



HECKER
WERNER
HIMMELREICH
RECHTSANWÄLTE

Die kopernikanische Wende im Schadensersatzrecht oder der Kampf des VII. Zivilsenats gegen die „Überkompensation“

Den für sich andeutende Strömungen in der Tendenz höchstrichterlicher Rechtsprechung weniger sensiblen Baurechtler dürfte die Entscheidung des BGH vom 22.02.2018 (VII ZR 46/17) wie ein Donnerschlag getroffen haben:

Der Auftraggeber, der einen Mangel nicht beseitigen lässt, kann im Rahmen eines Schadensersatzanspruches statt der Leistung gegen den Auftragnehmer gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB seinen Schaden nicht (mehr) nach den „fiktiven“ Mängelbeseitigungskosten bemessen!

Diese Art der Schadensbemessung führe, so der BGH, nämlich häufig zu einer Überkompensation und damit einer nach allgemeinen schadensersatzrechtlichen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Bereicherung des Auftraggebers.

Der Begriff der Überkompensation lässt aber selbst den vorerwähnten weniger sensiblen Baurechtler aufhorchen. Da war doch schon einmal was? Richtig: Schon in seinen Entscheidungen zur Ersatzpflicht der Umsatzsteuer (BGHZ 186, 330, VII ZR 176/09 vom 22.06.2010 und BauR 2015, 1321, VII ZR 270/14 vom 11.03.2015) und auch im Rahmen der Rechtsprechung zur Schadensersatzpflicht im Rahmen der Leistungskette (BauR 2013, 1855, VII ZR 75/11, Rn. 21 m.w.Nachw.) hatte der Senat sich von der Sorge vor einer Überkompensation durch Ersatz „fiktiver“ Mängelbeseitigungskosten leiten lassen. Darauf verweist das neue Urteil (Rn. 35) ausdrücklich, damit auch der weniger sensible Baurechtler erkennt, dass die Entscheidung doch nicht überraschend war.

Leider führt schon die vom BGH verwendete Terminologie „fiktive“ Mängelbeseitigungskosten schon in der Tendenz zu der vom BGH nun vertretenen Auffassung. Mit dem Wort „fiktiv“ verbindet man gemeinhin etwas Erdachtes, Erfundenes, nicht Reales. Indes sind die in einem

Gutachten, einem Kostenvoranschlag oder sonst ermittelten Kosten jedenfalls nicht deshalb unreal, weil sie (noch) nicht aufgewandt worden sind. Das mag man nun in Anbetracht der Tatsache, dass der Begriff „fiktive“ Kosten auch rechnerisch ermittelte Kosten meinen kann, noch als spitzfindig abtun können. Aber die Wortwahl sollte nicht den Blick für die Wirklichkeit trüben; „rechnerisch ermittelte“ oder „gutachterlich ermittelte“ Kosten wäre hier die neutralere Bezeichnung gewesen.

Entscheidend ist aber letztlich nicht, ob man erahnen konnte, dass der BGH eine über Jahrzehnte gefestigte Rechtsprechung aufgeben wird oder ob er eine neutralere Formulierung hätte verwenden sollen. Entscheidend ist vielmehr die Begründung für das neue Weltbild im werkvertraglichen Schadensersatzrecht, das der BGH unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung nun geschaffen hat. Was treibt den BGH um?

Der BGH referiert seine Jahrzehnte alte Rechtsprechung bis hin in das Jahr 2007, wonach bereits der Mangel des Werkes selbst – unabhängig von der Beseitigung des Mangels – der Schaden, und zwar in Höhe der Kosten der Mängelbeseitigung, sei (Rn. 30). Daran halte der Senat jedenfalls für ab dem 01.01.2002 geschlossene Werkverträge nicht mehr fest. Der Besteller, der keine Aufwendungen zur Mängelbeseitigung tätige, habe keinen Vermögensschaden in Form und Höhe dieser (nur fiktiven) Aufwendungen. Sein Vermögen sei im Vergleich zu einer mangelfreien Leistung des Unternehmers nicht um einen Betrag in Höhe solcher fiktiven Aufwendungen vermindert. Erst wenn der Auftraggeber den Mangel beseitigen lasse und die Kosten hierfür begleiche, entstehe ihm ein Vermögensschaden in Höhe der aufgewandten Kosten (Rn. 32).

Diese These ist nicht nur überraschend (schon weil sie eine Abkehr von der bisherigen ständigen Rechtsprechung darstellt), sie erscheint auch nicht nur auf den ersten Blick wenig überzeugend.

Sinn und Zweck des Schadensersatzanspruches ist es, den Geschädigten so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde. Ohne das schädigende Ereignis (hier die mangelhafte Werkleistung) hätte der Auftraggeber keinerlei Aufwendungen zu tätigen, um ein mangelfreies Werk „sein Eigen zu nennen“. Nunmehr muss er, um den gleichen Zustand zu erreichen, die errechenbaren Kosten aufwenden, um eben den Zustand herstellen zu können. Es leuchtet daher nicht ohne weiteres ein, dass die bisherige Rechtsprechung - die soweit ersichtlich weder in der obergerichtlichen Rechtsprechung noch in der Literatur umfangreichere Kritik erfahren hat – falsch gewesen sein soll.

Der BGH meint, dass entgegen der bisherigen Auffassung der Mangel selbst kein Vermögensschaden in Höhe der Mangelbeseitigungskosten sei. Ein Mangel des Werks sei zunächst nur ein Leistungsdefizit, weil das Werk hinter der geschuldeten Leistung zurückbleibt.

Diese Erkenntnis hilft nicht viel weiter. Die Feststellung, dass ein mangelhaftes Werk ein Leistungsdefizit darstellt, sagt nichts über die Folgen dieses Leistungsdefizites aus. Der BGH bejaht an dieser Stelle noch, dass das Leistungsdefizit mit einer Störung des Äquivalenzverhältnisses verbunden sei, welches beim Besteller zu einem bewertbaren Vermögensschaden führe.

Der Schaden (der Aufwand, den Geschädigten so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stehen würde), erschöpft sich aber doch keineswegs in einer Störung des Äquivalenzverhältnisses. Der Schaden geht – worauf der BGH selbst an anderer Stelle ausdrücklich hinweist (Rn. 34) – oft weit über die vereinbarte Vergütung der Parteien für das mangelfreie Werk hinaus. Das wird fast regelmäßig der Fall sein, weil ja immerhin das mangelhafte Werk ganz oder teilweise zurückgebaut werden muss, um die Leistung durch eine mangelfreie zu ersetzen. Mindestens die Kosten des Rückbaus übersteigen die Kosten der (teilweisen) Neuherstellung des Werkes.

Der BGH meint, dass die Schadensbemessung nach fiktiven Mangelbeseitigungskosten das Leistungsdefizit im Werkvertragsrecht – insbesondere im Baurecht – auch bei wertender Betrachtung nicht zutreffend abbilde. Das ist sicher richtig. Das Leistungsdefizit bleibt – betrachtet man nur die Äquivalenzstörung – regelmäßig weit hinter dem Schaden zurück, wenn man den Schaden danach beurteilt, welcher Aufwand erforderlich ist, um den Geschädigten so zu stellen, wie er ohne das schadensstiftende Ereignis stünde.

Ausgehend von der These, dass der Mangel des Werkes zunächst nur ein Leistungsdefizit darstelle, gelangt der BGH zu der Ansicht, dass die herkömmliche Schadensberechnung häufig zu einer Überkompensation und damit einer nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Bereicherung des Bestellers führe.

Auch diese These erscheint wenig überzeugend: Worin soll die nicht gerechtfertigte Bereicherung des Auftraggebers liegen, wenn er nicht mehr verlangt, als den Geldbetrag, mit dem er sich so stellen kann (aber doch nicht muss), wie er ohne das Leistungsdefizit stehen würde?

Wie es scheint, will der 7. Zivilsenat auch die Dispositionsfreiheit des Geschädigten mit der ihm zustehenden Schadensersatzforderung beliebig verfahren zu können, die Schadensersatzleistung zur Schadensbeseitigung zu verwenden oder auch nicht, nicht in Frage stellen. Er sanktioniert sie allerdings durch eine Beschränkung der Methode der Schadensberechnung dergestalt, dass die nun noch möglichen Schadensberechnungen zu einem erheblich geringeren Schaden führen dürften, wenn sie denn – und das erscheint fraglich (s. unten) – überhaupt praktikabel sind.

Die Schwäche der vom BGH gelieferten Begründung besteht in seiner Ausgangsthese, dass sich der Schaden – wenn der Mangel nicht beseitigt wird – in einem verbleibenden Leistungsdefizit und der hierdurch eingetretenen Äquivalenzstörung erschöpfe. Hält man daran fest, so stellt man den Auftraggeber jedenfalls nicht so, wie er ohne die Mangelhaftigkeit der Werkleistung stehen würde. So steht er nämlich nur dann, wenn ihm die Mittel zur Verfügung gestellt werden, den Mangel zu beseitigen, auch dann, wenn die Beseitigung (wie häufig) teurer ist, als der Preis der für die (mangelfreie) Leistung ursprünglich vereinbart worden ist.

Es ist kaum einzusehen, dass – hält man an der Dispositionsfreiheit des Geschädigten fest – die Entscheidung des Geschädigten, die Schadensersatzzahlung nicht zur Mangelbeseitigung zu verwenden, dem Schädiger entlastend zu Gute kommen soll. Die Entscheidung des Geschädigten/des Auftraggebers, den Mangel nicht oder jedenfalls nicht in überschaubar kurzer Zeit zu beseitigen, kann auf vernünftigen respektablen Motiven beruhen. Die Entscheidung des privaten Bauherrn, Bauarbeiten (unter Umständen größeren Umfangs) wegen der damit verbundenen Beeinträchtigungen zurückzustellen bis der Säugling „aus dem Größten heraus ist“, ist ebenso nachvollziehbar, wie die Entscheidung des Gewerbetreibenden in seinem Verkaufsmarkt Umsatzeinbußen zu vermeiden, welche er letztlich dem Werkunternehmer als Folge der Mangelbeseitigungsleistungen kaum nachweisen kann. Da entscheidet sich der Auftraggeber eher dafür, die Maßnahmen zurückzustellen und in einem für ihn weniger belastenden Zeitraum oder unter weniger belastenden Umständen durchzuführen. Weshalb nun solche Überlegungen den Schädiger

entlasten sollen, erschließt sich nicht. Das gilt umso mehr, als dem Auftraggeber beim Vorschussanspruch nach Ablauf einer angemessenen Frist die Klage des Unternehmers auf Rückzahlung droht. Auch wenn die Frage, welche Frist angemessen ist, eine Frage des Einzelfalles ist und auch die persönlichen Verhältnisse des Auftraggebers zu berücksichtigen sind (BGH BauR 2010, 614, Urt. v. 14.1.10 - VII ZR 108/08) wird man hier nicht über die Maßen großzügig sein. Als Richtwert wird ein Zeitraum von 6 bis maximal 12 Monaten genannt (Pastor, in: Werner/Pastor Der Bauprozess 16. Aufl. Rn.2133). Und dann muss der Auftraggeber auch noch die Rechnungen der mit der Nachbesserung beauftragten Unternehmen in den Händen halten, um abrechnen zu können. Die Praxis zeigt, dass selbst das zum Problem werden kann. Manchen Unternehmern muss man wegen der Rechnungsstellung hinterherlaufen.

Namentlich für den (Unter-) Fall, dass die Mangelbeseitigung durch den Auftraggeber mit Rücksicht auf den zwischenzeitlichen Verkauf des mangelbehafteten Objekts nicht mehr in Betracht kommt hat der BGH in seiner bisherigen Rechtsprechung mit starken Worten seine Auffassung verteidigt, dass es beim Schadensersatzanspruch in Höhe der Mangelbeseitigungskosten bleibt und auch in diesem Fall keine „Überkompensation“ gesehen:

Wie hatte der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung (BauR 87, 89, VII ZR 97/85 vom 06.11.1986) ausgeführt: „Mit der Interessenlage der Parteien eines Werkvertrages wäre eine solche Betrachtungsweise nicht zu vereinbaren. Denn die dem Besteller/Auftraggeber vom Gesetzgeber eingeräumte Freiheit über die „mangelbehaftete“ Sache zu verfügen, wäre beeinträchtigt, wenn der Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der Mangelbeseitigungskosten nach Veräußerung der Sache unterginge. Die Veräußerung würde dann zu einer Verkürzung des einmal begründeten Schadensersatzanspruchs des Bestellers/Auftraggebers gegenüber dem Unternehmer/Auftragnehmer führen. Dies gilt umso mehr, als der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Schuldner die Erfüllung seiner Verpflichtung hinauszögern kann, wenn er etwa weiß, dass der Geschädigte die mangelhafte Sache weiterveräußern will, was durchaus nicht selten vorkommt. (...) Mit Recht wird daher auch im Schrifttum die Ansicht vertreten, dass Schadensersatzansprüche nach § 635 BGB oder § 13 Nr. 7 VOB/B mit der Übereignung des Grundstücks nicht untergehen Das ist allein sach- und interessengerecht. Unbilligkeiten für den Schuldner sind bei der Bejahung eines Schadensersatzanspruchs auch nach Übereignung oder Zwangsversteigerung des Grundstücks nicht ersichtlich.“

Noch im Jahr 2004 betonte der Senat, dass der Anspruch in Höhe der Mängelbeseitigungskosten fortbestehe, wenn der Besteller das Werk veräußert habe (BauR 2004, 1617, VII ZR 275/03, Urteil vom 22.07.2004).

In den genannten Fällen, in denen das Bauwerk ohne Durchführung der Mangelbeseitigung veräußert worden war, hat der BGH mit Recht großen Wert darauf gelegt, dass dann, wenn der Geschädigte von seiner Dispositionsfreiheit Gebrauch macht (und den Schaden nicht beseitigen lässt), dies dem Schädiger nicht zu Gute kommen kann. Es würde den Schädiger insbesondere etwa bei bekannter Verkaufsabsicht motivieren, seine Nachbesserung hinauszuzögern und auch einen Rechtsstreit nach Möglichkeit hinauszuzögern, bis denn der vorgesehene oder auch wirtschaftlich erforderliche Verkauf der Immobilie stattgefunden hat. In diesem Fall droht ihm nach der neuen Rechtsprechung kein Schadensersatzanspruch mehr in Höhe der Nachbesserungskosten. Eine „mit der Interessenlage der Parteien nicht zu vereinbarende Betrachtungsweise“ wird nun als einzig richtige apostrophiert.

Der BGH sieht seine Auffassung im „Regelungskonzept“ des § 634 BGB bestätigt. Die Vorschrift schütze das Leistungsinteresse des Bestellers und den Ausgleich bei Verletzung daran orientiert, ob eine Mängelbeseitigung durchgeführt wird. Worin der Senat allerdings dieses Regelungskonzept sieht, insbesondere, dass der Ausgleich bei Verletzung des Leistungsinteresses sich an der Frage orientiere, ob die Mangelbeseitigung durchgeführt wird, ist nicht ersichtlich. § 634 BGB stellt dem Auftraggeber einen Katalog von Rechten zur Verfügung. Unter anderem auch das Minderungsrecht (§ 638 BGB). Diesen Weg wird der Auftraggeber aber nicht gehen, wenn eine Minderung des Werklohns keine hinreichend Kompensation für die wirtschaftlichen Folgen der mangelhaften Leistung darstellt. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Minderung – wie der BGH nun ausdrücklich festhält – sich ihrerseits auch nicht mehr an den potenziellen Kosten der Mangelbeseitigung zu orientieren hat.

Welche Alternativen zur Kompensation des Mangels bzw. zur Berechnung des Schadensersatzes bietet der BGH nun an?

- **Vermögensbilanz**

In erster Linie schlägt der BGH vor, den Schaden durch Erstellung einer Vermögensbilanz zu ermitteln. Die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der durch das Werk geschaffenen oder bearbeiteten, im Eigentum des Bestellers stehenden Sache ohne Mängel zum tatsächlichen Wert, bilde den Schaden.

Festzuhalten ist, dass diese Methode der Schadensberechnung voraussetzt, dass die bearbeitete oder geschaffene Sache sich im Eigentum des Auftraggebers befindet. Damit scheidet diese Form der Schadensberechnung im Haupt- und Subunternehmerverhältnis

ebenso aus, wie dann, wenn der Auftraggeber beispielsweise Mieter der bearbeiteten Sache ist. Diese Fälle bilden schon einen nicht unerheblichen Kreis von Fallgestaltungen, in denen die vorgeschlagene Variante von vornherein ausscheidet.

Mit „Wert“ dürfte der Verkehrswert der bearbeiteten oder geschaffenen Sache gemeint sein. Damit scheiden alle Objekte aus einer solchen Betrachtungsweise aus, für die es keinen Markt gibt. Das Rathaus, das Kirchengebäude oder die Moschee werden auf dem Markt ebenso wenig gehandelt wie die städtische Kläranlage, so dass es einen Verkehrswert nicht gibt. Aber auch bei höchst individuellen Werken könnte es an einem Markt fehlen, so dass ein Verkehrswert seriöser Weise gar nicht ermittelt werden kann.

Lässt sich der Verkehrswert für das hypothetisch mangelfreie Werk ermitteln, so ist aber doch fraglich, ob es denn einen Wert für das mit dem Mangel behaftete Werk gibt. Belastbares Zahlenmaterial dürfte nicht zur Verfügung stehen, dem zu entnehmen wäre, welcher Abschlag auf dem Markt denn wegen des im konkreten Fall vorliegenden Mangels gewöhnlich hinzunehmen ist. Hier droht das Ergebnis willkürlich zu werden, wenn die Nachbesserungskosten nicht doch wieder zum Kriterium der Berechnung werden sollen. Einen üblichen Marktpreis für ein Objekt mit einem konkreten Mangel, der in dieser Form im Zweifel einzelartig ist, ist wohl kaum festzustellen.

Wenn aber weder die Nachbesserungskosten maßgeblich sein sollen noch intersubjektiv überprüfbare Abschläge die, „üblicherweise auf dem Markt für diesen Mangel vorgenommen werden“ feststellbar sind, so fragt es sich, woran denn der Sachverständige, der entsprechende Wertermittlungen fertigen soll, sich noch orientieren kann. Hier hilft auch nicht der Hinweis auf § 287 ZPO, denn der Kläger kann keine Grundlagen zur Schadensschätzung für das Gericht liefern.

Selbst wenn man den Weg der Vermögensbilanz, wie vom BGH aufgezeigt, gehen will, ist der Aufwand enorm und steht unter Umständen in keinem vernünftigen Verhältnis zur Schadenshöhe (wie immer man sie denn ermitteln will). In aller Regel werden gleich 2 Sachverständige verschiedener Fachdisziplinen nötig sein. Zunächst wird ein Sachverständiger für das Gewerk oder allgemein für Schäden an Gebäuden notwendig sein, um die Mängel festzustellen sowie auch mindestens überschlägig die Kosten der Nachbesserung, um überhaupt eine Einschätzung der Bedeutung der Mängel vornehmen zu können. Letzteres dürfte die Mindestvoraussetzung sein, die erforderlich ist, um dann mit

einem weiteren Sachverständigen 2 Wertgutachten erstellen zu lassen, nämlich „das eine mit und das andere ohne den Mangel“.

Diese Gutachten werden im Übrigen ebenfalls nicht zu brauchbaren Ergebnissen führen, weil die Schwankungsbreiten bei der Bewertung von Immobilien viel zu groß sind. Wie weit das Ergebnis von Wertermittlungsgrundlagen vom wirklichen Marktwert einer Immobilie entfernt sein kann, zeigen die großen Differenzen zwischen dem gutachterlich ermittelten Verkehrswert und dem Preis (höchstem Gebot), welcher schließlich regelmäßig bei Zwangsversteigerungen erzielt wird. Die Abweichungen sind oft beträchtlich. Eine Punktlandung ist die absolute Ausnahme. Das findet auch seine Bestätigung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung:

„Weiterhin zu beachten ist, dass der Verkehrswert eines (bebauten) Grundstücks regelmäßig nur annäherungsweise und nicht exakt im Sinne einer mathematischen Genauigkeit ermittelt werden kann. Sowohl die Wahl der Wertermittlungsmethode als auch die Ermittlung selbst unterliegen notwendig wertenden Einschätzungen, die nicht geeignet sind, die Gewissheit zu vermitteln, das Objekt werde bei einer Veräußerung genau den ermittelten Wert erzielen (BGH, NJW-RR 2008, 1741 [1742] Rn. 11). Dementsprechend sind mehr oder weniger unterschiedliche Ergebnisse – in gewissen Toleranzen – unvermeidbar (BGHZ 160, 8 [14] = NJW 2004, 2671 = NZM 2004, 709 = NVwZ 2004, 1527 Ls.) s. auch OLG Schleswig, DS 2008, 32 [34]; OLG Rostock, DS 2008, 386 [387]), so dass kleinere Diskrepanzen zwischen dem vom Regressgericht festgestellten und dem vom Sachverständigen ermittelten Verkehrswert nicht – jedenfalls nicht ohne Weiteres – zu dessen Lasten gehen.“
(BGH NJW-RR 2014,90)

Die „kleineren Diskrepanzen“ sollen jedenfalls bei 12,5 % noch nicht überschritten sein (Schleswig-Holsteinisches OLG MDR 2008, 25; OLG Köln BeckRS 2011, 25253; MüKo BGB/Wagner, 7.Aufl. 2017, § 839a Rn. 19). Die Literatur sieht die Grenze bei 25 % (Prütting/Wegen/Weinreich – Kramarz BGB, 12. Aufl. § 839a Rn. 3).

Im Übrigen stellt die vom BGH beschriebene Methode der Schadensberechnung auch nur eine „fiktive Schadensberechnung“ dar, solange das Objekt nicht tatsächlich verkauft wird. Das thematisiert die Entscheidung nicht einmal. Warum soll die Schadensermittlung über einen fiktiven Verkauf bei wertender Betrachtung die zutreffendere Kompensation ergeben?

- **konkreter Mindererlös wegen des Mangels bei Verkauf**

Ein Unterfall der vorgenannten Variante ist der des Verkaufs der Immobilie. Hier soll sich ja die unter dem vorangegangenen Punkt nur theoretisch ermittelte Wertedifferenz realisiert haben.

Dass die Parteien einen kalkulatorischen Abschlag bei der Kaufpreisermittlung im Kaufvertrag ausweisen, dürfte selten vorkommen. Ob eine solche „Mitteilung“ im Kaufvertrag dann der Wirklichkeit entspricht, steht in den Sternen. Für das Gericht, welches über die Höhe des Schadensersatzes zu entscheiden hat, wird die Angabe im Kaufvertrag ohnehin wohl kaum bindend sein können, da es einen Vertrag zu Lasten Dritter (hier des Unternehmers) in unserer Rechtsordnung nicht gibt.

Wie hoch der zu berücksichtigende Mindererlös tatsächlich ist, wird nur sehr schwer oder gar nicht zu ermitteln bzw. auch noch zu beweisen sein.

Die Faktoren, die bei der Preisfindung im Einzelfall ausschlaggebend sind, sind mannigfaltig und durchaus von Zufällen abhängig.

Nicht selten wird der Baumangel überhaupt keine messbaren Auswirkungen auf den Kaufpreis haben. Jedenfalls wird ein Mangel, dessen „Wert“ gegenüber dem Gesamtkaufpreis gering ist (ohne dass der Mangel für sich betrachtet wirtschaftlich unbedeutend sein müsste), sich auf den vereinbarten Kaufpreis kaum auswirken.

Hier hilft auch nicht der vom Senat vorgeschlagene Vergleich zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem hypothetischen Wert der Sache. Die Verkehrswertermittlung durch Sachverständige ist – wie oben bereits erwähnt – viel zu ungenau, um eine solche Differenz zu ermitteln. Kaum jemand wird bestreiten, dass das Ergebnis eines Wertgutachtens mindestens eine Toleranz von $\pm 10\%$ aufweist, also mit dieser Toleranz/Ungenauigkeit den Verkehrswert bestenfalls trifft. Bei einer Immobilie mit einem Kaufpreis von 500.000,00 € muss der Mangel also schon einen Wert von 50.000,00 € überschreiten, um das Ergebnis außerhalb des Toleranzrahmens überhaupt beeinflussen zu können.

- **Störung des Äquivalenzverhältnisses als Maßstab zur Schadensbemessung**

Als weitere Variante bietet der BGH den Rückgriff auf die Störung des Äquivalenzverhältnisses an. Der BGH (Rn. 38) verkennt aber offenbar auch nicht, dass eine solche Vorgehensweise im Zweifel den Nachteil, den der Auftraggeber durch den Mangel erlitten hat, nicht wirklich kompensiert, denn er spricht davon, dass der Besteller sich auf die Betrachtung des mangelhaften Werks selbst im Vergleich zu dem geschuldeten (also mangelfreien) Werk „beschränken“ und aus einer Störung des werkvertraglichen Äquivalenzverhältnisses einen Anspruch ableiten könne. Gemeint ist damit offenbar schlicht eine Minderung des Werklohnes. Soweit das Werk mangelhaft ist, soll der Unternehmer hierfür (ggf. anteilig) keine Vergütung erhalten. Dass dies den Auftraggeber nicht so stellt, wie er ohne das pflichtwidrige Verhalten des Auftragnehmers stehen würde, liegt auf der Hand. Weder Rückbaukosten noch sonstige Nebenkosten werden auf diese Weise berücksichtigt. Erst recht bleiben etwa notwendige Neuherstellungen von Folgegewerken außen vor. Die Berechnung nach der Methode, für schlechte Arbeit gibt es kein Geld, ist keine Berechnung des dem Auftraggeber entstandenen – im Zweifel viel größeren – Schadens. Die Methode endet im Übrigen spätestens bei der Höhe des gesamten vereinbarten Werklohns. Zur Herstellung einer mangelfreien Sache, also zur Durchführung einer fachgerechten Nachbesserung, werden regelmäßig erheblich höhere Kosten erforderlich sein.

Der BGH betont in diesem Zusammenhang (Rn. 42) noch einmal ausdrücklich, dass diese Form der Schadensberechnung, die sich an § 634 Nr. 3, § 638 BGB anlehnt, ebenfalls nicht auf die „fiktiven“ Mängelbeseitigungskosten gestützt werden könne. Der Senat halte ausdrücklich nicht daran fest, dass die Berechnung einer Minderung regelmäßig durch den Abzug fiktiver Mängelbeseitigungskosten erfolgen könne.

Vielleicht gerade weil auch der BGH erkennt, dass die von ihm vorgeschlagenen Varianten der Schadensberechnung für den Auftraggeber nur schwer oder gar nicht durchführbar sind oder nicht zu befriedigenden Ergebnissen führen, wirbt er in seiner Entscheidung dafür, dass der Auftraggeber den Mangel beseitigen und sich die Kosten erstatten lässt (auch als Schadensersatz).

Um dem Auftraggeber diesen Weg schmackhaft zu machen, stellt der BGH fest, dass der Auftraggeber auch vor Begleichung der von ihm zur Nachbesserung aufzuwendenden Kosten Befreiung von den zur Mängelbeseitigung eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen könne. Das ist durchaus nachvollziehbar. Die praktische Bedeutung dieses Anspruchs dürfte minimal sein. Bevor ein Rechtsstreit über die Verpflichtung zur Befreiung von den Verbindlichkeiten entschieden ist, werden die zur Mängelbeseitigung eingesetzten Unternehmer wohl schon

Zahlungsklage gegen den Auftraggeber erhoben haben. Im Rahmen des Schadensersatzes geht für den Auftraggeber kein Weg daran vorbei, die Mangelbeseitigungskosten vorzufinanzieren und das Insolvenzrisiko zu tragen, also leer auszugehen, wenn schließlich Ersatz beim Unternehmer, der mangelhaft gearbeitet hat, nicht mehr zu erhalten ist.

Davor schützt den Auftraggeber dann nur der Vorschussanspruch gem. § 634 Nr. 2, § 637 BGB. Hier hilft ihm der BGH. Der BGH stellt fest, dass entgegen der früheren Rechtslage (§ 633 Abs. 3 BGB a.F.) der Auftraggeber auch dann noch Vorschuss verlangen kann, wenn er zuvor Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat. Nur der Anspruch auf Leistung sei ausgeschlossen (§ 281 Abs. 4 BGB), nicht aber der Anspruch auf Vorschuss. Das Selbstvornahmerecht und der Vorschussanspruch nach erfolglosem Ablauf der zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist bestehe fort. Der gegenteiligen Auffassung, die einen noch bestehenden Nacherfüllungsanspruch als Voraussetzung für den Vorschussanspruch sieht, folgt der Senat ausdrücklich nicht.

Der Verweis auf den Vorschussanspruch oder den Kostenerstattungsanspruch ist aber nur ein schwacher Trost für den Auftraggeber. Wählt er den Weg über den Kostenerstattungsanspruch, muss er die Nachbesserungskosten vorfinanzieren. Wählt er den Weg über den Vorschuss, so dürften nicht selten gleich 2 Bauprozesse nacheinander zu führen sein. Jedenfalls dann, wenn der erstrittene Vorschussanspruch – was alles andere als selten sein dürfte – sich schließlich als unzureichend erweist und die Nachbesserungsarbeiten doch teurer geworden sind, wird ein zweiter Rechtsstreit notwendig sein, um die nicht ausgeurteilte Spitze beizutreiben. Dabei wird erneut die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich werden, um den Streit darüber zu entscheiden, ob die aufgewandten Kosten tatsächlich erforderlich waren oder überhöht erscheinen. Gerade dieses Erfordernis der Abrechnung und eines ggf. dann erneut zu führenden Streites über die Richtigkeit des Abrechnungsergebnisses, dürfte bisher Motivation für viele Auftraggeber gewesen sein, Schadensersatz zu wählen. Sie haben eher das Risiko in Kauf genommen, die etwaigen nicht geahnten Mehrkosten selbst tragen zu müssen, als einen neuen Streit über die Abrechnung zu führen. Der BGH würdigt den Gesichtspunkt nicht, dass der Schadensersatzanspruch in aller Regel abschließend ist. Nur dann, wenn der Auftraggeber im Rechtsstreit substantiiert darstellen kann, dass die Schadenshöhe nicht abschließend ermittelt werden kann, kann er sich durch einen entsprechenden Feststellungsantrag ein Nachforderungsrecht sichern. In den allermeisten Fällen wird die Voraussetzung nicht gegeben sein. Trotz dieses „Deckels“ entscheiden sich die allermeisten Auftraggeber für die Geltendmachung von Schadensersatz, anstelle des Vorschussanspruches.

Begrüßenswert erscheint die Entscheidung des Gerichts im Hinblick auf die Architektenhaftung, soweit sie nun der Haftung des Unternehmers angeglichen wird. Auch gegenüber dem Architekten sollen die Grundsätze der Schadensberechnung gelten, die der BGH neu aufgestellt hat. Das ist konsequent. Auch der Architekt soll sowohl zur Freistellung von Verbindlichkeiten verpflichtet sein, die der Bauherr zur Beseitigung von Mängeln eingegangen ist, als auch zur Zahlung eines Vorschusses. Das ist neu. Der Senat erkennt die „Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung“ zur Durchführung der Mangelbeseitigungsarbeiten. Dem soll mit einem Anspruch auf vorherige Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrages Rechnung getragen werden.

Es ist abzusehen, dass die Entscheidung des BGH über den ersten Schock bei den Baurechtlern - namentlich den für die Strömungen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung weniger sensiblen - hinaus noch lange für Unsicherheit bei den Rechtsberatern, wie auch bei den Instanzgerichten sorgen wird. Es bleibt zu hoffen, dass die weitere Entwicklung Möglichkeiten der Schadensberechnung aufzeigt, die eine hinreichend akzeptable Kompensation für den Schaden ergibt, wenn der Auftraggeber den Mangel (einstweilen) nicht beseitigen lässt. Gelingt dies nicht, werden die Auftraggeber, anders als bisher, den Weg über den Vorschuss wählen. Dann ist zu befürchten, dass Streitigkeiten über die durch die Vorschusszahlung nicht gedeckten Spitzen der zur Nachbesserung aufgewandten Kosten die Gerichte zusätzlich beschäftigen werden.

Ulrich Dölle

10. April 2018