

## Reform des Bauvertragsrechts

Tagungsband der 17. Weimarer Baurechtstage

Bearbeitet von  
Herausgegeben vom eid Evangelischer Immobilienverband Deutschland e.V.

1. Auflage 2018. Buch. VII, 159 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 406 72319 3  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm  
Gewicht: 356 g

[Recht > Zivilrecht > Privates Baurecht, Architektenrecht](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Prof. Dr. Andreas Jurgleit\*

## Grundlegende Entwicklungen des zivilen Baurechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von März 2017 bis Februar 2018

### Inhaltsübersicht

#### I. Das Ende der Berechnung des werkvertraglichen Schadensersatzanspruchs auf der Grundlage fiktiver Mängelbeseitigungskosten – BGH Urt. v. 22.2.2018 – VII ZR 46/17

1. Das Problem
2. Der Sachverhalt
3. Die Erwägungen des Berufungsgerichts
4. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs
5. Die Erwägungen des BGH zur Schadensberechnung gegenüber dem Unternehmer auf der Grundlage fiktiver Mängelbeseitigungskosten
6. Die Erwägungen des BGH zur Schadensberechnung gegenüber dem Architekten auf der Grundlage fiktiver Mängelbeseitigungskosten
7. Abgrenzung zu der Rechtsprechung anderer Senate des BGH – keine Vorlagepflicht

#### II. Die Entschädigung nach § 642 BGB – BGH Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17

1. Das Problem
2. Der Sachverhalt
3. Die Erwägungen des Berufungsgerichts
4. Das Ergebnis des VII. Zivilsenats
5. Die Erwägungen des VII. Zivilsenats zu § 642 BGB – Mehrkosten
6. Die Erwägungen des VII. Zivilsenats zu § 642 BGB – Gewinnanteil, AGK

### I. Das Ende der Berechnung des werkvertraglichen Schadensersatzanspruchs auf der Grundlage fiktiver Mängelbeseitigungskosten – BGH Urt. v. 22.2.2018 – VII ZR 46/17

#### 1. Das Problem

Die Problematik der Schadensbemessung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten lässt sich anhand folgenden Sachverhalts plakativ darstellen: Der Besteller möchte für sein ganzes Haus rosa Holzfenster eingebaut wissen. Der Unternehmer liefert stattdessen graue Holzfenster. Der Unternehmer lehnt weitere Arbeiten ab. Die Herstellung des geschuldeten Zustands kostet 50T€. Während des Rechtsstreits veräußert der Besteller das Grundstück. Der Käufer ist mit den grauen Fenstern glücklich. Soll jetzt noch dem Besteller im Umfang der Mängelbeseitigungskosten ein Schadensersatzanspruch zustehen? Nach der bisherigen Rechtsprechung durchaus. Das hat mein sehr verehrter Kollege RiBGH Claus Halfmeier in einem vielbeachteten Aufsatz aufgegriffen<sup>1</sup> und die „Halfmeier-Thesen“ entwickelt. Nunmehr lag dem BGH ein Fall vor, der bestens geeignet war, auf der Grundlage der „Halfmeier-Thesen“ das werkvertragliche Schadensersatzrecht auf neue Grundlagen zu stellen.

---

\* Der Verfasser ist Richter am Bundesgerichtshof.

<sup>1</sup> Halfmeier BauR 2013, 320.

## 2. Der Sachverhalt

Die Klägerin begehrt von den Beklagten zu 1 und 5 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 in D. errichten. Sie beauftragten mit Vertrag vom 24. Juli 2002 den Beklagten zu 5 mit der Planung der Freianlagen und der Überwachung ihrer Herstellung sowie mit Vertrag vom 16./20. April 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.

Die Klägerin hat in der ersten Instanz von den Beklagten zu 1 unter Berücksichtigung eines Mitverschuldensanteils von 25% wegen Planungsfehlern Vorschuss in Höhe von 91.792,58 € nebst Zinsen für die Durchführung der Mängelbeseitigung begehrt. Gegenüber dem Beklagten zu 5 hat sie Schadensersatz in Höhe von 122.390,11 € nebst Zinsen – in Höhe von 91.792,58 € als Gesamtschuldner neben der Beklagten zu 1 – geltend gemacht. Darüber hinaus hat sie Feststellung einer entsprechenden Ersatzpflicht der Beklagten zu 1 und 5 hinsichtlich aller weiteren, anlässlich der Mängelbeseitigung entstehenden Schäden begehrt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Während des Berufungsverfahrens veräußerte die Klägerin mit Kaufvertrag vom 17. August 2015 das Objekt. Sie hat in der Folge die Vorschussklage gegen die Beklagte zu 1 auf Schadensersatz in Höhe von 75% der fiktiven Mängelbeseitigungskosten umgestellt. Den Feststellungsantrag haben die Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt.

Das Berufungsgericht hat auf die Berufungen der Beklagten zu 1 und 5 das erstinstanzliche Urteil insoweit abgeändert, als es jeweils die Umsatzsteuer auf die fiktiven Mängelbeseitigungskosten nicht zuerkannt hat. Unter Zurückweisung der weitergehenden Berufungen hat es die Beklagten zu 1 und 5 als Gesamtschuldner zur Zahlung von 77.429,21 € nebst Zinsen, den Beklagten zu 5 zur Zahlung von weiteren 25.809,74 € nebst Zinsen an die Klägerin verurteilt und im Übrigen die Klage abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat die Revision zur Schadenshöhe zugelassen wegen der Frage, wie der Schaden zu bemessen sei, wenn der Besteller auf die Beseitigung des Werkmangels verzichte.

## 3. Die Erwägungen des Berufungsgerichts

(1) Die Klägerin habe gegen die Beklagte zu 1 wegen der Mängel der Natursteinarbeiten einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 77.429,21 € gemäß § 13 Nr. 7 III VOB/B (2002) in Verbindung mit §§ 398, 1922 BGB.

(a) Die Klägerin sei berechtigt, ihren Schaden auf Basis der fiktiven Mängelbeseitigungskosten zu bemessen. Sie könne abweichend von § 249 I BGB verlangen, dass der

Schaden mit dem für die Mängelbeseitigung erforderlichen Geldbetrag abgegolten werde. Unerheblich sei, ob der zur Verfügung gestellte Betrag zur Mängelbeseitigung verwendet werde.

Dies entspreche der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der zu dem Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB a.F. die Ansicht vertreten habe, dieser erfasse die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten und der Schädiger habe keinen Anspruch darauf, dass der Geschädigte das ihm als Schadensersatz gezahlte Geld zur Beseitigung des Schadens verwende.<sup>2</sup> Im Jahr 2007 habe der Bundesgerichtshof erneut betont, dass der Besteller seinen Schadensersatzanspruch nach den Kosten berechnen könne, die für eine Mängelbeseitigung erforderlich seien.<sup>3</sup> In der Literatur werde zwar teilweise die Auffassung vertreten, dass sich jedenfalls seit der Schuldrechtsreform der Schaden an dem mangelbedingten Minderwert orientiere, wenn der Besteller auf die Beseitigung des Werkmangels verzichte.<sup>4</sup> Indes finde diese Auffassung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang keine Stütze. Denn auch unter Geltung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes habe der Bundesgerichtshof in der sogenannten „Umsatzsteuer-Entscheidung“<sup>5</sup> ausgeführt, dass der Schadensersatzanspruch nach Wahl des Bestellers entweder nach dem mangelbedingten Minderwert des Werks oder nach den Kosten berechnet werde, die für eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung erforderlich seien. Letzteres gelte unabhängig davon, ob und in welchem Umfang der Besteller den Mangel tatsächlich beseitigen lasse. Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen Mängeln sei abweichend von § 249 I BGB nicht auf Naturalrestitution in Form der Mängelbeseitigung, sondern auf Zahlung eines Geldbetrags gerichtet. Das folge aus § 281 IV BGB. Die Rechtslage unterscheide sich insofern nicht von derjenigen, die bis zum 31. Dezember 2001 gegolten habe. Bei der Schadensbemessung sei die berechnete Erwartung des Bestellers zu berücksichtigen, den Schaden nach seiner Wahl nach den Kosten bemessen zu können, die eine Mängelbeseitigung erfordere, weil der Anspruch an die Stelle des geschuldeten Erfüllungsanspruchs trete.

(b) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme seien die fiktiven Mängelbeseitigungskosten einschließlich Regiekosten auf 100.844,26 € netto zu beziffern. Hinzu komme ein Anspruch auf Ersatz der gezahlten Privatgutachterkosten in Höhe von 2.394,69 € brutto.

Da die Klägerin nicht (mehr) beabsichtige, Mängelbeseitigungsarbeiten vornehmen zu lassen, habe sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings keinen Anspruch auf Ersatz der insoweit nicht angefallenen Umsatzsteuer.<sup>6</sup>

Danach sei die Höhe des Schadens gemäß § 287 ZPO auf insgesamt 103.238,95 € zu schätzen, so dass abzüglich eines Mitverschuldensanteils von 25% wegen Planungsfehlern ein Zahlbetrag von 77.429,21 € verbleibe.

(c) Die Klägerin berufe sich demgegenüber ohne Erfolg auf einen Schaden in Höhe des erstinstanzlich zuerkannten Betrages. Sie habe sich, was sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ausdrücklich erklärt habe, für eine Bemessung des Schadens nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten entschieden und könne daher die Umsatzsteuer nicht geltend machen. Dies könne sie nicht damit kompensieren, dass sie die Minderung des Verkehrswerts des Objekts als weitere Schadensposition anführe. Die Klägerin könne ihren Schadensersatzanspruch nach Wahl entweder nach dem

2 BGH Ur. v. 24.5.1973 – VII ZR 92/71, BGHZ 61, 28.

3 BGH Ur. v. 28.6.2007 – VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83.

4 Halfmeier BauR 2013, 320 (325).

5 BGH Ur. v. 22.7.2010 – VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330.

6 BGH Ur. v. 22.7.2010 – VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330.

mangelbedingten Minderwert des Werks oder nach den Kosten berechnen, die für eine Mängelbeseitigung erforderlich seien. Eine Kombination der Schadensberechnungsmethoden sei nicht möglich und berge die Gefahr der Überkompensation.

(2) Die Klägerin habe ferner gegen den Beklagten zu 5 wegen mangelhafter Planung und Überwachung der Natursteinarbeiten einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 103.238,95 € gemäß § 634 Nr. 4, § 280 BGB. Wegen der Höhe des Schadens werde auf die obigen Ausführungen Bezug genommen.

#### **4. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs**

Im Umfang der Zulassung der Revision hat der BGH das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, soweit die Höhe des Schadens nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen worden ist. Der Senat konnte in der Sache nicht selbst entscheiden, da der Klägerin zunächst Gelegenheit zu geben ist, ihren Schaden nach nachfolgenden Grundsätzen darzulegen.

#### **5. Die Erwägungen des BGH zur Schadensberechnung gegenüber dem Unternehmer auf der Grundlage fiktiver Mängelbeseitigungskosten**

##### **a) Die Ausgangssituation**

##### **aa) Anspruchsgrund**

Aufgrund der wirksamen Beschränkung der Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht steht rechtskräftig fest, dass die Klägerin gegen die Beklagte zu 1 dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes wegen der mangelhaften Natursteinarbeiten im Außenbereich des Einfamilienhauses in D. gemäß § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B (2002) hat. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung zur Höhe des Schadensersatzanspruchs kann das Berufungsurteil indes keinen Bestand haben.

##### **bb) Normative Grundlagen zur Schadensbemessung**

Ist ein Werk mangelhaft, kann der Besteller vom Unternehmer im VOB/B-Vertrag gemäß § 13 VII Nr. 3 VOB/B und im Übrigen gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

Wie der Schaden zu bemessen ist, ist indes weder in § 634 Nr. 4 BGB noch in §§ 280, 281 BGB geregelt. Aus § 281 IV BGB ergibt sich lediglich, dass Naturalrestitution gemäß § 249 I BGB nicht in der Form möglich ist, dass der Mangel beseitigt wird (Nacherfüllung).<sup>7</sup> Dies gilt auch für den VOB/B-Vertrag.

Der Besteller, der sich dafür entscheidet, das mangelhafte Werk zu behalten, und Schadensersatz statt der Leistung geltend macht (kleiner Schadensersatz), kann vielmehr Ersatz in Geld verlangen, soweit er durch den Mangel einen Vermögensschaden erleidet. Lässt er den Mangel nicht im Wege der Selbstvornahme beseitigen, ist der bereits durch den Mangel des Werks selbst entstandene Vermögensschaden festzustellen und in Geld zu bemessen. Die Bemessung kann im Wege der Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO erfolgen. Sie hat sich am Leistungsinteresse des Bestellers zu orientieren. Denn der Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB tritt an die Stelle des Anspruchs auf Leistung und ersetzt diesen.

<sup>7</sup> Vgl. z. B. BGH Urt. v. 22.7.2010 – VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330 Rn. 10.

Verfahrensrechtlich ist für die Schadensbemessung der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend.<sup>8</sup>

## b) Die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Schadensbemessung

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats stehen dem Besteller, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, zwei Möglichkeiten zur Verfügung, seinen Vermögensschaden zu bemessen.

### aa) Schadensbemessung nach Vermögensbilanz

Der Besteller hat die Möglichkeit, den Schaden nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen in der Weise zu bemessen, dass er im Wege einer Vermögensbilanz die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der durch das Werk geschaffenen oder bearbeiteten, im Eigentum des Bestellers stehenden Sache ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert der Sache mit Mangel ermittelt.<sup>9</sup> Diese Art der Schadensbemessung ist ausschließlich auf Ausgleich des Wertunterschieds gerichtet.

Hat der Besteller – wie hier im Laufe des Rechtsstreits – 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 Kaufpreis den tatsächlichen Wert der Sache indiziert, entspricht der so ermittelte Mindererlös im Regelfall dem Minderwert der betroffenen Sache. Haben neben dem vom Unternehmer zu verantwortenden Mangel auch andere Mängel zu dem Mindererlös geführt, ist zu ermitteln, welcher Anteil des Mindererlöses auf den vom Unternehmer zu verantwortenden Mangel entfällt.

Dem Besteller bleibt bei Veräußerung der Sache die Möglichkeit, den Schaden nach einem den konkreten Mindererlös übersteigenden Minderwert zu bemessen, wenn er nachweist, dass der erzielte Kaufpreis den tatsächlichen Wert der Sache übersteigt. Denn der in Höhe des Minderwerts bestehende Schaden wird durch ein vom Besteller abgeschlossenes günstiges Geschäft grundsätzlich nicht gemindert. Nach den normativen von Treu und Glauben geprägten schadensrechtlichen Wertungen unter Berücksichtigung des in § 254 II BGB zum Ausdruck kommenden Gedankens sollen dem Ersatzpflichtigen solche Vorteile grundsätzlich nicht zugutekommen, die sich der Ersatzberechtigte durch Abschluss eines – den Ersatzpflichtigen nicht berührenden – Vertrags mit einem Dritten erarbeitet hat.<sup>10</sup> Wendet demgegenüber der Unternehmer ein, der Minderwert sei geringer, weil der erzielte Kaufpreis den tatsächlichen Wert der Sache unterschreite, ist der infolge der Veräußerung entstandene (höhere) Mindererlös insoweit nicht als Schaden zu ersetzen, als dem Besteller ein Verstoß gegen die Obliegenheit zur Schadensminderung gemäß § 254 II BGB vorzuwerfen ist.

<sup>8</sup> Vgl. z.B. BGH Urt. v. 6.11.1986 – VII ZR 97/85, BGHZ 99, 81 (86f.), juris Rn. 9 und BGH Urt. v. 23.1.1981 – V ZR 200/79, BGHZ 79, 249 (257f.), juris Rn. 27.

<sup>9</sup> Vgl. BGH Urt. v. 11.10.2012 – VII ZR 179/11, BauR 2013, 81 Rn. 10 = NZBau 2013, 99 m. w. N.; BGH Urt. v. 8.1.2004 – VII ZR 181/02, BauR 2004, 847 (850), juris Rn. 29 = NZBau 2004, 269 und BGH Urt. v. 16.11.2007 – V ZR 45/07, NJW 2008, 436 Rn. 11f. m. w. N.

<sup>10</sup> Vgl. BGH Urt. v. 14.1.2016 – VII ZR 271/14, BauR 2016, 852 Rn. 25 = NZBau 2016, 304 m. w. N.; ferner BGH Urt. v. 19.9.1980 – V ZR 51/78, NJW 1981, 45 (46f.), juris Rn. 28).

### bb) Schadensbemessung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten

Der Senat hat dem Besteller bisher alternativ auch einen Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten zugebilligt. Dabei handelte es sich nicht um die Zubilligung einer vereinfachten Form der Bemessung des mangelbedingten Wertunterschieds im Rahmen einer Vermögensbilanz.<sup>11</sup> Vielmehr war der Besteller danach stets berechtigt, bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit (§ 251 II 1 BGB) Zahlung in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten zu verlangen, auch wenn diese den Minderwert im Vermögen des Bestellers überstiegen. Denn bereits der Mangel des Werks selbst sei – unabhängig von dessen Beseitigung – der Schaden, und zwar in Höhe dieser Kosten.<sup>12</sup>

### c) Aufgabe der Rechtsprechung zur Schadensbemessung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten

An der Rechtsprechung zur Schadensbemessung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten hält der Senat jedenfalls für ab dem 1. Januar 2002 geschlossene Werkverträge nicht mehr fest. Dies beruht auf folgenden Erwägungen:

(1) Der Besteller, der keine Aufwendungen zur Mängelbeseitigung tätigt, hat keinen Vermögensschaden in Form und Höhe dieser (nur fiktiven) Aufwendungen. Sein Vermögen ist im Vergleich zu einer mangelfreien Leistung des Unternehmers nicht um einen Betrag in Höhe solcher (fiktiven) Aufwendungen vermindert. Erst wenn der Besteller den Mangel beseitigen lässt und die Kosten hierfür begleicht, entsteht ihm ein Vermögensschaden in Höhe der aufgewandten Kosten.<sup>13</sup>

(2) Entgegen der bisherigen Auffassung kann die Schadensbemessung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten nicht damit begründet werden, dass der Mangel selbst der Vermögensschaden in Höhe dieser Kosten sei. Ein Mangel des Werks ist zunächst nur ein Leistungsdefizit, weil das Werk hinter der geschuldeten Leistung zurückbleibt.<sup>14</sup> Auch wenn es gerechtfertigt ist, bereits dieses Leistungsdefizit mit der Folge der Störung des Äquivalenzverhältnisses als einen beim Besteller eingetretenen Vermögensschaden zu bewerten,<sup>15</sup> ist damit gerade nicht geklärt, in welcher Höhe ein solcher Vermögensschaden besteht.

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<sup>16</sup> nicht gerechtfertigten Bereicherung des Bestellers. Denn der (fiktive) Aufwand einer Mängelbeseitigung hängt von verschiedenen Umständen ab, zum Beispiel von der Art des Werks, dem Weg der Mängelbeseitigung, dem Erfordernis der Einbeziehung anderer Gewerke in die Mängelbeseitigung, und kann die vereinbarte Vergütung, mit der die Parteien das mangelfreie Werk bewertet haben, (nicht nur in Ausnahmefällen) deutlich übersteigen. Er ist daher nicht geeignet, ein beim Besteller ohne Mängelbeseitigung verbleibendes Leis-

11 Vgl. zu dieser Form der Bemessung BGH Urt. v. 16.11.2007 – V ZR 45/07, NJW 2008, 436 Rn. 12.

12 Vgl. z. B. BGH Urt. v. 28.6.2007 – VII ZR 8/06, BauR 2007, 1567 (1568), juris Rn. 12 f. = NZBau 2007, 580; Urt. v. 10.3.2005 – VII ZR 321/03, BauR 2005, 1014, juris Rn. 11 = NZBau 2005, 390; BGH Urt. v. 10.4.2003 – VII ZR 251/02, BauR 2003, 1211 (1212), juris Rn. 13 = NZBau 2003, 375 und BGH Urt. v. 6.11.1986 – VII ZR 97/85, BGHZ 99, 81 (84 f.), juris Rn. 6).

13 Halfmeier BauR 2013, 320 (322 f.).

14 Vgl. Knütel BauR 2004, 591 (593).

15 Vgl. dazu unten d).

16 Vgl. Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., S. 9 f.

tungsdefizit und die hierdurch eingetretene Äquivalenzstörung der Höhe nach zu bestimmen.

(3) Auf den Gesichtspunkt der Überkompensation hat der Senat bereits in den Entscheidungen vom 22. Juli 2010<sup>17</sup> hingewiesen und im Hinblick darauf eine Ersatzpflicht jedenfalls in Höhe der Umsatzsteuer verneint, wenn diese wegen nicht durchgeführter Mängelbeseitigung nicht anfällt. Auch die Entscheidungen des Senats zum Schaden in der Leistungskette<sup>18</sup> sind dadurch gekennzeichnet, dass sie eine Überkompensation durch Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten zu vermeiden suchen.

In Fortführung dieser Rechtsprechung hält es der Senat 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.

(4) 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.

#### **d) Die Alternative – Schadensbemessung auf der Grundlage der Störung des Äquivalenzverhältnisses**

Dem Besteller bleibt jedoch eine im Einzelfall unter Umständen einfachere Möglichkeit, auch ohne eine Vermögensbilanz seinen Vermögensschaden darzutun und zu bemessen, wenn er den Mangel nicht beseitigen lässt. Denn er kann 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.

(1) Die Feststellung eines hierin liegenden Vermögensschadens und seine Bemessung sind – wie im gesamten Schadensrecht<sup>19</sup> – aufgrund einer Wertung vorzunehmen. Diese hat sich am Leistungsinteresse des Bestellers zu orientieren.

Aus § 634 BGB folgt, dass sich der Ausgleich des verletzten Leistungsinteresses des Bestellers, der das mangelhafte Werk behalten will, daran orientiert, ob er die Mängel beseitigen lässt oder nicht. Sieht der Besteller von der Mängelbeseitigung ab, kann er nach § 634 Nr. 3, § 638 BGB als Ausgleich für das verletzte Leistungsinteresse die Vergütung mindern. Diese Wertungen sind bei der Bemessung des Schadens im Rahmen des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB zu berücksichtigen. Denn der Besteller soll diesbezüglich durch die Wahl des – im Hinblick auf das Verschuldenserfordernis strengeren Voraussetzungen unterliegenden – Schadensersatzanspruchs nicht schlechter gestellt werden als im Fall der Geltendmachung des Rechts zur Minderung gemäß § 634 Nr. 3, § 638 BGB.

17 BGH Ur. v. 22.7.2010 – VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330 Rn. 14 f. und BGH Ur. v. 11.3.2015 – VII ZR 270/14, BauR 2015, 1321 Rn. 5 = NZBau 2015, 419.

18 Vgl. BGH Versäumnisur. v. 1.8.2013 – VII ZR 75/11, BGHZ 198, 150; Ur. v. 28.6.2007 – VII ZR 8/06, BauR 2007, 1567 = NZBau 2007, 580 und BGH Ur. v. 25.6.2007 – VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83; vgl. ferner BGH Ur. v. 10.7.2008 – VII ZR 16/07, BauR 2008, 1877 = NZBau 2009, 34.

19 Vgl. Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., S. 38 f.

Der Schaden kann 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 wird. Maßstab ist danach die durch den Mangel des Werks erfolgte Störung des Äquivalenzverhältnisses. Die von den Parteien durch den Werkvertrag zum Ausdruck gebrachte Bewertung des (mangelfreien) Werks in Höhe der Vergütung rechtfertigt es, bereits das Ausbleiben der vollständigen (mangelfreien) Gegenleistung mit der Folge der Störung des Äquivalenzverhältnisses – unabhängig von einer objektivierten Bewertung durch einen „Markt“ – als einen beim Besteller eingetretenen Vermögensschaden anzusehen.

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 anlehnenden – Schadensbemessung können die fiktiven Mängelbeseitigungskosten nicht als Maßstab herangezogen werden. Soweit dem Urteil des Senats vom 24. Februar 1972<sup>20</sup> 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 5c) ausgeführten Erwägungen nicht fest. Dagegen kommt beispielsweise eine Schadensbemessung anhand der Vergütungsanteile in Betracht, die auf die mangelhafte Leistung entfallen.<sup>21</sup> Ergeben sich die Vergütungsanteile nicht aus dem Vertrag, sind sie zu schätzen.<sup>22</sup>

(2) Für den VOB/B-Vertrag ergeben sich insoweit keine Besonderheiten, die zu abweichenden Erwägungen führen. Der Umstand, dass die Minderung gemäß § 13 IV 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.<sup>23</sup>

#### **e) Vollständige und ausreichende Kompensation durch eine Schadensbemessung im Wege einer Vermögensbilanz oder der Störung des Äquivalenzverhältnisses**

Diese Möglichkeiten stellen eine vollständige und damit ausreichende Kompensation des Vermögensschadens des Bestellers dar, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigt.

Die Zuerkennung eines Anspruchs auf Erstattung fiktiver Mängelbeseitigungskosten ist auch nicht notwendig, um dem Besteller, der vom Unternehmer Schadensersatz fordert, die Dispositionsfreiheit zu belassen, den Mangel (noch) selbst auf Kosten des Unternehmers zu beseitigen. Entscheidet der Besteller sich dafür, kann er eine vollständige, ausreichende Kompensation seines Vermögensschadens wie folgt erlangen:

#### **aa) Allgemeine Erwägungen**

Lässt der Besteller die Mängelbeseitigung durchführen, sind die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten, die er bei verständiger Würdigung für erforderlich halten

20 BGH Urt. v. 24.2.1972 – VII ZR 177/70, BGHZ 58, 181.

21 Vgl. z. B. BGH Urt. v. 9.12.2003 – VII ZR 181/00, BGHZ 153, 279 (284), juris Rn. 21 für die Ausführung mit minderwertigem Material.

22 Vgl. zum Reisevertragsrecht BGH Urt. v. 21.11.2017 – X ZR 111/16 Rn. 10; zu optischen Fehlern z. B. OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 341; zu möglichen Schätzmethoden ferner Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 638 BGB Rn. 24; Kapellmann/Messerschmidt/Langen, VOB Teile A und B, 6. Aufl., § 13 VOB/B Rn. 386; Genius in jurisPK-BGB, 8. Aufl., § 638 Rn. 18a.E., 20; Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, BGB, § 634 Rn. 113–115, jeweils m. w. N.).

23 Vgl. BGH Urt. v. 25.2.1982 – VII ZR 161/80, BauR 1982, 277 (279), juris Rn. 31 f.; vgl. auch Kapellmann/Messerschmidt/Langen, VOB Teile A und B, 6. Aufl., § 13 VOB/B Rn. 392 m. w. N.)