

### Schadensberechnung beim Bauträgervertrag

BGB §§ 249 I, 280 I, 281, 634 Nr 2-4, 637, 638

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.

2 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.

3 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.

5 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 I BGB vom Architekten zu ersetzen. Vor Begleichung der Kosten kann der Besteller Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen.

6 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, Urt. v. 22.2.2018 – VII ZR 46/17<sup>1</sup>

## Anmerkung:

### I. Sachverhalt

Im Zuge des Neubaus ihres Einfamilienhauses beauftragt die Bauherrin (spätere Klägerin) im Jahr 2003 einen Unternehmer unter Einbeziehung der VOB/B mit der Verlegung von Natursteinplatten im Außenbereich. Mit der Planung und Bauüberwachung beauftragt sie einen Landschaftsarchitekten. 2005 erklärt die Klägerin die Abnahme. Ab 2007 treten Mängel an den Natursteinplatten auf (Risse, Kalk- und Salzausblühungen, Farbabplatzungen usw.). Die Klägerin verklagt den Unternehmer (unter Berücksichtigung eines Mitverschuldensanteils von 25 % wegen Planungsfehlern) auf Zahlung von Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung in Höhe von rund 90 000 EUR; den Architekten verklagt sie (als Gesamtschuldner mit dem Unternehmer) auf Zahlung von rund 122 000 EUR Schadensersatz. Das Verfahren endet (erst) 2015 in erster Instanz mit einem Urteil zugunsten der Klägerin. Der Unternehmer und der Architekt legen Berufung ein. Nun veräußert die Klägerin ihr Haus. An der Mangelbeseitigung ist sie jetzt nicht mehr interessiert, weshalb sie die Klage gegen den Unternehmer umstellt und nunmehr Zahlung von „kleinem“ Schadensersatz in Höhe der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten verlangt. Unter Abzug der Umsatzsteuer gibt das OLG der Klage auch in der geänderten Fassung statt und weist die Berufungen des Unternehmers und des Architekten zurück. Das OLG lässt aber die – von den Beklagten dann auch eingelegte – Revision zu, um dem BGH Gelegenheit zur Klärung der Frage zu geben, ob die Schadensberechnung auf Basis der Mangelbeseitigungskosten unter Verzicht auf die Mangelbeseitigung rechtens ist.

### II. Die Entscheidung des BGH

Der BGH hebt das Berufungsurteil auf und verweist zurück. Entgegen seiner bisherigen jahrzehntelangen Rechtsprechung, die er ausdrücklich aufgibt, urteilt er, dass ein Auftraggeber, der auf die Mangelbeseitigung verzichtet, zwecks

Vermeidung einer „Überkompensation“ seinen „kleinen“ Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB nicht nach den (fiktiven) Mangelbeseitigungskosten berechnen kann. Als Schadensersatz kann nur die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert des mangelfreien Bauwerks und dessen tatsächlichem Wert (mit Mängeln) verlangt werden. Wenn – wie im entschiedenen Fall – das mangelhafte Haus verkauft wurde, kann der Schaden auch nach einem etwaigen konkreten Mindererlös (wegen der Mängel) berechnet werden. Zwar können gemäß § 249 II BGB auch fiktive Kosten als Schadensersatz verlangt werden, aber nur dann, wenn es – anders als im Fall – um die Beschädigung einer Sache geht.

Wenn der Auftraggeber nicht die Wertdifferenz, sondern die Mangelbeseitigungskosten erhalten will, kann er die Mangelbeseitigung durchführen und anschließend die dadurch verursachten Kosten als Schaden gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB ersetzt verlangen. Hat der Auftraggeber die Mangelbeseitigung bereits beauftragt, kann er Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen. Will der Auftraggeber die Mangelbeseitigung durchführen, aber nicht vorfinanzieren, kann er vom Unternehmer Vorschuss gemäß § 634 Nr. 2, § 637 BGB verlangen. Vom Architekten kann zwar kein Vorschuss gemäß § 634 Nr. 2, § 637 BGB verlangt werden, weil der Vorschussanspruch der Nachbesserung dient und diese vom Architekten nicht mehr geleistet werden kann, wenn sich der Planungs- oder Überwachungsfehler bereits im Bauwerk verwirklicht hat. Der BGH spricht dem Bauherren im Ergebnis einen Vorschussanspruch aber auch gegen den Architekten zu, der „als Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, § 280 BGB auf Vorfinanzierung in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags gegen den Architekten“ beschrieben wird.

### III. Rechtliche Würdigung

Diese Rechtsprechungsänderung sieht sich folgender Kritik ausgesetzt:

#### 1. Dogmatische und praktische Einwände gegen die Schadensermittlung durch Wertvergleich

Gemäß § 249 II 1 BGB kann der Gläubiger bei Beschädigung einer Sache statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Dass beim Geschädigten dadurch im Einzelfall eine Überkompensation eintreten kann, ist erstens Ansichtssache; denn man muss es nicht als Überkompensation ansehen, wenn der Geschädigte Geld bekommt und den Schaden bestehen lässt. Zweitens ist es vom Gesetzgeber so gewollt (Zustimmung erfährt die Begründung des BGH aber gerade in diesem Punkt von *Lehmann-Richter* NZM 2018, 315 (316)). Weshalb der Grundsatz des § 249 II 1 BGB nicht gelten soll, nur weil ein Sachschaden nicht durch spätere Einwirkung (Beschädigung) eintritt, sondern weil sich ein der Sache innewohnender Mangel realisiert, ist nicht einzusehen; die Interessenlage ist dieselbe. Wenn bspw. im besprochenen Fall die Risse und Abplatzungen im Natursteinbelag nicht infolge von Material- oder Verlegefehlern, sondern infolge von Hammerschlägen aufgetreten wären, hätte die Klägerin gegen den Schädiger einen Geldersatzanspruch, der von der Veräußerung des Hauses unberührt geblieben wäre. Die Auffassung des VII. Zivilsenats führt zu einem Wertungswiderspruch.

<sup>1</sup> Den Volltext der Entscheidung finden Sie als BeckRS 2018, 2537 in ZWEDirekt.

Die vom BGH nunmehr vorgegebene Schadensberechnung, wonach der durch eine mangelhafte Werkleistung entstehende Schaden durch einen Wertvergleich zwischen dem mangelbehafteten und dem mangelfreien Grundstück zu berechnen ist, ist außerdem praktisch *nicht durchführbar*. Bei der Ermittlung des Grundstückswerts, die grundsätzlich nach Maßgabe der Immobilienwertermittlungsverordnung zu erfolgen hat, spielt der Umstand, ob ein Mangel oder Schaden vorliegt, keine eigenständige Rolle. Zutreffend sieht *Deppenkemper* JM 2018, 222 (228) der Spekulation Tor und Tür geöffnet und resümiert: "Ein Verkehrswert für ein mangelhaftes Werk ist mangels Markt nicht feststellbar." Ein Sachverständiger für Verkehrswertermittlung wird einen Auftrag, in einem solchen Fall die Wertdifferenz zu ermitteln, deshalb ablehnen oder – jedenfalls nach hiesiger Überzeugung – nicht seriös durchführen können. Die Problematik ist aus den sachlich gleichgelagerten Fällen bekannt, in denen nach mangelhafter Werkleistung der trotz Nacherfüllung bzw. Schadensersatzleistung verbleibende merkantile Minderwert eines Gebäudes geltend gemacht und eingeklagt wird. Mehrere Urteile der jüngeren Zeit belegen, dass sich der Minderwert nicht verlässlich ermitteln lässt. In einem vom KG (BeckRS 2014, 122080 = IBR 2017, 505) entschiedenen Fall führte der gerichtlich beauftragte Sachverständige eine „Expertenbefragung“ durch: Er fragte 30 „Fachleute“ nach ihrer Einschätzung zu den Auswirkungen der durchgeführten Mängelarbeiten auf die Zahlungsbereitschaft potenzieller Kaufinteressenten. Die Hälfte der befragten Personen lehnte die Beantwortung ab (nach Meinung des *Verfassers* aus guten Gründen), die verbliebenen 15 gaben eine Stellungnahme ab, aus der der Gerichtssachverständige seine „sachverständige“ Bewertung des merkantilen Minderwerts ableitete. Der BGH billigte diese Vorgehensweise und wies die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten gegen das Urteil des KG zurück. Das OLG München kam in einem Fall, in dem eine Wohnungseigentümergeinschaft den nach einer Dachsanierung verbleibenden merkantilen Minderwert in Höhe von 50 000 EUR einklagte, um eine genaue Ermittlung herum, weil dieser Betrag (aufgeteilt nach der Anzahl der Wohnungen) weniger als 1 % des Durchschnittskaufpreises betrug. Das OLG München urteilte, dieser Betrag könne als „Mindestschaden auch ohne Einholung eines Sachverständigen gutachtens durch das Gericht geschätzt werden, da dieser geringe Prozentsatz unter der von einem Sachverständigen zu erwartenden Genauigkeit“ liege (OLG München ZWE 2014, 256). In einem vom *Verfasser* geführten Rechtsstreit lehnte der gerichtlich beauftragte Sachverständige (für Gebäudeschäden) es schlichtweg als unmöglich ab, den nach einer Dachsanierung verbleibenden merkantilen Minderwert zu beziffern. Nach alledem ist zu erwarten, dass ein Auftraggeber, der auf Basis der neuen Rechtsprechung des BGH Schadensersatz wegen Baumängeln geltend macht, vor erheblichen Problemen stehen wird. Es wird die Prognose gewagt, dass in vielen Fällen überhaupt kein Ersatzanspruch herauskommen wird: denn je geringer die Mangelbeseitigungskosten sind, desto weniger wirken sie sich auf die Wertermittlung aus. Aus dieser Erkenntnis kann man ableiten, dass dann eben ein Schaden nicht vorliege; man kann aber auch die Frage stellen, ob der Wertvergleich der richtige Ansatzpunkt zur Schadensermittlung ist.

Als dogmatischer Exkurs sei darauf hingewiesen, dass sich die sachlich gleichen Fragen der Wertermittlung auch im Bereicherungsrecht stellen. Nehmen wir an, im besprochenen Fall des BGH sei die Plattenverlegung ohne oder aufgrund eines unwirksamen Vertrags erfolgt, weshalb der Unternehmer eine Bezahlung seiner Leistung im Wege des Bereiche-

rungsausgleichs (Wertersatzes) gemäß §§ 812 I 1, 818 II BGB geltend macht. Wie ist der Wert des von der Klägerin „Erlangten“ zu ermitteln? Nach hM ist der objektive Wert der Werkleistung maßgeblich und nicht die Wertsteigerung des Grundstücks (BGH NZM 2009, 541 Rn. 24: „Bei rechtsgrundlos erbrachten Dienst- oder (nicht verkörperten) Werkleistungen bemisst sich der Wert der herauszugebenden Bereicherung grundsätzlich nach dem Wert der üblichen, hilfsweise der angemessenen Vergütung.“ Ausführlich zur Frage des Wertersatzes und mit Nachweisen aus der Gesetzesentstehungsgeschichte *Greiner*, Die Haftung auf Verwendungsersatz, 2000, 301 ff.). Der Einheit der Rechtsordnung wäre es zuträglich, wenn im Werkvertragsrecht keine komplett anderen Wertermittlungsgrundsätze gelten würden.

## 2. Die misslichen Folgen bei fehlender Abnahme

Das besprochene Urteil wird dazu führen, dass die Geltendmachung von Schadensersatz wegen Mängeln der Werkleistung keine für den Bauherren ernsthaft in Betracht kommende Option ist. Denn wenn überhaupt eine Werteinbuße eines Gebäudes festzustellen ist, dann in einer die Mangelbeseitigungskosten weit unterschreitenden Höhe und sicher erst nach langwieriger Beweisaufnahme. Dieses Ergebnis ist durchaus im Sinne des VII. Zivilsenats, der darauf verweist, dass der Besteller es ja in der Hand habe, entweder Nacherfüllung geltend zu machen oder im Wege des Kostenvorschusses oder nach durchgeführter Mangelbeseitigung die Mangelbeseitigungskosten zu erlangen. Das ist oft aber nicht möglich. Aus der Perspektive einer Wohnungseigentümergeinschaft sei der Fall beleuchtet, dass das neu bezogene Objekt Mängel aufweist und der Bauträger in die Pflicht genommen werden soll.

Typischerweise liegt in diesen Fällen keine wirksame Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch alle Erwerber vor; meistens wird sich zumindest ein Erwerber, insbesondere ein sog. Nachzügler (zu den Schwierigkeiten bei der Definition des Nachzügler-Begriffs *Häublein* PiG 104, 17), finden, der noch nicht wirksam abgenommen hat und dessen Rechte die Gemeinschaft geltend machen kann. Der BGH hat inzwischen praktisch alle in Bauträgerverträgen üblichen Klauseln, die den Erwerbern das individuelle Recht zur Abnahme entziehen und diese an eine von anderer Seite (Abnahmegremium, Sachverständiger usw.) erklärte Abnahme binden wollen, für unwirksam erklärt. So vorteilhaft es für die Wohnungseigentümer auf den ersten Blick erscheint, sich im Stadium vor der Abnahme zu befinden, so schwierig ist das weitere Vorgehen bei näherem Hinsehen, wenn es um den Anspruch auf Kostenvorschuss geht. Dieser Anspruch ist, weil die Eigentümer gemäß § 21 V Nr. 2 WEG zur mangelfreien Erstherstellung der Wohnanlage verpflichtet sind, für eine Wohnungseigentümergeinschaft das *ideale Mängelrecht*. Denn die Gemeinschaft kann und will die (unvermeidliche) Mangelbeseitigung in der Regel nicht vorfinanzieren, sich aber auch nicht mit dem von einem Sachverständigen theoretisch ermittelten Schadensersatzbetrag begnügen, der oftmals nicht ausreichen wird, um die Mangelbeseitigung tatsächlich zu vollziehen. Beim Kostenvorschuss kann nachgefordert werden, wenn sich nach erfolgter Mangelbeseitigung herausstellen sollte, dass er zu gering bemessen war. Die Einsatzmöglichkeit dieses „idealen Mängelrechts“ erlitt 2017 indes einen herben Schlag, als der BGH (NJW 2017, 1604) in einem Grundsatzurteil entschied, dass die werkvertraglichen Mängelrechte, zu denen der Kostenvorschussanspruch gehört, im Stadium vor der Abnahme nicht geltend gemacht werden können.

Der 2017 für das Stadium vor der Abnahme eingeläutete Bedeutungsverlust des Kostenvorschussanspruchs war zunächst aber einigermaßen zu verschmerzen. Denn gewissermaßen im Gegenzug eröffnete der BGH die Möglichkeit, gestützt auf die §§ 280, 281 BGB Schadensersatz für die Baumängel – also eine Geldzahlung, welche die Wohnungseigentümergeinschaft dann zur Mangelbeseitigung verwenden konnte – zu verlangen. Die Anwendung der Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts im Stadium vor der Abnahme sei, so der BGH, möglich und geboten. Das für den Schadensersatzanspruch erforderliche Verschulden des Bauträgers/Unternehmers liege schon darin, dass Mängel trotz fristbewehrter Aufforderung nicht nachgebessert wurden (BGH NJW 2017, 1604 Rn. 41). Eine Wohnungseigentümergeinschaft konnte also vom Kostenvorschuss- auf den Schadensersatzanspruch umstellen. Das hat sich durch das hier besprochene Urteil geändert, jedenfalls in praktischer Hinsicht. Denn mit einem Schadensersatzanspruch ist einer Gemeinschaft aus den oben erwähnten Gründen jetzt nicht mehr gedient; sie erhielte damit nicht das zur Mangelbeseitigung erforderliche Geld, sondern einen aufwändig zu ermittelnden Ausgleich für den Wertverlust des Grundstücks. Die Gemeinschaft steht mit ihren Mängelansprüchen gegen den Bauträger im Stadium vor der Abnahme also schlechter da, als sie stünde, wenn sie dieselben Ansprüche gegen einen Architekten geltend machen würde. Wären die Baumängel nämlich von einem Architekten verschuldet, könnte die Gemeinschaft den vom BGH entwickelten „Vorschussanspruch eigener Art“ beanspruchen.

### 3. Praktische Probleme des Nacherfüllungsanspruchs

Was also kann die Gemeinschaft bzw. können die Wohnungseigentümer im Stadium vor der Abnahme sinnvollerweise tun? Theoretisch können sie – nach Vergemeinschaftung der Mängelrechte und erfolgloser fristbewehrter Mangelbeseitigungsaufforderung – die Mängel beseitigen lassen und anschließend Aufwendungsersatz gemäß § 637 I BGB geltend machen. Praktisch ist es aber schwierig, die Mangelbeseitigungskosten vorzufinanzieren. Und bis vom Bauträger der Aufwendungsersatz begetrieben werden kann, tragen die Eigentümer das Risiko des Eintritts seiner Zahlungsunfähigkeit.

Die Gemeinschaft kann den Bauträger auf Mangelbeseitigung im Wege der (Nach-)Erfüllung in Anspruch nehmen. In der Praxis stellt sich der Erfüllungsanspruch aber oft als nervenaufreibende „Hängepartie“ dar, denn der Bauträger kann das Verfahren auf verschiedene Weise torpedieren. Zum Beispiel kann er Nacherfüllungsbereitschaft bekunden, ohne Taten folgen zu lassen. Oder er behauptet unter Aufbietung von Zeugen, die Mangelbeseitigung sei ihm unmöglich gemacht worden, wobei es wiederum einige Varianten des (unwahren) Vortrags gibt: Mitarbeiter der Verwaltung hätten telefonisch Mangelbeseitigungsarbeiten oder angebotene Termine abgelehnt; oder vor Ort sei dieser oder jener Eigentümer oder Verwaltungsmitarbeiter erschienen und habe erklärt, es sei keine Mangelbeseitigung mehr nötig. Oft werden auch unangekündigt Mangelbeseitigungsarbeiten ausgeführt, von denen anschließend mangels Überwachung – je nach Art des Mangels – schwer zu beurteilen ist, ob die Mängel wirklich beseitigt oder nur vertuscht wurden. Gerne werden unangekündigte Mangelbeseitigungsarbeiten auch kurz vor oder nach Einreichung einer Nacherfüllungsklage durchgeführt; mit der Klageerwiderung wird dann vorgetragen, die Klage sei von vornherein unnötig gewesen und jedenfalls unbegründet. Nach hier vertretener Auffassung

dürfte derartiges Vorbringen eine Mangelbeseitigungs- bzw. (Nach-)Erfüllungsklage zwar nicht tangieren, denn mit Fristablauf verliert der Bauträger sein Selbstvornahme- bzw. Nachbesserungsrecht (BGH NJW 2003, 387; OLG Karlsruhe BeckRS 2015, 15664 = IBR 2015, 353), weshalb weder nachträgliche Angebote der Mangelbeseitigung noch die streitige Behauptung, eine (letztlich „aufgedrängte“) Mangelbeseitigung sei durchgeführt worden, Berücksichtigung finden dürften. In der Praxis muss man aber damit rechnen, dass der Bauträger vor Gericht Gehör findet, weil die Rechtslage diesbezüglich wenig geklärt ist. Die beschriebene „Hängepartie“ findet noch nicht einmal mit dem Erlass eines Urteils ein Ende, sondern kann sich in der Zwangsvollstreckung fortsetzen. Einem Zwangsvollstreckungsantrag der Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 887 ZPO auf Zahlung von Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung wird der Bauträger ggf. wieder seine angebliche Nachbesserungsbereitschaft entgegenhalten (und die Mitwirkung der Gemeinschaft einfordern) oder die Erfüllung der titulierten Pflichten, also (selbstverständlich wiederum eigenmächtig durchgeführte) Nachbesserungsmaßnahmen behaupten. Letzterenfalls muss das Gericht aufklären, ob tatsächlich eine taugliche Nacherfüllung durchgeführt wurde, denn der Erfüllungseinwand ist im Rahmen der Zwangsvollstreckung grundsätzlich beachtlich (BGH NJW-RR 2013, 1336); die Beweisaufnahme geht also (endlos) weiter. In der ersten Variante (Nachbesserungsangebot) wird das Gericht, falls die Wohnungseigentümer die vom Bauträger erneut vorgebrachten Nachbesserungsangebote nicht annehmen, die Ablehnung der Erfüllung unter Umständen als eine der Erfüllung gleichstehende Erfüllungsverweigerung qualifizieren und den Zwangsvollstreckungsantrag abweisen. Nach hiesiger Überzeugung hat ein Gläubiger zwar keine Mitwirkungsobliegenheit, um dem zur Leistung verurteilten Schuldner die freiwillige Erfüllung zu ermöglichen; aber die Rechtslage ist auch diesbezüglich wenig geklärt. Das vorstehend skizzierte Szenario dürfte zur Genüge belegen, dass die Nacherfüllungsklage gegen einen Bauträger der Gemeinschaft häufig wenig Freude bereitet.

### 4. Kostenvorschussanspruch vor der Abnahme „durch die Hintertür“

Nach alledem muss die Gemeinschaft danach trachten, doch wieder von vornherein den Kostenvorschussanspruch geltend machen zu können. Und siehe da – bei näherem Hinsehen ergibt sich, dass der BGH in derselben Entscheidung, in welcher er die Geltendmachung werkvertraglicher Mängelrechte im Stadium vor der Abnahme für unzulässig erklärte, zugleich einen Ausweg eröffnete: das Abrechnungsverhältnis. Zitat: „Der Besteller kann berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die (Nach-)Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Allein das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung eines Mangels im Wege der Selbstvornahme genügt dafür nicht. In diesem Fall entsteht ein Abrechnungsverhältnis dagegen, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen.“ (BGH NJW 2017, 1604 Rn.44)

Hier ist nicht der Ort, um den Sinn und die Hintergründe des gesetzlich nicht geregelten „Abrechnungsverhältnisses“ genauer zu hinterfragen. Wir können aber festhalten, dass

eine Wohnungseigentümergeinschaft, die Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung erlangen möchte, nach der Rechtsprechung in einem ersten Schritt gerade nicht (oder jedenfalls nicht nur oder nicht sogleich) Kostenvorschuss verlangen darf. Die folgenden beiden Muster-Aufforderungsschreiben an Bauträger sollen aufzeigen, was eine Wohnungseigentümergeinschaft (bzw. ein von dieser beauftragter Anwalt) sinnvollerweise erklärt und was nicht – und wie schmal der Grat zwischen Erfolg und Misserfolg ist. Als Sachverhalt wird unterstellt, dass folgende Umstände gegeben sind: a) Der Bauträger verlangte die Abnahme bzw. bot den Erwerbers das Gemeinschaftseigentum zur Abnahme an. b) Die Mängelrechte wurden durch Beschluss „vergemeinschaftet“. c) Der Bauträger wurde unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert. d) Die Frist ist erfolglos abgelaufen.

*Schlecht:* Sehr geehrter Herr Bauträger, nachdem Sie die in unserem Schreiben vom 10.6. genannten Mängel innerhalb der dazu gesetzten Frist nicht beseitigen ließen, fordern wir Sie nunmehr namens unserer Mandantin gemäß § 637 BGB dazu auf, bis zum 20.8. EUR 20 000 Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten zu zahlen. Sollte die Zahlung nicht fristgerecht eintreffen, sind wir beauftragt, gerichtliche Zahlungsklage zu erheben.

*Gut:* Sehr geehrter Herr Bauträger, nachdem Sie die in unserem Schreiben vom 10.6. genannten Mängel innerhalb der dazu gesetzten Frist nicht beseitigen ließen, sind die Eigentümer meiner Mandantin von Ihnen tief enttäuscht. Meine Mandantin hat deshalb beschlossen, mit Ihnen unter keinen Umständen mehr zusammenzuarbeiten. Wir lehnen namens unserer Mandantin die Mängelbeseitigung durch Sie nunmehr ab und fordern Sie dazu auf, bis zum 20.8. EUR 20 000 Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten zu zahlen. Sollte die Zahlung nicht fristgerecht eintreffen, sind wir beauftragt, gerichtliche Zahlungsklage zu erheben.

Man sieht: Im Wesentlichen entscheidet ein einziger Satz („... unter keinen Umständen mehr zusammenzuarbeiten“) über den Erfolg oder Misserfolg des Kostenvorschussanspruchs, denn nur diese Erklärung ist laut BGH geeignet, ein Abrechnungsverhältnis herbeizuführen. Ob das dogmatisch überzeugt, sei dahingestellt; diese Rechtsprechung des BGH ist nun einmal derzeit maßgeblich (überzeugender ist die – vom BGH abgelehnte – Auffassung, vertreten zB von

Ott NZM 2016, 576 (578), wonach Mängelrechte generell schon ab der „Herstellung“ des Werkes zur Anwendung kommen). Der kleine Unterschied hat so große Folgen, dass mancher Bedenken haben wird, im Vertrauen auf den erwähnten „entscheidenden Satz“ Kostenvorschuss zu verlangen. Deshalb sei darauf hingewiesen, dass der BGH eine weitere Ausnahme zugelassen hat, in der eine Wohnungseigentümergeinschaft auch schon im Stadium vor der Abnahme Kostenvorschuss geltend machen kann: Diese Ausnahme liegt vor, wenn die Parteien aufgrund einer unwirksamen Abnahmeklausel irrtümlich von einer wirksamen Abnahme ausgingen; denn ein Bauträger, der mit der unwirksamen Abnahmeklausel den Eindruck erweckt, dass das Erfüllungsstadium aufgrund erfolgter Abnahme des Gemeinschaftseigentums beendet sei, muss als Verwender nach Treu und Glauben den Nachteil tragen, dass er trotz fehlender Abnahme des Gemeinschaftseigentums mit Mängelansprüchen konfrontiert wird (BGH ZWE 2016, 368, Rn. 24; 2016, 318, Rn. 59). Und weil die bislang verwendeten Abnahmeklauseln, wie eingangs schon erwähnt, meistens unwirksam sind, ist diese Ausnahme jedenfalls derzeit noch regelmäßig einschlägig.

#### IV. Zusammenfassung

Bevor Baumängel beseitigt werden, kann als Schadensersatz nur die Wertdifferenz zwischen dem (hypothetisch) mangelfreien Bauwerk und dem tatsächlich mangelhaften verlangt werden. Damit ist einer Wohnungseigentümergeinschaft nicht gedient, weil es ihr nicht um diese Wertdifferenz, sondern darum geht – und gehen muss –, das zur Mängelbeseitigung erforderliche Geld zu erlangen. Im Stadium nach der Abnahme kann eine Gemeinschaft ohne weiteres den Anspruch auf Kostenvorschuss gemäß § 637 III BGB zur Mängelbeseitigung geltend machen. Im Stadium vor der Abnahme ist ihr dieser Anspruch (nur) im dogmatischen Ausgangspunkt verwehrt. Wenn die Gemeinschaft dem Unternehmer (Bauträger) erklärt, mit ihm keinesfalls mehr zusammenarbeiten zu wollen, wird dadurch ein „Abrechnungsverhältnis“ begründet, wodurch der Weg zum Kostenvorschussanspruch frei ist. Der Kostenvorschussanspruch kann auch dann geltend gemacht werden, wenn eine unwirksame Abnahmeklausel vorliegt.

Rechtsanwalt Dr. David Greiner, Tübingen ■