



## **Bundesgerichtshof bestätigt seine neue Rechtsprechung: Kein Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten**

**Mit Urteil vom 21.06.2018 – VII ZR 173/16 – hat der Bundesgerichtshof (BGH) seine die bisherige Auffassung der Rechtsprechung auf den Kopf stellende Entscheidung vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17 – bestätigt. Es bleibt also dabei: Der Bauherr kann seinen Schaden nicht mehr nach den von einem Sachverständigen ermittelten Mängelbeseitigungskosten berechnen, solange er den Mangel nicht hat beheben lassen. Das gilt sowohl für die Inanspruchnahme des Bauunternehmers als auch die des Architekten.**

### **Das war früher anders, wie an folgendem Fall deutlich gemacht werden soll:**

Der Bauherr eines Mehrfamilienhauses lässt rechtzeitig vor Ablauf der Gewährleistungsfrist von 5 Jahren das Wärmedämmverbundsystem (WDVS) durch einen Sachverständigen untersuchen. Der öffnet die Fassade an mehreren Stellen und kommt zu dem Ergebnis, dass der Verklebungsgrad der Platten unzureichend sei; das berge die Gefahr von Hinterfeuchtung, wodurch es zu Rissbildungen kommen könne. Der Bauherr leitet ein selbständiges Beweisverfahren gegen den Bauunternehmer und den Architekten ein. Der gerichtliche Gut-

achter bestätigt das Ergebnis des Privatgutachters. Danach sollen die Kosten für Abriss, Entsorgung und Erneuerung des WDVS € 150.000,00 betragen. Die Klage des Bauherrn ist erfolgreich, denn sachverständigenseits sei ja festgestellt, dass ein Verarbeitungsfehler vorliege, für den der Bauunternehmer haften müsse. Der Architekt hafte als Gesamtschuldner mit, denn er habe seine Bauüberwachungspflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt; andernfalls hätte er gesehen, dass die Verklebung des WDVS fehlerhaft ausgeführt worden sei, und wäre dagegen eingeschritten. Die Verteidigung der Beklagten, die insbesondere einwenden, das WDVS erfülle doch seine Funktion, bauphysikalisch sei nichts zu beanstanden, auch sei noch kein einziger Riss zu erkennen, obwohl die Standzeit des Gebäudes mittlerweile 8 Jahre betrage (Bauprozesse dauern häufig lange), bleibt erfolglos. Auf die Berufung der Beklagten bestätigt das Oberlandesgericht das landgerichtliche Urteil. Rechtsmittel zum Bundesgerichtshof wird nicht eingelegt, da sich Land- und Oberlandesgericht auf dessen ständige Rechtsprechung berufen, wonach Schadenersatz für einen Baumangel in der Weise zu bemessen sei, dass der Haftende die durch Sachverständigengutachten ermittelten Kosten der Mängelbeseitigung zu tragen habe. Am Ende des Verfahrens erhält der Bauherr

somit die € 150.000,00, kauft sich dafür einen neuen Porsche und mit den € 60.000,00, die er als Zinsen noch obendrauf bekommt, seiner Freundin einen Diamanten. Die Fassade belässt er indes, wie sie ist. Warum sollte er sie auch erneuern, denn Risse sind ja nicht vorhanden und kein einziger Mieter hat wegen zu hoher Heizkosten die Miete gemindert; die Wärmedämmqualität wird von dem WDVS ja erfüllt.

Derartige Fälle sind von der deutschen Rechtsprechung sehenden Auges über Jahrzehnte so entschieden worden, obwohl allgemein bekannt war, dass die ausgerichteten Beträge nur in Ausnahmefällen zur Beseitigung des Baumangels verwendet wurden. Ja, man hörte sogar von Sachverständigen, an die man sich vertrauensvoll wenden könnte, um ebenfalls in den Genuss zu kommen ...

## I.

Nach der neuen Rechtsprechung kann nicht mehr auf der Basis fiktiver, also nicht tatsächlich angefallener Mängelbehebungskosten abgerechnet werden, auch wenn sie ein Sachverständiger ermittelt hat. Das ist auch richtig so, denn der Bauherr, der keine Aufwendungen zur Mängelbeseitigung tätigt, erleidet keinen Vermögensschaden. Sein Vermögen ist im Vergleich zu einer mangelfreien Leistung des Unternehmers nicht um einen Betrag in Höhe der vom Sachverständigen ermittelten Kosten vermindert. Erst wenn er den Mangel beseitigen lässt und die Kosten hierfür begleicht, entsteht ihm ein Vermögensschaden in Höhe der aufgewendeten Kosten. Eine Schadensbemessung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten kann nicht damit begründet werden, der Mangel selber sei bereits der Schaden, dessen Höhe sich durch den zur Behebung erforderlichen Aufwand definiere. Ein Mangel des Werkes ist zunächst nur ein Leistungsdefizit, soweit das abgelieferte Werk hinter der geschuldeten Leistung zurückbleibt. Auch wenn es gerechtfertigt ist, bereits dieses Leistungsdefizit mit der Folge einer Störung des Äquivalenzverhältnisses als einen beim Bauherrn eingetretenen Vermögensschaden zu bewerten, ist damit gerade nicht geklärt, in welcher Höhe ein solcher Schaden besteht. So die Begründung des BGH für seine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung.

Wenn aber nun dem Bauherrn der Weg verschlossen ist, Schadensersatz in Höhe fiktiver Mängelbeseitigungskosten zu verlangen, welche Möglichkeiten verbleiben ihm denn dann? Der BGH zeigt vier Wege auf, um ans Ziel zu gelangen:

- (1) Kosten einer durchgeführten Mängelbeseitigung,
- (2) Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten,
- (3) Minderung des Werklohns,
- (4) Mindererlös bei Veräußerung der Sache im mangelhaften Zustand.

### **Zu (1) Kosten der durchgeführten Mängelbeseitigung:**

Insoweit bleibt alles beim Alten. Der Bauherr kann alle Aufwendungen für die Mängelbeseitigung, die er bei verständiger Würdigung für erforderlich halten durfte, ersetzt verlangen. Die neue BGH-Rechtsprechung ist also kein Grund zum Jubel auf Bauunternehmerseite. Tritt ein Mangel auf, den der Unternehmer zu vertreten hat, und stellt er den Mangel innerhalb ihm gesetzter Frist nicht ab, nimmt er also sein Nacherfüllungsrecht nicht wahr, dann trifft ihn die volle Kostenlast, wenn der Bauherr den Schaden durch ein Drittunternehmen beseitigen lässt, und zwar einschließlich aller damit verbundenen Folgekosten, soweit sie als erforderlich zu betrachten sind, also selbst Hotelunterbringungskosten, wenn etwa der Fußboden in dem Haus oder der Wohnung komplett erneuert werden muss. Das kann teuer werden, zumal der vereinbarte Werklohn in diesem Falle keineswegs die Obergrenze darstellt.

Hat der Bauherr die Mängelbeseitigung in Auftrag gegeben, die Rechnung des Drittunternehmers aber noch nicht beglichen, kann er gleichwohl bereits gegen den Unternehmer, der mangelhaft gearbeitet hat, gerichtlich vorgehen, indem er einen Befreiungsanspruch geltend macht. Bezahlt er die Rechnung des Drittunternehmens im Verlaufe des Prozesses, kann er den Klageantrag auf Zahlung umstellen.

### **Zu (2) Vorschussanspruch:**

Wenn der Bauherr den Mangel beseitigen lassen will, kann er den Unternehmer auf Vorschuss in Höhe der kompletten Mängelbehebungskosten

in Anspruch nehmen, und zwar unter Einschluss der Umsatzsteuer, denn diese wird ja anfallen. Allerdings muss der Bauherr dann auch mit dem vom Unternehmer erstrittenen Geld den Mangel beseitigen lassen. Der Unternehmer hat gegen ihn einen Abrechnungsanspruch und einen Rückforderungsanspruch, wenn dies nicht geschieht, der Bauherr den Vorschuss also nicht abrechnet – etwa weil er den Mangel doch nicht hat beheben lassen. Die Mängelbehebung muss innerhalb eines angemessenen Zeitraumes erfolgen; je nach Schwere des Mangels und unter Beachtung von Witterungseinflüssen kann der Abrechnungsanspruch des Unternehmers erst nach 6, 9 oder 12 Monaten geltend gemacht werden. So lange hat der Bauherr also Zeit, um die Mängel beheben zu lassen. Tut er das nicht, muss er den gesamten Vorschuss zurückzahlen, und zwar verzinst.

### **Zu (3) Minderung wegen Äquivalenz-Störung:**

Sieht der Bauherr von der Mängelbeseitigung ab, kann er als Ausgleich für das verletzte Leistungsinteresse die Vergütung mindern, d. h. den Werklohn, falls er ihn schon bezahlt hat, in bestimmtem Umfang zurückfordern. Ausgehend von der für das Werk vereinbarten Vergütung kann der Minderwert des Werks wegen des (nicht beseitigten) Mangels geschätzt werden. Maßstab ist die durch den Mangel des Werks erfolgte Störung des Äquivalenzverhältnisses.

Der mangelbedingte Minderwert des Werkes ist danach ausgehend von der vereinbarten Vergütung, die dem von den Parteien übereinstimmend festgesetzten Wert des mangelfrei zu erstellenden Werkes entspricht, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu schätzen (§ 287 ZPO). Im Rahmen dieser Schadensbemessung können die fiktiven Mängelbeseitigungskosten nicht als Maßstab herangezogen werden; anderenfalls würde ja der alten, jetzt aufgegebenen Rechtsprechung wieder die Türe geöffnet.

Die Minderung kann anhand der Vergütungsanteile vorgenommen werden, die auf die mangelhafte Leistung entfallen. Ergeben sich die Vergütungsanteile nicht aus dem Vertrag, sind sie zu schätzen. Auf bereits vorliegende, anerkannte Schätzmethoden kann weiterhin zurückgegriffen werden.

### **Zu (4) Mindererlös bei Veräußerung der mangelhaften Sache:**

Dieser „Sonderfall“ lag dem Bundesgerichtshof vor, als er sich dazu entschloss, den baurechtlichen Schadensersatzanspruch auf eine neue Basis zu stellen. Die dortige Klägerin hatte das Haus mit dem mangelhaften Natursteinbelag während des Rechtsstreits veräußert. Bei dieser Konstellation gilt Folgendes:

Hat der Bauherr die durch das Werk geschaffene oder bearbeitete Sache veräußert, ohne dass eine Mängelbeseitigung vorgenommen wurde, kann er den Schaden nach dem konkreten Mindererlös wegen des Mangels der Sache bemessen. Der Mindererlös wird typischerweise anhand der Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der Sache ohne Mangel und dem gezahlten Kaufpreis ermittelt werden können. Da der erzielte Kaufpreis den tatsächlichen Wert der Sache indiziert, entspricht der so ermittelte Mindererlös im Regelfall dem Minderwert der betroffenen Sache.

Das klingt einfach; schwierig dürfte jedoch sein, den hypothetischen Wert der Sache ohne Mangel zu ermitteln. Um diesem Problem von vorneherein zu entgehen, werden geschickte Bauherren im Kaufvertrag vereinbaren, dass an sich ein Betrag  $x$  als Kaufpreis gerechtfertigt gewesen wäre, dass man sich allerdings in Ansehung des Mangels auf den – geringeren – Betrag  $y$  einigte. Dann ergibt sich der mangelbedingte Mindererlös aus der Differenz zwischen  $x$  und  $y$ . Da es indes nach deutschem Recht keine Verträge zu Lasten Dritter gibt, wird der in Anspruch genommene Unternehmer im Prozess einwenden dürfen, der Betrag  $x$  („an sich gerechtfertigter Kaufpreis“) sei zu hoch angesetzt, so dass auf diese Weise doch der Weg zu einer sachverständigen Begutachtung eröffnet wird, nämlich dahin gehend, wie hoch denn der Wert des verkauften Gegenstandes ohne Mangel tatsächlich gewesen wäre.

Haben neben dem vom Unternehmer zu verantwortende Mangel auch andere Mängel zu dem Mindererlös geführt, ist zu ermitteln, welcher Anteil des Mindererlöses auf den vom Unternehmer zu verantwortenden Mangel entfällt.

## II.

Das alles betrifft den Schadensersatz, den der Bauunternehmer zu leisten hat. Was folgt aus der neuen Rechtsprechung für die Haftung des Architekten?

Der Architekt schuldet dem Auftraggeber Schadensersatz, wenn ihm Planungs- oder Überwachungsfehler unterlaufen, die sich im Bauwerk verwirklichen. Hat der Architekt die von ihm geschuldeten Planungs- oder Überwachungsleistungen mangelhaft erbracht und hat der Bauherr deswegen das vom Unternehmer errichtete Bauwerk nicht so erhalten wie als Ziel der vom Architekten geschuldeten Mitwirkung vereinbart, besteht der Schaden des Bauherrn darin, dass er ein Bauwerk erhält, das hinter dem im Architektenvertrag als Ziel Vereinbarten zurückbleibt. Für den sich daraus ergebenden Vermögensnachteil hat der Architekt Schadensersatz in Geld zu leisten. (Nach § 249 Abs. 1 BGB müsste er zwar eigentlich den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn er nicht mangelhaft geleistet hätte; das ist ihm jedoch nicht möglich, denn aufgrund seiner Planungs- oder Überwachungsfehler ist ein mangelbehaftetes Bauwerk entstanden. Diesen Mangel kann er nicht selber beheben, da ihn ja keine Verpflichtung zur Erbringung von **Bauleistungen** trifft, so dass er solche auch nicht nachbessern muss – was er im Regelfall ja auch gar nicht könnte.)

Schadensrechtlich gilt vielmehr: Hätte der Architekt die von ihm geschuldeten Architektenleistungen mangelfrei erbracht, wäre es dem Auftraggeber möglich gewesen, das Bauwerk wie gewünscht, also insbesondere ohne Mängel durch den Bauunternehmer entstehen zu lassen. Der Architekt hat dem Bauherrn als Schadensersatz daher die Mittel zur Verfügung zu stellen, die dieser zur Kompensation des verletzten Interesses, also zur Behebung des Baumangels benötigt.

Auch im Verhältnis zum Architekten scheidet indes ein Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten betreffend das Bauwerk aus. Eine solche Bemessung hätte sich selbst nach der bisherigen Rechtsprechung, wonach der Mangel selber der Vermögensschaden sein sollte, nicht begründen lassen, denn es geht im Verhältnis zum Architekten nicht um die Bemessung

eines Baumangelschadens, weil der Architekt ja nicht die Errichtung des Bauwerkes schuldet. Mängel des Architektenwerkes liegen in Defiziten der Planung oder der Überwachung. Diese stehen indes in keinem unmittelbaren äquivalenten Verhältnis zu den Kosten, die für die Behebung von Baumängeln anfallen.

Für die Frage, wie der durch die im Bauwerk verwirklichten Mängel des Architektenwerkes verursachte Schaden vermögensmäßig zu bemessen ist, können die Erwägungen betreffend das Verhältnis des Bauherrn zum Bauunternehmer allerdings entsprechend herangezogen werden. Danach ist die Schadenshöhe auch im Verhältnis zum Architekten daran auszurichten, welche Dispositionen der Bauherr zur Schadensbeseitigung trifft. Ziel ist auch insoweit ein voller Ausgleich des eingetretenen Vermögensschadens bei Vermeidung einer Überkompensation. Es ist also wiederum danach zu unterscheiden, ob der Bauherr den Mangel des Bauwerkes beseitigen lässt oder nicht.

1. Lässt der Bauherr den Mangel des Bauwerkes **nicht** beseitigen, kann er seinen Schaden im Wege einer Vermögensbilanz nach dem Minderwert des Bauwerkes im Vergleich zum hypothetischen Wert des Bauwerkes bei mangelfreier Architektenleistung bemessen oder ggf. – bei Veräußerung des Objektes – nach dem konkreten Mindererlös.

Hat der durch die mangelhafte Architektenleistung verursachte Mangel des Bauwerkes zur Folge, dass eine Störung des Äquivalenzverhältnisses des **Bauvertrags** vorliegt, kann der Bauherr stattdessen seinen Schaden auch in der Weise bemessen, dass er ausgehend von der mit dem Bauunternehmer vereinbarten Vergütung den mangelbedingten Minderwert des Werkes des Bauunternehmers ermittelt. Den sich daraus ergebenden Betrag hat der Architekt durch seine mangelhafte Leistung verursacht und deshalb zu ersetzen.

Es bleibt also bei der Gesamtschuldnerschaft zwischen Bauunternehmer und Architekt, wenn ein Baumangel sowohl auf mangelhafter Architektenleistung, als auch auf mangelhafter Bauausführung zurückzuführen ist. Selbstverständlich kann der Bauherr den Schadensbetrag nur ein-

mal verlangen, kann seine Forderung aber nach seiner Wahl durch Klage gegen den Architekten, gegen den Bauunternehmer oder gegen beide geltend machen.

2. **Lässt der Bauherr den Mangel des Bauwerkes beseitigen**, sind die dafür aufgewendeten Kosten durch den Architekten als Schaden zu ersetzen. Denn dem Bauherrn ist in Höhe der Aufwendungen ein Vermögensschaden entstanden, den er ohne die mangelhafte Architektenleistung nicht gehabt hätte. Vor der Begleichung der Kosten kann der Bauherr Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen.

Darin erschöpft sich der Vermögensschaden des Bauherrn jedoch nicht. Er muss vielmehr auch Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung der zur Mängelbehebung erforderlichen Arbeiten am Bauwerk tragen, die ohne die mangelhafte Architektenleistung nicht entstanden wären. Da dem Bauherrn im Verhältnis zum Bauunternehmer die Nachteile und Risiken eine Vorfinanzierung durch die gesetzliche Gewährung eines Vorschussanspruches abgenommen sind, hält es der Bundesgerichtshof für sachgerecht, diese für das Werkvertragsrecht getroffene Wertung des Gesetzgebers auch im Hinblick auf die Folgen von Planungs- oder Überwachungsfehlern des Architekten, die sich im Bauwerk verwirklicht haben, fruchtbar zu machen. Ein umfassender Ausgleich des verletzten Interesses des Bauherrn im Rahmen des Schadensersatzanspruches wegen Planungs- oder Überwachungsfehlern, die sich im Bauwerk verwirklicht haben, erfordere die Überwälzung der Vorfinanzierung auf den Architekten in Form der Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrages an den Bauherrn (Kostenvorschuss).

Aus dem sich unmittelbar gegen den Architekten richtenden Schadenersatzanspruch in Höhe fiktiver Mängelbeseitigungskosten ist also ein Kostenvorschussanspruch geworden, sofern der Bauherr gewillt ist, den Mangel beheben zu lassen. Macht er auf dieser Basis einen entsprechenden Anspruch gegen den Architekten geltend, muss er das erstrittene Geld dann aber auch zur Mängelbeseitigung verwenden. Tut er das nicht, läuft er Gefahr, den Vorschuss verzinst zurückzahlen zu müssen.

## Fazit:

Ob die neue Rechtsprechung dazu führt, dass entgegen der eingangs aufgezeigten, bislang allgemein üblichen Vorgehensweise (keine Mängelbehebung, sondern anderweitige Verwendung des beim Architekten und/oder Bauunternehmer erstrittenen Betrages) Baumängel, die nicht unbedingt der Beseitigung bedürfen, tatsächlich beseitigt werden, bleibt abzuwarten. Ob die Bauherren so „klagefreudig“ bleiben, wie es bislang angesichts der Tatsache der Fall war, dass ihnen Geld zufloß, mit dem angestellt werden konnte, worauf man gerade Lust hatte, dürfte eher fraglich sein. Die bloße Gefahr von Rissbildungen an einem ansonsten vollkommen funktionstüchtigen WDVS dürfte kaum einen Anreiz zur ja kostenintensiven Klageerhebung geben, wenn der erstrittene Betrag komplett in die Mängelbeseitigung zu stecken und darüber abzurechnen ist. ■

## Dr. Walter Müller

Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Bau- und Architektenrecht  
Leinen & Derichs, Köln/Berlin/Brüssel



Das 2003 gegründete „Netzwerk Bauanwälte“ ist ein Zusammenschluss von Anwaltskanzleien, deren Arbeitsschwerpunkt im Baurecht liegt, im privaten Bau- und Architektenrecht, Vergaberecht und/oder im öffentlichen Baurecht. Ziel der Netzwerkarbeit ist es, das Beratungsangebot der angeschlossenen Kanzleien kontinuierlich auf sehr hohem Niveau zu halten und so für die Mandanten eine exzellente anwaltliche Leistung im Baurecht sicherzustellen. Nach außen tritt das Netzwerk durch Veröffentlichungen hervor, die auf gemeinsamer Diskussion beruhen und Einfluss auf die Rechtsentwicklung nehmen sollen. Hierzu gehört auch dieses regelmäßig erscheinende Magazin „Baurecht Aktuell“.

**1 Prof. Dr. Hans Ganten**

c/o Ganten Hünecke Bieniek & Partner mbB,  
Bremen, Ostertorstraße 32, 28195 Bremen,  
T 0421 329070  
www.ghb-law.de

**2 KOENEN BAUANWÄLTE,  
Essen/Hannover/Münster/Bielefeld**

Il. Hagen 7, 45127 Essen, T 0201 43953-0  
Hohenzollernstr. 40, 30161 Hannover,  
T 0511 898402-0  
Picassoplatz 3, 48143 Münster, T 0251 7038989-0  
Ravensberger Straße 12b, 33602 Bielefeld,  
T 0521 9676638-0  
www.bauanwaelte.de

**3 RJ Anwälte Jochem**

**Partnerschaftsgesellschaft mbB, Wiesbaden**  
Wilhelmstraße 7, 65185 Wiesbaden,  
T 0611 3081436-7  
www.rj-anwaelte.de

**4 GESSNER RECHTSANWÄLTE PartGmbH,  
Saarbrücken**

Berliner Promenade 16, 66111 Saarbrücken,  
T 0681 936390  
www.rechtsanwaelte-gessner.de

**5 IRMLER & COLLEGEN Rechtsanwälte, Schwerin**

Heinrich-Mann-Straße 15, 19053 Schwerin,  
T 0385 593600  
www.irmler.org

**6 Leinen & Derichs Anwaltssozietät,  
Köln/Berlin/Brüssel**

Clever Straße 16, 50668 Köln, T 0221 77209-0  
Littenstr. 108, 10179 Berlin (Mitte),  
T 030 91456817  
www.leinen-derichs.de

**7 Einfeld Halfmann Biernoth Rechtsanwälte,  
Oldenburg**

Marschweg 36, 26122 Oldenburg, T 0441 350995-0  
www.kanzlei-ehb.de

**8 MUFFLER KITTLER KRIEGER HAHNE PartmbB  
Partnerschaftsgesellschaft  
mit beschränkter Berufshaftung**

Goethestraße 25a, 80336 München,  
T 089 5508945-0  
www.mlk-partner.de

**9 Kanzlei Prof. Dr. Jörg Zeller, Koblenz**

Neustadt 8, 56068 Koblenz, T 0261 20178644  
www.baurecht-architektenrecht.info

**10 Deubner & Kirchberg Rechtsanwälte |  
Partnerschaft mbB, Karlsruhe**

Mozartstr. 13, 76133 Karlsruhe, T 0721 98548-0  
www.deubnerkirchberg.de

**11 Steiger, Schill & Kollegen Rechtsanwälte**

Innere Neumatten 15, 79219 Staufen,  
T 07633 93337-0  
www.rae-steiger.de