



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 46/17

Verkündet am:
22. Februar 2018
Mohr,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 634 Nr. 2, 3 und 4, §§ 280, 281, 637, 638, 249 Abs. 1 A, Fa, Fb, Ha, Hb; VOB/B (2002) § 13

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 gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB seinen Schaden nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung).
2. a) 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.

b) Der Schaden kann in Anlehnung an § 634 Nr. 3, § 638 BGB auch 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.

3. a) Der Besteller, der das Werk behält und den Mangel beseitigen lässt, kann die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten als Schaden gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB ersetzt verlangen. Vor Begleichung der Kosten kann der Besteller Befreiung von den zur Mängelbeseitigung eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen.

b) Darüber hinaus hat der Besteller, der Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB verlangt hat, grundsätzlich weiterhin das Recht, Vorschuss gemäß § 634 Nr. 2, § 637 BGB zu fordern, wenn er den Mangel beseitigen will.

4. Auch im Verhältnis zum Architekten scheidet hinsichtlich der von ihm zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, ein Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten betreffend das Bauwerk aus.

5. a) Lässt der Besteller den Mangel des Bauwerks nicht beseitigen, kann er seinen Schaden gegenüber dem Architekten im Wege einer Vermögensbilanz nach dem Minderwert des Bauwerks im Vergleich zu dem hypothetischen Wert des Bauwerks bei mangelfreier Architektenleistung bemessen oder gegebenenfalls - bei Veräußerung des Objekts - nach dem konkreten Mindererlös.

b) Hat der durch die mangelhafte Architektenleistung verursachte Mangel des Bauwerks zur Folge, dass eine Störung des Äquivalenzverhältnisses des Bauvertrags vorliegt, kann der Besteller stattdessen seinen Schaden auch in der Weise bemessen, dass er ausgehend von der mit dem Bauunternehmer vereinbarten Vergütung den mangelbedingten Minderwert des Werks des Bauunternehmers ermittelt.

6. a) Lässt der Besteller den Mangel des Bauwerks beseitigen, sind die von ihm aufgewandten Kosten als Schaden gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB vom Architekten zu ersetzen. Vor Begleichung der Kosten kann der Besteller Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen.

b) Darüber hinaus hat der Besteller wegen Planungs- oder Überwachungsfehlern, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, einen Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, § 280 BGB auf Vorfinanzierung in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags gegen den Architekten.

BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Januar 2018 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, die Richter Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterinnen Sacher und Dr. Brenneisen

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten zu 1 und 5 und die Anschlussrevision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 19. Januar 2017 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten zu 1 und 5 und zum Nachteil der Klägerin im Verhältnis zu den Beklagten zu 1 und 5 erkannt worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisions- und Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 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.

- 2 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.
- 3 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.
- 4 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.
- 5 Die Klägerin hat in der ersten Instanz von der 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.

- 6 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.
- 7 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.
- 8 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. Die Beklagten zu 1 und 5 haben uneingeschränkt Revision eingelegt mit dem Ziel der vollständigen Klageabweisung. Die Klägerin hat auf die Revisionen der Beklagten zu 1 und 5 Anschlussrevision eingelegt, soweit das Berufungsgericht abändernd die Klage (teilweise) abgewiesen hat. Der Senat hat die Revisionen der Beklagten zu 1 und 5 durch Beschluss vom 13. Dezember 2017 teilweise als unzulässig verworfen, soweit sie über die beschränkt zugelassene Revision hinausgegangen sind. Zugleich hat der Senat die von den Beklagten zu 1 und 5 vorsorglich eingelegten Beschwerden gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Berufungsgerichts zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

9 Die im Umfang der Zulassung weiterverfolgten Revisionen der Beklagten zu 1 und 5 und die Anschlussrevision der Klägerin führen zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung im tenorierten Umfang und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

10 Das Berufungsgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - Folgendes ausgeführt:

11 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 Abs. 3 VOB/B (2002) in Verbindung mit §§ 398, 1922 BGB.

12 a) Die Klägerin sei berechtigt, ihren Schaden auf Basis der fiktiven Mängelbeseitigungskosten zu bemessen. Sie könne abweichend von § 249 Abs. 1 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.

13 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 (BGH, Urteil vom 24. Mai 1973 - VII ZR 92/71, BGHZ 61, 28). Im Jahr 2007 habe der Bundesgerichtshof erneut betont, dass der Besteller seinen Schadensersatzanspruch nach den Kosten berechnen könne, die für eine Mängelbeseitigung er-

forderlich seien (BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 - VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83). 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 (Halfmeier, BauR 2013, 320, 325). 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" (Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330) 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 Abs. 1 BGB nicht auf Naturalrestitution in Form der Mängelbeseitigung, sondern auf Zahlung eines Geldbetrags gerichtet. Das folge aus § 281 Abs. 4 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.

14 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.

15 Da die Klägerin nicht (mehr) beabsichtige, Mängelbeseitigungsarbeiten vornehmen zu lassen, habe sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts-

hofs allerdings keinen Anspruch auf Ersatz der insoweit nicht angefallenen Umsatzsteuer (BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330).

16 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.

17 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 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.

18 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.

II.

19 Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

20 1. Klage gegen die Beklagte zu 1

21 a) Aufgrund der wirksamen Beschränkung der Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht und der Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch den Senat 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.

22 b) Ist ein Werk mangelhaft, kann der Besteller vom Unternehmer im VOB/B-Vertrag gemäß § 13 Abs. 7 Nr. 3 VOB/B und im Übrigen gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

23 Wie der Schaden zu bemessen ist, ist indes weder in § 634 Nr. 4 BGB noch in §§ 280, 281 BGB geregelt. Aus § 281 Abs. 4 BGB ergibt sich lediglich, dass Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB nicht in der Form möglich ist, dass der Mangel beseitigt wird (Nacherfüllung) (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330 Rn. 10). Dies gilt auch für den VOB/B-Vertrag.

24 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.

25 Verfahrensrechtlich ist für die Schadensbemessung der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 6. November 1986 - VII ZR 97/85, BGHZ 99, 81, 86 f., juris Rn. 9 und vom 23. Januar 1981 - V ZR 200/79, BGHZ 79, 249, 257 f., juris Rn. 27).

26 c) 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.

27 aa) 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 (vgl. BGH, Urteile vom 11. Oktober 2012 - VII ZR 179/11, BauR 2013, 81 Rn. 10 = NZBau 2013, 99 m.w.N.; vom 8. Januar 2004 - VII ZR 181/02, BauR 2004, 847, 850, juris Rn. 29 = NZBau 2004, 269 und vom 16. November 2007 - V ZR 45/07, NJW 2008, 436 Rn. 11 f. m.w.N.). Diese Art der Schadensbemessung ist ausschließlich auf Ausgleich des Wertunterschieds gerichtet.

28 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.

29 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 Abs. 2 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 (vgl. BGH, Urteile vom 14. Januar 2016 - VII ZR 271/14, BauR 2016, 852 Rn. 25 = NZBau 2016, 304 m.w.N.; ferner vom 19. September 1980 - V ZR 51/78, NJW 1981, 45, 46 f., juris Rn. 28). 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 Abs. 2 BGB vorzuwerfen ist.

30 bb) 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 (vgl. zu dieser Form der Bemessung BGH, Urteil vom 16. November 2007 - V ZR 45/07, NJW 2008, 436 Rn. 12). Vielmehr war der Besteller danach stets berechtigt, bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit (§ 251 Abs. 2 Satz 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 (vgl. z.B. BGH, Urteile vom 28. Juni 2007 - VII ZR 8/06, BauR 2007, 1567, 1568, juris Rn. 12 f. = NZBau 2007, 580; vom 10. März 2005 - VII ZR 321/03, BauR 2005, 1014, juris Rn. 11 = NZBau 2005, 390; vom 10. April 2003 - VII ZR 251/02, BauR 2003, 1211, 1212, juris Rn. 13 = NZBau 2003, 375 und vom 6. November 1986 - VII ZR 97/85, BGHZ 99, 81, 84 f., juris Rn. 6).

31 Hieran hält der Senat jedenfalls für ab dem 1. Januar 2002 geschlossene Werkverträge nicht mehr fest. Dies beruht auf folgenden Erwägungen:

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

33 (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 (vgl. Knütel, BauR 2004, 591, 593). Auch

wenn es gerechtfertigt ist, bereits dieses Leistungsdefizit mit der Folge der Störung des Äquivalenzverhältnisses als einen beim Besteller eingetretenen Vermögensschaden zu bewerten (vgl. dazu unten II. 1. c) cc)), ist damit gerade nicht geklärt, in welcher Höhe ein solcher Vermögensschaden besteht.

34 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 (vgl. Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., S. 9 f.) 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 Leistungsdefizit und die hierdurch eingetretene Äquivalenzstörung der Höhe nach zu bestimmen.

35 (3) Auf den Gesichtspunkt der Überkompensation hat der Senat bereits in den Entscheidungen vom 22. Juli 2010 (VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330 Rn. 14 f.) und vom 11. März 2015 (VII ZR 270/14, BauR 2015, 1321 Rn. 5 = NZBau 2015, 419) 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 (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 1. August 2013 - VII ZR 75/11, BGHZ 198, 150; Urteile vom 28. Juni 2007 - VII ZR 8/06, BauR 2007, 1567 = NZBau 2007, 580 und VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83; vgl. ferner Urteil vom 10. Juli 2008 - VII ZR 16/07, BauR 2008, 1877 = NZBau 2009, 34)

sind dadurch gekennzeichnet, dass sie eine Überkompensation durch Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten zu vermeiden suchen.

36 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.

37 (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.

38 cc) 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.

39 (1) Die Feststellung eines hierin liegenden Vermögensschadens und seine Bemessung sind - wie im gesamten Schadensrecht (vgl. Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., S. 38 f.) - aufgrund einer Wertung vorzunehmen. Diese hat sich am Leistungsinteresse des Bestellers zu orientieren (vgl. oben II. 1. b)).

40 Aus § 634 BGB folgt, dass sich der Ausgleich des verletzten Leistungsinteresses des Bestellers, der das mangelhafte Werk behalten will, daran orien-

tiert, 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.

41 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.

42 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 (VII ZR 177/70, BGHZ 58, 181) entnommen werden kann, dass die Berechnung einer Minderung regelmäßig durch den Abzug fiktiver Mängelbeseitigungskosten erfolgen könne, hält der Senat auch hie-

ran aus den bereits oben unter II. 1. c) bb) ausgeführten Erwägungen nicht fest. Dagegen kommt beispielsweise eine Schadensbemessung anhand der Vergütungsanteile in Betracht, die auf die mangelhafte Leistung entfallen (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 9. Januar 2003 - VII ZR 181/00, BGHZ 153, 279, 284, juris Rn. 21 für die Ausführung mit minderwertigem Material). Ergeben sich die Vergütungsanteile nicht aus dem Vertrag, sind sie zu schätzen (vgl. zum Reisevertragsrecht BGH, Urteil vom 21. November 2017 - X ZR 111/16 Rn. 10; zu optischen Fehlern z.B. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 341; zu möglichen Schätzmethode n 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. 18 a.E., 20; Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, BGB, § 634 Rn. 113-115, jeweils m.w.N.).

43 (2) Für den VOB/B-Vertrag ergeben sich insoweit keine Besonderheiten, die zu abweichenden Erwägungen führen. Der Umstand, dass die Minderung gemäß § 13 Abs. 6 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 (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 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.)

44 dd) Diese unter aa) und cc) dargestellten Möglichkeiten stellen eine vollständige und damit ausreichende Kompensation des Vermögensschadens des Bestellers dar, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigt.

45 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:

46 (1) Lässt der Besteller die Mängelbeseitigung durchführen, sind die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten, die er bei verständiger Würdigung für erforderlich halten durfte, nicht nur gemäß § 634 Nr. 2, § 637 BGB zu erstatten. Der Besteller kann in diesem Fall die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten vielmehr auch als Schaden gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB ersetzt verlangen (allgemeine Meinung, vgl. z.B. Messerschmidt/Voit/Drossart, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 634 BGB Rn. 87; für den VOB/B-Vertrag vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Langen, VOB Teile A und B, 6. Aufl., § 13 VOB/B Rn. 412, jeweils m.w.N.). Denn ihm ist in Höhe der Aufwendungen ein Vermögensschaden entstanden, den er ohne das mangelhafte Werk nicht gehabt hätte. Der Umstand, dass er die Aufwendungen freiwillig erbracht hat, steht dem nicht entgegen. Er durfte sich hierzu aufgrund des Verhaltens des Unternehmers, der die ihm vom Gesetz eingeräumte Möglichkeit, sein mangelhaft abgeliefertes Werk nachzubessern (Nacherfüllung), nicht wahrgenommen hat, herausgefordert fühlen (Halfmeier, BauR 2013, 320, 323 f.). Auf den Ersatz eines geringeren Minderwerts muss er sich in diesem Fall, vorbehaltlich der Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen (vgl. auch BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 - VII ZR 179/11, BauR 2013, 81 Rn. 11 = NZBau 2013, 99), nicht verweisen lassen.

47 Vor Begleichung der Kosten kann der Besteller zudem bereits Befreiung von den zur Mängelbeseitigung eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen.

48 (2) Darüber hinaus hat der Besteller, der Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB verlangt hat, grundsätzlich weiterhin das Recht, Vorschuss gemäß § 634 Nr. 2, § 637 BGB zu fordern, wenn er den Mangel beseitigen will.

49 § 281 Abs. 4 BGB steht dem nicht entgegen. Danach ist zwar der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, sobald der Besteller Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat. Der Besteller kann mithin nicht mehr Nacherfüllung gemäß § 634 Nr. 1, § 635 BGB verlangen. Die Geltendmachung eines Vorschusses ist nach dem Wortlaut dieser Vorschrift jedoch nicht ausgeschlossen.

50 Aus § 634 Nr. 2, § 637 BGB ergibt sich - anders als aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. - nichts anderes. Danach entstehen das Selbstvornahmerecht und der Vorschussanspruch mit erfolglosem Ablauf der zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist, wenn nicht der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht verweigert (§ 637 Abs. 1 letzter Halbsatz BGB). Soweit aus § 637 Abs. 1 letzter Halbsatz BGB abgeleitet wird, dass diese Rechte einen im Zeitpunkt ihrer Geltendmachung noch bestehenden Nacherfüllungsanspruch voraussetzen und deshalb das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes mit der Folge des § 281 Abs. 4 BGB weiter dazu führt, dass auch das Selbstvornahmerecht und der Vorschussanspruch erlöschen (vgl. z.B. Kniffka/Krause-Allenstein, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 637 Rn. 10; Palandt/Sprau, BGB, 77. Aufl., § 637 Rn. 1), folgt der Senat dem nicht. Aus der Begründung zu § 637 BGB ergibt sich ein solcher gesetzgeberischer Wille nicht (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 266).

51 Demgegenüber ist es nach Sinn und Zweck des Gesetzes gerechtfertigt, dem Besteller den Vorschussanspruch auch dann noch zuzubilligen, wenn er bereits Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes verlangt hat. Aus § 634 Nr. 2, § 637 BGB ergibt sich, dass der Schutz des Leistungsinteresses im Werkvertragsrecht einen Vorschussanspruch des Bestellers erfordert, um diesem Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung abzunehmen. Diese gesetzgeberische Wertung ist bei der Frage zu berücksichtigen, wie im Rahmen des Schadensersatzes ein möglichst umfassender Ausgleich des verletzten Leistungsinteresses des Bestellers er-

reicht werden kann, der den Mangel beseitigen will. Denn der Besteller soll durch die Wahl des Schadensersatzanspruchs nicht schlechter gestellt werden (vgl. dazu bereits II. 1. c) cc)). Lässt der Besteller die Mängel beseitigen, umfasst der Schadensersatzanspruch - wie ausgeführt - die Erstattung der mit Durchführung der Mängelbeseitigung angefallenen Kosten. Da dem Besteller nach der gesetzgeberischen Wertung auch die Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung abgenommen werden sollen, ist ein umfassender Ausgleich des verletzten Leistungsinteresses nur dann gewährleistet, wenn er - auch nach Wahl des kleinen Schadensersatzes - weiterhin Vorschuss verlangen kann, allerdings ohne die Möglichkeit, wieder auf den Nacherfüllungsanspruch zurückzukommen, § 281 Abs. 4 BGB.

52 (3) Auch insoweit gilt für einen VOB/B-Vertrag nichts anderes.

53 ee) Verfahrensrechtlich ist ein im Rahmen des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes erfolgender Wechsel der Schadensbemessung, der auf einer Änderung der Disposition des Bestellers zur Durchführung der Mängelbeseitigung beruht, gemäß § 264 Nr. 3 ZPO (gegebenenfalls in Verbindung mit § 264 Nr. 2 ZPO) nicht als Klageänderung anzusehen, sofern der Lebenssachverhalt im Übrigen unverändert ist. Das Gleiche gilt für den auf einer entsprechenden Änderung der Disposition beruhenden Wechsel vom Vorschussanspruch auf den Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes und umgekehrt.

54 Verlangt etwa ein Besteller, der zunächst von der Mängelbeseitigung abgesehen und seinen Schaden nach dem Minderwert der mangelhaften Sache bemessen hat, nach durchgeführter Mängelbeseitigung nunmehr Schadensersatz in Höhe der aufgewandten Mängelbeseitigungskosten, liegt eine später eingetretene Veränderung vor, die die Anwendung des § 264 Nr. 3 ZPO rechtfertigt. Nichts anderes gilt, wenn der Besteller in dieser Konstellation vor Durch-

führung der Mängelbeseitigung auf den Vorschussanspruch zurückkommt. Bereits die Entscheidung, nunmehr die Mängel beseitigen und Vorschuss verlangen zu wollen, wird von § 264 Nr. 3 ZPO erfasst. Der Umstand, dass der Vorschuss zweckgebunden ist und abgerechnet werden muss, während der Schadensersatzanspruch grundsätzlich auf endgültige Abwicklung des Schadens gerichtet ist, stellt sich als bloße Beschränkung des Klageantrags im Sinne des § 264 Nr. 2 ZPO dar. Soweit sich aus den Entscheidungen des Senats vom 11. November 2004 (VII ZR 95/04, BauR 2005, 386, 387, juris Rn. 7 = NZBau 2005, 151) und vom 13. November 1997 (VII ZR 100/97, BauR 1998, 369, 370, juris Rn. 11) etwas anderes ergibt, wird hieran nicht festgehalten.

55 Hieraus folgt, dass es einem Besteller, der auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung noch Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht hat, nicht nur möglich ist, eine andere Form der Schadensbemessung zu wählen, sondern gegebenenfalls auch auf den Vorschussanspruch zurückzukommen.

56 2. Klage gegen den Beklagten zu 5

57 a) Aufgrund der wirksamen Beschränkung der Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht und der Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch den Senat steht weiter rechtskräftig fest, dass die Klägerin gegen den Beklagten zu 5 dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung wegen mangelhafter Planung und Überwachung der Natursteinarbeiten im Außenbereich des Einfamilienhauses in D. gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB hat. Auch im Verhältnis zum Architekten kann das Berufungsurteil mit der gegebenen Begründung zur Höhe des Schadensersatzanspruchs indes keinen Bestand haben.

58 b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schuldet der Architekt dem Besteller gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz we-

gen der von ihm zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben. Bei dem gegen den Architekten gerichteten Schadensersatzanspruch wegen Mängeln des Bauwerks, die auf seine Planungs- oder Überwachungsfehler zurückzuführen sind, handelt es sich der Sache nach um einen Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB, denn die Mängel des Bauwerks können nicht durch Nacherfüllung der Architektenleistung noch beseitigt werden. Mit dem Schadensersatzanspruch neben der Leistung gemäß § 280 Abs. 1 BGB kann Schadensersatz für Schäden beansprucht werden, die an anderen Rechtsgütern des Bestellers oder an dessen Vermögen eintreten (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 2017 - VII ZR 242/13, BauR 2017, 1061 Rn. 23 = NZBau 2017, 555 m.w.N.).

59

Dieser Schadensersatzanspruch ist auf Zahlung eines Geldbetrags gerichtet. Hat der Architekt die von ihm geschuldeten Planungs- oder Überwachungsleistungen mangelhaft erbracht und hat der Besteller deswegen das bei einem Dritten in Auftrag gegebene Bauwerk nicht so erhalten wie als Ziel der vom Architekten geschuldeten Mitwirkung vereinbart, ist das hierdurch geschützte Interesse des Auftraggebers an einer entsprechenden Entstehung des Bauwerks verletzt. Der Schaden des Bestellers besteht darin, dass er im Ergebnis ein Bauwerk erhält, das hinter dem im Architektenvertrag als Ziel vereinbarten Bauwerk zurückbleibt. Für den sich daraus ergebenden Vermögensnachteil hat der Architekt Schadensersatz in Geld zu leisten. Nach § 249 Abs. 1 BGB muss der Architekt den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn er nicht mangelhaft geleistet hätte. Hätte der Architekt die von ihm geschuldeten Architektenleistungen mangelfrei erbracht, wäre es dem Auftraggeber möglich gewesen, das Bauwerk wie gewünscht, insbesondere ohne Mängel, durch den Bauunternehmer entstehen zu lassen. Der Architekt hat dem Besteller als Schadensersatz daher die Mittel zur Verfügung zu stellen, die dieser zur Kompensation des verletzten Interesses benötigt (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 2017 - VII ZR 242/13, aaO Rn. 24 m.w.N.).

60 c) Auch im Verhältnis zum Architekten scheidet hinsichtlich der von ihm zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, ein Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten betreffend das Bauwerk aus.

61 aa) Eine solche Bemessung lässt sich - ungeachtet der Ausführungen unter II. 1. - mit der bisherigen Rechtsprechung des Senats, wonach ein Mangel selbst ein Vermögensschaden in Höhe der notwendigen Mängelbeseitigungskosten sei, ohnehin nicht begründen. Denn es geht im Verhältnis zum Architekten nicht um die Bemessung eines Mangelschadens, weil der Architekt nicht die Errichtung des Bauwerks selbst schuldet (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 1965 - GSZ 1/64, BGHZ 43, 227, 229 f., juris Rn. 10). Mängel des Architektenwerks sind nur die Defizite in Planung oder Überwachung.

62 bb) Für die Frage, wie der durch die im Bauwerk verwirklichten Planungs- oder Überwachungsfehler (Mängel des Architektenwerks) verursachte Schaden vermögensmäßig zu bemessen ist, können die obigen Erwägungen betreffend das Verhältnis des Bestellers zum Bauunternehmer entsprechend herangezogen werden. Danach ist die Schadensbemessung auch im Verhältnis zum Architekten daran auszurichten, welche Dispositionen der Besteller zur Schadensbeseitigung trifft, und sie hat einen vollen Ausgleich bei Vermeidung einer Überkompensation zu erreichen.

63 cc) Nach diesen Maßstäben gilt hinsichtlich dieser Schäden Folgendes:

64 (1) Lässt der Besteller den Mangel des Bauwerks nicht beseitigen, kann er seinen Schaden im Wege einer Vermögensbilanz nach dem Minderwert des Bauwerks im Vergleich zu dem hypothetischen Wert des Bauwerks bei mangelfreier Architektenleistung bemessen oder gegebenenfalls - bei Veräußerung des Objekts - nach dem konkreten Mindererlös (dazu II. 1. c) aa)).

65 Hat der durch die mangelhafte Architektenleistung verursachte Mangel des Bauwerks - wie hier - zur Folge, dass eine Störung des Äquivalenzverhältnisses des Bauvertrags vorliegt, kann der Besteller stattdessen seinen Schaden auch in der Weise bemessen, dass er ausgehend von der mit dem Bauunternehmer vereinbarten Vergütung den mangelbedingten Minderwert des Werks des Bauunternehmers ermittelt (dazu II. 1. c) cc)). Denselben Vermögensschaden hat der Architekt, vermittelt durch den Mangel des Werks des Bauunternehmers, durch seine mangelhafte Architektenleistung verursacht und deshalb zu ersetzen.

66 (2) Lässt der Besteller den Mangel des Bauwerks beseitigen, sind die von ihm aufgewandten Kosten als Schaden gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen. Denn ihm ist in Höhe der Aufwendungen ein Vermögensschaden entstanden, den er ohne die mangelhafte Architektenleistung nicht gehabt hätte. Vor Begleichung der Kosten kann der Besteller zudem Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen.

67 Hierin erschöpft sich der Vermögensschaden des Bestellers jedoch nicht. Er muss nunmehr auch Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung der Arbeiten am Bauwerk tragen, die ohne die mangelhafte Architektenleistung nicht entstanden wären. Nach § 634 Nr. 2, § 637 BGB werden dem Besteller im Verhältnis zu dem mangelhaft leistenden Bauunternehmer die Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung durch die Gewährung eines Vorschussanspruchs abgenommen. Diese für das Werkvertragsrecht getroffene Wertung des Gesetzgebers ist auch für Planungs- oder Überwachungsfehler des Architekten, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, zu berücksichtigen. Ein umfassender Ausgleich des verletzten Interesses des Bestellers im Rahmen des Schadensersatzanspruchs gemäß § 634 Nr. 4, § 280 BGB wegen Planungs- oder Überwachungsfehlern, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, erfordert danach auch die Überwälzung der Vorfinanzierung auf den Architekten in Form

der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags an den Besteller.

68 (3) Architekt und Bauunternehmer haben insoweit gegenüber dem Besteller gemeinsam für die Mängel des Bauwerks und den hierdurch entstandenen Schaden (wegen §§ 254, 278 BGB gegebenenfalls in unterschiedlicher Höhe) einzustehen, wenn jeder von ihnen seine Pflichten mangelhaft erfüllt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 1965 - GSZ 1/64, BGHZ 43, 227, 230 f., juris Rn. 12).

69 3. a) Zum Schadensersatz gemäß § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB aus Kaufverträgen wegen des Mangels einer Kaufsache nehmen der V. und VIII. Zivilsenat (seit der Einführung eines Nacherfüllungsanspruchs im Kaufrecht zum 1. Januar 2002) an, dass ein Käufer seinen zu ersetzenden Schaden im Rahmen des kleinen Schadensersatzes auf der Grundlage der Mängelbeseitigungskosten unabhängig von einer Beseitigung des Mangels berechnen kann. Hierzu haben sie sich auf die bisherige Rechtsprechung des erkennenden Senats zur Bemessung des Schadens im Werkvertragsrecht nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten bezogen (vgl. BGH, Urteile vom 15. Juni 2012 - V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rn. 31; vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 33; vom 11. Dezember 2015 - V ZR 26/15, BauR 2016, 1035 Rn. 21 und vom 29. April 2015 - VIII ZR 104/14, NJW 2015, 2244 Rn. 12).

70 Das veranlasst nicht, beim V. und VIII. Zivilsenat anzufragen, ob sie auch unter Berücksichtigung der obigen Erwägungen an dieser Rechtsprechung festhalten möchten, und gegebenenfalls die Rechtsfrage dem Großen Senat für Zivilsachen vorzulegen, § 132 Abs. 2 GVG. Denn die Änderung der Rechtsprechung des Senats beruht auf Besonderheiten des Werkvertragsrechts, die es auch dann rechtfertigen würden, die Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung im Werkvertragsrecht anders vorzunehmen, wenn für das Kaufrecht an der bisherigen Auffassung festzuhalten wäre.

- 71 Einerseits sind die Gefahren einer erheblichen Überkompensation eines Schadens des Bestellers - wie die Erfahrungen in vielen Fällen zeigen - im Werkvertragsrecht deutlich größer als im Kaufrecht in Bezug auf den Schaden des Käufers. Das beruht vor allem darauf, dass es im Werkvertragsrecht regelmäßig schon faktisch nicht die Möglichkeit gibt, vergleichsweise kostengünstiger ein neues Werk herzustellen, als den Mangel am Werk zu beseitigen. Die Unverhältnismäßigkeit im Sinne von § 635 Abs. 3 BGB tritt zudem nur selten ein, weil sich ein Mangel des Werks üblicherweise an Sachen des Bestellers auswirkt und sich deshalb der (isolierte) Wert des mangelfreien Werks anders als im Kaufrecht (vgl. § 439 Abs. 4 Satz 2 BGB; BGH, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 41 ff.) nicht einmal als Faustregel für einen Grenzwert der Unverhältnismäßigkeit eignet. Schließlich sind Werkverträge regelmäßig dadurch gekennzeichnet, dass ein individuell gewünschter Erfolg mit bestimmten vereinbarten Beschaffenheiten versprochen wird und zu erreichen ist; dabei muss nicht jedes Verfehlen dieses Ziels, also jeder Mangel im Sinne von § 633 BGB, ohne Weiteres im Markt überhaupt als vermögensrelevant angesehen werden. Das ist üblicherweise anders, wenn die Übereignung einer Sache im Mittelpunkt steht.
- 72 Andererseits bedarf es im Werkvertragsrecht eines Anspruchs auf Erstattung fiktiver Mängelbeseitigungskosten auch nicht, um dem Besteller die Dispositionsfreiheit zu belassen, den Mangel (noch) selbst auf Kosten des Unternehmers zu beseitigen. Hier ist er ausreichend durch die Rechte der Vorschrift des § 637 BGB, die im Kaufrecht keine Entsprechung hat, vor allem auch durch den Vorschussanspruch des § 637 Abs. 3 BGB, geschützt (vgl. oben II. 1. c) dd)).
- 73 b) Soweit gemäß § 249 Abs. 2 BGB nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch fiktive Kosten als Schadensersatz verlangt werden können, steht dies nicht in Widerspruch zur vorliegenden Entscheidung, bei der es nicht um die Beschädigung einer Sache geht.

III.

74 Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben, soweit dort die Höhe des Schadens nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen worden ist. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO. Die Klägerin wird zunächst Gelegenheit bekommen müssen, ihren Schaden nach den oben ausgeführten Grundsätzen darzulegen.

Eick

Kartzke

Jurgeleit

Sacher

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 30.01.2015 - 10 O 265/09 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 19.01.2017 - I-5 U 30/15 -