

# Neuere Rechtsprechung zu den Mängelbeseitigungskosten im Werkvertragsrecht

RiAG Jan-Philipp Budde  
Amtsgericht Detmold  
Detmold, Deutschland





# Neuere Rechtsprechung zu den Mängelbeseitigungskosten im Werkvertragsrecht

## 1. Einleitung

Der nachfolgende Beitrag befasst sich insbesondere mit der Entscheidung des VII. Zivilsenates des Bundesgerichtshofs vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17, mit welcher der Bundesgerichtshof seine bisherige Rechtsprechung zu den Mängelbeseitigungskosten im Werkvertragsrecht maßgeblich geändert hat. Es sollen die rechtlichen Grundlagen, die tatsächliche Problematik und die rechtliche Lösung des Bundesgerichtshofs sowie die daran anschließenden Entscheidungen anderer Gerichte vorgestellt werden. Gleichzeitig sollen die Auswirkungen auf die Praxis dargestellt und ein Ausblick auf die Weiterentwicklung der Rechtsprechung gegeben werden.

## 2. Die rechtlichen Grundlagen

### 2.1. Allgemeines

Die vorzustellende Problematik bewegt sich allgemein im Rahmen der Gewährleistungsrechte im Werkvertragsrecht nach §§ 633 ff. BGB. Ist bei einem Gewerk ein Mangel im Sinne des § 633 BGB gegeben und weigert sich der Unternehmer den Mangel im Rahmen der Nacherfüllung zu beseitigen oder schlägt die Nacherfüllung gemäß § 636 BGB fehl, so kann der Besteller bzw. Auftraggeber neben den ihm im Weiteren zustehenden Gewährleistungsrechten gemäß §§ 631, 633, 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

### 2.2. Rechtsprechung bis zur Entscheidung vom 22.02.2018

Bis zu der Entscheidung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 22.02.2018 war es ständige Rechtsprechung des erkennenden Senats, dass der Schadensersatz in einem solchen Fall sowohl nach den tatsächlich angefallenen als auch nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen werden konnte. Der Besteller bzw. Auftraggeber war berechtigt, von dem Unternehmer die Kosten ersetzt zu verlangen, welche zur Beseitigung des Mangels erforderlich sind. Unerheblich war, ob eine Mängelbeseitigung tatsächlich durchgeführt wird bzw. eine solche vom Besteller bzw. Auftraggeber überhaupt gewünscht ist.

## 3. Sachverhalt der Entscheidung vom 22.02.2018

Die Klägerin (Bestellerin) beehrte von den Beklagten zu 1 und 5 (Unternehmer u. Architekt) aus eigenem und aus abgetretenem Recht Schadensersatz wegen Mängeln an den im Außenbereich eines Einfamilienhauses verlegten Natursteinplatten. Die Klägerin und ihr inzwischen verstorbener Ehemann ließen ab dem Jahr 2003 ein viergeschossiges Einfamilienhaus errichten. Sie beauftragten mit Vertrag vom 24.07.2002 den Beklagten zu 5 mit der Planung der Freianlagen und der Überwachung ihrer Herstellung sowie mit Vertrag vom 16./20.04.2004 unter Einbeziehung der VOB/B (2002) die Beklagte zu 1 mit der Ausführung der Naturstein-, Fliesen- und Abdichtungsarbeiten im Innen- und Außenbereich des Objekts. Die Streithelfer zu 1 und 2 waren mit der Gebäudeplanung betraut. Die Beklagte zu 1 ließ die Natursteinplatten des Typs «Crema Romano» und «Crema Romana», einen römischen Travertin, durch ihre Nachunternehmerin verlegen. Die Klägerin nahm die Arbeiten ab und bezahlte die im Jahr 2005 erstellte Schlussrechnung der Beklagten zu 1. Im Jahr 2007 zeigten sich erste Mängel der Natursteinarbeiten, die sich in der Folgezeit verstärkten. Es kam unter anderem zu Rissen und Ablösungen der Platten, zu Kalk- und Salzausspülungen, Farb- und Putzabplatzungen sowie zu starken Durchfeuchtungen des Putzes.

## 4. Darstellung der vom VII. Zivilsenat aufgeworfenen Problematik

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat anlässlich des vorstehenden Sachverhalts folgende Probleme aufgeworfen:

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

Neben den rechtlichen Erwägungen hat der Bundesgerichtshof damit insbesondere die Problematik im Auge, dass bei einem vermeintlich geringen mangelbedingten Nachteil im Vergleich zu hohen (fiktiven) Mängelbeseitigungskosten bei Nichtdurchführung der Reparatur eine Bereicherung des Bestellers eintritt. Ist der Besteller beispielsweise lediglich mit einem optischen Mangel belastet, etwa Einbau von Fensterbänken in der falschen Farbe, aber ist die Behebung dieses Mangels mit hohen Kosten verbunden, so besteht für den Besteller die Möglichkeit den optischen Mangel als solchen hinzunehmen, gleichzeitig aber vom Unternehmer die Mängelbeseitigungskosten in voller Höhe zu verlangen.

## 5. Die Lösung des VII. Zivilsenats

Der Bundesgerichtshof begegnet der vorstehend dargestellten Problematik mit der Abkehr der bis dahin gefestigten Rechtsprechung zur Bemessung des kleinen Schadensersatzes bei mangelhafter Werkleistung nach §§ 631, 633, 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB (s. Ziffer 2.).

Der Senat führt hierzu in der Entscheidung vom 22.02.2018 aus, dass aus § 634 BGB folge, dass sich der Ausgleich des verletzten Leistungsinteresses des Bestellers, der das mangelhafte Werk behalten will, daran orientiere, ob er die Mängel beseitigen lasse oder nicht. Sehe der Besteller von der Mängelbeseitigung ab, könne er nach § 634 Nr. 3, 638 BGB als Ausgleich für das verletzte Leistungsinteresse die Vergütung mindern. Diese Wertungen seien bei der Bemessung des Schadens im Rahmen des Schadensersatzanspruches statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes zu berücksichtigen. Der Schaden könne deshalb in Anlehnung an §§ 634 Nr. 3, 638 BGB in der Weise bemessen werden, dass ausgehend von der für das Werk vereinbarten Vergütung der Minderwert des Werks wegen des (nicht beseitigten) Mangels geschätzt werde. Maßstab sei danach die durch den Mangel des Werks erfolgte Störung des Äquivalenzinteresses.

Dies hat zur Folge, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sich der Schadensersatzanspruch bei Nichtbeseitigung von Mängeln eines Gewerks nicht mehr nach den fiktiven Beseitigungskosten bemisst, sondern nach dem mangelbedingten Minderwert des ausgeführten Gewerks.

Der Bundesgerichtshof überträgt diese Rechtsprechung zugleich auch auf den Architekten, wobei es sich bei der Haftung des Architekten nicht um einen Schadensersatz statt der Leistung, sondern einen Schadensersatz neben der Leistung handelt, da ein Mangel, der auf einem Planungs- oder Beaufsichtigungsfehler eines Architekten beruht, nicht durch Nacherfüllung beseitigt werden kann. Auch gegenüber dem Architekten kann der Besteller danach im Wege des Schadensersatzes lediglich den Minderwert des Gewerks ersetzt verlangen, wenn eine Mängelbeseitigung nicht erfolgt.

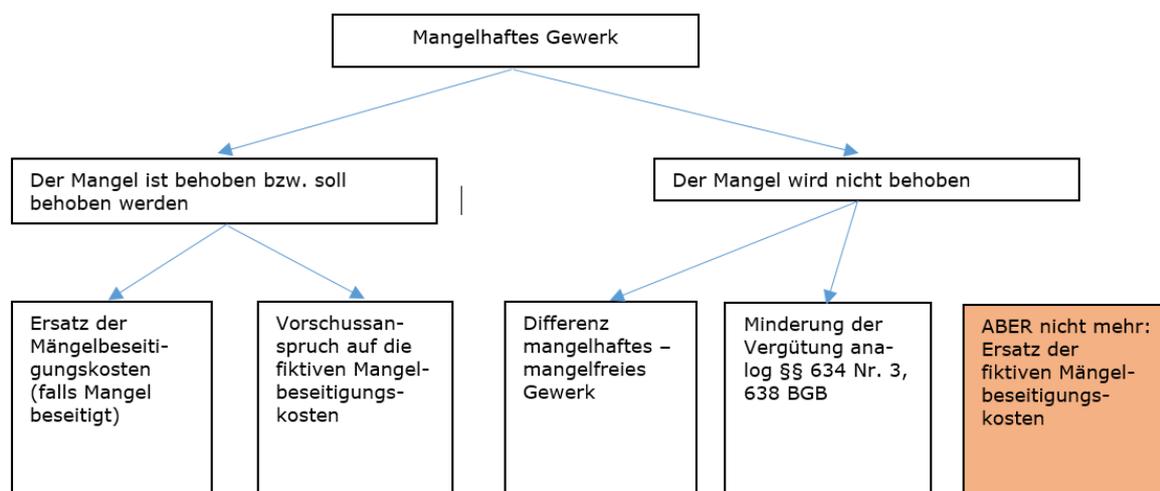
An dieser Stelle soll noch einmal ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass die vorzitierte Rechtsprechung sich allein auf den Fall bezieht, dass tatsächlich keine Mängelbeseitigung erfolgt. Beseitigt der Besteller selbst auf eigene Kosten den vom Unternehmer verursachten Mangel, so kann er weiter vom Unternehmer gemäß §§ 631, 633, 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB Ersatz der ihm entstandenen Mängelbeseitigungskosten verlangen.

Die oben dargestellte Lösung des Bundesgerichtshofs führt zu einer weiteren Problematik. Was geschieht, wenn der Besteller den Mangel zwar beseitigen möchte, aufgrund mangelnder finanzieller Mittel hierzu jedoch nicht in der Lage ist? In einem solchen Fall wäre der Besteller faktisch an der Beseitigung des Mangels gehindert.

Im Regelfall stellt sich diese Problematik nicht. So steht dem Besteller im Rahmen seiner werkvertraglichen Gewährleistungsrechte die Möglichkeit offen, nach §§ 631, 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB einen Vorschuss zur Mängelbeseitigung zu verlangen. Etwas anderes gilt allein dann, wenn der Besteller bereits Schadensersatz verlangt hat. Insoweit geht die herrschende Auffassung davon aus, dass bei Übergang zum Schadensersatzverlangen ein Vorschussanspruch nach § 637 BGB ausgeschlossen ist.

Hierzu führt der Bundesgerichtshof indes in seiner Entscheidung vom 22.02.2018 aus, dass der Sinn und Zweck des Gesetzes es rechtfertigt, dem Besteller den Vorschussanspruch auch dann noch zuzubilligen, wenn er bereits Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes verlangt habe. Aus § 634 Nr. 2, 637 BGB ergebe sich, dass der Schutz des Leistungsinteresses im Werkvertragsrecht einen Vorschussanspruch des Bestellers erfordere, um diesem Nachteil und Risiken einer Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung abzunehmen.

Die maßgeblichen Fallgestaltungen in Bezug auf die vorstehende Lösung des Bundesgerichtshofs sollen nachfolgend noch einmal im Rahmen eines Schaubilds dargestellt werden:



## 6. Auswirkungen für die Praxis

Diese Rechtsprechung hat nicht zu unterschätzende Auswirkungen sowohl für Besteller, Unternehmer und Architekt sowie auch für die instanzgerichtliche Rechtsprechung.

### 6.1. Der Unternehmer/Architekt

Die nunmehr vom VII. Zivilsenat initiierte Rechtsprechung stärkt in erster Linie die Position des Unternehmers bzw. des Architekten. Die vom Bundesgerichtshof in Bezug genommene Gefahr einer Überkompensation ist nunmehr gebannt. Vor dem Hintergrund der noch weiter differenzierten Ausgestaltung der Gewährleistungsrechte wird es aber von wesentlicher Bedeutung sein, dass Unternehmer/Architekt und Besteller im Falle vermeintlich mangelhafter Werkleistung entsprechend kommunizieren. Soweit der Besteller an den Unternehmer/Architekt ein Schadensersatzverlangen aufgrund mangelhafter Werkleistung heranträgt, sollte die erste Frage stets sein, ob eine Reparatur erfolgt ist bzw. erfolgen soll. Ist dies nicht der Fall, so wird sich in einigen Fällen der im Raum stehende Schadensersatzbetrag um ein Vielfaches reduzieren, so dass eher eine - in den meisten Fällen zu bevorzugende - gütliche Einigung möglich ist. Weitestgehend unerheblich ist, dass die Ernsthaftigkeit der Mängelbeseitigungsabsicht des Bestellers im Ergebnis kaum zu überprüfen sein dürfte. Wie ausgeführt steht dem Besteller insoweit ohnehin nur ein Vorschussanspruch zu. Der Besteller ist dem folgend bereits vertraglich zur Abrechnung

über den Vorschuss und zu etwaigen Rückzahlung eines nicht verbrauchten Vorschusses verpflichtet.

## 6.2. Der Besteller

Der Besteller wird durch die Änderung der Rechtsprechung zunächst schlechter gestellt. Ihm wird die Möglichkeit genommen, Schadensersatz in Form der fiktiven Mängelbeseitigungskosten auch bei Nichtdurchführung einer Mängelbeseitigung zu verlangen. Jedoch wird der Besteller nicht rechtlos gestellt. Ihm verbleiben die bereits oben dargestellten Möglichkeiten (Schadensersatz in Bezug auf den Minderwert des Werks und Minderung des Werklohns), den in seinem Vermögen eingetretenen Vermögensschaden zu kompensieren. Gleichsam besteht nicht die Gefahr, dass eine Mängelbeseitigung allein deswegen nicht durchgeführt werden kann, weil es an finanziellen Mitteln fehlt. Dem wirkt der vom Bundesgerichtshof entwickelte schadensrechtliche Vorschussanspruch entgegen. Wie unter 6.1 ausgeführt wird es wesentlich auf die hinreichende und offene Kommunikation zwischen Unternehmer/Architekt und Besteller ankommen.

## 6.3. Die Rechtsprechungspraxis

Im Bereich der Rechtsprechung führt die neue Rechtsprechung dazu, dass in den entsprechenden Fällen überwiegend ein Sachverständigengutachten zur Bestimmung des Minderwertes des streitgegenständlichen Gewerkes eingeholt werden müssen. Konkrete Anhaltspunkte für eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO werden in der Regel nicht gegeben sein. Insoweit bestanden bei der Bemessung des Schadensersatzes nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten mehr Möglichkeiten, eine Entscheidung auch ohne Gutachten, so etwa nur über einen Kostenvoranschlag oder dem Ausgangsangebot, zu treffen. Dies ist nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in den entsprechenden Fällen nicht mehr möglich.

## 7. Ausblick

Zunächst ein kurzer Rückblick auf die jüngere Vergangenheit nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 22.02.2018:

Wie zu erwarten haben einige Instanzgerichte die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits aufgegriffen (LG Münster, Urteil vom 18.03.2020 – 116 O 53/18; LG Flensburg, Urteil vom 07.02.2020 – 2 O 14/17).

Da sich die vom VII. Senat des Bundesgerichtshofs aufgeworfene Problematik entgegen der originären Entscheidung vom 22.02.2018 grundsätzlich im Bereich des allgemeinen Schadensrechtes bewegt, sind vereinzelt Gerichte auch dazu übergegangen, die Rechtsprechung auf weitere Rechtsgebiete, insbesondere das Kaufrecht, auszudehnen. Im Bereich des Kaufrechts liegt eine analoge Anwendung bereits aus dem Grund nah, dass das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht und das werkvertragliche Gewährleistungsrecht im Wesentlichen systematisch gleich aufgebaut sind. Diese Übertragung der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats hat der V. Zivilsenat zum Anlass genommen, eine Anfrage nach § 132 Abs. 3 GVG an den VII. Zivilsenat stellen, ob er vor dem Hintergrund der in der Anfrage geäußerten rechtsdogmatischen Bedenken und Argumente des V. Zivilsenates an seiner Rechtsprechung festhalten möchte. Der VII. Zivilsenat hat diese Anfrage mit Beschluss vom 08.10.2020 bejaht.

Vor diesem Hintergrund war eigentlich davon ausgegangen worden, dass der V. Zivilsenat eine Vorlage zum Großen Zivilsenat des Bundesgerichtshofs veranlassen würde. Entgegen der Erwartungen hat der V. Zivilsenat jedoch von einer Vorlage abgesehen und in der Sache entsprechend seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden.

Die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats begründet mit Urteil vom 22.02.2018 hat damit weiterhin Bestand und ist im Werkvertragsrecht stets im Auge zu behalten und bei Fragen bezüglich fiktiver Mängelbeseitigungskosten zu berücksichtigen.