

Werkvertragsrecht (§§ 631-651 BGB)

I. Überblick

1. Rechtsnatur

Der in den §§ 631 ff. geregelte Werkvertrag ist ein **gegenseitiger** entgeltlicher Vertrag, bei dem sich der **Unternehmer** verpflichtet, für den **Besteller** ein **Werk** herzustellen, § 631 I BGB. Im Gegenzug verpflichtet sich der Besteller, eine **Vergütung** zu entrichten, § 631 I BGB.

Da die Vergütung nach der Fälligkeitsregel des § 641 I 1 BGB (lex specialis zu § 271 I BGB) erst bei der Abnahme des Werkes zu leisten ist, trifft den Unternehmer bis zu diesem Zeitpunkt eine **Vorleistungspflicht**. Er kann seine Herstellungspflicht also nicht wegen der Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus § 320 BGB verweigern („es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist“, § 320 I 1 BGB).

Der Begriff „Unternehmer“ in § 631 I BGB ist nicht identisch mit dem Unternehmerbegriff gem. (der jüngeren) Vorschrift § 14 I BGB. Die Ausübung einer gewerblichen oder beruflichen Eigenschaft ist kein Kriterium. Es kommt allein auf den Inhalt der übernommenen Verpflichtung an. Folglich kann auch ein Verbraucher (§ 13 BGB) Werkunternehmer sein, wenn beispielsweise der Hobbykünstler H dem Kaufmann K verspricht, für dessen Ausstellungsräume eine Tonskulptur zu modellieren.

Typische Werkverträge sind der Architektenvertrag, Bauvertrag, Beförderungsvertrag (oft als typengemischter Vertrag mit mietvertraglichen Elementen, Bsp: Sitzplatzreservierung im ICE), Gutachterverträge, Programmierverträge (bei Individualsoftware, nicht aber Standardsoftware, dort gilt Kaufrecht) oder der Reparaturvertrag.¹

2. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

Um den Werkvertrag von anderen Vertragstypen des BGB unterscheiden zu können, muss zuerst sein sachlicher Anwendungsbereich bestimmt werden. Entscheidend ist hierfür der Begriff des „Werkes“, der durch § 631 II BGB näher beschrieben wird. Danach muss ein „Werk“ nicht notwendigerweise körperlicher Natur sein, vielmehr werden neben der Herstellung oder Veränderung einer Sache auch andere **Erfolge** erfasst, die durch Arbeit oder Dienstleistung herbeigeführt werden können.

a. Abgrenzung zum Dienstvertrag, der nicht Arbeitsvertrag ist, § 611 BGB

Beim Dienstvertrag gem. § 611 I BGB ist der **selbständige** Dienstverpflichtete zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet. Die Hauptleistungspflicht des Dienstvertrags besteht damit in der Vornahme einer **Leistungshandlung**, während beim Werkvertrag die **Leistungshandlung** nur notwendiges Durchgangsstadium für einen geschuldeten **Erfolg** ist, § 632 II BGB. Der Dienstberechtigte muss sich damit nur um die bestmögliche Erbringung der Tätigkeit bemühen, wohingegen der Werkunternehmer einen bestimmten Erfolg tatsächlich erreichen muss, um seine Vergütung zu verdienen.

¹ Zum Ganzen Voit, in: BeckOK-BGB/BeckOK-BGB/Bamberger/Roth, 40. Edition, § 631 Rn. 11 ff.

Bsp. 1: S verspricht gegen Zahlung von 30 EUR, drei Stunden lang die Rasenflächen des großen Anwesens des G zu mähen. → Dienstvertrag

Bsp. 2: S verspricht gegen Zahlung von 60 EUR, sämtliche Rasenflächen des Anwesens des G zu mähen. → Werkvertrag

b. Abgrenzung zum Arbeitsvertrag, § 611 BGB

Das Gleiche gilt für den Arbeitsvertrag, eine besondere Form des Dienstvertrags, der sich vom Regelfall einzig dadurch unterscheidet, dass ein **unselbständiger** Dienstverpflichteter (Arbeitnehmer)² die versprochenen Dienste erbringt.

Bsp.: S weist seinen Gärtner G, der von S ein monatliches Gehalt bezieht, an, den Rasen zu mähen.

c. Abgrenzung zum Kaufvertrag, § 433 BGB

Hauptleistungspflicht des Kaufvertrags ist nicht die Herstellung eines Werkes (§ 631 BGB), sondern die Übereignung und Übergabe einer mangelfreien Sache, § 433 I BGB.

Bsp. 1: K schließt mit V einen notariellen Vertrag, in dem V dem K verspricht, gegen Zahlung von 500.000 EUR auf einem dem V gehörenden Grundstück ein (näher beschriebenes) schlüsselfertiges Haus zu errichten und das Grundstück anschließend an K zu übereignen.

Bsp. 2: K erwirbt im Elektronikgeschäft des V eine Spülmaschine für 550 EUR. V verspricht, das Gerät in das Haus des K zu liefern und dort einzubauen und anzuschließen.

d. Abgrenzung zum Werklieferungsvertrag, § 651 BGB

Problematischer ist die Abgrenzung, wenn die Lieferung einer beweglichen Sache geschuldet ist, die erst noch hergestellt werden muss (sog. **Werklieferungsverträge**). Für diese Verträge gelten gem. § 651 S. 1 BGB die Vorschriften des Kaufrechts. Das entscheidende Merkmal enthält der Wortlaut des § 651 S. 1 BGB, der von einer „Lieferung“ spricht. Während die „Herstellung eines Werkes“ beim Werkvertrag gem. § 631 I BGB die Hauptleistungspflicht bildet, ist dies beim Werklieferungsvertrag nicht allein maßgebend. Im Mittelpunkt steht vielmehr die „Lieferung“ in Form einer Verpflichtung, dem Besteller das Eigentum und den Besitz an einer beweglichen Sache zu verschaffen. Dies unterstreicht im Besonderen der systematische Verweis ins Kaufrecht, der nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Pflichtenstruktur beider Verträge so vergleichbar ist, dass eine Anwendung der §§ 433 ff. BGB auch interessengerecht ist. Unerheblich soll es hingegen sein, ob sich der Unternehmer selbst zur Herstellung verpflichtet oder lediglich eine bewegliche Sache liefern will, die erst noch von einem Dritten hergestellt werden wird.³

² Dazu später im Studium in der Vorlesung „Arbeitsrecht“; zum Arbeitnehmerbegriff samt Abgrenzung zwischen Dienst- und Arbeitsvertrag: *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 15. Auflage, Rn. 2, 97 ff.

³ *Busche*, in: MüKo-BGB, § 651 Rn. 4; *Voit*, in: BeckOK-BGB/Bamberger/Roth, 40. Edition, § 651 Rn. 13.

Bsp. 1: V verspricht K, eine Photovoltaik-Anlage aus seinem Vorrat zu liefern und diese fachgerecht auf dessen Dach zu installieren. → Kaufvertrag gem. § 433 BGB mit werkvertraglicher Montageabrede)

Bsp. 2: V verpflichtet sich gegenüber K, „just in time“ eine Photovoltaik-Anlage herzustellen und zu liefern. → Werklieferungsvertrag gem. § 651 S. 1 BGB, sodass Kaufrecht anwendbar ist

Bsp. 3: K hat bereits eine Photovoltaik-Anlage erworben und möchte nun von V, dass dieser die Anlage fachgerecht auf dem Dach montiert. → Werkvertrag gem. § 631 BGB

e. Abgrenzung zum Auftrag, § 662 BGB

Beim Auftrag gem. § 662 BGB verpflichtet sich der Beauftragte, ein Geschäft für den Auftraggeber **unentgeltlich** zu besorgen. Obwohl die „Geschäftsbesorgung“ gem. § 662 BGB nach überwiegender Ansicht so weit zu verstehen ist⁴, dass darunter grundsätzlich auch die Herstellung eines Werkes subsumiert werden kann, verlangt der Werkvertrag gem. § 631 I BGB im Gegensatz zum Auftrag das Versprechen eines **Entgelts** als Gegenleistung.

f. Abgrenzung zum Geschäftsbesorgungsvertrag, § 675 BGB

Dem Anwendungsbereich des § 675 I BGB unterfallen Werkverträge, die eine (entgeltliche) Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben. Für diese gelten Teile des Auftragsrechts entsprechend, § 675 I BGB. Zur Trennung beider Vertragstypen bedarf es der Auslegung des Merkmals „Geschäftsbesorgung“. Würde dieses so verstanden wie in § 662 BGB, wäre jeder Werkvertrag zugleich ein Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 I BGB. Aus diesem Grund vertritt die Rechtsprechung ein engeres Verständnis, wonach nur **jede selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art** erfasst sein soll, **für die ursprünglich der Geschäftsherr selbst zu sorgen hatte**, die ihm aber durch den anderen abgenommen wird.⁵

Bsp.: Vermögensverwaltung, Rechts- und Steuerberatung.

II. Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

1. Pflichten des Unternehmers

Nach § 631 I BGB ist der Unternehmer zur **Herstellung des versprochenen Werkes** verpflichtet. Dieses hat gem. § 633 BGB frei von Sach- und Rechtsmängel zu sein. Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller grundsätzlich die Abnahme nach § 640 I 1, 2 BGB verweigern, da dieser nur verpflichtet ist, das „vertragsmäßig hergestellte Werk“ abzunehmen. Bedeutsam für die Praxis ist der Umstand, dass der Unternehmer anders als im Dienstvertragsrecht (§ 613 S. 1 BGB) grundsätzlich⁶ nicht zur Leistung in Person verpflichtet ist. Aus diesem Grund ist gerade im

⁴ Geschäftsbesorgung = jedes rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Tätigwerden für einen anderen, zum Begriff: *Seiler*, in: MüKo-BGB, § 662 Rn. 15.

⁵ *BGH*, NJW 1966, 1452, 1454; zum Streitstand: *Seiler*, in: MüKo-BGB, § 662 Rn. 11 ff.

⁶ Etwas anderes gilt insbesondere für künstlerische Werkleistungen (Konzert, Porträt, Entwurfsplanung) oder wissenschaftliche Leistungen (Buchbeitrag, Gutachten).

Baugewerbe die Einschaltung von Subunternehmern (Erfüllungsgehilfen, § 278 BGB) branchenüblich.

2. Pflichten des Bestellers

a. Vergütung als Hauptleistungspflicht, § 631 I BGB

Der Besteller ist gem. § 631 I BGB zur Entrichtung der versprochenen **Vergütung** verpflichtet (Hauptleistungspflicht).

(1) Inhalt der Vergütung

Hat der Besteller hingegen keine Vergütung versprochen oder haben sich die Parteien nicht über deren Höhe geeinigt, stellt § 632 BGB eine Sonderregel bereit, die über den Einigungsmangel in Form der unvollständigen essentialia negotii hinweghilft: Fiktion der Entgeltlichkeit für den Fall, dass die Werkleistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Wurde hingegen die Höhe der Vergütung nicht geregelt, wird, soweit vorhanden, auf die taxmäßige Vergütung zurückgegriffen.⁷

Bsp.: Gebührenordnung für Ärzte, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Zahnärzte, seit der HOAI 2009 aber nicht mehr uneingeschränkt für Architekten- und Ingenieurleistungen, sondern nur noch für Grundleistungen der Flächen-, Objekt- und Fachplanung gem. § 3 I 1 HOAI.

Fehlt es daran, gilt die übliche Vergütung als geschuldet.

Bsp.: HOAI für Beratungsleistungen von Architekten und Ingenieuren gem. § 3 I 2 HOAI iVm Anlage 1.

Nur wenn auch diese Möglichkeit ausscheidet, kommt § 316 BGB zur Anwendung: Bestimmung der Vergütungshöhe durch den Unternehmer nach billigem Ermessen.

Zuletzt bietet § 632 III BGB eine Auslegungsregel, wonach ein Kostenvoranschlag im Zweifel nicht zu vergüten ist. Der Unternehmer trägt folglich die Kosten und das Risiko der Vertragsanbahnung, soweit seine Vorarbeiten nicht ausnahmsweise einen Umfang erreichen, der gem. § 632 I BGB nur gegen eine Vergütung erwartet werden kann oder die Parteien etwas anderes vereinbart haben.⁸

(2) Fälligkeit der Vergütung

Die Fälligkeit der Vergütung richtet sich nach § 641 I 1 BGB (lex specialis zu § 271 I BGB), wonach der Besteller erst bei Abnahme des Werkes zu zahlen verpflichtet ist. Soweit die Abnahme wegen der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist (meist bei unkörperlichen Werken, Bsp: Aufführung eines Theaterstücks oder Beförderungsleistung), tritt an deren Stelle die Vollendung, §§ 641 I 1, 640 I 1, 646 BGB.

⁷ Taxe meint einen **hoheitlich** festgesetzten Preis, zum Begriff und Beispielen: *Busche*, in: MüKo-BGB, § 632 Rn. 21.

⁸ *BGH*, NJW-RR 2005, 19, 20.

Einen **Sonderfall der Fälligkeit** regelt § 641 II 1 BGB bei **Leistungsketten**. Dieser durchbricht jedenfalls teilweise den Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse, indem er die Vergütung auch **ohne Abnahme** oder Abnahmefiktion im Verhältnis zwischen Besteller und Unternehmer fällig werden lässt, soweit der Besteller seinerseits einem Dritten die Herstellung eines Werkes versprochen hat, den Unternehmer hierfür als Subunternehmer einschaltet und ein Umstand nach § 641 II 1 Nr. 1 bis 3 BGB hinzutritt (sog. **Durchgriffsfälligkeit**⁹):

- **§ 641 II 1 Nr. 1 BGB**: Der Vergütungsanspruch des (Sub-)Unternehmers wird spätestens fällig, soweit der Besteller vom Dritten für das versprochene Werk seine **Vergütung erhalten** hat.
- **§ 641 II 1 Nr. 2 BGB**: Das Gleiche gilt, soweit der **Dritte** das Werk **abgenommen** hat oder die Abnahme nach § 641 I 3 BGB **fingiert** wird.

Bsp.: Bauherr („Dritter“) – Generalunternehmer („Besteller“) – Fensterbauer („Unternehmer“): Ab dem Zeitpunkt, in dem der Bauherr gegenüber dem Generalunternehmer das fertiggestellte Haus als mangelfrei abnimmt, kann der Generalunternehmer gegenüber dem Fensterbauer wegen eines Mangels beim Einbau der Fenster die Vergütung nicht mehr verweigern.

- **§ 641 II 1 Nr. 3 BGB**: Die Rechtsfolge tritt ebenfalls ein, wenn der Unternehmer dem Besteller **erfolglos** eine angemessene Frist zur **Auskunft** über die Umstände nach Nr. 1 und 2 gesetzt hat.

Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, dem (Sub-)Unternehmer **unabhängig von der Abnahme** durch den Besteller einen **fälligen** Vergütungsanspruch zu gewähren, wenn seine Werkleistung unmittelbar dem Dritten zugutekommt und der Besteller davon bereits profitiert (§ 641 II 1 Nr. 1 und 2 BGB) oder hierüber trotz Fristsetzung keine Auskunft erteilt hat (§ 641 II 1 Nr. 3 BGB). Der Besteller soll auf der einen Seite nicht die Früchte ernten, die der Subunternehmer gesät hat, diesem auf der anderen Seite aber die Abnahme verweigern, um die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Unternehmers zu verzögern (Gedanke des widersprüchlichen Verhaltens).

Hinweis: Die Terminologie ist in § 641 II BGB auf den ersten Blick sehr verwirrend, da das Gesetz zwei Werkverträge voraussetzt, aber nur die Begrifflichkeiten des Werkvertrags zwischen dem „Besteller“ und (Sub-)„Unternehmer“ zugrunde legt. Im zweiten Werkvertrag zwischen dem „Besteller“ und dem „Dritten“, ist ersterer Unternehmer und letzterer Besteller.

(3) Schutz des vorleistungspflichtigen Unternehmers

Die bestellerfreundliche Verlagerung des Fälligkeitszeitpunkts (§ 641 I 1 BGB statt § 271 I BGB) wirkt zulasten des Unternehmers, der infolge seiner Vorleistungspflicht bis zur Abnahme das finanzielle Risiko trägt. Um dieses zumindest in Teilen abzufedern, bietet das Werkvertragsrecht zahlreiche Schutzmechanismen.

- **§ 632a BGB**: Anspruch des Unternehmers auf Abschlagszahlungen in der Höhe des Wertzuwachses beim Besteller (vor Abnahme!).
- **§ 640 I 2 BGB**: Verweigerung der Abnahme wegen unwesentlicher Mängeln unzulässig.
- **§ 640 I 3 BGB**: Abnahmefiktion nach Fristsetzung bei unberechtigter Verweigerung der Abnahme, sodass Besteller keine Möglichkeit hat, Fälligkeit (noch weiter) hinauszuzögern.

⁹ Zum Begriff *Busche*, in: MüKo-BGB, § 641 Rn. 18.

- **§ 641 I 2 BGB:** Teilvergütungspflicht bei Teilabnahme.
- **§ 647 BGB:** Unternehmerpfandrecht für Forderungen aus dem Vertrag an den **beweglichen Sachen** des Bestellers, die bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in den Besitz des Unternehmers gelangt sind (**gesetzliches Pfandrecht** iSv § 1257 BGB → GK IV Sachenrecht)
- **§ 648 BGB:** Schuldrechtlicher Anspruch des Bauunternehmers auf Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück (**unbewegliche Sache**) des Bestellers für Forderungen aus dem Vertrag.
- **§ 648a BGB:** Da § 648 BGB nur einen **schuldrechtlichen** Anspruch vermittelt, der wegen des Vorrangs etwaiger Grundpfandrechte nicht immer ausreichenden Schutz bietet, erweitert § 648a BGB die Absicherung für den Vergütungsanspruch des Unternehmers bei **unbeweglichen Sachen**, indem er ihm erlaubt, anstelle der Sicherungshypothek (§ 648a IV BGB!) eine anderweitige Sicherheitsleistung (§§ 232, 638a II BGB) zu verlangen (sog. **Bauhandwerkersicherung**).

(4) Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers bei Schlechtleistung, § 641 III BGB

Ab der Abnahme des Werkes (§ 641 I 1 BGB) ist der Anspruch auf die Vergütung fällig und durchsetzbar, soweit ihm keine Einreden entgegenstehen. Neben den Einreden des allgemeinen Leistungsstörungsrechts ist im Werkvertragsrecht an das besondere Leistungsverweigerungsrecht aus § 641 III BGB (ergänzende Sonderregelung zu § 320 BGB) zu denken. Danach kann der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung trotz Fälligkeit verweigern, wenn er einen Anspruch auf **Beseitigung eines Mangels** (§§ 634 Nr. 1, 635 I **Alt. 1** BGB, vgl. Wortlaut) hat. Angemessen ist gem. § 641 III Hs. 2 BGB in der Regel das Doppelte der für die Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten (§ 635 II BGB).

b. Abnahme als Hauptleistungspflicht,¹⁰ § 640 I 1 BGB

Gem. § 640 I 1 BGB ist der Besteller zur Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werkes verpflichtet. Die Abnahme ist nicht bloße Obliegenheit¹¹, sondern eine **Pflicht** des Bestellers.

(1) Voraussetzungen der Abnahme

Die Abnahme gem. § 640 I 1 BGB verlangt eine **körperliche Entgegennahme** und eine **Billigung** des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäß.¹² Soweit eine körperliche Entgegennahme aufgrund der Beschaffenheit des Werkes unmöglich ist, genügt die Billigung. Sollte auch diese aus dem gleichen Grund ausgeschlossen sein (Bsp: unkörperliche Werke wie eine Ballett-Aufführung), tritt anstelle der Abnahme die Vollendung, § 646 BGB. Wegen der besonderen Bedeutung der Abnahme (dazu sogleich) ist diese doppelt abgesichert. Zum einen kann der Besteller die Abnahme nicht wegen unwesentlicher Mängel verweigern, § 640 I 2 BGB. Zum anderen wird die Abnahme fingiert, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist, § 641 I 3 BGB.

(2) Rechtsfolgen der Abnahme

¹⁰ Statt aller *Looschelders*, SchR BT, 11. Auflage, § 32 Rn. 647 m. w. N.

¹¹ Die Obliegenheit gebietet ein bestimmtes Verhalten, das im Gegensatz zur Pflicht bei Verstoß nicht zu einer Schadensersatzpflicht führt, allerdings bei Nichtbeachtung eine Verschlechterung der eigenen Rechtstellung bewirkt, Bsp: Mitverschulden gem. § 254 BGB mit der Folge der Kürzung der Schadensersatzpflicht (siehe schon GK BGB IIa Vertragliches Schuldrecht).

¹² *BGH*, NJW 1993, 1972, 1974.

- **§ 634 BGB:** Gewährleistungsrechte des Bestellers nur bei Mangelhaftigkeit des Werkes im Zeitpunkt der Abnahme (dazu sogleich)
- **§ 634a II BGB:** Die werkvertraglichen Verjährungsfristen beginnen in den Fällen des § 634a I Nr. 1 und 2 BGB mit der Abnahme
- **§ 640 II BGB:** Ausschluss der Mängelrechte gem. § 634 Nr. 1 bis 3 BGB (gilt also nicht für Schadensersatzansprüche und den Anspruch auf Aufwendungsersatz aus § 284 BGB) bei vorbehaltloser Abnahme in Kenntnis des Mangels
- **§ 641 I 1 BGB:** Vergütung wird mit Abnahme fällig
- **§ 641 IV BGB:** Vergütung in Geld ist ab Zeitpunkt der Abnahme vom Besteller zu verzinsen
- **§ 644 I 1 BGB:** Abnahme bewirkt Gefahrübergang auf den Besteller

Bsp.: Das von Bauunternehmer U erstellte Haus wird von Bauherr B abgenommen. In der folgenden Nacht brennt es aufgrund Blitzeinschlags ab. U kann Zahlung des vollständigen Werklohns verlangen, ist aber nicht verpflichtet, das Haus neu zu errichten.

c. *Nichtleistungsbezogene Nebenpflichten aus § 241 II BGB*

Auch der Besteller ist an die nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten aus § 241 II BGB (sog. Schutzpflichten) gebunden, weshalb er auch jenseits seiner Leistungspflichten (insbes. Abnahme, Vergütung) auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Unternehmers Rücksicht zu nehmen hat.

III. Leistungsstörungen im Werkvertrag

(Looschelders, SchR BT, 11. Auflage, § 32 Rn. 665 ff.)

1. Rechte des Unternehmers bei Leistungsstörungen

a. *Verletzung der Pflicht zur Vergütung (§ 631 I BGB) oder Abschlagszahlung (§ 632a BGB)*

Soweit der Besteller seinem Vergütungsanspruch aus § 631 I BGB nicht nachkommt, kann der Unternehmer einen etwaigen Verzögerungsschaden nach **§§ 280 I, II, 286 BGB** ersetzt verlangen oder Verzugszinsen nach **§ 288 I 1 BGB** geltend machen. Möglich bleibt außerdem ein (wirtschaftlich meist sinnloser) Rücktritt nach **§ 323 I Alt. 1 BGB** sowie ein Schadensersatz statt der Leistung nach **§§ 280 I, III, 281 BGB**, der wegen § 325 BGB auch neben dem Rücktritt zulässig ist. Das Gleiche gilt, soweit der Besteller den Anspruch auf Abschlagszahlungen aus § 632a BGB nicht erfüllt.

b. *Verletzung der Pflicht zur Abnahme (§ 640 I 1 BGB)*

Verletzt der Besteller hingegen seine Pflicht zur Abnahme aus § 640 I 1 BGB, droht ihm wie bei der Abnahmepflicht aus § 433 II Alt. 2 BGB nicht nur der Annahmeverzug (**§§ 293 ff. BGB**), sondern zugleich der Schuldnerverzug (**§ 286 BGB**). Auch hier kann der Unternehmer in Reaktion vom Vertrag zurücktreten (**§ 323 I Alt. 1 BGB**), Schadensersatz neben der Leistung (**§§ 280 I, II, 286 BGB**) oder statt der Leistung (**§§ 280 I, III, 281 BGB**) verlangen. Effektiver wird diesem Fall aber regelmäßig die Abnahmefiktion aus **§ 640 I 3 BGB** sein. Es treten die o. g. Rechtsfolgen der Abnahme ein, insbesondere die Fälligkeit der Vergütung und der Gefahrübergang.

c. Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit (§ 642 I BGB)

Nicht selten bedarf die Herstellung des Werkes der **Mitwirkung des Bestellers**.

Bsp.: Planungsvorgaben für Architekten, Bereitstellen von Plänen und Einholung einer behördlichen (Bau-)Genehmigung für Bauunternehmer, Anprobe eines Maßanzugs, Modellsitzen für Anfertigung eines Porträts.

Bei Unterlassen schuldet der Besteller – verschuldensunabhängig – mindestens eine angemessene Entschädigung, **§ 642 I BGB** (Höhe: Abs. 2). Bei Verschulden kommt auch ein weitergehender Anspruch auf Schadensersatz in Betracht. Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch ist, dass der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in den Verzug der Annahme (§§ 293 ff. BGB) kommt. Hierfür genügt wegen § 295 S. 1 BGB bereits ein wörtliches Angebot (→ GK BGB IIa).

Daneben gelten die allgemeinen Rechtsfolgen des Annahmeverzugs: bedeutsam ist insbesondere der Anspruch des Unternehmers auf die durch den Annahmeverzug entstandenen Mehraufwendungen (**§ 304 BGB**) und die Haftungsprivilegierung (**§ 300 I BGB**). Die Gefahr geht gemäß **§ 644 I 2 BGB** auf den Besteller über.¹³

Fall: Gestohlener Maßanzug: B bestellt bei dem Herrenschneider U einen Maßanzug. Trotz entsprechender Aufforderung durch U erscheint B nicht zur zweiten Anprobe, weil er sich einer schweren Operation unterziehen musste und längere Zeit bettlägerig ist. Bevor B das Krankenhaus wieder verlassen kann, bricht der unbekannte Dieb D in das ordnungsgemäß abgeschlossene Geschäft des U ein und stiehlt unter anderem den für B vorgesehenen, noch nicht vollständig fertiggestellten Anzug. Kann B von U die Herstellung eines neuen Maßanzugs verlangen?

Anspruch des B gegen U auf Herstellung eines neuen Maßanzugs aus § 631 I Alt. 1 BGB?

Grds. (+), da ein wirksamer Werkvertrag besteht. Da U sich verpflichtet hat, einen konkreten Erfolg in Form eines Maßanzugs zu erbringen, trägt dieser auch grds. bis zum Zeitpunkt der Abnahme (§ 644 I 1 BGB) die Leistungsgefahr (Herstellungsrisiko). Dass der nicht vollständig fertiggestellte Anzug gestohlen wurde, ist damit ein Risiko, das der Sphäre des U zuzurechnen ist.

Etwas anderes gilt, wenn die Leistungspflicht wegen § 275 I BGB ausgeschlossen ist. Die Herstellung eines neuen Maßanzugs ist aber möglich. Gleichwohl § 275 I BGB (+), wenn Konkretisierung (§ 243 II BGB) eingetreten ist. Hier (-), da bereits keine Gattungsschuld.

Möglicherweise aber Übergang der Leistungsgefahr nach § 644 I 2 BGB? Nach wohl h.M.¹⁴ enthält die Vorschrift des § 644 I 2 BGB keine Aussage zur Leistungsgefahr, sondern nur zur Vergütungs- oder Gegenleistungsgefahr, weshalb U nach dieser Ansicht – gegen Vergütung – weiter zur Herstellung verpflichtet wäre. Hintergrund dieser Auslegung ist der Umstand, dass die h.M. den Wortlaut „Verzug der Annahme“ in § 644 I 2 BGB auch auf die Mitwirkungshandlung aus § 642 I BGB bezieht. Die Gegenansicht¹⁵ beschränkt den Wortlaut des § 644 I 2 BGB nicht auf die Gegenleistungsgefahr. Einen Übergang der Leistungsgefahr bewirkt § 644 I 2 BGB indes nur, wenn der Besteller mit der „Abnahme des fertiggestellten Werkes“ in Annahmeverzug gerät. Auch nach dieser Ansicht bleibt U gegen die Entrichtung der vereinbarten Vergütung zur Herstellung verpflichtet, weshalb eine Stellungnahme entbehrlich ist.

¹³ Die Regel über den Gefahrübergang, § 300 II BGB, passt nicht, da die Werkleistung regelmäßig keine Gattungsschuld ist.

¹⁴ Busche, in: MüKo-BGB, § 644 Rn. 1; Sprau, in: Palandt, § 645 Rn. 1.

¹⁵ Voit, in: BeckOK-BGB/Bamberger/Roth, 41. Edition, § 644 Rn. 3.

B kann nach beiden Ansichten gem. § 631 I Alt. 1 BGB die Herstellung eines neuen Maßanzugs verlangen.

Darüber hinaus hat der Unternehmer nach **§ 643 BGB** die Möglichkeit der Kündigung. Wenn die angemessene Frist zur Nachholung der Mitwirkungshandlung erfolglos verstreicht, obwohl der Unternehmer darauf hingewiesen hat, dass er in diesem Fall kündige, gilt der Vertrag gem. § 643 S. 2 BGB als aufgehoben, ohne dass es einer weiteren Erklärung bedarf. Wird der Vertrag wegen § 643 BGB aufgehoben, kann der Unternehmer einen Teil der Vergütung verlangen, **§ 645 I 2 BGB**.

Fall: Gestohlener Maßanzug – Abwandlung: U hatte B gegenüber erklärt, er erwarte ihn für die Anprobe „spätestens im Laufe der nächsten Woche“, andernfalls werde er das vorbereitete Modell „auf die Maße seines Kunden K anpassen“. B erscheint erst nach vier Wochen im Laden des U und verlangt Herstellung des Anzugs. U weigert sich, zumal das Modell zwischenzeitlich gestohlen wurde. Zu Recht?

Anspruch des B gegen U auf Herstellung eines neuen Maßanzugs gem. § 631 I Alt. 1 BGB?

Grds (+), da ein wirksamer Werkvertrag besteht. Der Anspruch könnte erloschen sein, wenn der Werkvertrag infolge Kündigung als aufgehoben gilt (§ 643 S. 2 BGB). Dies setzt voraus, dass der Besteller durch das Unterlassen seiner Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug gerät und der Unternehmer erklärt, dass er den Vertrag kündige, wenn eine angemessene Frist zur Nachholung der Handlung erfolglos verstreicht (§ 643 S. 1 BGB iVm § 642 I BGB).

Durch das Fernbleiben hat B eine erfüllbare (§ 271 I Var. 2 BGB) Leistung nicht angenommen, obwohl U leistungsfähig und zur Leistung bereit war (§ 297 BGB). Die Aufforderung des U, spätestens im Laufe der nächsten Woche zur Anprobe zu erscheinen, genügt wohl bereits als wörtliches Angebot (§ 295 S. 1 BGB), da B an der Anprobe notwendig mitwirken musste (§ 295 S. 1 BGB). Hilfsweise ist die Mahnung nach § 296 BGB entbehrlich, wenn man zwischen U und B eine konkludente Einigung annimmt, die „spätestens im Laufe der nächsten Woche“ als Zeit nach dem Kalender bestimmt.¹⁶ B befand sich damit im Annahmeverzug.

Soweit man die Erklärung des U gem. §§ 133, 157 BGB analog den Willen entnehmen kann, dass mit Fristablauf der Vertrag als gekündigt gelten soll, sind die Voraussetzungen des § 643 BGB erfüllt.

B hat damit gegen U keinen Anspruch auf Herstellung des Maßanzugs gem. § 631 I Alt. 1 BGB. Vielmehr kann U nach Maßgabe des § 645 I 2 BGB eine Teilvergütung verlangen.

2. Rechte des Bestellers bei Leistungsstörungen

Zu unterscheiden ist danach, ob die Leistungsstörung vor (a) oder nach dem Zeitpunkt der (fiktiven) Abnahme (b) eintritt.

a. Verletzung der Pflicht zur Herstellung eines Werkes (§ 631 I BGB)

Verletzt der Unternehmer seine Hauptleistungspflicht aus § 631 I BGB, indem er das Werk **nicht oder verspätet** herstellt, ist der Bestellers auf das **allgemeine Leistungsstörungsrecht** angewiesen (§§ 280 ff. BGB oder §§ 323 ff. BGB).

b. Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Leistung (§ 633 I BGB)

¹⁶ Dazu, dass das Merkmal „nach dem Kalender bestimmt“ in § 296 S. 1 BGB regelmäßig eine „vertragliche Bestimmung“ voraussetzt: *Ernst*, in: MüKo-BGB, § 296 Rn. 2 mit Verweis auf § 286 Rn. 57; *Unberath*, in: BeckOK-BGB/Bamberger/Roth, 41. Edition, § 296 Rn. 2 mit Verweis auf *Lorenz*, in: BeckOK-BGB/Bamberger/Roth, 41. Edition, § 286 Rn. 30.

Soweit im Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Hauptleistungspflicht aus § 633 I BGB verletzt ist, greift das **besondere Gewährleistungsrecht** der §§ 633 ff. BGB.

(1) Übersicht

§ 634 BGB gleicht in seiner Struktur der Vorschrift des § 437 BGB und enthält ebenfalls eine Übersicht über die Rechte des Bestellers samt Rechtsgrundverweisungen¹⁷ auf die jeweiligen Rechts- und Anspruchsgrundlagen. Das sind im Einzelnen:

- **Nacherfüllung**, §§ 634 Nr. 1, 635 BGB
- **Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme**, §§ 634 Nr. 2, 637 BGB
- **Rücktritt**, §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 323 und 326 V BGB
- **Minderung**, §§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 BGB
- **Schadensersatz**, §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280, 281, 283 und 311a BGB
- **Ersatz vergeblicher Aufwendungen**, §§ 634 Nr. 4, 284 BGB ggf. iVm § 311a II 1 Alt. 2 BGB

(2) Anwendungsbereich der Rechte des Bestellers aus § 634 BGB

Vergleichbar mit den besonderen Gewährleistungsrechten des Kaufrechts sind dem Besteller die Rechte des § 634 BGB ebenfalls nur zugänglich, wenn ein **wirksamer Werkvertrag** geschlossen wurde (§ 631 I BGB) und das Werk **im Zeitpunkt des Gefahrübergangs** nicht frei von **Sach- oder Rechtsmängeln** ist (§ 633 BGB).

Auch der Mangelbegriff aus § 633 BGB lässt eine strukturelle Parallelität zu § 434 BGB (**Sachmangel**) und § 435 BGB (**Rechtsmangel**) erkennen. Während § 633 III BGB den Rechtsmangel beschreibt, ist der Sachmangel in § 633 II BGB geregelt.

- **§ 633 II 1 BGB**: Das Werk ist mangelhaft, soweit die tatsächliche nicht mit der **vereinbarten** Beschaffenheit übereinstimmt. Auch das Werkvertragsrecht geht damit im Grundsatz vom **subjektiven** Mangelbegriff aus.
- **§ 633 II 2 Nr. 1 BGB**: Soweit die Beschaffenheit **nicht vereinbart** wurde, liegt ein Mangel vor, wenn sich das Werk nicht für die nach dem **Vertrag vorausgesetzte** Verwendung eignet. Dieses Merkmal ist wie im Kaufrecht auszulegen, sodass § 633 II 2 Nr. 1 BGB nur gegeben ist, wenn sich die Parteien über die Verwendung **vertraglich** geeinigt haben.
- **§ 633 II 2 Nr. 2 BGB**: Soweit die Beschaffenheit **nicht vereinbart** wurde und **keine rechtsgeschäftliche** Einigung über die Verwendung erfolgt, ist das Werk mangelbehaftet, wenn es sich nicht für die **gewöhnliche** Verwendung eignet oder keine **Beschaffenheit** aufweist, die bei Werken der gleichen Art **üblich** ist und die der Besteller nach der Art des Werkes **erwarten durfte**. (Für die Mangelfreiheit müssen die Umstände des § 633 II 2 Nr. 2 BGB kumulativ vorliegen).
- **§ 633 II 3 BGB**: Auch im Werkvertragsrecht wird die Herstellung eines anderen als des geschuldeten Werkes (**Aliud**) sowie die Herstellung in zu geringer Menge (**Minderleistung**) einem Sachmangel gleichgestellt.

Vertiefende Hinweise: In der Klausur ist der Wortlaut des § 633 BGB der Reihe nach von oben nach unten zu prüfen. Anders als beim Sachmangel im Kaufrecht (§ 434 I 3 BGB) haftet der Werkunternehmer nicht für Werbeaussagen. Das Gleiche gilt für die unsachgemäße Montage oder eine fehlerhafte Montageanleitung (§ 434 II 1 und 2 BGB).

¹⁷ Rechtsgrundverweisung: Verweist auf eine Vorschrift, deren Voraussetzungen (ebenfalls) vorliegen müssen. (Gegensatz: Rechtsfolgenverweisung: Verweist nur für die Rechtsfolgen auf eine andere Vorschrift, ohne dass deren Voraussetzung geprüft werden müssen).

Im Gegensatz zum Kaufrecht („bei Gefahrübergang“, vgl. § 434 I 1 BGB) ist der maßgebliche Zeitpunkt für das Vorliegen eines Mangels nicht ausdrücklich geregelt. Dass allerdings auch im Werkvertragsrecht der **Zeitpunkt des Gefahrübergangs** entscheidet, ist im Wortlaut des § 633 I BGB („zu verschaffen“) implizit angedeutet. Im Regelfall des § 644 I 1 BGB geht die Gefahr mit **Abnahme** des Werkes auf den Besteller über.

(3) Kein Ausschluss der Gewährleistungsrechte

Wie im Kaufrecht ist zwischen **gesetzlichen** und **vertraglichen** Haftungsausschlüssen zu unterscheiden.

Einen **gesetzlichen** Haftungsausschluss regelt **§ 640 II BGB**. Dieser gilt jedoch für alle Rechte aus § 634 Nr. 1 bis 3 BGB. Soweit der Besteller ein mangelhaftes Werk in Kenntnis des Mangels abnimmt, bleiben diese Rechte zu seinen Gunsten nur bestehen, wenn er sie sich vorbehält. Wie der fehlende Verweis auf § 634 Nr. 4 BGB zeigt, erstreckt sich der gesetzliche Ausschluss nicht auf Schadensersatzansprüche und Ansprüche auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen.

§ 639 BGB (entspricht § 444 BGB im Kaufrecht) betrifft **vertragliche** Haftungsausschlüsse. Danach kann sich der Unternehmer auf einen solchen **nicht berufen**, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Beschaffenheitsgarantie übernommen hat. Die Formulierung „nicht berufen“ soll die Nichtigkeit des Haftungsausschlusses verhindern, um dem Unternehmer die Möglichkeit zu nehmen, über § 139 BGB den Vertrag im Ganzen zu Fall zu bringen. Jenseits der Grenzen des § 639 BGB ist ein Ausschluss der Gewährleistungsrechte aber zulässig, soweit ihm in Einzelfall nicht AGB-Recht (§§ 307 ff. BGB) oder andere zwingende Vorschriften entgegenstehen.

(4) Die Gewährleistungsrechte des Bestellers im Einzelnen

(a) Anspruch auf Nacherfüllung, §§ 634 Nr. 1, 635 BGB

Ist das vertraglich geschuldete Werk im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft, wandelt sich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch aus § 633 I BGB in einen Nacherfüllungsanspruch. §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB unterscheiden zwei Formen der Nacherfüllung: **Beseitigung des Mangels** (Nachbesserung) und die **Herstellung eines neuen Werkes**. Anders als im Kaufrecht steht das **Wahlrecht** (sog. ius variandi) nicht dem Besteller, sondern dem **Unternehmer** zu, weil dieser wegen seiner Sachkompetenz die zweckmäßigste Lösung zur Beseitigung des Mangels regelmäßig besser einschätzen kann als der Besteller. § 635 III BGB gibt dem Unternehmer jedoch das Recht, die Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten insgesamt zu verweigern. Soweit der Unternehmer allerdings zur Nacherfüllung verpflichtet bleibt, trägt er auch deren Kosten, § 635 II BGB. Stellt er nach seiner Wahl ein neues Werk her, hat er gegen den Besteller einen Anspruch auf Rückgewähr des mangelhaften Werkes aus § 635 IV BGB iVm § 346 I BGB.

Vertiefende Hinweise: Auch im Werkvertragsrecht gilt inhaltlich der **Vorrang der Nacherfüllung**, der dem Unternehmer ein **Recht zur zweiten Andienung** gewährt. Dies folgt wie im Kaufrecht aus dem Umstand, dass der Besteller die weitergehenden Rechte (Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen) regelmäßig erst nach dem Ablauf einer angemessenen Frist (§§ 637 I, 323 I BGB etc.) geltend machen kann.

Eine **Ausnahme** vom Vorrang der Nacherfüllung zeigt sich bei **Mängeln**, deren Behebung **unmöglich** ist. In diesen Fällen ist der Anspruch aus §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung ausgeschlossen (§ 275 I BGB). Folgerichtig bedarf es auch keiner Fristsetzung zur Nacherfüllung, um vom Vertrag zurückzutreten (§§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 326 V BGB), die Vergütung zu mindern (§§ 634 Nr. 3 Alt. 2,

638 I 1 BGB „statt zurückzutreten“) oder Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen (§§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, III, 283 BGB bei nachträglicher Unmöglichkeit oder §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 311a II BGB bei anfänglicher Unmöglichkeit). Das Gleiche gilt für den Ersatz vergeblicher Aufwendungen gem. §§ 634 Nr. 4 Alt. 2, 284 BGB (bei nachträglicher Unmöglichkeit“) oder gem. §§ 634 Nr. 4 Alt. 2, 311a II 1 Alt. 2 BGB iVm § 284 BGB (bei anfänglicher Unmöglichkeit). Ein Aufwendungsersatzanspruch nach Selbstvornahme (§§ 634 Nr. 2, 637 I BGB) scheidet in diesem Fall aus, da ein nicht behebbarer Mangel auch nicht selbst beseitigt werden kann.

Bsp.: Das von B dem Schuster U zur Reparatur überlassene Paar Halbschuhe wird bei einem Wasserrohrbruch im Laden des U unwiederbringlich zerstört.

In vielen Fällen ist aber die Herstellung eines neuen Werkes (§§ 634 Nr. 1, 635 I Alt. 2 BGB) möglich, so dass kein Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung vorliegt. *Siehe das Beispiel des Maßanzugs (Grundfall) oben.*

(b) Anspruch auf Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme, §§ 634 Nr. 2, 637 BGB

(aa) Überblick

Der Anspruch auf Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB ist ein besonderes Gewährleistungsrecht, das im Kaufrecht nicht existiert (dazu sogleich). Hat der Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt, kann er den Mangel selbst beseitigen und vom Unternehmer Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Der Vorteil dieses Anspruchs besteht darin, dass die Rechtsordnung ihn unabhängig von einem Verschulden des Unternehmers gewährt.

Bsp.: U sollte für die Geschäftsrechner des B eine Software installieren, die B zuvor online bei einem Dritthändler erworben hat. Obwohl U die Leistungshandlung ordnungsgemäß erbringt, verhindert ein Hackerangriff, dass die Software erfolgreich installiert wird. B bemerkt dies nach Abnahme und setzt U eine angemessene Frist zur (möglichen) Nacherfüllung. Als B kurz vor Ablauf der Frist die Geschäftsräume des B aufsuchen will, wird er unverschuldet in einen Unfall verwickelt, sodass die Frist erfolglos verstreicht. B kann hier einen anderen Unternehmer engagieren, der den Mangel für ihn beseitigt und von U die dafür erforderlichen Aufwendungen nach §§ 634 Nr. 2, 637 BGB ersetzt verlangen. Dass U weder dem Mangel, noch die Nichtleistung der Nacherfüllung zu vertreten hat, ändert nichts an der Beurteilung der Rechtslage.

(bb) Voraussetzungen

- **Wirksamer Nacherfüllungsanspruch:** Ein solcher besteht insbesondere dann nicht, wenn die Nacherfüllung zwar für den Unternehmer subjektiv unmöglich ist, für den Besteller aber möglich bleibt. Die Rechtsfolge des § 275 I BGB greift unabhängig davon, ob ein Fall der subjektiven oder objektiven Unmöglichkeit gegeben ist.

Bsp. U repariert den Oldtimer des B (§ 631 BGB), wobei sich nach Abnahme herausstellt, dass für eine mangelfreie Werkleistung ein weiteres Ersatzteil zwingend ist. Obwohl es U gelingt, das einzige auf dem freien Markt verfügbare Teil zu erwerben, wird dieses ohne ein Verschulden des U bei einem Brand in dessen Lager zerstört. Da U dadurch die Nacherfüllung subjektiv unmöglich ist, erlischt seine Pflicht aus §§ 634 Nr. 1, 635 BGB wegen § 275 I Alt. 1 BGB. Dies gilt auch dann, wenn sich der Oldtimer-Freund des B aus emotionaler Verbundenheit ausnahmsweise bereit erklärt, ein passendes Ersatzteil aus seiner privaten Sammlung ausschließlich an B zu übereignen.

- **Fristsetzung:** Im Regelfall des § 637 I BGB muss der Besteller erfolglos eine angemessene Frist gesetzt haben. Ausnahmsweise kann die Fristsetzung aber entbehrlich sein. Dies ist zum einen in den Fällen des § 637 II 1 BGB iVm § 323 II BGB, zum anderen bei **fehlgeschla-**

gener oder **unzumutbarer** Nacherfüllung (§ 637 II 2 Alt. 1 und 2 BGB) gegeben. Da das Nacherfüllungsverlangen regelmäßig mit einer Fristsetzung einhergeht, hat die Variante des „Fehlschlagens“ keinen großen Anwendungsbereich, weil dem Besteller bereits mit Fristablauf der Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 I BGB eröffnet ist. Es bleiben die Fälle des gescheiterten Nacherfüllungsversuchs ohne Fristsetzung, wobei das Merkmal im Übrigen wie in § 636 BGB auszulegen ist.¹⁸

Anders als im Kaufrecht (§ 440 S. 2 BGB) gestattet § 636 BGB dem Unternehmer jedenfalls nach seinem Wortlaut keinen zweiten Versuch zur Nacherfüllung. Der Umkehrschluss legt vielmehr nahe, dass ein Fehlschlag bereits nach dem ersten erfolglosen Nacherfüllungsversuch vorliegen kann.

- **Selbstvornahme:** Der Besteller muss die Mängel „selbst“ beseitigen. Dies schließt jedoch nicht aus, dass er Dritte (Bsp. einen anderen Handwerker) vertraglich engagiert, um die Beseitigung für ihn zu übernehmen.¹⁹
- **Kein Ausschluss:** Der Anspruch ist auf Aufwendungsersatz nach § 637 I a.E. BGB ausgeschlossen, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht nach § 635 III BGB verweigert hat.

Bsp. Hat U die Nacherfüllung nach § 635 III BGB verweigert, weil sie (obwohl unterhalb der Schwelle des § 275 II BGB) nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist, soll B dieses Recht nicht dadurch unterlaufen können, dass er die Mangelbeseitigung nach §§ 634 Nr. 2, 637 BGB selbst vornimmt und anschließend die „unverhältnismäßigen“ Aufwendungen von U ersetzt verlangt.

Die Ausnahme in § 637 I a. E. BGB (Verweigerungsrecht des Werkunternehmers) ist konsequent, denn anderenfalls würde der vom Gesetzgeber beabsichtigte Schutz des Unternehmers in § 635 III BGB durch das Selbstvornahmerecht und den anschließenden Aufwendungsersatzanspruch konterkariert.

(cc) Rechtsfolge

Sind alle Voraussetzungen erfüllt, kann der Besteller die erforderlichen Aufwendungen ersetzt verlangen. **Aufwendungen** sind alle freiwilligen Vermögensopfer. **Erforderlich** sind alle Aufwendungen, die ein vernünftig und wirtschaftlich Denkender in der Situation des Bestellers tätigen würde. Nach **§ 637 III BGB** kann der Besteller für die Selbstvornahme einen **Vorschuss** verlangen.

(dd) Exkurs: Selbstvornahme im Kaufrecht

Im Gegensatz zum Werkvertragsrecht gibt es im Kaufrecht keinen **verschuldensunabhängigen** Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme. Diese Kosten sind nur als Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I, III, 281 BGB ersatzfähig, wenn der Käufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und der Verkäufer die Pflichtverletzung **zu vertreten** hat.

Vertiefende Hinweise: Dass auch im Übrigen kein Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme existiert, zeigt die Subsumtion unter folgende Anspruchsgrundlagen des K gegen V:

¹⁸ Dazu ausführlich Busche, in: MüKo-BGB, § 636 Rn. 21.

¹⁹ Vgl. Looschelders, SchR BT, Rn. 683 m.w.N.

- **§§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I, III, 283 BGB (-)**, da Käufer durch die Selbstvornahme die Unmöglichkeit der Nacherfüllung durch Zweckerreichung (§ 275 I BGB) herbeiführt, welche der Verkäufer nicht zu vertreten hat.
- **§§ 634 Nr. 2, 637 BGB analog (-)**, da der Gesetzgeber diese Problematik kannte und sich gegen einen Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme im Kaufrecht entschieden hat. Für die Analogie fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke.
- **§§ 346, 326 IV, II 2 BGB analog (-)**: Hat K den Kaufpreis bereits gezahlt, darf V diesen grds. behalten, da K infolge der Selbstvornahme die Unmöglichkeit durch Zweckerreichung allein zu verantworten hat (§ 326 II 1 Alt. 1 BGB). V muss sich jedoch nach § 326 II 2 BGB dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart hat. Dies sind die Kosten der Nacherfüllung (§ 439 II BGB). Diesen „nicht geschuldeten“ Betrag könnte K gem. §§ 346, 326 IV, 326 II 2 BGB von V zurückverlangen. Eine direkte Subsumtion unter § 326 IV BGB scheitert jedoch daran, dass dieser das Entfallen der Gegenleistungspflicht gem. § 326 I 1 Hs. 1 BGB voraussetzt (vgl. Wortlaut „nicht geschuldet“). Diese Vorschrift ist für den Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung wegen § 326 I 2 BGB aber nicht anwendbar. Eine Analogie scheitert erneut an der planwidrigen Regelungslücke. Überdies würde sie den Vorrang der Nacherfüllung unterlaufen.
- **§ 439 II BGB (-)**: Da der Verkäufer nach § 439 II BGB die Kosten der Nacherfüllung tragen soll, könnte man überlegen, den Aufwendungsersatzanspruch nach Selbstvornahme aus dieser Vorschrift abzuleiten. Hiergegen spricht aber die Systematik: §§ 634 Nr. 2, 637 BGB würde vollständig leerlaufen, wenn sich der Aufwendungsersatzanspruch bereits aus § 635 II BGB, der inhaltsgleichen Parallelvorschrift zu § 439 II BGB, ergeben würde. Zudem würde dem Verkäufer auch dadurch das Recht zur zweiten Andienung genommen.
- **§§ 683 S. 1, 670 BGB oder §§ 684 S. 1, 818 II BGB (-)**, da wohl bereits der Fremdgeschäftsführungswille fehlt. Im Übrigen würden die speziellen Wertungen des Kaufrechts wie der Vorrang der Nacherfüllung unterlaufen.
- **§§ 812 I 1 Alt. 2, 818 II BGB (-)**: Auch dieser Anspruch unterläuft nach überwiegender Ansicht die gesetzliche Risikoverteilung des Kaufrechts.

(c) Rücktritt, §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 323, 326 V BGB

Soweit das geschuldete Werk im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft ist, verweist § 634 Nr. 3 Alt. 1 BGB für die weiteren Voraussetzungen auf die allgemeinen Vorschriften in §§ 323 und 326 V BGB (Rechtsgrundverweisung).

Ist die Nacherfüllung wegen eines **nicht behebbaren Mangels** unmöglich und folglich nach § 275 I BGB ausgeschlossen, richtet sich der Rücktritt nach § 326 V BGB. Danach ist auch bei einem unbehebaren Mangel die Vorschrift des § 323 BGB anzuwenden, mit der Modifikation, dass die Fristsetzung entbehrlich ist (§ 326 V Hs. 2 BGB).

Ist der **Mangel** hingegen **behebbar**, ist nach § 323 I Alt. 2 BGB („nicht vertragsgemäße Leistung“) grundsätzlich eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen. Diese kann ausnahmsweise nach § 323 II BGB entbehrlich sein. Zu beachten ist die Sonderregel des § 636 BGB, die wie auch § 440 BGB im Kaufrecht weitere Fälle nennt, in denen die Fristsetzung entbehrlich ist (lesen!)

Wurden die **Leistungen bereits ausgetauscht**, gestaltet der Rücktritt das bisherige Schuldverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis mit dem Inhalt des § 346 I BGB, wonach **empfangene** Leistungen zurück zu gewähren und gezogenen Nutzungen herauszugeben sind. Fand indes noch **kein Leistungsaustausch** statt, erlöschen durch den Rücktritt die Leistungspflichten. Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut des § 346 I BGB, folgt jedoch aus einem Erst-Recht-Schluss.

Zur Erinnerung (→ GK BGB IIa im Zusammenhang mit den Gewährleistungsrechten des Käufers): Der Rücktritt ist **kein Anspruch**, sondern ein **Gestaltungsrecht**. Da nur Ansprüche der Verjährung unterliegen

(§ 194 I BGB), ist das Rücktrittsrecht wie auch die Minderung (§ 634 Nr. 3 BGB) in § 634a I BGB nicht genannt. Diese können lediglich nach Maßgabe der § 634a IV BGB (Rücktritt) und § 634a V BGB (Minderung) iVm § 218 BGB **verfristen**. Folglich gibt es auch **keinen** „Anspruch **auf** Rücktritt“, sondern lediglich einen „Anspruch **nach** Rücktritt“. Dieser folgt aus § 346 I BGB, wobei das Rücktrittsrecht nach §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 323, 326 V BGB nur inzident als Tatbestandsvoraussetzung („gesetzliches Rücktrittsrecht“, § 346 I Alt. 2 BGB) zu prüfen ist.

(d) Minderung, §§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 BGB

§ 638 BGB eröffnet dem Besteller die Möglichkeit, die Vergütung durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer zu mindern. Aus der Formulierung des § 638 I 1 BGB „statt zurückzutreten“ ergibt sich, dass für die Minderung stets sämtliche Voraussetzungen des Rücktritts vorliegen müssen (vgl. § 441 Abs. 1 BGB im Kaufrecht).

Die **Berechnung** der geminderten Vergütung ist in **§ 638 III 1 BGB** geregelt. Sie ist im Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werkes in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Formel: Vergütung mangelhaft (geminderte Vergütung) = (Wert mangelhaft / Wert mangelfrei) x Vergütung mangelfrei

Bsp.: Hypothetischer Wert des mangelfreien Hauses: 500.000 EUR, tatsächlicher Wert des Hauses unter Berücksichtigung einzelner Baumängel: 450.000 EUR, vereinbarter Werklohn: 600.000 EUR. Besteller schuldet Werkunternehmer nur 540.000 EUR.

Die Minderung ist wie der Rücktritt ein Gestaltungsrecht, das gegenüber dem Unternehmer erklärt werden muss.

Soweit auf der Seite des Unternehmers (z. B. ARGE) oder des Bestellers (z. B. Bauherrengemeinschaft) mehrere beteiligt sind, kann die Minderung nur gegen alle oder von allen erklärt werden, § 638 II BGB (vgl. die entsprechende Regelung in § 441 II BGB und in § 351 BGB betreffend Rücktrittsrecht).

Hat der Besteller die **Vergütung bereits in voller Höhe erbracht**, kann er den Mehrbetrag gem. §§ 638 IV 1, 2 iVm 346 I BGB zurückverlangen. Soweit die Vergütung noch nicht geleistet wurde, erlischt die Leistungspflicht in Höhe des Mehrbetrags (erneut ein Erst-Recht-Schluss aus §§ 638 IV 1, 2 iVm 346 I BGB)

(e) Schadensersatz, § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB iVm §§ 280, 281, 283 und 311a II BGB

Je nach Schadensposition ist der Besteller auf verschiedene Anspruchsgrundlagen für einen Schadensersatz neben oder statt der Leistung verwiesen.

- Verursacht die mangelhafte Leistung einen Schaden **an sonstigen Rechten**, Rechtsgütern oder Interessen des Bestellers, richtet sich der Schadensersatzanspruch nach **§§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I BGB**. Da dieser Schaden nicht dem Äquivalenz-, sondern dem **Integritätsinteresse** zuzurechnen ist, kann dieser neben der Leistung, also neben dem Nacherfüllungsanspruch, geltend gemacht werden. (sog. **Schaden neben der Leistung**).

Bsp.: Besteller B hat aus China ein lebensgroßes Selbstbildnis aus Stein importiert, das Werkunternehmer U nun ordnungsgemäß im Anwesen des B aufstellen soll. Da U bei der Verankerung in fahrlässiger Weise pfuscht, fällt die Statue bereits zwei Tage nach der Abnahme durch B um und verletzt diesen bei seinen morgend-

lichen Yogaübungen. Die Behandlungskosten und ein etwaiges Schmerzensgeld erhält B über §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, 249 II 1, 253 I, II BGB. Daneben kann er weiterhin Nacherfüllung verlangen, §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB

Nach h. M. fallen auch Nutzungsausfallschäden unter §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I BGB.²⁰

Bsp.: Zum Zeitpunkt der Eröffnung der neuen Pizzeria des B erweist sich der von U eingebaute Pizaofen als defekt. B macht entgangenen Gewinn geltend.

Soweit der Unternehmer mit seiner Pflicht zur Nacherfüllung in Verzug kommt und dem Besteller hierdurch ein Schaden entsteht, ist dieser als Schadensposition neben der Leistung nach §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, II, 286 BGB zu ersetzen

Bsp.: Das lebensgroße Selbstbildnis ist zwar noch nicht umgefallen, B erkennt aber Risse im Fundament. Aufgrund der Dringlichkeit verspricht U felsenfest, dass er die Mangelhaftigkeit der Verankerung innerhalb von drei Tagen beseitigen werde. Da U den Termin vergisst, verstreicht diese Frist. Weil die Statue umzustürzen droht, muss B am darauffolgenden Tag dem Veranstalter eines Empfangs absagen, der zu diesem Zweck die Eingangshalle des B gemietet hatte. Dem B entgehen dadurch Mieteinnahmen in Höhe von 500 EUR. Diesen entgangenen Gewinn kann B nach §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, II, 286 II BGB iVm § 252 BGB ersetzt verlangen. Die Mahnung ist nach § 286 II Nr. 4 BGB entbehrlich (Selbstmahnung)²¹.

Hinweis: Der Schaden im Beispielfall darf nicht mit dem Nutzungsausfallschaden verwechselt werden, der nach h.M. über §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I BGB zu ersetzen sind. Ein solcher wäre beispielsweise nur gegeben, wenn dem B ein Gewinn entgeht, weil er die Statue selbst nicht nutzen kann. Hier geht es aber um das Interesse des B, sein anderweitiges Eigentum (Eingangshalle) zu nutzen.

- Möchte der Besteller allerdings anstelle der Leistung das **Erfüllungs- oder Äquivalenzinteresse** ersetzt verlangen, ist er auf den Schadensersatz **statt der Leistung** verwiesen.

Soweit die **Nacherfüllung** infolge eines nicht behebbaren Mangels **unmöglich** und damit gem. § 275 I BGB ausgeschlossen ist, richtet sich dieser nach §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, III, 283 BGB (bei nachträglicher Unmöglichkeit) oder §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 311a II BGB (bei anfänglicher Unmöglichkeit). In diesen Fällen bedarf es naturgemäß keiner Fristsetzung.

Etwas anderes gilt, wenn die **Nacherfüllung möglich** bleibt. Dann ist der Schadensersatz statt der Leistung auf §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, III, 281 BGB zu stützen, wobei der Besteller eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen muss. Diese kann aber gem. §§ 281 II, 636 BGB ausnahmsweise entbehrlich sein.

Bsp.: Die Mieter des B mindern die Miete, weil die Heizung in dem von dem Generalunternehmer U für B neu erstellten Mietshaus nicht funktioniert.

²⁰ Zum Ganzen Looschelders, SchR BT, Rn. 691, 137; Looschelders, SchR AT, Rn. 551.

²¹ BGH, NJW 2012, 2955, 2259 m.w.N.; Ernst, in: MüKo-BGB, § 286 Rn. 70.

(f) Ersatz vergeblicher Aufwendungen

Liegen die Voraussetzungen für einen Schadensersatz statt der Leistung vor, kann der Besteller **stattdessen** den Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen, §§ 634 Nr. 4 Alt. 2, 284 BGB. Für den Fall der anfänglichen Unmöglichkeit der Nacherfüllung ergibt sich der Anspruch aus §§ 634 Nr. 4 Alt. 2, 311a II 1 Alt. 2 BGB iVm § 284 BGB.

Bsp.: Abschluss einer Versicherung durch B für ein vom Künstler U auch nach mehrmaliger Mahnung und Fristsetzung nicht fertiggestelltes Gemälde.

Fall: Badezimmerfliesen: B möchte in seinem Badezimmer neue Fliesen verlegen lassen und beauftragt den Fliesenleger U damit. B und U vereinbaren ein Honorar von 2000 € dafür. U kauft die Fliesen beim Händler H für einen Preis von 1000 €. H hat die Fliesen wiederum vom Hersteller P erworben. Nach dem Verlegen der Fliesen durch U stellt B fest, dass sich Blasen im Fugenmörtel bilden und teilweise Material an den Fliesenkanten abgeplatzt ist, was auf eine fehlerhafte Oberflächenbeschaffenheit der Fliesen zurückzuführen ist. Die Blasenbildung und die Kantenabplatzungen ließen sich nur durch das Auswechseln der Fliesen beheben. Die Kosten hierfür betragen 3000 €.

Welche Rechte hat B im Verhältnis zum Fliesenleger U? [Falllösung ist schon fertig]

(5) Verjährung

§ 634a BGB regelt die Verjährung der Ansprüche aus § 634 Nr. 1, 2 und 4 BGB. Da nur Ansprüche der Verjährung unterliegen (§ 194 I BGB), sind Rücktritt und Minderung (§ 634 Nr. 3 BGB) als Gestaltungsrechte nicht von Abs. 1 umfasst. Für diese gelten vielmehr die Spezialregelungen des § 634a IV und V BGB (dazu sogleich).

- Soweit der Erfolg in einer Herstellung, Wartung oder Veränderung einer **Sache** (mit **Ausnahme** von Bauwerken, dann **Nr. 2**) oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen **hierfür** besteht, gilt eine **zweijährige** Verjährungsfrist, § 634a I **Nr. 1** BGB.
- Die Ansprüche der § 634 Nr. 1, 2 und 4 BGB verjähren bei einem **Bauwerk** und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen **hierfür** besteht, in **fünf** Jahren, § 634a I **Nr. 2** BGB.
- In **allen anderen Fällen**, also vor allem bei unkörperlichen Werken, verjähren die Ansprüche der § 634 Nr. 1, 2 und 4 BGB in **drei** Jahren (regelmäßige Verjährungsfrist gem. § 195 BGB), § 634a I **Nr. 3** BGB.

Während sich der **Beginn** der regelmäßigen Verjährungsfrist (§§ 634a I **Nr. 3**, 195 BGB) nach der allgemeinen Vorschrift des **§ 199 I BGB** richtet, bestimmt § 634a II BGB für die Fälle der § 634a I Nr. 1 und 2 BGB einen anderen Verjährungsbeginn, nämlich den Zeitpunkt der **Abnahme**. Anders als bei § 199 I BGB kommt es nach § 634a II BGB nicht auf die Kenntnis, sondern allein auf den objektiven Umstand der Abnahme an.

Eine **Ausnahme** gilt für die Verjährungsfristen aus § 634a I **Nr. 1 und 2** BGB, die gem. § 634a III 1 BGB abweichend vom Regelfall in der regelmäßigen Verjährungsfrist gem. § 195 BGB (drei Jahre) verjähren, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Da diese Vorschrift die Arglist des Unternehmers ahnden und nicht privilegieren möchte, regelt § 634a III 2 BGB, dass die Verjährung im Fall des § 634a I Nr. 2 BGB nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist eintreten soll.

(6) Quasi-Verjährung: Ausschluss der Gewährleistungsrechte nach Zeitablauf

Anders als die Ansprüche aus § 634 Nr. 1, 2 und 4 BGB unterliegen die Gestaltungsrechte des § 634 I Nr. 3 BGB (Rücktritt und Minderung) nicht der Verjährung. Stattdessen existieren für sie zwei **gesetzliche** Ausschlussstatbestände in § 634a IV und V BGB.

Für den Ausschluss des Rücktritts verweist **§ 634a IV 1 BGB** auf § 218 I 1 BGB, wonach der Rücktritt unwirksam ist, wenn der zugrundeliegende Anspruch auf die Nacherfüllung verjährt ist **und** der Schuldner sich hierauf beruft. Dies gilt gem. § 218 I 2 BGB auch dann, wenn der Nacherfüllungsanspruch nach §§ 275 I bis III oder 635 III BGB zwar ausgeschlossen ist, der hypothetische Anspruch aber verjährt wäre.

Exkurs: Besondere Bedeutung hat die Mängelrüge in § 634a IV 2 BGB (entspricht § 438 IV 2 BGB im Kaufrecht). Danach kann der Besteller die **Zahlung der Vergütung** auch dann **verweigern**, wenn er wegen § 218 I BGB zwar nicht mehr zurücktreten kann, dazu infolge des Rücktritts aber berechtigt gewesen wäre. Soweit sich der Besteller aber auf die Mängelrüge beruft, kann der Unternehmer seinerseits gem. § 634a IV 3 BGB zurücktreten.

Gem. **§ 634 V BGB** greift § 218 BGB ebenfalls für die Minderung. Das Gleiche gilt für die Mängelrüge nach § 634 IV 2 BGB mit der Ausnahme, dass der Unternehmer nicht nach § 634 IV 3 BGB zurücktreten kann.

c. *Kündigungsrechte des Bestellers*

(1) Leistungsstörungsunabhängiges Kündigungsrecht (§ 649 BGB)

Gem. **§ 649 S. 1 BGB** kann der Besteller bis zur Vollendung des Werkes **jederzeit** den Vertrag mit **ex nunc-Wirkung** kündigen.

Dass § 649 S. 1 BGB dem Besteller ein **voraussetzungsloses Kündigungsrecht** gewährt, mag zunächst verwundern, ist aber durchaus interessengerecht. Gerade wenn der Herstellungsprozess eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, kann es sein, dass der Besteller aus irgendwelchen Gründen sein Interesse an der Herstellung des Werkes verliert. Dann ist dessen Vollendung aber regelmäßig für keine Partei zielführend und würde zu einer ineffizienten Ressourcenverschwendung führen. Aus diesem Grund ermöglicht § 649 S. 1 BGB eine Durchbrechung des Grundsatzes *pacta sunt servanda*. Um die Interessen des Unternehmers zu wahren, erhält dieser aber im Fall der Kündigung die **volle Vergütung** (§ 649 S. 2 Hs. 1 BGB). Er muss sich gem. § 649 S. 3 BGB jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder zu erwerben böswillig unterlässt.

(2) Kündigung wegen wesentlicher Überschreitung des Kostenvoranschlags (§ 650 BGB)

Ein besonderes **Kündigungsrecht** steht dem Besteller nach **§ 650 I BGB** zu, wenn dem Vertrag ein **unverbindlicher** Kostenvoranschlag zugrunde gelegt wurde und sich herausstellt, dass das Werk nicht ohne eine wesentliche Überschreitung des angegebenen Betrags ausführbar ist. Der Unternehmer wird in diesem Fall durch § 645 I BGB geschützt.

(3) Recht zur außerordentlichen Kündigung?

Daneben soll dem Besteller das Recht zur außerordentlichen Kündigung eingeräumt sein, wenn ihm die Fortsetzung des Vertrages **unzumutbar** ist (str.). Umstritten ist indes die Rechtsgrundlage für dieses Kündigungsrecht, da die allgemeine Vorschrift des § 314 BGB nur für Dauer-schuldverhältnisse gilt, wozu der Werkvertrag gerade nicht zählt.²² Unabhängig von der Rechtsgrundlage beendet die Kündigung den Werkvertrag mit **ex nunc-Wirkung**.

Fall: Eingebildeter Porträtist: Die eitle B gibt bei dem hochgehandelten Maler U ein Nacktporträt in Auftrag. Sie hat bereits eine Versicherung für das Bild abgeschlossen. Nach drei Porträtsitzungen bemerkt B, dass der hochnäsige U tatsächlich überhaupt nicht an dem Porträt gearbeitet hat, sondern gelangweilt irgendwelche Kritzeleien auf die Leinwand geschmiert hat. Empört verlässt sie das Atelier des U. Sie sei es endgültig leid.

Anspruch der B gegen U aus § 284 BGB auf Ersatz der vergeblichen Aufwendungen, die sie für die Versicherung getätigt hat? Da der Aufwendungsersatz nur „anstelle“ des Schadensersatzes statt der Leistung verlangt werden kann, müssten mit Ausnahme eines ersatzfähigen Schadens²³ zunächst dessen Voraussetzungen vorliegen.

In Betracht kommt ein Anspruch aus §§ 280 I, III, 282 BGB. U hat während eines bestehenden Schuldverhältnisses (§ 631 BGB) durch seine Untätigkeit die Zeit der B verschwendet und so jedenfalls seine Pflicht aus § 241 II BGB verletzt, auf die Interessen der B Rücksicht zu nehmen. Dies hat U, der vorsätzlich handelte, auch zu vertreten (§§ 280 I 2, 276 I Alt. 1 BGB). Erforderlich ist weiter, dass B die Leistung durch U nicht mehr zugemutet werden kann (§ 282 BGB). Die Unzumutbarkeit muss aus einer Interessenabwägung folgen. Für eine solche spricht die Schwere der Pflichtverletzung. B handelte nicht nur vorsätzlich, sondern missachtete die Interessen der B nicht nur einmal, sondern wiederholt. Zwar hat B den U nicht abgemahnt. Gegen das Erfordernis einer Abmahnung spricht hier jedoch die wiederholende Rücksichtslosigkeit des B, welche auch so geeignet ist, das Vertrauensverhältnis dauerhaft zu beschädigen. Da die Unzumutbarkeit gegeben ist und der haftungsausfüllende Tatbestand im Übrigen für einen Anspruch aus § 284 BGB nicht erfüllt sein muss, hat B einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die sie im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte.

Durch den Abschluss einer Versicherung hat B freiwillige Vermögenseinbußen (= Aufwendungen) in Kauf genommen. Diese erfolgten auch nach Abschluss des Werkvertrags und damit im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung. Da das Porträt von einem hochgehandelten Maler erstellt werden soll, kann davon ausgegangen werden, dass es einen Marktwert besitzt, welcher der B den Abschluss einer Versicherung billigerweise gestattete. Soweit B bereits Versicherungsbeiträge entrichtet hat, kann sie diese von U nach § 284 BGB verlangen. Im Übrigen ist U nach § 284 BGB verpflichtet, die B von ihrer Verbindlichkeit aus dem Versicherungsvertrag freizustellen (§ 257 BGB).

²² Zum Ganzen: Looschelders, SchR BT, Rn. 710 m.w.N.

²³ Ausführlich zu dieser Ausnahme: Looschelders, SchR AT, Rn. 652.