



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/a6e8238c-aa1c-3632-a4f0-64b568d9dcde>

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Dr. Hans-Joachim Weingart
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2025, 842 - 858 (Heft 6)
Verlag	Werner Verlag

Weingart, BauR 2025, 842

Zum Umfang des ius variandi bei den werkvertraglichen Gewährleistungsansprüchen unter besonderer Berücksichtigung der Minderung



von Dr. Hans-Joachim Weingart, Frankfurt am Main

Das Werkvertragsrecht stellt dem Besteller im Falle von Mängeln in der Rechtssituation nach der Abnahme sowie in vorliegend nicht weiter untersuchungsbedürftigen Konstellationen vor der Abnahme Sachmängelansprüche zur Verfügung. Dies sind zunächst der primäre Nacherfüllungsanspruch gem. § 634 Ziffer 1 BGB und nach dem erfolglosen Setzen von Nachbesserungsfristen zusätzlich die sekundären Sachmängelansprüche gem. § 634 Ziffer 2, Ziffer 3 und Ziffer 4 BGB. Sobald die sekundären Ansprüche entstanden sind, hat der Besteller unter allen Rechten, sowohl dem Nacherfüllungsanspruch als auch den sekundären Rechten, die Auswahlmöglichkeit. Rechtlich stellt diese Wahlmöglichkeit nach bisherigem Verständnis keine Wahlschuld nach § 262 BGB, also nicht nur eine einzige Forderung mit alternativem Inhalt,¹ sondern eine gläubigerseitige alternative Ersetzungsbefugnis im Verhältnis mehrerer unabhängiger Forderungen dar,² welcher der gegebenen Ansprüche im Ergebnis verfolgt werden soll.

Bei diesem Wahlrecht stellt sich deswegen die Frage, ob es mehrfach ausgeübt werden kann – sogenanntes ius variandi – oder ob die erste getroffene Wahl endgültig bindend ist. Im Grundsatz besteht Einvernehmen dahin,



dass aus dem Sinn und Zweck der das Wahlrecht einräumenden Norm abzuleiten ist, ob eine Mehrfachwahl gewährt wird.³ In zwei Leitentscheidungen,⁴ eine davon ist jüngst ergangen,⁵ räumt der BGH dem Besteller bei einzelnen der Sachmängelrechte im Werkvertragsrecht auf der Ebene des materiellen Rechts das mehrfache Wahlrecht ein und verneint grundsätzlich damit die Bindungswirkung der ersten getroffenen Wahl.⁶ Sogar in der Prozesssituation kann im Licht des Prozessrechts danach der Besteller seine Ursprungswahl ändern, es liegt insoweit keine Klageänderung vor, sondern der Anwendungsfall des § 264 Ziffer 3 ZPO.⁷

Die vorliegende Abhandlung verfolgt es, ein geschlossenes stimmiges System zu entwickeln, welches aufzeigt, ob überhaupt die bislang angenommene elektive Konkurrenz zwischen den Rechten aus den Ziffern 2, 3 und 4 des § 634 BGB besteht – oder wegen fehlender Unvereinbarkeit und einer lediglich gegebenen komplementären Ergänzung dieser Rechte untereinander sich die Frage einer alternativen Auswahl und in der Folge der Mehrfachauswahl, also des *ius variandi*, gar nicht stellt. Hierbei soll untersucht werden, ob es ein bislang nicht identifiziertes weiteres Institut in den etwaig verbleibenden Konstellationen gibt, bei denen mehr als ein Sachmängelrecht gewählt werden kann. Soweit es bei der alternativen, elektiven Konkurrenz bleibt, wird die sich erst dann stellende Frage untersucht, ob die Erstauswahl zu einer endgültigen Bindung führt oder ob mehrfach gewählt werden kann. Besonderes Augenmerk soll dabei im Lichte der jüngsten BGH- Entscheidung daraufgelegt werden, ob bei der „Erst-Wahl“ des Minderungsrechts der spätere Austausch gegen ein oder die Kombination mit einem anderen Recht möglich ist.

Antworten auf die Fragestellung können sich ergeben, wenn man

zum einen betrachtet, ob die bislang umfassend angenommene elektive Konkurrenz im Verhältnis der Rechte aus den Ziffern 2, 3 und

4 des § 634 BGB überhaupt besteht oder sich nur in den Fällen der Alternativität der Sachmängelrechte untereinander, also bei ihrer Unvereinbarkeit miteinander, ergibt und

- zum anderen prüft, ob bei miteinander unvereinbaren Rechten die mehrfache „sequentielle“ Auswahl möglich ist. Dem könnten Bindungswirkungen aus der ersten getroffenen Wahl entgegenstehen. Derartige wiederum könnten sich aus Folgendem ableiten:
 - Aus Gestaltungswirkungen, also des Schadenersatzverlangens nach § 281 IV BGB, des Rücktritts und der Minderung,
 - aus gestaltungsähnlichen Wirkungen, dies ist § 281 V BGB,
 - aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht, insbesondere dem Unmöglichkeitensrecht.

I. Grundsatz der Mehrfachwahl in § 634 BGB

In der nach Auffassung des Verfassers insoweit sehr überzeugenden Rechtsprechung des BGH wird bei der Subsumtion von § 634 BGB insbesondere nach Sinn und Zweck aber auch in der historischen Auslegung zutreffend herausgearbeitet, dass der Kanon der Rechte aus § 634 BGB nicht durch die etwaig unbedachte Erstauswahl des Bestellers zu dessen Lasten eingeschränkt werden soll. Vielmehr gebietet es der auch vom Gesetzgeber intendierte umfassende Schutz des Bestellers, ihm jedenfalls prinzipiell die mehrfache Auswahl unter den verschiedenen Ansprüchen zu ermöglichen.⁸ Also bedarf es des Blickes darauf, ob im Einzelnen Einschränkungen dieser Befugnis vorhanden sind.



Vorgreiflich dazu, ob solche Einschränkungen existieren, also nicht mehrfach unter mehreren Rechten sequentiell jeweils nur eines gewählt werden kann, ist allerdings, ob überhaupt nur ein einziges Recht ausgewählt werden kann. Bislang wird soweit ersichtlich einhellig die elektive Konkurrenz zwischen den Rechten aus § 634 Ziffer 2 – Ziffer 4 BGB bejaht.⁹ Fraglich ist, ob dies überzeugt. Zuvörderst ist mithin zu klären, ob immer – nur ein einziges – der Rechte aus § 634 Ziffer 2 – Ziffer 4 BGB ausgewählt werden kann.

II. Kombinationswahl der Sachmängelrechte grundsätzlich möglich

Wenn der Zweck der Sachmängelrechte der zu Recht vom BGH angenommene umfassende Schutz der Interessen des Bestellers ist, können Einschränkungen nur aus zwingenden Gründen erfolgen. Zwingend könnte nur die sich wechselseitig ausschließende Alternativität der Ansprüche sein. Genau diese Alternativität fehlt zum Teil sowohl nach dem Wortlaut des § 634 BGB als auch unter denklogischem Gesichtspunkt. Zunächst sind die in einzelnen Ziffern zusammengefassten Rechte aus § 634 BGB nicht mit einem „oder“ miteinander verknüpft, was schon gegen eine Alternativität spricht. Lediglich partiell in Ziffer 3 werden der Rücktritt und die Minderung durch die Verknüpfung „oder“ in ein Alternativverhältnis gesetzt. Der Umkehrschluss ist, dass im Unterschied hierzu gesetzessystematisch zwischen den Ziffer 2 bis Ziffer 4 kein Alternativverhältnis bzw. nur ein scheinbares Alternativverhältnis wegen der Trennung in verschiedenen Ziffern angeordnet ist. Dieser Befund wird inhaltlich, also denklogisch und materiellrechtlich dadurch untermauert, dass in dem Gegensatzpaar des Rücktritts und der Minderung innerhalb ein und derselben Ziffer 3 genau sich zwingend wechselseitig ausschließende Konstellationen angesprochen sind: Beim Rücktritt ist die Werkleistung zurückzugeben, bei der Minderung ist sie zu behalten. Beides zusammen geht nicht, also ist dies ein Fall der zwingenden Alternativität. Derart zwingend alternativ scheint schon auf den ersten Blick der Unterschied zwischen den Rechten in den verschiedenen Ziffern nicht zu sein, was das hier fehlende weitere „oder“ inhaltlich erklären könnte.

Rein tatsächlich betrachtet könnte allerdings dennoch eine Alternativität der Rechte in den unterschiedlichen Ziffern des § 634 BGB gegeben sein. So ist die Unternehmernacherfüllung nach Ziffer 1 etwas anderes als die eigene Ersatzvornahme durch den Besteller nach Ziffer 2. Denn derjenige, welcher tätig wird, ist hier jeweils ein anderer. Allerdings ist das Endergebnis das Gleiche, der Mangel wird real beseitigt. Vergleichbar schließen sich wiederum rein tatsächlich innerhalb der Ersatzvornahme der Kostenerstattungsanspruch und die Vorschussabrechnung über § 637 Abs. 3 BGB alternativ aus. Einmal fließt das Geld

vor, das andere Mal nach der Mangelbehebung. Gleich jedoch ist erneut das Endergebnis: Der Mangel ist real beseitigt. Mit anderen Worten: Eine echte zwingende Alternativität in Bezug auf die endgültigen Rechtsfolgen fehlt, diese sind identisch, nur der Weg zum Ziel ist divergent. Obwohl mithin das Endergebnis gleich ist, begründet die Divergenz auf dem Weg hierzu zwingend die Alternativität. Man kann nur einen von zwei Wegen fahren, um das erste Mal an das Ziel zu gelangen – um also die Erfüllung zu erzielen. Jedenfalls teilweise verdeutlichen die Ziffern in § 634 BGB also, dass echte elektive Konkurrenz gegeben ist.

Ein gleich gelagerter zwingender Fall schlummert in Ziffer 4. Hier sind der Große und der Kleine Schadensersatz in einer Ziffer zusammengefasst, formulierungstechnisch schied hier bei der einheitlichen Zusammenfassung die Verwendung des Wortes „oder“ aus. Gleichwohl grenzen sich diese beiden Berechnungsarten in der Sache wiederum wie beim Gegensatzpaar von Rücktritt und Minderung dadurch gegeneinander ab, dass entweder die



Werkleistung zurückgegeben oder behalten wird. Also besteht auch bezüglich dieser beiden Rechte nur die Möglichkeit, eines hiervon auszuwählen.

Einige echte und sich nicht nur aus der unterschiedlichen Bezifferung im Gesetz ergebende Fälle der Alternativität und in der Folge der elektiven Konkurrenz sind damit identifiziert. Einer hiervon „nötigt“ als grundsätzlicher und immer wiederkehrender Fall zu einer Hauptgruppenbildung sich unterscheidender und damit die elektive Konkurrenz auslösender Rechte. Dies ist der Aspekt der Rückgabe oder des Behaltens der Werkleistung. Die Rechte, die bei der Rückgabe bestehen, schließen die Rechte aus, bei denen die Leistung behalten wird – und umgekehrt. Es werden daher im Folgenden grundsätzlich zwei Rechtekategorien mit im Verhältnis zwischen diesen Gruppen unvereinbaren Rechtsfolgen auseinandergehalten werden:

Zum einen in diejenigen Rechte, die für den Fall des vollständigen Abstandnehmens von dem Werkvertrag eingeräumt werden (im Folgenden Vertragslösungsgruppe) und zum anderen gegenläufig diejenigen, die bei dem Aufrechterhalten des Vertragsverhältnisses (im Folgenden Behaltens Gruppe) gewährt werden. Zur Forderungsgruppe mit der Rückgewähr zählen

- der große Schadenersatzanspruch nach §§ 634 Ziffer 4, 280, 281 BGB¹⁰ und
- der Rücktritt nach § 634 Ziffer 3, 1. Alt. BGs

während die übrigen Ansprüche

- die Nacherfüllung nach § 634 Ziffer 1
- die Ersatzvornahme nach § 634 Ziffer 2
- die Minderung nach § 634 Ziffer 3, 2. Alt. BGB und
- der kleine Schadenersatzanspruch nach §§ 634 Ziffer 4, 280, 281 BGB¹¹

der Fallgruppe mit dem Behalten der Werkleistung angehören.

§ 634 beinhaltet aber auch Fälle der fehlenden zwingenden Alternativität. Vollständig alternativ sind nur die Ziffern 2, 3 und 4 selbst, nicht die hier geregelten Rechtsfolgen. So kann es etwa trotz der Ersatzvornahme nach Ziffer 2 zu einem verbleibenden Schaden statt der Leistung im Sinne des kleinen Schadenersatzes gemäß Ziffer 4 kommen, wenn ein merkantiler Minderwert nach § 251 I., 2. Alt. BGB verbleibt.

Unter der – sowie zu der – Ermittlung aller alternativen Unvereinbarkeitskonstellationen (Thema 1) und damit des nur hier entstehenden und eine Rolle spielenden ius variandi (Thema 1) ist nunmehr jedes einzelne Recht nach § 634 BGB mit den Folgen seiner Erstausswahl zu prüfen. Im Verhältnis der danach miteinander vereinbaren, sich also nicht unvereinbar gegenseitig ausschließenden Rechte (Thema 2), erscheint anstelle einer sequentiellen Mehrfachwahl jeweils nur eines der Rechte im Gefolge der nach bisheriger Auffassung bestehenden uneingeschränkten elektiven Konkurrenz grundsätzlich die kombinierte gemeinsame Auswahl mehrerer Rechte (Thema 2) möglich. Oder anders gewendet: Anstelle den vom BGH richtig herausgearbeiteten umfassenden flexiblen Schutz der Besteller-Interessen – nur – durch das schwache Mittel des ius variandi mit dem Verlust des erstausgewählten Rechts zu schützen, ist der stärkere Schutz möglich und geboten, dem Besteller bei fehlender völliger Unvereinbarkeit der Rechte die Kombination seiner Rechte zu gestatten, soweit diese sich ohne Widerspruch ergänzen – hier ist neben der Identifizierung dieser Kombinationsfälle also auch noch die Reichweite der Kombinationsmöglichkeit zu untersuchen. Um ein Gesamtbild der Rechtssituation zu gewinnen, ist der Blick schließlich noch außer auf die Entstehungstatbestände beim ius variandi auch auf dessen Erlöschensgründe zu richten. Zunächst sollen die Fallkonstellationen für das ius variandi und für ein Kombinationswahlrecht hinsichtlich ihres Entstehens und ihres Untergangs geprüft werden.



III. Die Fallkonstellationen der Kombinationswahl einerseits und des ius variandi andererseits

Also sind die Interdependenzen zwischen den einzelnen Sachmängelansprüchen und die Situation nach dem Eintritt der Gestaltungswirkungen von Rücktritt und Minderung sowie des Schadenersatzes¹² und der gestaltungsähnlichen Wirkung der Wahl des großen Schadenersatzes nach § 281 Abs. 5 BGB zu untersuchen.

1. Interdependenzen zwischen den Sachmängelrechten nach § 634 Ziffer 1 bis Ziffer 4 BGB

Nachstehend werden die Sachmängelrechte in ihrer gesetzlichen Reihenfolge in § 634 BGB abgehandelt. Maßgebend ist bei der Prüfungsreihenfolge das jeweils zuerst ausgewählte Recht

a) Nacherfüllung

Das fruchtlose Nacherfüllungsverlangen nach § 634 Ziffer 1 BGB begründet überhaupt erst ein mögliches ius variandi. Denn Tatbestandsvoraussetzung der zusätzlich zu dem primären Nacherfüllungsanspruch ins Leben tretenden sekundären Mängelrechte ist jeweils die Fruchtlosigkeit gesetzter Nacherfüllungsfristen. Beschränkungen des ius variandi zwischen den sekundären Mängelrechten werden durch deren Erzeugung nicht ausgelöst.

b) Ersatzvornahme

Bei der Wahl der Ersatzvornahme nach § 634 Ziffer 2 BGB ist eine Differenzierung nach dem Erstattungsanspruch und dem Vorschussanspruch geboten:

aa) Erstattungsanspruch

- Nach der Realisierung der Ersatzvornahme (die zwingend dem Verfolgen des Erstattungsanspruches vorausgeht) ist die Nacherfüllung wegen Zweckerreichung nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen,¹³ ein Vorschussanspruch damit wegen Zweckfortfall¹⁴ ebenso.

Die Realisierung der Ersatzvornahme lässt des Weiteren im Unterschied zur bloßen Wahl des Ersatzvornahme-Anspruches das spätere Umschalten auf die Rückgängigmachung des Vertrages bei der



Zweitauswahl des Rücktritts als treuwidrig nach § 242 BGB wegen widersprüchlichen Verhaltens erscheinen, weil für den Unternehmer der hierfür vorausgesetzte Vertrauenstatbestand¹⁵ geschaffen wird, auf keinen Fall mehr die Werkleistung zurücknehmen zu müssen.

Dem Rücktritt steht, selbst wenn man dies anders sehen wollte, jedenfalls ein dauerhaftes Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers nach §§ 348, 320 Abs. 1 BGB und deswegen die Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB¹⁶ entgegen, da der Besteller endgültig nicht mehr wie geschuldet die mangelhafte Werkleistung zurückgewähren kann. Anwendbar sind bei der hier untersuchten Zweitauswahl nach vorheriger Ersatzvornahme – also beim Rücktrittsrecht – durch die Verweisung des § 348 BGB die Regeln über die Zug-um-Zug Verknüpfung nach §§ 320, 322 BGB.¹⁷ Der durch den Besteller-Rücktritt ausgelöste wechselseitige Rückgewähranspruch begründet auch ohne das Synallagma über § 348 BGB die Einrede nach § 320 Abs. 1 BGB für den Unternehmer. Diese Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 Abs. 1 BGB wirkt im Unterschied zum Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB materiellrechtlich auch ohne vom Unternehmer erhoben werden zu müssen. Nur in der Prozesssituation bedarf es ihrer Geltendmachung als prozessuale Einrede, § 322 Abs. 1 BGB. Mit dieser Überlegung ist im Übrigen ein Fall des Wiederauflebens des *ius variandi* identifiziert, falls man nicht schon ein widersprüchliches Verhalten annimmt: Macht der Unternehmer im Prozess von der Einrede der §§ 320 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB keinen Gebrauch, kann der Besteller den Rücktritt unter Rückgabe der mangelfreien Werkleistung durchsetzen.

Diese Folge nach § 320 Abs. 1 BGB erweist sich auch als rechtlich und kaufmännisch stimmig. Es ist insofern nicht unbeachtlich nach § 242 BGB, wenn sich der Unternehmer nach erfolgter Ersatzvornahme auf die Einrede mit der nicht mehr möglichen Rückgabe der mangelhaften Werkleistung stützt. Denn der Unternehmer muss nach der bereits erfolgten Mangelbeseitigung und anschließender Rückgabe hinnehmen, dass er nicht mit eigenem Personal- und Sachaufwand kostengünstiger die Mangelbehebung selbst durchführen konnte oder alternativ ohne Mangelbeseitigung die Werkleistung im Deckungsverkaufsweg vermarkten konnte. Dem Unternehmer ist damit die durch den späteren anstelle des sofortigen Rücktritts ursprünglich vorhandene Möglichkeit, nämlich kaufmännisch vorteilhafter zu den Selbstkosten nachzubessern ohne den fremden Ersatzunternehmergewinn tragen zu müssen, endgültig abgeschnitten. Ebenso kann er nicht die mangelhafte Werkleistung weitervermarkten und verliert damit die Chance, hierbei einen geringeren Deckungsverkaufsverlust im Vergleich zu den getragenen Ersatzvornahmekosten zu erzielen. Der Unternehmer müsste die Werkleistung nunmehr im mangelfreien Zustand „weitervermarkten“. Diese Zwangsfolge der durchgeführten Ersatzvornahme rechtfertigt es, ihm das dauernde Zurückbehaltungsrecht nach §§ 348, 320 Abs. 1 BGB zuzubilligen.

- Zur Abrundung sei § 326 BGB erwähnt. Der hier naheliegende Gedanke, aus der Unmöglichkeit der Rückgabe der mangelhaften Werkleistung unmittelbar ohne den Weg des § 320 BGB auf das Entfallen der Rückzahlung des Werklohns als Gegenleistung nach erfolgter Ersatzvornahme zu schließen, trägt nicht. Denn § 326 BGB ist bei dem bloßen faktischen Synallagma der Rückabwicklung nicht anwendbar, nur die §§ 320, 322 BGB, vgl. § 348 BGB.
- Darüber hinaus scheidet auch die Minderung wegen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB aus, denn es tritt das dauernde Rechtshindernis¹⁸ ein, dass mit der Realisierung der Ersatzvornahme als Erfüllungsleistung bezogen auf den konkret beseitigten Mangel das Tatbestandsmerkmal „Mangel“ nach § 634 BGB endgültig entfällt. Die Ersatzvornahme ist wie die Minderung Surrogat der (Nach)-Erfüllungsleistung in einer alternativen Form. Entweder wird der Mangel durch die Ersatzvornahme beseitigt oder er bleibt erhalten und wird geldlich kompensiert. Beides schießt sich- wechselseitig miteinander unvereinbar – aus: Damit ist die Erfüllung des einen Erfüllungssurrogats der Nacherfüllung (also des Ersatzvornahme-Kostenerstattungsanspruchs) gem. § 362 Abs. 1 BGB zugleich die finale Unmöglichkeit, die Alternativ-Surrogatleistung (Minderung) beanspruchen zu können. Anders als bei der theoretisch weiter möglichen Vorschusszahlung, die den Verwendungszweck einer abzurechnenden Vorschussleistung nicht mehr erreichen kann und damit nur das Schicksal des Zweckfortfalls¹⁹ erleidet und deswegen als Unmöglichkeit zu behandeln ist, liegt hier „echte“ rechtliche Unmöglichkeit vor.
- Es entfällt schließlich auch noch der große Schadenersatzanspruch, für den das gleiche wie vorstehend



zum Rücktritt gilt, da er ebenfalls die Rückgewähr der mangelhaften Werkleistung inkludiert.

- Unberührt bleibt der kleine Schadenersatzanspruch, bei welchem der Besteller die Werkleistung behält und es lediglich um die Erhaltung des Äquivalenzinteresses gleichgelagert zu der hier abgehandelten Ersatzvornahme geht (z.B. bei einem merkantilen Minderwert trotz Ersatzvornahme). An diesem Punkt ist ein detaillierteres Eingehen auf den Begriff des Äquivalenzinteresses nötig, um die einzelnen Rechte des § 634 BGB dem Äquivalenzinteresse zuzuordnen. Dies ist die Voraussetzung dafür, bei etwaig mehreren nebeneinander das Äquivalenzinteresse betreffenden Rechte entweder einen unauflöslichen Widerspruch mit einer dann gebotenen Einschränkung des *ius variandi* oder eine Überlappung mit einer dann nötigen Kombination der Rechtsfolgen herausarbeiten zu können.

Erkenntnisgewinn für das Verhältnis zwischen der Ersatzvornahme und dem kleinen Schadenersatzanspruch verspricht in diesem Zusammenhang der Blick auf das Sachmängelrecht Minderung, das ganz offenkundig das Äquivalenzinteresse regelt. In der grundlegenden Entscheidung des BGH zur Aufgabe der Rechtsprechung zum Ersatz fiktiver Mangelbeseitigungskosten scheint der BGH einen sehr engen Äquivalenzbegriff anzunehmen. Nur im Leitsatz 2b wird bei der Minderung nach § 634 Ziffer 3, 2. Alt. BGB das Äquivalenzinteresse genannt. Nach hier vertretener Auffassung ist dies zu knapp gefasst, es gibt das Äquivalenzinteresse im weiteren Sinn, die Minderung ist nur eine Berechnungsart in diesem weiter verstandenen Sinn, nämlich die relative gem. § 638 Abs. 3 BGB. Das durch Mängel gestörte Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung, also die Äquivalenz kann auch anders berechnet oder tatsächlich wieder ins Lot gebracht werden. Physisch führt insoweit die Nacherfüllung nach § 634 Ziffer 1 BGB zur Äquivalenz. Kombiniert realiter durch die Ersatzvornahme mit dem dazugehörigen Geldausgleich in Gestalt der Erstattung der Kosten oder der Abrechnung des Vorschusses führt auch die Ersatzvornahme zur Äquivalenz, §§ 634 Ziffer 2, 637 Abs. 3 BGB. Gleiches gilt auch für die vom BGH als „eigentlichen“ Äquivalenzfall (im engeren Sinn) akzeptierte Minderungsberechnung nach § 634 Ziffer 3 BGB, § 638 Abs. 3 BGB.

Nichts anderes aber muss auch für den kleinen Schadensersatz als Äquivalenzstörung im weiteren Sinn nach §§ 634 Ziffer 4, 280, 281 BGB gelten. Dies ist die Berechnungsart aus Ziffer 2a des Leitsatzes der Entscheidung mit der Berechnung der Vermögensnachteile über eine Vermögensbilanz basierend absolut auf den Verkehrswerten der Werkleistung,²⁰ nicht relativ anhand des Werklohns nach § 638 Abs. 3 BGB. Denn auch im Schadenersatzgewand geht es – auch aber nicht nur, denn der Schadensersatz reicht etwas weiter als die Minderung – darum, „so gestellt zu werden, als ob gehörig erfüllt worden wäre“,²¹ also (auch) um die Äquivalenz. Man kann mithin die Äquivalenz wirtschaftlich-rechnerisch über einen „vertragsinternen“ relativen Blickwinkel erfassen oder mit einem – dies ist rechtlich der kleine Schadensersatz – „vertragsexternen“ absoluten Blick auf die Vermögenssituation des Bestellers „im Außenverhältnis“. Dies sind nur die zwei verschiedenen und komplementäre, nicht alternative, Seiten der wirtschaftlich gleichen Medaille. Einen Fingerzeig gibt hier schon vom rechtlichen Sprachgebrauch der Begriff der Minderung. Es existiert die Minderung i.S.v. § 638 Abs. 3 BGB und die Verkehrswertminderung, beide Male taucht zu Recht der Begriff der Minderung auf, zwei Spielarten gibt es somit. Beide „Berechnungsmodalitäten“ sind untrennbar miteinander verbunden. Sie treten unter den identischen Voraussetzungen und ohne weitere zur Differenzierung nötige tatsächlich oder rechtliche Umstände ins Leben. Man könnte in diesem Zusammenhang von einer unmittelbaren vertragsinternen relativen Äquivalenzstörung einerseits und einer potentiell zugleich eintretenden mittelbaren vertragsexternen absoluten Äquivalenzstörung andererseits sprechen. Beide Störungen sind also nicht unvereinbar alternativ zueinander, sondern kumulativ. Deswegen spricht anstelle des bisherigen Betrachtungsmodells einer zwanghaft immer gegebenen elektiven Konkurrenz der Rechte aus § 634 Ziffer 2 bis Ziffer 4 BGB viel für die hier vertretene These, auf mehrere Sachmängelrechte zugleich kombiniert zugreifen zu können – immer soweit die Rechtsfolgen nicht widersprüchlich sind. Nur mit der Kombinationswirkung ist der umfassende Besteller Schutz, flexible verschiedene Rechtsfolgen aus Mängeln herleiten zu können, garantiert. Bei der durch die elektive Konkurrenz im bislang verstandenen Sinn



erzwungenen, aber nicht wegen der Alternativität nötigen, Auswahl eines einzelnen Rechts werden dem Besteller entgegen Sinn und Zweck Rechtsfolgen abgeschnitten.

Keine Frage der Äquivalenzstörung im so verstandenen Sinn bei den Sachmängelrechten im Bereich des Schadenersatzes statt der Leistung ist – wegen der nur hier zu berücksichtigenden Folgeschäden, die sich aus weiteren Umständen außerhalb der reinen Mangelhaftigkeit der Werkleistung ergeben, wie etwa einem entgangenen Weitervermarktungsgewinn der Werkleistung – die Verletzung des Integritätsinteresses. Denn lediglich hier, also beim Schadenersatz nach §§ 634 Ziffer 4, 280, 281, 249 Abs. 2, 250 BGB, sind die außerhalb der Vertragsäquivalenz angesiedelten – und auf der haftungsausfüllenden Kausalschiene zusätzliche Ereignisse jenseits der schlicht mangelhaften Leistungserbringung voraussetzenden – Folgeschäden zu berücksichtigen.²²

Damit ist – um von der „Querbetrachtung“ eines anderen Sachmängelrechts (Minderung) zum Punkt des Verhältnisses zwischen der Ersatzvornahme und dem kleinen Schadenersatz zurückzukommen – die parallele Anwendung des kleinen Schadenersatzes nach der Erstausswahl der Ersatzvornahme deswegen möglich, weil beide Rechte sich ergänzende komplementäre und nicht etwa ausschließende Schutzzwecke verfolgen und die erstgewählte Ersatzvornahme keine einschränkenden Gestaltungswirkungen aufweist und es nicht den Rechtssatz gibt, dass unterschiedliche Berechnungsarten sich unvereinbar untereinander ausschließen, es sei denn es stehen irreversiblen Gestaltungswirkungen entgegen. Die soweit ersichtlich einhellige Meinung einer elektiven und damit sich wechselseitig untereinander ausschließenden Konkurrenz auch im Verhältnis zwischen der Ersatzvornahme und dem kleinen Schadenersatz²³ mit einem allenfalls möglichen *ius variandi* vermag daher nicht zu überzeugen. Insbesondere kann die Ersatzvornahme hinter einer vollständigen Wiederherstellung der Äquivalenz im weiteren Sinn zurückbleiben, wenn hierdurch nicht wie es bei einer originär mangelfreien Leistung der Fall ist die positive Vermögensänderung bei dem Besteller eintritt und ein Vermögensdefizit-Delta verbleibt. Klassischer Fall ist der merkantile Minderwert nach technisch ordnungsgemäßer Mangelbeseitigung gem. § 251 Abs. 1, 2. Alt. BGB.²⁴ Kumulativ können mithin mehrere Berechnungsarten angewandt werden, solange keine „Überkompensation“ der Äquivalenzstörung erfolgt und keine Gestaltungswirkungen entgegenstehen. Bei dem zu beachtenden Überkompensationsverbot hilft als Schlüssel zur Lösung die Prüfung der haftungsausfüllenden Kausalität. Nur zusätzliche Nachteile, die nicht durch die gedeckten Ersatzvornahmekosten kompensiert sind, unterfallen dem zusätzlichen kleinen Schadenersatz. Solange also keine Ersatzvornahmekosten beansprucht werden, deckt der kleine Schadenersatzanspruch sowohl die Mangelbeseitigungskosten als auch Folgeschäden aus der reinen Mangelhaftigkeit wie den merkantilen Minderwert, der auch schon vor der Mangelbehebung rechnerisch ermittelt werden kann, ab. Sind die Mangelbeseitigungskosten separat verlangt und bezahlt worden, ist in diesem Umfang der ursprüngliche Gesamtschaden haftungsausfüllend kausal reduziert – es kann ergänzend nur noch der Folgeschaden, etwa der merkantile Minderwert, verlangt werden.

bb) Vorschussanspruch

Bei der Wahl des Vorschussanspruchs vor der Realisierung der Ersatzvornahme bleiben alle Sachmängelrechte erhalten solange die Zweitwahl mit der Ersatzvornahme gegen Kostenerstattung anstelle des Vorschusses noch nicht realisiert ist. Die Erstausswahl des Vorschusses für sich genommen lässt keine endgültig irreversiblen und zur Unmöglichkeit führenden Hindernisse eintreten. Wird eine Zweitausswahl eines anderen Sachmängelrechts nach dem ursprünglichen Vorschussverlangen getätigt und hat der Besteller den Vorschuss schon vereinnahmt, muss er diesen kondiktionsrechtlich natürlich wegen späteren Wegfalls des Rechtsgrunds zurückzahlen, § 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt.BGB.²⁵ Bleibt es beim Vorschuss, ist nach der Ersatzvornahme zum einen die Endabrechnung



vorzunehmen (Äquivalenzinteresse im engeren Sinn). Zum anderen ist – siehe soeben unter III. 1.b) aa) – dann nur noch der kleine Schadenersatz möglich (ebenfalls Äquivalenzinteresse hier im weiteren Sinn).

c) Rücktritt

Der Rücktritt nach § 634 Ziffer 3, 1. Alt BGB lässt – unter Ausklammerung der für die vorliegende Untersuchung nicht maßgeblichen Verzögerungs- und Begleitschäden aus Verzug und neben der Leistung nach §§ 286, 280 BGB – nur noch den großen Schadenersatzanspruch zu, diese partielle Konkurrenzfrage beim *ius variandi* ist – scheinbar entgegen dem vorherigen Recht – in § 325 BGB²⁶ „geregelt“. Der das Behalten der Werkleistung voraussetzende kleine Schadenersatzanspruch könnte zwar nach dem Wortlaut des § 325 ebenfalls noch als wählbar erscheinen. Er ist aber mit dem hier nötigen Behalten der Werkleistung im Unterschied zu dem Rückgewährschuldverhältnis beim Rücktritt unvereinbar. Hier liegt wiederum Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB und damit der Ausschluss des *ius variandi* vor. Denn der Unternehmer kann seinen durch den Rücktritt entstandenen Rückgewähranspruch bezogen auf die mangelhafte Werkleistung nach § 346 Abs. 1 BGB als dauerhaftes Rechtshindernis dem mit dem Behalten der Werkleistung verknüpften kleinen Schadenersatzanspruch entgegenhalten, §§ 348, 320 Abs. 1 BGB. Und somit besteht ein aus der Sphäre des Gläubigers stammendes materiellrechtliches Dauerhindernis i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB,²⁷ das vor der Prozesssituation wie bereits erwähnt nicht erhoben werden muss, um zu wirken, §§ 320 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB. Der BGH hat für die Problematik genau gegenläufiger Rechtsfolgen für zwei Fälle die treffende Formulierung kreiert, dass Polarität (Unvereinbarkeit) zwischen einerseits Rücktritt und Minderung (1) und andererseits großem und kleinen Schadenersatz (2) besteht.²⁸ Diesem Schlagwort soll mit der vorstehenden Erwägung die nach Auffassung des Verfassers zu Grunde liegende Dogmatik auch für das hier abgehandelte dritte gegenläufige Paar, nämlich den Rücktritt einerseits und den kleinen Schadenersatz (3) andererseits, zugeordnet werden. Auch diese Rechte sind wegen der Wirkung des jeweils zuerst gewählten Rücktritts und des im ausgewählten großen Schadenersatz enthaltenen Rücktrittswirkungen „polar“.

d) Minderung

Die Minderung nach § 634 Ziffer 3, 2. Alt BGB schließt als das Gestaltungsrecht aus der Behaltens-Gruppe die zur Alternativgruppe mit der Lösung vom Vertrag zählenden Rechte, also den Rücktritt und den großen Schadenersatzanspruch, aus.²⁹

Darin erschöpfen sich die Folgen nicht. Denn innerhalb der „Behaltens-Gruppe“ ist insoweit mit der relativen Minderungswirkung gem. § 638 Abs. 3 BGB der betroffene Mangel durch einen finanziellen „Äquivalenzausgleich“ kompensiert. Statt mangelfreier Leistung und vollem Werklohn gilt nunmehr: Mangelakzeptanz und relative Werklohnreduktion. Hat der Besteller mit der Minderung ein Derivat/Surrogat der Leistung³⁰ gewählt, führt insoweit die Gestaltungswirkung der Minderung³¹ nach § 638 Abs. 3 BGB dazu, dass damit Unmöglichkeit wegen Zweckfortfalls nach § 275 Abs. 1 BGB in Bezug auf den Kostenvorschuss eintritt.³² Gezahlt werden könnte noch, aber nicht mehr mit der Zweckbestimmung eines abzurechnenden Vorschusses. Nur wenn die Gestaltungswirkung nach § 638 Abs. 3 BGB entfielen, was nach der Rechtsordnung gerade nicht vorgesehen ist, könnte das Leistungssurrogat der Ersatzvornahme unter Einschluss des Vorschusses wieder zum Leben erweckt werden und



damit dessen Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB wieder möglich werden. Da durch die Wahl der Minderung endgültig eines der im Alternativverhältnis stehenden Leistungssurrogate erfüllt ist, führt die Alternativität von Minderung und Ersatzvornahme innerhalb der „Behaltens-Gruppe“ zur rechtlichen Unmöglichkeit der Ersatzvornahme: Erfülltes ist keiner zweiten Erfüllung zugänglich. Zu Recht wird deswegen die neue BGH-Rechtsprechung, wonach eine vermeintlich mögliche „beschränkte Gestaltungswirkung“ der Minderung weiter den Rückgriff auf den Kostenvorschuss ermögliche,³³ kritisiert.³⁴

Dies ist das Zwischenergebnis für die Ansprüche, die das Äquivalenzverhältnis im engeren Sinn in der „Behaltens-Gruppe“ betreffen. Außerhalb dieser vertragsinternen Äquivalenzebene angesiedelte weitere Nachteile des Bestellers wegen des betroffenen Mangels erfasst die Minderung dagegen überhaupt nicht. Hierauf gerichtete Ansprüche (Äquivalenzinteresse im weiteren Sinn) bleiben damit unberührt. Rechtstechnisch sieht der Verfasser hier folgenden Wirkungszusammenhang: Die Minderung kann diesbezüglich im Lichte des Rechts der Erfüllung gleichgelagert zur Aufrechnung – diese ist allerdings als Erfüllungssurrogat bei Geldleistungen keine direkte Erfüllung i.S.v. § 362 Abs. 1 BGB³⁵ – als „Selbstvollzugskompetenz des Bestellers“ verstanden werden. Die Wahl des Rechtes führt uno actu über die gesetzliche Gestaltungswirkung des § 638 Abs. 3 BGB hinaus zur Erfüllung aller das „vertragsinterne“ Äquivalenzinteresse im engeren Sinn betreffenden Rechte i.S.v. § 362 Abs. 1 BGB innerhalb der Rechte aus der „Behaltens-Gruppe“, nicht zur Erfüllung des vollständigen Äquivalenzinteresses im weiteren Sinn. Zu den erfüllten Rechten zählen die auf dasselbe vertragsinterne Äquivalenzinteresse wie die Minderung abzielende Nacherfüllung sowie die Ersatzvornahme. Der kleine Schadensersatz ist hiervon im Unterschied zu der in der Rechtsprechung und Literatur durchaus vertretenen Meinung oder zumindest missverständlichen Auffassung nicht umfasst oder genauer gesagt nur teilweise erfasst. Vertreten wird diesbezüglich, dass durch die Minderungswirkung die Rechtssituation abschließend hinsichtlich derselben Vermögenseinbuße geregelt ist.³⁶ Die rein vertragsinterne Äquivalenzstörung, nicht die mangelfreie Leistung für den vereinbarten Werklohn erhalten zu haben, ist nicht dieselbe und im Einzelfall weitergehende Vermögenseinbuße, anstelle dieses vertragsinternen Minus vertragsextern nicht den objektiven etwaigen Verkehrsmehrwert der Werkleistung bekommen zu haben. Damit schließt die relative Minderung nach § 638 Abs. 3 BGB die Kompensation der Äquivalenzstörung im weiteren Sinn in Gestalt eines den relativen Minderungsbetrages überschießenden absoluten Marktminderwertes der Werkleistung im Schadenersatzweg gerade nicht aus. Augenfällig wird dies insbesondere auch noch bei dem merkantilen Minderwert, der eben genau nicht dieselbe Vermögenseinbuße wie der vertragsinterne relative Minderwert ist, sondern eine vollständig zusätzlich nach § 251 Abs. 1, 2. Alt. BGB ersatzpflichtige Vermögenseinbuße darstellt – die es bei originär mangelfreier Leistung gar nicht gegeben hätte.

Nur mit dieser Betrachtung wird im Übrigen der systematisch und teleologisch nötige Gleichklang zu den – den gleichen den Prinzipien folgenden – Erwägungen wie oben beim Erstattungsanspruch gewahrt.³⁷ Obwohl die Minderung im Unterschied zur Kostenerstattung bei der Ersatzvornahme Gestaltungswirkung aufweist, nötigt diese Wirkung nicht zu einer anderen Betrachtung. Denn die Gestaltungswirkungen der Minderung decken nur dieselbe Vermögenseinbuße wie der Erstattungsanspruch ab, weitere Vermögenseinbußen bleiben ungeregelt und damit offen. Die Minderung sperrt den kleinen Schadenersatzanspruch nicht – soweit dieser zur Kompensation eines trotz der Minderung verbleibenden Vermögensminus-Deltas beim Besteller führt.

Die neueste Rechtsprechung des BGH würde im Übrigen unerklärlich zu einem Januskopf der Minderungswirkung führen: Im Verhältnis zur Vertragslösungsgruppe des großen Schadenersatzes und des Rücktritts griffe eine uneingeschränkte Gestaltungswirkung.³⁸ Im Binnenverhältnis der das Äquivalenzinteresse im engeren Sinn erfassenden „Behaltens-Gruppe“ gäbe es diese uneingeschränkte Gestaltungswirkung wegen des für weiter möglich gehaltenen Vorschussanspruchs weitestgehend nicht. Nur die Nacherfüllung soll hier ausgeschlossen bleiben.³⁹ Eine derartige eingeschränkte Gestaltungswirkung ist mit dem Charakter von Gestaltungsgeschäften, die wie ausgeführt klar und unzweideutig sein müssen,⁴⁰ kaum vereinbar.



Offen bleibt damit nach erklärter Minderung nur noch aus der gleichen (Behaltens)-Gruppe der kleine Schadensersatz – dieser deckt die Äquivalenzherstellung im weiteren Sinn, ab und steht als anderweitige Berechnungsart dieses Interesses nicht mit der eingetretenen Minderungswirkung im Widerspruch – solange diese Wirkung voll bei der Berechnung des Äquivalenzinteresses vorgreiflich respektiert wird und es nicht zu einer Überkompensation des Äquivalenzinteresses kommt.⁴¹ Der relative Minderungsbetrag nach § 638 Abs. 3 BGB ist also auf den kleinen Schadensersatz „anzurechnen“.

e) Schadensersatz

Der große und der kleine Schadensersatz sind wegen ihrer vollständigen Alternativität auseinanderzuhalten und getrennt zu betrachten, da beim großen Schadensersatz die Werkleistung zurückzugewähren ist und beim kleinen Schadensersatz gegenläufig behalten wird.

aa) Großer Schadensersatz

Der Besteller bringt beim großen Schadensersatz – genau gegenläufig zur Minderung soweit es die Frage des Behaltens betrifft⁴² – zum Ausdruck, keine Mangelbeseitigung zu wollen und das Werk nicht behalten zu wollen. Dies schließt deshalb nach der überzeugenden Rechtsprechung des BGH mit der Ausschlusswirkung nach § 281 Abs. 4 BGB den Nacherfüllungsanspruch aus.⁴³

Dasselbe muss konsequent auch für alle weiteren Ansprüche aus der Fallgruppe des Behaltens der Werkleistung gelten, also für die Ersatzvornahme, die Minderung und den kleinen Schadenersatzanspruch. Hier greift erneut das oben angesprochene Argument, wonach rechtliche Dauerhindernisse aus der Gläubigersphäre wie sie durch die Erst-Wahl des großen Schadenersatzes entstanden sind, zur Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB führen.⁴⁴ Dies ist ein weiteres Mal der vom BGH so bezeichnete Fall der Polarität.⁴⁵ Zwar fehlt hier – scheinbar und auf den ersten Blick – im Unterschied zum ausdrücklich erklärten Rücktritt das schon entstandene Rückgewährschuldverhältnis als rechtliches Dauerhindernis. Es ist aber nach hier vertretener Auffassung in der Wahl des großen Schadenersatzanspruchs inzident und ohne ausdrückliche Benennung immer die Rücktrittserklärung in der „Zur-Verfügung-Stellung“ der Werkleistung⁴⁶ mitenthalten.⁴⁷ Denn untrennbares Kernelement des großen Schadenersatzes ist es, die Werkleistung zurückzugewähren und damit als integrales Teilelement die Rücktrittsfolgen als Gestaltungswirkung auszulösen, wobei – lediglich – zusätzlich zum Rücktritt weitere Vermögensschäden mitbeansprucht werden. Damit wiederum ist wie beim ausdrücklich und nicht nur inzident erklärten Rücktritt das Dauerhindernis des Unternehmer-Rückgewähranspruchs gerichtet auf die mangelhafte Werkleistung entstanden.

Anders gewendet erschöpft sich beim Blick auf § 325 BGB dessen Regelungszweck schon nach dem klaren Wortlaut darin, nur die Variante des zuerst erklärten Rücktritts zu erfassen. Hierfür ist im vermeintlichen Unterschied zu dem früheren Recht ausdrücklich „geregelt“, dass mit den überschießenden Folgen im Wege der Zweitwahl noch Schadensersatz verlangt werden kann. Gemeint ist damit nur der große Schadenersatzanspruch, da die eingetretenen Rücktrittswirkungen des § 346 BGB zur Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB in Bezug auf den kleinen Schadensersatz führen.⁴⁸



Im umgekehrten Fall der Erstauswahl des großen Schadenersatzes dagegen läuft § 325 leer, da der Rücktritt im Schadenersatzverlangen des großen Schadenersatzes schon mitenthalten ist. Eine unvereinbare Diskrepanz bei den Rechtsfolgen zwischen dem großen Schadensersatz und dem Rücktritt gibt es nicht. Deckungsgleichheit besteht – partiell aber völlig – soweit es um das Rückgewährschuldverhältnis geht. Hier hilft ein Blick auf eine benachbarte Situation im Schadenersatzrecht. Denn genau wie in den Fällen der culpa in contrahendo bei vorsätzlicher Täuschung über Mängel ohne Sperrwirkung durch das vorrangige Sachmängelrecht über die Naturalrestitution nach §§ 311 Abs. 2, § 249 Abs. 1 BGB das negative Interesse und damit das Rückgängigmachen des Vertrages verlangt werden kann,⁴⁹ erfolgt dies auch beim Großen Schadensersatz. Hier findet dies allerdings als Teilelement der Gesamtrechtsfolgen statt. Denn die Regelungen über ein Rückgängigmachen stehen dem Beanspruchen des Geldzahlungsersatzes wegen überschießender erlittener Nachteile unter dem Licht des Schadenersatzes nicht entgegen. Hier liegen nur ergänzende Folgen vor, wenn ohne die Leistungsstörung das Erfüllungsinteresse geschuldet war.⁵⁰ Einen zweiten Satz in § 325 BGB mit dem Text: „Das Recht bei einem gegenseitigen Vertrag zurückzutreten, wird durch das Schadenersatzverlangen des großen Schadensersatzes nicht ausgeschlossen“ gibt es daher zu Recht nicht. Eine derartige Regelung wäre eine unnötige Klarstellung und dies stützt ebenfalls die diesseitige Sicht, wonach der Rücktritt schon im großen Schadensersatz aufgeht. An dieser Stelle gelangt die vorliegende Abhandlung zu dem Zentralgedanken, der das Infragestellen der bisherigen Dogmatik zur elektiven Konkurrenz berechtigt erscheinen lässt:

§ 325 BGB ist das gesetzliche Gegenbeispiel zur elektiven Konkurrenz, Rücktritt und großer Schadensersatz kann der Besteller *gemeinsam* wählen. Da beim Schadensersatz die Unterteilung in den großen und den kleinen Schadensersatz nur eine einfache Berechnungsart,⁵¹ nicht ein unterschiedliches Schuldverhältnis ist, folgt die

- Kombinationswahlmöglichkeit zwischen dem großen Schadensersatzanspruch und dem Rücktritt und gegenläufig
- die Alternativität zwischen großem und kleinen Schadensersatz

keineswegs konstitutiv aus § 325 BGB. Vielmehr ist dieser insgesamt nur klarstellend und erfolgt die wirkliche Unterscheidung zwischen kombinierbaren und sich ausschließenden Rechten nur anhand des alleinseligmachenden materiellen Kriteriums der Unvereinbarkeit der Rechte.⁵² Wäre die gesetzliche Kombinationswahlregelung des § 325 BGB konstitutiv, wäre sie wegen Perplexität nichtig: Innerhalb ein und desselben Schuldverhältnisses kann nicht eine Berechnungsart von Schäden zusammen mit dem Rücktritt möglich sein und dies zugleich für ein anderes Rechenmodell ausgeschlossen sein.

Für den an dieser Stelle behandelten großen Schadensersatz folgt hieraus das Nachstehende. Jedenfalls wird – auch wenn man entgegen der Auffassung des Verfassers keine inzidente Rücktrittserklärung im Verlangen des großen Schadensersatzes und damit auch keine integrierten Rücktritts-Gestaltungswirkungen sehen wollte – qua Gesetz dem Unternehmer in Bezug auf seine Werkleistung über § 281 Abs. 5 BGB, das Regelungsregime der 346 ff. BGB zur Verfügung gestellt.⁵³ Eine in der Literatur angenommene „echte“ Gestaltungswirkung des § 281 Abs. 5 BGB wie beim Rücktritt ist die gesetzlich angeordnete bloße Anwendbarkeitsfolge der Regeln der § 346 ff. BGB nach diesseitiger Auffassung jedoch angesichts der hier dem Unternehmer lediglich gewährten Gläubigerstellung, seine Werkleistung zurückfordern zu können, nicht. Von dieser Berechtigung als eine Forderung gemäß der Legaldefinition des § 194 Abs. 1 BGB kann, muss aber nicht, Gebrauch gemacht werden. Damit fehlen die automatisch mit echten Gestaltungserklärungen sofort eintretenden umgestaltenden Rechtsfolgen⁵⁴ –



diese Gestaltungswirkung gibt es nur beim Rücktritt und im Schadenersatzrecht bei § 281 Abs. 4 BGB.⁵⁵ § 281 Abs. 5 BGB dagegen regelt nur mögliche schuldrechtliche Forderungen des Unternehmers beim Aussuchen einer von zwei Berechnungsvarianten⁵⁶ des Schadenersatzes durch den Besteller, nicht uno actu eintretende zwingende absolute dingliche Folgen im weiteren Sinn.

Würde man dagegen der genannten Literaturmeinung folgen, wonach § 281 Abs. 5 BGB selbst Gestaltungswirkung hätte, wäre auch danach der Weg zum kleinen Schadensersatz über § 275 Abs. 1 BGB versperrt.

Teilt man als letzte verbleibende Betrachtungsmöglichkeit die diesseitige Meinung des inzident in dem großen Schadensersatz miterklärten Rücktritts nicht und verneint man zudem echte Gestaltungswirkungen bei § 281 Abs. 5 BGB, müsste man auch nach der Erstauswahl des großen Schadensersatzes noch die Zweitauswahl des kleinen Schadensersatzes zulassen.

Nach hiesiger Meinung beschränkt sich allerdings nach der Erstauswahl des großen Schadensersatzanspruchs das ius variandi auf die beiden Rechte aus der Gruppe des Nichtbehaltens. Das Rücktrittsrecht kann mithin gewählt werden bzw. ist nach Auffassung des Verfassers inzident bereits mit dem Verlangen von Schadensersatz mit geltend gemacht. Insoweit liegt genau betrachtet auch kein Fall des ius variandi, sondern eine (Teil-) „Rechtekongruenz“ zwischen dem Gestaltungsrecht und dem Schadensersatzanspruch vor.

bb) Kleiner Schadensersatz

Schließlich bringt der Besteller bei der Wahl des kleinen Schadensersatzanspruchs im Unterschied zum großen Schadensersatzanspruch zum Ausdruck, die Werkleistung im – nicht durch die Nachbesserung durch den Unternehmer abgestellten mangelbehafteten – Zustand behalten zu wollen.⁵⁷ Auch hier ist wegen § 281 Abs. 4 BGB – jedenfalls und insbesondere nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH – der keinen sekundären Schadensersatzanspruch darstellende modifizierte primäre Nacherfüllungsanspruch nach § 634 Ziffer 1 BGB aus der „Behaltens-Gruppe“ ausgeschlossen.⁵⁸

Fraglich könnte bleiben, ob die Rechte aus der Gruppe des Nichtbehaltens/der Rückgabe der Werkleistung (Vertragslösungsgruppe), also die des Rücktritts und des großen Schadensersatzes durch diese Wahl ebenfalls ausgeschlossen sind.⁵⁹ Zwar liegt auch hier die vom BGH konstatierte Polarität vor. Das Behalten der Werkleistung beim kleinen Schadensersatz kollidiert – bei gleichzeitiger Betrachtung auf der Zeitschiene – unvereinbar mit deren Rückgewähr beim Rücktritt und dem großen Schadensersatz. Im Unterschied zum großen Schadensersatz, der inzident im Schadensersatz-Verlangen gem. § 281 Abs. 4 BGB über das „Zur-Verfügung-Stellen“ der Werkleistung immer auch den Rücktritt und damit dessen Gestaltungswirkungen beinhaltet oder zumindest über §§ 281 Abs. 5, 346 ff. BGB zu diesen Rechtsfolgen führt, sind bei der Wahl des kleinen Schadensersatzes keine Gestaltungswirkungen jenseits des Ausschlusses des Anspruchs auf die (Primär-)Leistung zu verzeichnen. Denn § 281 Abs. 5 BGB, der die „unechte Gestaltungsfolge“ des Rückgewähranspruchs des Unternehmers regelt, greift nur beim großen Schadensersatzanspruch ein, nicht beim kleinen. Denn Tatbestandsvoraussetzung dieses Abs. 5 ist – gekennzeichnet durch das Wort statt der „ganzen“ Leistung – das Verfolgen des großen Schadensersatzanspruchs durch den Besteller.⁶⁰

Damit stellt sich die Frage ob § 281 Abs. 4 BGB beim kleinen Schadensersatz – mit dann irreversiblen



Folgen wie sie den Gestaltungserklärungen des Rücktritts und der Minderung sowie der Wahl des großen Schadenersatzes zu eigen sind – derart zu verstehen ist, dass nicht nur die primäre Erfüllung und die primäre Nacherfüllung als modifizierter Erfüllungsanspruch ausgeschlossen sind, sondern auch der im Alternativverhältnis zum kleinen Schadenersatzanspruch stehende große Schadenersatzanspruch. Dies ist zu verneinen. Denn unter dem Anspruch auf die Leistung i.S.v. § 281 Abs. 4 BGB sind nur die Erfüllungsansprüche und sämtliche hieraus abgeleiteten Derivate erfasst. Nur mit diesem Verständnis wird die mit § 281 Abs. 4 BGB verfolgte Rechtsklarheit erzielt. Nur zwei Alternativen sind zur Verdeutlichung, in welchem Stadium sich ein Vertragsverhältnis befindet, in § 281 Abs. 4 BGB vorgesehen. Dies ist der primäre Leistungsanspruch und es ist alternativ der sekundäre Schadenersatzanspruch. Tertium non datur (ein Drittes gibt es nicht). Weder existieren beim Schadenersatzanspruch Unterdifferenzierungen zwischen dessen verschiedenen Ausformungen (Großer Schadensersatz/Kleiner Schadensersatz) noch finden sich Unterdifferenzierungen beim Leistungsanspruch. Die Ungewissheit der elektiven Konkurrenz innerhalb der Sachmängelansprüche als Teilelement der Leistungsansprüche wird bereinigt.⁶¹ Von den zwei Alternativen des § 281 Abs. 4 BGB bleibt nur noch der Schadensersatz. Eine Einschränkung, dass damit seinerseits alternativ entweder der kleine oder der große Schadenersatzanspruch gemeint sei, enthält § 281 Abs. 4 BGB nicht. Der Besteller hat hier deshalb innerhalb des Schadenersatzes – solange er nicht den großen Schadensersatz wählt, womit die Rückabwicklungsfolgen des § 281 Abs. 5 BGB eintreten – die freie Wahl. Im Schadenersatzrecht kann insoweit frei als Form der Berechnung und in alternativer Weise der Schaden entweder als Großer oder als Kleiner berechnet werden.⁶² Damit bleibt bei der Erstauswahl des kleinen Schadenersatzes anders als im umgekehrten Fall, bei dem der kleine Schadensersatz entfällt, der große Schadensersatz weiter möglich.

Zugleich steht hiermit nach der Meinung des Verfassers im Unterschied zur gegenläufigen Meinung des BGH⁶³ fest, dass mit dem vollständigen unteilbaren Übergang des Vertrages in das Stadium des Schadenersatzes, welcher letztlich nur noch eine Geldkompensation ermöglicht, sämtliche anderweitigen Sachmängelansprüche uneingeschränkt entfallen. Denn gesetzessystematisch stehen die Rechte aus § 634 BGB unbezweifelbar und allgemein anerkannt in einem Stufenverhältnis: Primär ist der Nacherfüllungsanspruch vorhanden, nach der fruchtlosen Fristsetzung zur Nacherfüllung treten die weiteren Ansprüche nach § 634 BGB sekundär ins Leben.⁶⁴ Diese sind damit aus der Wurzel des – das Leistungsinteresse nach der Abnahme abbildenden Nacherfüllungsanspruchs – derivativ abgeleitet. Ist die Wurzel der nach der Abnahme existierenden modifizierten Leistungsansprüche,⁶⁵ also die Nacherfüllung nach § 634 Ziffer 1 BGB, durch die Schadensersatzwahl nach § 281 Abs. 4 BGB abgeschnitten, kann man nicht mehr derivativ auf die „Äste“ der sekundären Sachmängelrechte jenseits des gewählten – und von § 281 Abs. 4 BGB am Leben gehaltenen – Schadensersatzanspruchs statt der Leistung gelangen, diese sind insgesamt ebenso wie die Wurzel, Nacherfüllung verlangen zu können, tot.

Dies unterstützt zudem der Blick auf § 241 Abs. 1 BGB. Hier ist der Leistungsbegriff angesprochen, ohne definiert zu sein.⁶⁶ Die inhaltliche Ausfüllung geschieht über das jeweilige Sonderrechtsverhältnis.⁶⁷ Gleichgelagert für alle Schuldverhältnisse ist allerdings unter Leistung in § 241 Abs. 1 BGB im umfassenden Sinn jede primäre wie sekundäre Leistung gemeint, unter Einschluss des Schadenersatzes.⁶⁸ Daneben stehen lediglich die Schutzpflichten des § 241 Abs. 2 BGB. Wenn sodann die Wahl nach § 281 Abs. 4 BGB zur Subtraktion aller – übrigen – Leistungspflichten und zur Reduktion auf den sekundären Schadensersatz führt, sind damit unter Leistung im engeren Sinn des § 281 Abs. 4 BGB alle Pflichten außerhalb des Schadenersatzes gemeint und somit ausgeschlossen, die Nacherfüllung ist nur ein Teilaspekt.

Der vom BGH letztlich angewandte § 281 Abs. 4 Satz 2 BGB: „Abweichend von S. 1 ist im Werkvertrag lediglich der Anspruch aus § 634 Ziffer 1 BGB ausgeschlossen“, existiert nicht.



Zusammenfassend ist § 281 Abs. 4, 5 als eine Doppelweichenstellung zu verstehen. Mit Abs. 4 und einer echten Gestaltungswirkung werden alle Primärpflichten seien es Haupt- oder Nebenleistungspflichten eliminiert und die Fahrt geht auf dem Gleis der Sekundärpflichten insgesamt, also dem Schadenersatz statt der Leistung (Großer und Kleiner) weiter. Zwei Schienenstränge verbleiben danach, der große Schadenersatzanspruch und der kleine Schadenersatzanspruch. Die zweite und letzte Weichenstellung findet sich in Abs. 5. Mit der Wahl des Schienenstrangs des großen Schadenersatzes wird mit der hier inzident enthaltenen konkludenten Rücktrittserklärung der Strang des kleinen Schadenersatzanspruchs eliminiert und der Zug fährt endgültig auf dem Gleis des Ersatzes für die Nichterfüllung des gesamten Vertrages.

Nach der vorstehenden Klärung

- Wann Unvereinbarkeit der Rechte und damit elektive Konkurrenz und das ius variandi gegeben ist,
- wann das ius variandi entfällt und eventuell wiederauflebt und
- wann Vereinbarkeit der Rechte und damit ein Kombinationswahlrecht gegeben ist

bleibt noch zu prüfen, welche Rechtsfolgen sich in den Konstellationen des Kombinationswahlrechts ergeben.

IV. Die Rechtsfolgen bei der Ausübung des Kombinationswahlrechts

Die herausgearbeiteten Überlappungsfälle mit einer Kombinationswahl jenseits des ius variandi sind in Abhängigkeit vom zuerst gewählten und realisierten Recht fünf Konstellationen mit einer Untervariante.

1. Wahl Ersatzvornahme

Bei der Ersatzvornahme hatte sich gezeigt, dass zwischen der Erstattung und dem Vorschuss zu unterscheiden ist.

a) Wahl Erstattung

Hier verbleibt nur der kleine Schadenersatz. Real ist der Mangel beseitigt, die dafür benötigten Kosten sind ersetzt. Abgrenzungsprobleme ergeben sich nicht. Alle aus dem Behalten der Werkleistung resultierenden finanziellen Nachteile, die jenseits der reinen Mangelbehebungskosten (= Teilaspekt des Äquivalenzinteresses-Äquivalenzinteresse im engeren Sinn) liegen, kann der Besteller über den kleinen Schadenersatz verfolgen (= verbleibendes Äquivalenzinteresse im weiteren Sinn). Der Vollständigkeit und Klarheit halber ist anzumerken, dass hierunter nicht die Schäden neben der Leistung fallen, diese haben mit der hier erörterten Frage nichts zu tun und sind über § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen.



b) Wahl Vorschuss

Alle übrigen Sachmängelrechte bleiben erhalten.⁶⁹ Nach der Realisierung der getroffenen Wahl mit dem Vorschuss, also nach dessen Endabrechnung, bleibt die gleiche Kombination wie beim Erstattungsanspruch mit dem kleinen Schadensersatz möglich.

2. Wahl Rücktritt

Hier verbleibt – deklaratorisch in § 325 BGB festgehalten – nur der große Schadensersatz. Über die durch die Rückgewähr des Werklohns kompensierten Nachteile hinaus kann der Besteller alle weiteren Schäden statt der Leistung ersetzt verlangen.

3. Wahl Minderung

Der Besteller kann noch den kleinen Schadensersatz mitverfolgen und die durch die relative Werklohnreduktion nach § 638 Abs. 3 BGB nicht kompensierten Nachteile aus der „Behaltens-Gruppe“ – also alle Nachteile jenseits des engen Äquivalenzinteresses im Verständnis des BGH, mithin diejenigen im Rahmen des hier herausgearbeiteten weiten Äquivalenzinteresses – ersetzt verlangen. In diesem Kontext sind einige abrundende Gedanken geboten. Untechnisch wird unter Minderung des Wertes einer Leistung häufig, insbesondere unter dem Stichwort des merkantilen Minderwerts,⁷⁰ der absolute Marktminderwert, nicht die relative Minderung nach § 638 Abs. 3 BGB, verstanden. Hier kann sich kaufmännisch eine Überlagerung der Interessen ergeben. Einerseits kann trotz erfolgter relativer Minderung über § 638 Abs. 3 BGB der absolut entstandene Marktminderwert höher sein, sodass nach der Wahl der Minderung ein ersatzpflichtiges Restdelta verbleibt. Andererseits kann umgekehrt ein Marktminderwert kleiner als die relative Minderung sein oder bei starker Marktnachfrage auch bezüglich mangelhafter Werkleistungen komplett fehlen.

Liegt der Marktminderwert und damit der ebenfalls das weitere Äquivalenzinteresse abbildende kleine Schadenersatzanspruch höher als die relative Minderung kann der Besteller im Gewande des (kleinen) Schadenersatzes nicht durch die mögliche komplettierende Wahl von kleinem Schadensersatz und Minderung besser als bei isolierter Wahl des kleinen Schadenersatzanspruchs stehen. Anders gewendet kann er, um eine Überkompensation zu vermeiden, nur als Restschaden die Differenz zur relativen Minderung verlangen. Diese kaufmännisch und rechtlich zwingende Folge bedarf noch der dogmatischen Begründung. Sie besteht darin, dass innerhalb des Schadenersatzes die mit Gestaltungswirkung der Minderung eingetretene relative Minderung gem. § 638 Abs. 3 BGB als Umstand in der haftungsausfüllenden Kausalität beim kleinen Schadensersatz zu berücksichtigen ist und damit den nötigen Subtraktionsschritt deckt.

Liegt die relative Minderung höher als die Verkehrswertminderung, hat der schlaue Besteller mit seiner Minderungserklärung kaufmännisch in einem Zug schon seine Maximalziele durchgesetzt – der kleine Schadensersatz geht insoweit dann ins Leere.



4. Wahl großer Schadensersatz

Hier verbleibt dem Besteller der Rücktritt. Dessen Rückgewährschuldverhältnis-Folgen sind durch die Wahl des großen Schadenersatzes inzident schon erfasst.

5. Wahl kleiner Schadensersatz

Den großen Schadensersatz und den Rücktritt kann der Besteller weiterhin verfolgen. Hier greift erst im zweiten Schritt nach dem Wechsel vom kleinen zum großen Schadenersatzanspruch die Kombinationswahl; Rücktritt und großer Schadensersatz können zusammen verlangt werden.

V. Gesamtergebnis

Zusammenfassend gewinnt man die Erkenntnis, dass nicht eine völlige Alternativität der Sachmängelrechte besteht, sondern in nennenswertem Umfang sich mehrere Rechte derart überlagern können, dass

- Die Rechtsfolgen eines Rechts immer vollständig im anderen mitenthalten sind, das ist der Rücktritt im großen Schadensersatz und
- sich die Rechte teilweise bei den Rechtsfolgen überlappen und deswegen für die Zweckerreichung der vollständigen Herstellung der Vertragsäquivalenz im weiteren Sinn eine „Kombinations-Doppelwahl“ gestatten. Tatsächliches Beispiel ist etwa die gegenüber der relativen Minderung nach § 638 Abs. 3 BGB höhere absolute Verkehrswertminderung bei der Sachmängelrechtekombination mit der Erstauswahl Minderung und der Zweit-/Doppelwahl kleiner Schadensersatz. Weiteres Beispiel ist der verbleibende merkantile Minderwert nach der Erstauswahl Ersatzvornahme und der Zweit-/Doppelwahl kleiner Schadensersatz.

Begreift man das *ius variandi* bei der elektiven Konkurrenz der Sachmängelrechte als Gegenpol zur Wahlschuld genau wie jene als ein von vollständiger Alternativität geprägtes Institut, wie dies bislang der Fall sein dürfte, fehlt in den herausgearbeiteten Überlappungsfällen diese Alternativität und geht es nicht um ein echtes *ius variandi*. Anstelle eines vollalternativen Wahlrechtes bei der elektiven Konkurrenz könnte man von einem Wahl-Kombinationsrecht, einem *ius conducandi*, sprechen, welches der Gesetzgeber als das nach Sinn und Zweck eigentlich nötige Modell klarstellend schon in § 325 BGB anspricht.

Bei der Erstauswahl der Minderung ist ein spezieller Zusammenhang zu berücksichtigen. Soweit sich hierbei eine Kombination aus der Minderung und dem kleinen Schadensersatz ergibt, liegt keine eingeschränkte Gestaltungswirkung der Minderungserklärung vor, sondern ist der mit vollständiger Gestaltungswirkung eingetretene relative Minderungseffekt i.S.v. § 638 Abs. 3 BGB im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität beim kleinen Schadensersatz als Abzugsposition zu berücksichtigen.

Es gibt des Weiteren ausschließlich uneingeschränkte Gestaltungswirkungen, sodass etwa das Beanspruchen von Vorschuss nach erklärter Minderung ausscheidet.



Schließlich führt das Schadenersatzverlangen nach § 281 Abs. 4 BGB als Gestaltungserklärung dazu, dass sämtliche primären Leistungspflichten erlöschen und nur noch sekundär Schadenersatz im Wege der Geldkompensation als Großer oder Kleiner verlangt werden kann. Eine Rechtsvorschrift im Sinne eines § 284 Abs. 4 Satz 2 BGB: „Abweichend hiervon ist beim Werkvertrag nur der Nacherfüllungsanspruch ausgeschlossen“ gibt es nicht. Es ist daher nicht möglich, nach dem Verlangen von Schadenersatz statt der Leistung als kleiner Schadenersatz später noch stattdessen Vorschuss zu verlangen.

Die Kernelemente des erarbeiteten diesseitigen Gesamtkonzeptes sind also Folgende:

1.

Nicht die formale Ziffernfolge der Ziffer 2, Ziffer 3 und Ziffer 4 des § 634 BGB gibt die elektive Konkurrenz vor.

2.

Stattdessen ist es zum einen der Charakter der wechselseitigen Unvereinbarkeit der Rechtsfolgen miteinander, der die elektive Konkurrenz (Fall 1) begründet und zwar insgesamt unter Einschluss der modifizierten Erfüllung nach § 634 Ziffer 1 BGB.

3.

Bei den miteinander vereinbarten Rechtsfolgen zum anderen ist ein weiterer Fall der elektiven Konkurrenz (Fall 2) zu konstatieren. Diese Konkurrenz besteht dort, wo das identische Resultat alternativ auf verschiedenen alternativen Wegen erreicht wird. Konkret sind das die Nacherfüllung nach § 634 Ziffer 1 und die Ersatzvornahme nach § 634 Ziffer 2 BGB unter Einschluss des Vorschusses nach § 637 Abs. 3 BGB.

4.

In den Fällen der unvereinbaren Rechtsfolgen sowie des unvereinbaren unterschiedlichen Weges zu Erreichung derselben Folgen besteht das *ius variandi*. Dieses entfällt, wenn die Erstauswahl mit den durch die Wahl selbst als Gestaltungserklärung eintretenden Gestaltungswirkungen den Rechtsfolgen eines zweitgewählten Rechts unvereinbar entgegensteht. Soweit die miteinander vereinbarten Rechte exakt die identischen Folgen auslösen und nur unterschiedliche Wege hierfür offerieren – dies sind die Nacherfüllung und die Ersatzvornahme unter Einschluss des Vorschusses – führt die Wahl eines der Rechte mit dessen Erfüllung zur Erfüllung sämtlicher anderer gleichgerichteter Rechte und damit zum Entfallen des *ius variandi*.

5.

Im Übrigen fehlt die elektive Konkurrenz, eines *ius variandi* bedarf es zum Schutz des Bestellers hier nicht. Stattdessen können diese Rechte kombiniert werden. Überkompensationen durch die Doppel-Kombinationswahl sind auszuschließen. Dies erfolgt bei der Doppel-Kombinationswahl von Minderung und kleinem Schadenersatz



dadurch, dass der Betrag der Minderung im Sinn von § 638 Abs. 3 BGB innerhalb der haftungsausfüllenden Kausalität beim kleinen Schadensersatz als Abzugsposten berücksichtigt wird.

VI. Auswirkungen der Abhandlung auf die aktuelle BGH-Entscheidung vom 22.08.2024 (BGH, NJW 2024, 1445 [BVerwG 12.12.2023 - BVerwG 5 C 9.22])

Der Bundesgerichtshof hat den aktuellen Fall zur Erstausswahl der Minderung und der nachfolgenden als wirksam gebilligten Zweitwahl des Kostenvorschussanspruchs unter Ablehnung der irreversiblen Gestaltungswirkung der ursprünglichen Minderung entschieden. Nach Auffassung des Verfassers dagegen kann man nicht allein aus dem teleologisch erklärlichen Wunsch, den Besteller unter Einschluss des „nicht schlauen“ Bestellers, der zunächst die Minderung erklärt, schützen zu wollen, ableiten, dass retrospektiv eine Gestaltungswirkung hinfällig wird. Gänzlich schutzlos ist der „nicht schlaue“ Besteller ohnehin nicht, er muss aber als Gläubiger sorgfältig überlegen, ob er die relativen Minderungswirkungen nach § 638 Abs. 3 BGB lostreten will. Es entfällt damit allerdings die Möglichkeit die mit der Minderung ebenfalls im Bereich des engeren Äquivalenzinteresses angesiedelten Ersatzvornahmekosten unter Einschluss von deren Vorfinanzierung durch einen Vorschuss verfolgen zu können.

Selbst für diesen Fall bleibt ihm immer noch der abrundende kleine Schadenersatzanspruch mit dem Ersatz der auf dem Feld der Äquivalenz im weiteren Sinn angesiedelten Nachteile. Führt der Mangel also im schlimmsten Fall für den Besteller, nämlich einer fehlenden relativen Äquivalenzstörung im engen Sinn mit der „Wertlosigkeit“ der Minderung, zu einem absoluten Marktminderwert, kann dieser Verkehrsminderwert mit dem kleinen Schadensersatz durchaus noch verlangt werden, § 634 Ziffer 4 BGB. Ist umgekehrt kein absoluter Marktminderwert vorhanden, sieht der Verfasser keinen Grund, dem sich durch eine vorschnelle Minderungserklärung selbstschädigenden Besteller einen Schutz seines Äquivalenzverhältnisses unter schwer vertretbarer Ignorierung von Gestaltungswirkungen wie der Minderung einzuräumen.

In dem aktuell am 22.08.24 vom BGH entschiedenen Fall (VII ZR 68/22) scheint, um an den Endpunkt der Argumentation zu gelangen, die relative Minderung nach § 638 Abs. 3 BGB (Äquivalenzinteresse im engeren Sinn) mit dem absoluten Marktminderwert (Äquivalenzinteresse im weiteren Sinn) verwechselt worden sein, da im Tatbestand von einer Beweisaufnahme zur Verkehrswertminderung, nicht über den geringeren Wert der Werkleistung die Rede ist. Jener nach der Beweisaufnahme wohl fehlende Marktminderwert hätte nur die Aufrechnung und die Widerklage mit dem trotz der Minderung verbleibenden kleinen Schadensersatz ausgeschlossen. Für die relative Minderung nach § 638 Abs. 3 BGB hätte stattdessen untersucht werden müssen, „ob die mangelbehaftete Leistung den gesamten Werklohn wert war“. Vermutlich hätte sich bei dieser Betrachtung eine Äquivalenzstörung im engen Sinn und eine Reduktion des Werklohns ergeben.



*	Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Schlichter und Schiedsrichter, Frankfurt am Main.
1	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl., München, 2024, § 262 Rdnr. 5.
2	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 262 Rdnr. 5.
3	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 262 Rdnr. 5.
4	BGH, NJW 2018, 1463 [BGH 22.02.2018 - VII ZR 46/17]; BGH, NJW 2024, 3445 [BGH 22.08.2024 - VII ZR 68/22].
5	BGH, NJW 2024, 3445 f. [BGH 22.08.2024 - VII ZR 68/22]
6	Vgl. Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 634 Rdnr. 10 unter Verweis auf BGH, NJW 2018, 1463 [BGH 22.02.2018 - VII ZR 46/17].
7	BGH, NJW 2018, 1463 f. [BGH 22.02.2018 - VII ZR 46/17], Rdnr. 52; Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 638 Rdnr. 10.
8	BGH, NJW 2018, 1463 [BGH 22.02.2018 - VII ZR 46/17] Rdnr. 51.
9	Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 634 Rdnr. 10 und § 262 Rdnr. 5.
10	Vgl. hierzu: Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 634 Ziffer 3, 1. Alt. BGB Rdnr. 46.
11	Vgl. hierzu: Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 45.
12	Auch § 281 IV BGB ist ein Fall der Gestaltungserklärung: Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 50.
13	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 275 Rdnr. 18.
14	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 275 Rdnr. 19.
15	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 242 Rdnr. 56.
16	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 275 Rdnr. zu dauernden Rechtshindernissen als Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB.
17	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 348 Rdnr. 1.
18	Vgl. zu diesem Unmöglichkeitssfall: Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 275 Rdnr. 16.
19	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 275 Rdnr. 19.
20	BGH, NJW 2018, 1463 [BGH 22.02.2018 - VII ZR 46/17].
21	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 45.
22	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 22 am Ende in Verbindung mit dem Verweis in Rdnr. 46; vgl. zum Unterschied zwischen dem in dieser Abhandlung dem Äquivalenzinteresse im weiteren Sinn zuzuordnendem Wert- oder Summeninteresse einerseits und dem Integritätsinteresse andererseits: Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 251 Rdnr. 10.
23	Vgl. zur elektiven Konkurrenz: Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 634 Rdnr. 10 und 262 Rdnr. 5.
24	Siehe zum Wertinteresse beim merkantilen Minderwert: Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 251 Rdnr. 10 und 14.
25	Siehe zur <i>condictio ob causam finitam</i> bei Erklärungen einer Partei: Sprau, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 812 Rdnr. 26.
26	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 325 Rdnr. 2.
27	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 293 Rdnr. 5.



28	BGH, NJW 2018, 2863 [BGH 09.05.2018 - VIII ZR 26/17] Rdnr. 42: „dieser Gleichlauf der Polarität (Unvereinbarkeit) sowohl zwischen Rücktritt und Minderung einerseits als auch zwischen großem und kleinen Schadenersatz andererseits schließt nach einer wirksam erklärten Minderung nicht nur den Rücktritt, sondern überdies auch einen .. Anspruch auf Schadenersatz statt der ganzen Leistung aus“.
29	BGH, NJW 2024, 3445 f. [BGH 22.08.2024 - VII ZR 68/22] Rdnr. 34 und 30; siehe parallel zum Kaufrecht: Weidenkaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 437 Rdnr. 31.
30	Vgl. zu den Surrogaten der Leistung insb. zum Vorschuss auf die Ersatzvornahme Kosten: Voit, NJW 2018, 2166 f. (2169).
31	Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 638 Rdnr. 5.
32	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 275 Rdnr. 16.
33	BGH, NJW 2024, 3445 f. [BGH 22.08.2024 - VII ZR 68/22]
34	NJW-Special Heft 23, 2024, 716.
35	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 387 Rdnr. 1.
36	BGH, NJW 2018, 2863 f. [BGH 09.05.2018 - VIII ZR 26/17]; siehe zum Kaufrecht: Weidenkaff in Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 437 Rdnr. 32: „Mit wirksamer Minderung entfallen .. der Anspruch auf kleinen Schadenersatz hinsichtlich derselben Vermögensseinbuße“.
37	S.o. unter Erstattungsanspruch III.1. b) aa), fünfter Spiegelstrich.
38	BGH, NJW 2024, 3445 f. [BGH 22.08.2024 - VII ZR 68/22] Rdnr. 34 „Beschränkte Gestaltungswirkung“.
39	BGH, NJW 2024, 3445 f. [BGH 22.08.2024 - VII ZR 68/22] Rdnr. 23.
40	Ellenberger, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., Überbl. Vor § 104 Rdnr. 17.
41	S.o. unter Ersatzvornahme III.1. b) aa) fünfter Spiegelstrich.
42	Vgl. hierzu: BGH, NJW 2024, 3445 f. [BGH 22.08.2024 - VII ZR 68/22] Rdnr. 30.
43	BGH, NJW 2018, 1463 f. [BGH 22.02.2018 - VII ZR 46/17] Rdnr. 49; Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 50 und 52.
44	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 293 Rdnr. 5.
45	BGH, NJW 2018, 2863 f. [BGH 09.05.2018 - VIII ZR 26/17] Rdnr. 42.
46	Das „Zur-Verfügung-Stellen der Werkleistung“ ist integraler Bestandteil des Verlangens von großem Schadenersatz: Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 46.
47	So auch Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 20: „Hält man einen Rücktritt für erforderlich, ist er konkludent in dem Schadenersatzverlangen enthalten“.
48	S.o. unter Rücktritt III.1. c).
49	Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 634 Rdnr. 7; BGH, NJW 2009, 2120 [BGH 27.03.2009 - V ZR 30/08]; siehe zum Ersatz des negativen Interesses als Regelfall der cic: Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 311 Rdnr. 54; vgl. zur (ausnahmsweisen) Ersatzfähigkeit des Erfüllungsinteresses bei der cic, wenn ohne diese der Vertrag zu günstigeren Bedingungen zu Stande gekommen wäre: Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 311 Rdnr. 56 – dem entspricht im vorliegenden Zusammenhang das von Beginn an mit der Mangelfreiheit geschuldete Erfüllungsinteresse.
50	Vgl. die vorausgegangene Fußnote zu den Belegstellen dafür, dass sogar bei der cic mit dem gewöhnlich dort nur geschützten negativen Interesse das Rückgängigmachen des Vertrages über § 249 Abs. 1 BGB nicht dem Ersatz des Erfüllungsinteresses entgegensteht, wenn wie vorliegend ohne Leistungsstörung das Erfüllungsinteresse geschuldet ist.
51	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 45 zur Diskrepanz zwischen großem und kleinem Schadenersatz als Berechnungsart.



52	Auch in Zeiten vor Existenz des § 325 BGB aktueller Fassung war die Wahl des Rücktritts durch den eingeschalteten RA für seinen Mandanten also nicht wie einhellig früher angenommen ein Regressfall, schon damals hätte zusätzlich überschießend der große Schadensersatz verlangt werden können.
53	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum VGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 48.
54	Dieser Ansicht ist allerdings Stöber: NJW 2018, 2834 Rdnr. II: „...oder Schadenersatz statt der ganzen Leistung verlangt hat. Beide Rechtsbehelfe haben in der Weise Gestaltungswirkung, dass sie zu einer Beendigung und Rückabwicklung des Kaufvertrages führen“; vgl. zur nur bei § 281 IV BGB gegebenen Gestaltungswirkung: Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 50.
55	Siehe nochmals zur nur bei § 281 Abs. 4 vorliegenden Gestaltungswirkung: Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 45.
56	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 50.
57	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 45.
58	Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 636 Rdnr. 13: „Der Besteller kann das Werk behalten und den im Mangel liegenden Schaden verlangen (kleiner Schadenersatz); dann entfällt grds. der Erfüllungsanspruch bezüglich der geltend gemachten Mängel, § 281 Abs. 4 BGB“; s.a. Weingart, NZBau 2018, 593 ff. (595) unter IV.3.: „In der zweiten Etappe bedeutet die Wahl dieses Anspruches (sc. Schadenersatz statt der Leistung) nach § 281 Abs. 4 BGB lediglich die Beseitigung der Ungewissheiten einer elektiven Konkurrenz unterschiedlicher Ansprüche: Die anderen ursprünglich vorhandenen Ansprüche ‚sind weg‘, klammert man einmal die Besonderheit des § 325 BGB aus“.
59	So der BGH, NJW 2017, 1607 [BGH 19.01.2017 - VII ZR 235/15].
60	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 48: ... „Steht dem Gläubiger ... ein Schadenersatzanspruch aus Rdnr. 36 oder Rdnr. 46 zu ...“ (= großer Schadenersatzanspruch); Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 636 Rdnr. 13: Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großer Schadensersatz).
61	Weingart, NZBau 2018, 593 ff. (595) unter IV.3.: „In der zweiten Etappe bedeutet die Wahl dieses Anspruches (sc. Schadenersatz statt der Leistung) nach § 281 Abs. 4 BGB lediglich die Beseitigung der Ungewissheiten einer elektiven Konkurrenz unterschiedlicher Ansprüche: Die anderen ursprünglich vorhandenen Ansprüche ‚sind weg‘, klammert man einmal die Besonderheit des § 325 BGB aus“.
62	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 281 Rdnr. 45–46.
63	BGH, NJW 2024, 3445 f. [BGH 22.08.2024 - VII ZR 68/22] Rdnr. 27; BGH, NJW 2018, 1463 f. [BGH 22.02.2018 - VII ZR 46/17] Rdnr. 49 insoweit mit einer Wortlautinterpretation.
64	Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 634 Rdnr. 10.
65	Vgl. zur Nacherfüllung als modifiziertem Erfüllungsanspruch: Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 634 Rdnr. 8.
66	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 241 Rdnr. 1.
67	Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 241 Rdnr. 1.
68	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 241 Rdnr. 5.
69	S.o. unter III. 1.b) bb).
70	Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 251 Rdnr. 14.