

Fall 1 a

Anspruch auf Erneuerung der Fassade gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B

1. Zwischen den Parteien besteht ein **Werkvertrag**.
2. Die **Rostflecken** auf der Fassade stellen einen **Mangel** im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 3 Buchstabe b VOB/B dar.
3. Fraglich ist, ob die Bauer GmbH nach **§ 13 Abs. 3 VOB/B** von der **Gewährleistung** für diesen Mangel **frei** ist.

- a) Der Mangel könnte zurückzuführen sein auf einen **vom Auftraggeber vorgeschriebenen Stoff**, nämlich die Betonsichtsteine.

Hier hat Kunze nur einen bestimmten **Typ** von Betonsteinen vorgegeben. Dieser war für den vorgesehenen Einsatzzweck grundsätzlich **geeignet**. Der Fehler beruht nur auf der unzureichenden Beschaffenheit der konkret verwendeten **Partie**. Die Verwendung dieser konkreten Partie hat Kunze nicht vorgegeben.

Das **Risiko**, dass eingesetztes **Material fehlerhaft** ist, liegt grundsätzlich beim **Auftragnehmer**. Er hat für daraus resultierende Mängel auch dann einzustehen, wenn ihn kein Verschulden trifft.

§ 13 Abs. 3 VOB/B **verlagert** diese Gefahr in einer bestimmten Konstellation auf den **Auftraggeber**. Grund dafür ist, dass durch die Anordnung, bestimmtes Material zu verwenden, ein besonderes Risiko geschaffen wird. Wenn sich dieses verwirklicht, soll der Auftraggeber die Konsequenzen tragen.

Hier hat Kunze durch seine Anweisung, Steine eines bestimmten Typs zu verwenden, nicht das ausschlaggebende Risiko geschaffen, denn die Steine waren ihrem Typ nach **geeignet**. Verwirklicht hat sich vielmehr das allgemeine Risiko, dass eine einzelne Lieferung nicht den Vorgaben entspricht. Dieses Risiko wurde durch Kunzes Anordnung nicht erhöht. Es verblieb bei der Bauer GmbH.

- b) **Zwischenergebnis:** Die **Risikoverlagerung** nach § 13 Abs. 3 VOB/B **greift nicht**. Die Bauer GmbH muss für den Mangel eintreten.
4. **Ergebnis:** Der **Anspruch** auf Erneuerung der Fassade ist **begründet**.

Fall 1 b**Anspruch auf Erneuerung der Fassade gemäß § 634 Nr. 1 und § 635 Abs. 1 BGB**

1. Die Flecken und Wasserspuren in der Fassade sind **Mängel** im Sinne von § 633 Abs. 2 Nr. 2 BGB.
2. Fraglich ist auch hier, ob die Bauer GmbH von der **Gewährleistung frei** ist, weil Kunze einen bestimmten **Baustoff vorgeschrieben** hat.
 - a) Auch bei BGB-Verträgen haftet der Unternehmer nach verbreiteter Auffassung nicht für Fehler, die **ausschließlich im Verantwortungsbereich des Bestellers** liegen. Der Unternehmer wird deshalb nach Treu und Glauben von der Haftung für einen Mangel frei, wenn er den Besteller auf die Bedenken hinweist, die ihm bei der gebotenen Prüfung gegen die Geeignetheit der verbindlichen Vorgaben, der gelieferten Stoffe oder Bauteile oder der Vorleistung anderer Unternehmer gekommen sind oder bei ordnungsgemäßer Prüfung hätten kommen müssen. (so etwa BGHZ 174, 110 = NJW 2008, 511 Rn. 22 f.).
Beachte allgemein: Haben **beide Seiten** den Mangel **verursacht**, ist der Unternehmer – auch bei VOB-Verträgen – zur Nachbesserung verpflichtet, der Besteller muss sich aber entsprechend seinem Mitverursachungsanteil an den **Kosten** der Nachbesserung **beteiligen** (BGH NJW 1984, 1676, 1677).
 - b) **Hier** liegt der Fehler **nicht** im Verantwortungsbereich von Kunze (vgl. oben Fall 1a).
3. **Ergebnis:** Der **Anspruch** auf Nachbesserung ist **begründet**.

Fall 2**Anspruch auf Zahlung von 275.000 Euro analog § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB**

1. Aus dem geschlossenen **Werkvertrag** hat die Eltmann GmbH einen **Anspruch** auf die geforderte **Teilvergütung**.
2. Nach § 641 Abs. 1 BGB wäre der Anspruch erst mit **Abnahme** fällig.
Diese ist noch nicht erfolgt.
3. Die **Zerstörung** des Werks führt grundsätzlich **nicht** zur Fälligkeit des Anspruchs.
 - a) Grundsätzlich trägt der **Unternehmer** die **Leistungsgefahr** (d.h. er muss das Werk nach Zerstörung erneut erstellen) und die **Vergütungsgefahr** (d.h. er bekommt kein Geld für vergeblich geleistete Arbeit).
 - b) Erst mit **Abnahme** gehen Leistungs- und die Vergütungsgefahr gemäß **§ 644 Abs. 1 Satz 1 BGB** auf den **Besteller** über. Dazu ist es hier nicht gekommen.
4. Ein Anspruch auf **Abschlagszahlung** gemäß § 632a BGB setzt voraus, dass die Leistung zumindest teilweise **vertragsgemäß erbracht** ist.
Dies ist **hier nicht** (mehr) der Fall, sofern die Eltmann GmbH die **Leistungsgefahr** trägt und deshalb nach Zerstörung des Werks die Leistung nochmals erbringen muss.
5. Fraglich ist, ob die Eltmann GmbH hier entsprechend **§ 645 Abs. 1 Satz 1 BGB** die Vergütung verlangen kann.
 - a) Der **Wortlaut** der Vorschrift ist **nicht** erfüllt. Die Bauherrin hat hier **keine Anweisung** erteilt, den Hochwasserschutz zu entfernen.

- b) Nach der Rechtsprechung ist die Vorschrift **entsprechend** anwendbar, wenn das Werk aus Gründen untergeht, die in der **Person des Bestellers** liegen oder auf **Handlungen des Bestellers** zurückgehen, so dass der Besteller der Gefahr, die zum Untergang geführt hat, näher steht als der Unternehmer (BGHZ 78, 352, 354). **Hier** beruht der Untergang auf dem **unzureichenden Hochwasserschutz**. Die Aufgabe, für einen ausreichenden Hochwasserschutz zu sorgen, hatte hier die **Bauherrin** übernommen. Die Eltmann GmbH hatte keinen Einfluss darauf. Deshalb stand die Auftraggeberin der Gefahr, die zum Untergang geführt hat, hier **näher**. Dass die Entfernung des Schutzes **ohne Zutun** der Auftraggeberin geschah, ist demgegenüber unerheblich. Nach dem Gedanken des § 645 BGB hat der Besteller **auch** für Umstände einzutreten, die er **nicht zu vertreten** hat – sofern er ihnen näher steht als der Unternehmer.
- c) **Zwischenergebnis**: Die **Voraussetzungen** für eine entsprechende Anwendung des § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB sind **erfüllt**.
6. **Ergebnis**: Der Zahlungsanspruch ist **begründet**.

Fall 3

- I. Anspruch gegen die Bauer GmbH auf Zahlung von 50.000 Euro aus § 634 Nr. 2 und § 637 BGB**
- Zwischen den Parteien besteht ein **Werkvertrag**.
 - Fraglich ist, ob die Leistung **mangelhaft** ist. Das hängt gemäß § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB davon ab, welche Beschaffenheit **vereinbart** war.
 - Ursprünglich** war vereinbart, das Gebäude um einen Meter tiefer zu gründen als es jetzt steht.
 - Die **Anweisung des Architekten**, nach den neuen Plänen zu bauen, konnte nur dann zu einer Vertragsänderung führen, wenn der Architekt hierzu **Vertretungsmacht** hatte.
 - Die im **Bauvertrag** enthaltene Vollmacht bezog sich auf Anordnungen zur Durchführung der Leistung. Dies berechtigt lediglich zu Anweisungen, die erforderlich sind, um die **vereinbarte** Leistung zu erbringen, **nicht** hingegen zu Vereinbarungen über eine grundlegende **Änderung** des Leistungsbildes.
 - Anhaltspunkte für eine **Anscheins- oder Duldungsvollmacht** sind aus dem Sachverhalt **nicht ersichtlich**.
 - Dass die erbrachte Leistung nach der Behauptung des Unternehmers **technisch vorteilhafter** sein soll, ist **unerheblich**. Maßgeblich ist nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB die Vereinbarung der Parteien, nicht irgendein abstrakter Qualitätsmaßstab.
 - Zwischenergebnis**: Die erbrachte Leistung weicht von der vereinbarten Leistung ab. Sie ist **mangelhaft**.
 - Die nach § 637 Abs. 1 BGB erforderliche **Frist** ist gesetzt worden.

4. Der Anspruch aus § 637 Abs. 1 BGB ist ausgeschlossen, wenn die Bauer GmbH die **Nachbesserung zu Recht verweigert** hat. Ein Verweigerungsrecht könnte sich hier aus § 275 Abs. 2 BGB ergeben. Hierzu müsste der Aufwand für die Nachbesserung in einem **groben Missverhältnis** zum Leistungsinteresse des Hoffmann stehen. Ob hier ein solches Missverhältnis vorliegt, lässt sich nur in Abwägung **aller Umstände des Einzelfalles** ermitteln. Ein Missverhältnis kann nur dann bejaht werden, wenn einem objektiv **geringen Interesse des Bestellers** ein **ganz erheblicher Aufwand** entgegensteht. Ob dies **hier** der Fall ist, lässt sich aufgrund des mitgeteilten Sachverhalts nicht abschließend beurteilen. Als gänzlich gering lässt sich das Interesse des Hoffmann an einer vertragsgerechten Ausführung nicht ohne weiteres abtun.
5. Entsprechend **§ 254 BGB** könnte Hoffmann nur teilweise Kostenerstattung verlangen, wenn er den Mangel **mit zu vertreten** hätte.
 - a) **Eigenes Verschulden** des Hoffmann ist **nicht** ersichtlich.
 - b) Gemäß **§ 278 Abs. 1 BGB** hat der Bauherr für ein **Planungverschulden** des Architekten einzustehen. Der Bauherr ist gegenüber dem Bauunternehmer nämlich verpflichtet, geeignete Pläne zur Verfügung zu stellen. Ein mit der Planung betrauter Architekt ist insoweit Erfüllungsgehilfe (BGHZ 95, 128, 131).
Beachte allgemein: Für ein **Aufsichtverschulden** des Architekten hat der Bauherr nicht nach § 278 BGB einzustehen; er ist gegenüber dem Bauunternehmer nicht verpflichtet, diesen zu überwachen (BGHZ 95, 128, 131).
Hier bestand das Verschulden des Architekten darin, dass er die bereits erstellte und gegenüber dem Bauunternehmer zur Vertragsgrundlage bestimmte Planung **eigenmächtig geändert** hat. Diese Änderung sollte entsprechend dem Rechtsgedanken des § 179 BGB nicht zu Lasten des Bauherrn gehen.
Diese Problematik wurde in der Entscheidung BGH NJW 2002, 3543 allerdings nicht angesprochen. Der Bauherr muss sich nach der hier vertretenen Ansicht nur dann ein Mitverschulden zurechnen lassen, wenn die zur Vertragsgrundlage erhobene **ursprüngliche Planung** fehlerhaft war. Dafür gibt es hier keine Anhaltspunkte.
6. **Ergebnis:** Sofern sich aus dem Einzelfall nicht noch weitere Gesichtspunkte für ein grobes Missverhältnis ergeben, dürfte der Anspruch auf Nachbesserung und damit der Anspruch auf Vorschuss gemäß § 637 Abs. 1 BGB in vollem Umfang **bestehen**.

II. Anspruch gegen die Bauer GmbH auf Zahlung von 50.000 Euro aus § 634 Nr. 4 und § 280 BGB

1. Aufgrund der **mangelhaften Leistung** (s.o. I) kann Hoffmann von der Bauer GmbH gemäß § 634 Nr. 4 BGB auch Schadensersatz verlangen, wenn die Voraussetzungen der §§ 280 ff. BGB vorliegen.
2. Die mangelhafte Leistung ist eine **Pflichtverletzung** im Sinne von § 280 Abs. 1 BGB.
3. Ein Recht, die Nachbesserung gemäß § 275 Abs. 2 BGB zu verweigern, besteht (wohl) nicht (vgl. oben I 4).
4. Die nach § 281 Abs. 1 BGB erforderliche **Fristsetzung** ist erfolgt.
5. Ein Mitverschulden muss sich Hoffmann hier nicht anrechnen lassen (vgl. oben I 5)
6. **Ergebnis:** Ein Schadensersatzanspruch **besteht** ebenfalls – mit dem unter I 6 formulierten Vorbehalt.

III. Anspruch gegen Adrian auf Zahlung von 50.000 Euro, § 634 Nr. 2 und § 637 BGB

1. Ein Vertrag, in dem sich ein Architekt zur Planung oder Bauaufsicht verpflichtet, ist ein **Werkvertrag**.
2. Eventuelle Ansprüche gegen den Architekten auf **Nachbesserung** können sich aber nur auf die fehlerhafte **Planung** beziehen. Beseitigung von Fehlern an dem aufgrund des fehlerhaften Plans errichteten Gebäude schuldet der Architekt nicht.
3. **Ergebnis:** Gegen den Architekten besteht aus § 634 Nr. 2 und § 637 BGB **kein Anspruch** auf Zahlung von Kosten für die Beseitigung von Mängeln am Gebäude.

IV. Anspruch gegen Adrian auf Zahlung von 50.000 Euro aus § 280 BGB

1. Durch die eigenmächtige Änderung der Pläne und deren Weitergabe an die Bauer GmbH hat Adrian die ihm aufgrund des Architektenvertrages obliegenden **Pflichten verletzt**.
2. Einer **Fristsetzung** bedurfte es hinsichtlich der hier in Rede stehenden Schäden am Gebäude nicht. § 281 BGB ist nicht einschlägig, weil es sich insoweit nicht um Schadensersatz statt der Planungsleistung handelt, sondern um Folgeschäden, die durch Nachbesserung des Architektenwerks (hier also durch Erstellung von vertragsgemäßen Plänen) nicht behoben werden können.
3. Ob ein **Leistungsverweigerungsrecht** gemäß § 275 Abs. 2 BGB besteht, ist im Verhältnis zu Adrian ebenfalls **unerheblich**. Verweigern dürfte Adrian allenfalls die (erneute) Erbringung von Architektenleistungen. Der hier geltend gemachte Schaden am Gebäude ist kein Surrogat. Die Ersatzpflicht dafür ist deshalb unabhängig vom weiteren Schicksal der primären Leistungspflicht (vgl. zur alten Rechtslage BGH NJW 2002, 3543, 3545)
4. Ein **Mitverschulden** des Adrian im Verhältnis zu Hoffmann ist **nicht ersichtlich**.
5. **Ergebnis:** Der Schadensersatzanspruch **besteht**.

V. Verhältnis der beiden Ansprüche zueinander

Ein Architekt und ein Bauunternehmer, die für denselben Mangel an einem Bauwerk einzustehen haben, haften als **Gesamtschuldner**. Dies gilt auch dann, wenn der Bauunternehmer nicht zur Zahlung von Schadensersatz, sondern zur Zahlung von Mängelbeseitigungskosten oder zur Nachbesserung verpflichtet ist (vgl. nur BGH NJW 2002, 3543, 3545).

Fall 4 a**Anspruch der Unger KG auf Zahlung von 50.000 Euro aus § 631 Abs. 1 BGB**

1. Zwischen den Parteien besteht ein **Werkvertrag**.
2. Der Anspruch ist gemäß § 641 Abs. 1 BGB **fällig**, weil das Werk **abgenommen** wurde.
3. Fraglich ist, ob die Huber GmbH nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB ein **Zurückbehaltungsrecht** hat. Dazu müsste sie einen Anspruch auf **Nachbesserung** wegen eines **Mangels** gemäß § 634 Nr. 1 und § 635 BGB haben.
 - a) Entscheidend hierfür ist zunächst, ob die gemäß § 633 Abs. 2 BGB **geschuldete Beschaffenheit** des Werks hier ausschließlich durch die im Vertrag beschriebene **Ausführungsart** (12,5 mm Gipsfaserplatte) bestimmt wird oder auch durch die nach dem Vertrag **vorausgesetzte Verwendung** als Mietshaus und die dafür geltenden DIN-Vorschriften.

- (1) Nach § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB muss das Werk für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung geeignet sein, soweit die Beschaffenheit nicht (anderweit) vereinbart ist.
- Hier** war der Unger KG bekannt, dass das Gebäude als Mietshaus genutzt wird. Damit war sie grundsätzlich verpflichtet, das Werk so zu erbringen, dass die für Mietshäuser geltenden DIN-Vorschriften eingehalten werden.
- (2) Fraglich ist, ob sich daran etwas ändert, weil die Parteien ausdrücklich eine bestimmte **Ausführungsart** vereinbart haben.
- (a) Nach der Rechtsprechung ändert die Vereinbarung einer bestimmten Ausführungsart grundsätzlich nichts daran, dass der Unternehmer für die Erreichung des angestrebten Zwecks einzustehen hat, also ein **funktionsgerechtes Werk** schuldet. Das Werk ist folglich auch dann mangelhaft, wenn sich der Unternehmer exakt an die vereinbarte Ausführungsart hält, diese aber zur Erreichung des angestrebten Zwecks ungeeignet ist (BGHZ 174, 110 = NJW 2008, 511 Rn. 16 ff.; BGH NJW 2011, 3780 Rn. 11).
- (b) Der Unternehmer ist allenfalls dann von der Verantwortung frei, wenn er ausdrücklich darauf **hingewiesen** hat, dass die vereinbarte Ausführung nicht geeignet ist (vgl. oben Fall 1). Ein solcher Hinweis wurde hier nicht erteilt.
- (3) **Zwischenergebnis:** Das Werk ist **mangelhaft**, weil das Haus nach den DIN-Vorschriften nicht für Mietzwecke genutzt werden darf. Huber kann folglich gemäß § 634 Nr.1 und § 635 BGB **Nachbesserung** verlangen.
- b) Der **Nachbesserungsanspruch** ist nach dem Gedanken des **Vorteilsausgleichs** beschränkt: Der Besteller kann eine höherwertige als die vereinbarte Ausführung nur dann verlangen, wenn er die Mehrkosten dafür trägt. Dies beruht auf der Überlegung, dass der Besteller diese Kosten **sowieso** hätte tragen müssen, wenn die Parteien von Beginn an die richtige Ausführungsart vereinbart hätten.
- Hier** muss die Unger KG die DIN-gerechte Nachbesserung also nur dann erbringen, wenn Huber die Mehrkosten in Höhe von 20.000 Euro zahlt.
- c) Wegen dieses Anspruchs auf **Kostenbeteiligung** hat der Unternehmer analog § 273 Abs. 1 BGB ein **Zurückbehaltungsrecht** (BGHZ 90, 344, 350 ff.). Er muss die **Nachbesserung** also entsprechend § 274 BGB **Zug um Zug** gegen Zahlung der **Mehrkosten** erbringen.
- d) Der Besteller muss umgekehrt die **ursprüngliche Vergütung** nur **Zug um Zug** gegen Leistung der **Nachbesserung** erbringen.
4. Im **Ergebnis** führt dies – wenn sich beide Parteien auf ihre Zug-um-Zug-Einrede berufen – zu einer **doppelten Zug-um-Zug-Verurteilung** (BGHZ 90, 354, 357 ff.): Huber muss 50.000 Euro zahlen, Zug um Zug gegen DIN-gerechte Ausführung der Decken und Wände, dieses wiederum Zug um Zug gegen Zahlung weiterer 20.000 Euro. Zur Vollstreckung eines solchen Urteils vgl. BGHZ 90, 354, 360 ff.

Fall 4 b**I. Anspruch der Unger KG auf Stellung einer Sicherheit gemäß § 650f BGB**

1. § 650f BGB gibt dem Unternehmer bei einem Bauvertrag (§ 650a BGB) unter bestimmten Voraussetzungen einen einklagbaren **Anspruch** auf Stellung einer Sicherheit.
Ein solcher Anspruch war bis 31.12.2017 in § 648a BGB a.F. vorgesehen. Nach der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung dieser Vorschrift konnte der Unternehmer bei Nichterbringung der Sicherheit lediglich seine Leistung verweigern und gemäß § 648a Abs. 5 und § 643 BGB a.F. durch Fristsetzung und Kündigung den Vertrag beenden (vgl. BGHZ 146, 24, 28).
2. Die umfassende Sanierung eines Gebäudes ist ein **Bauwerk** im Sinne von § 650a Abs. 1 Satz 1 (vgl. BGH NJW 2007, 3275 Rn. 18 ff).
3. Die **Ausnahmetatbestände** in § 650f Abs. 6 BGB (öffentlicher Auftraggeber, Verbraucherbauvertrag, Bauträgervertrag) sind **nicht** erfüllt.
Nach der bis 31.12.2017 maßgeblichen Regelung in § 648a Abs. 6 BGB a.F. waren Verbraucherverträge nur dann vom Anwendungsbereich ausgeschlossen, wenn sie ein Einfamilienhaus betrafen.
Jetzt sind Art und Größe des zu errichtenden Gebäudes unerheblich.
4. Die Huber GmbH hat die **Vergütung** noch nicht gezahlt.
5. Eine **Abnahme** ist nach § 650f Abs. 1 Satz 3 BGB **nicht erforderlich**.
6. **Ergebnis:** Der Anspruch ist **begründet**.

II. Leistungsverweigerungsrecht der Unger KG gegenüber dem Anspruch des Huber auf Nachbesserung gemäß § 650f Abs. 5 BGB

1. Der Unger KG steht ein Anspruch auf Sicherheitsleistung zu (s.o.).
2. Eine **Fristsetzung** ist erfolgt.
3. **Ergebnis:** Die Unger KG kann die Nachbesserung verweigern, solange Huber keine Sicherheit gestellt hat.

III. Anspruch der Unger KG auf Zahlung von 50.000 Euro aus § 631 Abs. 1 BGB

1. Nach den Ausführungen zu Fall 4 a besteht der Anspruch nur **Zug um Zug** gegen DIN-gerechte Ausführung der Decken und Wände.
2. Dieses Zurückbehaltungsrecht bleibt auch dann bestehen, wenn der Besteller eine nach § 650f BGB geschuldete Sicherheit nicht erbringt (BGHZ 157, 335, 343 = NJW 2004, 1525, 1527):
3. **Ergebnis:** Die Unger KG kann ihren Vergütungsanspruch weiterhin nur **Zug um Zug** gegen Nachbesserung geltend machen.

IV. Vergütungsanspruch der Unger KG nach Kündigung gemäß § 650f Abs. 5 BGB

1. Nach Kündigung kann die Unger KG gemäß § 650f Abs. 5 Satz 2 BGB die **vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen** verlangen.
Hinsichtlich der **bereits erbrachten Teile** der Leistung muss sich der Unternehmer aber gegebenenfalls einen **mangelbedingten Minderwert** anrechnen lassen (BGHZ 157, 335, 342 = NJW 2004, 1525, 1527).
2. **Ergebnis:** Die Unger KG kann nach Kündigung ihren Anspruch auf Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen und gegebenenfalls abzüglich eines mangelbedingten Minderwerts geltend machen.

Fall 5 a**Anspruch von Brigitte Bauer gegen die Universalbau AG auf Zahlung von 400.000 Euro aus § 634 Nr. 2 und § 637 BGB**

1. Zwischen den Parteien besteht ein **Werkvertrag**.
2. Nach dem Sachverhalt weist das Werk einen **Mangel** im Sinne von § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB auf.
3. Nach § 634 Nr. 2 und § 637 BGB kann der Besteller unter bestimmten Voraussetzungen den Mangel selbst beseitigen und Zahlung eines **Vorschusses** für die hierfür erforderlichen Kosten verlangen.
 - a) Umstritten war, ob dieses Recht voraussetzt, dass das Werk bereits **abgenommen** ist. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage nunmehr **grundsätzlich bejaht** – vor allem deshalb, weil es dem Unternehmer bis zur Abnahme freisteht, auf welche Weise er das Werk erstellt, und eine Selbstvornahme durch den Besteller in dieses Recht eingreifen könnte (BGHZ 213, 319 = NJW 2017, 1607 Rn. 32 ff.).
 - b) Eine Abnahme ist entbehrlich, wenn das Vertragsverhältnis in ein **Abrechnungsverhältnis** übergegangen ist (BGHZ 213, 319 = NJW 2017, 1607 Rn. 45).
 - (1) Hierfür reicht das Verlangen nach einem **Vorschuss** für die Kosten einer Selbstvornahme **nicht** aus (BGHZ 213, 349 = NJW 2017, 1604 Rn. 45 ff.).
 - (2) Ausreichend ist es, wenn die Voraussetzungen für einen Anspruch auf **Minderung auf Schadensersatz statt der Leistung** vorliegen und der Besteller einen solchen Anspruch geltend macht (BGHZ 213, 319 = NJW 2017, 1607 Rn. 45 f.).
 - (a) Beide Ansprüche setzen nach § 638 Abs. 1 und § 323 Abs. 1 bzw. nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich eine erfolglose **Fristsetzung** voraus. Eine solche geht aus dem Sachverhalt **nicht** hervor.
 - (b) Eine Fristsetzung ist nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 bzw. § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich, wenn der Unternehmer die Leistung **ernsthaft und endgültig verweigert**. Eine solche Verweigerung dürfte hier zu **bejahen** sein, weil die Universalbau AG einen Abriss und Neubau trotz mehrmaliger anwaltlicher Aufforderung abgelehnt hat.
 - (c) Aus dem Sachverhalt geht aber **nicht** hervor, dass Brigitte Bauer Minderung oder Schadensersatz statt der Leistung **verlangt** hätte.
4. **Ergebnis:** Ein Anspruch auf Zahlung von Kostenvorschuss ist derzeit **nicht begründet**.

Fall 5 b**Anspruch von Brigitte Bauer gegen die Universalbau AG auf Zahlung von 400.000 Euro aus § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 und § 249 Abs. 1 BGB**

1. Nach der in Fall 5 a aufgezeigten Rechtsprechung kann Brigitte Bauer nach den genannten Vorschriften **Gewährleistungsansprüche** geltend machen.
 - a) Das Vertragsverhältnis ist in ein **Abrechnungsverhältnis** übergegangen, weil Bauer nunmehr Schadensersatz verlangt.
 - b) Die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch sind **dem Grunde** nach erfüllt.
2. Fraglich ist, ob der Schaden anhand der für einen Abriss und Neubau erforderlichen **fiktiven Mängelbeseitigungskosten** berechnet werden darf.
 - a) Nach dem Sachverhalt sind die genannten Maßnahmen zur Beseitigung des Mangels **erforderlich**. Die Aufbringung einer zusätzlichen Isolierung genügt nicht, weil sie nicht zu einem funktionstauglichen Werk führen würde.
 - b) Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf der Besteller bei einem Werkvertrag seinen Schaden aber nur dann anhand der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten berechnen, wenn der den Mangel **tatsächlich beseitigen** lässt (BGHZ 218, 1 = NJW 2018, 1463 Rn. 30 ff.).

Dass Brigitte Bauer weiterhin diese Absicht hat, geht aus dem Sachverhalt **nicht** hinreichend deutlich hervor.
 - c) Wenn der Besteller den Mangel hinnimmt, darf er seinen Schaden nach § 249 Abs. 1 BGB nur anhand der **Differenz** zwischen dem Wert des Werks in mangelfreiem und in mangelhaftem Zustand berechnen.

Abweichend von seiner früheren Rechtsprechung erkennt der Bundesgerichtshof bei Bauwerken die fiktiven Kosten einer Mängelbeseitigung nicht mehr als geeigneten **Maßstab** für die Ermittlung dieser Wertdifferenz an BGHZ 218, 1 = NJW 2018, 1463 Rn. 32 ff.).

Zulässig ist die Berechnung anhand der Differenz des fiktiven und des tatsächlichen **Verkehrswerts** des Grundstücks. Diesen kann das Gericht – ggf. nach Einholung eines Sachverständigengutachtens – gemäß § 287 ZPO schätzen.
3. **Ergebnis:** Der Anspruch ist **unbegründet**.

Brigitte Bauer muss entweder darlegen und erforderlichenfalls beweisen, dass die Wertdifferenz 400.000 Euro beträgt, oder erklären, dass sie den Anbau abreißen und neu errichten lassen will.
4. **Ergänzung:** Beim **Kauf** einer Immobilie darf der Käufer seinen Anspruch auf Schadensersatz weiterhin anhand der fiktiven Kosten für die Behebung des Mangels berechnen (BGH, Urteil vom 12.03.2021 – V ZR 33/19).

Fall 6**Anspruch des Klöber gegen die Schrauber AG auf Ersatz von 1.800 Euro aus § 634 Nr. 4 und § 280 Abs. 1 BGB**

1. Der Vertrag über die Wartung des Autos ist ein **Werkvertrag**.
2. Das Werk der Schrauber KG ist nach dem mitgeteilten Sachverhalt **mangelhaft**.
3. Fraglich ist, ob es gemäß § 281 Abs. 1 BGB einer **Fristsetzung** bedurfte.
 - a) Eine Fristsetzung ist **erforderlich**, soweit es um Schadensersatz statt der Leistung geht, nicht aber, soweit es um Schadensersatz neben der Leistung geht.
 - (1) Für die Abgrenzung ist maßgeblich, welche **Leistungen** der Unternehmer aufgrund des Werkvertrags schuldet.
 - (a) Schadensersatz **statt** der Leistung tritt an die Stelle des ursprünglich geschuldeten Werks. Er deckt das **Leistungsinteresse** ab.
 - (b) Schadensersatz **neben** der Leistung deckt Vermögensnachteile ab, die über das Leistungsinteresse **hinausgehen**. Dazu gehören insbesondere **Folgeschäden** eines Mangels. Anders als nach dem bis Ende 2001 geltenden Recht ist unerheblich, ob es sich um einen engen oder entfernteren Mangelfolgeschaden handelt (BGHZ 224, 271 = NJW 2019, 1867 Rn. 29 ff.).
 - (c) Eine Sonderstellung nehmen Gegenstände ein, die nicht durch den Mangel als solchen, wohl aber durch die erforderlichen **Nachbesserungsarbeiten** in Mitleidenschaft gezogen werden. Wenn etwa der Austausch eines mangelhaften Wandputzes zugleich den Austausch einer bereits angebrachten, für sich gesehen unbeschädigten Tapete erfordert, gehört auch dies zum Umfang der geschuldeten Nachbesserungsarbeiten und damit zum Leistungsinteresse (BGHZ 224, 271 = NJW 2019, 1867 Rn. 28).
 - (2) Im **Streitfall** umfasste die ursprüngliche geschuldete Werkleistung den Austausch des Zahnriemens.
 - (a) Die Aufwendungen für den Ersatz des **Zahnriemens** betreffen folglich Schadensersatz **statt** der Leistung.
 - (b) Die Beschädigung von **Servolenkungspumpe** und **Lichtmaschine** stellt hingegen einen über das Leistungsinteresse hinausgehenden Vermögensnachteil in Gestalt eines Folgeschadens dar. Die auf die Wiederherstellung dieser Teile entfallenden Aufwendungen betreffen Schadensersatz **neben** der Leistung.
 - (c) Unbeschädigte Teile, die im Rahmen der **Nachbesserungsarbeiten** ausgetauscht werden müssen, gehen aus dem Sachverhalt **nicht** hervor. In diese Kategorie fielen zum Beispiel Schlauchleitungen oder sonstige Motor- oder Fahrzeugteile, die nicht beschädigt sind, aber zusammen mit der schadhafte Servolenkungspumpe ausgetauscht werden müssen.
 - (3) Zwischenergebnis: Die Erfordernisse des § 281 BGB gelten nur bezüglich des Austauschs des **Zahnriemens**.

- b) Auch insoweit wäre eine Fristsetzung nach § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich, wenn **besondere Umstände** vorlagen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen.
- (1) Solche Umstände können etwa vorliegen, wenn der Besteller ein berechtigtes Interesse an einer **einheitlichen Reparatur** hat und die in den Anwendungsbereich von § 281 BGB fallenden Arbeiten dabei nur einen geringen Teil ausmachen.
 - (2) In einer dem vorliegenden Sachverhalt vergleichbaren Situation hat der Bundesgerichtshof ein solches Interesse **bejaht**, weil der Austausch der drei Teile sinnvollerweise in einem einheitlichen Reparaturvorgang erfolgt und der Austausch der Lichtmaschine nur einen untergeordneten Teil der insgesamt erforderlichen Arbeiten darstellt (BGHZ 224, 271 = NJW 2019, 1867 Rn. 37).
 - (3) Zwischenergebnis: Eine Fristsetzung war insgesamt **entbehrlich**.

4. **Ergebnis:** Der Anspruch ist **begründet**.