

BGH, Urteil vom 09.11.2023, VII ZR 92/20 = [jurisbyhemmer](#)

1 Schadensersatz in werkvertraglicher Leistungskette. Differenzierung ist angesagt!

+++ Mangelhafte Werkleistung durch Subunternehmer +++ Zurechnung an Hauptunternehmer +++ Regress des Hauptunternehmers bei Subunternehmer +++ §§ 637 III, 634 Nr. 2, und 4, 280, 281, 273, 285 BGB +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt): U wurde von B mit einer Dachaufstockung und einer energetischen Erneuerung von diversen Wohngebäuden beauftragt. U fertigt Holztafelbauteile, die mit Sanitärsystemen bestückt werden müssen. Zum Zwecke dieser Bestückungsarbeiten beauftragt U den S.

Nach Fertigstellung und Abnahme der Arbeiten in beiden Vertragsbeziehungen ergab eine Überprüfung, dass die Abwasseranschlüsse, die von U erstellt worden waren, nicht den Regeln der Technik entsprachen und eine fachgerechte Ausführung mit den in den Wänden installierten Rohrbelüftern nicht zu erreichen war.

B setzte U eine angemessene Frist zur Behebung der Mängel. U forderte wiederum S auf, die Mängel zu beheben. Da S dem nicht nachkam und U nicht in der Lage war, die Installationsmängel zu beheben, verlangte B eine Vorschusszahlung für die Mängelbehebung von U. Nach entsprechender Verurteilung zahlte U einen Vorschuss in Höhe von 50.000 € an B.

Da S (unstreitig) für die mangelhafte Werkleistung verantwortlich ist, möchte U bei S Regress nehmen.

Besteht ein durchsetzbarer Anspruch des U gegen S, wenn

- B die Mängel schon behoben, abgerechnet und dem U den nicht benötigten Teil des Vorschusses in Höhe von 10.000 € bereits erstattet hat
- B die Mängel schon behoben und auch abgerechnet hat, dem U den nicht benötigten Teil des Vorschusses noch nicht erstattet hat
- B die Mängel schon behoben hat, mit U aber über die Verwendung des Vorschusses noch nicht abgerechnet hat.

Wie ist die Rechtslage?

A) Sound

1. In der werkvertraglichen Leistungskette kann der Hauptunternehmer (U) gegenüber dem Subunternehmer (S) gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 BGB den Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch entsteht, dass er wegen der mangelhaften Werkleistung des Subunternehmers seinerseits Mängelansprüchen seines Bestellers (B) ausgesetzt ist.

2. Hat U in diesem Fall einen von B geltend gemachten Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses gem. §§ 634 Nr. 2, 637 III BGB durch Zahlung erfüllt, kann er im Wege des Schadensersatzes gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I BGB von S Zahlung in Höhe des geleisteten Kostenvorschusses verlangen.

3. Der Umstand, dass der von U ersetzt verlangte Schaden darin liegt, dass er mit dem Kostenvorschuss noch keine endgültige, son-

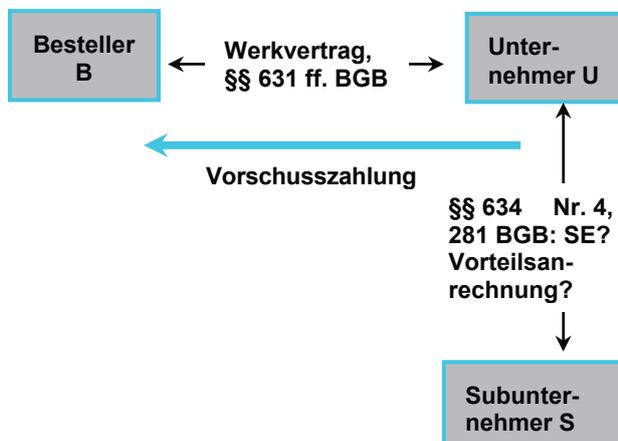
dern eine zweckgebundene Zahlung an B geleistet hat, über deren Verwendung nach Mängelbeseitigung abzurechnen ist, ist allerdings im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen und kann zu einer Begrenzung des Umfangs seines Schadensersatzanspruchs gegen S führen. Ob und in welcher Weise die Vorteilsanrechnung zu erfolgen hat, richtet sich im Grundsatz danach, ob B dem U bereits eine Abrechnung über die Verwendung des Kostenvorschusses erteilt hat.

a) Hat der B dem U noch keine Abrechnung erteilt, kann der S im Wege des Zurückbehaltungsrechts gem. § 273 BGB durchsetzen, dass der Schadensersatz an den U in entsprechender Anwendung des § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung der aus der Vorschusszahlung folgenden Ansprüche des U gegen B auf Abrechnung sowie ggfs. Rückzahlung zu leisten hat.

b) Hat B dem U dagegen bereits eine inhaltlich zutreffende Abrechnung erteilt und ist der Vorschussbetrag danach vollständig zur Mängelbeseitigung verbraucht worden, kommt eine Vorteilsanrechnung im Verhältnis des U zu S nicht (mehr) in Betracht. Besteht nach erteilter Abrechnung ein noch nicht erfüllter Rückzahlungsanspruch des U gegen B, kann der S im Wege des Zurückbehaltungsrechts gem. § 273 BGB durchsetzen, dass der Schadensersatz an den U in entsprechender Anwendung des § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung dieses Anspruchs zu leisten ist. Ist es bereits zu einer vollständigen oder teilweisen Rückzahlung an den U gekommen, ist der zurückgezahlte Betrag von Amts wegen auf den von S zu leistenden Schadensersatz anzurechnen und führt zu dessen Verringerung.

B) Problemaufriss

Wie Sie an der Ausführlichkeit der „Sounds“ erkennen können, handelt es sich im vorliegenden Fall um eine Problematik, bei der eine genaue Differenzierung erforderlich ist. Um die Thematik im Drei-Personen-Verhältnis verstehen zu können, soll im Problemaufriss zunächst die Situation in der Beziehung des Bestellers (B) zum Hauptunternehmer (U) beleuchtet werden.



Ein wesentlicher Unterschied zwischen werkvertraglicher und kaufrechtlicher Mängelhaftung ist das Selbstvornahmerecht des B, §§ 634 Nr. 2, 637 BGB.¹

¹ Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass im Werkvertragsrecht der Unternehmer (Schuldner) die Wahl hat, ob er einen Mangel durch Nachbesserung oder Neuherstellung des Werkes behebt. Er ist „näher dran“ und kann dies besser entscheiden. Daher gibt es denklösig auch keine relative Unverhältnismäßigkeit etwaiger Nacherfüllungskosten, sondern nur die sog. absolute Unverhältnismäßigkeit, vgl. § 635 III BGB (in Relation zu § 439 IV BGB).

Nach Ablauf einer angemessenen Frist kann der Besteller Vorschuss auf die erforderlichen Beseitigungsaufwendungen verlangen, § 637 III BGB.

Anmerkung: Irrelevant ist, warum die Frist fruchtlos verstrichen ist. Der Anspruch auf Erstattung der Selbstvorkosten besteht verschuldensunabhängig. Eine Exkulpation (die U wegen § 278 S. 1 Alt. 2 BGB vorliegend ohnehin nicht gelingen würde) ist daher im Rahmen des § 637 BGB ohne Bedeutung.

Die Mängelbeseitigung muss allerdings tatsächlich durchgeführt werden. Das ist beim Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I BGB nicht der Fall.

Anmerkung: Achtung: Verwechseln Sie diese Aussage nicht mit der Frage, ob die Mängelbeseitigungskosten fiktiv abgerechnet werden können (dazu in der Lösung). Der Schaden kann auch allein darin bestehen, dass das Werk aufgrund der mangelhaften Leistung einen geringeren Wert aufweist. Dieser kann unproblematisch unabhängig von einer tatsächlich durchgeführten Mängelbeseitigung als Schadensersatz verlangt werden.

Wird der Vorschuss gem. § 637 III BGB gezahlt, ist dieser auf die Mängelbeseitigung zu verwenden. Sodann ist über die Verwendung abzurechnen.² Für den Unternehmer muss nachvollziehbar sein, ob der Betrag tatsächlich für die Mängelbehebung eingesetzt wurde und auch dafür erforderlich war.

Ergibt sich aufgrund der Abrechnung, dass der Vorschuss nicht ausgereicht hat, muss der Unternehmer gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB Schadensersatz in Höhe der Differenz leisten bzw. den Rest als verschuldensunabhängigen Aufwendungsersatzanspruch gem. § 637 I BGB begleichen.

Wurde der Vorschuss nicht vollständig für die Mängelbeseitigung benötigt, ist der Überschuss zurückzuzahlen. Dieser Rückzahlungsanspruch ergibt sich nicht aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB, sondern unmittelbar aus dem Werkvertrag i.V.m. § 637 BGB.³

² Eine Anspruchsgrundlage für diesen Anspruch auf Abrechnung ist im Gesetz nicht ausdrücklich verankert. Das Begehren lässt sich auf § 242 BGB stützen, wonach es treuwidrig seitens des Bestellers wäre, die Abrechnung nicht zu erstellen, da der Unternehmer keinerlei Erkenntnismöglichkeiten hinsichtlich der Verwendung des gezahlten Geldbetrages hat, vgl. Grüneberg, § 637, Rn. 10 m.w.N.

³ Grüneberg, § 637, Rn. 11.

Anmerkung: Wird die Mängelbeseitigung gar nicht durchgeführt, kann der Unternehmer, der den Vorschuss gezahlt hat, nach Ansicht des BGH den Besteller auffordern, die Beseitigung in angemessener Frist durchzuführen. Die Frist wird man sehr großzügig bemessen müssen, da vor Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten z.B. noch technische Fragestellungen (durch Gutachter) zu klären sein können. Verstreicht die Frist fruchtlos, kann der Unternehmer den gezahlten Vorschuss zurückverlangen (zur AGL siehe oben).

Vor Durchführung der Mängelbeseitigung bzw. vor Abrechnung über die ausgeführten Arbeiten steht der Belastungsumfang auf Seiten des Unternehmers also noch nicht endgültig fest.

Und genau darin liegt das Problem, wenn im Rahmen einer Leistungskette die mangelhafte Leistung durch den Subunternehmer (S) erbracht wurde und dieser hinsichtlich des gezahlten Vorschusses durch den Hauptunternehmer in Anspruch genommen wird.

Unproblematisch wäre der Fall dann, wenn der Hauptunternehmer zunächst abwartet, bis mit dem Besteller endgültig abgerechnet wurde. Dann steht der Betrag endgültig fest, mit dem der Hauptunternehmer belastet ist. Dieser Betrag bestimmt dann auch den Umfang des Schadensersatzanspruchs.

Dem Hauptunternehmer, der den Vorschuss gezahlt hat, kann aber nicht zugemutet werden, bis zur vollständigen Mängelbeseitigung und Abrechnung zuzuwarten. Er hat ein schutzwürdiges Interesse daran, den gezahlten Betrag auch zeitnah vom Subunternehmer erstattet zu bekommen. Zu klären ist daher, wie dessen Interessen im Hinblick auf die Möglichkeit, dass der Besteller noch Geld zu erstatten hat, gewahrt werden können.

Der BGH löst diese Problematik überzeugend über die Grundsätze der Vorteilsanrechnung. Die genaue Ausgestaltung hängt sodann wiederum davon ab, in welchem Stadium sich die Auseinandersetzung zwischen Besteller und Hauptunternehmer befindet.

C) Lösung

Zu prüfen ist, ob U von S Schadensersatz in Höhe des an B gezahlten Vorschusses von 50.000 € verlangen kann.

I. Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB

Ein Anspruch auf Schadensersatz könnte sich aus §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB ergeben.

1. Wirksamer Werkvertrag, § 631 BGB

U hat S damit beauftragt, die von ihm hergestellten Holzbauteile mit Sanitärsystemen zu versehen. Darin liegt ein von S geschuldeter Erfolg, so dass zwischen den Parteien ein Werkvertrag gem. § 631 BGB zu sehen ist. Unwirksamkeitsgründe für den geschlossenen Vertrag lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

2. Mangel bei Abnahme des Werkes

S müsste die Arbeiten mangelhaft i.S.d. § 633 II BGB durchgeführt haben.

a) Mangelhaftigkeit i.S.d. § 633 II S. 2 Nr. 2 BGB

Da keine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 633 II S. 1 BGB getroffen wurde, wäre das Werk nach § 633 II S. 2 Nr. 2 BGB mangelhaft, wenn es sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet oder eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art nicht üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

Zur geschützten Erwartungshaltung hinsichtlich der üblichen Beschaffenheit gehört u.a., dass die Leistungen nach dem Stand der Technik erbracht werden.

Die von S installierten Anschlüsse entsprechen nicht dem Stand der Technik, so dass allein deshalb von der Mangelhaftigkeit der Leistung ausgegangen werden muss, weil die Anschlüsse sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignen.

Überdies hatten die ausgeführten Arbeiten zur Folge, dass eine fachgerechte Leistung mit den verbauten Belüftungssystemen nicht erreichbar war. Der Besteller darf aber erwarten, dass keine Geruchsbildungen durch falsch installierte Lüftungssysteme drohen.

Anmerkung: Beachten Sie bitte, dass im werkvertraglichen Mängelrecht der Vorrang des subjektiven Mangelbegriffs gilt, so dass eine strikte Abstufung in der Prüfung einzuhalten ist. Im Kaufrecht wurde dieser Vorrang mit Wirkung zum 01.01.2022 aufgehoben; das bedeutet, dass im Kaufrecht selbst bei Vorliegen einer Abweichung von einer vereinbarten Beschaffenheit (§§ 434 I Var. 1, 434 II S. 1 Nr. 1 BGB) weiter geprüft werden muss (!), ob die Sache auch nicht den objektiven Anforderungen bzw. den Montageanforderungen an die Mangelfreiheit genügt, §§ 434 I Var. 2, 3 i.V.m. 434 III, IV BGB.

Im Werkvertragsrecht wäre es ein schwerer Fehler, die Mangelhaftigkeit auf § 633 II S. 2 Nr. 2 BGB zu stützen, wenn sich die Mangelhaftigkeit hinsichtlich der relevanten Beschaffenheit bereits aus § 633 II S. 1 BGB ergeben sollte!

b) Bei Abnahme, § 640 BGB

Der Mangel muss bei Abnahme (§ 640 BGB) vorgelegen haben. Diese Voraussetzung ist zwar in § 633 II BGB nicht ausdrücklich erwähnt; sie ergibt sich jedoch aus der Gesetzessystematik, nach welcher mit der Abnahme die Vergütung fällig wird (§ 641 BGB), die Gefahr der zufälligen Verschlechterung auf den Besteller übergeht (§ 644 BGB) und die Verjährungsfrist für die Mängelansprüche gem. § 634a II BGB an die Abnahme anknüpft.

Unter Abnahme ist die körperliche Entgegennahme des Werkes verbunden mit der Erklärung des Bestellers zu verstehen, dass das Werk im Wesentlichen den vertraglichen Anforderungen genügt.

Da vorliegend die Arbeiten abgenommen wurden, liegen die Voraussetzungen für die Mängelhaftung des S gegenüber U vor.

3. Ablauf einer angemessenen Frist

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB ist zudem, dass dem Unternehmer (hier S) erfolglos eine angemessene Frist vom Besteller (hier U) zur Mängelbeseitigung gesetzt wurde.

S wurde eine angemessene Frist gesetzt, die er sodann hat fruchtlos verstreichen lassen.

4. Vertretenmüssen, § 280 I S. 2 BGB

Nach h.M. ist Bezugspunkt für das Vertretenmüssen entweder die Schlechtleistung selbst oder das Ausbleiben der Nacherfüllung innerhalb der gesetzten Frist. Da das Vertretenmüssen nach § 280 I S. 2 BGB vermutet wird, müsste sich S bezogen auf beide (!) Vorwürfe exkulpieren. Dem Sachverhalt lässt sich aber weder Entlastendes zur Mangelhaftigkeit selbst noch zum Ausbleiben der Nacherfüllung entnehmen, so dass die Vermutung durch S nicht widerlegt ist.

5. Rechtsfolge: Ersatz des kausalen Schadens

Fraglich ist, ob bzw. in welchem Umfang dem U ein kausaler Schaden entstanden ist, § 251 BGB.

Er macht gegenüber S die an B geleistete Vorschusszahlung in Höhe von 50.000 € geltend.

Mit dem Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB kann U gegenüber S den Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch entsteht, dass er wegen der mangelhaften Werkleistung des S seinerseits Mängelansprüchen des B ausgesetzt ist.

a) Schaden durch Belastung mit Vorschussanspruch des Bestellers

Dem Grunde nach besteht vorliegend ein Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 III BGB des B gegen U, denn die Voraussetzungen des § 637 I BGB liegen in dieser Beziehung vor: Der Werkvertrag zwischen B und U ist wirksam, der oben beschriebene, durch S verursachte Mangel lag auch hier bereits bei Abnahme des Werkes vor. Auch hier ist die dem U gesetzte angemessene Frist abgelaufen, so dass ein Vorschuss gem. § 637 III BGB tatsächlich verlangt werden konnte.

Anmerkung: Die hier recht knapp gehaltene (weil unproblematische) Inzidenzprüfung könnte im Examen auch mal intensiver zu behandeln sein. Es ist jedenfalls logisch, dass der Subunternehmer nur insoweit ersatzpflichtig sein kann, als seine Schlechtleistung die Haftung des Hauptunternehmers gegenüber dem Besteller ausgelöst hat. Sofern auch die Werkleistung des Hauptunternehmers selbst mangelhaft gewesen sein sollte, muss genau danach differenziert werden, inwieweit die vom Besteller verlangte Vorschusszahlung auf der mangelhaften Leistung des Subunternehmers beruht! Der BGH betont im Übrigen, dass der U seinen Anspruch gegen S seinerseits nicht nur auf § 637 III BGB stützen kann, sondern – bei Vorliegen der Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs – auch auf den hier geprüften Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB.

In der werkvertraglichen Leistungskette ist U wirtschaftlich betrachtet nur eine Zwischenstation. Leistet S mangelhaft, besteht der Schaden des U darin, mit Ansprüchen des B konfrontiert zu werden.

b) Keine Umgehung des Verbots fiktiver Abrechnung von Mängelbeseitigungskosten

Die Tatsache, dass im Zeitpunkt der Vorschusszahlung die Mängel noch nicht behoben sind, ändert an dem Vorliegen eines Schadens nichts.

Zwar hat der BGH⁴ klargestellt, dass der Besteller, der das Werk behält und den Mangel (zunächst) nicht beseitigen lässt, im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB seinen Schaden nicht nach den voraussichtlich erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten Mängelbeseitigungskosten bemessen kann. Der Schaden kann in diesen Fällen gerade nicht im Vorliegen des Mangels selbst erblickt werden.

Diese Betrachtung führt jedoch nicht dazu, dass der mit einer Vorschusszahlung in seinem Vermögen bereits belastete U nicht bei S Ersatz verlangen kann. Denn in diesem Verhältnis besteht der Schaden gerade nicht in der Mangelhaftigkeit des Werkes selbst, sondern in der Zahlung gem. § 637 III BGB.

Anmerkung: Die Möglichkeit des Bestellers, Vorschuss gem. § 637 III BGB verlangen zu können, ist ein Argument dafür, warum er im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung nicht darauf angewiesen ist, die Beseitigungskosten fiktiv abrechnen zu können. Genau darin besteht ein Unterschied zum Kaufrecht: Zwar gibt es im Verbrauchsgüterkauf eine Vorschusspflicht, jedoch auch dort nur für die Kosten gem. § 439 II, III BGB (vgl. § 475 IV BGB), nicht jedoch für die Selbstvornahme als solche. Daher hat der für das Kaufrecht zuständige V. Senat an seiner jahrzehntelangen Rechtsprechung, Mängelbeseitigungskosten auch fiktiv abrechnen zu dürfen, festgehalten.⁵ Andernfalls müsste der Käufer nämlich bei tatsächlich geplanter Durchführung der Mängelbeseitigung hinsichtlich der Kosten der Maßnahmen in Vorleistung treten. Das ist ihm nicht zumutbar.

c) Sofern Vorschuss noch nicht gezahlt: Freistellungsanspruch

Solange U den Vorschussanspruch des B noch nicht befriedigt hat, ist der Schadensersatzanspruch gegen S auf Freistellung von diesem Anspruch gerichtet (Rechtsgedanke des § 249 I BGB) bzw. § 257 BGB analog.⁶

⁴ BGH, **Life&LAW 10/2018, 656 ff.**

⁵ BGH, **Life&LAW 06/2021, 371 ff.**

⁶ Der Freistellungsanspruch ergibt sich im Schadensrecht grundsätzlich aus § 249 I BGB direkt, weil es zur Herstellung des geschuldeten Gegenstandes gehört, von Belastungen Dritter befreit zu werden. § 249 BGB findet jedoch auf Schadensersatzansprüche aus § 281 BGB keine Anwendung (Wertung des § 281 IV BGB, dass mit Schadensersatzverlangen Leistung = Naturalrestitution nicht mehr verlangt werden kann). Gleichwohl kann sich hinsichtlich der Belastung mit Ansprüchen Dritter nichts anderes ergeben, so dass es vertretbar erscheint, sich auf den Rechtsgedanken der Norm zu berufen, wenn im Rahmen des § 251 BGB Entschädigung begehrt wird.

d) Hier: Vorschuss bereits gezahlt: Erstattungsanspruch dem Grunde nach (+)

Hat U den von B geltend gemachten Kostenvorschuss gem. §§ 634 Nr. 2, 637 III BGB bereits durch Zahlung erfüllt (so wie im vorliegenden Fall), wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB.

Zwischenergebnis: U hat durch die Zahlung der 50.000 € an B einen Schaden erlitten, der ihm von S gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB zu ersetzen ist.

6. Kürzung des Anspruchs im Wege der Vorteilsanrechnung

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass im Zeitpunkt der Zahlung des Vorschusses noch nicht endgültig feststeht, in welchem Umfang der Vorschuss vom Besteller tatsächlich für die Mängelbeseitigung benötigt wird.

Denkbar ist, dass U im Falle einer teureren Mängelbeseitigung nachzahlen muss. Dann würde sich der von S zu ersetzende Betrag erhöhen, so dass eine weitere Schadensersatzforderung bestünde.

Denkbar ist aber auch, dass der Vorschuss nicht (vollumfänglich) zur Mängelbeseitigung verwendet wird, so dass U einen Erstattungsanspruch hat (vgl. dazu den Problemaufriss).

Möglicherweise ist dieser Umstand im Rahmen der sog. Vorteilsanrechnung zugunsten des S zu berücksichtigen.

Nach diesen auf Treu und Glauben gem. § 242 BGB beruhenden Grundsätzen soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Hat das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis neben Nachteilen auch Vorteile gebracht, sind diejenigen Vorteile auszugleichen, die dem Geschädigten in einem adäquat kausalen Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind.

Anmerkung: Diese Grundaussage ergibt sich letztlich schon aus einer konsequenten Anwendung der Differenzhypothese, wonach ein **Gesamtvermögensvergleich anzustellen ist, der nun einmal auch Vorteile erfasst, die durch das Schadensereignis herbeigeführt wurden.**

Die Anrechnung muss darüber hinaus jedoch mit dem Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmen. Sie darf nicht zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen.

Anmerkung: Mit anderen Worten: Die Differenzhypothese wird dann unter Ausblendung des Vorteils angewendet („Vorteilsanrechnung findet nicht statt“). Diese Wertung lässt sich § 843 IV BGB entnehmen und wird generell im Rahmen dieser Betrachtung berücksichtigt.

Die Durchsetzung des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots begrenzt den zu leistenden Schadensersatz. Gleichartige Vorteile sind dabei, ohne dass dies einredeweise geltend gemacht werden müsste, von Amts wegen auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen und führen bei einem in Geld zu leistenden Schadensersatz zu dessen Verringerung.⁷

Kommt wegen der fehlenden Gleichartigkeit des Vorteils eine Anrechnung nicht in Frage, ist ein auf Geld gerichteter Schadensersatzanspruch in seinem Umfang dadurch zu begrenzen, dass der betreffende Geldbetrag nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Vorteils geschuldet ist.

Besteht der Vorteil in einem Anspruch des Geschädigten gegen einen Dritten, kann der Schädiger im Wege des Zurückbehaltungsrechts gem. § 273 BGB durchsetzen, dass ihm dieser Anspruch in entsprechender Anwendung des § 255 BGB abgetreten wird. Auch diese Norm ist Ausdruck des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots.⁸

Im vorliegenden Fall hängt die konkrete Wirkung der Grundsätze der Vorteilsanrechnung davon ab, in welchem Stadium sich die rechtliche Auseinandersetzung zwischen U und B befindet. Der Kostenvorschuss ist seiner Natur nach nicht endgültig. Er ist zweckgebunden und von B zur Mängelbeseitigung zu verwenden. B muss die Mängelbeseitigung nachweisen und innerhalb angemessener Zeit nach der Beseitigung eine Abrechnung erteilen und etwaig zu viel verlangtes Geld erstatten.

⁷ **Vertiefungshinweis für Referendare:** Das bedeutet in der Anwaltsklausur, dass nur auf den gekürzten Betrag geklagt werden darf, um nicht eine teilweise Abweisung als unbegründet zu kassieren! Die Rechtslage ist hier anders als bei der Aufrechnung: dort kann zunächst „entspannt“ auf die Zahlung der eigenen Forderung geklagt werden. Rechnet der Beklagte vor Gericht auf, kann der Rechtsstreit in Höhe der Gegenforderung für erledigt erklärt werden, ohne dass eine partielle Kostenbeteiligung drohen würde.

⁸ **Vertiefungshinweis für Referendare:** Bei ungleichartigen Vorteilen geht der BGH ohne jede Begründung nicht von einer Berücksichtigung von Amts wegen aus. Das bedeutet, dass wiederum erst einmal nur der Nachteil eingeklagt werden kann und wenn das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird, kann der Klageantrag auf eine „Zug-um-Zug-Verurteilung“ angepasst werden. Im Übrigen wird der Rechtsstreit sodann für erledigt erklärt. Überzeugend ist diese Differenzierung seitens des BGH nicht. Sie widerspricht auch der Vorgehensweise im Rahmen der Saldotheorie, bei der ungleichartige Ansprüche automatisch (!) nur Zug um Zug geltend gemacht werden können.

Mit Zahlung des Vorschusses entsteht also ein künftiger Anspruch des U auf Abrechnung gegen den B sowie auf Erstattung in Höhe eines etwaig nicht verbrauchten Vorschusses. Diese Ansprüche sind solche, die sich aus Treu und Glauben aus dem Vertragsverhältnis ergeben (vgl. Problemauf-
riss).

Die für U (zukünftig) entstehenden Vorteile beruhen adäquat kausal auf der Schädigung, so dass deren Anrechnung dem Sinn und Zweck des Schadensersatzanspruchs entsprechen und keine unbillige Entlastung des Schädigers darstellen.

**a) Fallvariante a):
Vorschuss-Rest bereits erstattet**

In Fallvariante a) wurde der unverbrauchte Teil des Vorschusses bereits an U erstattet. Hier besteht daher ein gleichartiger Vorteil, der unproblematisch auf den Nachteil (50.000 €) angerechnet wird.

U kann von S daher lediglich die Zahlung von 40.000 € verlangen.

**b) Fallvariante b):
Abrechnung (+), Rückzahlung noch (-)**

Hat B bereits eine inhaltlich zutreffende Abrechnung erteilt, liegt der Vorteil des U – sofern ein Teil des Vorschusses nicht verbraucht wurde – in einem Anspruch auf Rückzahlung gegen B.

Hier kann der S seine Zahlung an U davon abhängig machen, dass ihm im Gegenzug dieser Anspruch abgetreten wird, §§ 273 I, 274 BGB.

**c) Fallvariante c):
Noch keine Abrechnung**

Sofern noch keine Abrechnung über die Verwendung des Vorschusses erfolgt ist, besteht der aus der Natur der Vorschusszahlung herrührende Vorteil des U darin, dass er bei Fälligkeit zunächst die Abrechnung und sodann die Rückzahlung eines etwaig nicht zur Mängelbeseitigung verbrauchten Geldbetrags verlangen kann. Mangels Gleichartigkeit des Vorteils kann der S in diesem Fall wiederum im Wege des Zurückbehaltungsrechts gem. § 273 I BGB durchsetzen, dass der Schadensersatz an den U in entsprechender Anwendung des § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung der aus der Vorschusszahlung folgenden Ansprüche des U gegen B auf Abrechnung sowie ggfs. Rückzahlung zu leisten ist.

Dass die Höhe des eventuellen Rückzahlungsanspruchs noch unklar ist, spielt für die Wirksamkeit dieser Abtretung keine Rolle, da der Anspruch hinsichtlich Umfang und Rechtsgrund hinreichend bestimmbar ist.

Anmerkung: Gleiches gilt natürlich, wenn die Mängel noch gar nicht behoben wurden. Sofern die Beseitigung vollends unterbleibt, besteht nach den im Problemaufriss erwähnten Voraussetzungen ein vollständiger Rückzahlungsanspruch. Diese Auseinandersetzung muss dann der Subunternehmer mit dem Besteller führen, sofern diesem wie gerade beschrieben die Ansprüche auf Abrechnung und Rückzahlung bereits abgetreten wurden.

II. Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 III BGB

Möglicherweise kann U seinen Anspruch gegen S auch auf §§ 634 Nr. 2, 637 III BGB stützen. Völlig unabhängig davon, ob U bereits einen Vorschuss an B zahlen musste, besteht nämlich aufgrund der mangelhaften Leistung des S im werkvertraglichen Verhältnis zu U ein entsprechender Vorschussanspruch, der sodann nur von U dazu verwendet werden müsste, die Mängelbeseitigung durchzuführen bzw. (bei Ablauf der Frist ihm gegenüber), als Vorschuss an B zu zahlen wäre.

Da vorliegend der Vorschuss aber schon an B gezahlt wurde, besteht der Anspruch auf Vorschusszahlung in der Beziehung zu S erst recht.

Fraglich ist, wie sich der Umstand, dass der Vorschuss (ggfs.) nicht vollständig für die Mängelbeseitigung benötigt wird, auswirken würde.

Zwar handelt es sich bei dem Vorschussanspruch aus § 637 III BGB nicht um einen Schadensersatzanspruch. Gleichwohl hat der BGH schon in vorherigen Fällen die Grundsätze der Vorteilsanrechnung auch auf diesen Anspruch angewendet.⁹

Es wäre seitens des U treuwidrig, wenn er zur Umgehung einer Vorteilsanrechnung quasi auf den Anspruch aus § 637 III BGB ausweichen könnte, um hier in voller Höhe und ohne eine Abtretung von Ansprüchen gegen den B agieren zu können.

Anmerkung: Der BGH ist darauf in diesem Urteil gar nicht eingegangen. Er hat auch nur am Rande erwähnt, dass der Anspruch des U gegen B auch auf § 637 III BGB gestützt werden könnte. Im Gutachten sollten Sie aber vollumfänglich prüfen!

III. Endergebnis

U hat gegen S einen Anspruch auf Ausgleich des an B entrichteten Vorschusses i.H.v. 50.000 €. Er muss sich im Wege der Vorteilsanrechnung die in

⁹ BGH, NJW 2014, 620 ff. = [jurisbyhemmer](#). Auch im Übrigen kann es zu Kürzungen des Anspruchs wie beim Schadensersatz kommen, z.B. gem. § 254 BGB, vgl. dazu m.w.N. Grüneberg, § 637, Rn. 6 a.E.

den Fallvarianten beschriebenen Vorteile von S entgegenhalten lassen.

D) Kommentar

(cda). Eine überzeugende Entscheidung des BGH, in der er richtungsweisend für die Praxis sehr detailliert zu den Varianten der Vorteilsanrechnung in der werkvertraglichen Leistungskette ausführt.

Für Referendare sei noch kurz auf eine Beweisproblematik verwiesen. Grundsätzlich muss ein Schädiger darlegen und beweisen, dass der Geschädigte einen Vorteil hat und in welchem Umfang dieser Vorteil besteht. Der BGH führt jedoch aus, dass den Hauptunternehmer eine sekundäre Beweislast trifft, soweit der Schädiger außerhalb des von ihm darzulegenden Geschehensablaufs steht und dem Geschädigten (Hauptunternehmer) nähere Angaben möglich und zumutbar sind.

Der Subunternehmer hat in der Regel keinen Einblick in die Abwicklung des Vertrages zwischen B und U. Insbesondere hat er keinen Einblick in die Frage, ob und wenn ja in welchem Umfang Mängel schon behoben wurden, über diese abgerechnet wurde und ggfs. schon ein Betrag erstattet wurde. Nur mit Hilfe dieser Informationen ist der S jedoch in der Lage, den Vorteil juristisch genau zu qualifizieren und sich ggfs. auf eine automatische Verrechnung oder auf ein Zurückbehaltungsrecht zu berufen (abhängig von den Fallvarianten a bis c).

E) Wiederholungsfrage

- **Warum steht das werkvertragliche Verbot der fiktiven Abrechnung von Mängelbeseitigungskosten einem Anspruch auf Schadensersatz eines Hauptunternehmers gegen den Subunternehmer im Hinblick auf einen an den Besteller gezahlten Vorschuss nicht entgegen?**

Der Hauptunternehmer ist durch die Zahlung unmittelbar in seinem Vermögen belastet. Dafür spielt es keine Rolle, ob der Besteller selbst schon den Mangel behoben hat oder nicht.

F) Zur Vertiefung

Unterschiede zwischen kaufrechtlicher und werkvertraglicher Mängelhaftung

- d'Alquen, Life&LAW 04/2022, 273 ff.