**Urteilsbesprechung**

**Schluss mit fiktiven Mängelbeseitigungskosten I!**

**1. Der Besteller, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, kann im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gegen den Unternehmer gem. §**[**634**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t&HTTP_DocType=Norm&Norm=BGB+%A7+634)**Nr. 4, §§**[**280**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t&HTTP_DocType=Norm&Norm=BGB+%A7+280)**,**[**281**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t&HTTP_DocType=Norm&Norm=BGB+%A7+281)**BGB seinen Schaden nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung).\*)  
2. Der Besteller, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, kann den Schaden in der Weise 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. Hat der Besteller 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.\*)**

BGH, Urteil vom 22.02.2018 - [**VII ZR 46/17**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?HTTP_DocType=Urteil&Gericht=BGH&Urteilsdatum=2018-02-22&Aktenzeichen=VII%20ZR%2046/17&SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t)

BGB §§ [**249**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?HTTP_DocType=Norm&Norm=BGB+%A7+249&SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t), [**280**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?HTTP_DocType=Norm&Norm=BGB+%A7+280&SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t), [**281**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?HTTP_DocType=Norm&Norm=BGB+%A7+281&SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t), [**633**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?HTTP_DocType=Norm&Norm=BGB+%A7+633&SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t), [**634**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?HTTP_DocType=Norm&Norm=BGB+%A7+634&SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t) Nr. 2, 3, 4, §§ [**637**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?HTTP_DocType=Norm&Norm=BGB+%A7+637&SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t), [**638**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?HTTP_DocType=Norm&Norm=BGB+%A7+638&SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t); VOB/B § [**13**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?HTTP_DocType=Norm&Norm=VOB/B+%A7+13&SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t)

**Problem/Sachverhalt**

Ein Bauherr (B) beauftragt den Unternehmer (U) unter Einbeziehung der VOB/B mit der Verlegung von Natursteinplatten. Nach Abnahme zeigen sich Mängel. B nimmt U unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens für Planungsfehler i.H.v. 25% gerichtlich auf Vorschuss für die Mängelbeseitigung i.H.v. rund 90.000 Euro in Anspruch. Während des Berufungsverfahrens veräußert er das Bauwerk und stellt die Klage auf Schadensersatz in derselben Höhe um. Eine Mängelbeseitigung erfolgt indes nicht.

**Entscheidung**

Zwar stehe B dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung aus § [**13**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t&HTTP_DocType=Norm&Norm=VOB/B+%A7+13) Abs. 7 Nr. 3 VOB/B und im Übrigen aus § [**634**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t&HTTP_DocType=Norm&Norm=BGB+%A7+634) Nr. 4, §§ [**280**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t&HTTP_DocType=Norm&Norm=BGB+%A7+280), [**281**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t&HTTP_DocType=Norm&Norm=BGB+%A7+281) BGB zu. Entgegen der bisherigen jahrzehntelangen Rechtsprechung des BGH (vgl. zuletzt [**IBR 2007, 607**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&sub=ajax&folderid=31481&HTTP_DocType=Dokument&Zeitschrift=IBR&Jahrgang=2018&Seite=196&SuchNavi=4%3A15%3A15%3Aarchiv)) könne dieser Anspruch aber **nicht mehr nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten** berechnet werden, wenn B einen **Mangel nicht beseitige**. Vielmehr schließe sich der VII. Senat nunmehr der Auffassung Halfmeiers (BauR 2013, 320, dazu [**IBR 2013, 130**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&sub=ajax&folderid=31481&HTTP_DocType=Dokument&Zeitschrift=IBR&Jahrgang=2018&Seite=196&SuchNavi=4%3A15%3A15%3Aarchiv)) an, da das Vermögen des B im Vergleich zu einer mangelfreien Leistung des U nicht um einen Betrag in Höhe solcher (fiktiver) Aufwendungen vermindert sei. Erst wenn er den Mangel beseitigen lasse und die Kosten hierfür begleiche, entstehe ihm ein Vermögensschaden in Höhe der aufgewandten Kosten. Vielmehr könne B seinen Schaden anhand der **Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der** durch das Werk geschaffenen oder bearbeiteten, im Eigentum des B stehenden **Sache ohne Mangel** und dem **tatsächlichen Wert der Sache mit Mangel**, die sich auch aus einem **Mindererlös** im Verkaufsfall ableiten lasse, ermitteln. Die Bemessung könne im Wege der Schadensschätzung gem. § [**287**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t&HTTP_DocType=Norm&Norm=ZPO+%A7+287) ZPO erfolgen, maßgeblich sei der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.

**Praxishinweis**

Wie in einer Gebrauchsanweisung dekliniert der BGH in dieser weit über den Einzelfall hinausgehenden Grundsatzentscheidung die Ansprüche des Bestellers, der einen Mangel nicht beseitigen lässt, durch. Dabei lässt er alternativ eine Schadensermittlung in Anlehnung an die Minderung und eine Rückkehr zum Vorschussanspruch zu (s. [**IBR 2018, 197**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&sub=ajax&folderid=31481&HTTP_DocType=Dokument&Zeitschrift=IBR&Jahrgang=2018&Seite=196&SuchNavi=4%3A15%3A15%3Aarchiv) - in diesem Heft). Daneben kommt nunmehr auch seine Rechtsprechung zum Vorteilsausgleich in der Leistungskette ([**IBR 2007, 604**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&sub=ajax&folderid=31481&HTTP_DocType=Dokument&Zeitschrift=IBR&Jahrgang=2018&Seite=196&SuchNavi=4%3A15%3A15%3Aarchiv); [**IBR 2011, 129**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&sub=ajax&folderid=31481&HTTP_DocType=Dokument&Zeitschrift=IBR&Jahrgang=2018&Seite=196&SuchNavi=4%3A15%3A15%3Aarchiv)) zumindest in ihrer Begründung auf den Prüfstand. Damit korrigiert der BGH mutig, aber zutreffend die bisher fehlende Differenzierung zwischen primären (insbesondere Vorschuss und Minderung) und sekundären (Schadensersatz) Mängelrechten, was auch mit Blick auf § [**640**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t&HTTP_DocType=Norm&Norm=BGB+%A7+640) Abs. 3 BGB (Verlust nicht bei Abnahme vorbehaltener primärer Mängelansprüche, unzutreffend auf den Schadensersatz erweiternd OLG Schleswig, [**IBR 2016, 212**](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&sub=ajax&folderid=31481&HTTP_DocType=Dokument&Zeitschrift=IBR&Jahrgang=2018&Seite=196&SuchNavi=4%3A15%3A15%3Aarchiv)) geboten erschien.

[***RA und FA für Bau- und Architektenrecht Prof. Dr. Heiko Fuchs, Mönchengladbach***](https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige-body.php?SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&vDokTyp=Dokument&vDokID=37605&LinkArt=t&SessionID=e6a340f6ebbbdb50615c4e2a01d3d890&zg=0&HTTP_DocType=Profil&PersonID=22098)