

# Werkvertrag — Nacherfüllung

*Ausgangslage:* U hat für B ein Werk hergestellt, das einen Mangel hat (§ 633). Es geht um die *Nacherfüllung* („Beseitigung des Mangels“ oder „Herstellung eines neuen Werks“)

**1.** Will sich B (vorläufig) mit der Nacherfüllung begnügen, ohne schon die weiterreichenden Rechte anzustreben (Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz)?

*J a*, **Nacherfüllung um ihrer selbst willen (§ 634 Nr. 1)** — B muss den U nur zur Nacherfüllung auffordern, er braucht ihm *keine Frist* zu setzen.

**2.** Wie sieht es mit der *Möglichkeit* oder *Unmöglichkeit* der Nacherfüllung aus?

a) **Beide Arten der Nacherfüllung (Beseitigung des Mangels, Herstellung eines neuen Werks) sind möglich**

Jetzt geht es um die *Kosten*: **3.** Wie sind die für die Nacherfüllung erforderlichen **Kosten** zu bewerten?

a) Die von U gewählte Nacherfüllung ist mit angemessenen Kosten zu realisieren.

**4.** Hat U erfolgreich nacherfüllt?

*J a*  
Die Sachmängelrechte sind damit erloschen (bis auf einen möglichen Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung, zB Verzugsschaden).

Allein U trägt die Kosten der Nacherfüllung (§ 635 Abs. 2).

**5.** Ist das Werk eine bewegliche Sache und hat U es neu hergestellt?

*J a*  
B hat das mangelhafte Werk zurückzugeben (§ 635 Abs. 4).

*N e i n*  
Keine Rückgabe

*N e i n*, die Nacherfüllung ist fehlgeschlagen.

*Hinweis:* Ob U nur *einen* Versuch hat oder zwei Versuche wie beim Kauf (§ 440 Abs. 2 S. 2), ist gesetzlich nicht geregelt.

Nach dem Fehlschlagen kann B ohne Fristsetzung zurücktreten, mindern oder Schadensersatz verlangen (§ 636 Var. 2).

b) *Eine* Art der Nacherfüllung ist „nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich“, die andere mit angemessenen Kosten.

U kann die erste Art der Nacherfüllung verweigern (§ 635 Abs. 3). *Hinweis:* Er kann die Verweigerung auch auf § 275 Abs. 2 oder Abs. 3 stützen (§ 635 Abs. 3).

**6.** Kann auf die andere Art der Nacherfüllung (die mit vertretbaren Kosten möglich ist) „ohne erhebliche Nachteile“ für den Besteller „zurückgegriffen werden“ (analog § 439 Abs. 3 S. 2 Var. 3)?

*J a*  
Der Anspruch des B „beschränkt sich ... auf die andere Art der Nacherfüllung ...“ (analog § 439 Abs. 3 S. 3 Hs. 1).

*N e i n*  
Nur mit erheblichen Nachteilen für den Besteller.  
  
U kann die unwirtschaftlich teure Art der Nacherfüllung verweigern (§ 635 Abs. 3).  
  
B muss jetzt umstellen. Weiter mit Frage 8!

c) *Beide* Arten der Nacherfüllung würden „unverhältnismäßige Kosten“ verursachen (§ 635 Abs. 3).

**7.** Verweigert U aus diesem Grund beide Arten der Nacherfüllung (§ 635 Abs. 3)? *Hinweis:* Er kann die Verweigerung auch auf § 275 Abs. 2 oder Abs. 3 stützen (§ 635 Abs. 3).

*J a*, das ist zulässig (§ 635 Abs. 3).

B muss jetzt umstellen: Er kann ohne Fristsetzung zurücktreten, mindern oder Schadensersatz verlangen (§ 636 nennt § 635 Abs. 3).

**8.** Welches Recht will B geltend machen?

a) Selbstvornahme  
  
Sie scheidet aus, weil auch sie unverhältnismäßige Kosten verursachen würde.

b) Rücktritt oder Minderung  
  
Kein Rücktritt bei einem unerheblichen Mangel (§ 323 Abs. 5 S. 2).

c) Schadensersatz statt der Leistung  
  
Die Höhe des Schadens darf nicht an den unwirtschaftlich hohen Aufwendungen für eine Nacherfüllung orientiert werden. Auszugleichen ist nur die Wertminderung.

*N e i n*  
U will trotzdem nacherfüllen. Das steht ihm frei. Weiter mit Frage 4!

b) **Nur *eine* Art der Nacherfüllung ist technisch möglich, entweder die Beseitigung des Mangels oder die Neuherstellung.**

Jetzt geht es um die **Kosten**:

**9.** Wären die Kosten der einzig möglichen Nacherfüllung unverhältnismäßig hoch im Vergleich zu dem Nutzen, den K durch die Nacherfüllung hätte (§ 635 Abs. 3)? U *n d* verweigert U die Nacherfüllung aus diesem Grund?

*J a*  
B kann ohne Fristsetzung zurücktreten, mindern oder Schadensersatz verlangen (§ 636 nennt § 635 Abs. 3).  
  
Weiter mit Frage 8!

*N e i n*  
Keine Unverhältnismäßigkeit  
  
U muss die einzig mögliche Art der Nacherfüllung durchführen.

c) **Beide Arten der Nacherfüllung sind technisch unmöglich**

*Beispiel 1:* Bei den Galavorstellungen eines Opernhauses fehlt ein Teil der angekündigten Stars.  
*Beispiel 2:* Architekt A hatte die örtliche Bauaufsicht übernommen, aber Fehler übersehen. Die Bauaufsicht kann weder nachgeholt noch korrigiert werden.

Die Nacherfüllung entfällt (§ 275 Abs. 1). Deshalb kann B die Mängelrechte ohne (sinnlose) Fristsetzung geltend machen. Für den Rücktritt ergibt sich das auch aus § 326 Abs. 5 Hs. 2.

§ 326 Abs. 1 S. 1 gilt nicht (§ 326 Abs. 1 S. 2). Der „Anspruch auf die Gegenleistung“ (also auf den Werklohn) entfällt deshalb nicht automatisch, aber zB Rücktritt.

*N e i n*

B will eigentlich entweder selbst den Mangel beseitigen, zurücktreten, mindern oder Schadensersatz verlangen.

In diesen Fällen muss er im Prinzip dem U vorher eine Frist zur Nacherfüllung setzen.

Weiter mit dem FD „Werkvertrag - Selbstvornahme, Rücktritt und Minderung“

oder mit dem FD „Schadensersatz“!