



[GGSC]

[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Bau Newsletter

Februar 2021

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

mittlerweile vor fast einem Jahr ist die Coronapandemie in unser Leben getreten. Wir hoffen und wünschen Ihnen von ganzem Herzen, dass Sie die Zeit den Umständen entsprechend bisher gut überstanden haben und weiter meistern werden.

Trotz Corona sind die Gerichte nicht untätig geblieben. Praxisrelevante Entscheidungen der vergangenen Monate möchten wir Ihnen in diesem Februar-Newsletter vorstellen.

Der Deutsche Bundestag beschäftigt sich gegenwärtig mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Mobilisierung von Bauland (Baulandmobilisierungsgesetz – Drs 19/24838)“.

Das Gesetz wird voraussichtlich im Frühjahr 2021 verabschiedet werden. Da es viele Chancen aber auch Risiken für die Grundstücksentwicklung mit sich bringt, wird [GGSC] demnächst mit einem Sonder-Newsletter umfassend über das Gesetz informieren.

Bleiben Sie gesund.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr [GGSC] Anwaltsteam

DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- [Immer wieder: Kombibürgschaften sind wertlos](#)
- [Berechnung der Entschädigung bei Bauzeitverzögerung](#)
- [VOB/ A: Kein Vertrag bei Ablehnung eines modifizierten Zuschlagsschreibens](#)
- [Kosten der Nachtragerstellung bleiben beim Auftragnehmer](#)
- [Vorsicht bei Bemusterungsterminen](#)
- [Leistung mangelhaft: Fiktive oder tatsächliche Mängelbeseitigungskosten als Schadensersatz](#)
- [\[GGSC\] auf Veranstaltungen](#)
- [\[GGSC\] Veröffentlichungen](#)
- [Hinweis auf andere Newsletter](#)



[IMMER WIEDER: KOMBI-BÜRGSCHAFTEN SIND WERTLOS]

Kombibürgschaften, die Erfüllungs- und Mängelansprüche in einem Dokument absichern, sind für Bauherrn meist nicht das Papier wert, auf dem sie stehen. Dies wurde durch zwei aktuelle Urteile wieder einmal bestätigt.

Bei größeren Bauvorhaben verlangen Bauherrn zu Recht regelmäßig Sicherheiten für die Vertragserfüllung und für die Gewährleistungsphase. Geschieht dies durch Bürgschaften, wird aus dem Recht jedoch schnell Unrecht.

Die Fälle

Fall 1: Ein Auftragnehmer soll nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Bauherrn Sicherheit für die Vertragserfüllung i.H.v. 5 % der Auftragssumme und für Mängelansprüche i.H.v. 3 % der Auftragssumme stellen. Nach Abnahme und Erfüllung aller Ansprüche kann die Erfüllungssicherheit in eine Gewährleistungssicherheit umgewandelt werden. Das vom Bauherrn vorgegebene Bürgschaftsmuster regelt, dass der Auftragnehmer Sicherheit für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschließlich Erfüllung der Mängelansprüche zu leisten hat. Das OLG Stuttgart hält die Sicherungsabrede für wirksam (Urteil vom 09.07.2020, 10 U 247/18).

Fall 2: Auftragnehmer und Bauherr handeln in mehreren Runden eine Sicherungsabrede aus, nach der Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche durch Einbehalte abgesi-

chert werden. Der Auftragnehmer kann den Einbehalt durch eine Kombibürgschaft ablösen. Der Vertrag sieht im Übrigen vor, dass Abschlagsrechnungen des Auftragnehmers erst nach Stellung der Bürgschaften fällig werden. Diese Regelung war bereits im ursprünglichen Entwurf des Bauherrn vorhanden. Der Bauherr hatte vergessen, die Fälligkeitsregelung, die in Anbetracht der ausgehandelten Sicherungsabrede keinen Sinn mehr hatte, im Nachgang zu streichen.

Die Entscheidungen

Fall 1: Der BGH widerspricht dem OLG Stuttgart. Die Sicherungsabrede könne so verstanden werden, dass die Erfüllungssicherheit auch Mängelansprüche nach der Abnahme absichern soll und der Auftragnehmer zusätzlich eine Mängelsicherheit stellen muss. Dadurch käme es zu einer Übersicherung der Mängelansprüche (nämlich insgesamt 8 % statt der erlaubten 5 %). Die Sicherungsabrede ist unwirksam, der Bauherr muss die Bürgschaften zurückgeben (Urteil vom 16.07.2020, VII ZR 159/19).

Der BGH kommt zu diesem Ergebnis über die sogenannte kundenfeindlichste Auslegung. Danach sei bei AGB stets diejenige Auslegungsmöglichkeit heranzuziehen, die zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede führe; jedenfalls sofern die Auslegung nicht völlig fernliegend ist. Nach diesem Maßstab könne jedenfalls das Bürgschaftsformular so verstanden werden, dass zur Erfüllung auch die Beseitigung der Mängelansprüche gehöre. Und weil die Erfüllungssicherheit nach dem Vertrag erst nach Erfüllung aller Ansprüche zurückgegeben werde müsse, hätte der



Bauherr im Ergebnis zwei Bürgschaften für Mängelansprüche: eine über 5 % und eine über 3 %. Das Zusammenspiel aus Vertrag und Bürgschaftsformular führe zur Unwirksamkeit.

Fall 2: Das Landgericht Berlin kommt in dem von [GGSC] begleiteten Fall zu einem vergleichbaren Ergebnis. Zwar sei die Sicherungsabrede als solche individuell ausgehandelt und damit keine AGB. Jedenfalls die Fälligkeitsregelung befand sich jedoch bereits im ursprünglichen Vertragsentwurf des Bauherrn und müsse daher als AGB gewertet werden. Im Wege der kundenfeindlichsten Auslegung könne diese so verstanden werden, dass der Auftragnehmer trotz erbrachter Leistungen keine Zahlungen verlangen könne; im Extremfall bis zu einem Leistungsstand von 100 %!

Nach Ansicht des Landgerichts ist es unerheblich, dass sich die Parteien über das Sicherungskonzept einig waren und die Sicherungsabrede in mehreren Runden verhandelt wurde. Denn jede vertragliche Regelung müsse für sich betrachtet werden. Und daher können auch Regelungen aus einem völlig anderen Kontext (hier Abschlagszahlungen) die Sicherungsabrede infizieren.

Bewertung und Praxisrelevanz

Vom Bauherrn gestellte Verträge werden durch die Rechtsprechung regelmäßig als AGB behandelt, es sei denn, der Bauherr kann beweisen, dass einzelne Regelungen individuell ausgehandelt wurden. Das gelingt in der Praxis jedoch nur in den sel-

tensten Fällen, weil die Hürden hierfür hoch liegen.

Im Fall 1 war die AGB-Eigenschaft unstrittig. Das Ergebnis überrascht trotzdem. Das vorhergehende OLG Stuttgart hatte ebenfalls die kundenfeindlichste Auslegung angewandt und kam zu dem Ergebnis, dass eine Übersicherung nach dem Vertrag objektiv ausgeschlossen ist; ein Zusammenspiel aus vertraglicher Sicherungsabrede und Bürgschaftsformular, die zu einer Übersicherung führe, sei fernliegend. Die Grenze zwischen „noch vertretbar“ und „fernliegend“ schwimmt durch das Urteil des BGH zunehmend.

Auch im Fall 2 ist das Ergebnis alles andere als naheliegend. Warum eine (unstrittig) unwirksame Fälligkeitsregelung zur Unwirksamkeit einer individuell ausgehandelten Sicherungsabrede führt, ist nur schwer nachzuvollziehen. Nach der gleichen Logik wären z.B. auch Terminplanungspflichten eines Auftragnehmers unwirksam, wenn die Vorlage eines Terminplans eine Fälligkeitsvoraussetzung wäre.

Die beiden Urteile stehen sinnbildlich für die Rechtsprechung der letzten Jahre zu Sicherheiten am Bau. Selbst „Beilagen“ zum Vertrag oder Regelungen aus einem völlig anderen Kontext können im Ergebnis zur Unwirksamkeit von Sicherungsabreden führen. Damit Bauherrn am Ende nicht mit wertlosen Sicherheiten dastehen, muss das gesamte Vertragswerk sorgfältig erstellt werden. Schon ein faules Ei verdirbt schnell den gesamten Brei.



Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
René Hermann
und



Rechtsanwalt
Dr. Sebastian Schattenfroh

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[BERECHNUNG DER ENTSCHÄDIGUNG BEI BAUZEITVERZÖGERUNG]

Der BGH hat präzisiert, wie man als Auftragnehmer seine Mehrkosten bei einem gestörten Bauablauf aufschlüsseln muss. Durch diese Entscheidung sind die Nachweisanforderungen für Auftragnehmer erneut gestiegen.

In die Entschädigung sind nur die Vergütungsbestandteile für die unproduktiv vorgehaltenen Produktionsmittel, einschließlich der Anteile für AGK sowie für Wagnis und Gewinn, aber unter Abzug jedes anderen Erwerbs, einzubeziehen. Die Beweislast zur Höhe der Entschädigung trägt der Auftragnehmer, so der BGH in seinem Urteil vom 30.01.2020 (VII ZR 33/19).

Der Fall

Der Auftragnehmer wird vom Land Berlin mit Trockenbauarbeiten für eine Schulerweiterung beauftragt. Baubeginn soll der 21.11.2016 sein. Wegen fehlender Vorleis-

tungen kann er aber erst knapp sechs Monate später mit den Arbeiten beginnen. Für den Stillstandszeitraum verlangt der Auftragnehmer nun 159.000 € zusätzlich.

Die Entscheidung

In seinem Grundsatzurteil entscheidet der BGH die bisher offene Frage, wie die Entschädigung bei einer Bauzeitverzögerung im Einzelnen zu berechnen ist, wie folgt:

- Die Entschädigung nach § 642 BGB gewährt keinen vollständigen Ausgleich für den nicht erwirtschafteten Werklohn. Die bisher verbreitete Praxis, Werklohn einfach „hochzurechnen“, die schon vorher zweifelhaft war, hat damit endgültig ein Ende. Vielmehr erhält der Auftragnehmer nur einen Ausgleich für unproduktiv bereit gehaltenen Produktionsmittel einschließlich der Anteile für AGK sowie für Wagnis und Gewinn. Diese muss er präzise aufschlüsseln, bezogen auf die genauen Behinderungszeiträume.
- Anders als im Falle der Kündigung, muss der Auftragnehmer sich jeden anderen Umsatz, den er während des Annahmeverzugs des Auftraggebers erwirtschaftet, auf die Entschädigung anrechnen lassen.
- Die Beweislast dafür, welche Vergütungsbestandteile nutzlos vorgehalten wurden und für das Nichtvorliegen anderweitigen Erwerbs trägt der Auftragnehmer!



Folgerungen für die Praxis

Die Entscheidung zeigt erneut, welche hohen Hürden der Unternehmer erklimmen muss, um einen Bauzeitnachtrag erfolgreich durchzusetzen. Der Fall betraf den noch recht simplen Fall einer reinen Anfangsverzögerung. Ursache und Zeitraum der Verzögerung waren also klar abgrenzbar, so dass der Auftragnehmer um die sonst erforderliche die bauablaufbezogene Darstellung „herumkam“. Der BGH verlangt aber vom Auftragnehmer eine minutiöse Dokumentation und Berechnung der unproduktiv vorgehaltenen Produktionsmittel. Ohne eine solche Dokumentation sind Bauzeit-Claims wohl auch künftig chancenlos.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Till Schwerkolt](#)



Rechtsanwalt
[Dr. Joachim Wrase](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[VOB/ A: KEIN VERTRAG BEI ABLEHNUNG EINES MODIFIZIERTEN ZUSCHLAGSSCHREIBENS]

Ändert der öffentliche Auftraggeber im Zuschlagsschreiben plötzlich die bisherige Bauzeit, kommt ein Vertrag zu den neuen Konditionen nur zustande, wenn sich der Auftragnehmer auch tatsächlich darauf eingelassen hat. Bleibt das unklar, können später gravierende Schwierigkeiten entstehen, weil unter Umständen gar kein wirksamer Vertrag vorliegt.

Der Fall

In einem öffentlichen Vergabeverfahren hatte eine Landesstraßenbaubehörde Bauleistungen ausgeschrieben. In den Vergabeunterlagen fanden sich sowohl Festlegungen zum voraussichtlichen Ausführungsbeginn als auch zum Fertigstellungstermin. Durch eine Verzögerung im Vergabeverfahren hatte sich auch der Ausführungsbeginn um etwa zwei Monate verzögert. Daher passte die Vergabestelle die Ausführungsfristen in dem Zuschlagsschreiben an.

Auf das Zuschlagsschreiben hin antwortete der Bestbietende dann, dass er den Auftrag nur annehme, wenn auch die Vergütung entsprechend der Bauzeitänderung angepasst werde. Daraufhin hob die Vergabestelle das Verfahren auf. Die Leistungen wurden erneut ausgeschrieben, jetzt mit Reduzierungen beim Leistungsumfang und geänderten Terminvorgaben. Den Zuschlag erhielt nun ein anderer Bieter. Hiergegen wehrte sich der Bieter, der im ersten Durchgang Erstplatzierter gewesen war, gerichtlich.



Modifizierte Zuschlagserteilung

Das Oberlandesgericht Naumburg und der BGH (Urteil vom 03.07.2020, VII ZR 144/19) weisen die Klage im Wesentlichen ab. Denn es ist durch das Zuschlagsschreiben gar kein Vertrag zustande gekommen. Dies begründet der BGH damit, dass sich das Zuschlagsschreiben durch Abweichung der Bauzeiten in ein „modifiziertes Zuschlagsschreiben“ gewandelt habe. Dieses sei rechtlich aber als neues Angebot nach § 150 Abs. 2 BGB zu werten. Will der Bieter nun, dass der Vertrag auch tatsächlich wirksam zustande kommt, muss er das neue Angebot annehmen. Akzeptiert er - wie auch in diesem Fall - das neue Angebot nicht, kommt zwischen den Parteien kein Vertrag durch Zuschlag zustande. Gleiches gilt, wenn der Bieter gar nicht reagiert, denn Schweigen ist keine Willenserklärung.

Praxisrelevanz

Die Frage, wie mit der durch die Zuschlagsverzögerung faktischen Änderung der Bauzeit umzugehen ist, schafft immer wieder Praxisprobleme. Vergabestellen tragen grundsätzlich das Verzögerungsrisiko: Wenn sie dann einen Vertrag mit neuen Fristen schließen wollen, müssen sie bauvertragsrechtlich auch die Mehrkosten tragen. Unabhängig davon ist die Beurteilung der vergaberechtlichen Zulässigkeit einer solchen Vertragsanpassung.

Sowohl die Vergabestelle, als auch die Bieter haben ein Interesse daran, zu klaren und eindeutigen Vereinbarungen zu kommen.

Bevor mit den Arbeiten begonnen wird, sollte deshalb klipp und klar festgelegt sein, wie mit den terminlichen und finanziellen Folgen einer Zuschlagsverzögerung umgegangen werden soll – den „schwarzen Peter“ haben dabei eher die Vergabestellen. Im Extremfall – wie hier – müssen sie die Ausschreibung aufheben und noch einmal neu starten, was zu weiteren Verzögerungen führt.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwältin
[Stefanie Jauernik](#)



Rechtsanwalt
[Dr. Joachim Wrase](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[KOSTEN DER NACHTRAGS- ERSTELLUNG BLEIBEN BEIM AUFTRAGNEHMER]

Kosten eines Privatsachverständigengutachtens für eine Vergütungsermittlung nach VOB/B sind vom Auftraggeber nicht als Teil der Mehrkosten zu erstatten und bleiben beim Auftragnehmer. Das hat der BGH nun geklärt.

Der Fall

Häufig lassen sich Mehrvergütungsansprüche nur durch ein baubetriebswirtschaftliches Sachverständigengutachten schlüssig darlegen. Das gilt insbesondere für Mehrvergütungsansprüche im Zusammenhang mit der Entschädigung von Bauzeitverzögerungen – vgl. hierzu auch die Artikel zu Bauzeitverzögerungen und modifizierten Zuschlagserteilungen in diesem Newsletter.

Im vom BGH mit Urteil von 22.10.2020 (VII ZR 10/17) entschiedenen Fall schrieb der Auftraggeber den Neubau einer Straßenüberführung aus. Es kam zu Verzögerungen im Ausschreibungsverfahren. Der Zuschlag wird im Ergebnis gut 3 Monate später erteilt als vorgesehen, die Bauzeit verschob sich damit ebenfalls um gut 3 Monate nach hinten. Der Auftragnehmer macht bauzeitbedingte Mehrkosten nach § 2 Abs. 5 VOB/B geltend, ferner die Kosten für ein baubetriebliches Privatsachverständigengutachten. In diesem Gutachten wurden die entstandenen Mehrkosten ermittelt, die dann mit zum Gegenstand der Schlussrechnung gemacht wurden.

Die Entscheidung

Der BGH stellte in seinem Urteil klar, dass Kosten eines Privatsachverständigengutachtens, die der Auftragnehmer zur Ermittlung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B aufwendet, nicht vom Auftraggeber als Teil der Mehrkosten zu erstatten sind.

Kosten zur Ermittlung der Vergütung können schlicht und ergreifend nicht selbst Gegenstand dieser Vergütung sein. § 2 Abs. 5 VOB/B stellt bei der Ermittlung der Mehr- und Minderkosten auf diejenigen ab, die im Zusammenhang mit der vertraglich vereinbarten Leistung anfallen. Dazu gehören aber nicht die Kosten, die erforderlich sind, eine geschuldete Vergütung erst schlüssig zu ermitteln.

Folgerungen

Die Ermittlung von bauzeitbedingten Mehrkosten ist aufwändig und die rechtlichen Hürden extrem hoch, insbesondere, wenn es nicht lediglich um einen verzögerten Start geht. Hierfür wird ein Auftragnehmer regelmäßig baubetriebswirtschaftliche Expertise hinzuziehen müssen, die Geld kostet. Aufgrund der tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten sollte dieses Geld nur dann investiert werden, wenn sich Aufwand und Ertrag auch die Waage halten – mithin: Gutachterkosten sind dann in Kauf zu nehmen, wenn die streitige Forderung plausibel und so hoch ist, dass ein auskömmlicher Vergleich geschlossen werden kann. Die Entscheidung des BGH dürfte sich auch auf andere Konstellationen übertragen lassen,



bei denen der Auftragnehmer externe Hilfe bei der Erstellung von Nachtragsangeboten in Anspruch nimmt.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Till Schwerkolt](#)



Rechtsanwalt
[Dr. Joachim Wrase](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[VORSICHT BEI BEMUSTERUNGSTERMINEN]

Gibt es im Werkvertrag klare Vorgaben zum Leistungssoll, so führt der Umstand, dass bei einem Bemusterungstermin teilweise mit anderen Materialien gearbeitet wurde, nicht dazu, dass nunmehr plötzlich diese anderen Materialien geschuldet sind.

Der Fall

Ein Bauherr beauftragte einen Unternehmer mit umfangreichen Sanierungsmaßnahmen. Nach dem Vertrag sollten auch Sonderelemente aus Weißglas verbaut werden. Im Bemusterungstermin wurden Sonderelemente mit einer grauen Beschichtung aus Keramikfarbe vorgestellt. Die Sonderele-

mente bei der Bemusterung waren allerdings aus Grünglas.

Nach dem Bemusterungstermin teilte der Auftraggeber schriftlich mit, dass er sich für den Pinselauftrag der Keramikfarbe aus der Bemusterung entschieden habe. Im bestätigten Nachtragsangebot und in der Abschlagsrechnung war das Material – wie auch schon im Vertrag – als Weißglas, veredelt mit grauer Keramikfarbe, bezeichnet. Verbaut wurde dann jedoch Grünglas mit grauer Keramikfarbe. Der Auftraggeber verweigert die Bezahlung, weil er Weißglas mit grauer Keramikfarbe haben wollte.

Die Entscheidung

Das OLG Naumburg als Vorinstanz gab noch dem Unternehmer recht, der BGH mit Beschluss vom 26.02.2020 (VII ZR 89/19) dann dem Bauherrn. Das OLG hatte angenommen, dass der gemeinsame Termin zur Bemusterung des einzubauenden Materials habe dienen sollen. Der BGH machte deutlich, dass es auf die Auslegung der Vertragsunterlagen und seines Sinngeltes ankommt. Die Verwendung von Weißglas war seit jeher im Vertrag so bestimmt und auch Gegenstand des bestätigten Nachtragsangebotes sowie der Abschlagsrechnung. Insofern sollte es bei dem Bemusterungstermin erkennbar nur um die Details zur Beschichtung, nämlich dem Pinselauftrag mit grauer Keramikfarbe, gehen. So hatte es der Bauherr im Prozess auch vorgetragen.



Folgerungen

Ähnlich hatten in der Vergangenheit auch schon das OLG Schleswig (Urteil vom 18.08.2017, 1 U 11/16) und der BGH (Beschluss vom 05.06.20218, VII ZR 200/17) entschieden: Durch die Freigabe eines Produktes im Rahmen einer Bemusterung werden die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht verdrängt, selbst dann, wenn der Bauherr bei der Bemusterung die Abweichungen vom Leistungsverzeichnis erkennen konnte. In dem dortigen Bemusterungstermin sollten allein farbliche Abweichungen zwischen den alten Bestandsfliesen und den neuen Fliesen abgestimmt werden. Die neuen Fliesen bei der Bemusterung hatten jedoch eine andere Oberfläche mit einer anderen Rutschfestigkeit als die alten Fliesen und die Fliesen gemäß Leistungsverzeichnis. Oberflächen und Rutschfestigkeit waren jedoch gar nicht Gegenstand der Bemusterung, so dass durch die Bemusterung auch keine Änderung des Leistungssolls hierzu eintreten konnte.

Anders sieht es dann aus, wenn sich aus dem Vertrag und/oder dem zugrundeliegenden Leistungsverzeichnis ergibt, dass eine vereinbarte Beschaffenheit zur Glasfarbe der Sonderelemente, der Oberflächen oder der Rutschfestigkeit gerade erst in einem Bemusterungstermin definiert werden soll. Das war in den vorgestellten Fällen aber nicht der Fall. Eine von den Parteien vorgenommene Bemusterung verdrängt die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses also dann, wenn die Bemusterung die geschuldete Werkbeschaffenheit erst endgültig festle-

gen soll. Bauherr und Unternehmer sollten sich regelmäßig vor einem Bemusterungstermin ausdrücklich darüber abstimmen, was denn überhaupt bemustert werden soll und was als vertraglich gesetzt gilt.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Joachim Wrase](#)



Rechtsanwältin
[Stefanie Jauernik](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[LEISTUNG MANGELHAFT: FIKTIVE ODER TATSÄCHLICHE MÄNGELBESEITIGUNGSKOSTEN ALS SCHADENSERSATZ?]

Ob Schadensersatz auf der Grundlage rein fiktiver oder tatsächlich entstandener Mängelbeseitigungskosten zu berechnen ist, bleibt streitig. Selbst innerhalb des Bundesgerichtshofs wird die Frage unterschiedlich beantwortet.

Werkvertragsrecht: (nur) Ersatz der tatsächlichen Kosten der Mängelbeseitigung

Viele Jahre entsprach es der höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass der Schadensersatz im Fall einer mangelhaft erbrachten Werkleistung der Höhe nach anhand der für die Mängelbeseitigung voraussichtlich



erforderlichen, aber tatsächlich noch nicht aufgewendeten („fiktiven“) Mängelbeseitigungskosten bemessen werden konnte. Folge war, dass Schäden häufig im Ergebnis gar nicht beseitigt wurden.

Der für das Werkvertragsrecht zuständige VII. Zivilsenat des BGH hat im Jahr 2018 diese jahreslange Rechtsprechung geändert. Der Auftraggeber, der den Mangel nicht beseitigen lässt, kann im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung seinen Schaden seitdem nicht mehr nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen. Eine Schadensbemessung nach den Mängelbeseitigungskosten kommt nur in Betracht, wenn der Besteller den Mangel tatsächlich hat beseitigen lassen und ihm also für die Mängelbeseitigung auch Kosten entstanden sind (BGH, Urt. v. 22.02.2018, Az.: VII ZR 46/17).

Kaufvertragsrecht: (weiterhin) Ersatz der fiktiven Kosten der Mängelbeseitigung

Der für das Kaufvertragsrecht zuständige V. Zivilsenat hält für das Kaufrecht nach wie vor die Schadensbemessung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten bei mangelhafter Leistung für sachgerecht. Von der diesbezüglichen gefestigten Rechtsprechung will er nicht abweichen und hat daher den VII. Zivilsenat nunmehr gebeten, zu erklären, ob er an seiner Rechtsauffassung bezüglich der Ermittlung des Schadens mit den tatsächlichen Mängelbeseitigungskosten festhalten werde.

Entscheidung durch den Großen Zivilsenat des BGH

Die Antwort des VII. Zivilsenats des BGH lautet: ja (Beschluss vom 08.10.2020 (VII ARZ 1/20)).

Nun muss der Große Zivilsenat des BGH entscheiden. Der Große Zivilsenat des BGH ist immer dann zuständig, wenn einzelne Senate des BGH unterschiedliche Rechtsauffassungen vertreten. Wir erwarten also mit großer Spannung, wie der Große Zivilsenat diese Rechtsfrage entscheiden wird. Folgende Konstellationen sind möglich:

- Der Große Zivilsenat kann sich der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats anschließen und sowohl im Kaufvertragsrecht als auch im Werkvertragsrecht den kleinen Schadensersatz im Falle einer mangelhaften Leistung allein auf tatsächlich angefallene Mängelbeseitigungskosten beschränken.
- Der Große Zivilsenat kann sich auch der Rechtsauffassung des V. Zivilsenats anschließen und sowohl im Werkvertragsrecht als auch im Kaufvertragsrecht zukünftig wieder die Ermittlung des kleinen Schadensersatzes im Falle einer mangelhaften Leistung auf der Grundlage fiktiver Mängelbeseitigungskosten zulassen.
- Zuletzt ist aber auch möglich, dass der Große Zivilsenat aufgrund dogmatischer Unterschiede im Kauf- und im Werkvertragsrecht zu dem Schluss kommt, dass die Rechtsauffassungen der beiden Zivilsenate parallel weiter fortbestehen können.



nen. Es ist also auch denkbar, dass im Ergebnis im Kaufrecht im Fall einer mangelhaften Leistung ein Schadensersatz aufgrund fiktiver Mängelbeseitigungskosten möglich ist, im Werkvertragsrecht aber nicht.

Fortsetzung folgt.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Benjamin Tschida](#)



Rechtsanwalt
[Dr. Sebastian Schattenfroh](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[GGSC] AUF VERANSTALTUNGEN

Prof. Dr. Jörg Beckmann

Städtebauliche Verträge – Effektiver und rechtssicherer Abschluss städtebaulicher Verträge bei "normalen" und bei vorhabenbezogenen Bebauungsplänen einschließlich deren Abwicklung

vhw - Bundesverband für Wohnen und Stadtentwicklung gemeinsam mit Deutsches Institut für Urbanistik (Difu), im Auftrag des Bundesinstituts für Bau-, Stadt und Raumforschung (BBSR) und des Bundesministeriums des Inneren für Bau und Heimat (BMI)

[22.02.2021 Online-Fortbildung](#)

[22.03.2021](#)

Prof. Dr. Jörg Beckmann

Der städtebauliche Vertrag
vhw 1. Workshop in Rostock
Präsenzveranstaltung
[03.05.2021 Rostock](#)

Prof. Dr. Jörg Beckmann

Der städtebauliche Vertrag
vhw 2. Workshop in Leipzig
Präsenzveranstaltung
[20.09.2021 Leipzig](#)

[GGSC-VERÖFFENTLICHUNGEN]

Prof. Dr. Jörg Beckmann

Klimaschutz als Gegenstand städtebaulicher Verträge

Fachzeitschrift UWP (März Heft/2021)

[HINWEIS AUF ANDERE GGSC-NEWSLETTER]

Vergabe Newsletter

[Februar 2021](#)

Einige Themen dieser Ausgabe:

- [Äußerste Dringlichkeit in Zeiten von Corona schließt Vergabeverfahren nicht gänzlich aus](#)
- [Ausbleibender Wettbewerb – Was nun?](#)
- [Die Urkalkulation: Alles streng geheim?](#)