbaren Risiken für die Funktionsfähigkeit des Werks verbunden, die sich auf einen Mangel zurückführen lassen, kann der Erfolg der Selbstvornahme vom ursprünglichen Leistungserfolg abweichen.<sup>1141</sup> Dadurch können auch angemessene Mehrkosten entstehen. Sie sind vom Unternehmer zu erstatten. Er hätte schließlich diese Kosten im Rahmen seiner Nachbesserung ebenfalls aufgewendet. Die dadurch entstandenen Kosten dürfen nach dem Prinzip des Vorteilsausgleichs nicht dem Besteller auferlegt werden.<sup>1142</sup>

Wurde im Wege der Selbstvornahme ein anderes als das vertraglich geschuldete Werk hergestellt, ist die Frage der Erstattungsfähigkeit der Aufwendungen schwer zu beantworten, wenn das Werk entweder die gleiche Funktion wie das vertraglich geschuldete Werk hat oder wegen einer qualitativ höherwertigen Durchführung über das vertraglich geschuldete Ziel hinaus geht.<sup>1143</sup> Da § 637 BGB den Ersatz tatsächlicher und konkreter Aufwendungen regelt, werden Aufwendungen für qualitativ wertvollere Leistungen lediglich in der Höhe erstattet, die für die vertraglich geschuldete Leistung angefallen wären.<sup>1144</sup>

---

<sup>1135</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 20.

<sup>1136</sup> Auch Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 18.

<sup>1137</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 637 Rn. 20.

<sup>1138</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 118.

<sup>1139</sup> BGH Urt. v. 20.11.1986- VII ZR 360/85, NJW-RR 1987, 336.

<sup>1140</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 118.

<sup>1141</sup> BGH Urt. v. 21.11.2013- VII ZR 275/12, NZBau 2014, 160 (161); OLG Stuttgart Urt. v. 15.4.2014- 10 U 130/13, BeckRS 2014, 19813 Ziff. II 5.

<sup>1142</sup> Palandt/Sprau, § 637 Rn.6; BGH Urt. v. 17.5.1984- VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457 (2458).

<sup>1143</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 120.

<sup>1144</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 120.



Die Vorschrift des § 637 BGB ist keine Rechtsgrundlage, um höhere Kosten, die aufgrund vertraglich geschuldeter Maßnahmen entstehen, dem Unternehmer aufzubürden, selbst wenn sich später herausstellt, dass eine andere Maßnahme zweckmäßiger gewesen wäre, das intendierte Ziel zu erreichen.<sup>1145</sup> Etwas anderes gilt, wenn die vom Vertrag erfasste Funktionalität durch die ursprünglich vereinbarte Ausführungsart nicht erreicht werden kann oder diese Ausführungsart für den Besteller ein unzumutbares Risiko mit sich bringt. Da der Besteller für die erforderlichen Aufwendungen die Darlegungs- und Beweislast trägt, muss er sich im Zweifel die Kosten der Selbstvornahme zurechnen lassen.<sup>1146</sup>

### III. Unverhältnismäßigkeit als Leistungsverweigerungsgrund

Im Rahmen der Selbstvornahme ist die Berufung des Unternehmers auf die Unverhältnismäßigkeit des Aufwands i. S. v. § 635 III BGB, der für die Mängelbeseitigung erforderlich ist, zunächst ausgeschlossen. Spätestens innerhalb der Nacherfüllungsfrist liegt es in der Obliegenheit des Unternehmers, den Aufwand der Mängelbeseitigung zu prüfen und von seinem Recht auf Verweigerung nach § 635 III BGB wegen unverhältnismäßiger Kosten oder nach § 275 II BGB wegen eines groben Missverhältnisses des Aufwands Gebrauch zu machen.<sup>1147</sup> Der Aufwendungsersatzanspruch des Bestellers für die Selbstvornahme ist ausgeschlossen, sobald der Unternehmer die Nacherfüllung gem. § 635 III BGB zu Recht und rechtzeitig wegen Unverhältnismäßigkeit verweigert hat.<sup>1148</sup> Der Unternehmer muss seine Verweigerung daher spätestens bis zum Beginn der Selbstvornahme mitteilen.<sup>1149</sup> Ein widersprüchliches Verhalten des Unternehmers liegt darin, dass er dem Besteller die Selbstvornahme zwar gestattet, sich dann aber auf die Unverhältnismäßigkeit der Kosten beruft. In diesem Fall ist eine konkludente Einwilligung in die Kosten anzunehmen, sodass die Leistungsverweigerung des Unternehmers keine Wirkung entfalten kann. Denn der Unternehmer, der die Herstellung eines bestimmten Werks versprochen hat, ist meistens in der Lage, die Kosten einer mangelfreien Werkherstellung einzuschätzen.<sup>1150</sup> Wird erst während der Selbstvornahme erkennbar, dass ein mangelfreies Werk nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten hergestellt werden kann, hat der Unternehmer dieses Risiko zu tragen.<sup>1151</sup> Die Zuweisung dieses Risikos an den Besteller widerspricht dem Grundgedanken des § 635 I BGB und des § 635 III BGB. Der Besteller kann nach § 635 BGB unabhängig von der Höhe der Kosten Nacherfüllung verlangen.<sup>1152</sup> Dabei ist der Unternehmer verpflichtet, seine Verweigerung als Einrede vor der Durchführung der Selbstvornahme zu erklären.<sup>1153</sup>

---

<sup>1145</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.4.2015- I 21 U 71/14, BeckRS 2016, 4059 Rn. 140.

<sup>1146</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.4.2015- I 21 U 71/14, BeckRS 2016, 4059 Rn. 149.

<sup>1147</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 125.

<sup>1148</sup> Jaensch, NJW 2013, 1121.

<sup>1149</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 125.

<sup>1150</sup> Gsell, ZIP 2005, 922 (924).

<sup>1151</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 127.

<sup>1152</sup> Jaensch, NJW 2013, 1121ff.

<sup>1153</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 127.

#### IV. Fehlgeschlagene Selbstvornahme

Bei dem Aufwendungsersatzanspruch des Bestellers spielt die Frage des Erfolgs der Mängelbeseitigung, der durch Eigenarbeit oder die Beauftragung eines Dritten bewirkt wurde, aus der ex-ante Sicht keine Rolle.<sup>1154</sup> Dabei ist nicht auf eine objektive Sicht, sondern auf die Sicht des Bestellers abzustellen, der bei verständiger Würdigung die Aufwendungen für erforderlich halten darf oder nicht.<sup>1155</sup> Der Besteller hat allerdings den Rat eines Sachverständigen einzuholen, wenn er aufgrund fehlender Kenntnisse keine Entscheidung treffen kann, welche Maßnahme sicher zu einer Mängelbeseitigung führt und erforderlich ist.<sup>1156</sup> Soweit keine entgegenstehenden Angaben ersichtlich sind, kann sich der Besteller auf diese Beratung verlassen, selbst wenn aus objektiver Sicht die vorgeschlagene Maßnahme zur Mängelbeseitigung unzureichend erscheint.<sup>1157</sup> Macht der Besteller die Aufwendungen für die Selbstvornahme, obwohl keine ausreichende Grundlage für die Beurteilung der Erforderlichkeit einer Mängelbeseitigungsmaßnahme vorhanden ist, und schlägt die Selbstvornahme fehl, verliert er damit seinen Ersatzanspruch.<sup>1158</sup>

Die Herstellung eines mangelfreien Werks, die Feststellung der Mängelursachen und das Ergreifen geeigneter Maßnahmen zur Mängelbeseitigung sind die Aufgaben des Unternehmers im Rahmen der werkvertraglichen Schuldverhältnisse. Dagegen muss der Besteller den Unternehmer auf den vorhandenen Mangel hinweisen.<sup>1159</sup> Er verletzt keine vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Unternehmer, indem er im Rahmen der Selbstvornahme einen Dritten- beispielsweise einen Architekten oder Handwerker- mit der Planung von Mängelbeseitigungsmaßnahmen beauftragt hat.<sup>1160</sup> Schlagen die Bemühungen eines Drittunternehmers fehl, so verliert dieser Drittunternehmer wegen eines mangelhaften Werks seinen Werklohnanspruch, sodass für den Besteller keine Kosten für die Vergütung entstehen, die er von dem Erstunternehmer nach § 637 BGB verlangen bzw. abrechnen kann.<sup>1161</sup> Bevor der Besteller vom Erstunternehmer eine neue Mängelbeseitigung verlangen kann, hat er zur Vermeidung unnötiger und nicht erstattungsfähiger Kosten zunächst den Drittunternehmer erfolglos auf Mängelbeseitigung in Anspruch zu nehmen, soweit der Erstunternehmer die Nacherfüllung nicht ernsthaft und endgültig ablehnt.<sup>1162</sup> Entsteht bei dem Besteller ein Schaden, der wegen mangelhafter Leistung des Drittunternehmers verursacht wurde, nachdem eine unzureichende Maßnahme zur Mängelbeseitigung vorgenommen wurde und der Schaden weder vom Besteller noch vom Drittunternehmer zu vertreten ist, kann

---

<sup>1154</sup> Palandt/Sprau, § 637 Rn. 6.

<sup>1155</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 26f.

<sup>1156</sup> BGH Urt. v. 29.9.1988- VII ZR 182/87, NJW-RR 1989 86 (88).

<sup>1157</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 128.

<sup>1158</sup> Vgl. Tonner/Willingmann/Tamm/Cebulla, § 637 Rn. 8.

<sup>1159</sup> OLG Hamm Urt. v. 28.02.2013- 21 U 86/12, BeckRS 2013, 16795 II.

<sup>1160</sup> Erman/Schwenker/Rodemann, § 637 Rn. 10.

<sup>1161</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 130.

<sup>1162</sup> BGH Urt. v. 19.1.2017- VII ZR 301/13, NZBau 2017, 216 (219).

der Besteller die Kosten für den erfolglosen Versuch der Mängelbeseitigung von dem ursprünglich verantwortlichen Unternehmer erstattet verlangen.<sup>1163</sup>

## V. Einzelne Aufwendungen

Die Aufwendungen sind freiwillige Vermögensopfer, die der Besteller zur Mängelbeseitigung einschließlich der Nebenarbeiten erbringt.<sup>1164</sup> Das Selbstvornahmerecht des Bestellers und die Nachbesserungspflicht des Unternehmers erfassen nicht nur, die mangelhafte Leistung nachträglich in einen mangelfreien Zustand zu versetzen, sondern erstrecken sich auch auf die Mangelbehebung, die auf die erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen zurückzuführen ist.<sup>1165</sup> Darunter fallen Arbeiten, die der Herstellung des anfänglich bestehenden Zustandes dienen.<sup>1166</sup> Die Vorschrift des § 635 II BGB, wonach der Unternehmer Transport-, Wege- und Arbeitskosten tragen muss, gibt zwar eine wichtige Orientierung, ist aber für Aufwendungen, die im Rahmen der Selbstvornahme entstehen, nicht abschließend und schränkt den Aufwendungsersatzanspruch des Bestellers nicht ein.<sup>1167</sup>

Sind durch die Mängelbeseitigungsmaßnahmen Begleitschäden entstanden, sollen sie auf Kosten des Unternehmers beseitigt werden<sup>1168</sup>. Die Schäden und Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Nachbesserung entstehen, unterscheiden sich von den Schäden, die an anderen Bauteilen oder an sonstigem Eigentum des Bestellers entstanden sind. Da die letztgenannten Schäden lediglich auf Mängeln der Leistung beruhen, können sie nicht als Aufwendungsersatz, sondern im Rahmen des Schadensersatzes nur als Mangelfolgeschäden von dem Unternehmer ersetzt verlangt werden.<sup>1169</sup>

Verfügt der Besteller über ausreichende Fachkunde, so kann er den Mangel selbst beseitigen.<sup>1170</sup> Danach kann er seine eigene Arbeitsleistung im Rahmen des Aufwendungsersatzes geltend machen. Schwierigkeiten liegen besonders in der Bewertung der Eigenleistung des Bestellers.<sup>1171</sup> Für die Beurteilung der Eigenleistungen des Bestellers kann die Vorschrift § 287 ZPO herangezogen werden.<sup>1172</sup> Der Lohn eines in einem beruflichen Abhängigkeitsverhältnis Tätigen ist bei der Bewertung der

---

<sup>1163</sup> Palandt/*Grünbert* Vor § 249 Rn. 47; Vgl. OLG Schleswig Urt. v. 22.2.2011- 3 U 66/10, NJW-RR 2011, 993 (994).

<sup>1164</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 132.

<sup>1165</sup> NK-BGB/*Raab*, BGB § 637 Rn. 15; Tonner/*Willingmann/Tamm/Cebulla* § 637 Rn.7; Erman/*Schwenker/Rodemann*, § 637 Rn. 10a.

<sup>1166</sup> Messerschmidt/*Voit/Moufang/Koos*, BGB § 637 Rn. 18; BGH Urt. v. 7.11.1985- VII ZR 270/83, NJW 1986, 922 (923).

<sup>1167</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn.132.

<sup>1168</sup> BGH Urt. v. 7.11.1985- VII ZR 270/83, NJW 1986, 922 (923); BGH Urt. v. 22.3.1979- VII ZR 142/78, NJW 1979, 2095 (2096).

<sup>1169</sup> Tettinger, ZGS 2006, 96 (102).

<sup>1170</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 136.

<sup>1171</sup> NK-BGB/*Raab*, BGB § 637 Rn. 18.

<sup>1172</sup> Messerschmidt/*Voit/Moufang/Koos*, BGB § 637 Rn. 25f; BGH Urt. v. 12.10.1972- VII ZR 51/72, NJW 1973, 46 (47); BGH Urt. v. 7.3.2001- X ZR 160/99, NJW-RR 2001, 887 (888).

Eigenleistung maßgeblich.<sup>1173</sup> Dabei sind die Sozialversicherungsbeiträge außer Acht zu lassen. Des Weiteren darf dem Unternehmer kein Vorteil daraus gewachsen, wenn der Besteller den Mangel durch den Einsatz eigener Arbeitszeit und Arbeitskraft selbst beseitigt.<sup>1174</sup> Für seine Leistungen kann der Besteller eine angemessene Vergütung verlangen. Gewinn und Gemeinkosten sind außer Betracht zu lassen.<sup>1175</sup>

Der Besteller, der die Nachbesserung als gewerblicher Unternehmer (beispielsweise im Rahmen eines Subunternehmervertrags) selbst durchgeführt hat, soll die Vergütung, die ihm bei entsprechenden Arbeiten für einen Dritten zustehen würde, einschließlich anteiliger Gemeinkosten erhalten.<sup>1176</sup> Der Besteller kann auch die Kosten eines Drittunternehmers ersetzt verlangen, wenn das vorhandene Personal die Selbstvornahme ohne gesonderte Vergütung durchführt.<sup>1177</sup> Davon ist ausnahmsweise abzuweichen, wenn der Betrieb nicht ausgelastet ist und die Kapazitäten, die ansonsten ungenutzt geblieben wären, die für die Selbstvornahme zur Verfügung gestellt werden können.<sup>1178</sup>

Dem Besteller steht ein Recht auf die Beauftragung eines Drittunternehmers zur Mängelbeseitigung zu.<sup>1179</sup> Auf diese Weise kann der Besteller Fremdnachbesserungskosten ersetzen verlangen. Um den Ersatz der Fremdnachbesserungskosten verlangen zu können, muss der Besteller sie als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Besteller im Zeitpunkt der Beauftragung des Dritten für angemessen halten.<sup>1180</sup>

Auch Gutachter- und Rechtsanwaltskosten fallen unter Aufwendungen im Rahmen der Selbstvornahme, soweit sie dem Auffinden des Mangels dienen.<sup>1181</sup> Zur Durchführung der Selbstvornahme muss die Schadensursache bereits festgestellt worden sein.<sup>1182</sup> Ist unklar, welche Ursache für den Eintritt des Mangels verantwortlich ist, so ist ein

---

<sup>1173</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 637 Rn. 10; OLG Stuttgart Urt. v. 18.12.2012- 10 U 134/12, BeckRS 2013, 6561 Ziff. II 5; BGH Urt. v. 12.10.1972- VII ZR 51/72, NJW 1973, 46 (47).

<sup>1174</sup> NK-BGB/*Raab*, BGB § 637 Rn. 18.

<sup>1175</sup> Messerschmidt/*Voit/Moufang/Koos*, BGB § 637 Rn. 25; BGH Urt. v. 12.10.1972- VII ZR 51/72, NJW 1973, 46 (47); NK-BGB/*Raab*, BGB § 637 Rn. 18; Tonner/*Willingsmann/Tamm/Cebulla*, § 637 Rn. 9.

<sup>1176</sup> Messerschmidt/*Voit/Moufang/Koos*, BGB § 637 Rn. 25; NK-BGB/*Raab* BGB § 637 Rn. 18; Tonner/*Willingsmann/Tamm/Cebulla*, § 637 Rn. 9.

<sup>1177</sup> BGH Urt. v. 19.13.2013- VII ZR 363/12, NJW 2014, 1376 (1377).

<sup>1178</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 140.

<sup>1179</sup> Messerschmidt/*Voit/Moufang/Koos*, BGB § 637 Rn. 27.

<sup>1180</sup> BGH Urt. v. 7.3.2013- VII ZR 119/10, NJW 2013, 1528; BGH Urt. v. 31.1.1991- VII ZR 63/90, NJW-RR 1991, 789.

<sup>1181</sup> BGH Urt. v. 7.2.1999- X ZR 40-96, NJW-RR 1999, 813 (814).

<sup>1182</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 143.

Sachverständigengutachten einzuholen.<sup>1183</sup> Dabei entstehende Kosten stellen Vorbereitungskosten der Mängelbeseitigung dar.<sup>1184</sup>

Zu den Aufwendungen für die Selbstvornahme zählen auch die Kosten für die Überwachung der Mängelbeseitigung. Dafür wird jedoch die Erforderlichkeit dieser Aufwendungen vorausgesetzt.<sup>1185</sup> Weiterhin sind die erforderlichen Planungskosten für die Mängelbeseitigung erstattungsfähig. Bei den Architektenkosten zur Bauüberwachung sind lediglich die Kosten zu erstatten, die durch die Selbstvornahme zusätzlich verursacht wurden.<sup>1186</sup>

Entgangener Gewinn oder Nutzungsausfall, der im Rahmen der Mängelbeseitigung durch die Selbstvornahme entsteht, stellt einen Folgeschaden der Mängelbeseitigung dar.<sup>1187</sup> Daher kann der Besteller sie lediglich als Schadensersatz beanspruchen. Des Weiteren fällt der merkantile Minderwert, der nach Mängelbeseitigung übrig bleibt, auch nicht unter die Aufwendungen der Selbstvornahme.<sup>1188</sup> Damit ist der Aufwendungsersatzanspruch des Bestellers auf die Erstattung der Kosten, die dem Besteller tatsächlich entstanden sind, zu beschränken.<sup>1189</sup>

### C. Kostenbeteiligung des Bestellers

Ausnahmsweise hat der Besteller die Kosten zu tragen, die zwar bei der Nacherfüllung entstanden sind, aber auch bei sofortiger mangelfreier Herstellung des Werks entstehen würden (sog. Sowieso-Kosten).<sup>1190</sup> Fallen Sowieso-Kosten an, muss sich der Besteller im Falle der Mitverursachung des Mangels oder Vorteilserlangung durch die Mängelbeseitigung an den Aufwendungen für Selbstvornahme beteiligen.<sup>1191</sup> Beruht der Mangel auf einem Fehlverhalten des Bestellers selbst oder einem ihm zuzurechnenden Verschulden eines Dritten, so hat sich der Besteller nach § 254 BGB an den dadurch entstandenen Kosten zu beteiligen.<sup>1192</sup> Beteiligt sich der Besteller dagegen nicht an den Kosten, so liegt ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht nach § 254 II BGB vor, sodass der Aufwendungsersatzanspruch verkürzt oder ggf. auch ausgeschlossen werden kann.<sup>1193</sup> Ist für die Ursache des Mangels nicht ausschließlich der Unternehmer, sondern auch der Besteller verantwortlich, so kann sich der Unternehmer auf ein

---

<sup>1183</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 143.

<sup>1184</sup> BGH Urt. v. 23.1.1991- VIII ZR 122/90, NJW 1991, 1604 (1607); BGH Urt. v. 22.3.1979- VII ZR 142/78, NJW 1979, 2095 (2096); BGH Urt. v. 17.2.1999- X ZR 40-96, NJW-RR 1999, 813 (814).

<sup>1185</sup> Messerschmidt/*Voit/Moufang/Koos*, § 637 Rn. 18

<sup>1186</sup> OLG Braunschweig Urt. v. 29.12.2016- 8 U 2/16, BeckRS 2016, 116413 Rn. 34ff.

<sup>1187</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 147.

<sup>1188</sup> BGH Urt. v. 24.10.1996- VII ZR 98/94, NJW-RR 1997, 339 (340); OLG München, Urt. v. 29.1.2003- 5 O 11682/10, BeckRS 2014, 10334, Ziff. D Iff.

<sup>1189</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 141.

<sup>1190</sup> Erman/*Schwenker/Rodemann* § 635 Rn. 10; Oetker/*Maultzsch*, § 8 Rn. 110; Emmerich, § 10 Rn. 14; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 635 Rn. 24; BGH-Beschluss v. 25.1.2007- VII ZR 41/06, NJW-RR 2007, 597 (598).

<sup>1191</sup> NK-BGB/*Raab*, BGB § 637 Rn. 21.

<sup>1192</sup> BGH Urt. v. 27.9.2018- VII ZR 45/17, NJW 2019, 421 (425); BGH Urt. v. 13.9.2001- VII ZR 392/00, NJW 2002, 141 (142).

<sup>1193</sup> BGH Urt. v. 4.8.2010- VII ZR 207/08, NJW 2010, 3299 (3300).

mitwirkendes Verschulden des Bestellers nach den Maßstäben des § 254 BGB berufen.<sup>1194</sup> Danach kann er seinen Kostenanteil kürzen. Ein mitwirkendes Verschulden durch den Besteller liegt z.B. dann vor, wenn das Werk aufgrund der Anweisung oder Vorgaben des Bestellers mangelhaft hergestellt wurde.<sup>1195</sup> Der Unternehmer haftet außerdem nicht für Mängel, die nicht entstanden wären, wenn der Besteller seine Prüfungs- und Hinweispflichten erfüllt hätte.<sup>1196</sup> Planungsmängel, Mangelhaftigkeit des Materials, das vom Besteller zur Verfügung gestellt wurde, oder fehlerhafte Anordnungen fallen unter die typischen Fälle der Mitverantwortlichkeit des Bestellers.<sup>1197</sup> Hier ist zu beachten, dass es aufgrund der Dispositionsfreiheit des Unternehmers bezüglich der Bestimmung über Art, Weise und Zeitpunkt der Mängelbeseitigung nicht auf die im Vertrag vereinbarten Preise, sondern auf die Aufwendungen, die der Unternehmer tatsächlich machen musste, ankommt.<sup>1198</sup> Welchen Anteil der Kosten der Besteller übernehmen muss, bestimmt sich nach dem Verursachungsbeitrag für den konkreten Mangel, der beseitigt werden soll. Hier ist eine Verantwortungsquote zu bilden, indem die Verursachungsbeiträge von Besteller und Unternehmer gegeneinander abgewogen werden.<sup>1199</sup> Bei der Beurteilung der Quote bei Baumängeln ist auch das Verschulden der vom Bauherrn beauftragten Architekten und Sonderfachleute, deren fehlerhafte oder unterbliebene Planungsleistungen und eine etwaige Verletzung der Koordinierungsaufgaben heranzuziehen.<sup>1200</sup> Der Unternehmer hat zwar den Mangel zu beseitigen, aber seine Mängelbeseitigungsleistung darf nicht zur Besserstellung des Bestellers führen.<sup>1201</sup> Ansonsten hat der Unternehmer die Kosten nicht zu tragen.

## I. Vorteilsausgleich

Grundsätzlich findet das Rechtsinstitut des Vorteilsausgleichs, das auf die §§ 242, 254 BGB zurückzuführen ist, unmittelbar auf den Schadenersatz Anwendung. Es kann aber aufgrund der Ausprägung eines allgemeinen Rechtsgedanken des Schadenersatzrechts auch auf werkvertragliche Gewährleistungsrechte angewendet werden.<sup>1202</sup> Nach diesem Rechtsgedanke darf dem Geschädigten aus dem schadensverursachenden Ereignis kein Vorteil erwachsen.<sup>1203</sup> Erlangt der Besteller einen Vorteil durch die Mängelbeseitigung, so hat er den Umständen nach einer angemessenen Beteiligung an den Mängelbeseitigungskosten zu tragen. Der Vorteilsausgleich entspricht dem Rechtsgedanken der §§ 242 i.V. m. 254 BGB und orientiert sich an dem Grundsatz von

---

<sup>1194</sup> OLG Düsseldorf Urt. v. 30.08.2016 – I - 21 U 8/16 BeckRS 2016/124160 Rn. 38f; Voit, NJW 2018, 2166.

<sup>1195</sup> Medicus/Lorenz, § 36 Rn.9ff; OLG Düsseldorf Urt. v. 30.08.2016 – I - 21 U 8/16 BeckRS 2016/124160, Rn. 38f.

<sup>1196</sup> Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 3.

<sup>1197</sup> OLG München Urt. v. 17.7.2012- 13 U 658/11, NJW-RR 2012, 1232 (1233).

<sup>1198</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 82.

<sup>1199</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 635 Rn. 20.

<sup>1200</sup> BGH Urt. v. 22.3.1984- VII ZR 50/82, NJW 1984, 1676 (1678), OLG München Urt. v. 9.8.2016- 9 U 4338/15, NZBau 2017, 295 (296).

<sup>1201</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 635 Rn. 21.

<sup>1202</sup> BGH Urt. v. 17.5.1984- VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457 (2459).

<sup>1203</sup> OLG Saabrücken, Urt. v. 29.6.2010- 4 U 250/05, NJW 2010, 3662 (3665).

Treu und Glauben, der in diesen Vorschriften festgelegt ist.<sup>1204</sup> Führt die Mängelbeseitigung des Werks über den Erfolg, der vertraglich vereinbart wurde, zu einem Mehrwert, ist der Aufwendungsersatzanspruch in diesem Umfang zu reduzieren.<sup>1205</sup> Während die Vorteilsanrechnung dem Schädiger zumutbar sein muss, darf sie gleichzeitig den Schädiger nicht unbillig entlasten.<sup>1206</sup> Anhand des Grundsatzes von Treu und Glauben kann zwischen den widerstreitenden Interessen ein gerechter Ausgleich erzielt werden. Daher erfolgt der Vorteilsausgleich nicht bei jedem Wertzuwachs oder jeder Vermögenmehrung. Die Verlängerung der Lebensdauer eines Werks durch die Mängelbeseitigung, die Ersparnis der Unterhaltungskosten (wie z.B. Heizkosten), der Wegfall von Renovierungskosten ermöglichen einen Wertzuwachs und so die Entstehung eines Mehrwerts.<sup>1207</sup> Die Verschiebung der Nutzungsdauer einer Sache durch die Mängelbeseitigung stellt jedoch keinen Vorteil für den Besteller dar.<sup>1208</sup> Erlangt der Besteller einen Vorteil durch Mängelbeseitigung, die die Nutzungsdauer deutlich verlängert hat, ohne einen Nachteil beim Gebrauch entsteht, so hat er den Umständen nach einer angemessenen Beteiligung an den Mängelbeseitigungskosten zu tragen<sup>1209</sup>. Auch in besonderer Form der „alt für neu“ kann der Vorteilsausgleich in Betracht kommen<sup>1210</sup>. Das geschieht meistens im Wege des Ersatzes der gebrauchten, beschädigten alte Sache durch eine neue Sache<sup>1211</sup>. Die Anwendbarkeit des Grundsatzes des Vorteilsausgleich auf die werkvertragliche Gewährleistungsrechte basiert auf dem von dem BGH angeführten Ziel; dem Besteller ohne zusätzliche Kosten eine mangelfreie Werkherstellung zu ermöglichen<sup>1212</sup>. Der Grundsatz des Abzugs „alt für neu“ würde diesem Zweck grundsätzlich widersprechen, wenn der Besteller durch verlängerte Nutzungsdauer oder ersparte Aufwendungen ein Vermögenszuwachs hat<sup>1213</sup>. Ist jedoch der Besteller bei einer Fassadensanierung in der Nutzung des Hauses wegen des Mangels nicht eingeschränkt und auch gleichzeitig der Schmutz an der Fassade beseitigt, hat er ein Abzug „alt für neu“ zu leisten<sup>1214</sup>. Der Besteller muss sich nach dem Grundsatz des Abzugs „neu für alt“ an den Mängelbeseitigungskosten beteiligen, wenn ein beschädigtes Bauwerk durch ein neues Bauwerk ersetzt wird<sup>1215</sup>. Denn in diesen Fällen steht er durch die Mängelbeseitigung wegen der Werterhöhung

<sup>1204</sup> BeckOGK/*J. Schmid*, t BGB § 635 Rn. 59.

<sup>1205</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 159.

<sup>1206</sup> BGH Urt. v. 4.4.2014- V ZR 275/12, NJW 2015, 468 (470); BGH Urt. v. 7.5.2004- V ZR 77/03, NJW 2004, 2526 (2528); BGH Urt. v. 17.10.2003- V ZR 84/02, NJW-RR 2004, 79.

<sup>1207</sup> BeckOGK/*Preisser* BGB § 635 Rn. 64; BeckOGK/*Rast* BGB § 637 Rn. 159; OLG Düsseldorf Urt. v. 16.08.1995- 22 U 256/93NJW-RR 1996, 532 (533).

<sup>1208</sup> BGH Urt. v. 17.5.1984- VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457 (2459); BeckOGK/*Preisser* BGB § 635 Rn. 64.

<sup>1209</sup> BeckOGK/*Preisser* BGB § 635 Rn. 65; BGH Urt. v. 13.09.2001- VII ZR 392/00, NJW 2002, 141 (142); BGH Urt. 27.9.2018- VII ZR 45/17, NJW 2019, 421, Rn. 86; Messerschmidt/*Voit/Moufang/Koos* BGB § 634 Rn. 65.

<sup>1210</sup> Messerschmidt/*Voit/Moufang/Koos* BGB § 635 Rn. 81.

<sup>1211</sup> MüKoBGB/*Oetker* BGB § 249 Rn. 348.

<sup>1212</sup> Messerschmidt/*Voit/Moufang/Koos* BGB § 635 Rn. 80.

<sup>1213</sup> Siegel, SVR 2011, 289f; NK-BGB/*Magnus* BGB vor §§ 249-255 Rn. 156.

<sup>1214</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 13.10. 2021- 2 U 29/20, NZBau 2022, 345 Rn. 75ff.

<sup>1215</sup> NK-BGB/*Magnus* BGB vor §§ 249-255 Rn. 156; Siegel, SVR 2011, 289 (290).

oder Vermögensmehrung besser als bei der ordnungsgemäßen mangelfreien Leistung<sup>1216</sup>. Der entstehende Zuwachs darf weder zur Bereicherung noch zu der Armut der beiden Parteien führen<sup>1217</sup>. Aufgrund dieses Prinzips wird der Abzug in den Fällen z.B. bei Austauschleistungen abgelehnt, wie bei Austausch von Fliesen bei Sanierung eines Dachs oder Motoraustausch sowie Austausch der Schließanlage<sup>1218</sup>

Es ist streitig, ob sich und in Welchem Umfang der Gläubiger infolge der Nacherfüllung entstandene Werterhöhung/ erlangte Vorteile anrechnen muss. Es wird die Ansicht vertreten, dass es ein Vorteilausgleich möglich sei, weil ansonsten der Gläubiger finanziell besser stehen würde als eine ordnungsgemäße, mangelfreie Leistung<sup>1219</sup>. Dagegen wird eingewandt, dass es keine gesetzliche Regelung für die Kostenbeteiligung des Gläubigers existiere. Gem. § 439 BGB verpflichtet sich der Käufer nur in bestimmten Fällen zur Kostenbeteiligung<sup>1220</sup>. Die herrschende Meinung schlägt eine differenzierte Lösung vor: Der Gläubiger müsse sich nicht nach dem Grundsatz „neu für alt“ an den Kosten beteiligen, wenn das mangelhafte Teil durch ein neues Teil ersetzt wird<sup>1221</sup>. Anders wäre es die Kostenbeteiligung durch den Gläubiger zu bejahen, wenn die Nacherfüllung zu einer Werterhöhung führt oder der Gläubiger die Kosten für Instand-bzw. Inspektionsarbeit, die ohnehin entstanden wären, einspart<sup>1222</sup>. Der BGH hat sich in seiner aktuellen Entscheidung<sup>1223</sup> zu dieser Problematik geäußert. Dieses grundlegende Urteil zum kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht kann sich seine Auswirkungen auch auf Werkvertragsrecht entfalten. Er hat der herrschende Ansicht Rechnung getragen, indem er den Abzug „neu für alt“ ablehnt, wenn der Wertzuwachs durch den Ersatz des mangelhaften Teils oder Einsparen infolge der längeren Anwendungsdauer entsteht<sup>1224</sup>. Der herrschenden Meinung und damit der Ansicht des BGH ist zu folgen. Bei jedem Einzelfall ist zu prüfen, wie der Werterhöhung entsteht und ob sie messbar ist<sup>1225</sup>. Dann sind Vorteile, die durch die ordentliche also nicht voreilige Selbstvornahme entstanden sind, auf den Aufwendungsersatzanspruch anzurechnen.<sup>1226</sup> Dafür muss die Anrechnung der Vorteile dem Zweck des Ersatzanspruchs entsprechen, sodass die Anrechnung für beide Vertragsparteien angemessen bzw. zumutbar sein soll.<sup>1227</sup> Schließlich ist zu vermeiden, dass dem

---

<sup>1216</sup> BGH Urt. v. 13.05.2022- V ZR 231/20, NJW 2022, 2328 Rn. 10aa.

<sup>1217</sup> Siegel, SVR 2011, 289.

<sup>1218</sup> MüKoBGB/Oetker BGB § 249 Rn. 351. Hier werden die ablehnenden und bejahenden Fälle der Rechtsprechung gelistet und auch in Siegel, SVR 2011, 289 (293ff) dargestellt.

<sup>1219</sup> BGH Urt. v. 13.05.2022- V ZR 231/20, NJW 2022, 2328 Rn. 13. mit Anm. v. Bruns.

<sup>1220</sup> Omlor, JuS 2022, 877 (878); Erman/Grunewald, § 439 BGB Rn. 13.

<sup>1221</sup> BGH Urt. v. 13.05.2022- V ZR 231/20, NJW 2022, 2328 Rn. 13. mit Anm. v. Bruns; Omlor, JuS 2022, 877 (878).

<sup>1222</sup> BGH Urt. v. 13.05.2022- V ZR 231/20, NJW 2022, 2328 Rn. 15. mit Anm. v. Bruns.

<sup>1223</sup> BGH Urt. v. 13.05.2022- V ZR 231/20, NZG 2022, 1268 mit Anm. v. Krüger und Grollig.

<sup>1224</sup> Ziegenhardt, NJW-Spezial 2022, 393 (394)

<sup>1225</sup> NK-BGB/Magnus BGB vor §§ 249-255 Rn. 156; MüKoBGB/Oetker BGB § 249 Rn. 352.

<sup>1226</sup> Drasdo, NJW-Spezial 2022, 514 (515); BeckOGK/Rast BGB § 637 Rn. 159.

<sup>1227</sup> BGH Urt. v. 17.5.1984- VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457 (2458); NK-BGB/Magnus BGB vor §§ 249-255 Rn. 158.



Besteller wegen des vertragswidrigen Verhaltens des Unternehmers finanzielle Nachteile und dem Unternehmer finanzielle Vorteile erwachsen.<sup>1228</sup>

## II. Sowiesokosten

Die Sowieso-Kosten stellen einen Unterfall des Vorteilsausgleichs dar. Dabei handelt es sich um die Fälle, in denen der Unternehmer im Rahmen der Mängelbeseitigung Leistungen übernehmen muss, die vertraglich nicht vereinbart wurden.<sup>1229</sup> Der Besteller hat die Vergütung für Leistungen zu tragen, die von Anfang an zur mangelfreien Werkherstellung erforderlich waren.<sup>1230</sup>

Der Unternehmer ist nicht von seiner Pflicht befreit, die mangelfreie Leistung nach den vertraglichen Vorgaben auszuführen. Die dafür erforderlichen Kosten hat er zu tragen. Für die Durchführung einer Maßnahme, die im Rahmen der Selbstvornahme erfolgt und die der Unternehmer nach seiner vertraglichen Leistungsverpflichtung nicht hätte erbringen müssen, sondern die einer zusätzlichen Beauftragung bedurft hätte, besteht jedoch keine Kostenersatzpflicht des Unternehmers.<sup>1231</sup> Auch bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung durch den Unternehmer wären diese Kosten entstanden. Daher müssen die Sowieso-Kosten vom Aufwendungsersatzanspruch abgezogen werden.<sup>1232</sup> Diese Kosten sind nicht vom Amt wegen zu berücksichtigen, sondern müssen vom Unternehmer geltend gemacht werden.<sup>1233</sup>

Der Zeitpunkt der Auftragsvergabe ist bei der Bewertung der Höhe der Sowieso-Kosten entscheidend.<sup>1234</sup> Der Besteller ist verpflichtet, die Kosten zu tragen, die ihm entstanden wären, wenn er die zur mangelfreien und funktionstüchtigen Werkherstellung notwendigen Arbeiten schon zu Beginn zusätzlich in Auftrag gegeben hätte. Die Zusatzarbeiten, die über den vertraglich geschuldeten Erfolg hinausgehen und notwendig sind, sind gesondert zu vergüten. Sie fallen unter anrechnungsfähige Sowieso-Kosten.<sup>1235</sup> In einem Beispiel haben die Parteien die Herstellung eines dichten Dachs mit einer Folie X vereinbart. Es ist jedoch nur eine Herstellung mit der Folie Y möglich, die teurer ist. Diese Mehrkosten sind als Sowieso-Kosten vom Besteller zu tragen. Dagegen werden die Zusatz- und Mehrkosten, die aufgrund technischer Entwicklungen und gesteigerter Sicherheitserfordernisse oder gesetzlicher Vorgaben entstanden sind, vom Unternehmer getragen.<sup>1236</sup> Sie wären bei ursprünglich ordnungsgemäßer Ausführung gemäß den damaligen Vorschriften oder technischen

---

<sup>1228</sup> Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos*, BGB § 635 Rn. 76.

<sup>1229</sup> NK-BGB/*Raab* BGB § 635 Rn. 21.

<sup>1230</sup> Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos*, BGB § 635 Rn. 84.

<sup>1231</sup> NK-BGB/*Raab*, BGB § 635 Rn. 21.

<sup>1232</sup> BGH Ur. v. 13.9.2001- VII ZR 392/00, NJW 2002, 141 (142); BGH Ur. v. 19.5.1988- VII ZR 111/87, NJW-RR 1988, 1044 (1045).

<sup>1233</sup> Wittler/Kupczyk, NJW 2016, 26 (29) BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn.157.

<sup>1234</sup> BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 68.

<sup>1235</sup> BGH Ur. v. 21.11.2013- VII ZR 275/12; NZBau 2014, 160 (161).

<sup>1236</sup> OLG Hamm Ur. v. 1.9.2009- 26 U 73/08, NJW-Spezial 2010, 76 (77), OLG Stuttgart Ur. v. 14.9.2011- 10 W 9/11, NZBau 2012, 42 (43).

Möglichkeiten nicht entstanden. Bei ordnungsgemäßer Ausführung wäre die Werkleistung von Anfang an günstiger gewesen.<sup>1237</sup>

#### **D. Darlegungs- und Beweislast**

Der Aufwendungsersatzanspruch setzt das Vorliegen eines Mangels voraus. Vor Abnahme hat der Besteller nach den allgemeinen Regeln lediglich einen Mangel oder sein Symptom darzulegen. Der Unternehmer muss dagegen die Mangelfreiheit des Werks beweisen.<sup>1238</sup> Nach der Abnahme hat der Besteller die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Mangels.<sup>1239</sup> Das Setzen einer angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung oder die Entbehrlichkeit der Fristsetzung hat der Besteller darzulegen und zu beweisen<sup>1240</sup>, während der Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb der ihm gesetzten Frist zu beweisen hat.<sup>1241</sup> In diesem Fall ist es nicht übertrieben, zum Ausdruck zu bringen, dass die Selbstvornahme „ein deutlich scharfes Schwert in der Hand des Bestellers“ ist.<sup>1242</sup>

Bezüglich der Erforderlichkeit der Aufwendungen für die Selbstvornahme und deren Höhe trifft den Besteller die Darlegungs- und Beweislast. Jedoch werden an die Darlegung grundsätzlich keine zu hohen Anforderungen gestellt.<sup>1243</sup> Dem Unternehmer muss es möglich sein, nach der Abrechnung der Aufwendungen für die Mängelbeseitigung zu prüfen, ob die abgerechneten Arbeiten für die Ersatzvornahme erforderlich waren.<sup>1244</sup>

Der Besteller ist verpflichtet, überzeugend darzulegen, welche Aufwendungen er zur Beseitigung von welchen Mängeln gemacht hat, sodass der Unternehmer erhobene Ansprüche begründet zurückweisen kann.<sup>1245</sup> Daher muss der Besteller das Mangelerscheinungsbild und den daraus festgestellten Mangel beschreiben, die Mängelbeseitigungsmaßnahmen schildern und den dafür aufgewendeten Betrag darlegen.<sup>1246</sup>

Bei der Feststellung eines erkennbar überhöhten Preises hat der Besteller darzulegen und zu beweisen, dass ihm keine andere Wahl zur Verfügung gestanden hat, als einen

---

<sup>1237</sup> OLG Stuttgart Urt. 14.9.2011- 10 W 9/11, NZBau 2012, 42 (43); Erman/*Schwenker/Rodemann*, § 635 Rn. 10; OLG Hamm Urt. v. 1.9.2009- 26 U 73/08, NJW-Spezial 2010, 76 (77).

<sup>1238</sup> BGH Urt. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361); LG Gießen Urt. v. 10.3.2004 – 1 S 453/03, NJW 2004, 2906, ders. ZGS 2004, 238 (240); Hammacher, NZBau 2010, 91 (92); Peters, NZBau 2009, 209 (210).

<sup>1239</sup> Hammacher, NZBau 2010, 91 (92); BGH Urt. v. 8.5.2014- VII ZR 203/11, NJW 2014, 3365 (3368) m. Anm. v. Ott; Vgl. BGH Urt. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361); Peters, NZBau 2009, 209 (210).

<sup>1240</sup> OLG Düsseldorf Urt. v. 18.12.2015- I-22-U 84/15, NZBau 2016, 295 (297); Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (234).

<sup>1241</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 167.

<sup>1242</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (234).

<sup>1243</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 168.

<sup>1244</sup> BGH Urt. v. 25.6.2015- VII ZR 220/14, ZfBR 2015, 676 (682).

<sup>1245</sup> LG Gießen Urt. v. 10.3.2004 – 1 S 453/03) NJW 2004, 2906, ders. ZGS 2004, 238 (240).

<sup>1246</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 169.

Drittunternehmer, der einen überhöhten Preis angeboten hat, zu beauftragen. Der Besteller kann seine Auswahl dadurch rechtfertigen, dass ihm keine anderen Fachleute zur Verfügung standen oder Zeitdruck für rechtzeitige Werkherstellung bestand, die die Beauftragung eines anderen Unternehmers nicht zuließ.<sup>1247</sup>

Der Unternehmer hat darzulegen und zu beweisen, dass der Besteller nach § 254 I BGB für den Mangel mitverantwortlich ist oder seine Schadensminderungspflicht verletzt hat.<sup>1248</sup> Außerdem trägt der Unternehmer bezüglich der Sowieso-Kosten und des Vorteilsausgleichs die Darlegungs- und Beweislast.

## ZWEITES KAPITEL: AUFWENDUNGSERSATZ BEI EINER VOREILIGEN SELBSTVORNAHME

### A. Problemdarstellung

Nach früherem Recht musste der Unternehmer gem. §§ 635 BGB a.F., 633 III BGB a.F. die Selbstvornahmekosten ersetzen, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hatte, die Frist erfolglos verstrichen war und somit er mit der Mängelbeseitigung im Verzug war.<sup>1249</sup> Heute genügt nach § 637 BGB für den Ersatz der Aufwendungenkosten für die Selbstvornahme eine fruchtlos abgelaufene Fristsetzung zur Nacherfüllung.<sup>1250</sup> Die Gründe der Entbehrlichkeit der Fristsetzung sind in § 637 II 1 BGB geregelt.<sup>1251</sup> Außer den Fällen des § 323 II BGB, auf den § 637 II 1 BGB verweist, kann eine Frist auch dann entbehrlich sein, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder sie dem Besteller unzumutbar ist.<sup>1252</sup> Ist der Unternehmer dem Nacherfüllungsverlangen des Bestellers nicht nachgekommen oder der Nacherfüllungsversuch des Unternehmers fehlgeschlagen, gewährt die Vorschrift des § 637 I BGB (§ 13 Nr. 5 VOB/B) dem Besteller ein Selbstvornahmerecht.<sup>1253</sup>

Die Selbstvornahmekosten können dem Besteller unproblematisch ersetzt werden, wenn zum Zeitpunkt der Durchführung der Selbstvornahme die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 634 Nr.4, 280 I, III, 281 BGB vorgelegen haben.<sup>1254</sup> Der Schadensersatzanspruch tritt an der Stelle des ursprünglichen Mängelbeseitigungsanspruchs und setzt eine angemessene Fristsetzung zur

---

<sup>1247</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 172.

<sup>1248</sup> Hammacher, NZBau 2010, 91 (92); BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 173.

<sup>1249</sup> Rieble, DB 1989, 1759; Schönknecht, S. 40; Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641 (644).

<sup>1250</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (234); ders. NZM 2004, 641 (644ff).

<sup>1251</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641 (644); OLG Naumburg Urt. v. 19.08.2004- 4 U 66/04, ZGS 2005, 77 (78) In dieser Entscheidung bestand die Werkleistung des Unternehmers im Einbau eines Austauschmotors, nicht hingegen im Reparieren eines Zylinders des eingebauten Austauschmotors. Damit lag ein Schaden vor, der durch eine Mängelbeseitigung des Unternehmers nicht mehr behoben werden kann, sodass eine Fristsetzung entbehrlich war.

<sup>1252</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (172).

<sup>1253</sup> Tettinger, ZGS 2006, 96 (97); Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (172).

<sup>1254</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 (251).

Nacherfüllung voraus.<sup>1255</sup> Der Besteller muss dem Unternehmer also eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben und diese Frist erfolglos abgelaufen oder ausnahmsweise entbehrlich sein. Der Unternehmer muss die Pflichtverletzung, die auf die Nichterfüllung seiner vertraglichen Pflicht aus § 633 I BGB zurückzuführen ist, zu vertreten haben (§ 280 I 2 BGB).<sup>1256</sup> Obwohl die Darlegungs- und Beweislast der Entbehrlichkeit der Fristsetzung meistens der Besteller trägt, kommen oft Fälle vor, in denen der Besteller ohne vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung also ohne Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 637 I BGB die Selbstvornahme eigenmächtig und voreilig durchführt. Motivation dafür ist meist, dass der Besteller keine Zeit verlieren möchte und die Auseinandersetzung mit dem Unternehmer scheut. In solchen Fällen beseitigt er den Mangel ohne Fristsetzung selbst.<sup>1257</sup> Dies geschieht zwar schnell und unbürokratisch,<sup>1258</sup> wirft aber die Frage auf, ob und in welchem Umfang der Besteller die Aufwendungen, die infolge einer voreiligen Selbstvornahme entstanden sind, von dem Unternehmer, der zwar Kosten gespart hat, grundsätzlich aber gem. § 635 II BGB die Nacherfüllungskosten tragen muss, verlangen kann.<sup>1259</sup>

Außerdem sind die Fälle nicht selten, in denen der Besteller, obwohl er eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt hat, den Mangel selbst beseitigt, ohne den Ablauf der Frist abzuwarten und den Unternehmer miteinzubeziehen. Da die Nacherfüllung nicht nur die Pflicht des Unternehmers, sondern auch dessen Recht ist, greift der Besteller durch die voreilige Selbstvornahme in das Nachbesserungsrecht des Unternehmers ein.<sup>1260</sup> Dieser Eingriff kann sowohl vor der Abnahme als auch danach erfolgen.<sup>1261</sup> Er kann z.B. aufgrund großer Dringlichkeit oder dem unmittelbar bevorstehenden Eintritt von größeren Schäden am Bauwerk gerechtfertigt sein.<sup>1262</sup> Jedoch kann es oft vorkommen, dass der Besteller nicht lange warten möchte, um das Werk so schnell wie möglich zu erhalten oder auch einfach bei „Gelegenheit“, wenn gerade andere Arbeiten ausgeführt werden, den Mangel mit beseitigen lässt.<sup>1263</sup>

Beseitigt der Besteller den Mangel selbst, ohne dass der Unternehmer miteinbezogen wurde und die Voraussetzungen des § 637 BGB gegeben sind, geht er ein erhebliches Risiko ein.<sup>1264</sup> Ihm stehen in diesem Fall keine Ersatzansprüche aufgrund von der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der ungerechtfertigten Bereicherung zu, obwohl

---

<sup>1255</sup> BGH Urt. v. 7.11.1985 VII ZR 270/83, NJW 1986, 922 (923); BGH Urt. v. 8.6.1978 VII ZR 161/77, NJW 1978, 1626; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233; ders. NZM 2004, 641 (644ff); OLG Düsseldorf Urt. v. 30.08.2016 – I - 21 U 8/16 BeckRS 2016/124160 Rn. 133: in dieser Entscheidung wurde ein Schadensersatzanspruch wegen der fehlenden, wirksamen Fristsetzung dem Besteller nicht zugesprochen; BGH Urt. v. 6.11.1986 – VII ZR 97/85, NJW 1987, 645 (646).

<sup>1256</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233; ders. NZM 2004, 641 (644ff); Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (172).

<sup>1257</sup> Eusani, NZBau 2006, 676.

<sup>1258</sup> Eusani, NZBau 2006, 676.

<sup>1259</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233; ders. NZM 2004, 641 (644ff).

<sup>1260</sup> Seidel, JZ 1991, 391 (392); Büdenbender, JuS 2001, 625 (633).

<sup>1261</sup> Seidel, JZ 1991, 391f.

<sup>1262</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233; ders. NZM 2004, 641 (644ff).

<sup>1263</sup> Vgl. Lamprecht, ZGS 2005, 266 (268) er nennt „anmaßende Selbstvornahme“.

<sup>1264</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 (252).

der Unternehmer die Aufwendungen für die Nacherfüllung eingespart hat.<sup>1265</sup> Diese alte, im Kaufrecht viel diskutierte Problematik wurde auf § 637 BGB übertragen.<sup>1266</sup> Hier ist die Ersatzfähigkeit von Aufwendungen des Bestellers zur Beseitigung eines Mangels zu diskutieren, wenn die Voraussetzungen des § 637 BGB nicht vorliegen. Zu untersuchen ist die Frage, welche Ausgleichsansprüche dem Besteller, der die Mängel eigenmächtig beseitigt hat, zuzubilligen sind. Da die Institute von Sachmängeln und ihren Folgen bzw. die Reichweite der Nacherfüllung im Kaufrecht mit dem Werkvertragsrecht fast identisch behandelt werden, werden die Argumente/Kriterien für die Anwendung einschlägiger Paragraphen, besonders § 326 BGB herangezogen.<sup>1267</sup> Im Folgenden werden die Ansichten für die Zulassung des Ausgleichsanspruchs einerseits und Auffassungen, die andererseits den Ausschluss eines Aufwendungsersatzanspruchs gegenübergestellt und dazu Stellung genommen.

## **B. Die Ansichten für die Zulassung des Ausgleichsanspruchs**

### **I. Aufwendungsersatz nach den Vorschriften des Kündigungsrechts**

Einige Autoren in der Literatur<sup>1268</sup> sind für den Anspruch des Bestellers auf Ersatz der Aufwendungen, und setzen sich mit dem Kündigungsrecht des Bestellers nach § 648 BGB (§ 649 BGB a.F.) auseinander. Wenn der Besteller Aufwendungen, die der Unternehmer wegen der Kündigung durch den Besteller gespart hat, von dessen Werklohnanspruch abziehen kann, so sollte dies auch bei einer voreiligen Selbstvornahme möglich sein.<sup>1269</sup>

Nach der Auffassung von Rieble<sup>1270</sup> erscheint die Aussage, dass das Werkvertragsrecht selbst den Abzug der eingesparten Aufwendungen ausschließt, unbegründet. Er begründet dies mit Verweis auf den § 648 BGB, der eine Anrechnungsbestimmung für den Fall enthalte, dass der Besteller den Vertrag kündigt. Die Vorschriften des § 648 und § 637 stimmten inhaltlich überein und dienten dem Grundsatz, dass der Schuldner bei einer Leistungsstörung, die der Gläubiger zu vertreten hat, keinen Profit erzielen darf.<sup>1271</sup> Spiegelbildlich gelte dies auch für den Gläubiger. Dieser müsse sich bei einer Leistungsstörung, die der Schuldner zu vertreten hat, eingesparte Aufwendungen und

---

<sup>1265</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 (252); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 15; BGH Ur. v. 20.4.1978- VII ZR 143/77, BeckRS 1978, 31119895; BGH Ur. v. 28.9.1967- VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; BGH Ur. v. 8.12. 1966- VII 144/64, NJW 1967, 388; BGH Ur. v. 11.10.1965- VII ZR 124/63, NJW 1966, 39; OLG Düsseldorf, Ur. v. 4.12.1992- 22 U 154/92, NJW-RR 1993, 1110.

<sup>1266</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (235); ders. ZGS 2003, 250 (252); ders. NZM 2004, 641 (644ff); Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (172); Katzenstein, ZGS 2005, 184 (185); Tettinger, ZGS 2006, 96 (101).

<sup>1267</sup> Katzenstein, ZGS 2005, 184 (185); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457; Vgl. Faust, BauR 2010, 1818 (1826).

<sup>1268</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (680); Vgl. Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (172); Seidel, JuS 1991, 391 (394).

<sup>1269</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (172); Eusani, NZBau 2006, 676 (677); Seidel, JuS 1991, 391 (394) war für analoge Anwendung des 649 a.F. BGB.

<sup>1270</sup> Rieble, DB 1989, 1759 (1761).

<sup>1271</sup> Rieble, DB 1989, 1759 (1761); Förster, ZGS 2011, 253 (256); Rudkowski, Jura 2011, 567 (568).

anderweitige Einnahmen auf den Schadensersatzanspruch anrechnen lassen (§ 254 BGB). Dadurch verliere aber die Vorschrift des § 637 I BGB keinesfalls ihre Funktion. Es sei unmöglich, dass der Unternehmer bei seiner Leistungsbefreiung infolge der Selbstvornahme sämtliche Kosten einsparen könne, da er Fixkosten wie Transport- und Materialkosten zu tragen habe.<sup>1272</sup>

## **II. Ersatz des Anspruchs aus Unmöglichkeitensrecht**

Ein Teil der Literatur<sup>1273</sup> ist der Ansicht, dass sich der Ersatzanspruch des Bestellers nach der Selbstvornahme aus dem Unmöglichkeitensrecht ergibt. Er zieht zur Begründung die Vorschrift des § 326 II 2 BGB heran. Bei der Unmöglichkeit einer geschuldeten Leistung stellen sich zwei Fragen. Einerseits ist fraglich, welche Auswirkungen die Unmöglichkeit auf die Leistungspflicht des Unternehmers hat. Gem. § 275 BGB ist der Anspruch auf die Leistung erloschen. Da der Unternehmer von der Leistungspflicht befreit ist, kann der Besteller sie nicht mehr beanspruchen. Andererseits stellt sich die Frage nach dem Schicksal der Gegenleistungspflicht, also der Zahlung des Werklohns. Nach § 326 BGB entfällt grundsätzlich der Anspruch auf Gegenleistung, wenn die Leistung unmöglich ist (§ 326 I 1 BGB). Der Gläubiger kann vom Vertrag zurücktreten (§ 326 V BGB). Ausnahmsweise bleibt der Gegenleistungsanspruch des Schuldners bestehen, wenn der Gläubiger für die Unmöglichkeit der Leistung allein oder weit überwiegend verantwortlich ist (§ 326 II 1 BGB). Der Schuldner muss sich jedoch die Aufwendungen anrechnen lassen, die er dadurch eingespart hat, dass er die Leistung nicht erbringen muss (§ 326 II 2 BGB).

### **1. Unmöglichkeit der Nacherfüllung wegen Selbstvornahme**

Ein Teil des Schrifttums vertritt die Auffassung, dass die Vorschrift des § 326 II BGB für die Zulassung des Ausgleichsanspruchs des Bestellers maßgeblich ist. Grundlage dieser Ansicht ist die Annahme, dass die Selbstvornahme des Bestellers zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung führe. Im Rahmen der Selbstvornahme würde der behebbare Mangel am Werk zu einem unbehebaren Mangel umgewandelt.<sup>1274</sup> Die Unmöglichkeit der Nacherfüllung träte allerdings auch mit der Zweckerreichung ein, da der Mangel weggefallen ist.<sup>1275</sup>

#### **a. Unmöglichkeit der Nacherfüllung wegen der Unbehebbarkeit des Mangels**

Lorenz<sup>1276</sup> bezieht sich auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs i. S. v. § 434 I 1 BGB im Zeitpunkt der Abnahme im Werkvertragsrecht nach §§ 640, 644 BGB. Dieser Moment ist für das Vorliegen eines Mangels am Werk entscheidend.<sup>1277</sup> Die Geschehnisse, die ab diesem Zeitpunkt eintreten, haben hingegen keinen Einfluss auf das Vorliegen des Mangels. Der vorhandene Mangel könne nach Lorenz nun nicht mehr

---

<sup>1272</sup> Rieble, DB 1989, 1759 (1761).

<sup>1273</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 (1419); BeckOGK/*Herresthal*, BGB § 326 Rn. 300; Braun, ZGS 2004, 423, 428ff.

<sup>1274</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418).

<sup>1275</sup> Katzenstein, ZGS 2005, 184 (187); Bressler, NJW 2004, 3382 (3383); Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457; Seidel, JuS 1991, 391 (392).

<sup>1276</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418).

<sup>1277</sup> Faust, BauR 2010, 1818 (1820); Leistner, JA 2007, 81 (83f).

entfallen. Beseitigt der Besteller den Mangel am Werk, kann der Unternehmer nicht mehr zur Mängelbeseitigung eingreifen, da der ursprünglich behebbare Mangel in einen unbehebaren Mangel umgewandelt würde.

### **b. Unmöglichkeit der Nacherfüllung wegen Zweckerreichung**

Zur Anwendbarkeit des § 326 II 2 BGB ist zunächst die Unmöglichkeit der Leistungserbringung erforderlich.<sup>1278</sup> Die Leistungserbringung bzw. Nacherfüllung kann aufgrund der Zweckerreichung unmöglich geworden sein.<sup>1279</sup>

Die Lehre<sup>1280</sup> begründet ihre Ansicht wie folgt: Sie sieht die Zweckerreichung als einen Unterfall der Unmöglichkeit an. Da sie durch die Selbstvornahme des Bestellers erreicht wird, ist dann die Nacherfüllung gem. § 275 I BGB unmöglich und der Unternehmer würde von seiner Nacherfüllungspflicht frei.<sup>1281</sup> Bei Erreichen des Zwecks wäre es zwar noch möglich die geschuldete Leistung, also die Nacherfüllung vorzunehmen, doch würde die Leistungsdurchführung (wie z.B. bei Fixgeschäften) sinnlos, wenn der Zweck auf anderem Wege erreicht worden ist.<sup>1282</sup> Wenn so der Zweck der Nacherfüllungspflicht des Unternehmers durch die Selbstvornahme des Bestellers erreicht würde, so führte dies zur Unmöglichkeit der Leistungserbringung, also der Nacherfüllung, durch den Unternehmer.<sup>1283</sup> Eine solche Unmöglichkeit sei aber durch den Besteller selbst verursacht worden und müsse deshalb nicht zum Erlöschen der Gegenleistungspflicht, also der Entrichtung des Werklohns, führen. Eingesparte Aufwendungen müsse sich der Unternehmer jedoch gemäß § 326 II 2 BGB anrechnen lassen.<sup>1284</sup> Er müsse seinen Werklohn mindern oder bereits gezahlten Werklohn an den Besteller zurückerstatten.

---

<sup>1278</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641 (644).

<sup>1279</sup> Tonner/Wiese, BB 2005, 903 (905); Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641 (644); Dötsch, MDR 2004, 975 (977).

<sup>1280</sup> Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Bressler, NJW 2004, 3382 (3383); Katzenstein, ZGS 2004, 349 (355); ders. ZGS 2005, 184, (187); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1459); Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Lamprecht, ZGS 2005, 266 (273).

<sup>1281</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (235); ders. NZM 2004, 641 (644); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457; Schönknecht, S. 25; Katzestein, ZGS 2004, 144, 145, ders. ZGS 2004, 349, 355; ders. ZGS 2005, 184, 187; Arnold, ZIP 2004, 2412, 2414; Bressler, NJW 2004, 3382, 3383; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250, dies. ZGS 2003, 455, 456; Dötsch; MDR 2004, 975, 976; Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10, 11.

<sup>1282</sup> Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Dötsch, MDR 2004, 975 (977); Schönknecht, S. 25; MüKoBGB/*Ernst*, BGB § 275 Rn. 151; Tonner/Willingmann/Tamm/*Cebulla*, § 637 Rn. 3.

<sup>1283</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (235); ders. NZM 2004, 641 (644).

<sup>1284</sup> BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 637 Rn.18; Seidel, JuS 1991, 391, (393); Katzenstein, ZGS 2005, 184 (185); Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (235); Dötsch, MDR 2004, 975 (977); Rieble, DB 1989, 1759.

## 2. Ausschluss anderer Gewährleistungsrechte des Bestellers

Aufgrund der Unmöglichkeit der Nacherfüllung stehen dem Besteller keine anderen Gewährleistungsrechte zu.<sup>1285</sup> Gem. §§ 326 V i. V. m. 323 BGB kann der Gläubiger grundsätzlich zurücktreten, wenn der Schuldner nach § 275 BGB nicht mehr leisten muss. Jedoch ist nach § 323 VI BGB der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigt, allein oder weitüberwiegend verantwortlich ist. Hat der Besteller den Umstand der Unmöglichkeit der Nacherfüllung durch seine Selbstvornahme herbeigeführt, so ist sein Rücktrittsrecht ausgeschlossen.<sup>1286</sup> Da die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts an die Minderung gekoppelt wurden („statt“ gem. § 441 I 1 BGB zurückzutreten), wird dem Besteller kein Recht auf Minderung eingeräumt.<sup>1287</sup> Aufgrund der fehlenden Fristsetzung bei voreiliger Selbstvornahme sind Schadensersatzansprüche oder Aufwendungsersatzansprüche aus §§ 280 I, III; 281; 283; 284 BGB ausgeschlossen.<sup>1288</sup> Dagegen besteht nach §§ 326 I 2 BGB der Anspruch des Schuldners auf Gegenleistung fort. Der Unternehmer behält somit seinen Anspruch auf den Werklohn.<sup>1289</sup>

## 3. Anrechnung ersparter Aufwendungen

Ferner erspart sich der Unternehmer die Aufwendungen, die er im Rahmen der Nacherfüllung nach § 635 BGB zu tragen hätte, indem der Besteller den Mangel durch voreilige Selbstvornahme beseitigt hat. In der Literatur wurde teilweise vertreten, dass sich der Unternehmer bei einer „unberechtigten Selbstvornahme“ des Bestellers an den Mängelbeseitigungskosten nach den Maßstäben des § 326 II 2 BGB beteiligen solle, weil die Aufwendungen des Bestellers meistens höher seien als die Mängelbeseitigungskosten des Unternehmers und der Unternehmer nicht besser gestellt werden dürfe als der Gläubiger.<sup>1290</sup> Nach der Regelung des § 326 II 2 BGB habe sich der Unternehmer ersparte Aufwendungen auf seinen Werklohn anrechnen zu lassen.<sup>1291</sup>

---

<sup>1285</sup> Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Katzenstein, ZGS 2004, 349 (355); Bressler, NJW 2004, 3382 (3383); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1459).

<sup>1286</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418); Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Katzenstein, ZGS 2004, 349 (355); Bressler, NJW 2004, 3382 (3383); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1459); MüKoBGB/*Ernst*, BGB § 326 Rn. 112; BeckOGK/*Herresthal*, BGB § 326 Rn. 300.

<sup>1287</sup> Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Katzenstein, ZGS 2004, 349 (355); Bressler, NJW 2004, 3382 (3383); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1459); MüKoBGB/*Ernst*, BGB § 326 Rn. 112; BeckOGK/*Herresthal*, BGB § 326 Rn. 300.

<sup>1288</sup> Tonner/Willingmann/Tamm/*Cebulla*, § 637 Rn.6; Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Katzenstein, ZGS 2004, 349 (355); Bressler, NJW 2004, 3382 (3383); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1459); Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 113.

<sup>1289</sup> Bressler, NJW 2004, 3382 (3384); Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418).

<sup>1290</sup> Vgl. Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos*, BGB § 637 Rn. 15; BeckOGK/*Herresthal*, BGB § 326 Rn. 302.

<sup>1291</sup> Seidel, JuS 1991, 391ff.



### **a. Direkte Anwendung des § 326 II 2 BGB**

Es wird die Ansicht vertreten, dass die Regelung des § 326 II 2 BGB direkt anwendbar sei.<sup>1292</sup> Nach § 326 II 1 BGB würde der Schuldner seinen Anspruch auf Gegenleistung behalten, wenn der Gläubiger für den Umstand, der zur Unmöglichkeit der Leistung führt, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Allerdings würde dem Gläubiger nach § 326 II 2 BGB ein Recht auf Anrechnung der Aufwendungen für die Selbstvornahme eingeräumt. Bei einer voreiligen Selbstvornahme des Bestellers sei der Tatbestand des § 326 II 1 BGB erfüllt. Damit seien die Aufwendungen des Bestellers nach § 326 II 2 BGB anzurechnen.

### **b. Analoge Anwendung des § 326 II 2 BGB**

Ein Teil der Literatur zieht die analoge Anwendung des § 326 II 2 BGB vor.<sup>1293</sup> Aus der systematischen Gründen des § 326 I 2 BGB sei die direkte Anwendung des § 326 II 2 BGB abzulehnen.<sup>1294</sup> Die Vorschrift des § 326 I 2 BGB lasse das Bestehen des Gegenleistungsanspruchs des Schuldners bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung unberührt.<sup>1295</sup> Eine analoge Anwendung setzt eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage voraus. Nach §§ 326 I 1 2. Hs. i.V. m. 638 III BGB sei nach dieser Sicht die Vergütung bei einer Teilleistung in dem Verhältnis herabzusetzen, in dem der Wert des Werks zur Zeit des Vertragsschlusses in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden hätte. Die Vertreter der analogen Anwendung des § 326 II 2 BGB sind der Auffassung, dass die Herstellung eines mangelhaften Werks als Teilleistung bezüglich der Qualität anzusehen sei.<sup>1296</sup> Der Unternehmer habe mit der mangelhaften Lieferung des Werks die geschuldete Leistung teilweise erbracht. Der andere mangelfreie Teil des Werks bleibe noch unberührt. Demnach sei die Vergütung gem. §§ 326 I 1 i.V. m. 638 III BGB zu mindern. Jedoch müsse hier die Regelung des § 634 Nr.3 BGB berücksichtigt werden. Dem Besteller stehe ein Wahlrecht zwischen der Minderung und dem Rücktritt zu. Der Besteller habe zu entscheiden, ob er von dem Vertrag zurücktreten möchte oder den Vertrag durch seine Minderung teilweise fortbestehen lasse.<sup>1297</sup> Hiernach behielte der Unternehmer seinen Gegenleistungsanspruch bis zum Zeitpunkt des Rücktritts oder der Minderung also nicht dauerhaft. In der Vorschrift des § 326 II 1 BGB sei jedoch kein Ausschluss des Rücktritts geregelt, sodass dem Unternehmer ein dauerhafter Gegenleistungsanspruch zustehe. Ein solcher Ausschluss wird in § 323 VI BGB, auf den § 326 V BGB verweist, geregelt. Aufgrund der fast identischen Regelungen von § 323 VI und § 326 II 1 BGB diagnostizieren die Vertreter der analogen Anwendung des § 326 II 1 BGB eine planwidrige Regelungslücke.<sup>1298</sup>

---

<sup>1292</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418); BeckOGK/*Herresthal*, BGB § 326 Rn. 301; Seidel, JuS 1991, 391 (394).

<sup>1293</sup> Braun, ZGS 2004, 423, 428ff.

<sup>1294</sup> Schroeter, JR 2004, 441 (444).

<sup>1295</sup> Schroeter, JR 2004, 441 (444).

<sup>1296</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 (1419).

<sup>1297</sup> A. A Jauernig/*Mansel*, BGB § 637 Rn. 10.

<sup>1298</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 (1419); Schroeter, JR 2004, 441 (443).

Die Interessenlage sehen die Vertreter der analogen Anwendung im Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung (sekundär) und im Fall der Unmöglichkeit der Herstellung (primär) als vergleichbar an. Der Unternehmer dürfe bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung nach § 326 I 2 BGB, nicht besser stehen als bei Unmöglichkeit der Primärleistung nach § 326 II 2 BGB. Im ersten Fall würde der Besteller von seiner Gegenleistungspflicht nicht befreit, es würde also der Unternehmer seinen Werklohn in voller Höhe bekommen können, während sich im zweiten Fall der Besteller die Aufwendungen, die er für die Durchführung der Selbstvornahme gemacht hat, auf den Werklohn des Unternehmers anrechnen ließe.

### **III. Ersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag**

Bei einer voreiligen Selbstvornahme kann sich der Ersatzanspruch des Bestellers aus den Regelungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag gem. § 677 ff. BGB ergeben. Ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag ist begründet, wenn jemand (Geschäftsführer) das Geschäft eines anderen (des Geschäftsherrn) mit Fremdgeschäftsführungswillen besorgt, ohne ihm gegenüber dazu berechtigt zu sein. Entspricht dies dem Interesse und dem Willen des Geschäftsherrn, so liegt eine berechtigte, ansonsten eine unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag vor.

Nach einem Teil des Schrifttums stellt die Selbstvornahme eine Geschäftsführung ohne Auftrag<sup>1299</sup> dar. Die Geschäftsführung i. S. v. § 677 BGB liege demnach in der Beseitigung des Mangels an einem Werk. Dabei handele es sich um ein fremdes Geschäft.<sup>1300</sup> Denn nicht der Besteller, sondern der Unternehmer ist zur Nacherfüllung nach § 635 BGB verpflichtet. Der Besteller handele mit Fremdgeschäftsführungswillen, indem er die entstehenden Aufwendungen später vom Unternehmer ersetzt erhalten möchte.<sup>1301</sup> Der Besteller handele ebenfalls ohne Auftrag. Entspricht die Mangelbeseitigung durch den Besteller als Geschäftsführer dem Interesse und Willen des Unternehmers, so könne der Besteller seine Aufwendungen nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt erhalten. Ersetzbar sind jedoch nur Aufwendungen, die für die Mängelbeseitigung erforderlich waren. Unter Aufwendungen sind in diesem Zusammenhang alle freiwilligen Vermögensopfer des Bestellers zu verstehen.<sup>1302</sup> Der Unternehmer hat die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen zu erstatten. Dazu zählen alle finanziellen Aufwendungen, die sich als notwendig erweisen, um die Mängelbeseitigung überhaupt zu ermöglichen und ihre Spuren zu beseitigen.<sup>1303</sup> Der Besteller hat die Aufwendungen für die Selbstvornahme, die zur Mängelbeseitigung erforderlich waren, freiwillig gemacht. Damit liegt eine Geschäftsführung ohne Auftrag vor, sodass der Besteller seine Aufwendungen nach dieser Auffassung ersetzt erhalten kann.

---

<sup>1299</sup> Oechsler, NJW 2004, 1825 (1826); Katzenstein, ZGS 2004, 300 (305); Leistner, JA 2007, 81 (85f) Fn. 46.

<sup>1300</sup> Oechsler, NJW 2004, 1825 (1826); Katzenstein, ZGS 2004, 300 (305).

<sup>1301</sup> Oechsler, NJW 2004, 1825 (1826); Katzenstein, ZGS 2004, 300 (305).

<sup>1302</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 637 Rn. 8.

<sup>1303</sup> Vgl. BGH Urt. v. 27.5.2010- VII ZR 182/09, NJW 2010, 2571 (2572); BGH Urt. v. 12.10.1972- VII ZR 51/72, NJW 1973, 46.

#### IV. Ersatzanspruch aus Bereicherungsrecht

Ein Teil der Literatur<sup>1304</sup> bedient sich zum Ersatz der ersparten Aufwendungen der Rückgriffskondiktion. Nach § 812 I 1 2. Alt. BGB ist derjenige zur Herausgabe verpflichtet, der durch die Leistung eines anderen oder etwas in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Bei einer voreiligen Selbstvornahme durch den Besteller seien die Voraussetzungen der Rückgriffskondiktion erfüllt.<sup>1305</sup> Der Unternehmer habe dadurch etwas erlangt, dass der Besteller den Mangel im Wege der Selbstvornahme beseitigt hat und auf diese Weise der Unternehmer von seiner Nacherfüllungspflicht befreit wurde. Somit habe sich der Unternehmer Aufwendungen gespart, die er nach § 635 BGB hätte tragen müssen. Dieses Ersparnis sei nicht durch eine Leistung, sondern in sonstiger Weise, also durch die Selbstvornahme erfolgt. Der Zweck der Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme durch den Besteller sei auch nicht auf die Entlastung des Unternehmers gerichtet. Daher sei von keiner zweckgerichteten Mehrung des Vermögens des Unternehmers auszugehen.<sup>1306</sup> Der Unternehmer habe auf Kosten des Bestellers gespart, sodass kein rechtlicher Grund für die Vermögensmehrung vorliegt. Die eigenmächtige Selbstvornahme durch den Besteller führe zur Leistungsbefreiung des Unternehmers. Diese Befreiung sei als ungerechtfertigte Bereicherung des Unternehmers einzustufen. Es sei kein Grund dafür ersichtlich, dass der Besteller bei einer Selbstvornahme schlechter stehen sollte als ein außenstehender Dritter.<sup>1307</sup> Ein an einem Schuldverhältnis nicht beteiligter Dritter könne einen Anspruch aus § 812 BGB gegen den Schuldner erwerben, wenn er an den Gläubiger geleistet hat.<sup>1308</sup> Beseitige ein Dritter unabhängig von dem Gläubiger den Mangel an einer Sache, so nähme er die Nacherfüllung vor, sodass der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit würde. Hiernach wäre der Anspruch des Dritten aus § 812 BGB begründet und er könne sich die ersparten Aufwendungen ersetzen lassen. Die Nacherfüllung im Wege der Selbstvornahme dürfe zu keiner wirtschaftlichen Belastung des Bestellers mit einer Einbuße an seinem Vermögen führen.<sup>1309</sup> Der Besteller müsse nach der Rückgriffskondiktion die ersparten Aufwendungen wie der Dritte ersetzen lassen können.

---

<sup>1304</sup> Katzenstein, ZGS 2004, 144; ders. ZGS 2004, 349 (357); Katzenstein, ZGS 2005, 184 (193); Rieble, DB 1989, 1759 (1760); Katzenstein, ZGS 2005, 305; BGH; Urt. v. 28.02.1961- VII ZR 197/59, BeckRS, 1961, 31185870, Ziff. II 2 c); Lamprecht, ZGS 2005, 266 (268).

<sup>1305</sup> Katzenstein, ZGS 2004, 300; ders. ZGS 2004, 144; ders. ZGS 2004, 349 (357).

<sup>1306</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (679); Katzenstein, ZGS 2005, 184 (185, 193); Katzenstein, ZGS 2004, 144, 148; Katzenstein, ZGS 2005, 349 (356).

<sup>1307</sup> Rieble, DB 1989, 1759, (1760).

<sup>1308</sup> Katzenstein, ZGS 2004, 300; ders. ZGS 2004, 144; ders. ZGS 2004, 349 (357).

<sup>1309</sup> Faust, BauR 2010, 1818 (1819).

## V. Ablehnung des Ersatzanspruchs als eine dem Zivilrecht fremde Sanktion

Weiterhin wird die Ansicht vertreten, dass die Ablehnung des Ersatzanspruchs eine Bestrafung des Bestellers darstelle.<sup>1310</sup> Eine solche „strafähnliche Sanktion“ sei den zivilrechtlichen Schutzsystemen jedoch fremd. Die Versagung des Ersatzanspruchs stelle eine ungerechtfertigte Benachteiligung für den Besteller und gleichzeitig einen ungerechtfertigten Vorteil für den Unternehmer dar.<sup>1311</sup> Daher sei es nicht gerecht, dem Besteller Aufwendungen zu belassen, die der Unternehmer bei eigener Nacherfüllung nach § 635 BGB zu tragen hätte. In einem unbilligen Fall würde die Selbstvornahme einen „unverdienten Glücksfall“<sup>1312</sup> oder ein „Geschenk“<sup>1313</sup> für den Unternehmer darstellen. Es bestehe kein Grund dafür, dass der Unternehmer von seiner Nacherfüllungskosten befreit und damit ihm einen unverdienten Vorteil oder ein Geschenk gesichert werden sollte. Die hier referierte Position plädiert daher für den Ersatzanspruch des Bestellers gegen den Unternehmer durch eine analoge Anwendung des §§ 326 II 2 BGB, sodass sich der Unternehmer die ersparten Aufwendungen anrechnen lassen muss.<sup>1314</sup>

## VI. Stellungnahme zur Zulassung des Aufwendungsersatzanspruchs

### 1. Zur Kündigung

Den oben dargestellten Bedenken von Rieble ist hier entgegenzutreten. Nach der zutreffenden Ansicht von Dauner-Lieb ist dem Besteller kein Aufwendungsersatzanspruch zuzubilligen. Ferner sind die beiden Konstellationen, also Kündigung und Selbstvornahme, voneinander zu trennen, da sie unterschiedliche Zwecke verfolgen.<sup>1315</sup> Im Rahmen des Werkvertragsrechts liegt das Werkinteresse beim Besteller und das Werklohninteresse beim Unternehmer.<sup>1316</sup> Primär verfolgt der Unternehmer sein Vergütungsinteresse. Die Vollendung des Werks ist für ihn zweitrangig.<sup>1317</sup> Der Besteller bringt mit der Selbstvornahme nicht zum Ausdruck, dass er sich vom Vertrag lösen möchte.<sup>1318</sup> Die Selbstvornahme durch den Besteller führt lediglich zur einseitigen Änderung der vertraglichen Verteilung der Pflichten.<sup>1319</sup> Selbst wenn die Vorschrift des § 648 BGB einen Ersatzanspruch für die ersparten

<sup>1310</sup> Katzenstein, ZGS 2004, 300, (305); ders. ZGS 2004, 349 (353); ders. ZGS 2005, 305, (309); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457, (1458f); Lorenz, NJW 2005, 1321 (1323); Seidel JuS 1991, 391, (394).

<sup>1311</sup> Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457, (1458); Braun, ZGS 2004, 423 (430); Katzenstein, ZGS 2004, 300, 305.

<sup>1312</sup> Oechsler, NJW 2004, 1825, (1826); Signat, ZEuP 2009, 716(738); Schwab, JuS 2014, 447, (449).

<sup>1313</sup> Lamprecht, ZGS 2005, 266 (270); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457, (1458).

<sup>1314</sup> Seidel, JuS 1991, 391 (394).

<sup>1315</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (172); Eusani, NZBau 2006, 676 (680); BGH; Urt. v. 25.06.1987- VII ZR 251/86, NJW 1988, 140 (141) Ziff. 2 a); Bitter/Rauhut, JZ 2007, 964 (965).

<sup>1316</sup> Bitter/Rauhut, JZ 2007, 964 (967); Gartz, NZBau 2018, 404.

<sup>1317</sup> Förster, ZGS 2011, 253 (256); Rudkowski, JURA 2011, 567 (568).

<sup>1318</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (172); Eusani, NZBau 2006, 676 (680); Bitter/Rauhut, JZ 2007, 964 (965); Vgl. Rudkowski, Jura 2011, 567 (568).

<sup>1319</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (172).

Aufwendungen begründen würde, erscheint sie als Anspruchsgrundlage fragwürdig.<sup>1320</sup> Nach dieser Vorschrift kann der Besteller lediglich bis zum Zeitpunkt der Vollendung des Werks kündigen. Gem. § 646 BGB endet die Vollendung des Werks mit der Abnahme, soweit sich der Besteller seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme nicht vorbehält (§ 640 III BGB).<sup>1321</sup> Damit kann das Kündigungsrecht ab Abnahme nicht mehr ausgeübt werden.<sup>1322</sup> Die Selbstvornahme kann dagegen nach den Maßstäben des § 637 BGB auch nach der Abnahme durchgeführt werden. Die Fälle sind nicht selten, in denen der Besteller den Mangel erst nach der Abnahme bemerkt und ihn dann selbst beseitigt.<sup>1323</sup> Damit können sich aus dieser Vorschrift des § 648 BGB keine Ersatzansprüche für den Besteller ableiten lassen. Dem Besteller im Werkvertragsrecht sind wie dem Käufer im Kaufvertragsrecht bei einer voreiligen Selbstvornahme keine Ansprüche zu gewähren.<sup>1324</sup> Dem Unternehmer ist nicht zu zumuten, dass er mit jederzeitiger Kündigung des Bestellers rechnen muss.<sup>1325</sup>

Auch nach der Ansicht von Eusani können die ersparten Aufwendungen im Fall der Kündigung des Bestellers nicht angerechnet werden.<sup>1326</sup> Der Besteller kann den Vertrag zwar gem. § 648 BGB kündigen, ohne eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen oder über die Gründe Angaben zu machen.<sup>1327</sup> Der Unternehmer wird aber hier nicht benachteiligt. Bei der Wahrung der Entscheidungsfreiheit des Bestellers wird auch das Vergütungsinteresse des Unternehmers berücksichtigt.<sup>1328</sup> Es kommt für ihn nicht auf die Herstellung des Werks, sondern auf die Vergütung an.<sup>1329</sup> Bei der Kündigung des Bestellers erhält er jedenfalls seine Vergütung nach § 648 I 2 BGB, sodass das Interesse des Unternehmers hinreichend geschützt wird.<sup>1330</sup> Die Berechtigung des Unternehmers zur Mängelbeseitigung bis zum Zeitpunkt der Kündigung soll bestehen bleiben.<sup>1331</sup> Der Besteller kann seine Mängelrechte hinsichtlich der vom Unternehmer bis zur Kündigung erbrachten Leistungen geltend machen.<sup>1332</sup> Die Kündigung wirkt hinsichtlich des Mangels nicht rückwirkend<sup>1333</sup>, sondern bezieht sich auf die nicht erstellten Teile des

---

<sup>1320</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (172).

<sup>1321</sup> Medicus/Lorenz, § 34 Rn. 3; Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (172); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 649 Rn. 11; wird ein Kündigungsrecht zwischen Vollendung und Abnahme ablehnt.

<sup>1322</sup> Pioch, JA 2016, 414, Gartz, NZBau 2018, 404 (405).

<sup>1323</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (172).

<sup>1324</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (172).

<sup>1325</sup> Förster, ZGS 2011, 253 (256).

<sup>1326</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (680).

<sup>1327</sup> Pioch, JA 2016, 414; Bitter/Rauhut, JZ 2007, 964 (965); Eusani, NZBau 2006, 676 (680); Rudkowski, Jura 2011, 567 (568); Palandt/*Sprau*, § 648 Rn. 1.

<sup>1328</sup> Bitter/Rauhut, JZ 2007, 964 (965); Eusani, NZBau 2006, 676 (680).

<sup>1329</sup> Förster, ZGS 2011, 253 (256); Eusani, NZBau 2006, 676 (680); Bitter/Rauhut, JZ 2007, 964 (966); Medicus/Lorenz, § 34 Rn.3; Palandt/*Sprau*, § 648 Rn. 1.

<sup>1330</sup> Rudkowski, Jura 2011, 567 (568).

<sup>1331</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (680); Rudkowski, Jura 2011, 567 (568).

<sup>1332</sup> Gartz, NZBau 2018, 404 (405), BGH Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15.

<sup>1333</sup> Pioch, JA 2016, 414; Gartz, NZBau 2018, 404 (405), BGH Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15; Eusani, NZBau 2006, 676 (680) Dagegen ist der BGH in seinem Urt. v. 25.06.1987- VII ZR 251/86, NJW 1988, 140 (141) Ziff. 2 a; von diesen Grundsätzen abgerückt, indem er die Umlegung der Aufwendungen, die durch die Selbstvornahme

herzustellenden Werks.<sup>1334</sup> Der Unternehmer darf finanziell nicht schlechter stehen als ohne Kündigung. Damit ist kein Ersatzanspruch des Bestellers aus den Kündigungsgründen gegeben.<sup>1335</sup>

Da die Kündigung wie auch die Selbstvornahme kein gemeinsames Ziel verfolgen und der Besteller mit seiner Durchführung der Selbstvornahme kein Wille zur Kündigung zum Ausdruck bringt, wird die Ansicht von Rieble entkräftet.

## 2. Zur Unmöglichkeit

Hier wird zu der Frage Stellung genommen, ob die Selbstvornahme durch den Besteller zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung geführt hat.

Wie oben bereits dargelegt, ist nach einer Ansicht in der Literatur die Nacherfüllung infolge der Selbstvornahme durch den Besteller unmöglich geworden.<sup>1336</sup> Im Kaufrecht ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs i. S. v. § 434 I 1 BGB für das Vorhandensein des Mangels maßgeblich. Dagegen wird im Werkvertragsrecht in der zu § 434 I 1 parallelen Vorschrift des § 633 BGB kein Zeitpunkt angegeben.<sup>1337</sup> Allerdings kann grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Abnahme nach § 640 BGB, oder ausnahmsweise auf den Zeitpunkt des Annahmeverzugs nach § 644 I 2 BGB oder auf die Auslieferung an die Transportperson nach § 644 II BGB<sup>1338</sup> abgestellt werden. Nach dieser Ansicht haben Ereignisse, die nach diesem Zeitpunkt eintreten, auf das Vorhandensein eines Mangels keinen Einfluss.

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Zunächst ist die These unbegründet, dass ein ursprünglich behebbarer Mangel durch die Selbstvornahme zum unbehebbareren Mangel umgewandelt wurde.<sup>1339</sup> Außerdem erscheint der Ausgangspunkt, der auf die Ereignisse abstellt, die nach dem Gefahrübergang bzw. nach der Abnahme auf das Vorliegen eines Mangels keinen Einfluss haben, nicht überzeugend. Zumal der gesetzliche Wortlaut des § 635 I BGB gegen diese Ansicht spricht. Er regelt ausdrücklich die Nacherfüllung im Wege der Beseitigung des Mangels. Die Regelung stellt auf das Vorhandensein eines Mangels auch nach der Abnahme bzw. nach dem Gefahrübergang ab. Im Übrigen ist darauf zu achten, dass ein unbehebbarer Mangel gerade das Vorliegen eines Mangels voraussetzt.<sup>1340</sup> Durch die Selbstvornahme wird lediglich der Mangel beseitigt.<sup>1341</sup>

---

vor Abnahme des Werks entstanden sind, auf den Unternehmer zugelassen hat. Da dieser Entscheidung nach die Aufwendungen nach der Abnahme entstehen sollen, damit sie angerechnet werden können und eine Kündigung des Bestellers nicht nur vor Abnahme, sondern auch nach der Abnahme möglich ist, kann diese Entschädigung des BGH für unseren Fall keine Lösung darstellen.

<sup>1334</sup> Förster, ZGS 2011, 253 (259).

<sup>1335</sup> Förster, ZGS 2011, 253 (257).

<sup>1336</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418).

<sup>1337</sup> Gerlach/Manzke, JuS 2019, 327 (330).

<sup>1338</sup> Gerlach/Manzke, JuS 2019, 327 (330).

<sup>1339</sup> Schroeter, JR 2004, 441 (442).

<sup>1340</sup> Katzenstein, ZGS 2004, 144, (145).

<sup>1341</sup> Dötsch, MDR 2003, 975, (976); Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 455 (456); Schönknecht, S. 53; Schroeter, JR 2004, 441 (442); Oechsler, NJW 2004, 1825 (1826);

Ein anderer Teil der Literatur<sup>1342</sup> vertritt wie oben schon dargestellt die Auffassung, dass die Nachbesserung infolge der Zweckerreichung unmöglich wird. Ob die Zweckerreichung der Nacherfüllung durch die Selbstvornahme erfolgt ist, ist sie für beide Varianten der Nacherfüllung zu prüfen. Gemäß § 635 I 1. Var. BGB tritt die Nacherfüllung im Wege der „Mängelbeseitigung“ ein. Dies erfolgt meistens durch Reparatur einer Sache oder den Austausch mangelhafter Einzelstücke. Beseitigt der Besteller den Mangel im Wege der Selbstvornahme, erscheint es zunächst möglich, dass der Unternehmer die geschuldete Leistung noch erbringen kann. Er kann z.B. die ausgetauschten Einzelteile nochmals durch neue ersetzen, ein Kraftfahrzeug erneut in der geschuldeten Farbe lackieren oder das Hemd erneut nähen. Da der Besteller den vorhandenen Mangel schon im Wege der Selbstvornahme behoben hat, können diese Handlungen nicht mehr als die Beseitigung des Mangels angenommen werden. Der Besteller zeigt damit, dass er an der Mängelbeseitigung kein Interesse mehr hat. Es liegt schließlich gar kein Mangel mehr vor. Die Mängelbeseitigung stellt eine erfolgsbezogene Handlung dar. Mit der Selbstvornahme tritt dieser Erfolg ein. Damit ist die Zweckerreichung der Nachbesserung im Wege der Selbstvornahme eingetreten, sodass die Nachbesserung gem. § 275 BGB unmöglich wird.

Allerdings stellt sich die Frage, ob die Selbstvornahme zur Zweckerreichung der Herstellung eines neuen Werks geführt hat. Nach § 635 I 2. Var. BGB kann die Nacherfüllung durch die „Herstellung eines neuen Werks“ erfolgen.<sup>1343</sup> Anders als die erste Variante „Mängelbeseitigung“, die aufgrund der Natur der Sache nur einmal vorgenommen werden kann, kann die Herstellung eines neuen Werks beliebig oft durchgeführt werden. Mit der Selbstvornahme bringt der Besteller zum Ausdruck, dass er kein wirtschaftliches Interesse an der Herstellung eines neuen Werks hat.<sup>1344</sup> Der Besteller verfügt bereits über ein mangelfreies Werk. Es ist kein Grund ersichtlich, warum er dieses Werk gegen ein anderes Werk ersetzen sollte. Sein wirtschaftliches Interesse liegt nicht mehr vor. Die Selbstvornahme ist für die Zweckerreichung der Nachlieferung nicht ursächlich. Damit ist keine Unmöglichkeit der Nacherfüllung hinsichtlich der erneuten Herstellung nach § 275 BGB gegeben.

Das Interesse des Bestellers liegt ferner nicht in der Nacherfüllung, sondern darin, ein mangelfreies Werk zu erhalten. Nach seiner Selbstvornahme verfügt er über ein mangelfreies Werk. Zur Annahme der Unmöglichkeit der Nacherfüllung müssen beide Varianten der Nacherfüllung unmöglich sein. Aufgrund der Tatsache, dass hier nicht die Herstellung eines neuen Werks, sondern lediglich die Mängelbeseitigung unmöglich wurde, darf nicht davon ausgegangen werden, dass die Selbstvornahme zur Zweckerreichung der Nacherfüllung geführt hat. Somit stellt die Selbstvornahme weder wegen der Behebbarkeit des Mangels noch wegen der Zweckerreichung einen Grund für die Unmöglichkeit dar, sodass der Aufwendungsersatzanspruch des Bestellers ausgeschlossen ist.

---

Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10 (12); Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (170); Gsell, ZIP 2005, 922 (928).

<sup>1342</sup> Bressler, NJW 2004, 3382 (3383); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457, Arnold, ZIP 2004, 2412, (2414).

<sup>1343</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 27.

<sup>1344</sup> Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10 (11).

### **a. Zum Scheitern anderer Gewährleistungsrechte**

Die Vertreter der Auffassung in der Literatur, wonach der Aufwendungsersatzanspruch des Bestellers zugelassen wird, gestehen dem Besteller wegen seiner Selbstvornahme keine anderen Gewährleistungsrechte zu.<sup>1345</sup> Alle Rechtsbehelfe hinsichtlich der Mängelbeseitigung können prinzipiell erst nach Ablauf der Fristsetzung geltend gemacht werden.<sup>1346</sup> Gem. § 323 VI BGB ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weitüberwiegend verantwortlich ist.<sup>1347</sup> Der Besteller hat den Umstand der Unmöglichkeit der Nacherfüllung durch seine Selbstvornahme herbeigeführt.<sup>1348</sup> Man darf nicht aus den Augen verlieren, dass der Unternehmer zunächst ein mangelhaftes Werk hergestellt hat.<sup>1349</sup> Mit der mangelhaften Werkleistung trägt der Unternehmer zu dem Umstand, der den Besteller zum Rücktritt berechtigen würde, bei, sodass der Besteller für diesen Umstand nicht allein verantwortlich ist. Die Durchführung der Selbstvornahme darf nicht zur Entlastung des Unternehmers trotz seiner mangelhaften Werklieferung führen. Von einem Ausschluss des Rücktritts und damit Minderungsrecht nach § 323 VI BGB ist nicht auszugehen.

Zum Bestehen eines Schadensersatzes sind die Fristsetzung und das Vertretenmüssen des Unternehmers erforderlich. Bei einer voreiligen Selbstvornahme durch den Besteller liegt keine Fristsetzung vor. Die Gründe der Entbehrlichkeit der Fristsetzung i. S. v. § 323 II BGB kommen hier nicht in Betracht. Der Unternehmer hat keine Gelegenheit erhalten, den Mangel selbst zu untersuchen, sodass er nicht in der Lage war, die Leistung zu verweigern § 323 II Nr.1 BGB. Mit der Lieferung eines mangelhaften Werks hat aber der Unternehmer eine Ursache gesetzt, die eine Durchführung der Nacherfüllung erforderlich macht. Diesen Zustand hat der Unternehmer zu vertreten. Trotz alledem liegen keine Gründe vor, die den Ausschluss eines Schadensersatzanspruchs verhindern könnten.

### **b. Zum Ausgleichsanspruch eingesparter Aufwendungen nach § 326 II 2 BGB**

Für den Ersatz der Aufwendungen der Selbstvornahme könnte die Vorschrift des § 326 II 2 BGB einschlägig sein. Im Sinne dieser Vorschrift soll der Besteller durch seine Selbstvornahme die Unmöglichkeit der Leistung des Unternehmers verursacht haben.<sup>1350</sup> Trotz der Unmöglichkeit der Nacherfüllung bleibt der Werklohnanspruch des

---

<sup>1345</sup> Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Katzenstein, ZGS 2004, 349 (355); Bressler, NJW 2004, 3382 (3383); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1459).

<sup>1346</sup> Faust, BauR 2010, 1818.

<sup>1347</sup> Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418); Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Katzenstein, ZGS 2004, 349 (355); Bressler, NJW 2004, 3382 (3383); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1459).

<sup>1348</sup> Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Katzenstein, ZGS 2004, 349 (355); Bressler, NJW 2004, 3382 (3383); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1459).

<sup>1349</sup> Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10 (12); ders. FS Hadding, S. 25 (27).

<sup>1350</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (679).



Unternehmers als Gegenleistungsanspruch i. S. v. § 326 I 2 BGB bestehen.<sup>1351</sup> Jedoch er kann sich die eingesparten Aufwendungen nach § 326 II 2 BGB anrechnen lassen.<sup>1352</sup>

Diese Auffassung überzeugt nicht. Gegen die direkte Anwendbarkeit des § 326 II 2 BGB sind systematische Gründe einzuwenden. Der gesetzliche Aufbau des § 326 BGB sieht wie folgt aus: Nach § 326 I 1 BGB entfällt grundsätzlich der Anspruch auf die Gegenleistung bei Unmöglichkeit der Leistung. Dazu gibt es zwei Ausnahmen: Erstens findet der Grundsatz des § 326 I 1 BGB nach § 326 I 2 BGB bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung keine Anwendung. Zweitens bleibt nach § 326 II BGB der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung bestehen, wenn der Gläubiger für die Unmöglichkeit der Leistung allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Dazu gibt es noch eine Sonderregelung in § 326 II 2 BGB, danach soll sich der Schuldner die eingesparten Aufwendungen anrechnen lassen müssen. Diese Sonderregelung stellt jedoch systematisch nicht auf die erste Ausnahme in § 326 I 2 BGB, sondern auf die zweite Ausnahme in § 326 II 1 BGB ab.<sup>1353</sup> Entgegen der Meinung<sup>1354</sup>, die eine direkte Anwendung des § 326 II 2 BGB durch Einbeziehen der Erfüllung der Tatbestände von beiden Regelungen des § 326 I 2 BGB und § 326 II 1 BGB behauptet, finden diese Regelungen nicht nebeneinander Anwendung. Die Regelung des § 326 I 2 stellt gegenüber § 326 II 1 BGB eine vorrangige Regelung dar.<sup>1355</sup> Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen mit den Gewährleistungsrechten soll der Gegenleistungsanspruch bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung weiter bestehen bleiben. Soll der Werklohnanspruch reduziert werden, dann darf es nicht mit § 326 BGB, sondern mit anderen Rechtsbehelfen im Werkvertragsrecht nach § 638 BGB begründet werden.<sup>1356</sup> Bei Selbstvornahme ist lediglich der Tatbestand des § 326 I 2 BGB erfüllt. Damit scheidet eine direkte Anwendung des § 326 II 2 BGB aus. Zwar tritt ein Teil des Schrifttums<sup>1357</sup> für die analoge Anwendung des § 326 II 2 BGB ein. Allerdings ist die dafür erforderliche planwidrige Regelungslücke nicht gegeben. Daher ist dieser Ansicht nicht zu folgen. Die Aufzählung der Gewährleistungsrechte des Bestellers in § 634 BGB ist eindeutig und abschließend.<sup>1358</sup> Eine Regelungslücke, die eine analoge Anwendung des § 326 II 2 BGB erlauben würde, ist nicht ersichtlich.<sup>1359</sup> Diese Vorschrift findet im Rahmen des Gewährleistungsrechts des Bestellers keine Anwendung. Das Recht des Bestellers auf Nacherfüllung genießt Vorrang, sodass der Unternehmer zur Mängelbeseitigung verpflichtet ist, bevor er den anderen Mängelansprüchen des Bestellers ausgesetzt wird. Beim Vorrang der Nacherfüllung ist nicht auf die bestimmte schadensrechtliche Haftung des Unternehmers, sondern auf die Gewährung einer

---

<sup>1351</sup> Seidel, JuS 1991, 391 (394).

<sup>1352</sup> Braun, ZGS 2004, 423 (428); Eusani, NZBau 2006, 676 (679); Katzenstein, ZGS 2005, 184 (185).

<sup>1353</sup> Schönknecht, S. 63.

<sup>1354</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417, (1419); Gsell, ZIP 2005, 922 (925); Ebert, NJW 2004, 1761 (1763).

<sup>1355</sup> Schroeter, JR 2004, 441, (444); Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 120.

<sup>1356</sup> HK-BGB/Schulze, BGB § 326 Rn. 6; MüKoBGB/Ernst, BGB § 326 Rn. 112.

<sup>1357</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 (1419); Katzenstein, ZGS 2004, 144 (146).

<sup>1358</sup> AG Kempen Urt.v.18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440; Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, § 637 Rn. 15.

<sup>1359</sup> AG Kempen Urt. v. 18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440; dasselbe DAR 2004, 34f.

Leistungserbringung in Natur abzustellen.<sup>1360</sup> Fehlt die Fristsetzung zur Nacherfüllung, verliert der Unternehmer die Möglichkeit, die vom Besteller geltend gemachten Ansprüche zu überprüfen.<sup>1361</sup> In einem solchen Fall bleibt dem Unternehmer die Möglichkeit verwehrt, den behaupteten Mangel zu untersuchen, und sich selbst ein Bild von dem Mangel zu machen. Bei einer analogen Anwendung des § 326 II 2 BGB, die die Selbstvornahme des Bestellers erlauben würde, kann der Unternehmer seinen Werklohn nicht mehr verdienen. Diese Möglichkeit hätte er durch die zweite Andienung noch gehabt.<sup>1362</sup> Somit würde der Vorrang der Nacherfüllung unterlaufen.<sup>1363</sup> Das Recht „zur zweiten Andienung“ dient dazu, dem Unternehmer eine Möglichkeit einzuräumen, wirtschaftliche Nachteile (z.B. Rückabwicklung des Vertrags) abzuwenden, die wegen des Mangels des Werks drohen<sup>1364</sup> und gegen seinen Willen den übrigen Gewährleistungsrechtsbehelfen des Bestellers ausgesetzt zu werden.<sup>1365</sup> Ferner stellen die Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechts eine Sonderregelung dar, die die Anwendung der allgemeinen Vorschriften in ihrem Anwendungsbereich ausschließen.<sup>1366</sup> Ansonsten würde eine unzulässige Umgehung der Voraussetzungen des Werkvertragsrechts geschehen, sodass das Recht des Unternehmers zur Mängelbeseitigung unterlaufen würde.<sup>1367</sup>

Der BGH hat die Frage, ob die Selbstvornahme des Bestellers zur Unmöglichkeit der Leistung des Unternehmers führt, in seiner Entscheidung (Urt. v. 23.2.2005- VIII ZR 100/04)<sup>1368</sup> offengelassen. Jedoch darf die Frage der Unmöglichkeit, die durch die Selbstvornahme entstanden ist, nicht offen bleiben.<sup>1369</sup> Für die Unmöglichkeit wird angeführt, dass die Zweckerreichung im Werkvertragsrecht zur Unmöglichkeit i. S. v. § 275 I BGB führt.<sup>1370</sup> Der primäre Leistungsanspruch auf Werkherstellung nach § 631 BGB, der im Gegenseitigkeitsverhältnis steht, ist im klassischen Fall durch die

---

<sup>1360</sup> Lamprecht, ZGS 2005, 266 (271).

<sup>1361</sup> AG Kempen Urt.v.18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440; dasselbe DAR 2004, 34f.

<sup>1362</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 455; Gsell, ZIP 2005, 922 (924); Dauner-Lieb/Arnold, FS für Hadding S. 25 (29); Katzenstein, ZGS 2004,349 (352); ders. ZGS 2005, 305 (308) LG Gießen, ZGS 238, (240); Braun, ZGS 2004, 423 (428); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn.16; Rodorff, S. 172; Schönknecht, S. 43; Sutschet, JZ 2005, 574 (575).

<sup>1363</sup> BGH Urt. v. 23.2. 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1349); Tonner/Wiese BB 2005, 903, (904); Kniffka BauR, 2005, 1024 (1025); Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 455 (458) ders. NZBau 2004, 233, 235f; Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10, (13ff); Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; Schröter, JR 2004, 441, (442).

<sup>1364</sup> BGH Urt. v. 23.2. 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1350); Katzenstein, ZGS 2005, 305 (306); Vgl. Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418); Oechsler, NJW 2004, 1825.

<sup>1365</sup> Vgl. Dauner-Lieb/Arnold, FS für Hadding S. 25 (29).

<sup>1366</sup> AG Kempen Urt. v. 18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440.

<sup>1367</sup> AG Kempen Urt. v. 18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440; Lamprecht, ZGS 2005, 266 (268).

<sup>1368</sup> BGH Urt. v. 23.2.2005- VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1349); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 16.

<sup>1369</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (679).

<sup>1370</sup> Katzenstein, ZGS 2005, 184 (189); Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Tonner/Wiese, BB 2005, 903 (905).

Unmöglichkeit der Nacherfüllung erloschen.<sup>1371</sup> Für die Gegenleistung kann § 326 BGB herangezogen werden, sodass die Anrechnung der eingesparten Aufwendungen nach § 326 II 2 BGB möglich wäre. In beiden Fällen tritt der Werkerfolg ein, ohne dass der Unternehmer tätig wird. Die Selbstvornahme verhindert aber nicht den Erfüllungsanspruch, sondern den Nacherfüllungsanspruch.<sup>1372</sup> Die Nacherfüllung ist zwar unmöglich, doch soll diese Unmöglichkeit auf die synallagmatische Gegenleistung einwirken. Da sich der Nacherfüllungsanspruch nicht in einem Synallagma befindet, kann nicht von einer Unmöglichkeit ausgegangen werden.<sup>1373</sup> Dies könnte jedoch nur in einem ursprünglichen Erfüllungsanspruch der Fall sein. Wird die ursprüngliche Leistungspflicht unmöglich, so hat dies auf die Gegenleistung bzw. die Vergütung der Werkherstellung Auswirkungen.<sup>1374</sup> Bleibt die ursprüngliche Leistung nach § 326 I BGB bestehen, können ersparten Aufwendungen nach § 326 II 2 BGB angerechnet werden.<sup>1375</sup>

Da die Nacherfüllung nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis steht, tritt keine Unmöglichkeit i. S. v. § 326 BGB infolge der Selbstvornahme ein. Aufgrund des abschließenden Charakters des § 637 BGB findet § 326 BGB im Werkvertragsrecht keine Anwendung. Damit kann der Besteller die Aufwendungen, die er im Rahmen der Selbstvornahme ohne vorherige Fristsetzung gemacht hat, nicht nach § 326 II 2 BGB anrechnen lassen.<sup>1376</sup>

### 3. Zur Geschäftsführung ohne Auftrag

Wie oben dargestellt wurde, stellt nach einem Teil der Literatur die Selbstvornahme eine Geschäftsführung ohne Auftrag<sup>1377</sup> dar. Dieser Ansicht ist wegen des fehlenden Fremdgeschäftsführungswillens nicht zu folgen. Ein solcher Wille des Bestellers ist zunächst gegeben, weil er den Mangel mit der Absicht beseitigt, die entstehenden Aufwendungen später vom Unternehmer ersetzen zu verlangen.<sup>1378</sup> Jedoch handelt der Besteller in erster Linie mit der Absicht, das Werk mangelfrei zur Verfügung zu haben. Der Besteller beseitigt lediglich im eigenen Interesse, sonst hatte er keine Absicht, das Geschäft des Unternehmers zu besorgen. Damit ist von einem Fremdgeschäftsführungswillen des Bestellers nicht auszugehen. Der Unternehmer hat den Besteller weder beauftragt noch seine Handlung nachträglich genehmigt. Die Selbstvornahme entspricht weder dem wirklichen noch dem mutmaßlichen Willen des Unternehmers, da die Nacherfüllung vorrangig ist. Aus diesem Grund ist der Unternehmer daran interessiert, den Mangel selbst zu untersuchen und dann zu beseitigen. Die Mängelbeseitigungskosten des Unternehmers sind infolge seines Informationsvorsprungs meistens niedriger als die Selbstvorkosten des

---

<sup>1371</sup> Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457.

<sup>1372</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (679).

<sup>1373</sup> Vgl. Eusani, NZBau 2006, 676 (679).

<sup>1374</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (679).

<sup>1375</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (679).

<sup>1376</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233; Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10 (12); Kniffka, BauR 2005, 1024 (1025).

<sup>1377</sup> Oechsler, NJW 2004, 1825 (1826); Katzenstein, ZGS 2004, 300 (305).

<sup>1378</sup> Oechsler, NJW 2004, 1825 (1826); Katzenstein, ZGS 2004, 300 (305).

Bestellers.<sup>1379</sup> Daher kann der Besteller seine Aufwendungen auch nicht nach den Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt erhalten.<sup>1380</sup>

#### **4. Zum Bereicherungsrecht**

Ein Teil der Literatur<sup>1381</sup> greift zum Ersatz der gesparten Aufwendungen auf die Rückgriffkondiktion zurück und sieht die Voraussetzungen der Rückgriffkondiktion bei einer Selbstvornahme erfüllt (s.o.).

Diese Ansicht überzeugt nicht. Bei einer Rückgriffskondiktion muss der Unternehmer von seiner Leistungspflicht befreit sein. Im Falle der Selbstvornahme wäre dies dann der Fall, wenn die beiden Varianten der Nacherfüllung dem Unternehmer unmöglich wären. Jedoch führt die Selbstvornahme lediglich zur Unmöglichkeit der Nachbesserung. Die Herstellung eines neuen Werks als zweite Variante ist dem Unternehmer noch möglich. Daher hat der Unternehmer die Aufwendungen nicht „erlangt“, sodass die Tatbestandsvoraussetzung des § 812 BGB nicht vorliegt. Als gesetzlicher Grund könnte der Schadensersatz des Bestellers in Betracht kommen. Bei einer voreiligen Selbstvornahme wird dem Besteller mangels Fristsetzung kein Schadensersatzanspruch eingeräumt. Da die Voraussetzungen des Schadensersatzes nicht vorliegen, darf dem Besteller durch den Umweg des Bereicherungsrechts kein Ersatzanspruch zugesprochen werden.

#### **5. Zur fremden Sanktion**

Die Versagung des Ersatzanspruchs stellt keineswegs eine Strafe für den Besteller dar. Der Zweck der zivilrechtlichen Regelungen besteht zwar außer bei dem Prinzip „pacta sunt servanda“ in einem gerechten Ausgleich.<sup>1382</sup> Doch kann es dabei nicht vermieden werden, dass nachteilige Rechtsfolgen eintreten. Der Besteller ist nach § 637 BGB verpflichtet, eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen. Verletzt er diese Pflicht, dann muss er damit rechnen, dass ihm die Ausübung der Mängelrechte wegen des fehlenden Fristablaufs nicht zusteht. Damit ist die Ablehnung des Ersatzanspruchs als notwendige und objektive Folge einer Pflichtverletzung anzusehen.

#### **6. Zwischenergebnis**

Der Ansicht, die für den Besteller aus unterschiedlichen Gründen einen Ersatzanspruch vorsieht, ist nicht folgen. Aufgrund der fehlenden Verfolgung eines gemeinsamen Ziels steht dem Besteller kein Ersatz wegen Kündigung zu. Da eine Unmöglichkeit der beiden Varianten der Nacherfüllung durch Selbstvornahme nicht eingetreten ist und Nacherfüllung sich nicht in einem synallagmatischen Verhältnis mit dem Anspruch auf

---

<sup>1379</sup> Lamprecht, ZGS 2005, 266 (268); Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, § 631-651 Rn. 4.

<sup>1380</sup> BGH Urt. v. 28.09.1967 –VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; Vgl. Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302); Seidel, JuS 1991, 391 (393).

<sup>1381</sup> Katzenstein, ZGS 2004, 144; ders. ZGS 2004, 349 (357); Katzenstein, ZGS 2005, 184 (193); Katzenstein, ZGS 2004, 300; Rieble, DB 1989, 1759 (1760); Katzenstein, ZGS 2005, 305; BGH; Urt. v. 28.02.1961- VII ZR 197/59, BeckRS, 1961, 31185870, unter II 2 c); Vgl. Seidel, JuS 1991, 391 (394) Hiernach könnte die Vorschrift 324 I BGB a. F. einen rechtlichen Grund darstellen.

<sup>1382</sup> Wertenbruch, ZGS 2003, 53 (57).

Werklohn befindet, kann der Besteller seine Aufwendungen nicht nach § 326 II BGB anrechnen lassen. Vielmehr steht ihm ausschließlich die werkvertragliche Sonderregelung des § 638 BGB zur Verfügung. Der Besteller hat keine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt und keinen Grund für deren Entbehrlichkeit vorgebracht, sodass er keinen Schadensersatzanspruch geltend machen kann. Der Besteller kann aufgrund der mangelhaften Werkherstellung des Unternehmers für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigt, nicht gem. § 323 VI BGB verantwortlich gemacht werden. Folglich kann er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen. Ein Ersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag scheidet an dem fehlenden Fremdgeschäftsführungswillen. Der Besteller handelte vielmehr in eigenem Interesse. Da der Unternehmer von seiner Nacherfüllungspflicht bezüglich der Herstellung eines neuen Werks nicht befreit ist, kann der Besteller keinen Ersatzanspruch aus dem Bereicherungsrecht nach § 812 BGB herleiten. Die Ablehnung des Ersatzes von Aufwendungen, die der Besteller im Rahmen der Selbstvornahme gemacht hat, führt nicht zu einer fremden Sanktion bzw. Strafe. Denn er ist gem. § 637 I BGB verpflichtet, eine Frist zur Mängelbeseitigung zu setzen. Der Gesetzgeber hat auf mögliche Bedenken des Bestellers Rücksicht genommen, indem er die Entbehrlichkeitsgründe in § 637 II BGB mit Verweis auf die allgemeine Vorschrift § 323 II BGB geregelt hat. Der Besteller hat weder die Fristsetzungspflicht wahrgenommen noch einen Grund für ihre Entbehrlichkeit angeführt. Daher sollte er nicht überrascht sein, wenn ihm kein Ersatzanspruch gewährt wird.

### **C. Ablehnung/Ausschluss des Ausgleichsanspruchs**

Ein Teil der Literatur<sup>1383</sup> und die Rechtsprechung<sup>1384</sup> lehnen jegliche Erstattungsansprüche des Bestellers bei einer voreiligen Selbstvornahme konsequent ab.

#### **I. Abschließender Charakter des § 637 BGB**

Die Rechtsprechung hatte Ersatzansprüche des Bestellers bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 633 III BGB a.F. (§ 13 Nr.5 VOB/B) stets abgelehnt.<sup>1385</sup> Das

<sup>1383</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169ff; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 (252); ders. ZGS 2003, 455ff; ders. NZBau 2004, 233(236); Dauner-Lieb/Arnold, FS für Hadding, 2004 S. 30ff; Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10ff; Dötsch, MDR 2004, 975 (977) Arnold, ZIP 2004, 2412ff.; Schroeter, JR 2004, 441; Leistner, JA 2007, 81 (85); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 16; MüKoBGB/Ernst, BGB § 326 Rn. 112; Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 21; BeckOK BGB/Voit BGB § 637 Rn. 18.

<sup>1384</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.10.2013 – I-22 U 81/13, NJW 2014, 1115, (1118); BGH Urt. v. 23.2. 2005- VIII ZR 100/04, NJW, 2005, 1348 (1350); BGH Urt. v. 7.12. 2005- VIII ZR 126/05, NJW, 2006, 988f; BGH Urt. v. 21.12. 2005- VIII ZR 49/05, NJW, 2006, 1195f; BGH Urt. v. 11.10.1965-VII ZR 124/63, NJW 1966, 39 (40); BGH Urt. v. 28.9. 1967-VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; BGH Urt. v. 6.11.1986 –VII ZR 97/85, NJW 1987, 645 (646); AG Kempen Urt. v. 18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440; HK-BGB/Reiner Schulze, BGB § 326 Rn. 14; BeckOGK/Herresthal, BGB § 326 Rn. 301; Schönknecht, S. 64 BGH Urt. v. 23.2.1978-VII ZR 11/76) NJW 1978, 1376; BGH Urt. v. 12.07.1984- VII ZR 268/83 NJW 1984,2573; BGH Urt.v.11.10.1965-VII ZR 124/63, NJW 1966, 39 (40); OLG Celle Urt. v. 10.2. 2005-8 U 146/04, NJOZ 2005, 2025.

<sup>1385</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, S. 233, (235); Faust, BauR 2010, 1818 (1819); BGH Urt. v. 11.10.1965-VII ZR 124/63, NJW 1966, 39 (40); BGH Urt. v. 28.9. 1967-VII ZR

diesen Vorschriften zugrundeliegende System der Mängelansprüche stelle darauf ab, dass der Unternehmer den Mangel seines Werks beseitigen muss.<sup>1386</sup> Dafür solle er vom Besteller die Gelegenheit zur Nachbesserung erhalten.<sup>1387</sup> Erst wenn der Unternehmer eine ihm gesetzte, angemessene Frist erfolglos habe verstreichen lassen, sei der Besteller berechtigt, die Selbstvornahme durchzuführen und den Mangel auf Kosten des Unternehmers beseitigen zu lassen.<sup>1388</sup> Unterließe der Besteller diese Fristsetzung zur Mängelbeseitigung, so verlöre er jeden Erstattungsanspruch.<sup>1389</sup> Der Zweck dieser Fristsetzung sei es, dem Unternehmer eine letzte Gelegenheit zu gewähren, das noch mit Mängeln behaftete Werk in den vertragsmäßigen Zustand zu versetzen.<sup>1390</sup>

Seien die Voraussetzungen des § 637 BGB (§ 633 III BGB a.F.) nicht gegeben, dürfe keine andere Anspruchsgrundlage herangezogen werden.<sup>1391</sup> Dann seien die Aufwendungen der Selbstvornahme dem Besteller aufzuerlegen. Der Gesetzgeber habe bewusst dagegen entschieden, eingesparte Aufwendungen bei voreiliger Selbstvornahme anzurechnen. Die Regelung des § 637 BGB sei abschließend.<sup>1392</sup> Beseitige der Besteller den Mangel selbst, ohne dass die Voraussetzungen der Aufwendungsersatzregelung wegen der fehlenden hinreichenden Aufforderung oder Voreiligkeit<sup>1393</sup> gegeben sind, stünden ihm Ersatzansprüche gegenüber dem

---

81/65, NJW 1968, 43; BGH Urt. v. 6.11.1986 –VII ZR 97/85, NJW 1987, 645 (646); AG Kempen Urt. v. 18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440; Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos*, BGB § 637 Rn. 15; OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.10.2013 – I-22 U 81/13, NJW 2014, 1115, (1118); Schönknecht, S. 64.

<sup>1386</sup> BGH Urt. v. 7.11.1985 VII ZR 270/83, NJW 1986, 922.

<sup>1387</sup> BGH Urt. v. 7.11.1985 VII ZR 270/83, NJW 1986, 922ff; BGH Urt. v. 8.10.1987 –VII ZR 45/87, NJW 1988, 208 (209); AG Kempen Urt. v. 18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440.

<sup>1388</sup> Kuhn, ZfBR 2013, 523; BGH Urt. v. 7.11.1985 VII ZR 270/83, NJW 1986, 922.

<sup>1389</sup> BGH Urt. v. 7.11.1985 VII ZR 270/83, NJW 1986, 922; BGH Urt. v. 8.10.1987 –VII ZR 45/87, NJW 1988, 208 (209).

<sup>1390</sup> AG Kempen Urt. v. 18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440.

<sup>1391</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641 (644ff); OLG Düsseldorf Urt. v. 30.08.2016 – I-21 U 8/16 BeckRS 2016/124160 Rn. 133; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 637 Rn.7; BGH Urt.8.10.1987- VII ZR 45/87, NJW-RR 1988, 208 (209); OLG Düsseldorf Urt. 15.10.2004- 22 U 108/03, NZBau 2006, 717 (719); Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos*, BGB § 637 Rn. 15.

<sup>1392</sup> BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 637 Rn.18; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (235); Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos* BGB § 637 Rn.15; BGH Urt. v. 8.12.1966 – VII ZR 144/64, NJW 1967, 388 (389); AG Kempen Urt.v.18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440; OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.10.2013 – I-22 U 81/13, NJW 2014, 1115, (1118); Erman/Schwenker, § 637 Rn. 19.

<sup>1393</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 637 Rn.4, Bei einem Rohrbruch OLG Düsseldorf Urt. v. 16.10.1992- 22 U 63/92, NJW-RR 1993, 477: der Androhung behördlicher Schließung von Geschäftsräumen oder der Verzögerung der Eröffnung eines Geschäftslokals BGH Urt. 15.1.2002- X ZR 233/00, NJW-RR 2002, 666 ist unzumutbar dem Besteller auf die Mängelbeseitigung durch den Unternehmer abzuwarten.

Unternehmer weder aus Geschäftsführung ohne Auftrag noch aus dem Bereicherungsrecht zu.<sup>1394</sup>

Der BGH hat sich zum ersten Mal in seinen Entscheidungen (Urt. v. 11.10.1965 – VII ZR 124/63 und Urt. v. 28.09.1967– VII ZR 81/65) mit der Anwendbarkeit der bereicherungsrechtlichen Vorschriften, mit denen § 13 Nr. 5 II VOB/B konkurriert, bezüglich des Falls beschäftigt<sup>1395</sup>, dass der Besteller ohne vorherige Fristsetzung den Mangel selbst beseitigt und dann ihm anfallenden Kosten von dem Unternehmer verlangt. Der BGH stellte auf den abschließenden Charakter von § 13 Nr. 5 II VOB/B ab und lehnte die Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts ab, wenn der Besteller die Fristsetzung vernachlässigt hat.<sup>1396</sup> Er hat in seinen Urteilen den Anspruch des Bestellers gegen den Unternehmer wegen dessen eingesparten Nachbesserungskosten mit der Begründung abgelehnt, dass die werkvertraglichen Gewährleistungsrechte abschließend seien und den Vorrang genössen.<sup>1397</sup> Dieses Prinzip würde ausgehöhlt, wenn der Besteller, ohne dem Unternehmer eine Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, den Mangel selbst beseitigen würde und anschließend seine Aufwendungen beim Unternehmer liquidieren könnte. Die Gewährung des Ausgleichsanspruchs des Bestellers aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag würde Unklarheiten und Schwierigkeiten verursachen, die nach den Bestimmungen des Werkvertrags gerade zu vermeiden seien.<sup>1398</sup> Der Mangel sei schließlich bereits beseitigt, sodass eine zuverlässige Nachprüfung seines Umfangs und seiner Schwere

---

<sup>1394</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (235); ders. NZM 2004, 641 (644f); Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (173); Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Faust, BauR 2010, 1818 (1819); BGH Urt. v. 28.09.1967 –VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302); BGH Urt. v. 11.10.1965 –VII ZR 124/63, NJW 1966, 39; BGH Urt. v. 8.12.1966 –VII ZR 144/64, NJW 1967, 388 (389); BGH Urt. v. 7.11.1985 VII ZR 270/83, NJW 1986, 922 (923); OLG Düsseldorf; Urt. v. 4.12.1992- 22 U 154/92, NJW-RR, 1993,110 (111) der Begriff „voreilige Eigennachbesserung“; OLG Düsseldorf Urt. v. 30.08.2016 – I - 21 U 8/16 BeckRS 2016/124160 Rn. 72 In dieser Entscheidung wurde der Aufwendungsersatzanspruch des Bestellers wegen des Nichtvorliegens der Voraussetzungen infolge der fehlenden wirksamen Fristsetzung abgelehnt. Danach war eine Fristsetzung zur Nacherfüllung wirkungslos, wenn der Besteller die ihm obliegende Mitwirkungshandlung nicht erbracht hat, sodass dem Unternehmer die Durchführung einer Nacherfüllung möglich wäre. Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn.15; OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.10.2013 – I-22 U 81/13, NJW 2014, 1115, (1118); Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 21.

<sup>1395</sup> BGH Urt. v. 11.10.1965 –VII ZR 124/63, NJW 1966, 39; Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302); BGH Urt. v. 28.09.1967 –VII ZR 81/65, NJW 1968, 43.

<sup>1396</sup> BGH Urt. v. 11.10.1965 –VII ZR 124/63, NJW 1966, 39; Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302); Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 (252).

<sup>1397</sup> BGH (Urt. v. 23.2.2005-VIII ZR 100/04), NJW 2005, 1348 (1350); Faust, BauR 2010, 1818 (1819); Schroeter, JR 2004, 441, (442); MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 8; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250.

<sup>1398</sup> BGH Urt. v. 28.09.1967 –VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; BGH Urt. v. 23.2. 2005-VIII ZR 100/04), NJW 2005, 1348 (1350); Arnold, ZIP 2004, 2412 (1413); BGH Urt.v.11.10.1965-VII ZR 124/63, NJW 1966, 39 (40).

sowie die Angemessenheit der beanspruchten Beseitigungskosten nicht mehr möglich sei.<sup>1399</sup>

Nach gefestigter Rechtsprechung ist bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 637 I BGB ein Anspruch auf Kostenersatz nicht erlaubt.<sup>1400</sup> Die Zulassung eines solchen Anspruchs würde die Regelung des § 637 BGB, also das Recht des Unternehmers zur zweiten Andienung und den Vorrang der Nacherfüllung, unterlaufen. Als weiteres Argument wurde vorgebracht, dass die Aufwendungen der Selbstvornahme meistens höher seien als die Kosten des Unternehmers.<sup>1401</sup>

Beseitigt der Besteller den Mangel selbst, ohne dass der Unternehmer mit der Mängelbeseitigung in Verzug geraten war, steht dem Besteller kein Aufwendungsersatzanspruch zu.<sup>1402</sup> Diese Rechtsprechung findet wegen der gesetzgeberischen Billigung seit der Schuldrechtsreform noch Geltung.<sup>1403</sup> Jedoch wurde die Voraussetzung des Verzugs des Unternehmers im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes abgeschafft, sodass heute lediglich der Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung vorausgesetzt und damit die Selbstvornahme an einfachere Bedingungen geknüpft wurde.<sup>1404</sup> Wer jedoch versäumt, eine angemessene Frist zu setzen, die zur vertraglichen Pflicht gehört, kann vom Unternehmer den Ersatz der Aufwendungen auch nicht auf dem Umweg über den Schadensersatzanspruch verlangen.<sup>1405</sup>

Diese Begründungen, die in zwei Grundsatzentscheidungen des BGH genannt sind, dienten als Grundlage der späteren Rechtsprechungen, selbst wenn meistens nur darauf hingewiesen wurde.<sup>1406</sup> Der BGH lehnte auch in einem späteren Urteil (Urt. v. 23.2.2005- VIII ZR 100/04)<sup>1407</sup> jegliche Aufwendungsersatzansprüche bei

---

<sup>1399</sup> BGH Urt. v. 28.09.1967 –VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; BGH Urt. v. 23.2. 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1350); Katzenstein, ZGS 2004, 349 (354).

<sup>1400</sup> BGH Urt. v. 11.10. 1965-VII ZR 124/63, NJW 1966, 39 (40), BGH Urt. v. 28.9. 1967-VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (235), Arnold, ZIP 2004, 2412, 2413; Schroeter, JR 2004, 441, 442; Dauner-Lieb/Arnold, ZGS, 2005, 10; Dötsch, MDR 2004, 975, 977; Faust, BauR 2010, 1818 (1819); Rieble, DB 1989; 1759; AG Kempen Urt. v. 18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440; BGH (Urt. v. 23.2. 2005-VIII ZR 100/04), NJW 2005, 1348 (1350); LG Gießen Urt. v. 10.März 2004- 1 S 453/03, NJW 2004, 2906, (2907).

<sup>1401</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn.15.

<sup>1402</sup> BGH Urt. v. 28.09.1967 –VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; Schönknecht, S. 40; OLG Düsseldorf; Urt. v. 4.12.1992- 22 U 154/92, NJW-RR, 1993,110 (1111).

<sup>1403</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 (252); Dötsch, MDR 2004, 975 (977).

<sup>1404</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (234); BGH Urt. v. 28.09.1967 –VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; Schönknecht, S. 40.

<sup>1405</sup> BGH Urt. v. 28.09.1967 –VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; BGH Urt. v.7.11.1985 VII ZR 270/83, NJW 1986, 922 (923).

<sup>1406</sup> Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302).

<sup>1407</sup> BGH Urt. v. 23.2.2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1350); Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; Eusani, NZBau 2006, 676 (677); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn.16; HK-BGB/Schulze, BGB § 326 Rn. 14; Lampert, ZGS 2005, 266 (268): In dem Urteil des BGH ging es um einen Neuwagenkauf. Der Käufer hat nach dem Kauf einen Defekt am Motor festgestellt es aber unterlassen, den Verkäufer zu informieren



eigenmächtiger Beseitigung eines Mangels der Kaufsache durch den Käufer ab. Dieses Urteil hat auch im Werkvertragsrecht Konsequenzen.<sup>1408</sup> Nach der Ansicht des BGH darf dem Unternehmer das Recht zur zweiten Andienung ohne vorherige Fristsetzung im Wege der eigenmächtigen Selbstvornahme nicht verwehrt werden.<sup>1409</sup>

Die Verteidigungs- und Beweismöglichkeit des Unternehmers könne, so der BGH, durch die Mangelbeseitigung ohne vorherige Fristsetzung beeinträchtigt werden, weil er sich von dem Mangel selbst kein Bild machen und Beweise sichern könne<sup>1410</sup>. Ein Streit über den Umfang des Mangels und über die Angemessenheit der Aufwendungen könne so entstehen.<sup>1411</sup> Die voreilige Selbstvornahme führe damit wegen eines Eingriffs in die Rechtssphäre des Unternehmers dazu, dass dieser den Mangel nicht zuverlässig nachprüfen könne.<sup>1412</sup>

Der BGH hat abschließend auf das gesetzliche Fristerfordernis in § 637 I BGB hingewiesen, sodass der Besteller dem Unternehmer eine Frist zur Nacherfüllung setzen muss.<sup>1413</sup> Die Differenz zwischen den externen Selbstvornahmekosten des Bestellers und den internen, eingesparten Aufwendungen des Unternehmers würde durch die Fristsetzung gesichert.<sup>1414</sup>

## II. Das Schaffen klarer Verhältnisse

Der BGH vertrat in seiner folgenden Grundsatzentscheidung die Auffassung, dass sich der Zweck der Fristsetzung auf die Schaffung klarer Verhältnisse zwischen den Parteien

---

und lässt den Mangel selbst beseitigen, indem er den Motor bei einem Vertragshändler des Herstellers austauschen ließ. Danach hat er eine Klage auf Ersatz der Aufwendungen gegen den Verkäufer erhoben. Seine Klage wurde vom BGH aufgrund der fehlenden Fristsetzung, die nach §§ 280, 281 BGB erforderlich ist, und der Entbehrlichkeit abgewiesen. Nach der Ansicht des BGH würde ein Verstoß gegen Prinzip des Gesetzgebers, der auf die Regelung der Selbstvornahme im Kaufrecht bewusst verzichtet hat, vorliegen, wenn man dem Käufer einen Kostenersatzanspruch zusprechen würde. Übrigens würde die Zulassung eines Kostenersatzanspruchs des Käufers dem Prinzip des Vorrangs der Nacherfüllung widersprechen. Der Gesetzgeber schafft damit dem Verkäufer eine Möglichkeit zur zweiten Andienung, sodass die Interessen des Verkäufers gewahrt werden können.

<sup>1408</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (172); Arnold, ZIP 2004, 2412 (1413); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn.16; Katzenstein, ZGS 2005, 184 (185) Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Herresthal, NJW 2005, 1457.

<sup>1409</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; Eusani, NZBau 2006, 676 (677); OLG Düsseldorf Ur. v. 4.12.1992- 22 U 154/92, NJW-RR, 1993,110 (1111); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn.16; BGH Ur. v. 28. 9. 1967-VII ZR 81/65, NJW 1968, 43.

<sup>1410</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (677); Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; AG Kempen Ur. v. 18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440.

<sup>1411</sup> Arnold, ZIP 2004, 2412 (1413); Voit, BauR 2002, 1776 (1780).

<sup>1412</sup> Arnold, ZIP 2004, 2412 (1413); AG Kempen Ur. v. 18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440; Vgl. Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 112.

<sup>1413</sup> Rieble, DB 1989, 1759 (1760); Eusani, NZBau 2006, 676 (677); Gsell, ZIP 2005, 922; Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10.

<sup>1414</sup> Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1459).

bezieht.<sup>1415</sup> Mit diesem Zweck wäre es nicht vereinbar, wenn dem Besteller der Ersatz der Kosten in gewissem Umfang zugesprochen wird. In seinen Urteilen (Urt. v. 11.10.1965 – VII ZR 124/63 und Urt. v. 28.09.1967 – VII ZR 81/65) hat der BGH zwei Argumente zum Ausschluss des Ausgleichsanspruchs aus dem Bereicherungsrecht vorgebracht. Erstens läge der Zweck und das Ziel des § 637 BGB (§ 13 Nr. 5 II VOB/B) darin, zwischen den Vertragsparteien jederzeit ein klares Verhältnis zu schaffen.<sup>1416</sup> Mit diesem Zweck wäre es unvereinbar, dem Besteller, der das Fristerfordernis des § 637 BGB zur Mängelbeseitigung nicht erfüllt hat, einen Anspruch auf Aufwendungsersatz in einem gewissen Umfang nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts zu gewähren.<sup>1417</sup> Die Gewährleistung eines solchen Ausgleichsanspruchs vereitele nach Ansicht des BGH den Zweck der Schaffung klarer Verhältnisse und verursache zwischen den Vertragsparteien Unklarheiten und Schwierigkeiten bezüglich des Umfangs und der Schwere des Mangels sowie hinsichtlich der Angemessenheit der Mängelbeseitigungskosten.<sup>1418</sup> Da der Mangel durch den Besteller beseitigt wurde, würde es dem Unternehmer meist nicht mehr möglich sein, eine zuverlässige Untersuchung des Mangels durchzuführen.

Die Selbstvornahme des Bestellers verursache weiterhin Beweisprobleme, die der Gesetzgeber mit dem Erfordernis einer Fristsetzung in § 637 BGB vermeiden wollte.<sup>1419</sup> Da der Besteller den Mangel beseitigt hat und daher kein Mangel mehr vorhanden ist, kann der Unternehmer über den Umfang und die Schwere des ursprünglich vorhandenen Mangels keine Kenntnis mehr erlangen. Damit könne er Beweise, die zu seiner Entlassung führen würden, nicht mehr sichern.<sup>1420</sup>

### III. Berechtigtes Interesse des Unternehmers

Als weiteres Argument hat sich der BGH in seinen Urteilen (Urt. v. 11.10.1965 – VII ZR 124/63 und Urt. v. 28.09.1967 – VII ZR 81/65) auf das schutzwürdige Interesse des Unternehmers bezogen. Würde dem Besteller ein Anspruch auf Aufwendungsersatz zustehen, so könnten zwischen den Vertragsparteien weitere Unstimmigkeiten bezüglich der Schwere und des Umfangs der Mängel entstehen. Die Untersuchung der Mängel bzw. Nachprüfung würde nach der Mängelbeseitigung fast unmöglich.<sup>1421</sup> Der

---

<sup>1415</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (235); ders. NZM 2004, 641 (644); BGH, NJW 1966, 39 (40); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1459); BGH Urt. v. 28.09.1967 – VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302); BGH Urt. v. 11.10.1965 – VII ZR 124/63, NJW 1966, 39.

<sup>1416</sup> BGH Urt. v. 11.10.1965 – VII ZR 124/63, NJW 1966, 39; Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302); Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 (252); ders. NZM 2004, 641 (644).

<sup>1417</sup> BGH Urt. v. 11.10.1965 – VII ZR 124/63, NJW 1966, 39; Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302); Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 (252).

<sup>1418</sup> BGH Urt. v. 11.10.1965 – VII ZR 124/63, NJW 1966, 39; AG Kempen Urt. v. 18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440; Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302); Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 (252); ders. NZM 2004, 641 (644).

<sup>1419</sup> Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10 (11); Arnold, ZIP 2004, 2906, 2907; Dötsch, MDR 2004, 975 (978); BGH Urt. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361).

<sup>1420</sup> BGH Urt. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361f).

<sup>1421</sup> Gsell, ZIP 2005, 922 (926); AG Kempen Urt. v. 18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440.

Unternehmer habe, so der BGH, ein berechtigtes Interesse daran, eine eigene Mängelprüfung durchzuführen, sich daraus ein eigenes Bild zu verschaffen und eine Möglichkeit zur Mängelbeseitigung zu erhalten.<sup>1422</sup> Der Unternehmer sei daran interessiert, dass er auftretende Mängel erst untersuchen kann, und dann die Möglichkeit hat, sie zu beseitigen.<sup>1423</sup> § 637 BGB setzt den Ablauf einer gesetzten, angemessenen Frist voraus, sodass der Besteller den Mangel beseitigen und die angefallenen Kosten danach von dem Unternehmer ersetzt verlangen kann<sup>1424</sup>. Der Zweck des Fristsetzungserfordernisses nach § 637 BGB wäre vereitelt, wenn der Besteller bei einer unterlassenen Fristsetzung und damit einer voreiligen Selbstvornahme auf das Bereicherungsrecht zurückgreifen könnte.<sup>1425</sup> Damit kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass die bereicherungsrechtlichen Vorschriften wegen des abschließenden Charakters des § 637 BGB nicht anwendbar seien.<sup>1426</sup> In seiner späteren Entscheidung<sup>1427</sup> hat der BGH auch gegen den Anspruch des Bestellers auf den Ersatz der Aufwendungen zur Nacherfüllung entschieden. Liegen die Voraussetzungen der § 637 BGB nicht vor, dürfe dem Besteller ein Anspruch auf die Aufwendungen zur Mängelbeseitigung weder aus werkvertraglichen noch bereicherungsrechtlichen Vorschriften zustehen.<sup>1428</sup> Ebenfalls sei der Ausgleichsanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag ausgeschlossen.

#### **IV. Unterschiedliche Verjährungsfristen**

Der BGH hat in seiner Entscheidung von 28. September 1967 weiter ausgeführt: Der Anspruch auf Aufwendungsersatz aus dem Bereicherungsrecht oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag kann aufgrund unterschiedlicher Verjährungsfristen nicht zugelassen werden.<sup>1429</sup> Während diese Ansprüche aus Bereicherungsrecht oder Geschäftsführung ohne Auftrag in dreißig Jahren verjähren, gelten für die Ansprüche aus Werkvertragsrecht kürzere Verjährungsfristen.<sup>1430</sup> (s.o. im ersten Teil der Arbeit)

#### **V. Stellungnahme zur ablehnenden Ansicht zum Ersatzanspruch**

##### **1. Zum abschließenden Charakter der Gewährleistungsrechte**

Dem Besteller werden keine Ansprüche gegen den Unternehmer auf die von ihm gesparten Nachbesserungskosten eingeräumt, mit der Begründung, dass die

---

<sup>1422</sup> AG Kempen Urt. v. 18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (235); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1459); Eusani, NZBau 2006, 676 (680); Kiesel, NJW 2002, 2064 (2065); Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos*, BGB § 637 Rn.16; Wertenbruch, ZGS 2003, 53 (57).

<sup>1423</sup> BGH Urt. v. 11.10.1965 –VII ZR 124/63, NJW 1966, 39; AG Kempen Urt. v. 18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440; Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302).

<sup>1424</sup> BGH Urt. v. 11.10.1965 –VII ZR 124/63, NJW 1966, 39; Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302).

<sup>1425</sup> BGH Urt. v. 11.10.1965 –VII ZR 124/63, NJW 1966, 39; Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos*, BGB § 637 Rn. 16.

<sup>1426</sup> MüKoBGB/*Ernst*, BGB § 326 Rn. 112.

<sup>1427</sup> BGH Urt. v. 28.09.1967 –VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302); Dauner-Lieb/Dötsch ZGS 2003, 250 (252).

<sup>1428</sup> BeckOK BGB/*Voit* BGB § 637 Rn.18; BGH Urt. v. 28.09.1967 –VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302).

<sup>1429</sup> BGH Urt. v. 28.09.1967 –VII ZR 81/65, NJW 1968, 43.

<sup>1430</sup> BGH Urt. v. 28.09.1967 –VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 150.

werkvertraglichen Gewährleistungsrechte abschließend sind und Vorrang genießen.<sup>1431</sup> Eine Zulassung eines Erstattungsanspruchs würde diesen Vorrang der Nacherfüllung unterlaufen.<sup>1432</sup>

Die Rechte des Bestellers bei Mängeln sind in § 634 BGB geregelt. Danach kann er die Nacherfüllung verlangen (§ 634 Nr. 1 BGB), den Mangel selbst beseitigen und den Ersatz der Aufwendungen gegen Unternehmer geltend machen (§ 634 Nr. 2 BGB), vom Vertrag zurücktreten oder den Werklohn mindern (§ 634 Nr. 3 BGB) sowie Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen (§ 634 Nr. 4 BGB). Zwischen diesen Rechtsbehelfen existiert ein Rangverhältnis. So geht die Nacherfüllung den anderen Rechtsbehelfen vor. Der Vorrang der Nacherfüllung ergibt sich nicht aus der gesetzlichen Reihenfolge, sondern daraus, dass die anderen Rechtsbehelfe den Ablauf einer angemessenen Fristsetzung zur Nacherfüllung voraussetzen. Der Besteller muss zunächst die Nacherfüllung geltend machen, während der Unternehmer vorrangig die Nacherfüllung durchführen muss. Dieses Recht des Unternehmers wird als „zweite Andienung“ anerkannt.

Gemäß § 637 BGB steht dem Besteller ein Ersatzanspruch der Selbstvornahmekosten grundsätzlich erst nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung zu. Aufgrund dieser Regelung kann er den Schadensersatzanspruch aus §§ 634 Nr. 4; 280 I BGB geltend machen. Im Gegensatz zum Schadensersatz statt der Leistung setzt der Schadensersatz neben der Leistung keine Fristsetzung voraus. Demgemäß würde er ohne den Ablauf einer angemessenen Frist den Ersatz der Kosten, die der Unternehmer infolge der Selbstvornahme durch den Besteller gespart hat, verlangen. Damit würde der Besteller einen Ausgleich erhalten, der ihm grundsätzlich erst nach dem Ablauf der Frist zur Nacherfüllung zusteht. Das würde zur Umgehung der Nacherfüllung führen.

Bei der Zulassung eines Ausgleichsanspruchs sowohl aus Rückgriffkondition als auch aus der Geschäftsführung ohne Auftrag würde der Besteller einen Ausgleich erhalten, obwohl die Voraussetzungen der Mängelgewährleistungsrechte nicht gegeben sind. Es könnte sich etwas anderes ergeben, wenn der Besteller die Selbstvornahme berechtigterweise vornimmt. Dies wäre dann der Fall, wenn die Selbstvornahme, also die Mängelbeseitigung dem Interesse und Willen des Unternehmers nicht widerspricht.<sup>1433</sup> In einem solchen Fall ist nicht von einer Umgehung der Nacherfüllung auszugehen.<sup>1434</sup>

Allerdings liegt der Sinn und Zweck der Nacherfüllung nicht in der Aufrechterhaltung des Vertrags, sondern vielmehr in der Gewährleistung der Vertragserfüllung in Natur.<sup>1435</sup> Mit der Nacherfüllung will man vermeiden, dass eine Vertragspartei vorschnell handelt oder reagiert. Die Möglichkeit der zweiten Andienung verhindert

---

<sup>1431</sup> BGH Urt. v. 23. 2. 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1350); Faust, BauR 2010, 1818 (1819); Schroeter, JR 2004, 441, (442); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 637 Rn. 8; BGH Urt. v. 28.09.1967 –VII ZR 81/65, NJW 1968, 43; BGH Urt. v. 11.10. 1965-VII ZR 124/63, NJW 1966, 39, 40); Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250; Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 21.

<sup>1432</sup> Lamprecht, ZGS 2005, 266 (268).

<sup>1433</sup> Lamprecht, ZGS 2005, 266 (272).

<sup>1434</sup> Lamprecht, ZGS 2005, 266 (272).

<sup>1435</sup> Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1458); Schroeter, JR 2004, 441 (442).

eine einseitige Änderung oder die Auflösung des Vertrags. Der Unternehmer ist zuerst zur mangelfreien Werkherstellung verpflichtet. Erfüllt er diese Pflicht nicht, dann ist ihm eine zweite Chance zu gewähren, damit er das Werk doch noch mangelfrei herstellen kann.<sup>1436</sup> Dagegen darf der Besteller diese Erfüllungsart aufgrund des Vorrangs der Nacherfüllung nicht übersehen, soweit die Nacherfüllung nicht unterbleibt oder fehlgeschlagen ist. Beseitigt der Besteller den Mangel jedoch ohne eine Fristsetzung, dann hat er den Vorrang der Nacherfüllung ignoriert. Damit der Besteller den Vorrang der Nacherfüllung nicht umgehen kann, ist von einem Ersatzanspruch bei einer voreiligen Selbstvornahme abzusehen.

## 2. Zu den Interessen der Parteien

Die Gewährleistung eines Ausgleichsanspruchs würde den Zweck der Schaffung klarer Verhältnisse vereiteln und zwischen den Vertragsparteien Unklarheiten und Schwierigkeiten bezüglich des Umfangs und der Schwere des Mangels sowie hinsichtlich der Angemessenheit der Mängelbeseitigungskosten verursachen.<sup>1437</sup> Da der Mangel durch den Besteller beseitigt wurde, wird es dem Unternehmer meistens nicht mehr möglich sein, eine zuverlässige Untersuchung durchzuführen.

Die Selbstvornahme des Bestellers verursacht weiterhin die Beweisprobleme, die der Gesetzgeber mit dem Erfordernis einer Fristsetzung in § 637 BGB vermeiden wollte.<sup>1438</sup> Eine Beweisvereitelung liegt dann vor, wenn der Besteller die Beweislage in einem gegenwärtigen oder künftigen Prozess nachteilig beeinflusst hat. Da der Besteller den Mangel beseitigt hat und somit kein Mangel mehr vorhanden ist, kann der Unternehmer über den Umfang und die Schwere des ursprünglich vorhandenen Mangels keine Kenntnis erlangen. Damit kann er Beweise, die zu seiner Entlassung führen würden, nicht mehr sichern. Der Unternehmer hätte ein berechtigtes Interesse daran, eine eigene Mängelprüfung durchzuführen, um sich ein eigenes Bild zu verschaffen und die Möglichkeit zur Mängelbeseitigung zu erhalten.<sup>1439</sup> Meistens geschieht das durch die Anfertigung der Dokumente bezüglich des Mangels und der Reparaturarbeiten. Der Besteller verhindert mit seiner voreiligen Selbstvornahme die Dokumentierung der Mängelbeseitigungsarbeiten, die als Beweismittel vorgebracht werden könnten.<sup>1440</sup> Auf diese Weise verschlechtert sich die Beweissituation des Unternehmers. Zwar ist der Besteller dazu verpflichtet, die Mangelhaftigkeit des Werks bei Abnahme und die Höhe

---

<sup>1436</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 637 Rn. 18.

<sup>1437</sup> BGH Urt. v. 11.10.1965 –VII ZR 124/63, NJW 1966, 39; Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302); Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 (252); ders. 2004, 641 (644); OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.10.2013 – I-22 U 81/13, NJW 2014, 1115 (1118).

<sup>1438</sup> Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10 (11); Arnold, ZIP 2004, 2906, 2907; Dötsch, MDR 2004, 975 (978); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 16; OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.10.2013 – I-22 U 81/13, NJW 2014, 1115 (1118) nennt „Beweisvereitelung“.

<sup>1439</sup> AG Kempen Urt. v. 18.8.2003-11 C 225/02, ZGS 2003, 440; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (235); Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1459); Eusani, NZBau 2006, 676 (680); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 16; Wertbruch, ZGS 2003, 53 (57).

<sup>1440</sup> OLG Düsseldorf Urt. v. 11.10.2013 – I-22 U 81/13, NJW 2014, 1115 (1118).

der Aufwendungen, die der Unternehmer gespart hat, zu beweisen.<sup>1441</sup> Aufgrund der Mängelbeseitigung durch den Besteller wird jedoch der Unternehmer vor „vollendete Tatsachen“ gestellt“<sup>1442</sup>. Dies schränkt die Verteidigungsmöglichkeit des Unternehmers ein. Die Befürchtung des Unternehmers, dass der Besteller im Rahmen der Selbstvornahme einen erheblichen Mehraufwand erbringt und daher sein Mängelhaftungsrisiko steigt, würde zu Recht bestehen.<sup>1443</sup> Dies würde unvermeidbare Streitigkeiten um die Vergütung und die Schaffung unklarer Verhältnisse verursachen.<sup>1444</sup> Besteht der Besteller unbedingt auf einer Selbstvornahme, muss er zumindest zunächst dem Unternehmer Gelegenheit geben, dass er die eventuellen Kosten für die Mängelbeseitigung feststellen oder feststellen lassen kann. Nach der Feststellung des Mangels und der Kosten durch den Unternehmer kann der Besteller immer noch den Mangel selbst beseitigen. Damit wird für beide Parteien Klarheit bezüglich des Vorliegens des Mangels und der zu seiner Beseitigung nötigen Aufwendungen, die dem Besteller im Rahmen der Selbstvornahme anfallen, geschaffen. Der Besteller kann dann die Selbstvornahme durchführen und der Unternehmer ersetzt dem Besteller die entstandenen Kosten. Somit wird der Interessen beider Parteien Rechnung getragen, sodass das gewünschte klare Verhältnis bewahrt wird.

#### **D. Zwischenergebnis**

Die Linie der Rechtsprechung wurde in der Literatur überwiegend nachvollzogen, sodass der Besteller nicht berechtigt ist, den Mangel selbst zu beseitigen und einen Ausgleichsanspruch der Aufwendungen gegen den Unternehmer geltend zu machen, wenn die Voraussetzungen der werkvertraglichen Vorschriften über die Selbstvornahme nicht vorliegen.<sup>1445</sup> Dennoch wird in einem Teil der Literatur die Ansicht vertreten, dass die Unklarheiten über Umfang und Schwere der Mängel und über die Angemessenheit der Aufwendungskosten durch die Zulassung eines Ausgleichsanspruchs nach den allgemeinen Vorschriften beseitigt werden können.<sup>1446</sup> Dagegen ist festzustellen, dass die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag und des Bereicherungsrechts nicht gegeben sind. Aus diesen Rechtsinstituten ergibt sich kein Ausgleichsanspruch des Bestellers. Diese Anspruchsgrundlagen und die Regelung des § 326 II 2 BGB finden bei einer Selbstvornahme durch den Besteller aufgrund des abschließenden Charakters des § 637 BGB keine Anwendung. Wäre dies anders, würde die Nacherfüllung, die die zentrale Regelung des Leistungsstörungsrechts im Rahmen des gesamten BGB bildet, umgangen. Eine infolge der Selbstvornahme erfolgte Sachlage „der Besteller bestimmt, aber zahlt nicht“ ist unakzeptabel.<sup>1447</sup>

Die Auffassung des BGH ist uneingeschränkt zu begrüßen.<sup>1448</sup> Sie wird dem Sinn und Zweck des Fristsetzungserfordernisses gerecht. Das Instrument der Fristsetzung stellt in

---

<sup>1441</sup> BeckOGK/Herresthal, BGB § 326 Rn. 302.

<sup>1442</sup> Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10 (13); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 16.

<sup>1443</sup> Glöckner, VuR 2016, 123 (129).

<sup>1444</sup> Glöckner, VuR 2016, 123 (129).

<sup>1445</sup> Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302); Seidel, JuS 1991, 391ff.

<sup>1446</sup> Katzenstein, ZGS 2004, 300 (302).

<sup>1447</sup> Glöckner, VuR 2016, 123 (129).

<sup>1448</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (235).

gegenseitigen Verträgen ein zentrales Grundprinzip dar.<sup>1449</sup> Mit diesem Fristerfordernis wird zu Gunsten des Unternehmers der Vorrang der Nacherfüllung gewahrt. Dieses Prinzip darf nicht durch den Rückgriff auf einen Aufwendungsersatzanspruch beeinträchtigt werden.<sup>1450</sup> Da der Besteller dem Unternehmer die gesetzlich vorgeschriebene Gelegenheit zur Nacherfüllung nicht ermöglicht hat, wäre es nicht außergewöhnlich, dass dieser daher die Aufwendungen infolge der Selbstvornahme einsparen kann.

Lässt man einen Ausgleichsanspruch des Bestellers aus anderen Regelungen als § 637 BGB zu, dann bleibt von dem Tatbestand der Vorschrift des § 637 BGB nicht mehr viel übrig.<sup>1451</sup> Da die Nacherfüllung für den Unternehmer nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht ist, muss er die Nacherfüllungshandlungen des Bestellers nicht dulden.<sup>1452</sup> Der Besteller greift mit seiner Selbstvornahme in das Nacherfüllungsrecht des Unternehmers ein. Die Aufwendungen, die der Besteller im Rahmen der Selbstvornahme gemacht hat, dienen zuallererst seinem Interesse.<sup>1453</sup> Die Umwandlung eines Nacherfüllungsanspruchs in einen Ersatzanspruchs in Geld würde für den Unternehmer in vielfacher Weise eine Belastung darstellen.<sup>1454</sup> Der Auffassung des BGH, die dem Unternehmer lückenlosen Schutz zuspricht, ist zu folgen und eine Ausgleichsberechtigung des Bestellers aufgrund anderer Rechtsgrundlagen wie Geschäftsführung ohne Auftrag, Kündigung, ungerechtfertigte Bereicherung oder Ersparnisrechnung abzulehnen.

Dagegen bleibt auch der Besteller nicht ohne Schutz. Ihm steht es frei, den Ersatz seiner Aufwendungen von dem Unternehmer zu verlangen, wenn eine vertragliche Vereinbarung vorliegen würde.<sup>1455</sup> Außerdem kann er nach den allgemeinen Vorschriften vom Vertrag zurücktreten und nach den werkvertraglichen Vorschriften den von ihm zu bezahlenden Werklohn mindern.<sup>1456</sup>

Der Besteller übernimmt mit der Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme unberechtigterweise die Rolle des Unternehmers. Damit wird der Sinn und Zweck des Werkvertrags vernichtet und der angestrebte Schutz des Bestellers nicht gewährleistet, wenn die Eigenschaft des Bestellers und Unternehmers in das selber Person vereint werden. Der Besteller müsste sich entscheiden, welche Rolle er im Rahmen des Werkvertragsrechts übernehmen möchte. Dabei gilt es zu beachten, dass ihm der Gesetzgeber mit den Regelungen des §§ 637 und 323 II BGB umfangreichen Schutz bietet. Sinn und Zweck der Fristsetzungserfordernis bestehen im Schutz des Bestellers, sodass die mangelhafte Werkherstellung nicht zu seiner Benachteiligung führt. Nimmt der Besteller trotz des Fristsetzungserfordernisses die Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme vor, ohne eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zu setzen, dann

---

<sup>1449</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (235).

<sup>1450</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (235).

<sup>1451</sup> Katzenstein, ZGS 2005, 184 (185).

<sup>1452</sup> Büdenbender, JuS 2001, 625 (630); Seidel, JuS 1991, 391ff.; Vgl. Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 112.

<sup>1453</sup> MüKoBGB/Ernst, BGB § 326 Rn. 112.

<sup>1454</sup> Lamprecht, ZGS 2005, 266 (268).

<sup>1455</sup> BeckOGK/Herresthal, BGB § 326 Rn. 299.

<sup>1456</sup> MüKoBGB/Ernst, BGB § 326 Rn. 112.

besteht für ihn eine Gefahr, dass er seine Aufwendungen nicht von dem Unternehmer verlangen kann. Bei fehlender Entbehrlichkeit der Fristsetzung und nach voreiliger Selbstvornahme kann sich der Besteller nicht mehr auf die Schutzwürdigkeit seiner Interessen berufen. Des Weiteren verstößt diese unberechtigte, selbständige Handlung des Bestellers gegen den Grundsatz „pacta sunt servanda“. Mit der voreiligen Selbstvornahme verletzt der Besteller die gesetzlichen Vorgaben des § 637 BGB, die inhaltlich den Interessen beider Parteien schützen, und damit diesen unerlässlichen Grundsatz. Aus interdisziplinärer Betrachtung könnte man den Begriff der „Selbstjustiz“ für den vorliegenden Fall aus dem Strafrecht entlehnen. Hier ignoriert der Täter alle gesetzlichen Vorschriften und führt die Handlung selbst durch, die grundsätzlich die zuständigen Personen vornehmen sollen. Da der Täter durch seine rechtswidrige Handlung gegen das Gesetz verstoßen hat, muss er die Konsequenzen tragen. Die gesetzlichen Vorgaben nach §§ 637 und 323 II BGB, die in seinem Interessen bestehen, zu ignorieren und den Mangel selbst zu beheben, obwohl die Mängelbeseitigung nicht nur Aufgabe, sondern ein Recht des Unternehmers ist, ist der Selbstjustiz vergleichbar. Durch die Zulassung eines Ausgleichsanspruchs kann dem Besteller eine Machtposition erwachsen, die zu seinem Vorteil und zulasten den Unternehmer geht.<sup>1457</sup> Daher darf „Selbstvornahme“ niemals zur „Selbstjustiz“ werden. Die voreiligen Selbstvornahmekosten hat der Besteller zu tragen.

### **DRITTES KAPITEL: AUFWENDUNGSERSATZ BEI EINER VOREILIGEN SELBSTVORNAHME IM KAUFRECHT**

Im Unterschied zum Werkvertragsrecht ist im Kaufrecht keine Selbstvornahmenvorschrift wie der § 637 BGB vorhanden. Der Gesetzgeber hat auf diese Regelung im Kaufrecht bewusst verzichtet.<sup>1458</sup> Welche Gründe für bzw. gegen einen Anspruch auf Kostenersatz, der im Werkvertrag existiert, auf den Kaufvertrag übertragen werden können, ist hier zu untersuchen.

#### **A. Kostenerstattung im Kaufrecht**

Im Rahmen des Kaufvertragsrechts wird dem Käufer gem. §§ 281 I 1; 323 I, 439 BGB ein vorrangiges Nacherfüllungsrecht eingeräumt, wobei der Verkäufer die entstandenen Kosten gem. § 439 II BGB zu tragen hat.<sup>1459</sup> Dem Käufer wird auch die eigenmächtige

---

<sup>1457</sup> Peters, ZGS 2011, 304 (309).

<sup>1458</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (236); Grunewald/Tassius/Langenbach, BB 2017, 1673 (1674); Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (170); Hübner, ZfPW 2018, 227 (248, 255) Hier: Der Gesetzgeber hat mit der neuen Regelung des § 439 III BGB ab 2018 das Recht zur zweiten Andienung bezüglich Ein- und Ausbaus abgeschafft und damit ein partielles Selbstvornahmerecht im Kaufrecht eingeführt. Dies steht der bisherigen ständigen Rspr. des BGH entgegen. Die Gewährung eines partiellen Selbstvornahmerechts des Käufers ist dem Kaufrecht fremd. Eine solche Selbstvornahme ist im Gegensatz zum Werkvertragsrecht ohne Fristsetzung möglich. Dem Verkäufer wurde ein Wahlrecht eingeräumt. Danach muss er entweder die notwendigen Ein- und Ausbauarbeiten selbst vornehmen oder die dafür anfallenden Aufwendungen tragen. Auch in BGH, Urt. v. 21. 12. 2011–VIII ZR 70/08 NJW 2012, 1073 (1076); Teller, NJW 2019, 2121 (2123).

<sup>1459</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 ff; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (236); Schroeter, JR 2004, 441 (442).



Beseitigung des Mangels gestattet. Ihm steht es frei, einen Dritten mit der Mangelbeseitigung zu beauftragen.<sup>1460</sup> Liegen die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung nach §§ 437 Nr.3, 280 I, III, 281 BGB zum Zeitpunkt der Selbstvornahme vor, kann der Käufer die Kosten, die er für die Mängelbeseitigung aufgewendet hat, nachträglich erstattet verlangen.<sup>1461</sup> Die Kosten der Selbstvornahme können als Schadensersatzanspruch statt der Leistung geltend gemacht werden, wenn die Fristsetzung zur Nacherfüllung entweder erfolglos verstrichen oder entbehrlich und der Verkäufer für den Mangel verantwortlich ist.<sup>1462</sup> Beim Fehlen der Fristsetzung oder Durchführung der Selbstvornahme vor Ablauf der Frist hat der Käufer die Selbstvornahmekosten zu tragen.<sup>1463</sup>

Bezüglich der Rechtsfolgen hat der Käufer im Gegensatz zum Besteller einen Nachteil, wenn er die Selbstvornahmekosten als Schadensersatz statt der Leistung geltend macht. Der Käufer verliert nämlich gem. § 281 IV BGB seinen Nacherfüllungsanspruch, wenn er die Selbstvornahmekosten im Wege des Schadensersatzes verlangt. Dagegen darf der Besteller den Unternehmer bei einer fehlgeschlagenen Selbstvornahme in Anspruch nehmen, weil er seinen Nacherfüllungsanspruch weiterhin behält.<sup>1464</sup>

## **B. Die Ansichten in der Literatur**

Die fehlende Regelung der Selbstvornahme im Kaufrecht hat in der Literatur großes Interesse geweckt.<sup>1465</sup> Die vorliegend beschriebene Situation wurde von den Autoren als unbillig betrachtet. Es kommen verschiedene Ansätze in Betracht, die dem Käufer unmittelbar oder auf Umwegen eine Ausgleichsmöglichkeit für die Selbstvornahmekosten ermöglichen.

### **I. Analoge Anwendung des § 637 BGB**

Ein radikaler Ansatz schlägt vor, dass dem Käufer ein Selbstvornahmerecht einschließlich der Kostenerstattung und des Vorschussanspruchs gewährt werden solle, indem die Vorschriften der §§ 634 Nr.2, 637 BGB analoge Anwendung im Kaufrecht finden.<sup>1466</sup> Nach den Vertretern dieser Meinung würde seitens des Gesetzgebers das Interesse des Käufers an einer Selbstvornahme unterschätzt und eine planwidrige Regelungslücke geschaffen.<sup>1467</sup> Es könnten in der Praxis Konstellationen in Betracht kommen, in der das Bedürfnis des Käufers nach eigenmächtiger Mängelbeseitigung stark ist. Das wäre dann der Fall, wenn aufgrund eines Bagatellmangels die Rücksendung der Sache zum Verkäufer mit hohen Kosten verbunden wäre oder die

---

<sup>1460</sup> Rodorff, S. 164.

<sup>1461</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641 (644ff).

<sup>1462</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641 (644ff).

<sup>1463</sup> BGH Urt. v. 23 Februar 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1349); Rodorff, S. 165.

<sup>1464</sup> Sienz, BauR, 2006, 1816.

<sup>1465</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641 (644ff).

<sup>1466</sup> Jauernig/Berger § 439 Rn. 16; Lorenz, NJW 2003, 1417 (1419); Schönknecht, S. 39; Rodorff, S. 166; Peters, JR 2004, 353ff.

<sup>1467</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 (1419); Arnold, ZIP 2004, 2412 (2413); Schroeter, JR 2004, 441; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (236).

Mängelbeseitigung keine Verzögerung erlaubt.<sup>1468</sup> Kaufe der Käufer beispielsweise einen Anzug für einen Ball/eine Hochzeit und stelle dann fest, dass einen Knopf fehlt, so könne aufgrund der knappen Zeit und der geringen Kosten für die Mängelbeseitigung dem Käufer nicht zugemutet werden, dass er das Kleidungsstück für ein wegen des einen fehlenden Knopfes an den Verkäufer zurück sendet. Es sei dem Käufer zwar möglich, den Knopf selbst zu besorgen und die Kosten vom Verkäufer zu verlangen. Alternativ könnte der Käufer gem. § 887 ZPO prozessualisch zur Ersatzvornahme übergehen und den Verkäufer in Anspruch nehmen, damit er zur Vorauszahlung der Kosten durch ein gerichtliches Urteil verpflichtet wird. Doch sei dieser Weg für den Käufer wegen seiner Komplexität und der Unzumutbarkeit einer Nacherfüllung unvorteilhaft.<sup>1469</sup>

Auch die Minderung könne für den Käufer keine vorteilhafte Lösung bieten. Die Selbstvornahmekosten gingen meistens über den Minderungsbetrag, der nach § 441 III BGB berechnet wird, hinaus.<sup>1470</sup> Nach dieser Regelung wird der Kaufpreis in dem Verhältnis herabgesetzt, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden hätte. Selbst wenn der Minderwert mit den Selbstvornahmekosten im Einklang stehe, könnten dem Käufer Nachteile entstehen, wenn der Wert der Sache in mangelhaftem Zustand höher sei als der vereinbarte Kaufpreis.

## II. Ersparnisrechnung nach § 326 II 2 BGB

Der Anspruch des Käufers auf Ersatz der Kosten wird von der herrschenden Lehre durch direkte oder analoge Anwendung des § 326 II 2 BGB befürwortet.

Von einem Teil der Lehre<sup>1471</sup> wird eine direkte Anwendung des § 326 II 2 BGB vorgeschlagen, weil der Käufer als Gläubiger für den Umstand, der zur Unmöglichkeit der Leistung führt, allein oder weitüberwiegend verantwortlich sei.<sup>1472</sup> Die Regelung des § 434 I BGB bezieht sich für die Mangelfreiheit der Sache allein auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs.<sup>1473</sup> Dieser Zeitpunkt ist für die Mangelfeststellung maßgeblich. Zwar liege bei einer Selbstvornahme beim Gefahrübergang i. S. v. § 434 I BGB ein Mangel vor, dieser sei aber zum Zeitpunkt des Nacherfüllungsverlangens nicht mehr gegeben.<sup>1474</sup> Dies führe zum Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs nach §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB.<sup>1475</sup> Die Erscheinungen, die ab diesem Zeitpunkt eintreten, hätten keinen Einfluss mehr auf das Vorliegen des Mangels. Da die Selbstvornahme ohne Fristsetzung bzw. vor dem Ablauf der Frist nach Gefahrübergang auf die Mängelhaftigkeit der

---

<sup>1468</sup> Peters, JR 2004, 353, (355) spricht von der „Gedankenlosigkeit eines übereilten Gesetzgebungsverfahrens“.

<sup>1469</sup> Vgl. Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (236); ders. ZGS 2003, 250 (253); Peters, JR 2004, 353 (355); Jauering/Berger § 439 Rn. 16.

<sup>1470</sup> Rodorff, S. 167.

<sup>1471</sup> Bressler, NJW 2004, 3382, (3384); Lorenz, NJW 2003, 1417, 1418; ders. ZGS 2003, 398; ders. NJW 2005, 1321; (1322); Ebert, NJW 2004, 1761, (1763).

<sup>1472</sup> Lorenz, NJW 2003 1417 (1419); Gsell, ZIP 2005, 922 (924); Katzenstein, ZGS 2004, 349; Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Ebert, NJW 2004, 1761 (1763).

<sup>1473</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418); Oechsler, NJW 2004, 1825; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 455 (456).

<sup>1474</sup> Schroeter, JR 2004, 441 (442); Oechsler, NJW 2004, 1825.

<sup>1475</sup> Schroeter, JR 2004, 441 (442).

Kaufsache keine Wirkung habe, könne § 326 II 2 BGB direkt anwendbar sein.<sup>1476</sup> Durch die Selbstvornahme des Käufers könne lediglich ein behebbarer Mangel in einen unbehebbarer Mangel umgewandelt werden.<sup>1477</sup> Die Mängelbeseitigung bzw. Nacherfüllung sei damit für den Verkäufer gem. § 275 I BGB unmöglich.<sup>1478</sup> Die Nacherfüllung könne auch durch Zweckerreichung unmöglich werden.<sup>1479</sup> Dabei handele es sich um die Fälle, in denen die geschuldete Leistung zwar noch vorgenommen werden könne, aber eine solche Vornahme ihren Sinn verloren habe, indem der Mangel anderweitig, also durch die Selbstvornahme behoben und damit der Zweck erreicht wäre.

Nach anderer Ansicht bezüglich der Ersparnisrechnung würde dem Käufer kein direkter Ersatz der Selbstvornahmekosten eingeräumt.<sup>1480</sup> Der Vorschlag der direkten Anwendbarkeit des § 326 II 2 BGB wird aus systematischen Gründen abgelehnt. Eine direkte Anwendung des § 326 II 2 BGB würde gegen die Systematik des vorrangigen § 326 I 2 BGB verstoßen. Dieser Ansicht zur Folge finde nach §§ 326 II 2 BGB (analog) i. V. m. §§ 326 IV, 346 ff BGB ein Ausgleich für Aufwendungen statt, die der Verkäufer dadurch eingespart hat, dass er keine Nacherfüllung durchgeführt habe.<sup>1481</sup> Die ersparten Aufwendungen dürften ohne Rücksicht auf die Höhe der tatsächlichen Selbstvornahmekosten von dem Kaufpreis abgezogen werden.<sup>1482</sup> Ansonsten könne der Verkäufer bei Erhalt des vollständigen Kaufpreises von der Verletzung seiner mangelfreie Leistung und der Selbstvornahme des Käufers einen Profit erzielen.<sup>1483</sup> Die Vertreter der Ersparnisrechnung argumentieren, dass dem Verkäufer dieselben Kosten

---

<sup>1476</sup> Oechsler, NJW 2004, 1825; Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418); Rodorff, S. 168; Schönknecht, S. 24.

<sup>1477</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418); ders. ZGS 2003, 398, ders. NJW 2005, 1321, 1322; Dötsch, MDR 2004, 975 (976); Schroeter, JR 2004, 441.

<sup>1478</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (679); Dötsch, MDR 2004, 975 (976); Schönknecht, S. 24; Herresthal, NJW 2005, 1457; Schroeter, JR 2004, 441; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (236); Lorenz, NJW 2003, 1417 (1419); Bressler, NJW 2004, 3382 (3383); Ebert, NJW 2004, 1761 (1763).

<sup>1479</sup> Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Dötsch, MDR 2004, 975 (976); Bressler, NJW 2004, 3382 (3383); Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (235); ders. ZGS 2003, 250; ders. ZGS 2003, 455 (456); Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10 (11); MüKoBGB/*Ernst*, BGB § 275 Rn. 151.

<sup>1480</sup> BGH Urt. v. 23.2.2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1349).

<sup>1481</sup> Braun, ZGS 2004, 423, (427f); Gsell, ZIP 2005, 922 (925); Schroeter, JR 2004, 441, (444); Eusani, NZBau 2006, 676 (679); Katzenstein, ZGS 2005, 184 (185); BeckOK BGB/*Voit*, BGB § 637 Rn.17; Vgl. Dauner-Lieb/Arnold, FS für Hadding S. 25 (30); Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (236); ZGS 2003, 250 (251); ders. ZGS 2003, 455; Vgl. Oetker/Maultszsch, § 8 Rn. 102; Ebert, NJW 2004, 1761 (1763); Oechsler, NJW 2004, 1825 (1826); Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418).

<sup>1482</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418).

<sup>1483</sup> Vgl. Herresthal, NJW 2005, 1457 (1458); Braun, ZGS 2004, 423 (429).

entstehen würden, die von ihm bei der ordnungsmäßigen Nacherfüllung nach § 439 II BGB getragen werden müssten.<sup>1484</sup>

Der Schuldner wird aufgrund des Fristsetzungserfordernisses vor den erhöhten Kosten einer vom Gläubiger veranlassten Mängelbeseitigung durch Dritte geschützt. Dieser Schutz erstreckt sich nicht auf die Nacherfüllungskosten, die von dem Schuldner zu tragen seien.<sup>1485</sup> Der Verkäufer sei meistens in der Lage und es sei für ihn vorteilhafter, die geschuldete Leistung nachträglich selbst und in Natur zu erbringen, um die vereinbarte Gegenleistung verdienen zu können.<sup>1486</sup> Die Selbstvornahme des Käufers führe im Interesse des Verkäufers dazu, dass der Verkäufer nach seiner mangelhaften Leistung vom Käufer nicht direkt mit den höheren externen Kosten der Mängelbeseitigung durch Dritte konfrontiert werde.<sup>1487</sup> Der Käufer nehme die Mangelfeststellung oder Beseitigung nicht selbst vor, sondern beauftrage einen Dritten, der keine Vertragspartei sei.

Es ergibt sich aus diesen Auffassungen, dass der Käufer die Kosten für seine Selbstvornahme entweder durch die direkte oder analoge Anwendung des § 326 BGB anrechnen können soll.

### **III. Unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag §§ 684, 818 II BGB**

In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, dass die Ersparnisse des Verkäufers nach den Vorschriften §§ 684, 818 II BGB angerechnet werden können.<sup>1488</sup> Für das Bestehen eines Anspruchs aus Geschäftsführung ohne Auftrag ist erforderlich, dass der Geschäftsführer das Geschäft eines anderen mit Fremdgeschäftswillen besorgt hat, ohne dazu berechtigt zu sein.<sup>1489</sup> Entspricht dies dem Interesse und dem Willen des Geschäftsherrn, liegt eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag vor, ansonsten handelt es sich um eine unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag.<sup>1490</sup> Im Unterschied zur zuvor geschilderten Ansicht der Ersparnisrechnung würde nach dieser Auffassung keine Unmöglichkeit durch die Selbstvornahme des Käufers, sondern lediglich eine Leistung i. S. v. § 433 I 2 BGB herbeigeführt.<sup>1491</sup> Da die Nacherfüllung gesetzlich dem Verkäufer zugeordnet wird, stellt die Selbstvornahme nach dieser Ansicht für den Käufer ein fremdes Geschäft dar.<sup>1492</sup> Der Käufer (Geschäftsführer) besitzt demnach Fremdgeschäftswillen, weil er mit der Absicht handelt, die Aufwendungskosten später von dem Verkäufer ersetzt zu bekommen.<sup>1493</sup> Da, so die Vertreter dieser Ansicht, eine Selbstvornahme durch den Käufer weder dem Willen noch

---

<sup>1484</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418); Rodorff, S. 168; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (236); Braun, ZGS 2004, 423 (429); Oechsler, NJW 2004, 1825.

<sup>1485</sup> Oechsler, NJW 2004, 1825.

<sup>1486</sup> Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1458); Schroeter, JR 2004, 441 (442).

<sup>1487</sup> Rodorff, S. 168.

<sup>1488</sup> Vgl. Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457; Schönknecht, S. 30; Oechler, NJW 2004, 1825, (1826f); Katzenstein, ZGS 2004, 300 (304ff); Oetker/Maultszsch, § 8 Rn. 148.

<sup>1489</sup> Schönknecht, S. 31; Oechsler, NJW 2004, 1825, (1826).

<sup>1490</sup> Katzenstein, ZGS 2004, 300 (303); Oechsler, NJW 2004, 1825, (1826).

<sup>1491</sup> Rodorff, S. 169.

<sup>1492</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (679); Schönknecht, S. 31; Oechsler, NJW 2004, 1825, (1826).

<sup>1493</sup> Schönknecht, S. 31; Oechsler, NJW 2004, 1825, (1826).

dem Interesse des Verkäufers entspräche, sei hier nicht vom Vorliegen einer Geschäftsführungsbefugnis auszugehen.<sup>1494</sup> So läge eine unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag vor, sodass die Ersparnisse des Verkäufers angerechnet werden könnten.

#### **IV. Rückgriffskondition nach § 812 I 1 2. Alt. BGB**

Eine weitere in der Literatur vertretene Ansicht greift zur Abschöpfung der eingesparten Aufwendungen auf das Bereicherungsrecht zu.<sup>1495</sup> Danach seien die allgemeinen Ausgleichsinstitute, insbesondere das Bereicherungsrecht bei der eigenmächtigen Selbstvornahme nicht gesperrt.<sup>1496</sup> Nach dieser Auffassung könne der Käufer den Verkäufer, der infolge der Selbstvornahme des Käufers bereichert sei, nach allgemeinen konditionsrechtlichen Vorschriften in Anspruch nehmen.<sup>1497</sup> Dafür solle nach dieser Meinung die sog. Rückgriffskondition in sonstiger Weise nach § 812 I 1 2. Alt BGB einschlägig sein. Der Verkäufer würde durch die Selbstvornahme des Käufers bereichert, indem der Käufer den Verkäufer von der Nacherfüllungspflicht befreit habe.<sup>1498</sup> Die Rückgriffskondition gewähre dem Käufer wie die beiden zuvor geschilderten Ansichten die Aufwendungen, die der Verkäufer eingespart hat, anzurechnen. Die Anrechnung der gesparten Aufwendungen gehöre nicht zu den Mängelrechten, sondern versuche lediglich zu vermeiden, dass der Verkäufer auf Kosten des Käufers besser gestellt würde, als er bei einer mangelfreien Leistung wäre.<sup>1499</sup> Ansonsten würde die eigenmächtige Selbstvornahme für den Verkäufer zum „Glücksfall“ werden, während sie für den Käufer eine bloße Sanktionierung darstelle, die dem zivilrechtlichen Schutzsystem fremd sei.<sup>1500</sup> Dem Verkäufer blieben die Aufwendungen der Nacherfüllung erspart, doch solle er aber die Aufwendungen des Käufers nicht ersetzen. Bei der Anrechnung der Aufwendungen ginge es damit nicht darum, das vertragliche Leistungsinteresse des Gläubigers durch den Ersatz der Aufwendungen zu bewahren, sondern es stehe vielmehr im Vordergrund, die unberechtigten/unverdienten Vermögensteile abzuschöpfen, die der Schuldner infolge der Leistungsbefreiung gespart habe. Diese Absicht entspräche vielmehr dem Gedanken der bereicherungsrechtlichen Grundsätze.<sup>1501</sup> Nach dieser Auffassung böten die

---

<sup>1494</sup> Rodorff, S. 169; Eusani, NZBau 2006, 676 (680); Katzenstein, ZGS 2005, 184 (186); Schönknecht, S. 31; Oechsler, NJW 2004, 1825, (1826).

<sup>1495</sup> Gsell, ZIP 2005, 922 (925f); Katzenstein, ZGS 2004, 349 (350); Katzenstein, ZGS 2005, 305; ders. ZGS 2004, 300; Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Paland/*Puto* § 437 Rn. 4a; Erman/*Grunewald*, BGB § 437 Rn.3.

<sup>1496</sup> Katzenstein, ZGS 2005, 305; ders. ZGS 2004, 300 (303).

<sup>1497</sup> Vgl. Herresthal, NJW 2005, 1457 (1461); Katzenstein, ZGS 2005, 305; Katzenstein, ZGS 2004, 300, 307; ders, ZGS 2004, 144, 149; Gsell, ZIP 2005, 922, 926.

<sup>1498</sup> Schönknecht, S. 34; Katzenstein, ZGS 2004, 144, 148; ders ZGS 2004, 349, 357.

<sup>1499</sup> Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Braun, ZGS 2004, 423 (429); Katzenstein, ZGS 2004, 300 (304ff).

<sup>1500</sup> Schroeter, JR 2004, 441; Oechsler, NJW 2004, 1825; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (236); ders. NZM 2004, 641 (644); Katzenstein, ZGS 2004, 300 (304ff); Arnold, ZIP 2004, (2412).

<sup>1501</sup> Gsell, ZIP 2005, 922 (924f); Katzenstein, ZGS 2003, 300 (305); Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2004, 10, (12f); Braun, ZGS 2004, 423 (429).

bereicherungsrechtlichen Vorschriften für fast alle Schuldverträge, insbesondere für Kauf- und Werkverträge eine einheitliche Ausgleichsmöglichkeit.<sup>1502</sup>

## V. Deliktischer Schadensersatzanspruch

Braun<sup>1503</sup> vertritt die Ansicht, dass der Käufer die Selbstvornahmekosten teilweise als Schadensersatz nach §§ 823 II BGB i.V. m. 263 StGB erstattet verlangen könne.<sup>1504</sup> Seine These basiert auf der Begründung, dass der Verkäufer eine unerlaubte Handlung begangen habe, indem er entweder den Eindruck erwecke, dass die Kaufsache mangelfrei sei, oder einen ihm bekannten Mangel verschwiegen habe.<sup>1505</sup> Als Schaden komme der Betrag in Betracht, um den sich die Kosten des Käufers reduziert hätten, wenn der Verkäufer die dem Käufer gegenüber bestehende Untersuchungs- und Aufklärungspflicht ordnungsgemäß erfüllt hätte.<sup>1506</sup>

## C. Die Ansicht der Rechtsprechung

Die Gewährung eines Anspruchs auf Kostenersatz oder auf Ersparnisrechnung aus §§ 326 II 2 BGB (analog) i.V. m. §§ 326 IV, 346 ff BGB eines Käufers, der die Selbstvornahme auf Kosten des Verkäufers voreilig durchgeführt hat, wird von der Rechtsprechung<sup>1507</sup> und von einem Teil der Literatur<sup>1508</sup> strikt abgelehnt.<sup>1509</sup> So hat das

---

<sup>1502</sup> Katzenstein, ZGS 2005, 305 (310); Herresthalt/Riehm, NJW 2005, 1457.

<sup>1503</sup> Dötsch, MDR 2004, 975 (977); Braun, ZGS 2006, 328 (330).

<sup>1504</sup> Rodorff, S. 171.

<sup>1505</sup> Dötsch, MDR 2004, 975 (977).

<sup>1506</sup> Rodorff, S. 171.

<sup>1507</sup> BGH Urt. v. 23.2.2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348; LG Gießen Urt. v. 10.3.2004 – 1 S 453/03, NJW 2004; Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Katzenstein, ZGS 2004, 349 (353); AG Kempen Urt. v.18. 8. 2003- 11 C 225/02), ZGS 2003, 440; Katzenstein, ZGS 2005, 305; Schönknecht, S. 35 BGH Urt. 22. 6. 2005- VIII ZR 1/05, NJW 2005, 3211; BGH Urt. v. 7. 12. 2005- VIII ZR 126/05, NJW 2006, 988 (989); BGH Urt. v. 21. 12. 2005-VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 (1197); OLG Celle Urt. v. 10.2. 2005-8 U 146/04, NJOZ 2005, 2025; LG Aachen Urt. v. 23.10. 2003- 6 S 99/03, NJOZ 2004, 772f.

<sup>1508</sup> Arnold, ZIP 2004, 2412; Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Dauner-Lieb/ Arnold, ZGS 2005, 10ff; Schönknecht, S. 35; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250, dies. ZGS 2003, 455, ff; ders. NZBau 2004, 233, 236f; Dötsch, MDR 2003, 1407; Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; Schröter, JR 2004, 441; Sutschet, JZ 2005, 574; Tonner/Wiese, BB 2005, 903; Arnold, ZIP 2004, 2412; Dauner-Lieb/Arnold, FS Hadding, 2004, S. 25, 30; Erman/Schwenker/Rodemann, BGB § 637 Rn. 18; Paland/Sprau, § 637 Rn. 5

<sup>1509</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (170); Eusani, NZBau 2006, 676 (679); Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (236); Rodorff, S. 171; der zentralen Entscheidung des BGH Urt. v. 23.2.2005- VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348, lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Käufer hatte einen Neuwagen in der EU erworben und gleichzeitig eine Garantievereinbarung abgeschlossen. 7 Monate nach der Übergabe zeigte sich ein kapitaler Motorschaden, dessen Ursache streitig war. K wandte sich an den Verkäufer der ihm erklärte, die Garantie greife wegen der fehlenden Eintragung von Inspektionen im Serviceheft nicht ein. Daraufhin ließ K das Fahrzeug in einer Vertragswerkstatt des Herstellers reparieren und verlangte anschließend von V den Ersatz der Reparaturkosten. Der BGH lehnte jegliche Ansprüche des K ab und bekräftigte seine Auffassung in BGH Urt. v. 22.6.2005- VIII ZR 1/05, NJW 2005, 3211 ff, sowie BGH Urt. v. 7.12.2005, VIII ZR 126/05, NJW 2006, 988.

Amtsgericht Daun den Schadensersatzanspruch des Käufers nach §§ 280, 281 BGB wegen fehlender Fristsetzung zur Nacherfüllung zurückgewiesen.<sup>1510</sup> Später befand das AG Kempen eine Lösung über §§ 326 II 2 BGB als nicht zulässig, weil diese Vorschrift aufgrund der abschließenden Regelung des § 437 BGB im Rahmen des Gewährleistungsrechts nicht anwendbar sei.<sup>1511</sup> Als weiterer Grund wurde angeführt, dass das Nacherfüllungsrecht einen zentralen Bestandteil des neuen kaufrechtlichen Rechtsbehelfssystem darstelle, somit Vorrang genieße und die Anwendung des § 326 II 2 BGB daher dem Vorrang der Nacherfüllung sowie dem Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung widerspreche.<sup>1512</sup> Diese Position wurde durch weitere Entscheidungen der Landgerichte Aachen,<sup>1513</sup> Gießen,<sup>1514</sup> sowie der Amtsgerichte Daun<sup>1515</sup> und auch Kempen<sup>1516</sup> gestärkt und letztlich auch vom BGH bestätigt. Nach Ansicht des BGH ist die Regelung des § 437 BGB abschließend.<sup>1517</sup> Ansonsten hätte der Gesetzgeber nicht bewusst darauf verzichtet, dem Käufer auf Kosten des Verkäufers ein Selbstvornahmerecht zu zugestehen. Wenn man die Mängelrechte des Käufers nach § 437 Nr.1 bis 3 BGB mit den Mängelrechten des Bestellers nach § 634 Nr.1 bis 4 BGB vergleiche, so ließe sich feststellen, dass keine planwidrige Regelungslücke, die für eine Analogie erforderlich ist, vorhanden sei.<sup>1518</sup> Eine Ersparisanrechnung durch die analoge Anwendung des § 326 II 2 BGB würde über § 634 BGB hinausgehen. Denn nach der Vorschrift des § 326 II 2 BGB sei dem Käufer ein Recht zur Mängelbeseitigung auf Kosten des Verkäufers zu gewähren, das – im Gegensatz zu § 637 BGB- nicht einmal eine erfolglos abgelaufene Fristsetzung zur Nacherfüllung durch den Käufer voraussetzt.<sup>1519</sup> Dieses Ergebnis sei mit der Absicht des Gesetzgebers nicht vereinbar, der auf eine vergleichbare Regelung der Selbstvornahme bewusst verzichtet hat.<sup>1520</sup> Bei analoger Anwendung des § 326 II 2 BGB, der die Selbstvornahme des Käufers erlaubt, könne der Verkäufer seinen Kaufpreis nicht mehr verdienen, den er durch die zweite Andienung hätte erlangen können. Somit würde der Vorrang der Nacherfüllung

---

<sup>1510</sup> AG Daun NJW-RR 2003, 1465; Arnold, ZIP 2004, 2412 (2413); Schroeter, JR 2004, 441.

<sup>1511</sup> AG Kempen ZGS 2003, 440; Arnold, ZIP 2004, 2412 (1413); Schroeter, JR 2004, 441 (442).

<sup>1512</sup> AG Kempen ZGS 2003, 440; Arnold, ZIP 2004, 2412 (1413); Schroeter, JR 2004, 441 (442).

<sup>1513</sup> LG Aachen Urt. v. 23.10.2003- 6 S 99/03, NJOZ 2004,772.

<sup>1514</sup> Arnold, ZIP 2004, 2412 (1413); LG Gießen Urt. v. 10.3. 2004 – 1 S 453/03, ZGS 2004, 238 (240).

<sup>1515</sup> AG Daun Urt. v. 15.1.2003, -3 C 664/02, NJW-RR 2003, 1465; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (236).

<sup>1516</sup> Dauner-Lieb/ Dötsch, NZBau 2004, 233 (236); LG Kempen Urt. v. 18.8.2003-11 C 225/02, DAR 2004, 34, m. Anm. v. Dötsch.

<sup>1517</sup> BGH Urt. v. 23.2. 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1349); Rieble, DB 1989, 1759; Peters, JR 2004, 353 (354); Dötsch, MDR 2004, 975 (976).

<sup>1518</sup> Rodorff, S. 172; Schönknecht, S. 36; Gsell, ZIP 2005, 922 (924); Arnold, ZIP 2004, 2412 (2313); LG Gießen Urt. v. 10. 3. 2004 – 1 S 453/03, NJW 2004, 2906=ZGS 2004, 238 (240).

<sup>1519</sup> Rodorff, S. 172; BGH Urt. v. 23.2. 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1350).

<sup>1520</sup> BGH Urt. v. 23.2. 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1350).

unterlaufen.<sup>1521</sup> Das Recht zur zweiten Andienung diene erstens dazu, dem Verkäufer eine Möglichkeit einzuräumen, wirtschaftliche Nachteile (z.B. Rückabwicklung des Vertrags) abzuwenden, die wegen des Mangels am Kaufgegenstand drohen.<sup>1522</sup> Zweitens solle es verhindern, dass der Verkäufer gegen seinen Willen den übrigen Gewährleistungsrechtsbehelfen des Käufers ausgesetzt werde.<sup>1523</sup> Der BGH konzentriert sich auf das Interesse des Verkäufers, dass er im Rahmen der Nacherfüllung zu prüfen hat, was für ein Mangel vorliegt, ob der Mangel bei Gefahrübergang schon vorhanden war, wie der Umfang und die Schwere des Mangels ist und wie und mit welchen Beseitigungskosten dieser Mangel beseitigt werden kann.<sup>1524</sup> Obwohl die Fristsetzung der Vermeidung von Beweisproblemen diene, werde dem Verkäufer diese Möglichkeit der Mangeluntersuchung und Beweissicherung durch die voreilige Selbstvornahme des Käufers entzogen.<sup>1525</sup> Dieses Ergebnis verschlechtere die Verteidigungsmöglichkeiten des Verkäufers und führe damit zur Benachteiligung des Verkäufers.<sup>1526</sup> Das Ziel des Gesetzgebers läge in der Gewährung von jederzeit klaren Verhältnissen zwischen den Parteien.<sup>1527</sup> Bis zum Ablauf der Frist könne der Verkäufer den Mangel im Wege der Nacherfüllung beseitigen. Sobald die Frist zur Nacherfüllung abgelaufen sei, könne der Käufer den Mangel selbst beseitigen und seine Mängelrechte geltend machen. Andernfalls würde die Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach §§ 281 II, 323 II, 440 S.1 BGB dem Käufer einen Schutz vor unbilligen Härten bieten.<sup>1528</sup> Die Zulassung eines Anspruchs des Käufers würde die Gewährleistung der vom Gesetzgeber

---

<sup>1521</sup> Tonner/Wiese, BB 2005, 903 (904); BGH Urt. v. 23.2. 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1349); auch mit Anm. v. Kniffka, BauR 2005, 1024, (1025); Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 455,458; ders. NZBau 2004, 233, 235f; Dötsch, MDR 2003, 1407, 1408; Dauner-Lieb/ Arnold, ZGS 2005, 10, 13ff; Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; Schröter, JR 2004, 441, 442; Dauner-Lieb/Arnold, FS für Hadding S. 25 (29); Gsell, ZIP 2005, 922 (924) Katzenstein, ZGS 2004,349 (352); Braun, ZGS 2004, 423 (428); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn. 16.

<sup>1522</sup> BGH Urt. v. 23.2. 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1350); Katzenstein, ZGS 2005, 305 (306); Vgl. Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418); Oechsler, NJW 2004, 1825.

<sup>1523</sup> Vgl. Dauner-Lieb/Arnold, FS für Hadding S. 25 (29).

<sup>1524</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641 (644); Gsell, ZIP 2005, 922 (926); Katzenstein, ZGS 349 (354); LG Gießen Urt. v. 10.3. 2004 – 1 S 453/03, NJW 2004, 2906= ZGS 2004, 238 (240); Arnold, ZIP 2004, 2412 (1413); Dötsch, MDR 2004, 975 (978); Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10; Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; Eusani, NZBau 2006, 676 (679).

<sup>1525</sup> Katzenstein, ZGS 349 (354); ders. ZGS 2005, 305 (307); Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; Schönknecht, S. 37; BGH Urt. v. 23.2. 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348, (1350); mit Anm. v. Kniffka, BauR 2005, 1024, 1025; LG Gießen Urt. v. 10.3. 2004 – 1 S 453/03 NJW 2004, 2906= ZGS 2004, 238 (240); Arnold, ZIP 2004, 2412 (1413); Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2005, 10,ff; Dötsch, MDR 2003, 975, 978; Tonner/Wiese, BB 2005, 903, 904; Tonner, VuR 2005, 207, 208.

<sup>1526</sup> Katzenstein, ZGS 2005, 305 (307).

<sup>1527</sup> Dötsch, MDR 2003, 975, (977); Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 (252); Schönknecht, S. 38; BGH Urt. v. 23.2. 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348, (1350); Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2005, 10, (11).

<sup>1528</sup> Rodorff, S. 172.



beabsichtigten klaren Verhältnisse stören.<sup>1529</sup> Da die Gewährleistungsrechte nach den §§ 437 ff BGB abschließend seien und Vorrang genössen, wurde die Erstattung der Selbstvornahmekosten über die Geschäftsführung ohne Auftrag und das Bereicherungsrecht vom BGH abgelehnt und auf die Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht, die aus der Zeit vor der Schuldrechtsmodernisierung datiert ist, hingewiesen.<sup>1530</sup> Da im Werkvertragsrecht ein Selbstvornahmerecht ausdrücklich in § 637 BGB geregelt und dort die Fristsetzung bzw. deren Ablauf vorausgesetzt wird, würde die Gewährung des Ersatzes der Selbstvornahmekosten des Käufers, der keine Frist gesetzt oder den Ablauf der Frist nicht abgewartet hat, die Erfüllung geringerer Anforderungen als im Werkvertrag erfordern.<sup>1531</sup> Der Gesetzgeber hat zwar im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung eine Annäherung an die Regeln des Werkvertragsrechts vorgenommen, er hat aber auf die Regelung des Selbstvornahmerechts im Kaufrecht bewusst verzichtet.

Zwar wurde die Judikatur hinsichtlich ihrer Entscheidungen zum Selbstvornahme im Kaufrecht von der Mehrheit der Literatur scharf kritisiert, doch stimmte ihr ein Teil der in der Literatur geäußerten Ansichten<sup>1532</sup> zu. Inzwischen hat sich sogar das Bundesverfassungsgericht<sup>1533</sup> mit diesem Problem beschäftigt und entschieden, dass an die Ermittlung der Unmöglichkeit der Nacherfüllung strenge Anforderungen zu stellen seien. Selbst wenn sich der Käufer durch die Selbstvornahme anderweitig eine mangelfreie Gattungssache gleichen Typs beschafft habe, dürfe man von einer Unmöglichkeit der Nacherfüllung nicht ausgehen, wenn eine Reparatur oder die Nachlieferung einer mangelfreien Sache möglich sei.

---

<sup>1529</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 455 (458); Schönknecht, S. 38.

<sup>1530</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; Gsell, ZIP 2005, 922 (923); Schroeter, JR 2004, 441 (443); Rodorff, S. 172; BGH Urt. v. 11.10.1965- VII 124/63, NJW 1966, 39 (40); BGH Urt. v. 12.10.1967- VII ZR 8/65, NJW 1968, 43.

<sup>1531</sup> Schönknecht, S. 39; LG Gießen Urt. v. 10.3. 2004 – 1 S 453/03, NJW 2004, 2906= ZGS 2004, 238 (240); Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 (251); Katzenstein, ZGS 2004, 144, 146; Arnold, ZIP 2004, 2412, 24 15; Schröter, JR 2004, 441, 442; Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10 (13) f.

<sup>1532</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (171); Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10 (13f); Dauner-Lieb/ Dötsch, ZGS 2003, 455 (458); Dauner-Lieb/Dötsch, 2003, 250, (252); Arnold, ZIP 2004, 2412 (2415); Schönknecht, S. 171ff; Eusani, NZBau 2006, 676, 680; Erman/*Grunewald* § 439 Rn. 8; MüKoBGB/*Westermann*, BGB § 439 Rn.23; Schröder, JR 2004, 441, 444.

<sup>1533</sup> Rodorff, S. 172; BVerfG Besch. v. 26.09.2006, Az. I BvR 2389/04, ZGS 2006, 470ff dazu Anm. Faust JuS 2007, 181: in diesem Fall hatte der K einen Gebrauchtwagen in Kenntnis des defekten Kühlers und zusätzlich einen separaten Kühler zum Selbsteinbau erworben. Da sich später auch der Ersatzkühler als defekt erwies, besorgte er sich anderweitig einen funktionsfähigen Kühler, den er zunächst nicht einbaute. Das Gericht stellte fest, dass der Deckungskauf noch nicht zur Unmöglichkeit durch Zweckerreichung führte, sodass der K immer noch die Nacherfüllung verlangen und nach dem Ablauf einer angemessenen Frist zurücktreten kann. Gsell, ZIP 2005, 922 (923); LG Gießen Urt. v. 10.3. 2004 – 1 S 453/03, NJW 2004, 2906= ZGS 2004, 238 (240).

## D. Stellungnahme

### I. Europarechtliche Bedenken

Ein Anspruch auf Ersatz der Eigenreparaturkosten wird dem Käufer europarechtlich weder gewährt noch verboten.<sup>1534</sup> Auch nach Artt. 3 III und 5 VGKRL<sup>1535</sup> genießt die Nacherfüllung Vorrang. Danach wird dem Käufer ein Recht auf Minderung oder Vertragsauflösung eingeräumt, wenn er weder einen Anspruch auf Nachbesserung noch auf Ersatzlieferung geltend machen kann.<sup>1536</sup> Jedoch wird hier kein Recht auf Selbstvornahme geregelt.<sup>1537</sup> Die Zulassung eines Ersatzanspruchs für den Käufer bei einer Selbstvornahme entspricht nicht dem Rechtsgedanken des Art.3 III, 5. Alt VGKRL. Damit ist dem Käufer kein Ersatzanspruch aus europarechtlichen Vorschriften (VGKRL), die für die Schuldrechtsmodernisierung entscheidend waren, zu gewähren.

### II. Kritik an den Ansichten in der Literatur

Da keine planwidrige Regelungslücke existiert, ist eine analoge Anwendung des § 637 BGB im Kaufrecht abzulehnen.<sup>1538</sup> Nicht nur aus dem Vergleich zwischen §§ 437 und 634 BGB, sondern auch aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Einführung eines Selbstvornahmerechts im Kaufrecht bewusst abgelehnt hat. Aus der Gesetzesbegründung geht hervor: *„Vor allem aber hat nur der Besteller ein Selbstvornahmerecht, wohingegen dem Käufer ein solches Recht nicht zusteht“*.<sup>1539</sup> Im Werkvertragsrecht wird die Selbstvornahme in § 637 BGB selbständig geregelt. Diese Regelung weicht inhaltlich von der Vorschrift des § 326 II 2 BGB ab. Vor diesem Hintergrund darf vernünftigerweise die Anwendung des § 326 II 2 BGB neben dem § 637 BGB erst recht nicht zugelassen werden.<sup>1540</sup>

Die Ansicht der Ersparnisrechnung nach § 326 II 2 BGB, wonach die Nacherfüllung des Verkäufers durch die Selbstvornahme unmöglich wird, ist nicht überzeugend. Mit der Anknüpfung an den Zeitpunkt des Gefahrübergangs in § 434 I BGB hat der Gesetzgeber nicht bezweckt, die Voraussetzungen der Bestimmung des Mangels auf diesen Moment festzulegen, sondern legt die Vorschrift lediglich den frühesten Zeitpunkt fest, ab wann ein Mangel vorliegen kann.<sup>1541</sup> Somit führt die Selbstvornahme durch den Käufer zu keiner Unmöglichkeit der Leistung nach § 326 I BGB, sondern zur Herstellung des geschuldeten Zustands, also der mangelfreien Verschaffung des Kaufgegenstandes nach § 433 I 2 BGB. Kann allerdings der Käufer die mangelhafte

---

<sup>1534</sup> Rodorff, S. 173.

<sup>1535</sup> Lorenz, NJW 2021, 2065: Europäische Warenkaufrichtlinie 2019/771 ersetzt diese Richtlinie. Sie ist auf Verträge, die ab 1.1.2022 geschlossen sind, anzuwenden.

<sup>1536</sup> Rodorff, S. 173.

<sup>1537</sup> Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414).

<sup>1538</sup> Katzenstein, ZGS 2005, 305; Gsell, ZIP 2005, 922, (924); Rieble, DB 1989, 1759; LG Gießen Urt. v. 10.3. 2004 – 1 S 453/03, NJW 2004, 2906= ZGS 2004, 238 (240); Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (236); Teller, NJW 2019, 2121 (2123); Hübner, ZfPW 2018, 227 (255)

<sup>1539</sup> Gsell, ZIP 2005, 922, (923); Rieble, DB 1989, 1759; Vgl. Hübner, ZfPW 2018, 227 (255); Rodorff, S. 174.

<sup>1540</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (236).

<sup>1541</sup> Oechsler, NJW 2004, 1825.

Kaufsache reparieren lassen, ist keine Ersatzlieferung, sondern lediglich eine Nachbesserung ausgeschlossen<sup>1542</sup>, sodass keine Unmöglichkeit vorliegt.<sup>1543</sup> Die These ist unbegründet, ein ursprünglich behebbarer Mangel wird durch seine Behebung zum unbehebbarer Mangel.<sup>1544</sup> Die Selbstvornahme durch den Käufer führt nicht zur Unmöglichkeit, sondern vielmehr zur Aufhebung des Mangels.<sup>1545</sup> Es ist überhaupt kein Mangel mehr vorhanden. Der Wortlaut des § 439 I BGB spricht von einer Nacherfüllung im Wege der Mängelbeseitigung. Das Gesetz stellt selbst darauf ab, dass der Mangel auch nach dem Gefahrübergang wegfallen kann. Übrigens ist darauf zu achten, dass ein unbehebbarer Mangel gerade das Vorliegen eines Mangels voraussetzt. Ab dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs wird für den Verkäufer weder die Nachbesserung noch die Nacherfüllung unmöglich, wenn der Käufer durch einen Deckungskauf einen mangelfreien Ersatz erhalten hat.<sup>1546</sup>

Um die analoge Anwendung des § 326 II 2 BGB zu befürworten, ist trotz des Nichtvorliegens des Hauptatbestandsmerkmals „Unmöglichkeit“ eine vergleichbare Interessenlage erforderlich. Selbst wenn der Käufer die mangelhaft gelieferte Sache zerstört und damit die Nacherfüllung unmöglich macht, ist hier zu berücksichtigen, dass die mangelhafte Sache von dem Verkäufer geliefert wurde. Daher muss der Käufer nicht weitüberwiegend die Verantwortung tragen § 323 VI 2. Alt BGB.<sup>1547</sup> Ferner kommen Besonderheiten bezüglich des Verbrauchsgüterkaufs in Betracht. Bei einem solchen Kauf darf der Verkäufer infolge der Selbstvornahme keine Aufwendungen einsparen, da er gem. § 445a BGB beim Vorlieferanten eine Regressmöglichkeit hat.<sup>1548</sup> Die Parallelen der Vertragstypen bieten keine Möglichkeit für eine Ersparnisrechnung im Kaufrecht.<sup>1549</sup> Im Werkvertragsrecht wurde das Selbstvornahmerecht ausdrücklich geregelt. Dagegen ist im Kaufvertragsrecht keine solche selbstständige Regelung zu finden. Dies kann daran liegen, dass die Ausübung eines Selbstvornahmerechts im Werkvertragsrecht öfter erforderlich ist, als im Kaufrecht.<sup>1550</sup> Die Herstellung eines Werks nimmt meist viel Zeit in Anspruch und der Besteller muss das Insolvenzrisiko des Unternehmers im Auge behalten, während im Kaufrecht der Leistungsaustausch zur gleichen Zeit stattfindet.<sup>1551</sup>

---

<sup>1542</sup> Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10 (11); Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Rodorff, S. 174; Schroeter, JR 2004, 441 (442).

<sup>1543</sup> Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10 (11); Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414).

<sup>1544</sup> Schönknecht, S. 52; Schroeter, JR 2004, 441, (422).

<sup>1545</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (237); Schroeter, JR 2004, 441 (442).

<sup>1546</sup> Rodorff, S. 174; Schroeter, JR 2004, 441 (442).

<sup>1547</sup> Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10, (11); Gsell, ZIP 2005, 922 (924); Braun, ZGS 2004, 423 (428); Arnold, ZIP, 2004, 2412, 2414; Dauner-Lieb/Arnold, FS, Hadding, 25, 31; MüKoBGB/*Ernst*, BGB § 326 Rn. 112ff.

<sup>1548</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 15.

<sup>1549</sup> LG Gießen Urt. v. 10.3. 2004 – 1 S 453/03, NJW 2004, 2906= ZGS 2004, 238 (240); Arnold, ZIP 2004, 2412 (1413); Dötsch, MDR 2004, 975 (978); Schroeter, JR 2004, 441 (443); Rodorff, S. 176; Erman/*Schwenker/Rodemann* § 637 Rn. 18; MüKoBGB/*Busche*, BGB§ 637 Rn. 7; Palandt/*Sprau* § 637 Rn. 5; Jauerling/*Mansel* § 637 Rn. 11.

<sup>1550</sup> Rodorff, S. 176.

<sup>1551</sup> Rodorff, S. 176.

Aufgrund des Vorrangs der Gewährleistungsrechte sind die Lösungen, die eine Ersparnisrechnung über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder das Bereicherungsrecht vorsehen, nicht zu befürworten.

Auch die Ansicht, die für den Käufer einen deliktischen Schadensersatzanspruch nach §§ 823 II BGB i.V. m. 263 StGB vorsieht, ist abzulehnen. Der Gesetzgeber wollte den Verkäufer, der mangelhafte Sache geliefert hat, nicht als Betrüger bzw. einer Kriminellen betrachten.<sup>1552</sup> Aus der bloßen Übergabe einer mangelhaften Sache darf keine Täuschung resultieren. Genauso wenig kann die Erklärung des Verkäufers auf Schweigen hindeuten, dass er die Sache zwar untersucht, aber keinen Mangel festgestellt hätte. Selbst wenn der Verkäufer den vorhandenen Mangel verschwiegen hätte, kann dem Käufer immer die Anfechtung nach § 123 I 1. Alt BGB zu Gute kommen. Damit sind an strafrechtlich relevante Täuschungshandlungen deutlich höhere Anforderungen zu stellen, sodass der Käufer z.B. durch die Manipulation des Verkäufers den Mangel an der Sache nicht erkennen konnte, etwa wenn er schimmelbefallene Teile des zu verkaufenden Hauses überstreicht oder die zu verkaufende Milch verwässert.

Des Weiteren ist hier zu berücksichtigen, dass die verfrühte Selbstvornahme<sup>1553</sup> in der Praxis für beide Parteien Beweisschwierigkeiten mit sich bringt. Grundsätzlich soll der Verkäufer auf die Sache zugreifen können, um sich von der Art und dem Umfang des Mangels ein eigenes Bild zu machen.<sup>1554</sup> Dies wird ihm jedoch durch die Selbstvornahme des Käufers unmöglich gemacht und somit die Verteidigungsposition des Verkäufers geschwächt. Der Verkäufer ist nicht mehr in der Lage, zu wissen, ob die vom Käufer beauftragte Drittfirma das Schadensbild richtig ermittelt, keine unnötigen Arbeiten veranlasst und korrekt abgerechnet hat.<sup>1555</sup> Der Verkäufer wird damit in unbilliger Weise vor vollendete Tatsachen gestellt, indem der Käufer durch die Selbstvornahme der Nacherfüllung dem Verkäufer die Möglichkeit einer Untersuchung und Beweissicherung vorenthalten hat.<sup>1556</sup> Es können Fälle vorkommen, in denen der Verkäufer hilflos mit der Manipulation des Käufers konfrontiert ist, der den selbstverursachten Mangel der Kaufsache verschleiert/versteckt.<sup>1557</sup> Da der Käufer die eingesparten Aufwendungen des Verkäufers darlegen und beweisen muss, kann er auch Schwierigkeiten bei Beweis und Darlegung der Aufwendungen haben. Die Informationsbeschaffung über die Löhne, Material- und Ersatzteilkosten usw. kann für

---

<sup>1552</sup> Rodorff, S. 177.

<sup>1553</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417ff.

<sup>1554</sup> BGH Urt. v. 23.2. 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1350); Rodorff, S. 178; Dötsch, MDR 2004, 975 (977); Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 455 (456).

<sup>1555</sup> BGH Urt. v. 23.2.2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1350); Dötsch, MDR 2004, 975 (977); LG Gießen Urt. v. 10.3. 2004 – 1 S 453/03) NJW 2004, 2906= ZGS 2004, 238 (240).

<sup>1556</sup> BGH Urt. v. 23.2. 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1350); LG Gießen Urt. v. 10.3.2004 – 1 S 453/03 NJW 2004, 2906= ZGS 2004, 238 (240); Katzenstein, ZGS 2005, 305 (307); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn.16; Ball, NZV 2004, 217 (227).

<sup>1557</sup> BGH Urt. v. 23.2.2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1350); Katzenstein, ZGS 2004 349 (354); Ebert, NJW 2004, 1761 (1764).

den Käufer meistens entweder teuer oder unmöglich werden. Daher erscheint die Ersparnisrechnung nicht als vernünftig.<sup>1558</sup>

Ferner dürfen die Vorschriften des §§ 437ff. BGB nicht dadurch umgangen werden, dass dem Käufer durch die Anwendung der allgemeinen Vorschriften von §§ 326 II und IV BGB wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung der Ersatz der Nachbesserungskosten auch dann zugesprochen wird, wenn die besonderen Voraussetzungen der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften nicht vorliegen.<sup>1559</sup> Um die Umgehung des Nacherfüllungsvorrangs zu vermeiden, ist dem Käufer kein Ersatzanspruch zu gewähren. Die Ansicht der Ersparnisrechnung überzeugt nicht. Somit kann sich der Käufer seine Kosten für Selbstvornahme nicht nach § 326 II 2 BGB anrechnen lassen.

Da die Selbstvornahme durch den Käufer die Befreiung des Verkäufers von der Nacherfüllungspflicht verursacht hat, ist ein Rücktritt des Käufers gem. §§ 326 V, 323 VI BGB ausgeschlossen.<sup>1560</sup> Auch eine Minderung gem. § 441 I 1 BGB kommt wegen der Koppelung an die Voraussetzungen des Rücktritts („statt zurückzutreten“) nicht in Betracht. Da der Verkäufer für das Ausbleiben der Nacherfüllung nicht verantwortlich ist und eine Fristsetzung fehlt, scheidet der Schadensersatzanspruch ebenfalls.<sup>1561</sup> Es ist sachlich nicht gerecht, dem Käufer bei einer Selbstvornahme gem. § 326 II 2 BGB die Anrechnung der Ersparnisse des Verkäufers zu ermöglichen.<sup>1562</sup>

### III. Billigkeitserwägungen

Unabhängig von den Bedenken gegen in der Literatur vertretene Lösungen erlauben Gerechtigkeitsüberlegungen keine Ersparnisrechnung. Kommt der Verkäufer seiner Pflicht einer mangelfreien Leistung nicht nach und verstößt damit gegen die gesetzlichen Bestimmungen, gewährt der Gesetzgeber ihm ein Recht auf zweite Andienung.<sup>1563</sup> Wegen der Selbstvornahme darf keine Partei benachteiligt werden. Die Interessen beider Parteien sind gleichermaßen schutzwürdig. Der Käufer beabsichtigt zwar mit seiner voreiligen Selbstvornahme auf keinen Fall, die Rechte des Verkäufers zu beschneiden<sup>1564</sup>, doch hat der Verkäufer immerhin seine Aufwendungen gespart.<sup>1565</sup>

---

<sup>1558</sup> Dötsch, MDR 2004, 975 (979); Katzenstein, ZGS 2004, 300 (303).

<sup>1559</sup> BGH Urte. v. 23.2. 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1351); Schroeter, JR 2004, 441 (444).

<sup>1560</sup> Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10; Dauner-Lieb/ Dötsch, NZBau 2004, 233 (236); ders. ZGS 2003, 250; Schroeter, JR 2004, 441; Bressler, NJW 2004, 3382, (3384); Schönknecht, S. 26; Lorenz, NJW 2003, 1417, (1418); Gsell, ZIP 2005, 922f; Katzenstein, ZGS 2005, 184, 189ff; Dötsch, MDR 2004, 975, (976).

<sup>1561</sup> Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (236); Eusani, NZBau 2006, 676 (678); Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169 (171); Lorenz, NJW 2003, 1417, (1418); Bressler, NJW 2004, 3382, (3384); Schroeter, JR 2004, 441; Schönknecht, S. 26; Gsell, ZIP 2005, 922 (924); Katzenstein, ZGS 2005, 184, 189ff; Dötsch, MDR 2004, 975 (976); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457.

<sup>1562</sup> Dauner-Lieb/ Dötsch, NZBau 2004, 233 (236); Rodorff, S. 169; Braun, ZGS 2004, 423, (428).

<sup>1563</sup> Rodorff, S. 179.

<sup>1564</sup> Gsell, ZIP 2005, 922 (926).

<sup>1565</sup> Dauner-Lieb/ Dötsch, NZBau 2004, 233 (236); ders. ZGS 2003, 250 (252).

Der voreilige Käufer muss dies hinnehmen.<sup>1566</sup> Er wurde durch das Fristsetzungserfordernis oder ein mögliches Vorgehen nach § 887 ZPO gesetzlich hinreichend geschützt. Verfügt der Verkäufer über das notwendige Material und Personal, aber nicht über genügendes Finanzmittel, könnte die Vornahme der Nacherfüllung vorteilhafter sein, als eine Selbstvornahme mit Ersparnisrechnung.<sup>1567</sup> Die ersparten Aufwendungen des Verkäufers für die Nacherfüllung dürfen niemals automatisch mit den Selbstvornahmekosten des Käufers gleichgestellt werden.<sup>1568</sup> Der Verkäufer darf bei einer Selbstvornahme keine höheren Kosten zahlen als bei einer Nacherfüllung. Außerdem stimmen die Kosten des Verkäufers und die Selbstvornahmekosten des Käufers in der Praxis fast nie überein.<sup>1569</sup> In der Praxis können sich allerdings die ersparten Aufwendungen des Verkäufers mit den Kosten, die der Käufer wegen der Nacherfüllung aufgewendet hat, decken, wenn auch der Verkäufer aufgrund fehlender, eigener Reparaturmöglichkeiten einen Dritten mit der Reparatur beauftragen musste.<sup>1570</sup> Jedoch verliert der Verkäufer durch die Selbstvornahme des Käufers sein Verweigerungsrecht wegen der Unverhältnismäßigkeit nach § 439 IV BGB. Dagegen kommt dem Käufer das Wahlrecht hinsichtlich der Art der Nacherfüllung zu Gute. Er ist lediglich verpflichtet, eine angemessene Frist zu setzen und diese abzuwarten.<sup>1571</sup> Er ist immer noch in der Lage, den Mangel durch Selbstvornahme zu beheben und dadurch entstandene Kosten als Schadensersatz zu verlangen.<sup>1572</sup> Ist dem Käufer ein Abwarten unzumutbar, kann er statt der Selbstvornahme die Entbehrlichkeit der Fristsetzung geltend machen.<sup>1573</sup>

Für die Verankerung eines Selbstvornahmerechts im Kaufrecht könnten zwar unterschiedliche Gründe vorliegen, aber diese Entscheidung steht im Ermessen des Gesetzgebers, der von einer solchen Regelung im Kaufrecht bewusst abgesehen hat.

Schließlich lässt sich feststellen, dass die im Kaufvertragsrecht dargestellten Gründe und Argumente hinsichtlich des Ersatzes der Selbstvornahmekosten des Käufers, dem Werkvertragsrecht entsprechen. Um eine unnötige Wiederholung zu vermeiden, ist an dieser Stelle von einer ausführlichen Argumentation bezüglich der Selbstvornahme des Käufers abzusehen. In Anbetracht der im Rahmen von Kaufvertragsrechts dargestellten Argumente ist die Zulassung der Ersparnisrechnung nach § 326 II 2 BGB abzulehnen. Der Auffassung des BGH ist hier zu folgen. Im Gegensatz zum Werkvertragsrecht ist im Kaufvertragsrecht kein Erfolg geschuldet und dem Verkäufer ein Regressrecht zugestanden worden. Daher wäre es denkbar, dem Käufer den Ersatz der Aufwendungen für die Selbstvornahme zuzusprechen, was im Werkvertragsrecht für den Besteller nicht der Fall ist. Jedoch stimmen die Bedenken, die sowohl im Werkvertragsrecht als auch im Kaufvertragsrecht existieren und den Ersatzanspruch ablehnen, überein. Diese in

---

<sup>1566</sup> Dauner-Lieb/ Dötsch, NZBau 2004, 233 (236).

<sup>1567</sup> BGH Urt. v. 23.2.2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 (1350); Rodorff, S. 179; Ebert, NJW 2004, 1761, 1763; Gsell, ZIP 2005, 922 (924).

<sup>1568</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417 (1419); Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 455 (456).

<sup>1569</sup> Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1458); Katzenstein, ZGS 2005, 184, (193).

<sup>1570</sup> Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 455 (456).

<sup>1571</sup> Dauner-Lieb/ Dötsch, NZBau 2004, 233 (236).

<sup>1572</sup> Rodorff, S. 179; Dauner-Lieb/Dötsch, NZBau 2004, 233 (236).

<sup>1573</sup> BGH Urt. v. 22.6.2005- VIII ZR 1/5, NJW 2005, 3211 (3212).

beiden Rechtsgebieten existierenden Bedenken, wie klare Vertragsverhältnisse und Beweislastverteilung, gehen über das Vertragsrecht hinaus und stellen die Bestandteile des Grundsatzes von *pacta sunt servanda* dar. Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung wurde im Kaufrecht von einem Selbstvornahmerecht des Käufers abgesehen und der Vorrang der Nacherfüllung für Kauf- und Werkvertragsrecht eingeführt. Eine Umgehung dieses Vorrangs und der Gewährung des Selbstvornahmerechts des Käufers würde Sinn und Zweck der Schuldrechtsmodernisierung zunichtemachen. Somit ist weder dem Besteller noch dem Käufer ein Anspruch auf den Ersatz der Aufwendungen bei einer voreiligen Selbstvornahme einzuräumen. Der Gesetzgeber hat sowohl mit der Regelung der Fristsetzung in § 637 BGB als auch mit dem Verzicht auf die Selbstvornahme für den Käufer einen Beitrag zur Gewährleistung der Rechtssicherheit geleistet. Dies muss von dem Käufer und dem Besteller in ihrem eigenen Interesse wahrgenommen werden. Damit wird die Entstehung einer Kette unterbrochen, die zu einem Zyklus aufeinander folgender Fehler geführt hätte. Der Unternehmer, der nur einmal das Werk mangelhaft hergestellt hat, muss für den Besteller, der gesetzliche Vorgaben übersieht und voreilig handelt, nicht einstehen. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Selbstvornahme des Bestellers fehlschlägt. Es wäre ungerecht, wenn der Besteller sich jedes Mal nach der Selbstvornahme an den Unternehmer wendet, obwohl er das Fristsetzungserfordernis nicht eingehalten hat. Die Nacherfüllungsversuche des Unternehmers sind wie im Kaufrecht nicht eingegrenzt (§ 440 S. 2 BGB). Der Unternehmer kann die Nacherfüllung mehr als zwei Mal durchführen.

## **VIERTES KAPITEL: ZEITPUNKT DER GELTENDMACHUNG DES ERSATZES DER AUFWENDUNGEN DER SELBSTVORNAHME IM WERKVERTRAGSRECHT**

### **A. Darstellung des Problems**

Im Unterschied zum VOB/B sind im BGB keine unterschiedlichen Regelungen für Mängelrechte vor und nach der Abnahme vorhanden.<sup>1574</sup>

Vor der Schuldrechtsmodernisierung standen dem Besteller die in den §§ 633 ff BGB a.F.<sup>1575</sup> geregelten Gewährleistungsrechte zur Verfügung.<sup>1576</sup> Gem. § 633 III BGB a. F. konnte der Besteller den Mangel selbst beseitigen und den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzug war. Nach § 634 I 2 BGB a.F. wurde dem Besteller ein Anspruch auf Mängelbeseitigung eingeräumt, soweit sich ein Mangel vor „Ablieferung des Werks“ zeigte.<sup>1577</sup> Nach dieser Regelung war dem Besteller eine angemessene Fristsetzung zur

---

<sup>1574</sup> Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581); Voit, NZBau 2017, 521 (523); Temming, AcP (215) 2015, 17 (34); Schmeel, MDR 2017, 254 (256); Knütel, BauR 2002, 689.

<sup>1575</sup> Bezüglich der historischen Entwicklung wird auf die ausführlichen Ausführungen in diesem Kapitel im Teil D verwiesen.

<sup>1576</sup> Schwenker, NJW 2017, 1579; BeckOGK/*Rast* BGB § 637 Rn.13; Gsell, ZIP 2005, 922 (927).

<sup>1577</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (690ff); Schwenker, NJW 2017, 1579; Temming, AcP (215) 2015, 17 (35); BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 13.

Mängelbeseitigung mit Ablehnungsdrohung möglich.<sup>1578</sup> Zeigte sich der Mangel schon vor der Ablieferung des Werks, bestimmte der Besteller gem. § 634 I 2 BGB a.F. die Frist sofort.<sup>1579</sup> Nach fruchtlosem Fristablauf konnte er gem. § 635 BGB a.F. von dem Unternehmer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.<sup>1580</sup> Nach dieser gesetzlichen Lage war die Abnahme für die Geltendmachung des Ersatzes der Aufwendungen für die Selbstvornahme und die Anwendbarkeit der weiteren Gewährleistungsrechte keine Voraussetzung.<sup>1581</sup> Eine entsprechende Regelung hat der Gesetzgeber im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung am 1.1.2002 in das neue BGB nicht eingefügt.<sup>1582</sup> Diese Änderung hat sowohl in der Literatur als auch in den richterlichen Entscheidungen zur heftigen Diskussion geführt.<sup>1583</sup>

Die Anwendbarkeit der werkvertragsrechtlichen Gewährleistungsrechte, insbesondere des Selbstvornahmerechts vor Abnahme des Werks ist sehr umstritten.<sup>1584</sup> Bei der gesamten Diskussion zu den Mängelansprüchen vor Abnahme geht es um vor allem um das Selbstvornahmerecht. Damit ist fraglich, ob es dem Besteller möglich sein soll, die Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme vor Abnahme durchzuführen und die dafür erforderlichen Aufwendungen vor der Abnahme ersetzt zu verlangen.<sup>1585</sup> Aus der

---

<sup>1578</sup> Weller, NZBau 2018, 398; Schwab, JuS 2017, 964 (967); BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 13; Gsell, ZIP 2005, 922 (927).

<sup>1579</sup> Jousen, BauR 2009, 319; Weller, NZBau 2018, 398; Jousen, BauR2a/2009, 319.

<sup>1580</sup> Weller, NZBau 2018, 398.

<sup>1581</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15, (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn.18, Schwenker, NJW 2017, 1579; Weller, NZBau 2018, 398; BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn.24), NJW 2017, 1604 (1605); BGH, Urt. v. 19.1.2017-VII ZR 235/ 15 (Anbau), BeckRS 2017, 103136, Rn. 25, NJW 2017, 1607 ff; Schwab, JuS 2017, 964 (965); Hartung, NJW 2007, 1099 (1102); BGH, Urt. v. 14.01.2016-VII ZR 271/14, NZBau 2016, 304; BGH, Urt. v. 4.12.1997- IX ZR 247/96; BauR 1998, 332, 334.

<sup>1582</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (690ff); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15, (Terasse) BeckRS 2017, 102864 (Rn.18), Schwenker, NJW 2017, 1579; Weller, NZBau 2018, 398; BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn.24), NJW 2017, 1604 (1605); Temming, AcP (215) 2015, 17 (34); BGH, Urt. v. 19.1.2017-VII ZR 235/ 15 (Anbau), BeckRS 2017, 103136, Rn. 25, NJW 2017, 1607 ff; Weller, NZBau 2018, 398; Schwab, JuS 2017, 964 (965, 967); BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn.13; BGH, Urt. v. 16.11.1993 –X ZR 7/92, NJW 1994, 942; BGH, Urt. v. 26.09.1996-X ZR 33/94, NJW 1997, 50.

<sup>1583</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn.26, NJW 2017, 1604 (1605); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn. 11.

<sup>1584</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13, (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn. 10, NJW 2017, 1604; Schwenker, NJW 2017, 1579; Weller, NZBau 2018, 398; BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15, (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn. 20; BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn. 27, NJW 2017, 1607 (1609); Temming, AcP (215) 2015, 17 (34); Schwab, JuS 2017, 964ff.

<sup>1585</sup> BeckOGK/*Rast* BGB § 637 Rn.16f; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 637 Rn. 2: Die Regelung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts schließt den Anspruch des Bestellers auf das Selbstvornahmerecht vor Abnahme nicht aus, soweit die Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs eintritt und die Voraussetzungen des § 637 BGB gegeben sind,



aktuellen gesetzlichen Lage ergibt sich keine eindeutige Regelung des zeitlichen Anwendungsbereichs der werkvertraglichen Mängelrechte.<sup>1586</sup> Es gibt dazu unterschiedliche Auffassungen, ab welchem Zeitpunkt der Besteller die werkvertraglichen Mängelrechte der §§ 634 ff BGB geltend machen kann.<sup>1587</sup> Sie sind hier zu untersuchen.

Grundsätzlich ist die Abnahme des Werks für die Geltendmachung der Mängelrechte erforderlich.<sup>1588</sup> Macht der Besteller von seinen Mängelrechten im Stadium der Herstellungs- bzw. Erfüllungsphase Gebrauch, ergibt sich eine Konkurrenz zwischen dem Erfüllungs- und dem Nacherfüllungsanspruch, sodass die Gewährleistungsansprüche und die allgemeinen Leistungsstörungsrechte in Anspruchskonkurrenz treten.<sup>1589</sup> Das allgemeine Leistungsstörungsrecht stellt für alle Schuldverhältnisse eine Rechtsgrundlage dar.<sup>1590</sup> Das Selbstvornahmerecht ist lediglich in bestimmten Vertragstypen wie im Miet- und Werkvertragsrecht geregelt. Im allgemeinen Leistungsstörungsrecht existiert keine entsprechende Vorschrift der Selbstvornahme wie in § 637 I BGB.<sup>1591</sup> Im Rahmen eines Werkvertrags können die allgemeinen Leistungsstörungsrechte (wie Schadensersatz und Rücktritt) nicht vor Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs aus § 631 I BGB auf Werkherstellung geltend gemacht werden. Dies ergibt sich aus den §§ 323 I und 281 I BGB, wonach eine Pflichtverletzung erforderlich ist. Unter Fälligkeit ist der Zeitpunkt zu verstehen, ab dem der Gläubiger die Leistung verlangen kann. Dabei ist grundsätzlich § 271 I BGB heranzuziehen, wonach der Gläubiger die Leistung sofort verlangen kann, wenn eine Zeit weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist. Ist die Zeit nicht bestimmt oder bestimmbar, tritt die Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs grundsätzlich sofort ein. Aufgrund des Charakters des Werkvertrags muss der Unternehmer mit der

---

sodass ein sachgerechtes Ergebnis erzielt werden kann. Aufgrund der Fristsetzungsvoraussetzung zur Nacherfüllung des § 637 BGB darf die Erfüllung nicht vorher erfolgt sein. Ist die Leistung fällig, kann eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt werden. Andernfalls ist die Fristsetzung nicht zu beachten.

<sup>1586</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 10; Ott, NZM 2016, 576 (578); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade), BeckRS 2017, 101777 (Rn.25), NJW 2017, 1604 (1605); BGH, Urt. v. 19.1.2017-VII ZR 235/ 15 (Anbau), BeckRS 2017, 103136, Rn. 26, NJW 2017, 1607 (1609); Weller, NZBau 2018, 398; Schwenker, NJW 2017, 1579; Jousen, BauR2a/2009, 319; Schlier, S. 22.

<sup>1587</sup> Ott, NZM 2016, 576 (578); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade), BeckRS 2017, 101777, Rn. 25, NJW 2017, 1604 (1605); BGH, Urt. v. 19.1.2017-VII ZR 235/ 15 (Anbau), BeckRS 2017, 103136, Rn. 25, NJW 2017, 1607 ff; Knütel, BauR 2002, 689 (690).

<sup>1588</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 14.

<sup>1589</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn. 24, NJW 2017, 1604 (1605); Ott, NZM 2016, 576 (578); BGH, Urt. v. 19.1.2017-VII ZR 235/ 15 (Anbau), BeckRS 2017, 103136, Rn. 25, NJW 2017, 1607 ff; Weller, NZBau 2018, 398; BGH, Urt. v. 14.01.2016-VII ZR 271/14, NZBau 2016, 304; BGH, Urt. v. 26.09.1996-X ZR 33/94, NJW 1997, 50; BGH, Urt. v. 4.12.1997- IX ZR 247/96; BauR 1998, 332, 334.

<sup>1590</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 14.

<sup>1591</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 10.

Herstellung alsbald nach Vertragsschluss beginnen und sie in angemessener Zeit beenden.

Die Vorschrift des § 323 IV BGB sieht jedoch von dem Grundsatz, dass die allgemeinen Leistungsstörungenrechte nicht vor Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs geltend gemacht werden können, eine Ausnahme vor. Nach dieser Regelung kann der Besteller seinen Rücktritt vom Vertrag vor der Fälligkeit der Leistung erklären, wenn die Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen.<sup>1592</sup> Das wäre dann der Fall, wenn der Besteller sein Vertrauen auf die Leistungsfähigkeit des Unternehmers verliert, sodass das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien erschüttert wird. Dies könnte in dem Fall gelten, in dem der Besteller die Selbstvornahme vor der Abnahme durchführt und die dadurch entstandenen Aufwendungen von dem Unternehmer erstattet verlangt. Dazu haben sich unterschiedliche Ansichten zu der Frage, ob der Besteller den Ersatz der Aufwendungen vor der Abnahme geltend machen kann und inwiefern die anderen werkvertraglichen Mängelrechte vor Abnahme Anwendung finden, herausgebildet.

## **B. Die Ansichten für die Anwendbarkeit der Mängelrechte vor Abnahme**

Die Meinungen innerhalb der Literatur führen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Teilweise wird vertreten, dass der Ersatz der Aufwendungen für die Selbstvornahme und die weiteren Mängelrechte aus § 634 BGB vor Abnahme geltend gemacht werden können.<sup>1593</sup> Die Literatur nennt für das Entstehen des Anspruchs unterschiedliche Zeitpunkte, wie Herstellungsphase oder Ablauf des Fälligkeitstermins sowie ab Werkherstellung.

### **I. Die Geltendmachung des Ersatzes der Selbstvornahmekosten während der Herstellungsphase**

Ein Teil des Schrifttums lässt die Anwendbarkeit der Mängelrechte schon während der Herstellungsphase zu.<sup>1594</sup> Die werkvertragsrechtlichen Gewährleistungsrechte aus § 634 BGB kämen vor Abnahme schon ab Beginn der Werkherstellung zur Anwendung.<sup>1595</sup> Nach dieser Ansicht kann der Besteller den Ersatz der Aufwendungen für die Selbstvornahme gegen den Unternehmer vor Abnahme geltend machen. Der Grund wird dafür darin gesehen, dass die gesetzliche Regelung des § 634 BGB keine Angaben zum Zeitpunkt für die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte macht.<sup>1596</sup> Der Wegfall der Regelung des § 634 I 2 BGB a.F. spräche auch gegen eine zeitliche Zäsur

---

<sup>1592</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 14.

<sup>1593</sup> Ott, NZM 2016, 576 (578); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn.28, NJW 2017, 1604 (1605); Popescu, NZBau 2012, 137 (140).

<sup>1594</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn. 22; BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn.28), NJW 2017, 1604 (1605); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn.29, NJW 2017, 1607(1609); Weller, NZBau 2018, 398; Schwab, JuS 2017, 964; OLG Brandenburg Urt. v. 24.2.2011- 12 U 129/10 NJW-RR 2011, 603, (604); Jousen, BauR2a/2009, 319 (322).

<sup>1595</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (690); Weise, NJW-Spezial 2008, 76; Vorwerk, BauR 2003, 1 (10); Folnovic, BauR 2008, 1360 (1367).

<sup>1596</sup> Weise, NJW-Spezial 2008, 76; Knütel, BauR 2002, 689.

für die Abnahme.<sup>1597</sup> Es gäbe, so die vertretene Ansicht, keinen Anlass dafür, die Abnahme als maßgeblichen Zeitpunkt für die Anwendbarkeit der Mängelrechte anzuerkennen.<sup>1598</sup> Es sei nicht nachvollziehbar, die Anwendbarkeit der Mängelrechte vor Abnahme auszuschließen. Denn die Begrifflichkeiten der Erfüllung und Nacherfüllung erlaubten keine Differenzierung.<sup>1599</sup> Daher sei die Abnahme nicht als maßgeblicher Zeitpunkt für die werkvertraglichen Gewährleistungsrechte anzusehen. Aus dem gesetzlichen Leitbild der § 648 BGB und § 632a BGB ginge vielmehr hervor, dass der Unternehmer verpflichtet sei, das Werk auch im Erfüllungsstadium mangelfrei herzustellen.<sup>1600</sup> Die Regelung des § 648 BGB gewähre dem Besteller bis zur Vollendung des Werks ein jederzeitiges Kündigungsrecht. Bei der Geltendmachung des Ersatzes der Aufwendungen der Selbstvornahme vor Abnahme würde der Unternehmer nicht benachteiligt. Zudem könne der Unternehmer gem. § 632a BGB für vertragsgemäß erbrachte Leistungen Abschlagszahlungen verlangen.<sup>1601</sup> Somit seien der Ersatz der Selbstvornahmekosten und die Anwendbarkeit der weiteren Mängelrechte während der Herstellungsphase, also vor Abnahme, zulässig.

## **II. Die Geltendmachung des Ersatzes der Selbstvornahmekosten ab Ablauf des Fälligkeitstermins**

Ein anderer Teil der in der Literatur vertretenen Ansichten gewährt dem Besteller den Ersatz der Aufwendungen für die Selbstvornahme und die weiteren werkvertragsrechtlichen Mängelrechte erst ab der Fälligkeit des werkvertraglichen Erfüllungsanspruchs aus § 631 BGB.<sup>1602</sup> Die Mängelrechte gelangten demnach zur Anwendung, sobald der Fälligkeitstermin abgelaufen bzw. die Werkleistung fällig sei.<sup>1603</sup> Der Unternehmer sei zur mangelfreien Werkherstellung lediglich ab dem Fertigstellungstermin verpflichtet.<sup>1604</sup> Dies ergäbe sich vor allem aus dem Wortlaut der §§ 633ff BGB.<sup>1605</sup> Diese Vorschriften sähen keine Einschränkung der Anwendbarkeit der werkvertragsrechtlichen Mängelrechte auf die Zeit nach Abnahme vor.<sup>1606</sup> Allerdings sei kein Anlass dafür ersichtlich, dass eine Abkehr von der bisherigen Anspruchskonkurrenz zwischen den allgemeinen Leistungsstörungenrechten und den

---

<sup>1597</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (691).

<sup>1598</sup> Schlier, S. 60; K. Jansen, S. 36.

<sup>1599</sup> Vgl. Popescu, NZBau 2012, 137 (140); Vorwerk, BauR 2003, 1 (10).

<sup>1600</sup> Christiansen, ZfBR 2010, 3 (5).

<sup>1601</sup> Vorwerk, BauR 2003, 1 (10).

<sup>1602</sup> BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn.15, 37; BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn. 22; BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn. 28, NJW 2017, 1604 (1605); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn.29, NJW 2017, 1607 (1609); Temming, AcP (215) 2015, 17 (34); Knütel, BauR 2002, 689 (690); Sienz, BauR 2002, 181, (184), Voit, BauR 2011, 1063; Erman/*Schwenker/Rodemann* § 633 Rn. 21f; Voit, NZBau 2017, 521 (522ff); Jousen, BauR 2009, 319 (322); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 634 Rn. 4.

<sup>1603</sup> Weller, NZBau 2018, 398 (399).

<sup>1604</sup> Sienz, BauR 2002, 181, (184).

<sup>1605</sup> K. Jansen, S. 37; Schlier, S. 61.

<sup>1606</sup> K. Jansen, S. 37; Schlier, S. 61.

werkvertragsrechtlichen Mängelrechten vor Abnahme erforderlich sei.<sup>1607</sup> Da der Erfüllungsanspruch aus § 633 BGB und der Nacherfüllungsanspruch aus § 635 BGB inhaltlich fast identisch seien, sei eine derartige Unterscheidung zwischen dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht und den werkvertragsrechtlichen Mängelrechten nicht möglich.<sup>1608</sup> Daher könne keine Abgrenzung im Wege des Übergangs vom Erfüllungs- zum Nacherfüllungsanspruch durchgeführt werden.<sup>1609</sup> Somit fände nach dieser Auffassung die Vorschrift des § 635 BGB ab Ablauf des Fälligkeitstermins der Leistung Anwendung, sodass die Ausübung der verschiedenen Mängelrechte wie Selbstvornahme, Minderung und Rücktritt vor Abnahme möglich wäre.<sup>1610</sup>

### **III. Die Geltendmachung des Ersatzes der Selbstvornahmekosten ab Werkherstellung**

In der Literatur<sup>1611</sup> und in den richterlichen Entscheidungen wird teilweise auch vertreten, dass der Besteller die Mängelrechte aus § 634 BGB geltend machen kann, sobald der Unternehmer das Werk hergestellt hat<sup>1612</sup>, sodass die Abnahme keine Voraussetzung ist.<sup>1613</sup> Unter Herstellung ist die Schaffung eines bisher noch nicht existierenden Werks zu verstehen.<sup>1614</sup> Der Prozess der Herstellung endet zu dem Zeitpunkt, in dem der Unternehmer seine Arbeit an dem herzustellenden Werk als abgeschlossen betrachtet.<sup>1615</sup>

Aus dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes ergäben sich gute Gründe für die Anwendbarkeit der Mängelrechte ab „Herstellung des Werks“.<sup>1616</sup> Es wird damit begründet, dass die Mängelrechte des § 634 BGB an die Werkherstellung angeknüpft würden, wenn ein mangelhaftes Werk vorläge.<sup>1617</sup> Dem Wortlaut des § 634 BGB sei zu entnehmen, dass das Recht der Nacherfüllung nicht an den ursprünglichen Erfüllungsanspruch, sondern an die mangelhafte Werkherstellung angeknüpft sein soll.<sup>1618</sup> Die werkvertraglichen Mängelrechte setzten kein Gefahrübergang - wie in § 434 BGB- und damit keine Abnahme, sondern die Herstellung des Werks voraus.<sup>1619</sup> Erst wenn das Werk hergestellt ist, könne festgestellt werden, ob das Werk mit Mängeln

---

<sup>1607</sup> Folnovic, BauR 2008, 1360 (1364).

<sup>1608</sup> Vorwerk, BauR 2003, 1 (9f).

<sup>1609</sup> K. Jansen, S. 37; Schlier, S. 61.

<sup>1610</sup> K. Jansen, S. 37; Schlier, S. 61.

<sup>1611</sup> Ott, NZM 2016, 576 (578); Knütel, BauR 2002, 689 (694); Medicus/Lorenz, § 37 Rn.10.

<sup>1612</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn.22; BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn.28, NJW 2017, 1604 (1605); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn. 29, NJW 2017, 1607 (1609); MüKoBGB/Busche, BGB § 634 Rn.3f; Voit, NZBau 2017, 521 (522ff).

<sup>1613</sup> BGH Urt. v. 23.06.2005-VII ZR 197/03 NZBau 2005, 582 (583); NJW 2005, 2771 (2772); Ott, NZM 2016, 576 (578).

<sup>1614</sup> Schlier, S. 62; K. Jansen, S. 38.

<sup>1615</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 10; MüKoBGB/Busche, BGB § 631 Rn. 69.

<sup>1616</sup> Sienz, BauR 2002, 181 (184); MüKoBGB/Busche, BGB § 634 Rn. 3; aA Weise, NJW-Spezial 2008, 76; Vorwerk, BauR 2003, 1.

<sup>1617</sup> Ott, NZM 2016, 576 (578).

<sup>1618</sup> Ott, NZM 2016, 576 (578).

<sup>1619</sup> Ott, NZM 2016, 576 (578).

behaftet sei oder nicht. Bis zur Werkherstellung trage der Unternehmer die Verantwortung, wie und auf welche Art und Weise er den werkvertraglichen Erfolg vertragsgemäß herbeiführe.<sup>1620</sup> Bis zur Herstellung des Werks fänden die allgemeinen Leistungsstörungsrechte und danach die werkvertraglichen Mängelrechte Anwendung.<sup>1621</sup>

Auch das OLG Brandenburg<sup>1622</sup> hält die Mängelrechte vor Abnahme für anwendbar. Nach der Ansicht des OLG Brandenburg ist die Abnahme für den Anspruch der Selbstvornahme keine Voraussetzung.<sup>1623</sup> Die Abnahme habe demnach keine Wirkung auf die Geltendmachung der Mängelrechte, sondern bewirke den Erfüllungsanspruch hinsichtlich eines mangelfrei hergestellten Werks. Außerdem sei die Abnahme lediglich für die Frage der Beweislast wesentlich.<sup>1624</sup>

Das OLG Stuttgart<sup>1625</sup> teilt die Auffassung des OLG Brandenburg. Nach dessen Auffassung schließt der Erfüllungsanspruch nicht automatisch den Gewährleistungsanspruch ein. Grundsätzlich besteht nach Auffassung des OLG Stuttgart zwischen dem Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch kein Unterschied. Beide verfolgen das gemeinsame Ziel der Herstellung eines mangelfreien Werks.

### **C. Die Ansichten für die Geltendmachung des Ersatzes der Selbstvornahmekosten nach Abnahme**

In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, dass die Geltendmachung des Ersatzes der Aufwendungen der Selbstvornahme und die Anwendbarkeit der weiteren Mängelrechte erst nach Abnahme möglich sei.<sup>1626</sup> Die Mängelrechte aus § 634 BGB kommen demnach grundsätzlich erst nach Abnahme bzw. ohne Abnahme zur Anwendung.<sup>1627</sup> In Ausnahmefällen kann, nach dieser Ansicht, der Besteller jedoch bereits vor Abnahme von seinen Mängelrechten Gebrauch machen.<sup>1628</sup> Der Grundsatz und die Ausnahmefälle werden mit unterschiedlichen Argumenten begründet.

---

<sup>1620</sup> Christiansen, ZfBR 2010, 3 (6); Schlier, S. 63; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 634 Rn. 4.

<sup>1621</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 10; Ott, NZM 2016, 576 (578); ders. NZBau 2003, 233 (236).

<sup>1622</sup> OLG Brandenburg Ur. v. 24.2.2011-12 U 129/10, NJW-RR 2011, 603; BGH Ur. 16.11.1993- X ZR 7/92, NJW 1994, 942.

<sup>1623</sup> OLG Brandenburg, Ur. v. 24. 2. 2011-12 U 129/10; NJW-RR 2011, 603; BGH Ur. v. 30.6.2016- VII ZR 188/13, BeckRS 2016, 13172=DNZ 2017, 171.

<sup>1624</sup> OLG Brandenburg Ur. v. 24. 2. 2011 – 12 U 129/10, NJW-RR 2011, 603.

<sup>1625</sup> OLG Stuttgart Ur. v. 25.2.2015 – 4 U 114/14, BeckRS 2016, 5894.

<sup>1626</sup> Weller, NZBau 2018, 398; Gartz, NZBau 2018, 404ff, BGH, Ur. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15; Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 7; Schlier, S. 63; K. Jansen, S. 40.

<sup>1627</sup> Erman/*Schwenker/Rodemann*, BGB § 634 Rn. 21; Jauerning/*Mansel*, BGB § 634 Rn.3; Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); Paland/*Sprau*, Vor § 633 Rn. 6; Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 7; Oetker/Maultzch, § 80 Rn. 60ff; Jousen, BauR 2009, 319 (323); Staudinger/*Peters/Jacoby*, § 634 Rn. 11.

<sup>1628</sup> Schmeel, MDR 2017, 254 (256); Gartz, NZBau 2018, 404ff, BGH, Ur. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15; NZBau 2018, 143 (144); Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927).

## I. Die Auffassung der Mindermeinung

Nach einer Auffassung schließt der Erfüllungsanspruch, der bis zur Abnahme besteht, begrifflich die Nacherfüllung und damit weitere Mängelrechte aus.<sup>1629</sup> Für den Unternehmer bestehe keine Pflicht dazu, kontinuierlich mangelfrei herzustellen.<sup>1630</sup> Vielmehr habe er dem Besteller lediglich zu dem vereinbarten Zeitpunkt ein mangelfreies Werk zu verschaffen<sup>1631</sup>. Daher sei der Unternehmer auch berechtigt, das mangelhafte Begonnene zu verwerfen und von Neuem zu beginnen.<sup>1632</sup> Der Besteller bringe mit der Abnahme zum Ausdruck, dass er das Werk als vertragsgemäß billige. Die Anwendung des § 635 III BGB vor Abnahme, wonach dem Unternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht bei unverhältnismäßig hohen Nacherfüllungskosten eingeräumt wird, könne zu den ungerechten Ergebnissen führen. Dem Besteller dürfe nicht zugemutet werden, einen Mangel ohne Billigung des Werks als im Wesentlichen vertragsgemäß, also ohne Abnahme, hinzunehmen. Damit könne der Unternehmer schon im Erfüllungsstadium von seiner Pflicht zur mangelfreien Werkherstellung entlassen werden.<sup>1633</sup> Diese Konsequenz mache die Unterscheidung zwischen dem Erfüllungs- und der Nacherfüllungsanspruch erforderlich.<sup>1634</sup> Daher soll die Phase der Erfüllung von der Phase der Mängelrechte durch die Abnahme getrennt werden.

## II. Überwiegende Auffassung

Der überwiegende Teil der Literatur, der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung und auch der BGH setzen für das Bestehen der Mängelrechte aus § 634 BGB die Abnahme voraus.<sup>1635</sup> Nach dieser Ansicht sind die werkvertraglichen Mängelrechte abschließend.<sup>1636</sup> Die Regelung des § 634 BGB räume dem Besteller zusätzlich noch die Rechte auf Minderung und Selbstvornahme ein. Die Abnahme sei eine Voraussetzung für die Ausübung dieser Mängelrechte aus § 634 BGB und stelle die

---

<sup>1629</sup> Christiansen, ZfBR 2010, 3 (5); BeckOK BGB/Voit, BGB § 634 Rn. 2; Voit, BauR 2009, 1063 (1065).

<sup>1630</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (323); Popescu, NZBau 2012, 137 (140); Christiansen, ZfBR 2010, 3 (7).

<sup>1631</sup> Popescu, NZBau 2012, 137 (140); K. Jansen, S. 41; Jousen, BauR2a/2009, 319 (323).

<sup>1632</sup> K. Jansen, S. 41; Jousen, BauR 2009, 319 (324); Popescu, NZBau 2012, 137 (140).

<sup>1633</sup> BeckOK BGB/Voit BGB § 634 Rn. 3.

<sup>1634</sup> Popescu, NZBau 2012, 137 (140); Christiansen, ZfBR 2010, 3 (5).

<sup>1635</sup> Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 10; BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn.29, NJW 2017, 1604 (1605); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn.30, NJW 2017, 1607 (1609); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn.23; OLG Celle, Urt. v. 11.05.2016- 7 U 164/15, BeckRS 2016, 104166; OLG Brandenburg, Urt. v. 22.12.2015- 4 U 26/12, BeckRS 2016, 1229; OLG Stuttgart, Urt. v. 25.02. 2015-4 U 114/14, BeckRS 2016, 5894; OLG Köln, Besch. v. 12.11.2012, NZBau 2012, 306 (307); Voit, BauR 2011, 1063 (1072); Weller, NZBau 2018, 398; Gartz, NZBau 2018, 404ff, BGH Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15; Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 287; Folnovic, BauR 2008, 1360 (1363f); MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 2; Paland/Sprau, Vor 633 Rn. 7; Erman/Schwenker/Rodemann, § 634 Rn. 1; Jauering/Mansel § 634 Rn.3; Jousen, BauR 2a/2009, 319.

<sup>1636</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 16.

Zäsur zwischen dem Nacherfüllungsstadium und dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht dar.<sup>1637</sup> Damit sei zwischen der Erfüllungsphase und der Phase zwischen Herstellung und Abnahme zu unterscheiden.<sup>1638</sup> Der BGH knüpft weder an dem Fertigstellungsdatum noch an der Anwendbarkeit vor Abnahme an.<sup>1639</sup> Vielmehr stellt er auf den Verlust des Erfüllungsanspruchs ab.<sup>1640</sup> Danach solle ein Nebeneinander von Erfüllungsanspruch und Nacherfüllungsanspruch vermieden werden.<sup>1641</sup> In der Erfüllungsphase stehen nach Ansicht des BGH dem Besteller vor der Werkherstellung keine Gewährleistungsansprüche zu.<sup>1642</sup> Der Unternehmer habe aufgrund der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrags mangelfreien Erfolg herbeizuführen.<sup>1643</sup> Des Weiteren sei bei einer Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen (etwa eine Baugenehmigung) auf den Standard im Zeitpunkt der Abnahme abzustellen.<sup>1644</sup> Ein solcher Fall läge dann vor, wenn der Unternehmer die erforderlichen Einbauarbeiten erbracht hat, die im Einbauzeitpunkt den rechtlichen Anforderungen entsprechen, im Abnahmezeitpunkt aber hinter diesen Anforderungen zurückbleiben.<sup>1645</sup> Die Arbeiten des Unternehmers, die er bis zur Abnahme erbracht hat, dienen lediglich zur Vorbereitung seiner Leistung.<sup>1646</sup> Daher stellen sie noch keine Leistung an den Besteller dar und seien nicht als mangelhafte Leistung zu sehen.<sup>1647</sup> Die Mangelhaftigkeit des Werks i. S. v. §§ 633 ff BGB könne erst nach der vollständigen Herstellung des Werks bzw. nach der Abnahme festgestellt werden.<sup>1648</sup> Damit könne der Besteller seine Mängelrechte grundsätzlich erst nach Abnahme geltend machen. Vor Abnahme könne er sich lediglich auf die allgemeinen Leistungsstörungenrechte berufen.<sup>1649</sup>

Die Abnahme stellt aus der Sicht des BGH einen Zeitpunkt dar, in dem ein Übergang vom ursprünglichen Erfüllungsanspruch auf den Nacherfüllungsanspruch stattfindet.<sup>1650</sup>

<sup>1637</sup> Gegen Ott, NZM 2016, 576 (578); Auch Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); Auch Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 7; Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 287; Christiansen, ZfBR 2010, 3 (4); Thode, ZfBR 1999, 116.

<sup>1638</sup> Temming, AcP (215) 2015, 17 (35); Medicus/Lorenz, § 35 Rn.7; Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 287.

<sup>1639</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (522).

<sup>1640</sup> Weller, NZBau 2018, 398 (400); Vgl. Ott, NZM 2016, 576 (578).

<sup>1641</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (522); Weller, NZBau 2018, 398 (399); Gartz, NZBau 2018, 404, BGH, Ur.v.9.11.2017-VII ZR 116/15; Voit, NZBau 2017, 521; K. Jansen, S. 41; Schlier, S. 63.

<sup>1642</sup> Gartz, NZBau 2018, 404 (405); Temming, AcP (215) 2015, 17 (35); Voit, NZBau 2017, 521; BGH, Ur. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15; Thode, ZfBR 1999, 161.

<sup>1643</sup> Temming, AcP (215) 2015, 17 (35).

<sup>1644</sup> Voit, NZBau 2017, 521.

<sup>1645</sup> Voit, NZBau 2017, 522.

<sup>1646</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (522).

<sup>1647</sup> Voit, NZBau 2017, 521.

<sup>1648</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (324); Temming, AcP (215) 2015, 17 (35).

<sup>1649</sup> Gartz, NZBau 2018, 404 (405), BGH, Ur. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15, NJW 2018, 697; Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 287.

<sup>1650</sup> Anker, BauR 2002, 1772 (1775); Gartz, NZBau 2018, 404 (405), BGH, Ur. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15, NJW 2018, 697; Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); Klepper, NZBau 2009, 636 (637); Thode, ZfBR 1999, 116; Christiansen, ZfBR 2010, 3 (5).

Ob der Unternehmer ein mangelhaftes Werk hergestellt hat, lässt sich lediglich im Zeitpunkt der Abnahme feststellen.<sup>1651</sup> Der Unternehmer sei nur verpflichtet, dem Besteller ein mangelfreies Werk zu verschaffen.<sup>1652</sup> Die Dispositionsfreiheit stehe dem Unternehmer während der Herstellungsphase zu.<sup>1653</sup> Er könne selbst entscheiden, wann, wie und welche Arbeiten auszuführen sind.<sup>1654</sup> Das Erfordernis der Abnahme führe nicht zur Benachteiligung des Bestellers.<sup>1655</sup> Denn ihm stehe bis zur Abnahme der Erfüllungsanspruch, also die allgemeinen Leistungsstörungsrechte Rücktritt und Schadensersatz, zu.<sup>1656</sup> Würde der Besteller den Mangel im Wege der Selbstvornahme beseitigen wollen, sei ihm auch zuzumuten, das Werk unter Mängelvorbehalt abzunehmen (§ 640 III BGB).<sup>1657</sup> Zwar würde mit der Abnahme der Vergütungsanspruch des Unternehmers fällig und die Leistungsgefahr ginge auf den Besteller über, doch stehe dem Besteller nach § 641 III BGB ein Leistungsverweigerungsrecht in der Regel in Höhe des Doppelten der Mängelbeseitigungskosten zu.<sup>1658</sup> Die Interessen des Bestellers würden auch nach der Abnahme sichergestellt, während der Unternehmer vor Abnahme die Leistungsgefahr trage und sein Vergütungsanspruch nicht fällig sei.<sup>1659</sup> Dagegen würden die Interessen des Unternehmers bei einer Selbstvornahme des Bestellers nicht ausreichend geschützt.<sup>1660</sup>

Für die Unterscheidung zwischen dem allgemeinen Leistungsrecht und dem Gewährleistungsrecht spräche weiterhin, dass die Mängelrechte dem Besteller neben der Nacherfüllung, dem Schadensersatz und dem Rücktritt auch Ansprüche auf Minderung und Selbstvornahme gewähren.<sup>1661</sup> Des Weiteren seien für beide Rechtsinstitute unterschiedliche Verjährungsregelungen anzuwenden.<sup>1662</sup> Die werkvertraglichen Mängelrechte verjähren nach § 634a BGB in zwei oder fünf Jahren, während die allgemeinen Leistungsstörungsrechte nach §§ 195, 199 BGB in drei Jahren verjähren.<sup>1663</sup> Die Verjährungsfrist beginnt für die Mängelrechte ab Abnahme, für die Leistungsstörungsrechte dagegen mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch

---

<sup>1651</sup> OLG Stuttgart Ur. v. 8.12.2010 4 U 67/10, NZBau 2011, 297 (300); Temming, AcP (215) 2015, 17 (36); Hammacher, NZBau 2010, 91 (93).

<sup>1652</sup> Jousen, BauR2a/2009, S. 319 (323).

<sup>1653</sup> Hennecke/Tuengerthal, BB 2015 1269 (1271f); Jousen, BauR2a/2009, S. 319 (323).

<sup>1654</sup> Hennecke/Tuengerthal, BB 2015 1269 (1271f); K. Jansen, S. 42.

<sup>1655</sup> Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); K. Jansen, S. 42; Schlier, S. 64.

<sup>1656</sup> Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); Schlier, S. 64; BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 19.

<sup>1657</sup> K. Jansen, S. 42.

<sup>1658</sup> Stamm, JuS 2017, 56 (58f); K. Jansen, S. 42.

<sup>1659</sup> Stamm, JuS 2017, 56 (58f); K. Jansen, S. 42.

<sup>1660</sup> K. Jansen, S. 42.

<sup>1661</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 16; Schlier, S. 64.

<sup>1662</sup> Auch BGH Ur. v. 11. 9. 2012– XI ZR 56/11 mit Anm. v. Thode, NJW 2013, 1228 (1233); Schlier, S. 64; Jousen, BauR 2009, 319 (324).

<sup>1663</sup> Temming, AcP (215) 2015, 17 (36); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 19.



entstanden ist und der Gläubiger Kenntnis von den Anspruch begründenden Umständen erlangt hat.<sup>1664</sup>

Dass die Geltendmachung der Gewährleistungsrechte durch den Besteller nach Fertigstellung aber vor Abnahme ausnahmsweise bejaht wird, ergebe sich, so der BGH, aus der zentralen Bedeutung der Abnahme im Werkvertragsrecht und der Anknüpfung der Verjährung an dieselbe nach § 634a II BGB.<sup>1665</sup> Dies wurde sowohl vom OLG Köln als auch vom BGH bejaht.<sup>1666</sup> Ausnahmsweise könne der Besteller die Mängelrechte vor Abnahme geltend machen:

1. wenn der Unternehmer das Werk abgeliefert, das aus seiner Sicht mangelfrei fertig gestellt wurde, der Besteller die Abnahme jedoch aufgrund von Mängeln am Werk zu Recht verweigert, woraufhin der Unternehmer eine weitere Mängelbeseitigung endgültig ablehnt,
2. Oder der Besteller aufgrund eines Vertrauensbruchs an einer mangelfreien Werkherstellung durch den Unternehmer nicht mehr interessiert ist und die Kündigung des Vertrags erklärt,
3. Oder in sonstiger Weise ein die Abnahme ersetzender Tatbestand gegeben ist.<sup>1667</sup>

Der Unternehmer sei in der Ansicht, dass er ein abnahmereifes Werk übergeben habe und das Vertragsverhältnis von der Erfüllungsphase in die Gewährleistungsphase übergegangen sei.<sup>1668</sup>

### III. Durchbrechung des Grundsatzes/Ausnahmefälle

Im überwiegenden Teil der Literatur<sup>1669</sup> und in der Rechtsprechung<sup>1670</sup> wird die Ansicht vertreten, dass zwar die Abnahme für das Entstehen der Mängelrechte aus § 634 BGB vorauszusetzen sei, aber dem Besteller die Anwendbarkeit der Mängelrechte unter bestimmten Umständen auch ohne Abnahme gewährt werden müsse.<sup>1671</sup>

---

<sup>1664</sup> Vgl. Thode, NJW 2013, 1228 (1233); Schlier, S. 64; BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 19.

<sup>1665</sup> Temming, AcP (215) 2015, 17 (36).

<sup>1666</sup> OLG Köln Urt. v. 12.11.12- 11 U 146/12, NJW 2013, 1104 (1105); Temming, AcP (215) 2015, 17 (36); BGH Urt. v. 1.8.2013 VII ZR 6/13 NJW 2013, 3167; Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927).

<sup>1667</sup> Temming, AcP 2015, 17 (36); Schwab, JuS 2017, 964.

<sup>1668</sup> Temming, AcP 2015, 17 (36); Hartung, NJW 2007, 1099.

<sup>1669</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (522).

<sup>1670</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 102864, Rn.31, NJW 2017, 1607 (1609); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn.30, NJW 2017, 1604 (1606); OLG Schleswig Urt.v.09.12.2016-1 U 17/13, BeckRS 2016, 116724 Rn. 58; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581); Schwab, JuS 2017, 964; Jousen, BauR 2009, 319 (323ff); Jauernig/Mansel BGB § 634 Rn. 3; K. Jansen, S. 75ff; Erman/Schwenker/Rodemann, § 634 Rn. 1; Paland/Sprau vor § 633 Rn. 7.

<sup>1671</sup> Gartz, NZBau 2018, 404 ff, BGH, Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15; BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn.29), NJW 2017, 1604 (1605); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn.30), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864 (Rn.23); OLG Celle, Urt. v. 11.05.2016- 7 U 164/15, BeckRS

Ausnahmsweise werden hier Fälle zugelassen, in denen die werkvertraglichen Mängelrechte gem. § 634ff BGB bereits vor Abnahme anwendbar sind.<sup>1672</sup> In diesen Fällen wird der Grundsatz der Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte erst nach Abnahme durchbrochen.<sup>1673</sup> Nach der Ansicht des BGH wird der Grundsatz der Erforderlichkeit der Abnahme durchbrochen, wenn das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist.<sup>1674</sup> Der Besteller kann seine Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks geltend machen.<sup>1675</sup> Die Abnahme als zeitliche Grenze solle aber, so die vertretene Ansicht, vielmehr eine Ausnahme bilden.<sup>1676</sup> Der BGH hat in seiner Entscheidung<sup>1677</sup> im Jahr 2005 bezüglich des Ersatzes der Selbstvornahmekosten und der Anwendbarkeit der weiteren werkvertraglichen Mängelrechte auf das Erfordernis eines Abrechnungsverhältnisses Bezug genommen.<sup>1678</sup> Er hat dabei festgestellt, dass ein Abrechnungsverhältnis dann vorläge, wenn der Auftragnehmer einen Vergütungsanspruch habe und dem Auftraggeber allein auf Geldzahlung gerichtete Ansprüche wegen der unvollständigen oder mangelhaften Fertigstellung des Werks entstanden seien. In dieser Entscheidung wäre die Abnahme für die Fälligkeit der Vergütungsforderung nicht erforderlich. Der BGH hat sich in seinen bisherigen Entscheidungen mit anderen Fragen als nach dem Ersatz der Selbstvornahmekosten sowie der Anwendbarkeit der weiteren Mängelrechten vor Abnahme beschäftigt. Der Zweck der Berücksichtigung des Abrechnungsverhältnisses in den bisherigen Entscheidungen liegt darin, die Frage zu klären, warum dem Unternehmer trotz etwaiger Mängel und fehlender Abnahme ein fälliger Anspruch auf Vergütung zusteht.<sup>1679</sup> Dies beantwortet jedoch nicht die Frage

---

2016, 104166; OLG Brandenburg, Urt. v. 22.12.2015- 4 U 26/12, BeckRS 2016, 1229; OLG Stuttgart, Urt. v. 25.02. 2015-4 U 114/14, BeckRS 2016, 5894; OLG Köln Besch. v. 12.11.2012, NZBau 2012, 306 (307); Voit, BauR 2011, 1063 (1072); Weller, NZBau 2018, 398; Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); Wörlen/Metzler-Müller, Rn. 287; Folnovic, BauR 2008, 1360 (1363f); MüKoBGB/Busche BGB § 637 Rn. 2; Paland/Sprau, Vor 633 Rn. 7; Erman/Schwenker/Rodemann, § 634 Rn.1; Jauering/Mansel, § 634 Rn.3; Jousen, BauR 2a/2009, 319; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

<sup>1672</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn.29), NJW 2017, 1604 (1605); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864 (Rn.23); OLG Schleswig, Urt. v. 09.12.2016-1 U 17/13, BeckRS 2016, 116724 Rn. 59; OLG Brandenburg, Urt. v. 22.12.2015- 4 U 26/12, BeckRS 2016, 1229; OLG Stuttgart Urt. v. 25.02. 2015-4 U 114/14, BeckRS 2016, 5894; OLG Köln Besch. v. 12.11.2012, NZBau 2012, 306 (307); Folnovic, BauR 2008, 1360 (1363f); Voit, BauR 2011, 1063 (1072); Paland/Sprau, Vor 633 Rn. 7.

<sup>1673</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (522).

<sup>1674</sup> Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

<sup>1675</sup> OLG Schleswig Urt. v. 09.12.2016-1 U 17/13, BeckRS 2016, 116724 Rn. 57; Gartz, NZBau 2018, 404ff.; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Schwab, JuS 2017, 964; BGH, Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15; Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927).

<sup>1676</sup> Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

<sup>1677</sup> BGH, Urt. v. 23.06.2005-VII ZR 197/03 NZBau 2005, 582 (583); NJW 2005, 2771 (2772).

<sup>1678</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.20; MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 2.

<sup>1679</sup> Christiansen, ZfBR 2010, 3 (7f); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

nach dem Ersatz der Selbstvornahmekosten und der Anwendbarkeit der Mängelrechte vor Abnahme.<sup>1680</sup> Der BGH hat somit diese Frage der Anwendbarkeit der Mängelrechte aus § 634 BGB vor Abnahme bislang offen gelassen.<sup>1681</sup> Der Rechtsprechung des BGH würde es jedoch nicht widersprechen, dass die Abnahme des Werks grundsätzlich einen Zeitpunkt darstelle, ab dem die Mängelrechte des Bestellers aus § 634 BGB eingreifen.<sup>1682</sup>

Der BGH hat sich am 19.01.2017 in drei grundlegenden Entscheidungen zum selben Thema und am selben Tag mit der Frage der Anwendbarkeit der Mängelrechte aus § 634 BGB vor Abnahme beschäftigt, seine Position zu dem Streit erläutert<sup>1683</sup> und mit einer weiteren Entscheidung am 09.11.2017 verfestigt<sup>1684</sup>:

*Fall 1 (Fassade): B beauftragte U mit der Erneuerung der Fassade an zwei unter Denkmalschutz stehenden Gebäuden. Die Parteien haben die Beschaffenheit und die Baumaterialien im Vertrag detailliert festgelegt. Bei der Durchführung der Arbeiten verwendete U vom Vertrag abweichendes Material von geringerer Qualität. B verweigerte die Abnahme des Werks und setzte eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung durch den Unternehmer. Nach dem erfolglosen Ablauf dieser Frist verlangte B von U den Vorschuss und gegebenenfalls den Schadensersatz statt der Leistung für den Abriss und den Neubau.*

*Fall 2 (Anbau): B ist Eigentümer eines Hauses, das an einem Hang gelegen ist. Er beauftragte U mit der Erstellung eines Anbaus in den Hang hinein. Nachdem U mit den Bauarbeiten und mit der Errichtung des Fundaments begonnen hatte, stellte er fest, dass die Deckenhöhe im Keller, die im Vertrag vereinbart wurde, nicht erreicht werden konnte. U fertigte das Fundament wesentlich dünner als vertraglich vereinbart. Da die Standsicherheit des Baus nicht gewährleistet werden kann und Feuchtigkeit in den Keller eindringen konnte, konnte der gesamte Anbau nicht genutzt werden. U forderte den B zur Abnahme des fertiggestellten Anbaus auf. Aufgrund der Mängel verweigerte B die Abnahme und verlangte die Mängelbeseitigung. U lehnte diese Nacherfüllung ab. Daraufhin verlangte B die Minderung in Höhe der vollen Vergütung.*

---

<sup>1680</sup> Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

<sup>1681</sup> Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1926); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864 (Rn.21); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn.28), NJW 2017, 1607 (1609); Vgl. BGH Urt.v. 8.07.2010-VII ZR 171/08, BeckRS 2010, 19577; BGH, Urt. v. 24.02. 2011-VII ZR 61/10, ZfBR 2011, 461; BGH Urt. 06.06.2013- VII ZR 355/12, BeckRS 2013, 12161; BGH, Urt. v. 25.02. 2016-VII ZR 49/15 Rn.41, ZIP 2016, 1123 (1126); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Temming, AcP (215) 2015, 17 (35); Popescu, NZBau 2012, 137 (140).

<sup>1682</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn. 28), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 10864 (Rn.22), Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Weller, NZBau 2018, 398; BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 4.

<sup>1683</sup> Weller, NZBau 2018, 398; Voit, NZBau 2017, 521; Schwenker, NJW 2017, 1579; Schwab, JuS 2017, 964 BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 4; Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927).

<sup>1684</sup> Gartz, NZBau 2018, 404 ff, BGH, Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15, NJW 2018, 697.

*Fall 3 (Terrasse): B beauftragt U mit der Errichtung einer Terrassenanlage. U sollte die verwendeten Platten mit einer Spezialimprägnierung versehen und „Lichtpunkte“ in die Pflasterung einbauen. Zur Abnahme kam es nicht. Auch nach drei Verbesserungsversuchen durch den U konnte die Terrassenanlage nicht vertragsgemäß hergestellt werden. B wollte den Mangel selbst beseitigen und verlangte dafür einen Kostenvorschuss.*

*Fall 4 (Fertigpaletten): B bestellte bei U eine Anlage zur Bearbeitung von Getränkeleergut und zur Herstellung von Fertigpaletten (Crating-Anlage). U stellte die Inbetriebnahme der Anlage und die Herstellung von Fertigpaletten nicht abnahmefähig fertig. Daraufhin verlangte B einen Vorschuss für die Nacherfüllung.*

In diesen Entscheidungen geht es darum, ob der Besteller berechtigt ist, die Mängelansprüche aus §§ 634ff. BGB geltend zu machen, obwohl keine Abnahme erfolgt ist. Aufgrund dieser Entscheidung gegen die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte vor Abnahme und für die Anwendbarkeit des Leistungsstörungsrechts werden die Regelungen der Mängelbeseitigung, der Selbstvornahme, des Aufwendungsersatz und des Kostenvorschusses herangezogen.<sup>1685</sup>

### **1. Abrechnungsverhältnis**

Nach der Ansicht von BGH kann der Besteller ausnahmsweise in bestimmten Fällen die Mängelrechte aus § 634 Nr. 2 bis 4 BGB (Selbstvornahme, Rücktritt und Minderung) ohne Abnahme geltend machen.<sup>1686</sup> Das sei dann der Fall, wenn der Besteller die Erfüllung des Vertrags nicht mehr verlangen könne und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen sei.<sup>1687</sup>

Ein Vertragsverhältnis gehe auch dann in ein Abrechnungsverhältnis über, wenn der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet und der Besteller nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend

---

<sup>1685</sup> Karczewski, NZBau 2018, 328 (334f); Gartz, NZBau 2018, 404 (405), BGH, Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15, NJW 2018, 697; Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927).

<sup>1686</sup> OLG Schleswig Urt. v. 09.12.2016-1 U 17/13, BeckRS 2016, 116724 Rn. 58ff. Hier war das Werk Bestandteil des Eigentums des Bestellers. Die § 634 BGB findet hier ausnahmsweise dann vor Abnahme Anwendung, wenn die Leistungsphase eindeutig abgeschlossen ist. Das ist dann der Fall, wenn der Unternehmer das Werk abgeliefert, der Besteller die Abnahme verweigert und der Unternehmer die Mängelbeseitigung verweigert. BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn.44, NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn. 38; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580f); Weller, NZBau 2018, 398; Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 10.

<sup>1687</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (236); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn.10, 45, NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn.38; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580f); Voit, NZBau 2017, 521; Weller, NZBau 2018, 398 (399); Hartung, NJW 2007, 1099 (1102); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581); BeckOGK/Rast BGB § 637 Rn. 20; MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 2; Schmeel, MDR 2017, 254 (259); Gartz, NZBau 2018, 404 (405); Medicus/Lorenz, § 37 Rn. 10; Vgl. Christiansen, ZfBR 2010, 3 (12); Schwab, JuS 2017, 964; Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927).

macht oder die Minderung der Vergütung erklärt.<sup>1688</sup> Die Erklärung der Minderung könne auch ohne vorherige Abnahme wirksam erfolgen, wenn die Erfüllung des Vertrags (z. B. bei einem Vertrauensbruch) nicht mehr in Betracht komme.<sup>1689</sup> Der Übergang in das Abrechnungsstadium führe auch zum Schluss des Erfüllungsstadiums<sup>1690</sup>, sodass dem Besteller die Mängelrechte zuständen.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH zum alten Schuldrecht lag der Ausschluss der Erfüllung des Vertrags bei einem solchen Abrechnungsverhältnis vor.<sup>1691</sup> Der BGH hält an dieser Rechtsprechung auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes für den Fall fest, dass der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet.<sup>1692</sup> Nach § 281 IV BGB ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, wenn der Besteller Schadensersatz nach §§ 281 I, 280 I BGB verlangt (sog. elektive Konkurrenz).<sup>1693</sup> Dieser Ausschluss gilt nach der Ansicht von BGH auch, wenn der Besteller durch seine Minderungserklärung den Werklohn

---

<sup>1688</sup> Christiansen, ZfBR 2010, 3 (8); Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos*, BGB § 637 Rn. 4; Amtlicher Leitsatz, BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581); Thode, NZBau 2002, 297 (298); BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 21; BGH Urt. v. 19.1.2017- VII ZR 301/13 (Fassade), NZBau 2017, 216 (219); BGH Urt. v. 19.1.2017- VII ZR 235/15 (Anbau), NZBau 2017, 211 (214).

<sup>1689</sup> BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn. 11, NJW 2017, 1607 (1608); Hartung, NJW 2007, 1099 (1102).

<sup>1690</sup> Weller, NZBau 2018, 398 (399); Hartung, NJW 2007, 1099 (1102); Gartz, NZBau 2018, 404 (405), BGH Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15, NJW 2018, 697; Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); Voit, NZBau 2017, 521 (522) BGH Urt. v. 16.9.1999- VII ZR 456-98, NJW 1999, 3710 (3711).

<sup>1691</sup> Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn.45), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn.44), NJW 2017, 1604 (1606); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864 (Rn.38); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Voit, NZBau 2017, 521; BGH Urt. v. 11.05.2006 – VII ZR 146/04, NJW 2006, 2475.

<sup>1692</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn.45), NJW 2017, 1607 (1609); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn.44), NJW 2017, 1604 (1606); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864 (Rn.38); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Weller, NZBau 2018, 398 (399); Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927).

<sup>1693</sup> Christiansen, ZfBR 2010, 3 (9); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn.44), NJW 2017, 1604 (1606); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn. 45), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Weller, NZBau 2018, 398 (399); BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 25; Bressler, NJW 2004, 3382; Gartz, NZBau 2018, 404, BGH Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15, NJW 2018, 697.

herabsetzen will.<sup>1694</sup> Denn in diesem Fall ging es ihm nicht mehr um den Anspruch auf die Leistung und damit die Erfüllung des Vertrags.<sup>1695</sup>

*Exkurs: Sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur beantworten die Frage uneinheitlich, ob der Besteller wegen derselben Mängel Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 634 Nr.4, 281 I 1, 280 I BGB verlangen kann, nachdem er die Vergütung wegen der mangelhaften Werkleistung gemindert hat.*<sup>1696</sup>

*Nach einem Teil der Literatur, der mit den Entscheidungen von BGH im Einklang steht, schließt die Minderung der Vergütung den Schadensersatzanspruch statt der Leistung gem. §§ 634 Nr.4, 281 I 1, 280 I BGB nicht aus.<sup>1697</sup> Ein Ausschluss des Schadensersatzes statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes ist demnach weder der Gesetzessystematik noch der Rechtsnatur der Minderung und Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes zu entnehmen.<sup>1698</sup> Die beiden Rechtsinstitute beziehen sich auf das gleiche Interesse. Mit der Minderung würde der Schaden des Bestellers kompensiert. Der Anspruch des Bestellers auf kleinen Schadensersatz ist auf den Teil des mangelhaft hergestellten Werks gerichtet.*

*Der BGH hält einen Übergang von der Minderung zum Schadensersatzanspruch statt der Leistung dann für möglich, wenn die Minderung aufgrund der fehlenden Feststellbarkeit des Betrags fehlgeschlagen sei.*<sup>1699</sup>

*Die überwiegende Ansicht lehnt dagegen die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung seitens des Bestellers nach §§ 634 Nr.4, 281 I 1, 280 I BGB ab, nachdem der Besteller von seinem Minderungsrecht wegen desselben Mangels Gebrauch gemacht hat.<sup>1700</sup> Diese Auffassung stelle die Minderung einem Teilrücktritt gleich, weil der Besteller mit der Minderungserklärung seine*

---

<sup>1694</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (522); Schwab, JuS 2017, 964 (966); Gartz, NZBau 2018, 404, BGH, Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15, NJW 2018, 697; Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); Christiansen, ZfBR 2010, 3 (8).

<sup>1695</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn. 44, NJW 2017, 1604 (1606); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 Rn. 47, NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Schwab, JuS 2017, 964 (966).

<sup>1696</sup> Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn.48, NJW 2017, 1607 (1609); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Schwab, JuS 2017, 964 (968).

<sup>1697</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn.48, NJW 2017, 1607 (1609); Derleder, NJW 2003, 998, 1002.

<sup>1698</sup> Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn. 51, NJW 2017, 1607 (1609); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581); Weller, NZBau 2018, 398 (399).

<sup>1699</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 Rn. 48, NJW 2017, 1607 (1609); BGH Urt. v. 5.11.2010-V ZR 228/09, NJW 2011, 1217 Rn. 35; Schwab, JuS 2017, 964 (968).

<sup>1700</sup> Schmeel, MDR 2017, 254 (259); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn.48), NJW 2017, 1607 (1609); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581); Schwab, JuS 2017, 964 (968); MüKoBGB/Busche, BGB § 634 Rn. 34; Palandt/Sprau § 634 Rn.5; Erman/Schwenker/Rodemann § 638 Rn. 6; Vorwerk, BauR 2003, 1 (13); Ott, NZBau 2003, 233 (237); BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 6.

Zufriedenheit mit dem Werk geringerer Qualität im Gegenzug für einen geringeren Preis äußert.<sup>1701</sup>

**Stellungnahme:** Der Ausschluss der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes wurde für den Fall, dass der Besteller die Minderung der Vergütung erklärt hat, gesetzlich nicht geregelt. Der Vorschrift des § 634 BGB kann nicht entnommen werden, was für ein Verhältnis zwischen dem Recht des Bestellers auf die Minderung der Vergütung und dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes nach §§ 281 I 1, 280 I BGB besteht.<sup>1702</sup> Ein Ausschluss der Geltendmachung des Schadensersatzes statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes nach der Minderungserklärung ist auch nach der Gesetzessystematik und der Rechtsnatur nicht denkbar. Der Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes und die Minderung sind inhaltlich auf das gleiche Interesse gerichtet. In dem Anbaufall wollte der Besteller das Werk des Unternehmers nicht zurück gewähren, sondern in Teilen vernichten, sodass hier von einem Teilrücktritt keine Rede sein kann.<sup>1703</sup> Mit der Minderung bringt der Besteller zum Ausdruck, dass er das Werk behalten möchte.<sup>1704</sup> Er bekommt mit der Minderung eine Kompensation, indem die Vergütung gem. §§ 634 Nr. 3, 638 III BGB in einem Verhältnis herabgesetzt wird, in dem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werks in einem mangelfreien Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden hätte.<sup>1705</sup> Der Besteller kann nach § 281 I 1 BGB den Schaden in der Weise geltend machen, dass er die mangelhafte Sache behält und so gestellt zu werden verlangt, als hätte der Unternehmer das Werk frei von Mängeln hergestellt<sup>1706</sup>. Der Minderwert des Werks, der aufgrund der mangelhaften Leistung des Unternehmers entstanden ist, und die darüber hinausgehenden weiteren Schäden werden von dem Schaden erfasst, der als Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes verlangt wird. Damit ist der Schadensersatzanspruch des Bestellers nach §§ 634 Nr. 4, 281 I 1, 280 I BGB nach seiner Minderungserklärung nicht ausgeschlossen.

Des Weiteren sei der Vergütungsanspruch des Unternehmers nach Ansicht des BGH trotz der fehlenden Abnahme nicht erloschen, wenn der Besteller den Übergang des Vertrags in das Abrechnungsverhältnis herbeigeführt hat.<sup>1707</sup> Den Besteller träfe die

<sup>1701</sup> Schwab, JuS 2017, 964 (968).

<sup>1702</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn. 50, NJW 2017, 1607 (1609); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581); Schwab, JuS 2017, 964 (968).

<sup>1703</sup> Schwab, JuS 2017, 964 (968); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136.

<sup>1704</sup> Gartz, NZBau 2018, 404ff, BGH Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15; BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn. 52, NJW 2017, 1607 (1609); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581); Schwab, JuS 2017, 964 (968); BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 6.

<sup>1705</sup> Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

<sup>1706</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn.53, NJW 2017, 1607 (1609); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581); Karczewski, NZBau 2018, 328 (335).

<sup>1707</sup> Schwab, JuS 2017, 964 (966); Hartung, NJW 2007, 1099 (1102); BGH Urt. v 16.9.1999-VII ZR 456-98, NJW 1999, 3710 (3711).

Pflicht zur Entrichtung des Werklohns, obwohl er wegen der Mängel zur Abnahme nicht verpflichtet sei.<sup>1708</sup> Ihm stehe aber noch die Möglichkeit der Minderung des Werklohns zur Verfügung. Mit der Abnahme billige der Besteller die Vertragsmäßigkeit des Werks im Wesentlichen. Diese Billigung stelle damit auch den Grund dafür dar, dass die Beweislast für die Abnahmereife vor Abnahme beim Unternehmer und für die Mangelhaftigkeit nach Abnahme beim Besteller liegt. An dieser Billigung fehle es gerade beim Übergang in das Abrechnungsstadium.<sup>1709</sup> Wolle der Unternehmer seinen Werklohnanspruch geltend machen, so habe er die mangelfreie Werkherstellung zu beweisen.<sup>1710</sup> Aufgrund der fehlenden Abnahme sei es ihm nicht mehr möglich, sich darauf zu berufen, dass der Besteller die Vertragsmäßigkeit im Wesentlichen billige.

Da die anderen übrig gebliebenen Rechte des Bestellers auf Geld gerichtet seien, läge ein Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis vor.<sup>1711</sup> Damit können die Rechte aus § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ausnahmsweise ohne Abnahme geltend gemacht werden.<sup>1712</sup> Der Besteller könne von seinem Recht auf Vorschuss vor Abnahme Gebrauch machen.<sup>1713</sup> Das Erfüllungsstadium ende in dem Fall nicht, dass der Besteller einen Kostenvorschuss verlange.<sup>1714</sup> Nach der Ansicht von BGH genügt allein das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung eines Mangels im Wege der Selbstvornahme für die Anwendbarkeit der Mängelrechte vor Abnahme nicht.<sup>1715</sup> Dadurch werde deutlich, dass der Besteller nach einer gescheiterten Selbstvornahme wieder auf den Nacherfüllungsanspruch zurückgreifen könne.<sup>1716</sup> Erst die endgültige Ablehnung der Erfüllung führe zum Übergang in das Abrechnungsstadium und damit zur der Möglichkeit der Geltendmachung der Mängelansprüche ohne Abnahme.<sup>1717</sup> In diesem Fall entstehe ein Abrechnungsverhältnis, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum

---

<sup>1708</sup> Hartung, NJW 2007, 1099 (1102).

<sup>1709</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (524).

<sup>1710</sup> Christiansen, ZfBR 2010, 3 (8ff).

<sup>1711</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn. 45, NJW 2017, 1604 (1607); Vgl. BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn.40; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Weller, NZBau 2018, 398 (400).

<sup>1712</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn. 45, NJW 2017, 1604 (1607); Vgl. BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn.40; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Weller, NZBau 2018, 398 (400).

<sup>1713</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn. 45, NJW 2017, 1604 (1607); Vgl. Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Weller, NZBau 2018, 398 (400); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 23.

<sup>1714</sup> Gartz, NZBau 2018, 404, BGH, Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15; Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); Voit, NZBau 2017, 521 (522); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn.4; Christiansen, ZfBR 2010, 3 (7); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.22; Vgl. Schmeel, MDR 2017, 254 (259).

<sup>1715</sup> Gartz, NZBau 2018, 404 (405); BGH, Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15; Voit, NZBau 2017, 521 (522); BeckOGK/Rast BGB § 635 Rn.6; Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn.4.

<sup>1716</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (522); Schwab, JuS 2017, 964 (966).

<sup>1717</sup> Gartz, NZBau 2018, 404 (405), BGH, Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15, Voit, NZBau 2017, 521 (522).



Ausdruck bringe, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen.<sup>1718</sup> Seine Erklärung sei damit auf die endgültige ernsthafte Ablehnung der Nacherfüllung gerichtet.<sup>1719</sup> In einem solchen Fall dürfe der Besteller nicht mehr zum Nacherfüllungsanspruch gegen den Unternehmer zurückkehren.<sup>1720</sup> Dem Besteller sei verwehrt, die Vertragserfüllung im Wege des Vorschussverlangens geltend zu machen.<sup>1721</sup> Die Verweigerung der Abnahme und der Aufforderung an den Unternehmer zur Herstellung eines abnahmereifen Werks kämen als letzte Lösung in Betracht, wenn der Besteller weder das Werk abnehmen wolle noch seinen Erfüllungsanspruch aufgebe.<sup>1722</sup>

Nach dem BGH soll der Besteller insgesamt seinen Erfüllungsanspruch aufgeben, sodass dieser erlischt und damit dem Besteller die Mängelansprüche zustehen.<sup>1723</sup> Durch die Zulassung eines Vorschussanspruchs zur Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme im Stadium vor der Abnahme werde der Erfüllungsanspruch des Bestellers nicht ausgeschlossen.<sup>1724</sup> Da das Recht zur Selbstvornahme und der Vorschussanspruch den Erfüllungsanspruch nach § 631 BGB und den Nacherfüllungsanspruch nach § 634 Nr.1 BGB unberührt ließen, sei der Erfüllungsanspruch des Bestellers nicht erloschen, wenn er nach §§ 634 Nr. 2, 637 III BGB einen Vorschuss verlangt, der für die Mängelbeseitigungsaufwendungen im Wege der Selbstvornahme erforderlich ist.<sup>1725</sup> Der Besteller sei befugt, auch nach dem Vorschussverlangen den Nacherfüllungsanspruch geltend zu machen.<sup>1726</sup> Demgegenüber wolle der Unternehmer sich darauf einstellen, ob er über ausreichend

---

<sup>1718</sup> Vgl. Schmeel, MDR 2017, 254 (256); Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); Amtlicher Leitsatz: BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terrassen), BeckRS 2017, 1022864; BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade), BeckRS 2017, 101777, NJW 2017, 1604; Gartz, NZBau 2018, 404 (405), BGH, Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15; Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn.4; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581); Schwab, JuS 2017, 964 (967); Weller, NZBau 2018, 398 (399f).

<sup>1719</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn. 47, NJW 2017, 1604 (1607); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn. 41; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Weller, NZBau 2018, 398 (400); Schwab, JuS 2017, 964 (967).

<sup>1720</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn. 47, NJW 2017, 1604 (1607); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn. 41; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Weller, NZBau 2018, 398 (400).  
<sup>1721</sup> Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

<sup>1722</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (522).

<sup>1723</sup> Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); Schwab, JuS 2017, 964 (966).

<sup>1724</sup> Wittler/Sieberg, NJW 2017, 1924 (1927); Schwab, JuS 2017, 964 (966).

<sup>1725</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn. 45, NJW 2017, 1604 (1607); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn. 39; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Weller, NZBau 2018, 398 (400); Schwab, JuS 2017, 964 (968); Paland/Sprau § 634 Rn.4.

<sup>1726</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn.1, BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 Rn. 45, NJW 2017, 1604 (1607); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn. 39; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Schwab, JuS 2017, 964 (968); Paland/Sprau, § 634 Rn. 4.

Liquidität für die Erfüllung des Vorschussanspruchs oder genügend Arbeitskraft für die Nacherfüllung verfügt.<sup>1727</sup> Schließlich träte mit dem Vorschussverlangen des Bestellers kein Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis ein.<sup>1728</sup>

## 2. Der Annahmeverzug des Bestellers

Es wird vertreten<sup>1729</sup>, dass die werkvertraglichen Mängelrechte ausnahmsweise vor bzw. ohne Abnahme anwendbar seien, wenn der Gefahrübergang anderweitig stattgefunden habe.<sup>1730</sup> Grundsätzlich findet gem. § 640 I 1 BGB der Gefahrübergang bei der Abnahme statt. Jedoch geht die Gefahr gem. § 640 I 2 BGB bei Annahmeverzug des Bestellers ohne Abnahme des Werks auf den Besteller über.<sup>1731</sup> Das wäre dann der Fall, wenn der Unternehmer dem Besteller ein Werk anbietet, das allenfalls einen unwesentlichen Mangel aufweist, aber der Besteller trotz seiner Abnahmepflicht das Werk nicht abnimmt.<sup>1732</sup> Damit geht die Gefahr ohne Abnahme auf den Besteller über, sodass ein Abrechnungsverhältnis eintritt.

## 3. Fehlender Wille des Unternehmers

Ein Teil der Literatur lässt die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte ausnahmsweise schon vor Abnahme und auch vor Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs zu, wenn offensichtlich ist, dass der Unternehmer den Mangel nicht beseitigen kann<sup>1733</sup> oder möchte.<sup>1734</sup>

Streitigkeit besteht jedoch darüber, welche Mängelrechte bei Vorliegen dieser Ausnahmefälle in Betracht kommen. Einigkeit besteht allerdings darüber, dass die Anwendbarkeit des Rücktrittsrechts vor Abnahme bzw. vor Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs wegen der Verweisung in §§ 634 Nr. 3 auf 323 IV BGB möglich ist.<sup>1735</sup>

Einige Teile der Literatur lehnen die Anwendbarkeit des Nacherfüllungsrechts und des Selbstvornahmerechts ab. Es handele sich bei der Selbstvornahme um eine werkvertragsrechtlich spezifische Mängelregelung.<sup>1736</sup> Die Zulassung der Anwendbarkeit der Mängelrechte vor Abnahme würde die Trennung von allgemeinem

---

<sup>1727</sup> Schwab, JuS 2017, 964 (968).

<sup>1728</sup> BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn. 46, NJW 2017, 1604 (1607); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn.40, OLG Schleswig Urt.v.09.12.2016-1 U 17/13, BeckRS 2016, 116724 Rn. 59; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Weller, NZBau 2018, 398 (400).

<sup>1729</sup> Gerlach/Manzke, JuS 2019, 327 (331).

<sup>1730</sup> Erman/Schwenker/Rodemann, § 634 Rn. 2; Messerschmidt/Voit/ Messerschmidt, t BGB § 640 Rn. 71ff.

<sup>1731</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 50; Erman/Schwenker/Rodemann, § 644 Rn. 4; BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.57.

<sup>1732</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 644 Rn.13; Messerschmidt/Voit/Merkens BGB § 644 Rn. 14.

<sup>1733</sup> Gartz, NZBau 2018, 404 (405), BGH, Urt.v.9.11.2017-VII ZR 116/15; Jousen, BauR 2009, 319 (331); Folnovic, BauR 2008, 1360 (1363).

<sup>1734</sup> Jousen, BauR 2009, S. 319 (323); Folnovic, BauR 2008, 1360 (1363).

<sup>1735</sup> Popescu, NZBau 2012, 137 (140).

<sup>1736</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (419); Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 637 Rn.1; MüKoBGB/Busche, BGB § 637 Rn. 16.

Leistungsstörungsrecht und Gewährleistungsrecht wieder aufheben. Außerdem würde die Geltendmachung des Selbstvornahmerechts dem Grundsatz widersprechen, dass der Unternehmer über die Art und Weise der Werkherstellung eine autonome Entscheidung treffen kann. Gesetzlich stehe dem Besteller das Recht zur Selbstvornahme dann zu, wenn der Unternehmer seine Arbeitsleistungen beendet und den Herstellungsvorgang abgeschlossen hat.

Teilweise wird befürwortet, dass die weiteren Mängelrechte wie Nacherfüllung, Selbstvornahme und Minderung zur Anwendung kommen können.<sup>1737</sup> Zwar steht dem Unternehmer Dispositionsfreiheit zu, es fehlt ihm aber offensichtlich der Wille zur Werkherstellung. Daher ist dieser Meinung zu folgen.

#### 4. Verweigerung des Bestellers

Andere Teile der Literatur<sup>1738</sup> halten die Anwendbarkeit der Mängelrechte ohne Abnahme für richtig, wenn der Unternehmer das aus seiner Sicht fertiggestellte und mangelfreie Werk abgeliefert, der Besteller dagegen die Abnahme wegen wesentlicher Mängel des Werks verweigert.<sup>1739</sup> Da der Besteller die Abnahme aufgrund wesentlicher Mängel zu Recht verweigert habe, seien die Mängelrechte Nacherfüllung und Kostenvorschuss zur Selbstvornahme nicht von der Abnahme abhängig zu machen. Sonst sei der Besteller zur Abnahme gezwungen, obwohl er zur Abnahme nicht verpflichtet wäre.<sup>1740</sup> Es läge auch kein Eingriff in das Recht des Unternehmers auf Herstellung des Werks in eigener Verantwortung vor, weil das Werk aus seiner Sicht bereits als mangelfrei abgeschlossen gelte und daher keine Mängelbeseitigung erforderlich sei.<sup>1741</sup> In einem solchen Fall könne der Besteller entweder eine Frist zur ordnungsgemäßen Erfüllung oder zur Nacherfüllung setzen.<sup>1742</sup> Er könne den Mangel danach im Wege der Selbstvornahme beheben.<sup>1743</sup> Die Verweigerung der Abnahme und die Aufforderung an den Unternehmer zur Herstellung eines abnahmereifen Werks käme als einzige Möglichkeit für den Besteller in Betracht, wenn er weder das Werk abnehmen möchte noch seinen Erfüllungsanspruch aufgibt.<sup>1744</sup>

---

<sup>1737</sup> Folnovic, BauR 2008, 1360 (1363).

<sup>1738</sup> Folnovic, BauR 2008, 1360 (1363).

<sup>1739</sup> Stamm, JuS 2017, 56 (58); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn.29), NJW 2017, 1604 (1605); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864 (Rn. 23); OLG Schleswig, Urt. v. 09.12.2016-1 U 17/13, BeckRS 2016, 116724 Rn. 59; Weller, NZBau 2018, 398 (400); Messerschmidt/Voit/*Moufang/Koos* BGB § 637 Rn.4; BGH Urt. v. 25.01.1996- VII ZR 26/95, NJW 1996, 1280 (1281); Paland/*Sprau* Vor 633 Rn. 7; Folnovic, BauR 2008, 1360, (1363f); Voit, BauR 2011, 1063, (1072); Schmeel, MDR 2017, 254 (256); OLG Brandenburg Urt. v. 22.12.2015- 4 U 26/12, BeckRS 2016, 1229; OLG Stuttgart, Urt. v. 25.02. 2015-4 U 114/14, BeckRS 2016, 5894; OLG Köln Besch. v. 12.11.2012, NZBau 2012, 306 (307).

<sup>1740</sup> Stamm, JuS 2017, 56 (58f); Jordan, S. 165.

<sup>1741</sup> Weller, NZBau 2018, 398 (400); Schmeel, MDR 2017, 254 (256).

<sup>1742</sup> K. Jansen, S. 44.

<sup>1743</sup> K. Jansen, S. 45.

<sup>1744</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (522).

Nach der Ansicht des BGH ändert sich die Rechtsposition des Bestellers bei der Aufforderung des Unternehmers zur Abnahme.<sup>1745</sup> Auch in diesem Fall träfe den Besteller die Pflicht zur Entscheidung, ob er das Werk abnehmen möchte oder den Ausschluss des Erfüllungsanspruchs durch Übergang in das Abrechnungsverhältnis möchte,<sup>1746</sup> indem er den Schadensersatzanspruch geltend macht, zurücktritt oder die Minderung verlangt.

### 5. Vorzeitige Beendigung des Vertrags

Teilweise wird die Anwendbarkeit der Mängelrechte ohne Abnahme auch bei einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags bejaht, wenn Mängelansprüche bezüglich eines Teilwerks gegeben sind.<sup>1747</sup> Andere Teile der Literatur<sup>1748</sup> und der BGH<sup>1749</sup> sind dagegen der Meinung, dass auch bei Kündigung eine Abnahme des fertig gestellten Teils des Werks möglich sei, sodass es keinen Anlass für eine solche Ausnahme gäbe. Die Kündigung des Werkvertrags beseitige die Pflicht des Unternehmers zur Werkherstellung lediglich mit Wirkung für die Zukunft.<sup>1750</sup> Die werkvertraglichen Primärpflichten für bereits erbrachte Werkleistungen bestünden weiter.<sup>1751</sup>

Der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers würde weder aufgrund der vorzeitigen Beendigung im Wege der ordentlichen Kündigung durch den Besteller nach § 649 BGB noch wegen einer Kündigung des Unternehmers gem. § 643 BGB ausgeschlossen.<sup>1752</sup> Der Besteller habe seinen Nacherfüllungsanspruch jedoch auf den erbrachten Teil der Werkleistung zu beschränken.<sup>1753</sup> Das Verhältnis zwischen dem Erfüllungsanspruch und dem Nacherfüllungsanspruch entspräche der Kündigung zur vollständigen Durchführung des Vertrags. Die Abnahme führe zum Ausschluss des Erfüllungsstadiums des gekündigten Vertrags sowie bei einem nicht gekündigten Vertrag.<sup>1754</sup> Da die Abnahme zur Feststellung des Mangels diene, habe sie beim gekündigten und nicht gekündigten Vertrag gleiche Bedeutung. Dagegen wird jedoch eingewandt, dass in der Praxis keine Abnahme nach der Kündigung des Werkvertrags möglich sei.<sup>1755</sup> Der Unternehmer habe seine Pflicht zur mangelfreien Herstellung nicht erfüllt. Die Kündigung beruhe meistens auf der Vertragsverletzung durch den Unternehmer. Des Weiteren habe der Besteller einen Grund zur Kündigung, der ihn im Zweifel auch berechtige, die Abnahme zu verweigern.<sup>1756</sup> Ist die Fortsetzung des

---

<sup>1745</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (523).

<sup>1746</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (523).

<sup>1747</sup> Folnovic, BauR 2008, 1360 (1363); Jousen, BauR 2009, 319 (330).

<sup>1748</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 635 Rn. 8; BGH Urt. v. 19.12.2002- VII ZR 103/00, NJW 2003, 1450 (1452).

<sup>1749</sup> Pioch, JA 2016, 414, BGH Urt. v. 11.05.2006- VII ZR 146/04, BeckRS 2006, 07692.

<sup>1750</sup> Gartz, NZBau 2018, 404 (405), BGH Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15; Christiansen, ZfBR 2010, 3 (11).

<sup>1751</sup> Rudkowski, JURA 2011, 567 (568); Gartz, NZBau 2018, 404, BGH, Urt. v. 9.11.2017- VII ZR 116/15.

<sup>1752</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 1; Christiansen, ZfBR 2010, 3 (11).

<sup>1753</sup> Christiansen, ZfBR 2010, 3 (11); Rudkowski, JURA 2011, 567 (568).

<sup>1754</sup> BGH Urt. v. 19.12.2002- VII ZR 103/00, NJW 2003, 1450 (1452).

<sup>1755</sup> Vgl. Christiansen, ZfBR 2010, 3 (11); Jousen, BauR 2009, 319 (330).

<sup>1756</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (330).

Vertragsverhältnisses für den Besteller unzumutbar, steht ihm seit dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung v. 28.4.2017<sup>1757</sup> ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 648a BGB zu, ohne dass er die Kündigungsfrist einhalten muss.<sup>1758</sup>

## 6. Verzicht des Bestellers auf den Erfüllungsanspruch

Weiter wird vertreten, dass die Anwendbarkeit der Mängelrechte vor Abnahme möglich ist, wenn der Besteller auf den Erfüllungsanspruch/Herstellungsanspruch und die daraus folgenden weiteren Rechte verzichtet hat.<sup>1759</sup>

Das OLG Koblenz vertritt in seinem Urteil v. 18.10.2007- 5 U 521/07 die Auffassung, dass die Mängelrechte nach der Herstellung des Gesamtwerks erst ab dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs anwendbar sind.<sup>1760</sup> Die Vorinstanz ging davon aus, dass dem Besteller die werkvertraglichen Mängelrechte bereits vor endgültiger Fertigstellung des gesamten Werks zugestanden hätten. Das OLG Koblenz war dagegen der Meinung, dass die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte in der Herstellungsphase nicht möglich sei, weil die Regelung des § 634 I 2 BGB a.F. im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung entfallen sei. Beim Werkvertrag ist der Unternehmer dazu verpflichtet, dem Besteller das endgültige Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Man stellt auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs ab. Der Unternehmer kann geringfügige Mängel eines allmählich entstehenden Werks noch beseitigen, bevor er dem Besteller das Werk als fertiggestellt anbietet. Der Besteller habe so aber nur die Möglichkeit, in der Herstellungsphase lediglich die allgemeinen Leistungsstörungsrechte zu beanspruchen. Dem Besteller steht nach Ansicht des OLG Koblenz ein Schadensersatzanspruch aus § 280 I 1 BGB zu oder es kommt das Rücktrittsrecht aus § 323 IV BGB zur Anwendung.

Diese Auffassung des OLG Koblenz, das die Anwendbarkeit der werkvertragsrechtlichen Mängelrechte vor der Abnahme ablehnt, stieß in der Literatur auf deutliche Kritik. Teilweise wurde die Annahme, dass die Mängelrechte erst nach Abnahme anwendbar sind, in Zweifel gezogen<sup>1761</sup>; teilweise wurden – die bereits oben dargestellten- Ausnahmefälle entwickelt, in denen die werkvertragsrechtlichen

---

<sup>1757</sup> BeckOGK/J. *Schmidt*, BGB § 635 Rn. 5.

<sup>1758</sup> Gartz, NZBau 2018, 404 (405), BGH, Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15, NZBau 2018, 143 (144 Rn.18f).

<sup>1759</sup> Weller, NZBau 2018, 398 (400); OLG Bamberg Urt. v. 18.09.2008- 8 W 60/08, BeckRS 2009, 09750; Voit, BauR 2009, 1063 (1070).

<sup>1760</sup> Popescu, NZBau 2012, 137 (140); K. Jansen, S. 45; Schlier, S. 56; OLG Koblenz BeckRS 2007, 19699; in dem vom OLG Koblenz zu entscheidende Fall hat der Besteller den U mit der Errichtung eines Wohnhauses mit Doppelgarage beauftragt. Die Parteien haben kein konkretes Fertigstellungsdatum vereinbart. Bei der Errichtung des Kellers kommt es zum Streit, ob die bisherige Leistung mangelfrei erbracht wurde. Der Unternehmer (Beklagte) hat ein selbständiges Beweisverfahren durchgeführt, in dem Mängel am Werk festgestellt wurden. Danach trat der Besteller (die Klägerin) vom Vertrag zurück und forderte den Schadensersatz. Das LG hat dem Besteller den Schadensersatz gewährt, der auf §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB beruht.

<sup>1761</sup> Weise, NJW-Spezial 2008, 76.

Mängelrechte vor Abnahme bzw. vor Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs anwendbar sind.<sup>1762</sup>

Schließlich folgten auch die Oberlandesgerichte Köln<sup>1763</sup> und Hamburg<sup>1764</sup> der Auffassung des OLG Koblenz. Da der Besteller während der Werkherstellung keine Entscheidung über die Abnahme treffen kann, darf der Unternehmer während dieser Phase nicht mit der Geltendmachung von Nacherfüllungsrechten des Bestellers belastet werden.<sup>1765</sup>

Dagegen hält das LG Oldenburg<sup>1766</sup> die werkvertraglichen Mängelrechte ohne nähere Begründung auch vor Abnahme für anwendbar. Eine solche Anwendbarkeit käme insbesondere bezüglich der Selbstvornahme und des Kostenvorschusses in Betracht.

#### **D. Kritik an den verschiedenen Ansichten und eigene Stellungnahme**

Aufgrund der unklaren gesetzlichen Regelung werden in der Literatur und Rechtsprechung ganz unterschiedliche Ansichten zu der Frage vertreten, ab welchem Zeitpunkt der Besteller die werkvertraglichen Mängelrechte insbesondere das Recht zur Selbstvornahme und den damit verbundenen Vorschussanspruch geltend machen kann.<sup>1767</sup> Nachdem die einschlägigen Ansichten oben dargestellt wurden, wird hier diese Frage anhand der kritischen Würdigung des Wortlauts, der historischen, der systematischen und der teleologischen Auslegung untersucht und eine eigene Position entwickelt.

#### **I. Die Würdigung des Wortlauts des § 634 BGB**

Der § 634 BGB regelt das werkvertragliche Gewährleistungsrecht. Für die Geltendmachung dieser Ansprüche setzt er zunächst voraus, dass das Werk mangelhaft ist.<sup>1768</sup> Daraus könnte sich ergeben, dass die Mängelrechte in jedem Herstellungsstadium Anwendung finden.<sup>1769</sup>

Jedoch wird in § 634 BGB das Vorliegen der Voraussetzungen der nachfolgenden Vorschriften verlangt und teilweise auf die allgemeinen Leistungsstörungenrechte und sowie auf im Werkvertrag spezifische Regelungen verwiesen.<sup>1770</sup> Aufgrund des Wortlauts der §§ 323, 281 BGB finden die allgemeinen Leistungsstörungenrechte wie Rücktritt, Minderung und Schadensersatz erst ab Fälligkeit der Werkleistung Anwendung.<sup>1771</sup> Aus dem Wortlaut des § 634 BGB ergibt sich nicht, ob der Besteller das Selbstvornahmerecht vor dem vereinbarten Herstellungstermin geltend machen kann.<sup>1772</sup>

---

<sup>1762</sup> Folnovic, BauR 2008, 1360.

<sup>1763</sup> OLG Köln Besch. v. 12.11.2012- 11 U 146/12, NZBau 2013, 306 (307).

<sup>1764</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 16.8.2013 – 9 U 41/11, NJOZ 2014, 525 (526).

<sup>1765</sup> OLG Köln Besch. v. 12.11.2012- 11 U 146/12, NZBau 2013, 306 (307).

<sup>1766</sup> LG Oldenburg Urt. v. 25.2.2010 – 5 O 327/09, BeckRS 2011, 12561.

<sup>1767</sup> Popescu, NZBau 2012, 137 (140).

<sup>1768</sup> Ott, NZM 2016, 576 (578).

<sup>1769</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (690ff); K. Jansen, S. 48.

<sup>1770</sup> Teichmann, JuS 2002, 417 (419); Vgl. Meub, DB 2002, 131.

<sup>1771</sup> K. Jansen, S. 48.

<sup>1772</sup> Ott, NZM 2016, 576 (578).

Die Regelung des § 637 BGB setzt voraus, dass der Besteller vor der Durchführung der Selbstvornahme eine Frist zur Mängelbeseitigung setzt und diese Frist erfolglos abgelaufen ist. Sein Wortlaut lässt nicht erkennen, ab welchem Zeitpunkt der Besteller die Frist setzen und wann diese Frist ablaufen soll.<sup>1773</sup> Daraus können keine Rückschlüsse darauf gezogen werden, ab welchem Zeitpunkt die werkvertraglichen Mängelrechte anzuwenden sind.<sup>1774</sup>

Weder aus dem Wortlaut der §§ 633, 634 noch 635, 638 BGB ergibt sich, dass die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte eine Abnahme voraussetzt.<sup>1775</sup> Aus dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung ist vielmehr zu entnehmen, dass die werkvertraglichen Mängelrechte grundsätzlich erst ab Fälligkeit der Werkleistung geltend gemacht werden können.

## **II. Historische Auslegung**

Zu diesem Zweck ist zuerst auf die Entstehung der werkvertraglichen Mängelrechte im BGB und dann auf die Änderungen im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung einzugehen.

### **1. Die Entwicklung der werkvertraglichen Mängelrechte bis zur Schuldrechtsmodernisierung**

Die Fassung der werkvertraglichen Mängelrechte, die bis zur Schuldrechtsmodernisierung galten, war mit der ursprünglichen Fassung, die am 01.01.1900 in Kraft getreten ist, im Wesentlichen identisch.<sup>1776</sup>

Im Rahmen der Entwicklung der werkvertraglichen Mängelrechte bestand unter der Kommission des Reichsjustizamtes Einigkeit über die Erforderlichkeit einer ausdrücklichen Regelung der Rechte des Bestellers bei Vorliegen einer mangelhaften Werkleistung.<sup>1777</sup> In diesem Zusammenhang wurde untersucht, ob sich die werkvertraglichen Mängelrechte an den „Vorschriften über die Haftung des Veräußerers in Veräußerungsfällen“ (Gewährleistung im Kaufvertragsrecht) oder an den Vorschriften über die „Folgen der Nichterfüllung von Verbindlichkeiten“ (allgemeines Leistungsstörungenrecht) orientieren sollten.<sup>1778</sup>

Gegen eine Anlehnung an die „Vorschriften über die Haftung des Veräußerers in Veräußerungsfällen“ (Gewährleistung im Kaufvertragsrecht) wird eingewendet, dass der Besteller neben der Mängelbeseitigung zugleich nach seiner Wahl die Minderung des Werklohns verlangen oder den Rücktritt vom Vertrag erklären kann.<sup>1779</sup> Hierfür bestand nach der Ansicht der Kommission kein Bedürfnis des Bestellers, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung ohne großen Aufwand vornehmen kann.<sup>1780</sup>

---

<sup>1773</sup> Knütel, BauR 2002, 689.

<sup>1774</sup> Jordan, S. 392.

<sup>1775</sup> Ott, NZM 2016, 576 (578).

<sup>1776</sup> Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, §§ 631-651 Rn. 89.

<sup>1777</sup> K. Jansen, S. 51; Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, §§ 631-651 Rn. 71.

<sup>1778</sup> Vgl. Thode, NZBau 2002, 297 (298); K. Jansen, S. 51; Schlier, S. 66.

<sup>1779</sup> Meub, DB 2002, 131 (132); Greiner, ZfBR 2000, 295 (297).

<sup>1780</sup> Schlier, S. 67.

Darüber hinaus wurde gegen die Anlehnung an die kaufrechtliche Gewährleistung auch vorgebracht, dass dem Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz eine zu große Bedeutung beigemessen werde.<sup>1781</sup> Das wäre dann der Fall, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlen sollte, da für Veräußerungsfälle ein Garantieverprechen und mithin ein Anspruch auf Schadensersatz ohne Rücksicht auf das Verschulden angenommen wurde.<sup>1782</sup> Dies würde gegen die praktische Zweckmäßigkeit verstoßen. Der Unternehmer übernimmt kein Garantieverprechen, sondern verspricht lediglich die Erfüllung einer gewöhnlichen Leistungspflicht, soweit er eine bestimmte Eigenschaft seines Werks verspricht.<sup>1783</sup>

Aufgrund der Einschränkung des Rücktrittsrechts (z.B. bei der Errichtung eines Hauses), das für einen Werkvertrag praxisrelevant ist, bestanden nach Auffassung der Kommission, auch gegen die Orientierung an den Folgen der Nichterfüllung von Verbindlichkeiten (allgemeines Leistungsstörungenrecht), Zweifel.<sup>1784</sup> Die Besonderheiten des Werkvertrags und der damit verbundenen Verschaffungspflicht des Unternehmers sind vielmehr durch spezielle Vorschriften zu regeln und dabei ist auch die praktische Zweckmäßigkeit zu berücksichtigen.<sup>1785</sup> Nach der Empfehlung der Kommission soll dem Besteller zunächst ein Recht auf Mangelbeseitigung gewährt werden.<sup>1786</sup> Dafür hat der Besteller dem Unternehmer eine Frist zu setzen, sodass er nach dem fruchtlosen Ablauf dieser Frist den Rücktritt und die Minderung beanspruchen darf, wenn der Unternehmer die Mangelbeseitigung hinauszögert hat.<sup>1787</sup> Dabei soll der Besteller bei einem unerheblichen Mangel die Mängelbeseitigung nicht verlangen dürfen.<sup>1788</sup> Letztlich hat die Kommission empfohlen, einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung in das Gesetz einzufügen.<sup>1789</sup>

Schließlich wurden die folgenden Vorschriften beschlossen, in denen teilweise auf die Vorschriften im Kaufvertrag verwiesen und teilweise eigenständige werkvertragsrechtliche Regelungen geschaffen wurden.<sup>1790</sup> Diese Regelungen stellten unabhängig von den allgemeinen Leistungsstörungenrechten die werkvertragsrechtlichen abschließenden Sonderregelungen dar.<sup>1791</sup>

„§ 633 BGB a.F.“

*Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, dass es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit solchen Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die*

---

<sup>1781</sup> Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, §§ 631-651 Rn. 93.

<sup>1782</sup> Schlier, S. 67.

<sup>1783</sup> Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, §§ 631-651 Rn.159.

<sup>1784</sup> BT-Drucksache 14/6040 S. 262; Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, §§ 631-651 Rn. 159.

<sup>1785</sup> Schlier, S. 67.

<sup>1786</sup> Greiner, ZfBR 2000, 295 (297); Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, §§ 631-651 Rn. 91, Meub, DB 2002, 131 (132).

<sup>1787</sup> Knütel, BauR 2002, 689.

<sup>1788</sup> Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/*Forster*, §§ 631-651 Rn. 159.

<sup>1789</sup> Schlier, S. 68.

<sup>1790</sup> Greiner, ZfBR 2000, 295 (297); Thode, NZBau 2002, 297 (298); K. Jansen, S. 53.

<sup>1791</sup> Thode, NZBau 2002, 297 (299); K. Jansen, S. 53.



*Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.<sup>1792</sup>*

*Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels verlangen. Der Unternehmer ist berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.*

*Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge, so kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlich gewesenenen Aufwendungen verlangen.“*

„§ 634 BGB a.F.“

*Zur Beseitigung eines Mangels der im § 633 bezeichneten Art kann der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablauf der Frist ablehne. Zeigt sich schon vor der Ablieferung des Werks ein Mangel, so kann der Besteller die Frist sofort bestimmen; die Frist muss so bemessen werden, dass sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Besteller Rückgängigmachung des Vertrages (Wandelung) oder Herabsetzung der Vergütung (Minderung) verlangen, wenn nicht der Mangel rechtzeitig beseitigt worden ist; der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ist ausgeschlossen.*

*Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung oder Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird.*

*Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werks nur unerheblich mindert.*

*Auf die Wandelung und die Minderung finden die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§465 bis 467, 469 bis 475 entsprechende Anwendung.“*

„§ 635 BGB a.F.“

*Beruhet der Mangel des Werks Umstände, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Besteller statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.“*

Den Protokollen der Beratungen in den Kommissionen sind keine näheren Auskünfte zu der Frage zu entnehmen, ab welchem Zeitpunkt diese Mängelrechte des Bestellers anwendbar sein sollten.<sup>1793</sup> Betrachtet man den Wortlaut des § 634 I 2 BGB a.F. BGB näher, so lässt sich feststellen, dass der Unternehmer den gerügten Mangel grundsätzlich bis zu dem Zeitpunkt, der für die Ablieferung des gesamten Werks bestimmt wurde, beseitigen kann.<sup>1794</sup> Der Anspruch des Bestellers auf die Beseitigung des Mangels, der während der Herstellung aufgetreten ist, wurde dadurch eingeschränkt, dass die erforderliche Fristsetzung zur Mängelbeseitigung nicht derart kurz bemessen sein darf,

---

<sup>1792</sup> Thode, NZBau 2002, 297 (303).

<sup>1793</sup> Knütel, BauR 2002, 689; K. Jansen, S. 54; Schlier, S. 69.

<sup>1794</sup> K. Jansen, S. 56, Schiler, S. 69; Staudinger/Peters/Jacoby (2000) § 633 BGB, Rn.137.

dass sie vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft.<sup>1795</sup> Der Anspruch des Bestellers auf die Mängelbeseitigung war erst ab Fälligkeit der Werkleistung, also ab dem Herstellungstermin fällig und durchsetzbar.<sup>1796</sup>

Aus den Motiven der Kommission über den Aspekt der Gefahrtragung ergibt sich, dass die Anwendbarkeit des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit auch nach altem Recht ausgeschlossen war.<sup>1797</sup> Nach der Ansicht der Kommission muss der Unternehmer das Werk im Zeitpunkt der Abnahme hergestellt haben.<sup>1798</sup> Es wurde weiter ausgeführt, dass der Unternehmer die Gefahr für den zufälligen Untergang der Werkleistung bis zur Abnahme trägt, sodass die Abnahme den Zeitpunkt markiert, indem die Vorleistungspflicht des Unternehmers endet und ein Gefahrübergang stattfindet.<sup>1799</sup>

Schon bei der Entwicklung des BGB wurde der Mängelbeseitigungsanspruch als mit dem Erfüllungsanspruch vergleichbar betrachtet, da beide durch den Werklohn abgegolten wurden und mit durchaus identischen Maßnahmen ein identisches Ziel geschuldet wurde.<sup>1800</sup> Der Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch unterscheiden sich im Wesentlichen dadurch, dass der Unternehmer bei der Nacherfüllung bereits einmal geleistet hatte und es im Wege der Nacherfüllung um eine Wiederholung seiner Leistung ging.<sup>1801</sup> Dies würde das Verlangen der unterschiedlichen Arbeiten ermöglichen, da die Nacherfüllung andere Maßnahmen erfordert als eine ursprüngliche Werkherstellung.<sup>1802</sup>

In der Praxis sind jedoch Fälle denkbar, in denen die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Gewährleistungsrechte bereits vor dem vereinbarten Herstellungstermin erforderlich sein kann.<sup>1803</sup> Daher haben sich die Rechtsprechung und die Literatur darum bemüht, den Zeitpunkt der Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte näher festzulegen.<sup>1804</sup> Der Unternehmer war dazu verpflichtet, Mängel während der gesamten Herstellungsphase zu vermeiden und eingetretene Mängel zu beseitigen.<sup>1805</sup> Dabei sollte der Besteller auf den Grundsatz achten, dass die Frist zur Mängelbeseitigung bei Mängeln während der Herstellungsphase nach § 634 I 2 BGB a.F. nicht vor Ablauf der Herstellungsfrist enden darf. Dies ist insbesondere bei einer Selbstvornahme gem. § 633 III BGB a.F. entscheidend. Danach stand dem Besteller das Recht zur Selbstvornahme zu, wenn der Unternehmer mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug war.<sup>1806</sup> Auf den Verzug des Unternehmers kommt es nach der

---

<sup>1795</sup> Staudinger/Peters/Jacoby (2000) § 633 BGB, Rn. 165f.; Voit, BauR 2011, 1063 (1071).

<sup>1796</sup> Schlier, S. 69; K. Jansen, S. 56.

<sup>1797</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (690).

<sup>1798</sup> Schlier, S. 69.

<sup>1799</sup> Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/Forster, §§ 631-651 Rn.115.

<sup>1800</sup> Staudinger/Peters/Jacoby (2000), § 633 BGB, Rn. 165; Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/Forster, §§ 631-651 Rn. 81.

<sup>1801</sup> Staudinger/Peters/Jacoby, § 633 BGB, Rn. 166.

<sup>1802</sup> K. Jansen, S. 57.

<sup>1803</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (690).

<sup>1804</sup> Schlier, S. 70.

<sup>1805</sup> Jordan, S. 149.

<sup>1806</sup> Knütel, BauR 2002, 689.

Rechtsprechung des BGB zum alten Recht dann nicht an, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert hat.<sup>1807</sup>

Aus den Regelungen der §§ 633 III, 634 I 2 BGB a.F. ergibt sich der Grundsatz, dass der Unternehmer vor Ablauf des vereinbarten Herstellungsdatums grundsätzlich nicht im Verzug sein kann.<sup>1808</sup> Damit war die Geltendmachung des Selbstvornahmerechts vor Ablauf des Zeitpunkts der Ablieferung des Werks grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>1809</sup> Jedoch wurde von der Rechtsprechung anerkannt, dass die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte einschließlich des Selbstvornahmerechts in Ausnahmefällen nach §§ 634 II BGB a.F. auch vor dem Herstellungsdatum möglich sein kann.<sup>1810</sup> Dabei war besonders auf die Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 634 II 1. Alt BGB a.F. auf die Verweigerung des Unternehmers § 634 II 2. Alt BGB a.F. und das besondere Interesse des Bestellers § 634 II 3. Alt BGB a.F. abzustellen.<sup>1811</sup>

Letztlich standen dem Besteller nach der Rechtsprechung und der Literatur die werkvertraglichen Mängelrechte grundsätzlich ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs und in oben erwähnten Ausnahmefällen auch schon vorher zu:

## 2. Die Änderungen im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung

Zur Aufhebung der im alten Recht existierenden Probleme der Abgrenzung der speziellen werkvertraglichen Mängelrechte von den allgemeinen Leistungsstörungenrechten wurden die Mängelrechte durch die Schuldrechtsmodernisierung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht integriert.<sup>1812</sup> Mit dieser Modernisierung bekam die neue Vorschrift des § 635 BGB den Begriff „der Nacherfüllung“.<sup>1813</sup> In der alten Fassung der Paragraphen §§ 633 II, III; 634 I BGB hatte der Gesetzgeber terminologisch „die Beseitigung des Mangels“ verwendet.<sup>1814</sup> Außerdem führte die Schuldrechtsmodernisierung zur Angleichung der kaufrechtlichen und der werkvertraglichen Gewährleistungsrechte. Mit dieser Angleichung schuf der Gesetzgeber eine Reihenfolge und eine innere Gliederung.<sup>1815</sup> Dies war ursächlich dafür,

---

<sup>1807</sup> Vgl. Jousen, BauR 2009, 319

<sup>1808</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (319).

<sup>1809</sup> Schlier, S. 71.

<sup>1810</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (690).

<sup>1811</sup> BGH Urt. v. 26.1.1993- X ZR 90/91, NJW-RR 1993, 560; Das wäre z.B. dann der Fall, wenn der Besteller das Werk weiterveräußert hat und der Erwerber nicht bereit war, die Nachbesserungsarbeiten hinzunehmen, und daher kann der Besteller das Werk nicht mehr zur Nachbesserung zur Verfügung stellen; oder wenn der Besteller das Werk sofort braucht, um selbst zu verwenden; oder wenn dem Besteller die weitere Zusammenarbeit mit diesem Unternehmer aus sonstigen Gründen nicht mehr zumutbar war, weil dieser das notwendige Vertrauensverhältnis nachhaltig erschüttert hatte.

<sup>1812</sup> Faust, BauR 2010, 1818 (1820ff); Ott, NZM 2016, 576 (578); Thode, NZBau 2002, 297 (303); Schlier, S. 71; Ott, NZBau 2003, 233; Fn.237; BT-Drucks. 14/6040, S.94.

<sup>1813</sup> Meub, DB 2002, 131 (132); BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 1; Faust, BauR 2010, 1818 (1820ff).

<sup>1814</sup> Greiner, ZfBR 2000, 295 (297); BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 1.

<sup>1815</sup> Kleefisch/Durynek, NJOZ 2018, 121 (129); Meub, DB 2002, 131; Ott, NZBau 2003, 233; Knütel, BauR 2002, 689 (691); BT-Drucks. 14/6040, S.95.

dass der Wortlaut der werkvertraglichen Vorschriften geändert wurde.<sup>1816</sup> Während in § 633 I BGB a.F. eine Verpflichtung des Unternehmers geregelt war, das Werk mangelfrei „herzustellen“, hat der Unternehmer nach § 633 I BGB das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln „zu verschaffen“.<sup>1817</sup> Die Herstellung ist von der Verschaffung zu unterscheiden.<sup>1818</sup> Unter Verschaffung ist die Herbeiführung des werkvertraglichen Erfolges und der Übergang der Gefahrtragung zu verstehen.<sup>1819</sup> Herstellung bedeutet dagegen die Schaffung eines bisher noch nicht vorhandenen Werks.<sup>1820</sup>

Der Gefahrübergang erfolgt jedoch gemäß § 644 BGB erst mit der Abnahme, da der Besteller die Leistung erst mit der Abnahme als im Wesentlichen vertragsgemäß billigt.<sup>1821</sup> Hieraus folgt sodann, dass die Verschaffung eines mangelfrei hergestellten Werks erst im Zeitpunkt der Abnahme erfolgen kann. Diese in die Zukunft gerichtete Verschaffungspflicht des Unternehmers könnte dadurch verhindert werden, dass der Besteller im Wege der Selbstvornahme in den Herstellungsablauf eingreift.<sup>1822</sup> Außerdem wurde die Regelung des § 634 I 2 BGB a.F., wonach eine sofortige Fristsetzung beim Vorliegen eines Mangels während der Ausführung möglich war, ersatzlos aufgehoben.<sup>1823</sup> Der Zweck dieser Änderung lag darin, die durch das Konkurrenzverhältnis zwischen den werkvertraglichen und kaufvertraglichen Mängelrechten bestehenden Probleme zu lösen.<sup>1824</sup> Der Gesetzgeber wollte eine Übereinstimmung mit dem Anwendungsbereich der kaufrechtlichen Vorschriften erzielen. Dazu wurde in der Gesetzesbegründung angeführt:

*„Im Kauf- und Werkvertragsrecht sind es in erster Linie die Vorschriften über Gewährleistungsansprüche zu überarbeiten. Sie erscheint zum einen deshalb dringend erforderlich, weil das Verhältnis zwischen diesen Ansprüchen und den Ansprüchen, die dem Käufer oder Besteller nach allgemeinem Leistungsstörungsrecht zustehen, weithin ungeklärt ist und in der Praxis zu einer Fülle von Zweifelsfragen und nicht überzeugenden Ergebnissen geführt hat.“<sup>1825</sup>*

Zum Werkvertragsrecht heißt es in der Gesetzesbegründung:

*„Schon nach geltendem Recht ist der Unternehmer zur Erbringung einer mangelfreien Leistung und, wenn die erbrachte Leistung fehlerhaft ist, zur Beseitigung des Mangels verpflichtet. Daher waren grundsätzliche Änderungen des Werkvertragsrechts nicht erforderlich.“<sup>1826</sup>*

---

<sup>1816</sup> K. Jansen, S. 61; Schlier, S. 72.

<sup>1817</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (691); Thode, NZBau 2002, 297 (301).

<sup>1818</sup> Thode, NZBau 2002, 297 (301).

<sup>1819</sup> Thode, NZBau 2002, 297 (301); MÜKoBGB/Busche, BGB § 633 Rn. 6.

<sup>1820</sup> MÜKoBGB/Busche, BGB § 631 Rn. 71.

<sup>1821</sup> Jousen, BauR 2009, 319 f.

<sup>1822</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (323).

<sup>1823</sup> Knütel, BauR 2002, 689 (691).

<sup>1824</sup> Jordan, S. 148f; BT-Drucks. 14/6040, S. 86.

<sup>1825</sup> K. Jansen, S. 61; BT-Drucks. 14/6040, S. 86.

<sup>1826</sup> Meub, DB 2002, 131; Jordan, S. 149; BT-Drucks. 14/6040, S. 95.

Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich jedoch nicht, warum die Regelung des § 634 I 2 BGB a.F. ersatzlos aufgehoben wurde.<sup>1827</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Durch die Schuldrechtsmodernisierung wurden die werkvertraglichen Mängelrechte in die allgemeinen Leistungsstörungenrechte integriert.<sup>1828</sup> In welchem Verhältnis diese Rechte zueinander stehen, hat der Gesetzgeber der Reform jedoch nicht genau geregelt.<sup>1829</sup>

Der Verzug des Unternehmers war nach altem Recht die Voraussetzung für die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte. Weiterhin durfte der Unternehmer nach §§ 634 I 2 BGB a.F. nicht vor Ablauf der Herstellungstermins in Verzug geraten sein. Die Änderungen durch die Schuldrechtsmodernisierung könnten allerdings zu der Annahme führen, dass die ersatzlose Aufhebung des § 634 I 2 BGB a.F. für die Anwendbarkeit der Mängelrechte des § 634 BGB vor Abnahme sprechen. Dagegen ist darauf zu achten, dass eine solche Auslegung, die eine uneingeschränkte Anwendbarkeit der Mängelansprüche vor dem Zeitpunkt der Abnahme erlauben würde, dem Besteller mehr Rechte einräumen würde als nach der alten gesetzlichen Lage.<sup>1830</sup> Vor Abnahme und vor Herstellungsfrist könnte dem Besteller das Recht auf die Mängelbeseitigung und auch auf die Selbstvornahme zustehen, sodass die Dispositionsbefugnis des Unternehmers nicht ausreichend gewährleistet wäre. Jedoch soll die historische Interpretation dem Zweck der Erreichung eines gerechten Ergebnisses zu dienen.<sup>1831</sup>

Letztlich hat der Gesetzgeber die Regelung § 634 I 2 BGB abgeschafft und bewusst darauf verzichtet, ein zeitliches Moment für die Geltendmachung der werkvertraglichen Mängelrechte zu regeln.

### III. Systematische Auslegung

Weder der Wortlaut noch die historische Auslegung der gesetzlichen Vorschriften geben eine klare Antwort auf die Frage der Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte vor Abnahme.<sup>1832</sup> Vielmehr sprechen sie dafür, dass die werkvertraglichen Mängelrechte erst nach der Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs anwendbar sein sollen<sup>1833</sup>. Daher ist hier zu prüfen, ob eine Lösung für die Anwendbarkeit von werkvertraglichen Mängelansprüchen vor der Abnahme im Wege der systematischen Auslegung erzielt werden kann.

Sind der Erfüllungsanspruch aus § 631 BGB und der Nacherfüllungsanspruch aus §§ 634 Nr.1, 635 BGB inhaltlich identisch, so können beide Ansprüche vor Abnahme geltend gemacht werden. Handelt sich dagegen bei diesen Vorschriften hinsichtlich der

---

<sup>1827</sup> Schlier, S. 72.

<sup>1828</sup> Oetker/Maultzsch § 8 Rn. 63.

<sup>1829</sup> Schlier, S. 72; Vgl. Jordan, S. 150.

<sup>1830</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (320).

<sup>1831</sup> Auch Jousen, BauR 2009, 319 (320).

<sup>1832</sup> Ott, NZM 2016, 576 (578).

<sup>1833</sup> Ott, NZM 2016, 576 (578).

Voraussetzungen und Rechtsfolgen um unterschiedliche Ansprüche, so sind die Mängelrechte nach Abnahme geltend zu machen.<sup>1834</sup>

### **1. Unterschiede zwischen Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch**

Aus der Systematik des Schuldrechts ergibt sich, dass es sich bei allen Mängelansprüchen um Rechte der Nacherfüllung handelt.<sup>1835</sup> Im Grunde stellt das Selbstvornahmerecht eine Nacherfüllung durch den Besteller selbst dar.<sup>1836</sup> Da der Nacherfüllungsanspruch ebenso wie der Erfüllungsanspruch aus § 631 BGB auf eine mangelfreie Werkherstellung gerichtet ist, handelt es sich bei dem Nacherfüllungsanspruch um einen modifizierten Erfüllungsanspruch.<sup>1837</sup> Die Nacherfüllung bildet die Grundlage der Mängelansprüche und setzt die vorherige Erfüllung und damit die Abnahme voraus.<sup>1838</sup> Der Herstellungsanspruch gem. § 631 BGB unterscheidet sich begrifflich von dem Nacherfüllungsanspruch nach § 635 BGB.<sup>1839</sup> Grundsätzlich wird der Erfüllungsanspruch nach der Abnahme durch den Nacherfüllungsanspruch ersetzt.<sup>1840</sup> Zum Bestehen eines Nacherfüllungsanspruchs bedarf es damit zunächst einer Leistungserfüllung, also der Herstellung des Werks.<sup>1841</sup> Der Begriff der „Nacherfüllung“ in §§ 634 Nr.1, 635 BGB macht deutlich, dass der Besteller seine Gewährleistungsrechte aus § 634 BGB erst nach der Herstellung des Werks beanspruchen kann.<sup>1842</sup>

Beim Nacherfüllungsverlangen des Bestellers trifft diesen nur die Pflicht der Mangelbezeichnung. Er muss nur die Symptome des Mangels, nicht aber die Ursachen benennen können. Diese Pflicht des Bestellers besteht sowohl vor als auch nach der Abnahme des Werks fort.<sup>1843</sup> Im Gegensatz zum Erfüllungsanspruch sind jedoch bei der Feststellung des Mangels Mitverursachung und Mitverschulden des Bestellers zu berücksichtigen.<sup>1844</sup>

---

<sup>1834</sup> BeckOK BGB/Voit BGB § 634 Rn. 3.

<sup>1835</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (324).

<sup>1836</sup> NK-BGB/Raab, BGB § 640 Rn. 5; Teichmann, ZfBR 2002, 13.

<sup>1837</sup> Palandt/Sprau, § 634 Rn. 3; Erman/Schwenker/Rodemann, § 634 BGB Rn. 4; MüKoBGB/Busche, BGB §634 BGB, Rn. 3.

<sup>1838</sup> Stamm, JuS 2017, 56 (58); Jousen, BauR 2009, 319 (324); Schwab, JuS 2017, 964 (965).

<sup>1839</sup> Voit, NZBau 2017, 521; Vgl. Jousen, BauR 2009, 319 (324); Jaensch, NJW 2013, 1121.

<sup>1840</sup> BeckOGK/Kober, BGB § 634 Rn. 149; BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 8; Eusani, NZBau 2006, 676 (679); OLG Hamm Urt. v. 30.4.2019- 24 U 14/18, BeckRS 2019, 14177 Rn. 43.

<sup>1841</sup> Stamm, JuS 2017, 56 (58); Jousen, BauR 2009, 319 (324); Schwab, JuS 2017, 964 (965); BGH Urt.v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361).

<sup>1842</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn. 34, NJW 2017, 1604 (1606); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn. 33, NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn. 27, Popescu, NZBau 2012, 137 (140).

<sup>1843</sup> Hammacher, NZBau 2010, 91 (93); Kuhn, ZfBR 2013, 523 (526).

<sup>1844</sup> Popescu, NZBau 2012, 137 (140); Hammacher, NZBau 2010, 91 (93);

Während dem Unternehmer im Rahmen des Erfüllungsanspruchs kein Verweigerungsrecht zusteht, wird ihm beim Nacherfüllungsanspruch aufgrund unverhältnismäßiger Kosten nach §§ 275 II, 635 III BGB oder Unzumutbarkeit gem. § 275 III BGB ein Recht auf Verweigerung eingeräumt.<sup>1845</sup>

#### **a. Wahlrecht des Unternehmers nach § 635 I BGB**

Dem Unternehmer wird sowohl durch den Erfüllungsanspruch aus § 631 BGB als auch durch den Nacherfüllungsanspruch aus § 635 BGB ein Wahlrecht eingeräumt, seine Verpflichtung zur mangelfreien Werkherstellung im Wege der Nachbesserung oder der Neuherstellung zu erfüllen.<sup>1846</sup> Dies steht mit der Rechtsprechung vor der Schuldrechtsmodernisierung<sup>1847</sup> und mit der in der Literatur vertretenen Ansicht der Literatur<sup>1848</sup> im Einklang. Da die Nacherfüllung als die endgültige Herstellung eines vertragsgemäßen mangelfreien Werks entweder in Form der Nachbesserung (Beseitigung des Mangels) oder in Form der Neuherstellung (Herstellung eines neuen vertragsgemäßen Werks) definiert wird, sind diesbezüglich der Erfüllungsanspruch und der Nacherfüllungsanspruch inhaltlich identisch.<sup>1849</sup>

Bevor der Besteller auf sekundäre Rechte (z.B. wie Schadensersatz) übergeht, erhält der Unternehmer eine zweite Chance zur Herstellung eines mangelfreien Werks, die den Interessen beider Parteien dient.<sup>1850</sup> Der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers stellt gleichzeitig eine Pflicht des Unternehmers dar. Der Unternehmer darf sich nicht von der Nacherfüllung befreien und den Besteller auf die sekundären Rechte, die in § 634 BGB geregelt sind, verweisen.<sup>1851</sup>

#### **b. Leistungsverweigerungsrecht wegen unverhältnismäßiger Kosten**

Aus der Regelung des § 635 III BGB, die für den Nacherfüllungsanspruch des Bestellers gilt, ergibt sich, dass sich der Nacherfüllungsanspruch von dem Herstellungsanspruch aus § 631 I BGB unterscheidet.<sup>1852</sup> Die Vorschrift des § 635 III BGB gewährt dem

---

BeckOGK/*Kober*, BGB § 634 Rn. 149; OLG Düsseldorf Urt. v. 30.08.2016 – I - 21 U 8/16 BeckRS 2016/124160.

<sup>1845</sup> BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 8; Teichmann, ZfBR 2002, 13 (16).

<sup>1846</sup> Meub, DB 2002, 131; Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 82; Hirsch, Rn. 575; BeckOGK/*Kober*, BGB § 634 Rn. 149; BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 24; Teichmann, JuS 2002, 417 (419); Jousen, BauR 2009, S. 319 (323); Ott, NZBau 2003, 233 (236); Jaensch, NJW 2013, 1121.

<sup>1847</sup> BGH Urt. v. 24.4.1997- VII ZR 110/96, NJW-RR 1997, 1106.

<sup>1848</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 633 Rn. 109; Palandt/*Sprau*, vor § 633 Rn. 3, 633 Rn. 5.

<sup>1849</sup> BeckOGK/*J. Schmidt* BGB § 635 Rn. 27.

<sup>1850</sup> Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; Eusani, NZBau 2006, 676; Katzenstein, ZGS 2005, 305 (306); LG Giessen Urt. v. 10.3.2004 – 1 S 453/03; NJW 2004, 2906, ders. ZGS 2004, 238 (240); Teichmann, JuS 2002, 417 (419); ders. Teichmann, ZfBR 2002, 13; Gsell, ZIP 2005, 922 (926); Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418); BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 1.

<sup>1851</sup> Vgl. Herresthal, NJW 2005, 1457; BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 1; A. Teichmann, ZfBR 2002, 13.

<sup>1852</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn.34), NJW 2017, 1604 (1606); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn.35), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15

Unternehmer bei der geschuldeten Nacherfüllung nach § 634 Nr.1 BGB weiter gehende Rechte als § 275 II, III BGB.<sup>1853</sup> Nach dieser Regelung ist der Unternehmer zu einer mangelfreien Werkherstellung vor der Abnahme verpflichtet. Dagegen besteht für den Besteller keine Pflicht, Mängel zu dulden, die während der Herstellung entstehen und nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand beseitigt werden können.<sup>1854</sup>

Da dem Besteller im Rahmen des Erfüllungsanspruchs kein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, kann der Erfüllungsanspruch aus § 631 BGB uneingeschränkt erfolgen, während der Unternehmer dem Nacherfüllungsanspruch des Bestellers den Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten nach §§ 634 Nr. 1, 635 III BGB entgegenhalten kann.<sup>1855</sup> Dies könnte gegen die inhaltliche Identität von Erfüllung und Nacherfüllung sprechen. Die Regelung des § 631 BGB sieht für den Erfüllungsanspruch keine dem § 635 III BGB entsprechende Einschränkung vor.<sup>1856</sup> Vielmehr ergibt sich aus dem Wortlaut des § 631 BGB, dass der Unternehmer das Werk auch dann mangelfrei erstellen muss, wenn dies nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist.

Ein Teil der Literatur und die Rechtsprechung.<sup>1857</sup> lehnen die Anwendbarkeit des § 635 III BGB auf den Erfüllungsanspruch aus § 631 BGB ab. Der Besteller darf den Herstellungsanspruch und den Nacherfüllungsanspruch nicht gleichzeitig geltend machen, sodass sie nicht nebeneinander bestehen können.<sup>1858</sup> Der Unternehmer kann im Fall der Nacherfüllung unter den Voraussetzungen des § 635 III BGB ihre Unverhältnismäßigkeit behaupten, während er die ursprüngliche Werkherstellung lediglich unter den strengen Voraussetzungen des § 275 II, III BGB aufgrund Unzumutbarkeit der Leistung verweigert werden kann.<sup>1859</sup> Hier stellt sich die Frage, ob der Unternehmer sein Leistungsverweigerungsrecht gegen die Mängelansprüche des

---

(Terasse) BeckRS 2017, 102864 (Rn.28); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Voit, NZBau 2017, 521; Jousen, BauR 2009, S. 319 (321).

<sup>1853</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn. 34), NJW 2017, 1604 (1606); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn.35), NJW 2017, 1607 (1609); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864 (Rn.28); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580).

<sup>1854</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 634 Rn. 2.

<sup>1855</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (236); Jaensch, NJW 2013, 1121.

<sup>1856</sup> Jordan, S. 153.

<sup>1857</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn. 35), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt.v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn. 34), NJW 2017, 1604 (1606); OLG Schleswig Urt.v.09.12.2016-1 U 17/13, BeckRS 2016, 116724 Rn. 58; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Voit, NZBau 2017, 521; Weller, NZBau 2018, 398 (400); Schwab, JuS 2017, 964 (965).

<sup>1858</sup> Weller, NZBau 2018, 398 (399); Ott, NZBau 2003, 233 (236); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn.35), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn. 34), NJW 2017, 1604 (1606); OLG Schleswig Urt. v. 09.12.2016-1 U 17/13, BeckRS 2016, 116724 Rn. 58; Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Voit, NZBau 2017, 521; Weller, NZBau 2018, 398 (400); Schwab, JuS 2017, 964 (965).

<sup>1859</sup> Schwab, JuS 2017, 964 (965).



Bestellers während der Werkherstellungsphase geltend machen kann.<sup>1860</sup> Gem. § 635 III BGB ist dem Unternehmer das Recht einzuräumen, die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern. Dies ist aber erst dann möglich, wenn der Besteller das hergestellte Werk erhalten hat.<sup>1861</sup> Bis dahin geht der Unternehmer aus seiner Sicht von der Verhältnismäßigkeit der Kosten aus.<sup>1862</sup> Daher kann der Unternehmer von seinem Leistungsverweigerungsrecht erst nach der Abnahme Gebrauch machen.<sup>1863</sup>

Dagegen befürwortet ein anderer Teil der Literatur die Anwendbarkeit des § 635 III BGB auch im Erfüllungsstadium. Nach einem Teil der Befürworter<sup>1864</sup> stellt die Regelung § 635 III BGB einen Unterfall des § 275 II BGB dar, während nach dem anderen Teil der Befürworter<sup>1865</sup> der § 635 III BGB analoge Anwendung findet. Der Erfüllung- und Nacherfüllungsanspruch sind ihrer Natur nach identisch und sollen unter denselben Voraussetzungen gelten oder entfallen.

Unter der Berücksichtigung der folgenden Gesetzesbegründung zu § 635 III BGB ist dieser Ansicht nicht zu folgen, sodass § 635 III BGB im Erfüllungsstadium keine Anwendung findet.

*„§ 635 III BGB ergänzt (...) die allgemeine Vorschrift des § 275 BGB in ähnlicher Weise, wie (...) 439 BGB. Abweichungen ergeben sich nur daraus, dass sich hier die Unmöglichkeit bzw. die Einreden aus §§ 275 II bzw. 635 III RE von vornherein auf den Nacherfüllungsanspruch insgesamt und nicht auf die einzelnen Arten der Nacherfüllung beziehen, weil der Anspruch des Bestellers nur auf Nacherfüllung, nicht aber auf eine ihrer Arten gerichtet ist. Mit § 635 III RE wird die Pflicht des Werkunternehmers zur Nacherfüllung eingeschränkt, wenn ein Mangel des Werks nur durch unverhältnismäßige Kosten beseitigt werden kann. In einem solchen Fall soll der Werkunternehmer auch dann von der Nacherfüllung befreit sein, wenn ihm diese unter Umständen noch zumutbar ist.“*<sup>1866</sup>

Daraus ergibt sich, dass die Regelung des § 635 III BGB kein Unterfall des § 275 BGB ist. Außerdem soll die Prüfung der Unverhältnismäßigkeit gem. § 635 III BGB

---

<sup>1860</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (324).

<sup>1861</sup> Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos BGB § 637 Rn.9; Jousen, BauR 2009, 319. (326); OLG München Urt. v. 24.1.2012- 9 U 3012/11, NJW 2012, 826 (827).

<sup>1862</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (326) Hier wird der Fall durch ein Beispiel erläutert: Am Innenputz an Wänden und Decken sind Unebenheiten zu sehen. Sie können lediglich durch Abschlagen des alten und Neuaufbringen eines neuen Putzes beseitigt werden. Eine solche Beseitigung kostet nicht nur mehr als das Zwanzigfache der ursprünglichen Kosten, sondern bringt auch geringere Vorteile. Dieser Mangel kann für die Vergütungsminderung einen Grund darstellen. Die Minderung findet aber nicht vor Abnahme statt. Der Unternehmer hat zunächst seine Pflicht einer mangelfreien Werkherstellung zu erfüllen.

<sup>1863</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (327).

<sup>1864</sup> Jaensch, NJW 2013, 1121 (1126); Vorwerk, BauR 2003, 1 (9).

<sup>1865</sup> Palandt/*Sprau*, Vorb. § 633 Rn. 7.

<sup>1866</sup> BT-Drcks. 14/6040 S. 264.

unabhängig davon erfolgen, ob der Mangel wesentlich i. S. v. § 640 I 2 BGB ist.<sup>1867</sup> Der Besteller hat das Werk nach § 640 I 2 BGB abzunehmen, wenn es keine wesentlichen Mängel aufweist.<sup>1868</sup> Die Unwesentlichkeit der Mängel bestimmt sich danach, ob es dem Besteller zumutbar ist, die Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäße Erfüllung anzunehmen.<sup>1869</sup> Dabei ist auf die Art und den Umfang des Mangels und die konkreten Umstände des Einzelfalls, die Abwägung der beiderseitigen Interessen abzustellen. Auch das Interesse des Bestellers an der mangelfreien Werkherstellung und das Interesse des Unternehmers an dem Aufwand der Mängelbeseitigung sind zu berücksichtigen.<sup>1870</sup>

Die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung nach § 635 III BGB bestimmt sich dagegen nach der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten.<sup>1871</sup> Dafür sind der objektive Wertverlust infolge des Mangels und der objektive Gesamtwert des Werks entscheidend.<sup>1872</sup> Die Unverhältnismäßigkeit kann damit sowohl bei wesentlichem/erheblichem als auch bei einem unwesentlichem/unerheblichem Mangel auftreten. Liegt ein unerheblicher Mangel vor, dann führen die beiden Regelungen zum selben Ergebnis.<sup>1873</sup> Der Besteller hat das Werk nach § 640 I 2 BGB abzunehmen und der Unternehmer kann die Mängelbeseitigung gem. § 635 III BGB verweigern.<sup>1874</sup> Liegt jedoch ein erheblicher Mangel vor, kann der Besteller die Abnahme gem. § 640 I 2 BGB verweigern, sodass der Besteller im Erfüllungsstadium bleibt. In diesem Fall kann lediglich eine Leistungsverweigerung nach § 275 II, III BGB erfolgen. Dem Besteller steht jedoch der Anspruch auf mangelfreie Erfüllung bis zur Abnahme zu. Bezüglich des Leistungsverweigerungsrechts des Unternehmers unterscheiden sich der Erfüllungsanspruch und der Nacherfüllungsanspruch.<sup>1875</sup>

Letztlich sind zwar der Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch wegen des Wahlrechts des Unternehmers bezüglich der Mängelbeseitigung und der Neuherstellung inhaltlich identisch. Jedoch weichen beide Rechtsinstitute aufgrund des Einwands der Unverhältnismäßigkeit nach § 635 III BGB voneinander ab.

---

<sup>1867</sup> Vgl. Jaensch, NJW 2013, 1121 (1124); OLG München Urt. v. 24.1.2012- 9 U 3012/11, NJW 2012, 826 (827).

<sup>1868</sup> Klepper, NZBau 2009, 636 (638).

<sup>1869</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 12ff.

<sup>1870</sup> Schwab, JuS 2017, 964, (967); Palandt/*Sprau* § 640 Rn. 9.

<sup>1871</sup> Palandt/*Sprau*, § 635 Rn. 12; MüKo/*Busche* BGB § 635 Rn. 38; Vgl. Jaensch, NJW 2013, 1121 (1124); OLG München Urt. v. 24.1.2012- 9 U 3012/11, NJW 2012, 826 (827).

<sup>1872</sup> Palandt/*Sprau* § 635 Rn. 12; MüKo/*Busche* BGB § 635 Rn. 38.

<sup>1873</sup> K. Jansen, S. 67.

<sup>1874</sup> K. Jansen, S. 67.

<sup>1875</sup> BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn. 34), NJW 2017, 1604 (1606); BGH, Urt. v. 19.01.2017- VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn. 35), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864 (Rn.28); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Voit, NZBau 2017, 521; Jousen, BauR 2009, S. 319 (321).

## 2. Unterschiede in der Verjährung

Die Abnahme stellt eine wichtige Zäsur zwischen dem Erfüllungsstadium und dem Beginn der Mängelrechte dar. Vor Abnahme steht dem Besteller der Erfüllungsanspruch zu und damit finden die allgemeinen Vorschriften zum Leistungsstörungenrecht Anwendung.<sup>1876</sup> Nach Abnahme stehen dem Besteller dagegen Mängelansprüche zu.<sup>1877</sup> Dafür spricht die Regelung des §§ 634a II i.V. m. I Nr. 1 und 2 BGB, wonach die Verjährungsfrist von Mängelrechten erst mit der Abnahme beginnt.<sup>1878</sup> Dass der Unternehmer im Zeitpunkt der Abnahme zur mangelfreien Werkherstellung verpflichtet ist, schließt aus, Fehler in der Herstellungsphase als Mängel in der Leistung zu betrachten.<sup>1879</sup> Daher beginnt die Fälligkeit der Verjährung des Erfüllungsanspruchs im Einklang mit dem Sinn und Zweck dieser Regelung nicht mit der Abnahme.<sup>1880</sup> Nach § 195 BGB gilt die Verjährungsfrist für den Erfüllungsanspruch aus § 631 BGB drei Jahre. Sie beginnt gem. § 199 I BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Besteller von den Umständen, die den Anspruch begründen, und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.<sup>1881</sup>

Die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs und damit der werkvertraglichen Mängelrechte beginnt dagegen gem. § 634a II BGB mit der Abnahme.<sup>1882</sup> Die Verjährungsfrist beträgt in den in § 634a I 1 BGB geregelten Fällen zwei oder fünf Jahre.

Damit ist festzustellen, dass der Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch unterschiedlichen Verjährungsregeln unterliegen. Die Unterschiede bezüglich der Verjährungsregelung und des Einwands der Unverhältnismäßigkeit nach § 635 III BGB

---

<sup>1876</sup> Vgl. Kuhn, ZfBR 2013, 523 (528); OLG Schleswig Ur. v. 09.12.2016-1 U 17/13, BeckRS 2016, 116724 Rn. 57; BGH, Ur. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn.36), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Ur. v. 19.01.2017- VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864 (Rn.29); Weller, NZBau 2018, 398 (399); Hartung, NJW 2007, 1099 (1102); Ott, NZBau 2003, 233 (235); Medicus/Lorenz, § 35 Rn. 7; Klepper, NZBau 2009, 636 (637); Anker, BauR 2002, 1772 (1775); Voit, NZBau 2017, 521; Schwab, JuS 2017, 964 (965).

<sup>1877</sup> Oetker/Maultzsch, § 8 Rn. 38; OLG Schleswig Ur. v. 09.12.2016-1 U 17/13, BeckRS 2016, 116724 Rn. 57; BGH Ur. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn.36), NJW 2017, 1607 (1609); BGH Ur. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864 (Rn.29); Hartung, NJW 2007, 1099 (1102); Ott, NZBau 2003, 233 (235); Medicus/Lorenz, § 35 Rn.7.

<sup>1878</sup> Vgl. Thode, NJW 2013, 1228 (1233); BGH Ur. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn.35), NJW 2017, 1604 (1606); OLG Schleswig Ur.v.09.12.2016-1 U 17/13, BeckRS 2016, 116724 Rn. 58; BGH, Ur. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau), BeckRS 2017, 103136 (Rn.36), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Ur.v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse), BeckRS 2017, 102864 (Rn.29); Vgl. Ott, NZM 2016, 576 (578); Voit, NZBau 2017, 521; Weller, NZBau 2018, 398 (400);

<sup>1879</sup> Voit, NZBau 2017, 521.

<sup>1880</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (329); Voit, NZBau 2017, 521; Gegen Ott, NZM 2016, 576 (578); Vgl. Thode, NJW 2013, 1228 (1233).

<sup>1881</sup> Kuhn, ZfBR 2013, 523 (528).

<sup>1882</sup> AA. Ott, NZM 2016, 576 (578).

rechtfertigen eine Ablehnung der Identität der beiden Ansprüche nicht.<sup>1883</sup> Aus gesetzessystematischen Gründen ergibt sich vielmehr, dass dem Besteller vor der Abnahme lediglich der Erfüllungsanspruch aus § 631 BGB, nach Abnahme der Nacherfüllungsanspruch und damit die weiteren Mängelrechte zustehen.<sup>1884</sup> Der Wille des Gesetzgebers lässt sich durch die Systematik des Gesetzes klar erkennen, die Mängelansprüche des Bestellers sollen sich auf den Zeitraum nach der Abnahme beschränken.<sup>1885</sup>

### **3. Verhältnis der anderen werkvertraglichen Mängelrechte zu den allgemeinen Leistungsstörungenrechten**

Die Abnahme stellt auch für das Verhältnis der anderen werkvertraglichen Mängelrechte zu den allgemeinen Leistungsstörungenrechten ein wichtiges Kriterium dar. In § 634 BGB wird für den Schadensersatzanspruch und den Rücktritt auf das allgemeine Leistungsstörungsrecht verwiesen, während dem Besteller die werkvertragsspezifischen Rechte, wie das Recht auf Minderung, Selbstvornahme und den damit verbundenen Vorschuss, gewährt. Diese Rechte und Ansprüche gehen über die Rechte und Ansprüche aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht hinaus und sind dem ihm fremd, sodass die Anwendungsbereiche des allgemeinen Leistungsstörungsrechts und der werkvertraglichen Mängelansprüche voneinander getrennt werden. Somit werden Überschneidungen von beiden Rechtsinstituten vermieden.

Vor Abnahme stehen dem Besteller die allgemeinen Leistungsstörungenrechte zu, sodass seine Interessen angemessen gewahrt werden.<sup>1886</sup> Er kann gem. § 280 I BGB den Schadensersatz neben der Leistung, gem. §§ 281, 280 BGB den Schadensersatz statt der Leistung, gem. §§ 280 II, 286 BGB den Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung geltend machen, nach § 323 BGB zurücktreten oder nach § 314 BGB aus wichtigem Grund kündigen. Anders als die Mängelrechte nach § 634 Nr.2 und 3 BGB ist der Schadensersatzanspruch statt der Leistung gem. § 281 I BGB verschuldensabhängig. Bei einem erfolglosen Fristablauf zur Leistung liegt eine Pflichtverletzung vor, die einen Schadensersatzanspruch begründet.<sup>1887</sup> Damit steht dem Besteller zur Wahl, ob er die Rechte aus dem Erfüllungsstadium oder die Mängelrechte aus § 634 BGB, die grundsätzlich eine Abnahme erfordern, geltend macht. Es besteht

---

<sup>1883</sup> K. Jansen, S. 69.

<sup>1884</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (238); Oetker/Maultzsch, § 8 Rn.38; Medicus/Lorenz, § 35 Rn.7.

<sup>1885</sup> Auch Joussen, BauR 2009, 319 (324).

<sup>1886</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn.40), NJW 2017, 1604 (1606); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn.41), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864 (Rn.34); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Weller, NZBau 2018, 398 (399); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn.15.

<sup>1887</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (522); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581); Weller, NZBau 2018, 398 (399); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn.41), NJW 2017, 1604 (1606); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn.42), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864(Rn.35); BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 28.

für den Besteller kein faktischer Zwang zur Erklärung der Abnahme für ein objektiv nicht abnahmefähiges Werk.<sup>1888</sup> Allerdings wird dem Besteller Schutz nach den §§ 640 III, 641 III BGB gewährt, soweit er die Abnahme unter Vorbehalt der Mängel erklärt.<sup>1889</sup>

Die Zulassung der Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte vor Abnahme würde dazu führen, dass der Besteller einen Anspruch geltend machen kann, ohne dass die Verjährung begonnen hätte.<sup>1890</sup> Dies erscheint nicht sachgerecht und würde dem Interesse des Unternehmers widersprechen.

Die Regelung des § 632a BGB, wonach der Unternehmer von dem Besteller eine Abschlagszahlung verlangen kann, ist eine Zahlungsregelung, die keine Aussage über die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte vor Abnahme enthält.<sup>1891</sup> Letztlich ergibt sich aus dem Verhältnis der werkvertraglichen Mängelrechten zu anderen allgemeinen Leistungsstörungenrechten keine Zulassung für die Anwendbarkeit der Mängelrechte vor Abnahme.

#### **4. Keine vollständige Erfüllung durch den Unternehmer bei Selbstvornahme**

Dass der Unternehmer bei einer Selbstvornahme durch den Besteller seine vertragliche Pflicht nicht vollständig erfüllt hat, stellt einen Grund dafür dar, dass die werkvertraglichen Mängelrechte aus § 634 BGB vor Abnahme keine Anwendung finden.<sup>1892</sup> Der Unternehmer muss die Nacherfüllung nicht durchführen. Der Besteller darf dann einen Teil der Vergütung zurückhalten.<sup>1893</sup>

Grundsätzlich ist der Besteller gem. § 640 I 1 BGB verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern die Abnahme nicht nach der Beschaffenheit des Werks ausgeschlossen ist. Der Besteller billigt mit der Abnahme die Leistung des Unternehmers als im Wesentlichen vertragsgemäß, sodass die Vertragserfüllung stattfindet.<sup>1894</sup> Der Besteller ist aber weder zur Abnahme der mangelhaften Leistung des Unternehmers noch des selbst ausgeführten Leistungsteils verpflichtet.<sup>1895</sup> Die Leistung wird eventuell wie z.B. bei einem Flughafenbau (den jeweils Spezialisten für unterschiedliche Bereiche in bestimmten Abschnitten vornehmen) in verschiedene Abschnitte aufgeteilt.<sup>1896</sup> Dies würde erhebliche Probleme mit sich bringen. Eine

---

<sup>1888</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn. 42), NJW 2017, 1604 (1606); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn.43), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864(Rn.36); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Voit, NZBau 2017, 521 (522); Auch Weller, NZBau 2018, 398 (399); Hartung, NJW 2007, 1099 (1104).

<sup>1889</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn. 42), NJW 2017, 1604 (1606); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn. 43), NJW 2017, 1607 (1609); Weller, NZBau 2018, 398 (399).

<sup>1890</sup> Kuhn, ZfBR 2013, 523 (526); Thode, NJW 2013, 1228 (1233).

<sup>1891</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (325); Ott, NZM 2016, 576 (578).

<sup>1892</sup> Stamm, JuS 2017, 56 (58).

<sup>1893</sup> Stamm, JuS 2017, 56 (62).

<sup>1894</sup> BGH Urt. v. 29.06.1993- X ZR 60/92, NJW-RR 1993, 1461.

<sup>1895</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (328); Stamm, JuS 2017, 56 (58).

<sup>1896</sup> Hammacher, NZBau 2010, 91 (93).

Abgrenzung könnte dadurch erfolgen, dass die Leistungen des Unternehmers und die Leistungen des Bestellers im Wege der Selbstvornahme voneinander getrennt werden.<sup>1897</sup> Da eine umfassende Festlegung der bisher erbrachten fehlerhaften und fehlerfreien Leistungen ein zeitaufwendiges Beweisverfahren erfordert, kann in der Praxis eine klare Abgrenzung der jeweils erbrachten Leistungen sehr schwer realisiert werden.<sup>1898</sup> Die Abnahme ermöglicht in diesem Zusammenhang die Schaffung einer Klarheit bezüglich der erbrachten Leistungen.

### **5. Probleme der Gefahrtragung bei Anwendbarkeit der Mängelrechte vor Abnahme**

Fraglich ist, wer die Gefahr einer Beschädigung oder des Untergangs des Werks bei Anwendbarkeit der Mängelansprüche vor Abnahme tragen soll. Gem. § 644 I BGB trägt während der Herstellungsphase also vor Abnahme ausschließlich der Unternehmer die Gefahr.<sup>1899</sup> Die Herstellungspflicht des Unternehmers endet entweder gem. § 640 BGB mit der Abnahme oder nach § 646 BGB mit der Vollendung des Werks.<sup>1900</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt trägt der Unternehmer das Risiko, dass das Werk beschädigt oder vernichtet wird, unabhängig davon, ob er die Beschädigung oder Vernichtung zu vertreten hat. Mit der Abnahme geht die Gefahr auf den Besteller über. Der Unternehmer trägt im Rahmen der Selbstvornahme durch den Besteller keine Leistungsgefahr dafür, ob die Selbstvornahme erfolgreich durchgeführt oder fehlgeschlagen ist.<sup>1901</sup>

Fraglich ist allerdings, ob eine Verschiebung der Gefahrtragung stattfindet, wenn der Besteller im Wege der Selbstvornahme während der Werkherstellungsphase in den Verantwortungsbereich des Unternehmers eingreift.<sup>1902</sup> Insbesondere könnte eine teilweise Übernahme der Gefahrtragung durch den Besteller denkbar sein. Dafür ist keine ausdrückliche bzw. eindeutige Regelung ersichtlich.<sup>1903</sup> Trotz der Selbstvornahme handelt es sich mangels einer Teilkündigung um eine Gesamtleistung des Unternehmers, sodass eine Abgrenzung der jeweils erbrachten Leistungen nicht realisiert werden kann.<sup>1904</sup>

Letztlich ist eine uneingeschränkte Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte vor Abnahme nach dem aktuellen Gesetzesstand abzulehnen. Insgesamt spricht die systematische Auslegung dafür, dass die werkvertraglichen Mängelrechte erst nach Abnahme anwendbar sind.

Jedoch ist auf das Entstehen eines Abrechnungsverhältnisses zu achten. Bei Übergang des Vertrags in ein Abrechnungsstadium sind auch die Voraussetzungen des

---

<sup>1897</sup> Schlier, S. 83.

<sup>1898</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (328).

<sup>1899</sup> Hartung, NJW 2007, 1099 (1105); Hammacher, NZBau 2010, 91 (92); Jousen, BauR 2009, 319 (328); BGH Urt. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361).

<sup>1900</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (238); Hartung, NJW 2007, 1099 (1105); Hammacher, NZBau 2010, 91 (92); Ott, NZBau 2003, 233 (238).

<sup>1901</sup> Hartung, NJW 2007, 1099 (1105); BGH Urt. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361).

<sup>1902</sup> Hartung, NJW 2007, 1099 (1105).

<sup>1903</sup> Schlier, S. 84.

<sup>1904</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (328).

Gefahrübergangs nach § 644 BGB nicht mehr vollständig gegeben.<sup>1905</sup> Danach trägt der Unternehmer die Leistungsgefahr bis zur Abnahme.<sup>1906</sup> Er ist verpflichtet, die Leistung bis zu diesem Zeitpunkt erneut zu erbringen, auch wenn er für den Untergang oder die Beschädigung des Werks nicht verantwortlich ist.<sup>1907</sup> Bei einem Abrechnungsverhältnis ist jedoch darauf zu achten, dass der Unternehmer wegen des Ausschlusses des Erfüllungsanspruchs des Bestellers nicht mehr für den Eintritt des Leistungserfolgs verantwortlich ist.<sup>1908</sup> Daraus ergibt sich konsequenterweise, dass die Gefahrtragung trotz der fehlenden Abnahme auf den Besteller übergeht.<sup>1909</sup> Der Besteller hat die Wahl getroffen, das Werk in dem vorliegenden Zustand zu übernehmen und gegenüber dem Unternehmer nur noch auf das Geld gerichtete Ansprüche geltend zu machen.<sup>1910</sup>

#### **IV. Teleologische Auslegung**

Zu klären ist hier, ob der zeitliche Anwendungsbereich der werkvertraglichen Mängelrechte durch eine teleologische Auslegung also durch den Sinn und Zweck der werkvertraglichen Mängelrechte ermittelt werden kann. Vor allem ist der Sinn und Zweck der werkvertraglichen Mängelrechte, dem Besteller eine mangelfreie Werkherstellung zu leisten, und das berechtigte Interesse des Unternehmers ausreichend zu schützen.

##### **1. Die Koordinations- und Kooperationspflicht**

Mögliche Koordinationsprobleme während der Herstellung könnten gegen die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte vor der Abnahme sprechen. Die Durchführung der Selbstvornahme nach erfolgloser Fristsetzung könnte bewirken, dass mehrere Unternehmer an ein und demselben Werk arbeiten.<sup>1911</sup> Meistens werden die „Erstunternehmer“ mit der Fertigstellung des Werks und die „Zweit- und Drittunternehmer“ mit der Mängelbeseitigung beauftragt.<sup>1912</sup> Dies würde in der Praxis große Koordinationsprobleme und erhebliche Schwierigkeiten verursachen.<sup>1913</sup>

##### **2. Die Benachteiligung des Unternehmers**

Der Unternehmer wird bei der Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte vor der Abnahme aus folgenden Gründen unangemessen benachteiligt.

---

<sup>1905</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (524); Weller, NZBau 2018, 398 (400).

<sup>1906</sup> Weller, NZBau 2018, 398 (400); Hammacher, NZBau 2010, 91 (92); Schwab, JuS 2017, 964 (965).

<sup>1907</sup> Weller, NZBau 2018, 398 (400); Schwab, JuS 2017, 964 (965).

<sup>1908</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (524); Hartung, NJW 2007, 1099 (1105).

<sup>1909</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (524); Weller, NZBau 2018, 398 (400); Hartung, NJW 2007, 1099 (1102); Vgl. BGH Urst. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361).

<sup>1910</sup> Weller, NZBau 2018, 398 (400).

<sup>1911</sup> BGH Urst. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361);

<sup>1912</sup> Hammacher, NZBau 2010, 91 (93); BGH Urst. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361f).

<sup>1913</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 154.

### **a. Der Anspruch des Bestellers auf Vorschuss vor Fälligkeit des Werklohns**

Bietet der Unternehmer dem Besteller das Werk zur Abnahme an, so ist von einer Fertigstellung des Werks auszugehen.<sup>1914</sup> Das Werk kann in diesem Moment auch wesentliche Mängel aufweisen.<sup>1915</sup> Macht der Besteller nach der Herstellung die Mängelrechte geltend, ist der Unternehmer dem Vorschussanspruch des Bestellers für die Selbstvornahme ausgesetzt, bevor der Vergütungsanspruch des Unternehmers fällig ist, sodass eine Verrechnung ausgeschlossen ist.<sup>1916</sup> Dies bringt für den Unternehmer hohe Risiken mit sich. Folgende Fälle sind denkbar<sup>1917</sup>:

1. Der Unternehmer zahlt den Vorschuss für die Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme; der Mangel wird jedoch nicht erfolgreich beseitigt oder der Besteller verweigert die Abnahme wegen eines anderen Mangels.<sup>1918</sup>
2. Der Unternehmer zahlt vor Abnahme erhebliche Vorschüsse zur Mängelbeseitigung. Es kann geschehen, dass er seine Vergütungsansprüche nach Abnahme wegen fehlender Liquidität des Bestellers oder der Verjährung des Anspruchs des Bestellers auf Nacherfüllung nicht mehr durchsetzen kann.<sup>1919</sup>
3. Zuletzt kann es vorkommen, dass der Besteller die vom Unternehmer bezahlten Vorschüsse nicht zur Mängelbeseitigung verwendet, sondern anderweitig aufwendet und dann Insolvenz anmeldet.

All diese Fälle können auch nach der Abnahme vorkommen. Dem Besteller steht allerdings in solchen Fällen immerhin ein fälliger Anspruch zu.<sup>1920</sup>

### **b. Die Verteilung der Beweislast vor Abnahme**

Bezüglich der Beweislastverteilung könnte die Zubilligung der werkvertraglichen Mängelrechte vor Abnahme zu einer Benachteiligung des Unternehmers führen. Bis zur Abnahme trägt der Unternehmer die Beweislast für die Mangelfreiheit seines Werks. Da sich mit der Abnahme die Beweislast umkehrt, trifft ihn grundsätzlich die Beweislast nicht mehr, wenn er seinen Werklohn verlangt oder der Besteller vor der Abnahme die Mängelansprüche geltend macht.<sup>1921</sup> Soweit der Besteller von seinen Mängelrechten vor Abnahme Gebrauch macht und den Mangel im Wege der Selbstvornahme beseitigt, muss der Unternehmer jedoch im Prozess beweisen, dass er das Werk mangelfrei hergestellt hat. Der Besteller hat dem Unternehmer durch seine Selbstvornahme

---

<sup>1914</sup> K. Jansen, S. 72.

<sup>1915</sup> K. Jansen, S. 72.

<sup>1916</sup> Vgl. Christiansen, ZfBR 2010, 2 (8); OLG Köln Urt. v. 18.11.2015- 11 U 33/15, BeckRS 2016, 15991 Rn. 4.

<sup>1917</sup> K. Jansen, S. 72.

<sup>1918</sup> Vgl. Christiansen, ZfBR 2010, 2 (8).

<sup>1919</sup> Vgl. BGH Urt. v. 28.5.2020 – VII ZR 108/19, NJW 2020, 2270.

<sup>1920</sup> K. Jansen, S. 72.

<sup>1921</sup> Hammacher, NZBau 2010, 91 (92); Hartung, NJW 2007, 1099 (1105); K. Jansen, S. 72; BGH Urt. v. 24.10.1996- VII ZR 98/94 NJW-RR 1997, 339; BGH Urt. v. 24.11.1998- X ZR 21-96, NJW-RR 1999, 347 (349); a.A. Peters, NZBau 2009, 209; BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 167.



verhindert, dass der Mangel vor seiner Beseitigung durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens begutachtet wird.

Es wird die Meinung vertreten, dass der Besteller bei einer Selbstvornahme die Beweislast für den Mangel tragen soll.<sup>1922</sup> Bei einer Selbstvornahme erlischt der Erfüllungsanspruch und dem Besteller steht ein Ersatzanspruch der Selbstvornahmekosten zu. Nach dem KG<sup>1923</sup> trifft den Besteller die Beweislast für die Mängel und die Berechtigung zur Ersatzvornahme, wenn er die Mängel selbst beseitigt hat. Sorgt der Besteller selbst für eine mangelfreie und damit „an sich auch abnahmereife“ Werkleistung, dann kehrt sich die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich eventueller Gewährleistungsansprüche um.<sup>1924</sup>

Der BGH hat eine solche Beweislastumkehr nach einer Selbstvornahme vor Abnahme des Werks abgelehnt.<sup>1925</sup> Er hat entschieden, dass die Beweislast auch in diesem Fall beim Unternehmer verbleiben soll. Die Selbstvornahme kann dann zu einer Beweislastumkehr führen, wenn darin eine Abnahme des Werks zu sehen wäre.<sup>1926</sup>

**Stellungnahme:** Mit der Mängelbeseitigung durch die Selbstvornahme erlischt zwar der Erfüllungsanspruch des Bestellers und er kann sich nicht mehr auf die fehlende Abnahme berufen, dem Besteller darf aber die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels des Werks auferlegt werden, weil er die Mängelbeseitigung vorgenommen hat, die eigentlich vom Unternehmer durchgeführt werden sollte.<sup>1927</sup> Die Auffassung des BGH ist nicht überzeugend. Der übersieht, dass der Besteller bei einer Selbstvornahme an den tatsächlichen Mängelfeststellungen „näher dran“ ist und eine Beweissicherung leichter vornehmen kann als der Unternehmer selbst.<sup>1928</sup> Die Auffassung des BGH scheint damit nicht interessengerecht zu sein. Dem Besteller ist es zuzumuten, dass er dem Unternehmer vor der Durchführung der Selbstvornahme die Gelegenheit zur Beweissicherung gibt oder selbst die Beweise sichert.

### c. Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Unternehmers

Die Dispositionsfreiheit des Unternehmers darf nicht vom Besteller eingeschränkt werden.<sup>1929</sup> Die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte vor der Abnahme kann ein Eingriff in das Dispositionsrecht des Unternehmers darstellen. Gemäß § 633 I BGB ist der Unternehmer zur Verschaffung eines Werks frei von Sach- und Rechtsmängeln verpflichtet. Dabei handelt es sich um eine in die Zukunft gerichtete Verschaffungspflicht, deren Erfolg erst zum Zeitpunkt der Abnahme beurteilt werden

---

<sup>1922</sup> Hartung, NJW 2007, 1099 (1106).

<sup>1923</sup> Hartung, NJW 2007, 1099 (1105); KG Ur. v. 9.8.2002- 7 U 203/01, NZBau 2003, 36 (37).

<sup>1924</sup> Vgl. BGH Ur. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361).

<sup>1925</sup> Vgl. Hartung, NJW 2007, 1099 (1105); BGH Ur. 23.11.2005, VIII ZR 43/05, NJW 2006, 434 (436); BGH Ur. v. 11.5.2006- VII ZR 146/04, NJW 2006, 2475 (2476).

<sup>1926</sup> Hartung, NJW 2007, 1099 (1105); Vgl. BGH Ur. v. 23.11.2005- VIII ZR 43/05, NJW 2006, 434 (436).

<sup>1927</sup> BGH Ur. v. 23.10.2008- VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 (361).

<sup>1928</sup> Auch Hartung, NJW 2007, 1099 (1106).

<sup>1929</sup> BeckOGK/J. Schmidt, BGB § 635 Rn. 28.

kann.<sup>1930</sup> Die Abnahme ist ein entscheidender Anknüpfungspunkt für den Eintritt der Erfüllung. Der Zeitpunkt der Abnahme ist für die Feststellung der Mangelhaftigkeit des Werks maßgeblich.<sup>1931</sup> Bis zur Abnahme kann der Unternehmer nach seinen eigenen zeitlichen Vorgaben frei bestimmen, wann und wie er dem Anspruch des Bestellers auf mangelfreie Herstellung aus § 631 I BGB nachkommen möchte. Der Gesetzgeber legt hier einen großen Wert auf die Entscheidungsfreiheit des Unternehmers.<sup>1932</sup> Der Besteller darf weder in die Planung des Unternehmers eingreifen noch Einfluss auf die Arbeitsabschnitte des Unternehmers nehmen. Die Art und die Zeit der Herstellung eines abnahmereifen Werks können lediglich von ihm bestimmt werden.<sup>1933</sup> Macht der Besteller seine Mängelrechte aus § 634 BGB schon während der Herstellungsphase geltend, könnte dies einen Eingriff in das Wahlrecht bzw. die Dispositionsfreiheit des Unternehmers darstellen.<sup>1934</sup> In der Herstellungsphase ist der Besteller berechtigt, die Erfüllungsansprüche und die allgemeinen Leistungsstörungsrechte, die ihm gem. § 323 IV BGB schon vor der Fälligkeit der Leistung zustehen, geltend zu machen. In diesem Stadium wird das Recht des Bestellers auf zwei Möglichkeiten beschränkt: auf den Rücktritt und den Schadensersatzanspruch.<sup>1935</sup>

Die Verweigerung der Einleitung der Schritte im Fälligkeitszeitpunkt, die für die Werkherstellung erforderlich sind, stellt eine Pflichtverletzung des Unternehmers dar und begründet einen Schadensersatzanspruch des Bestellers.<sup>1936</sup> Steht wegen der bisher erbrachten Leistungen fest, dass der Besteller im vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt zum Rücktritt berechtigt sein wird, so kann er nach § 323 IV BGB vom Vertrag zurücktreten.<sup>1937</sup> Die Kündigung bezieht sich dagegen lediglich auf den Ausschluss des Erfüllungsanspruchs für die noch nicht erbrachten Leistungen.<sup>1938</sup> Durch die Kündigung geht der Anspruch bezüglich der erbrachten Leistungen nicht in einen Nacherfüllungsanspruch über, sodass er nach der Kündigung keine Mängelrechte geltend machen kann.<sup>1939</sup> Der Besteller hat nur dann die Möglichkeit zur

---

<sup>1930</sup> Jousen, BauR 2009, S. 319 (323f).

<sup>1931</sup> Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Voit, NZBau 2017, 521 (523); Jousen, BauR 2009, 319 (323); Weller, NZBau 2018, 398; BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn.32), NJW 2017, 1604 (1605); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn. 33), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864 Rn. 26.

<sup>1932</sup> Schwab, JuS 2017, 964 (965).

<sup>1933</sup> Voit, NZBau 2017, 521(523); Jousen, BauR 2009, 319 (322) (323).

<sup>1934</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn. 32), NJW 2017, 1604 (1606); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn. 33), NJW 2017, 1607 (1609); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864 (Rn. 26); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Weller, NZBau 2018, 398 (399); Schwab, JuS 2017, 964 (965); Temming, AcP (215) 2015, 17 (35); Popescu, NZBau 2012, 137 (140).

<sup>1935</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (523).

<sup>1936</sup> Stamm, JuS 2017, 56 (58f); Voit, NZBau 2017, 521 (523); Voit, BauR 2011, 1063, (1070).

<sup>1937</sup> Schwab, JuS 2017, 964 (967f); Voit, NZBau 2017, 521 (523).

<sup>1938</sup> Weller, NZBau 2018, 398 (403); Hartung, NJW 2007, 1099 (1105).

<sup>1939</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (523).

Geltendmachung aller Mängelrechte einschließlich der Selbstvornahme, wenn der Vertrag in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist.<sup>1940</sup> Dafür muss er entweder die erbrachten Leistungen abnehmen oder die weitere Erfüllung durch den Unternehmer ablehnen.

Letztlich sind dem Besteller die werkvertraglichen Mängelrechte aufgrund der unzumutbaren Benachteiligung des Unternehmers und der möglichen Koordinationsproblemen erst nach der Abnahme zu gewähren.

### 3. Berechtigte Belange des Bestellers

Dass dem Besteller die Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach der Abnahme eingeräumt werden, stellt ein interessengerechtes Ergebnis dar. Da dem Besteller vor Abnahme sowohl der Erfüllungsanspruch aus § 631 BGB als auch allgemeine Leistungsstörungsrechte zustehen, darf der Besteller nicht dazu gezwungen werden, ein mit einem erheblichen Mangel behaftetes Werk abzunehmen.<sup>1941</sup> Der Besteller kann im Rahmen der Leistungsstörungsrechte eine Klage auf Erfüllung erheben, gegebenenfalls gem. § 887 ZPO vollstrecken<sup>1942</sup>, Verzugsschäden geltend machen, Schadensersatz statt der Leistung verlangen sowie vom Vertrag zurücktreten. Die Geltendmachung des Herstellungsanspruchs nach § 631 I BGB durch den Besteller dient seinem eigenen Interesse.<sup>1943</sup> Vor der Abnahme verbleibt die Gefahr des zufälligen Untergangs des Werks beim Unternehmer, tritt die Fälligkeit des Werklohns nicht ein und geht die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln nicht auf den Besteller über.<sup>1944</sup> Außerdem übt der Besteller durch sein Abnahmeverweigerungsrecht auf den Unternehmer einen enormen Druck aus. Der Unternehmer kann keine Vergütung verlangen, wenn der Besteller die Abnahme verweigert und der Vergütungsanspruch noch nicht fällig wird.<sup>1945</sup> Darüber hinaus kann die Abnahme gem. § 640 III BGB unter Vorbehalt der Mängel erfolgen. Danach stehen dem Besteller die werkvertraglichen Mängelrechte zu, die er sich trotz Kenntnis des Mangels bei Abnahme vorbehalten hat. In diesem Fall trägt lediglich der Unternehmer die Beweislast für die Mangelfreiheit der

---

<sup>1940</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (523).

<sup>1941</sup> Auch Stamm, JuS 2017, 56 (58); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn.39), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864(Rn.32); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Weller, NZBau 2018, 398 (399).

<sup>1942</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn. 39), NJW 2017, 1607 (1609); BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864(Rn.32); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Weller, NZBau 2018, 398 (399); Hartung, NJW 2007, 1099; Derleder, NZBau 2004, 237 (241); MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 48; Erman/*Schwenker/Rodemann*, § 640 Rn. 17.

<sup>1943</sup> BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn. 40), NJW 2017, 1607 (1609); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn. 39), NJW 2017, 1604 (1606); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 193/15 (Terasse) BeckRS 2017, 102864 (Rn. 34); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580); Voit, NZBau 2017, 521 (522).

<sup>1944</sup> BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 301/13 (Fassade) BeckRS 2017, 101777 (Rn. 39), NJW 2017, 1604 (1606); BGH Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136 (Rn. 40), NJW 2017, 1607 (1609); Schwenker, NJW 2017, 1579 (1580).

<sup>1945</sup> K. Jansen, S. 75.

Leistung. Da dem Besteller nach Abnahme gem. § 641 III BGB ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Vergütungsanspruch des Unternehmers in Höhe des Doppelten der Mängelbeseitigungskosten zusteht, wird er gegenüber dem Unternehmer durch den aufgrund der Abnahme fällig werdenden Vergütungsanspruch ausreichend geschützt. Eine Verrechnung mit dem Werklohnanspruch des Unternehmers kommt dann in Betracht, wenn der Besteller von seinem Vorschussanspruch zur Durchführung der Selbstvornahme Gebrauch gemacht hat.<sup>1946</sup>

#### **4. Zwischenergebnis**

Die teleologische Auslegung verdeutlicht auch, dass die werkvertraglichen Mängelrechte erst nach Abnahme zur Anwendung kommen, sodass die Interessen der beiden Parteien ausreichend geschützt werden. Der Besteller kann daran interessiert sein, die werkvertraglichen Mängelrechte schnell und möglichst früh geltend zu machen. Es entspricht auch seinem eigenen Interesse, mögliche Koordinationsprobleme zu vermeiden, wenn sie bei einer gleichzeitigen Fertigstellung und Mängelbeseitigung (z. B. bei einem Subunternehmerverhältnis) entstehen. Der Unternehmer ist dagegen daran interessiert, dem Vorschussanspruch des Bestellers für die Selbstvornahmekosten nicht vor Fälligkeit seines Vergütungsanspruchs ausgesetzt zu werden und die Mangelfreiheit seines Werks nicht vor der Abnahme beweisen zu müssen. Somit ist es mit dem Sinn und Zweck des § 637 BGB vereinbar, die Risikoverteilung der voreiligen Mängelbeseitigung parteiinteressengerecht zu regeln. Soweit die Voraussetzungen des § 637 BGB erfüllt sind, darf der Besteller die Mängelbeseitigung eigenmächtig und auf Kosten des Unternehmers vornehmen. Ansonsten wird weder dem Leistungsinteresse des Bestellers noch dem Vergütungsinteresse des Unternehmers Genüge getan.

#### **5. Mängelrechte vor Abnahme in Ausnahmefällen**

Folgt man der herrschenden Meinung, so können der Ersatz der Aufwendungen für die Selbstvornahme und die weiteren werkvertraglichen Mängelrechte nicht vor Abnahme geltend gemacht werden. Jedoch können sie in Ausnahmefällen vor oder ohne Abnahme anwendbar sein. Die Voraussetzungen, die dafür vorliegen müssen, und die möglichen Ausnahmefälle wurden oben dargestellt.<sup>1947</sup> Hier soll nun zu ihnen Stellung genommen werden.

##### **a. Abrechnungsverhältnis**

Mit dem Eintritt in das von der Rechtsprechung entwickelten Abrechnungsverhältnis geht es nicht mehr um die Vertragserfüllung für die beiden Parteien. Die Ausübung von Gestaltungsrechten wie Minderung oder Rücktritt führen zur Änderung der Herstellungspflichten des Unternehmers und damit dem Schluss des Leistungs- und Nacherfüllungsanspruchs.<sup>1948</sup> Aufgrund des Rückgewährschuldverhältnisses, das sich aus dem erfolgreich erklärten Rücktritt nach § 346 BGB ergibt, können Ansprüche auf Vorschuss oder Kostenerstattung, die an die Stelle des Nacherfüllungsanspruchs getreten sind, nicht mehr geltend gemacht werden.<sup>1949</sup> Die Ansprüche aus § 637 BGB

---

<sup>1946</sup> Voit, NZBau 2017, 521 (522).

<sup>1947</sup> Für die ausführliche Darstellung wird auf dem vierten Kapitel C I, II verwiesen.

<sup>1948</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (237).

<sup>1949</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 45.

werden nach der Ansicht des BGH durch die Minderungserklärung trotz ihrer Gestaltungswirkung nicht ausgeschlossen.<sup>1950</sup> Die Minderung des Vergütungsanspruchs nach §§ 634 Nr. 3, 638 BGB berührt den Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach §§ 634 Nr.4, 281 I, 280 I BGB nicht, soweit der Schadensersatz statt der Leistung als kleiner Schadensersatz begehrt wird.<sup>1951</sup> Mit der Geltendmachung des Schadensersatzes statt der Leistung als kleiner Schadensersatz werden keine Rechte aus § 637 BGB ausgeschlossen.<sup>1952</sup> Außerdem ist hier zu beachten, dass die Ansprüche auf Minderung und auf Schadensersatz statt der Leistung als kleiner Schadensersatz und die Rechte aus § 637 BGB unterschiedliche Zwecke verfolgen. Die Minderung und das Schadensersatzrecht stellen auf den Ausgleich des Minderwerts der Leistung ab, während die Rechte aus § 637 BGB auf die Herstellung eines mangelfreien Werks gerichtet sind.<sup>1953</sup>

Die Wahl des Schadensersatzes statt der Leistung nach § 281 IV BGB führt zum Ausschluss des Leistungsanspruchs und damit des Herstellungs- und Nacherfüllungsanspruchs des Bestellers.<sup>1954</sup> Die Rechte aus § 637 BGB entfallen jedoch nicht, wenn der Schadensersatz statt der Leistung als kleiner Schadensersatz geltend gemacht wird. § 637 BGB setzt zum Zeitpunkt der Geltendmachung keinen noch bestehenden Nacherfüllungsanspruch voraus.<sup>1955</sup>

#### **b. Sonstiger Gefahrübergang**

Ist die Gefahr vor bzw. ohne Abnahme auf den Besteller anderweitig übergegangen, kommen die werkvertraglichen Mängelrechte ausnahmsweise vor bzw. ohne Abnahme zur Anwendung. Ein solcher Ausnahmefall liegt dann vor, wenn der Besteller sich mit der Abnahme im Verzug i. S. v. § 644 I 2 BGB befindet.<sup>1956</sup> Ein Annahmeverzug des Bestellers bei der Abnahme liegt vor, wenn er das Werk nicht abnimmt, obwohl der Unternehmer seine Werkleistung, die höchstens einen unwesentlichen Mangel aufweist, anbietet und ihn zur Abnahme aufgefordert hat. Der Besteller gerät unabhängig von einem Verschulden in Annahmeverzug.<sup>1957</sup> Dabei spielt der Erkenntniszustand des Bestellers bezüglich der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse seines Annahmeverzugs keine Rolle.<sup>1958</sup> Damit geht die Vergütungsgefahr nach § 644 I 2 BGB auf den Besteller über.<sup>1959</sup> Da die Vorschrift des § 640 I 2 BGB dem Besteller kein Verweigerungsrecht bei einem unwesentlichen Mangel gewährt, darf der Besteller die Abnahme nicht verweigern. Ein Selbstvornahmerecht des Bestellers auf Kosten des Unternehmers ist ausgeschlossen, soweit er in Annahmeverzug ist.<sup>1960</sup> Ihm steht jedoch jederzeit die Möglichkeit frei, den Annahmeverzug zu beenden und dem Unternehmer

---

<sup>1950</sup> Vgl. Ott, NZBau 2003, 233 (237).

<sup>1951</sup> BGH Urt. v. 19.1.2017- VII ZR 35/15, NZBau 2017, 211 (214).

<sup>1952</sup> BGH Urt. v. 22.2.2018- VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463 (1467).

<sup>1953</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 45.

<sup>1954</sup> Gartz, NZBau 2018, 404 (405), BGH Urt. v. 9.11.2017-VII ZR 116/15.

<sup>1955</sup> BGH Urt. v. 22.2.2018- VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463 (1467).

<sup>1956</sup> Weller, NZBau 2018, 398 (399).

<sup>1957</sup> BeckOK BGB/Voit, BGB § 640 Rn. 29.

<sup>1958</sup> BGH Urt. v. 22.7.2010- VII 117/08, NZBau 2010,748 (749).

<sup>1959</sup> MüKoBGB/Busche BGB § 640 Rn.46.

<sup>1960</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 57.

Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben. Die Beendigung eines Annahmeverzugs muss nicht unbedingt ausdrücklich erfolgen, sondern kann auch konkludent geschehen.<sup>1961</sup> Sobald der Annahmeverzug des Bestellers beendet ist und bevor der Besteller von seinem Selbstvornahmerecht auf Kosten des Unternehmers Gebrauch macht, hat der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung zu setzen. Stellte die ursprüngliche Fristsetzung nach Ende des Annahmeverzugs keine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung dar, ist vor Durchführung der Selbstvornahme erneut eine angemessene Frist zu setzen. Zur Gewährung der Angemessenheit der Fristsetzung ist die Mängelrüge zu beachten. Es ist möglich, dass die angemessene Frist zur Mängelbeseitigung kürzer ist, als die ursprünglich mit der Mängelrüge verbundene Frist.<sup>1962</sup>

### c. Berechtigte Abnahmeverweigerung des Bestellers

Die Abnahmeverweigerung ist wie die Abnahme selbst eine geschäftsähnliche Handlung, die den Regeln der Willenserklärungen unterliegen.<sup>1963</sup> Die Erklärung, die eine Abnahmeverweigerung enthält, muss durch eine positive Willensäußerung erfolgen. Sie braucht keine Begründung.<sup>1964</sup> Das bloße Schweigen deutet nicht auf eine Abnahmeverweigerung hin. Die Verweigerung der Abnahme ist sowohl ausdrücklich als auch konkludent möglich, indem die Ingebrauchnahme des Werks von dem Besteller abgelehnt wird. Die berechtigte Abnahmeverweigerung erfolgt, wenn der Besteller Erfüllungshandlungen des Unternehmers nicht mehr dulden oder die Leistung nicht mehr als vertragsgemäß annehmen muss.<sup>1965</sup> Von einer unberechtigten Abnahmeverweigerung ist dann die Rede, wenn der Besteller sich trotz seiner Verpflichtung weigert, das Werk abzunehmen.

Zu klären ist, ob die werkvertraglichen Mängelrechte ausnahmsweise vor Abnahme geltend gemacht werden können, wenn der Unternehmer dem Besteller das Werk zwar zur Abnahme angeboten hat, aber der Besteller die Abnahme wegen wesentlicher Mängel des Werks zurückgewiesen hat.<sup>1966</sup> Nach § 640 I 2 BGB darf der Besteller die Abnahme wegen wesentlicher Mängel verweigern, sodass kein Gefahrübergang stattfindet.<sup>1967</sup>

Da aus der Sicht des Unternehmers das Werk fertiggestellt und zur Abnahme angeboten war, wird in sein Dispositionsrecht nicht eingegriffen.<sup>1968</sup> Auch praktische Erwägungen widersprechen der Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte in Ausnahmefällen vor Abnahme nicht. Die Vertragsparteien können in den meisten Fällen nicht feststellen, ob der vorhandene Mangel wesentlich oder unwesentlich ist.<sup>1969</sup> Sie müssen meist das Gutachten eines Sachverständigen einholen oder benötigen eine

---

<sup>1961</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 58.

<sup>1962</sup> BeckOGK/Rast, BGB § 637 Rn. 58.

<sup>1963</sup> MüKoBGB/Busche, BGB§ 640 Rn. 46.

<sup>1964</sup> MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 46.

<sup>1965</sup> Weller, NZBau 2018, 398 (399).

<sup>1966</sup> Stamm, JuS 2017, 56 (58); Folnovic, BauR 2008, 1360 (1363).

<sup>1967</sup> Pioch, JA 2016, 414; Hammacher, NZBau 2010, 91 (92).

<sup>1968</sup> Hartung, NJW 2007, 1099 (1102); Weller, NZBau 2018, 398 (400).

<sup>1969</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (323); Weller, NZBau 2018, 398 (402).

richterliche Prüfung. Aus diesem Grund ist es im Interesse des Bestellers, die Abnahme unter Vorbehalt zu erklären.

Gegen die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte ohne Abnahme spricht jedoch, dass kein Gefahrübergang stattgefunden hat, der Vergütungsanspruch des Unternehmers nicht fällig wurde und damit keine Beweislastumkehr vorliegt.<sup>1970</sup> Hinsichtlich der Beweislast ändert es nichts, wenn der Besteller das Werk unter Vorbehalt abnimmt und der Vergütungsanspruch des Unternehmers fällig wird. Der Unternehmer kann dem Vorschussanspruch des Bestellers in diesem Fall seinen Vergütungsanspruch entgegenhalten. Das Interesse des Bestellers wird in einem solchen Fall dadurch geschützt, dass er gegenüber dem Vergütungsanspruch des Unternehmers sein Leistungsverweigerungsrecht i. S. v. § 641 III BGB in Höhe des Doppelten der Mangelbeseitigungskosten geltend machen kann. Dem Besteller ist zuzumuten, ein Werk, das wesentliche Mängel aufweist, unter Mängelvorbelt abzunehmen. Jedoch kann von dem Besteller nicht erwartet werden, die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Unternehmers durch seine Abnahme eintreten zu lassen, um werkvertragliche Mängelrechte beanspruchen zu dürfen.<sup>1971</sup> Die Verpflichtung zur Abnahme darf nicht gem. § 640 III BGB hinausgeschoben werden, sodass die Fristsetzung beim Annahm- und Schuldnerverzug seine Bedeutung verliert.<sup>1972</sup> Allerdings würde eine erhebliche Rechtsunsicherheit entstehen, wenn der Besteller bei einem unwesentlichen Mangel wegen des Gefahrübergangs die werkvertraglichen Mängelrechte vor Abnahme geltend machen könnte, bei einem wesentlichen Mangel aber die Abnahme abwarten muss. Daher scheidet die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte vor Abnahme bei der berechtigten Abnahmeverweigerung aus.<sup>1973</sup> Soweit der Besteller das Werk vor der Abnahme selbst fertiggestellt oder den Mangel selbst beseitigt hat, sodass er die Selbstvornahme erfolgreich durchgeführt hat, wird ihm die Berufung auf seine ursprüngliche Abnahmeverweigerung verwehrt. Mit der Selbstvornahme wird ein mangelfreies Werk fertiggestellt.<sup>1974</sup> Bei berechtigter Abnahmeverweigerung kann der Besteller somit seine Mängelrechte nach Abnahme geltend machen.

#### **d. Das Vorliegen des Mangels im vereinbarten Fertigstellungstermin**

Der Besteller ist ausnahmsweise berechtigt, von seinem Selbstvornahmerecht Gebrauch machen, ohne den Fristablauf abzuwarten, und damit den Mangel auf Kosten des Unternehmers selbst zu beseitigen. Es muss allerdings vor dem Fristenablauf eindeutig sein, dass der Unternehmer den Mangel nicht rechtzeitig beseitigen kann oder nicht willig ist, ihn zu beheben.<sup>1975</sup> Ein solcher Ausnahmefall liegt vor, wenn feststeht, dass der Mangel im Zeitpunkt der Abnahme noch existieren wird, weil der Unternehmer die

---

<sup>1970</sup> BeckOK BGB/*Voit* BGB § 640 Rn.38.

<sup>1971</sup> Vgl. Jordan, S. 171f; Auch Stamm, JuS 2017, 56 (58); Schwab, JuS 2017, 964; Folnovic, BauR 2008, 1360 (1363).

<sup>1972</sup> MüKoBGB/*Busche*, BGB § 640 Rn. 46.

<sup>1973</sup> K. Jansen, S. 77.

<sup>1974</sup> BeckOGK/*Rast* BGB § 637 Rn. 35; Vgl. Jousen, BauR 2009, 319 (328): Da die vereinbarte Beschaffenheit nicht durch die Leistung des Unternehmers, sondern durch die Selbstvornahme des Bestellers erreicht wurde, muss der Besteller das Werk, das vom Unternehmer nicht vertragsgemäß hergestellt wurde, nicht abnehmen.

<sup>1975</sup> NK-BGB/*Raab*, BGB § 637 Rn. 9; BeckOGK/*Rast*, BGB § 637 Rn. 80.

Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig abgelehnt hat oder den Mangel bis zum vereinbarten Fertigstellungstermin nicht beseitigen kann.<sup>1976</sup> An diese Ablehnung des Unternehmers sind hohe Anforderungen zu stellen. Es reicht nicht, wenn der Unternehmer sich lediglich weigert, den Mangel innerhalb der gesetzten Frist zu beseitigen.<sup>1977</sup> Seine Ablehnung hat er zu begründen. Er verursacht mit seinem Verhalten beim Besteller eine schwere finanzielle Belastung und eine zeitliche Verzögerung der Werkherstellung.<sup>1978</sup> Der Besteller muss das Insolvenzrisiko des Unternehmers tragen und eventuell einen neuen Drittunternehmer mit der Werkherstellung beauftragen.<sup>1979</sup> Ist die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Besteller unzumutbar, steht ihm seit dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und der Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung v. 28.4.2017<sup>1980</sup> ein fristloses Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 648a BGB zu. Da für den Besteller beim Vertragsabschluss die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit eine entscheidende Rolle spielt, stellt die Insolvenz des Unternehmers einen wichtigen Grund i. S. v. § 648a BGB dar.<sup>1981</sup>

Ein überwiegendes Interesse des Bestellers besteht darin, dass der Mangel frühzeitig festgestellt wird.<sup>1982</sup> Dem Besteller ist damit zumutbar im Wege der Selbstvornahme in die Dispositionsfreiheit des Unternehmers einzugreifen. Der Unternehmer hat seine Dispositionsbefugnis wegen der Erfüllungsverweigerung aufgegeben. In einem solchen Ausnahmefall steht dem Besteller im Rahmen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nach §§ 634 Nr. 3 i. V. m. 323 IV BGB ein Rücktrittsrecht zu.<sup>1983</sup> Der Besteller trägt die Beweislast für die Voraussetzungen des Ausnahmefalls, während der Unternehmer die Mangelfreiheit seines Werks beweisen muss.

Mit der Ablehnung des Unternehmers den Mangel zu beseitigen, wird meist zum Ausdruck gebracht, dass kein Mangel vorhanden ist.<sup>1984</sup> Der Unternehmer hat weder die Mängelbeseitigung durchgeführt noch den Besteller von der Mangelfreiheit des Werks überzeugt.<sup>1985</sup> Dem Besteller ist damit nicht zuzumuten, die Abnahme abzuwarten.<sup>1986</sup> Somit kann der Besteller die werkvertraglichen Mängelrechte ausnahmsweise vor Abnahme geltend machen, wenn das Vorliegen eines Mangels im Zeitpunkt der Abnahme feststeht. Das Erfordernis einer Abnahme würde ein widersprüchliches Verhalten des Bestellers verursachen.<sup>1987</sup> Erklärt der Besteller in Kenntnis des Mangels die Abnahme unter Mängelvorbehalt, billigt er das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß, um gleich danach die Vertragswidrigkeit des Werks zu rügen, um die

---

<sup>1976</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (323); Schwab, JuS 2017, 964 (966); Palandt/*Sprau* Vor § 633 Rn. 7; MüKoBGB/*Busche* BGB § 634 Rn. 4.

<sup>1977</sup> K. Jansen, S. 78.

<sup>1978</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (323).

<sup>1979</sup> Gartz, NZBau 2018, 404ff.

<sup>1980</sup> BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 5.

<sup>1981</sup> Gartz, NZBau 2018, 404ff; BeckOGK/*J. Schmidt*, BGB § 635 Rn. 5.

<sup>1982</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (323).

<sup>1983</sup> Popescu, NZBau 2012, 137 (140).

<sup>1984</sup> Stamm, JuS 2017, 56 (58f).

<sup>1985</sup> Auch. Schlier, S. 97.

<sup>1986</sup> Schwab, JuS 2017, 964 (966); Vgl. Folnovic, BauR 2008, 1360 (1363).

<sup>1987</sup> Schwab, JuS 2017, 964.



Ansprüche aus § 634 BGB geltend zu machen. Dies würde lediglich eine sinnlose Belastung des Bestellers mit Formalitäten darstellen.<sup>1988</sup>

#### **e. Das Vorliegen besonderer Umstände**

Die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte vor Abnahme ist ausnahmsweise dann möglich, wenn besondere Umstände vorliegen, die dies rechtfertigen können.<sup>1989</sup> Das wäre z. B. dann der Fall, wenn unterschiedliche Leistungen so aufeinander aufgebaut sind, dass die Mängelbeseitigung nicht oder lediglich mit unverhältnismäßig hohen Kosten erfolgen kann, wenn die Arbeit fortgesetzt wird.<sup>1990</sup> Aufgrund der Verweisung in § 634 Nr. 3 BGB auf § 323 IV BGB kann der Besteller vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz verlangen.<sup>1991</sup> Da die wirtschaftlichen Nachteile für den Besteller, der auf die mangelfreie Werkherstellung wartet, so gravierend sind, dass ihm die weitere Durchführung der Arbeiten vor Mängelbeseitigung nicht zugemutet werden kann, kommen andere werkvertraglichen Mängelrechte in Betracht. Der Besteller kann eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung setzen und wenn die Frist ohne Erfolg abläuft, den Mangel im Wege der Selbstvornahme beseitigen.<sup>1992</sup> Da dem Besteller nicht zugemutet werden kann, dem Untergang seines Werks wegen der Verzögerung oder fehlender Mängelbeseitigung tatenlos zuzusehen, können die werkvertraglichen Mängelrechte ausnahmsweise vor Abnahme geltend gemacht werden, wenn rechtfertigende Umstände vorliegen.<sup>1993</sup>

#### **f. Der Verzicht auf die Erfüllung**

Die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte vor Abnahme ist ausnahmsweise zulässig, wenn der Besteller auf den Erfüllungsanspruch und damit auf die sich daraus ergebenden weitergehenden Rechte verzichtet.<sup>1994</sup> Nach der Ansicht des BGH<sup>1995</sup> kann der Besteller auf den Erfüllungsanspruch verzichten und die Gewährleistungsrechte aus den §§ 634 ff BGB geltend machen. Im Unterschied zu den allgemeinen Leistungsstörungsrechten sind an die werkvertraglichen Mängelrechte strengere Voraussetzungen zu knüpfen. Für die Annahme eines Verzichtes genügt es nicht, wenn der Besteller in einem Schreiben an den Unternehmer auf die Mängelrechte Bezug genommen hat. Er muss vielmehr seinen klaren Willen zum Ausdruck bringen, die Rechte aufgeben zu wollen.<sup>1996</sup>

#### **g. Die vorzeitige Vertragsbeendigung**

Die Regelung des § 648 S.1 BGB gewährt dem Besteller ein Kündigungsrecht bis zur Vollendung des Werks. Er braucht keinen Kündigungsgrund zu nennen. Die Kündigung

---

<sup>1988</sup> OLG Hamm Ur. v. 19.8.2014- 24 U 41/14, NJW 2015, 960 (961).

<sup>1989</sup> K. Jansen, S. 79.

<sup>1990</sup> Folnovic, BauR 2008, 1360 (1366); Joussem, BauR 2009, 319 (332).

<sup>1991</sup> Ott, NZBau 2003, 233 (237).

<sup>1992</sup> K. Jansen, S. 79.

<sup>1993</sup> Auch Folnovic, BauR 2008, 1360 (1366); Joussem, BauR 2009, 319 (331)

<sup>1994</sup> Voit, NJW 2019, 3190; MüKoBGB/*Busche*, BGB § 634 Rn. 5; Palandt/*Sprau* vor § 633 Rn. 7; NZBau 2018, 398 (400); Voit, BauR 2011, 1063 (1074).

<sup>1995</sup> BeckOK/*Voit* BGB § 634 Rn. 11.

<sup>1996</sup> BGH Ur. v. 17.2.1999- X ZR 8-96, NJW 1999, 2046 (2048).

durch den Besteller führt zur Aufhebung des Vertragsverhältnisses für die Zukunft.<sup>1997</sup> Das jederzeitige Kündigungsrecht des Bestellers gilt auch für die Werkverträge, die eine bestimmte Vertragsdauer vorsehen.<sup>1998</sup> Da das Interesse des Bestellers an der Fertigstellung schutzwürdig ist, soll er beim Wegfall seines Interesses die Möglichkeit haben, sich vom Vertrag zu lösen.

Demgegenüber besteht das Interesse des Unternehmers in der Entrichtung der Vergütung durch den Besteller. Das Interesse des Unternehmers wird dadurch gewahrt, dass der Besteller bei seiner vorzeitigen Kündigung auch den Werklohn des Unternehmers im vollen Umfang entrichten soll.<sup>1999</sup> Der Unternehmer hat die Möglichkeit, wegen der Vertragsaufhebung eingesparte Aufwendungen oder alles, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erworben hat, anzurechnen.<sup>2000</sup>

Ferner ist der Besteller berechtigt, den Vertrag aus wichtigem Grund gem. § 314 BGB zu kündigen. An die Prüfung des wichtigen Grundes sind strengere Maßstäbe anzusetzen.<sup>2001</sup> Der Anwendungsbereich des Werkvertrags ist sehr umfangreich. Beispielsweise stellt der Ausbruch eines Kriegs dort ein wichtiger Grund dar, wo der Unternehmer einen Flughafen bauen muss; oder das fehlende Material einen wichtigen Grund für einen Tischler ist. Daher ist in jedem Fall eine Einzelprüfung erforderlich, ob ein wichtiger Grund vorliegt.

Im Gegensatz zum Besteller kann der Unternehmer den Werkvertrag nur unter den engen Voraussetzungen des § 643 BGB kündigen. Er kann sich vom Werkvertrag dann lösen, wenn der Besteller eine für die Herstellung erforderliche Mitwirkungshandlung unterlassen hat.<sup>2002</sup> Dabei hat der Unternehmer dem Besteller eine Frist zu setzen. Diese Fristsetzung muss eine Erklärung beinhalten, dass der Unternehmer den Vertrag kündigen will, wenn die erforderliche Mitwirkungshandlung nicht bis zum Ablauf der Frist vorgenommen wird. Verstreicht die Frist fruchtlos, so gilt der Vertrag gem. § 643 S. 2 BGB automatisch als aufgehoben.<sup>2003</sup> Damit wird dem Unternehmer ein Anspruch auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung nach § 645 I 2 BGB eingeräumt. Dem Interesse des Unternehmers wird dadurch Rechnung getragen, dass der Besteller die bis zur Kündigung erbrachten Teile seiner Leistung zunächst abnimmt, damit der Werklohn des Unternehmers fällig wird.<sup>2004</sup> Da mit der Kündigung der Herstellungsprozess und somit der Vertrag für die Zukunft beendet wurde<sup>2005</sup>, darf der Unternehmer weder das Werk verändern noch fertigstellen, sodass die

---

<sup>1997</sup> Eusani, NZBau 2006, 676 (680); Rudkowski, JURA 2011, 567 (568).

<sup>1998</sup> Pioch, JA 2016, 414; Förster, ZGS 2011, 253 (256); BGH NJW 2011, 915, (916).

<sup>1999</sup> Förster, ZGS 2011, 253 (256); Pioch, JA 2016, 414; Förster, ZGS 2011, 253 (257).

<sup>2000</sup> Rudkowski, JURA 2011, 567 (568); Förster, ZGS 2011, 253 (256); Eusani, NZBau 2006, 676 (680).

<sup>2001</sup> BGH Urt. v. 26.3.2008- X ZR 70/06, NJW-RR 2008, 1155.

<sup>2002</sup> Pioch, JA 2016, 414; Rudkowski, JURA 2011, 567 (571).

<sup>2003</sup> Rudkowski, JURA 2011, 567 (571).

<sup>2004</sup> K. Jansen, S. 80.

<sup>2005</sup> Förster, ZGS 2011, 253 (259).

werkvertraglichen Mängelrechte ausnahmsweise vor Abnahme angewendet werden können.<sup>2006</sup>

## V. Zwischenergebnis

Bei unklarem gesetzlichen Wortlaut ergibt sich aus den vorgenommenen Auslegungsmethoden keine generelle Aussage, die die Anwendbarkeit der Mängelrechte vor Abnahme rechtfertigt. Den Auslegungen ist vielmehr zu entnehmen, dass zur Wahrung der Interessen beider Parteien die Abnahme als ein zentraler Zeitpunkt akzeptiert ist. Die Anwendbarkeit der Mängelrechte vor der Abnahme kann in bestimmten Fällen<sup>2007</sup> praktisch sein und dem Besteller die Möglichkeit geben, in das Dispositionsrecht des Unternehmers einzugreifen. Es ist jedoch darauf Rücksicht zu nehmen, dass es dem Unternehmer zumutbar ist, einen Mangel bis zum letzten Tag der geschuldeten Leistung zu beseitigen.<sup>2008</sup>

Im Gegensatz zu dem Unternehmer, der die Mängel später nicht oder mit größerem Aufwand beseitigt, kann der Besteller vielleicht mit einem geringeren Aufwand den Mangel vor der Abnahme im Wege der Selbstvornahme beseitigen. In der Praxis handelt es sich bei diesen Fällen aufgrund des Erfahrungsvorsprungs und Netzwerks des Unternehmers um einen Grenzfall.<sup>2009</sup> Es ist nicht geboten, die Mängelansprüche ganz allgemein vor Abnahme anzuwenden. Dies ist weder gesetzlich erforderlich, noch entspricht es der in die Zukunft gerichteten Verschaffungspflicht eines mangelfreien Werks des Unternehmers.<sup>2010</sup> Der Grundsatz der Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte nach Abnahme gilt zwar bei einer berechtigten Abnahmeverweigerung des Bestellers weiter, davon kann aber ausnahmsweise in den folgenden Fällen abgesehen werden: wenn

- ein Abrechnungsverhältnis eingetreten ist, wenn der Besteller die Minderung oder den Schadensersatz statt der Leistung als kleinen Schadensersatz verlangt, sodass die Ansprüche aus § 637 BGB nicht ausgeschlossen werden,
- die Gefahr auf den Besteller anderweitig übergegangen ist, z.B. weil er mit der Abnahme im Verzug ist,
- der Mangel offensichtlich im Zeitpunkt der Abnahme noch vorliegen wird, weil der Unternehmer die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert oder den Mangel bis zur Abnahme nicht mehr beseitigen kann,

---

<sup>2006</sup> Palandt/Sprau, Vor § 633 Rn.7; MüKoBGB/Busche, BGB § 634 Rn. 4; Voit, BauR 2011, 1063 (1074); Schlier S. 94.

<sup>2007</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (323); Der Unternehmer und Besteller streiten bei dem Bau eines Einfamilienhauses darüber, ob die Heizungsleitungen ordnungsgemäß verlegt wurden. Der Unternehmer möchte zunächst die Mangelhaftigkeit feststellen, und dann, wenn nötig ist die Reparaturarbeiten durchführen Da er zwar über genügend Ressourcen verfüge aber dafür keine Zeit hat, möchte er am Ende der Bauzeit nachholen. Nach der Auffassung des Bestellers ergibt sich aus den bisherigen Leistungstempos, dass man nicht mit der Mängelbeseitigung durch den Unternehmer gerechnet werden kann.

<sup>2008</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (323).

<sup>2009</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (323).

<sup>2010</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (324).

- besondere Umstände vorliegen, die die Anwendbarkeit der Mängelrechte vor Abnahme erlauben, weil die Mängelbeseitigung durch die Fortsetzung der Arbeiten unmöglich oder erheblich erschwert wird,
- der Werkvertrag gekündigt wird.

## **VI. Stellungnahme**

Sich der herrschenden Ansicht anzuschließen, die vertritt, dass die werkvertraglichen Mängelrechte erst nach Abnahme anwendbar sind, scheint der Sache gerechter zu werden. Außer dem Bauvertrag bietet dieser zeitliche Anwendungsbereich der Mängelrechte für die Vertragsparteien eine interessengerechte Lösung.<sup>2011</sup> Im Rahmen der komplexen Werkherstellung wie Flughafenbau, Softwareentwicklung, Industrieanlagebau, Atomkraftwerksbau, die unterschiedlichen Prozesse brauchen und in Teilen hergestellt werden sollen bedarf der Besteller besonderen Schutzes, um seine Mängelrechte schon vor Abnahme geltend zu machen. Wegen der Besonderheiten von dieser Werkherstellung ist die Feststellung der Schwere oder auch die Beseitigung des Mangels in den meisten Fällen unmöglich oder sehr schwer. Dies würde Ausnahmefälle zulassen, sodass der Besteller von seinen Mängelrechten ausnahmsweise vor Abnahme Gebrauch machen kann. Mit der Trennung zwischen dem Erfüllungsstadium und dem Mängelrechtstadium wird das Abrechnungsverhältnis der Abnahme gleich gestellt.<sup>2012</sup> Dies wäre mit dem Fall der Abnahme unter Vorbehalt identisch.<sup>2013</sup>

Mithin ist dem Besteller auch während der Herstellungsphase in Ausnahmefällen ein Recht auf Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme zu gewähren. Das gilt vor allem für die Fälle, in denen ein anderweitiger Gefahrübergang erfolgt ist, der Besteller die Abnahme zu Recht verweigert, wenn der Unternehmer die Erfüllung verweigert hat oder den Mangel wegen Unvermögens auch später nicht beseitigen kann und somit offensichtlich ist, dass bei Abnahme kein vertragsgemäßes Werk vorliegen wird. Besteht ein schwerwiegender Mangel und ist eine spätere Mängelbeseitigung entweder nicht oder lediglich mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich, kann der Besteller in den Herstellungsprozess im Wege der Selbstvornahme eingreifen. Das Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Werkherstellung überwiegt hier gegenüber der Dispositionsfreiheit des Unternehmers. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben hat der Unternehmer diesen Eingriff des Bestellers zu dulden.

Aus der aktuellen gesetzlichen Lage der §§ 631 ff BGB ergibt sich kein Anlass dazu, dass die werkvertraglichen Mängelrechte gem. § 634 BGB vor Abnahme anwendbar sein sollen. Die Auffassung, die eine Zulassung der Anwendbarkeit der Mängelrechte vor Abnahme befürwortet, orientiert sich an der Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung.<sup>2014</sup> Der BGH hat mit seinen genannten drei Entscheidungen einen wesentlichen Streit beendet.<sup>2015</sup> Er hat die Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte vor Abnahme nicht völlig ausgeschlossen, sondern die

---

<sup>2011</sup> Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581).

<sup>2012</sup> Weller, NZBau 2018, 398 (422).

<sup>2013</sup> Weller, NZBau 2018, 398 (422).

<sup>2014</sup> Jousen, BauR 2009, 319 (332).

<sup>2015</sup> siehe: zweiter Teil der Arbeit C III.

Ausnahmefälle erlaubt. Die in diesen Entscheidungen vertretene Meinung ist zu begrüßen.

Aufgrund des sehr breiten und komplexen Anwendungsbereichs des Werkvertrags ist aus meiner Sicht bei der Geltendmachung der werkvertraglichen Mängelrechte aus § 634 BGB die Frage in jedem Einzelfall zu überprüfen, ob eine Abnahme oder ein Abrechnungsverhältnis vorliegt. Die Neuregelungen im BGB nach der Reform im Jahre 2018 verdeutlichen, dass der Gesetzgeber auf die Geltendmachung der Gewährleistungsrechte vor Abnahme weder Bezug genommen, noch sie eingeschränkt oder sie erweitert hat. Eine neue gesetzliche Regelung würde eine Rückkehr zur Schuldrechtsmodernisierung bedeuten. Der dynamische und umfangreiche Anwendungsbereich des Werkvertrags macht eine Einzelfallprüfung durch die Gerichte erforderlich. Da die Beurteilung der einzelnen Ausnahmefälle den Gerichten überlassen wird, sind unterschiedliche Entscheidungen in ähnlichen Fällen unausweichlich. Dabei wird jeder Einzelfall unter das Damoklesschwert<sup>2016</sup> der richterlichen Entscheidung gestellt.

---

<sup>2016</sup> Weller, NZBau 2018, 398 (422).

## FAZIT

In der vorliegenden Arbeit wird ein Gesamtüberblick vorgelegt, der sich unter dem Titel „die Selbstvornahme im Werkvertragsrecht“ zusammenfassen lässt. Im ersten Teil der Arbeit wurde zunächst erläutert, dass der Gegenstand des Werkvertrags die mangelfreie Herstellung eines Werks durch den Unternehmer und die Vergütung dieser Herstellung durch den Besteller ist. Dann wurde die Abnahme als wichtigste Pflicht des Bestellers untersucht und als rechtsgeschäftsähnliche Handlung qualifiziert. Aufgrund der Anknüpfung der verschiedenen Rechtsfolgen an die Abnahme wurde die neue Regelung der fiktiven und vorbehaltlosen Abnahme erläutert. Schließlich wurde das Vorschussrecht, das dem Besteller erst durch die Schuldrechtsmodernisierung eingeräumt wurde, besprochen.

Auf dieser Grundlage aufbauend, wurde im zweiten Teil der Arbeit zwischen den beiden Formen der Selbstvornahme unterschieden. Zunächst wird die Selbstvornahme nach dem erfolglosen Ablauf der Frist bzw. der Entbehrlichkeit der Fristsetzung behandelt. Danach wird der Fall der voreiligen Selbstvornahme ohne Fristsetzung bzw. ohne Abwarten des Fristablaufs dargestellt. Im ersten Fall kann der Besteller den Ersatz seiner Aufwendungen für die Selbstvornahme gegenüber dem Unternehmer geltend machen. Im zweiten Fall verliert er seine Mängelrechte, da er durch seine voreilige Selbstvornahme in die Dispositionsfreiheit des Unternehmers eingegriffen hat. Der Besteller ist verpflichtet, primär von dem Unternehmer die Nacherfüllung zu verlangen. Mit der voreiligen Selbstvornahme hat der Besteller dem Unternehmer die Möglichkeit vorenthalten, sich von dem Mangel selbst ein Bild zu machen und Beweise zu sichern. Da die Nacherfüllung für den Unternehmer nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht ist, muss der Besteller auf den Vorrang der Nacherfüllung achten. Das Recht der Selbstvornahme verfolgt nicht den Zweck, dem Besteller zu jedem Zeitpunkt einen Anspruch auf Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme und auf den Ersatz der Selbstvornahmekosten zu gewähren. Ständige Eingriffe des Bestellers in die Dispositionsfreiheit verhindern, dass der Unternehmer den geschuldeten Erfolg vertragsgemäß herbeiführt. Diese Ausführungen verdeutlichen, warum dem Besteller bei einer voreiligen Selbstvornahme kein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen gem. § 634 ff BGB eingeräumt wird. Des Weiteren steht dem Besteller aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzung von der Selbstvornahme und Kündigung kein Anspruch auf den Ersatz der Aufwendungen zu, die in Folge einer Kündigung entstanden sind. Mit der Selbstvornahme erlischt nicht der Nacherfüllungsanspruch, sondern der Erfüllungsanspruch des Bestellers. Da eine Unmöglichkeit der beiden Varianten der Nacherfüllung durch die Selbstvornahme nicht eingetreten ist und sich die Nacherfüllung nicht in einem synallagmatischen Verhältnis befindet, kann sich der Besteller seine Aufwendungen auch nicht nach § 326 II BGB anrechnen lassen. Die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag und des Bereicherungsrechts sind nicht gegeben. Aus diesen Rechtsinstituten ergibt sich kein Ausgleichsanspruch des Bestellers. Diese Anspruchsgrundlagen und die Regelung des § 326 II 2 BGB finden bei einer Selbstvornahme durch den Besteller aufgrund des abschließenden Charakters des § 637 BGB keine Anwendung. Im Gegensatz zum Schadensersatz statt der Leistung setzt der Schadensersatz neben der Leistung keine Fristsetzung voraus. Demgemäß kann er ohne den Ablauf einer angemessenen Fristsetzung den Ersatz der Selbstvornahmekosten verlangen. Damit würde der Besteller einen Ausgleich erhalten,

der ihm grundsätzlich erst nach dem Ablauf der Frist zur Nacherfüllung zusteht. Das führt aber zur Umgehung der Nacherfüllung. Die Ablehnung des Ersatzes der Aufwendungen, die der Besteller im Rahmen der Selbstvornahme gemacht hat, bedeutet keine fremde Sanktion bzw. keine Strafe. Denn er ist gem. § 637 I BGB verpflichtet, eine Frist zur Mängelbeseitigung zu setzen und den Unternehmer über die Umstände aufzuklären. Der Besteller nimmt die Selbstvornahme vor, um weiteren Auseinandersetzungen mit dem Unternehmer auszuweichen und das mangelfrei hergestellte Werk möglichst schnell zu erhalten. Ausgerechnet dadurch handelt er dem eigenen Interesse zuwider, da er das Fristerfordernis nicht erfüllt und so einen unmittelbaren Zeitverlust verursacht. Trotz der von ihm behaupteten Eile muss der Besteller dem Unternehmer zumindest die Möglichkeit geben, das vorhandene Werk zur Beweissicherung zu untersuchen und seinen Zustand zu dokumentieren, sowie den Umfang und die eventuellen Kosten der Mängelbeseitigung festzustellen. Dadurch kann den Interessen beider Vertragspartner gedient werden. Die Parteien sind bei der Ausübung ihrer Rechte an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden. Nach diesem Grundsatz sind sie verpflichtet, widersprüchliches Verhalten und Rechtsmissbrauch zu vermeiden. Der Besteller verletzt diese Pflicht, wenn er den Vorrang der Nacherfüllung nicht beachtet und voreilig die Selbstvornahme durchführt. Da der Besteller dem Unternehmer die gesetzlich vorgesehene Gelegenheit zur Nacherfüllung nicht ermöglicht hat, ist es nicht außergewöhnlich, dass ihm kein Ersatzanspruch für die Selbstvornahmekosten gewährt wird. Dagegen bleibt der Besteller nicht ohne Schutz. Ihm steht es frei, den Ersatz seiner Aufwendungen von dem Unternehmer zu verlangen, wenn eine vertragliche Vereinbarung vorliegt. Er kann aufgrund der mangelhaften Werkherstellung des Unternehmers für einen Umstand, der den Besteller zum Rücktritt berechtigen würde, nicht gem. § 323 VI BGB verantwortlich gemacht werden. Damit kann er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen oder gem. § 638 BGB den von ihm zu bezahlenden Werklohn mindern. Weiter kann er sich sein Recht auf Selbstvornahme bzw. den Ersatz der Aufwendungen für Selbstvornahme bei Abnahme vorbehalten oder auch von seinem Vorschussrecht für die Mängelbeseitigung Gebrauch machen. Dagegen darf der Unternehmer aufgrund der voreiligen Selbstvornahme keinen Stein als Brot<sup>2017</sup> erhalten.

Ferner werden die im Rahmen der Selbstvornahme im Werkvertragsrecht gewonnenen Erkenntnisse auf die Selbstvornahme im Kaufvertragsrecht übertragen. Zwar wurde mit der Schuldrechtsmodernisierung ein Vorrang der Nacherfüllung vereinheitlicht, es ist aber im modernisierten Schuldrecht des BGB nicht ausdrücklich vorgesehen, dass der Käufer die Mängel einer gelieferten Sache ohne vorherige Rücksprache mit dem Verkäufer selbst beseitigt und diesem die dabei angefallenen Kosten danach in Rechnung stellt. Die im Werkvertragsrecht dargestellten Gründe und Argumente, hinsichtlich des Ersatzes der Selbstvornahmekosten des Bestellers, entsprechen dem Kaufvertragsrecht. Die in beiden Rechtsgebieten existierenden Bedenken, wie klare Vertragsverhältnisse und Beweislastverteilung sowie der Vorrang der Nacherfüllung gehen über das Vertragsrecht hinaus und stellen die Bestandteile des Grundsatzes *pacta sunt servanda* dar. Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung wurde im Kaufrecht von einem Selbstvornahmerecht des Käufers bewusst abgesehen und der Vorrang der

---

<sup>2017</sup> Scheuch, NJW 2018, 2513 (2517).

Nacherfüllung für die beiden Vertragsrechte eingeführt. Eine Umgehung dieses Vorrangs und die Gewährung des Selbstvornahmerechts des Käufers würden den Sinn und Zweck der Schuldrechtsmodernisierung zunichtemachen. Somit ist weder dem Besteller noch dem Käufer ein Anspruch auf den Ersatz der Aufwendungen bei einer voreiligen Selbstvornahme einzuräumen. Der Gesetzgeber hat sowohl mit der Regelung der Fristsetzung in § 637 BGB als auch mit dem Verzicht auf die Selbstvornahme für den Käufer einen Beitrag zur Gewährleistung der Rechtssicherheit geleistet. Dies muss von dem Käufer und dem Besteller in ihrem eigenen Interesse wahrgenommen werden.

Weiterhin lässt sich feststellen, dass die Abnahme ein zentraler Begriff im Rahmen der Selbstvornahme im Werkvertragsrecht ist. Aus der aktuellen gesetzlichen Lage ergibt sich, dass der Besteller seinen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für die Selbstvornahme grundsätzlich erst nach Abnahme geltend machen kann. Der Besteller kann die Mangelfreiheit des Werks erst feststellen, wenn er das Werk abgenommen hat. Die Abnahme dient grundsätzlich dazu, die gegensätzlichen Interessen des Unternehmers und des Bestellers in einen gerechten und billigen Ausgleich zu bringen, der praktischen Bedürfnissen entspricht. Mit der Schuldrechtsmodernisierung wurde die Regelung des § 634 I 2 BGB a.F., wonach der Besteller vor Ablieferung des Werks eine Frist zur Mängelbeseitigung setzen konnte, abgeschafft und auf die Bestimmung eines festen Zeitpunkts verzichtet. Aus der Auslegung des Wortlauts, der Historie und der Systematik sowie der Teleologie ergibt sich, dass der Besteller den Ersatz der Aufwendungen nicht schon ab Beginn der Herstellung, ab Fertigstellungstermin oder dem Zeitpunkt der tatsächlichen Herstellung, sondern vielmehr ab Abnahme geltend machen kann. Die Anknüpfung der verschiedenen Rechtsfolgen an die Abnahme macht die Intention des Gesetzgebers deutlich. Billigung der Geltendmachung des Ersatzes der Selbstvornahmekosten vor Abnahme bedeutet eine Rückkehr zu der Zeit vor der Schuldrechtsmodernisierung. Der Besteller kann jedoch seinen Anspruch auf Ersatz der Selbstvornahmekosten ausnahmsweise vor Abnahme geltend machen, wenn einer der vom BGH anerkannten Ausnahmefälle vorliegt. Dafür muss ein Abrechnungsverhältnis gegeben sein. Mit der Trennung zwischen dem Erfüllungsstadium und dem Gewährleistungsstadium wird das Abrechnungsverhältnis der Abnahme gleich gestellt. Der Eintritt des Abrechnungsverhältnisses ersetzt die Abnahme. Daher ist es erforderlich, bei jedem einschlägigen Fall zu prüfen, ob eine Abnahme oder ein Abrechnungsverhältnis vorliegt. Die Beurteilung der einzelnen Ausnahmefälle ist die Aufgabe der Gerichte. Dabei müssen die Gerichte sachgerechte, ausgewogene und pragmatische Entscheidungen treffen. Aufgrund des komplexen, breiten und dynamischen Anwendungsbereichs des Werkvertrags bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung in der Zukunft entscheidet.

Die Verfasserin dieser Arbeit plädiert insgesamt für eine Lösung, die weitgehende Rechtsicherheit schafft.





## **LEBENS LAUF**

### **Ausbildung**

- 1983-1989 : Grundschule in Istanbul  
1990-1993 : Mittelschule in Istanbul  
1993-1995 : Gymnasium in Istanbul

### **Studium**

- 1998-1999 : Studium der Soziologie an der Universität Sakarya  
2000-2001 : Besuch der Sprachschule in Köln  
2002 : Abschluss des Studienkollegs an der Universität Münster  
2006 : Abschluss der Zwischenprüfung an der  
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln  
2009 : Abschluss der Schwerpunktbereichsprüfung im Bereich  
Internationales Privat-, Wirtschafts- und Verfahrensrechts  
an der Universität zu Köln  
2015 : Diplom-Abschluss der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
an der Universität Dicle  
2016 : Referendariat am Gericht Gaziantep  
2016 : Abschluss des Masterstudiums (LL.M.) an der Universität  
zu Köln  
Thema der Masterarbeit: Die Beweislastumkehr gem. § 476  
BGB beim Gebrauchtwagenkauf im Lichte der EuGH-  
Entscheidung

### **Berufliche Tätigkeit**

- Seit 2016...: : Rechtsanwältin in der Türkei