

## Rechtsprechungsänderung und neues Recht zum Werkvertrag:

### Keine Schadensbemessung oder Minderwertberechnung mehr nach *fiktiven* Mängelbeseitigungskosten!

1. Die Rechtsprechung gewährt Schadensersatz für die vollen Mängelbeseitigungskosten nur noch, wenn der Bauherr eine Mängelbeseitigung durchführt. Eine Schadensbemessung nach "fiktiven Mängelbeseitigungskosten" ist nicht mehr möglich.
2. Wegen nicht beseitigter Mängel kann der Bauherr alternativ den Minderwert des Bauwerks geltend machen oder eine Schadensbemessung anhand der Vergütungsanteile vornehmen, die auf die mangelhafte Leistung entfallen.
3. Bei Mängeln, denen eine fehlerhafte Ausführung *und* Überwachungsfehler zugrunde liegen, ist zunächst der Bauhandwerker auf Mängelbeseitigung in Anspruch zu nehmen, bevor Ansprüche gegen den Architekten oder Ingenieur durchsetzbar sind.
4. Der Bauherr kann (abrechnungspflichtigen und zeitgerecht zu verwendenden) Vorschuss für Mängel jetzt auch vom Architekten und Ingenieur verlangen.
5. Dem Architekten und Ingenieur ist die Mitwirkung bei der Schadensbeseitigung zu empfehlen, um nicht versicherte "Regiekosten" (für Planung, Ausschreibung, Bauaufsicht) zu vermeiden, die der Bauherr geltend machen könnte.

1.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH war der Bauherr (im Gesetz heißt er: "Besteller") stets berechtigt, bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit (§ 251 Abs. 2 Satz 1 BGB) im Wege des Schadensersatzes Zahlung in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten zu verlangen. Im Urteil vom 22.02.2018 - VII ZR 46/17 nimmt der BGH von dieser Berechnungsweise Abschied (Rz. 34):

"Eine Schadensbemessung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten bildet das Leistungsdefizit im Werkvertragsrecht - insbesondere im Baurecht - auch bei wertender Betrachtung nicht zutreffend ab. Vielmehr führt sie häufig zu einer Überkompensation und damit einer nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen ... nicht gerechtfertigten Bereicherung des Bestellers."

Um "eine Überkompensation durch Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten zu vermeiden", hält der BGH es deshalb für notwendig,

"den Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB noch stärker daran auszurichten, welche Dispositionen der Besteller tatsächlich zur Mängelbeseitigung trifft. Dies entspricht dem Regelungskonzept des § 634 BGB, der das Leistungsinteresse des Bestellers schützt und den Ausgleich bei Verletzung daran orientiert, ob eine Mängelbeseitigung durchgeführt wird. Ersatz fiktiver Kosten für nicht getroffene Dispositionen scheidet danach aus."  
(Rz. 36)

"Diese Erwägungen gelten im VOB/B-Vertrag entsprechend. Auch nach dem Regelungskonzept des § 13 VOB/B ist ein Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten aus den genannten Gründen abzulehnen."  
(Rz. 37)

Diese Überlegungen des BGH zum Verhältnis des Bauherrn zum Bauunternehmer gelten entsprechend im Verhältnis des Bauherrn zum Architekten / Ingenieur (Rz. 62):

"Für die Frage, wie der durch die im Bauwerk verwirklichten Planungs- oder Überwachungsfehler (Mängel des Architektenwerks) verursachte Schaden vermögensmäßig zu bemessen ist, können die obigen Erwägungen betreffend das Verhältnis des Bestellers zum Bauunternehmer entsprechend herangezogen werden. Danach ist die Schadensbemessung auch im Verhältnis zum Architekten daran auszurichten, welche Dispositionen der Besteller zur Schadensbeseitigung trifft, und sie hat einen vollen Ausgleich bei Vermeidung einer Überkompensation zu erreichen."

2.

Will der Bauherr keine Mängelbeseitigung durchführen, kann er seinen Schadensersatzanspruch nach dem Urteil vom 22.02.2018 gegen den Architekten / Ingenieur wie folgt berechnen (Rz. 64 f.):

"Lässt der Besteller den Mangel des Bauwerks nicht beseitigen, kann er seinen Schaden im Wege einer Vermögensbilanz nach dem Minderwert des Bauwerks im Vergleich zu dem hypothetischen Wert des Bauwerks bei mangelfreier Architektenleistung bemessen oder gegebenenfalls - bei Veräußerung des Objekts - nach dem konkreten Mindererlös."

Hat der durch die mangelhafte Architektenleistung verursachte Mangel des Bauwerks - ... - zur Folge, dass eine Störung des Äquivalenzverhältnisses des Bauvertrags vorliegt, kann der Besteller stattdessen seinen Schaden auch in der Weise bemessen, dass er ausgehend von der mit dem Bauunternehmer vereinbarten Vergütung den mangelbedingten Minderwert des Werks des Bauunternehmers ermittelt (dazu II. 1. c) cc)). Denselben Vermögensschaden hat der Architekt, vermittelt durch den Mangel des Werks des Bauunternehmers, durch seine mangelhafte Architektenleistung verursacht und deshalb zu ersetzen."

Unter II. 1. c) cc) erläutert der BGH die Ermittlung des mangelbedingten Minderwerts des Werks wie folgt:

"Der mangelbedingte Minderwert des Werks ist danach ausgehend von der Vergütung als Maximalwert nach § 287 ZPO unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu schätzen. Im Rahmen dieser - sich an § 634 Nr. 3, § 638 BGB anlehenden - Schadensbemessung können die fiktiven Mängelbeseitigungskosten nicht als Maßstab herangezogen werden. Soweit dem Urteil des Senats vom 24. Februar 1972 (VII ZR 177/70) entnommen werden kann, dass die Berechnung einer Minderung regelmäßig durch den Abzug fiktiver Mängelbeseitigungskosten erfolgen könne, hält der Senat auch hieran aus den bereits oben unter II. 1. c) bb) ausgeführten Erwägungen nicht fest. Dagegen kommt beispielsweise eine Schadensbemessung anhand der Vergütungsanteile in Betracht, die auf die mangelhafte Leistung entfallen (...). Ergeben sich die Vergütungsanteile nicht aus dem Vertrag, sind sie zu schätzen (...).

Für den VOB/B-Vertrag ergeben sich insoweit keine Besonderheiten, die zu abweichenden Erwägungen führen. Der Umstand, dass die Minderung gemäß § 13 Abs. 6 VOB/B nur in den dort genannten Fällen möglich ist, hindert nicht die Geltendmachung eines an der Vergütung orientierten Minderwerts des Werks wegen des nicht beseitigten Mangels (...)"

Der Bauherr muss zunächst den Bauhandwerker auf Nacherfüllung in Anspruch nehmen. Für nach dem 01.01.2018 abgeschlossene Architekten-/Ingenieurverträge besteht gemäß § 650t BGB ein Leistungsverweigerungsrecht des wegen eines Überwachungsfehlers in Anspruch genommenen Architekten / Ingenieurs, wenn auch der ausführende Bauunternehmer für den Mangel haftet und der Bauherr diesem noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat.

### 3.

Ist die Nacherfüllungsfrist gegenüber dem Bauhandwerker bzw. den Bauhandwerkern abgelaufen, konnte der Bauherr bisher schon diesen gegenüber im Wege des Vorschussanspruchs die voraussichtlichen Kosten einer Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme (bis 2001: "Ersatzvornahme"; §§ 634 Nr. 2, 637 BGB) geltend machen. Nach der Entscheidung des BGH vom 22.02.2018, Rz. 48 ff., erlischt das Selbstvornahmerecht (und der Vorschussanspruch vor einer Mängelbeseitigung) nicht dadurch, dass der Bauherr zwischenzeitlich Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat:

"§ 281 Abs. 4 BGB steht dem nicht entgegen. Danach ist zwar der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, sobald der Besteller Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat. Der Besteller kann mithin nicht mehr Nacherfüllung gemäß § 634 Nr. 1, § 635 BGB verlangen. Die Geltendmachung eines Vorschusses ist nach dem Wortlaut dieser Vorschrift jedoch nicht ausgeschlossen.

Aus § 634 Nr. 2, § 637 BGB ergibt sich - anders als aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. - nichts anderes. Danach entstehen das Selbstvornahmerecht und der Vorschussanspruch mit

erfolglosem Ablauf der zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist, wenn nicht der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht verweigert (§ 637 Abs. 1 letzter Halbsatz BGB )."

Das Problem, dass es im Verhältnis des Bauherrn zum Architekten / Ingenieur in Bezug auf im Bauwerk verwirklichte Mängel keinen Vorschussanspruch auf Selbstvornahmekosten gibt, löst der Bundesgerichtshof mit einer Rechtsfortbildung (vgl. Rz. 67):

"Hierin erschöpft sich der Vermögensschaden des Bestellers jedoch nicht. Er muss nunmehr auch Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung der Arbeiten am Bauwerk tragen, die ohne die mangelhafte Architektenleistung nicht entstanden wären. Nach § 634 Nr. 2, § 637 BGB werden dem Besteller im Verhältnis zu dem mangelhaft leistenden Bauunternehmer die Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung durch die Gewährung eines Vorschussanspruchs abgenommen. Diese für das Werkvertragsrecht getroffene Wertung des Gesetzgebers ist auch für Planungs- oder Überwachungsfehler des Architekten, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, zu berücksichtigen. Ein umfassender Ausgleich des verletzten Interesses des Bestellers im Rahmen des Schadensersatzanspruchs gemäß § 634 Nr. 4, § 280 BGB wegen Planungs- oder Überwachungsfehlern, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, erfordert danach auch die Überwälzung der Vorfinanzierung auf den Architekten in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags an den Besteller."

Der Auftraggeber kann also vor der Mängelbeseitigung, sofern er sie beabsichtigt, eine Vorfinanzierung (Vorschuss) im Wege des Schadensersatzes geltend machen. Dieser Vorschussanspruch richtet sich nach den voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung und dürfte ggf. einschließlich Mehrwertsteuer verlangt werden können. Entsprechend dem Vorschussanspruch auf Selbstvornahmekosten gegen den Bauunternehmer wird im Vorschussprozess zwar weiter über die Erforderlichkeit von Mängelbeseitigungsmaßnahmen Beweis zu erheben sein. Dagegen wird nicht jedem Einwand gegen die Höhe der Kosten nachzugehen sein, weil es aufgrund der Abrechnungspflicht nach Durchführung der Mängelbeseitigung nicht mehr erforderlich ist, die Kosten schon im Rechtsstreit "spitz" zu berechnen. Ferner wird ein Rückzahlungsanspruch in Bezug auf den Vorschuss bestehen, falls der Bauherr die Mängelbeseitigung nicht binnen angemessener Frist nach Erhalt des Vorschusses tatsächlich durchführt. Denkbar ist, dass der Bauherr nach Erhalt des Vorschusses von einer Mängelbeseitigung absieht und auf Schadensersatz übergeht. Diesen kann er dann allerdings - wie in 2. dargestellt - nicht mehr nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten berechnen.

#### 4.

Aus den vorgenannten Erwägungen ergibt sich, dass der Bundesgerichtshof auch seine Rechtsprechung zur Ermittlung einer Minderung nach § 634 Nr. 3, § 638 BGB geändert hat. Insgesamt dürfte die Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichtshofs erleichtern, bei vom Auftraggeber "hingenommenen Unregelmäßigkeiten" einen angemessenen Ausgleich zu finden, weil ein Gewinn über fiktive Mängelbeseitigungskosten im Werkvertragsrecht nicht mehr erzielbar sein wird. Andererseits wird durch die Zubilligung eines Vorschussanspruchs auf den zu leistenden Schadensersatz die Anspruchsdurchsetzung für den Bauherrn gegen Architekten / Ingenieure erleichtert.

**5.**

Aufgrund der Abrechnungspflicht wird die Schadensabwicklung die Haftpflichtversicherer in Zukunft auch nach dem Ende eines Rechtsstreits weiter beschäftigen.

Die aufgrund des Verzugs mit der Vorschusszahlung auflaufenden Zinsen sind nicht in die Abrechnung einzustellen, sondern stehen dem Auftraggeber endgültig zu.

Für den Architekten / Ingenieur kann sich die Chance bieten, durch aktive Mitwirkung bei der Mängelbeseitigung die von Gerichtssachverständigen häufig mit 15 % bis 20 % der sonstigen Mängelbeseitigungskosten doch recht üppig bemessenen "Regiekosten" (Planung, Koordination, Überwachung der Mängelbeseitigung) zu vermeiden. Daran kann deshalb ein erhebliches Interesse bestehen, weil diese "Regiekosten" in der Regel als Teil des versicherungsrechtlichen "Erfüllungsschadens" nicht von der Haftpflichtversicherung erfasst sind.

Der Bauherr könnte verpflichtet sein, den Architekten bzw. Ingenieur mitwirken zu lassen, um den Schaden gering zu halten (§ 254 BGB).

**STURMBERG** RECHTSANWÄLTE

<https://www.sturmberg-anwaelte.de/>