

## Recht

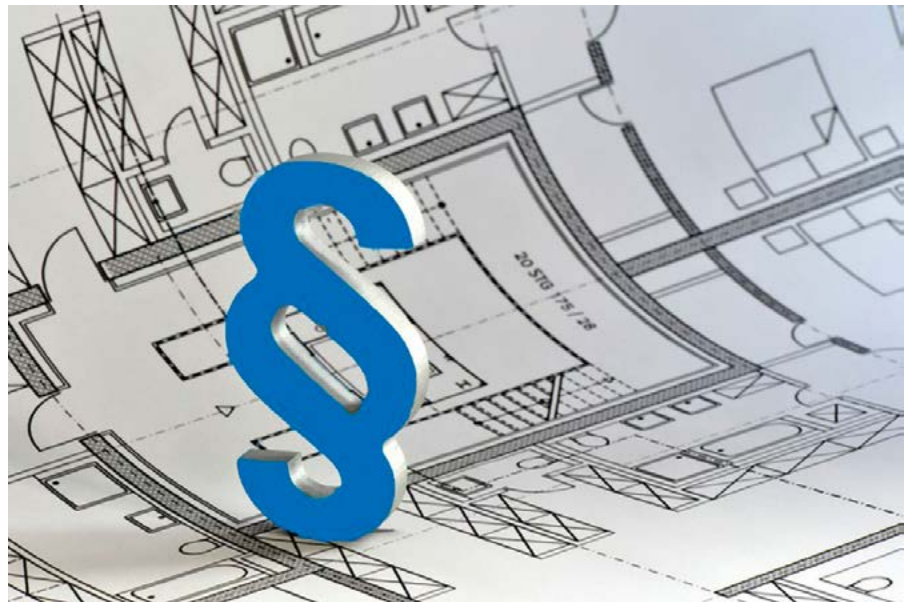
# BGH ändert Rechtsprechung zur Berechnung von Schadensersatzansprüchen

Erfüllt der Unternehmer seine werkvertraglichen Pflichten nicht, gibt ihm das Gewährleistungsrecht nach § 634 BGB folgende Ansprüche: Nacherfüllung, Selbstbeseitigung des Mangels und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen dafür, Rücktritt vom Vertrag bzw. Minderung oder Schadensersatz. Mit Urteil vom 22.02.2018 - 7 ZR 46 / 17 hat der Bundesgerichtshof bezüglich des Schadensersatzanspruchs seine Rechtsprechung geändert. Bisher haben viele Auftraggeber anstelle der Selbstbeseitigung des Mangels und einer darauf gerichteten Vorschussklage eine Klage auf Schadensersatz bevorzugt. Dies hatte den Vorteil, dass sich der Besteller entscheiden konnte ob, wann und wie er die Mängel beseitigt, ohne gegenüber dem Unternehmer abrechnen zu müssen. Durch die Abrechnungspflicht nach einer Kostenvorschussklage war in der Regel ein zweiter Rechtsstreit über die Erforderlichkeit der Mängelbeseitigung und deren Kosten vorprogrammiert. Dagegen war der Anspruch auf die Wiederherstellungskosten im Wege des Schadensersatzes unabhängig vom Wiederherstellungswillen des Geschädigten. Als Grundlage der Schadensersatzforderung wurden die Kosten der erforderlichen Mängelbeseitigung berechnet. Dies ist nicht mehr möglich. Der BGH hat folgende neue Grundsätze aufgestellt:

Der Besteller, der ein mangelhaftes Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, kann im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gegen den Unternehmer gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 seinen Schaden nicht mehr nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen.

Der Besteller, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, kann den Schaden nur noch in der Weise berechnen, dass er im Wege einer Vermögensbilanz die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert, der durch das Werk geschaffen oder bearbeiteten, im Eigentum des Bestellers stehenden Sache ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert der Sache mit Mangel ermittelt.

Wurde die durch das Werk geschaffene oder bearbeitete Sache bereits veräußert ohne dass eine Mängelbeseitigung erfolgte, kann der Schaden nach dem konkreten Mindererlös, der auf den Mangel der Sache zurück-



zuführen ist, berechnet werden (BGH Urteil vom 22.02.2018 - VII ZR 46/17).

Die fiktive Berechnung von Mängelbeseitigungskosten als Grundlage eines Schadensersatzanspruchs ist nicht mehr möglich, wobei dies auch für noch laufende Prozesse gilt. Der BGH begründet seine geänderte Auffassung damit, dass das Vermögen des Bestellers im Vergleich zu einer mangelfreien Leistung des Unternehmers nicht um einen Betrag in Höhe von fiktiven Aufwendungen vermindert sei. Dies sei erst der Fall, wenn der Mangel tatsächlich beseitigt werde und die Kosten hierfür bezahlt seien.

Die geänderte Rechtsprechung gilt auch für Schadensersatzansprüche, die gegenüber Ingenieuren wegen Planungs- oder Überwachungsfehlern geltend gemacht werden. Hat sich ein Mangel der Ingenieurleistung im Bauwerk bereits verwirklicht und will der Bauherr den Mangel nicht beseitigen, scheidet auch gegenüber dem Ingenieur ein Schadensersatzanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten aus. Neu ist auch, dass bei Planungs- und Überwachungsfehlern der Bauherr einen Schadensersatzanspruch in Form einer Vorschusszahlung geltend machen kann, wobei er nach Beseitigung der Mängel über den geleisteten Vorschuss abrechnen muss. Die Möglichkeit einer Kostenvorschussklage

für voraussichtliche Kosten einer Mängelbeseitigung und deren Selbstvornehme bestand bisher nur gegenüber Unternehmern. Die neuen Grundsätze hat der BGH in einem weiteren Beschluss vom 05.07.2018 VII ZR 35/17 nochmals bekräftigt. Der Bauherr hatte in diesem Fall die Mängelbeseitigung bereits durchgeführt, aber die Schadensersatzkosten fiktiv berechnet. Der BGH hat unter Hinweis darauf, dass er seine Rechtsprechung geändert hat zur Ermittlung der tatsächlich angefallenen Kosten den Rechtsstreit an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Die geänderte Rechtsprechung verfolgt das Ziel, den Besteller zu veranlassen behauptete Mängel auch zu beseitigen und nicht mit Geld abfinden zu lassen. Zieht der Besteller es dennoch vor die Mängel zu belassen, kann er nur einen Wertunterschied verlangen. Dieser dürfte sich in vielen Fällen unter den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bewegen.

**gez. Dr. Dr. Stefanie Theis LL.M.**  
**Fachwältin für Bau- und**  
**Architektenrecht**  
**Fachwältin für Vergaberecht**