



2. Der Werkvertrag

2.24 Schadensersatz statt der Leistung (nach vergeblicher Fristsetzung)

Die Aufforderung zur Nacherfüllung unter Fristsetzung macht lediglich Sinn, soweit die Nacherfüllung den Mangel beheben und den Eintritt weiterer Schäden verhindern kann.

Scheitert die Nacherfüllung, weil der Unternehmer sie verweigert, oder aus anderen Gründen fehlgeschlagen ist, **kann der Besteller Ersatz der Schäden** verlangen, die sich nunmehr aus der verbleibenden Mangelhaftigkeit der Werkleistung ergeben, und zwar als Schadensersatz statt der Leistung gem. § 281 BGB, weil der Schadensersatz an die Stelle einer Nacherfüllung in Form von Nachbesserung oder Neuherstellung tritt. Dieser Schadensersatz umfasst u.a. den Minderwert der Leistung, notwendige Reparaturkosten zur Behebung des Mangels oder zur Verhinderung einer Schadensausbreitung. In der Diktion der bisherigen Rechtsprechung handelt es sich um die sog. Mangelschäden.

Der Schadensersatz setzt eine vergebliche Fristsetzung zu Nacherfüllung voraus, es sei denn, die Fristsetzung ist aus anderen Gründen entbehrlich.

Alle mangelbedingten Schadensersatzansprüche setzen ein Verschulden des Unternehmers voraus.

Zusammengefasst besteht der **Schadensersatzanspruch statt der Leistung** unter folgenden **Voraussetzungen**:

- Die Werkleistung ist mangelhaft, wobei unerhebliche Mängel für den kleinen Schadensersatzanspruch genügen, während der große Schadensersatzanspruch einen nicht unerheblichen Mangel voraussetzt.
- Vergebliche Fristsetzung zur Mangelbeseitigung oder fehlgeschlagene oder von Anfang an sinnlose Nacherfüllung
- Verschulden des Unternehmers

Der große Schadensersatzanspruch richtet sich auf die Rückabwicklung des Vertrages oder die Neuherstellung, während der kleine Schadensersatzanspruch den Minderwert der mangelhaften Werkleistung ausgleicht, wenn der Besteller die Werkleistung im übrigen nutzen kann.