

## Rundschreiben 02/2011

### Thema: Kann der Auftraggeber Nutzungsausfall wegen Mängel verlangen? / Baurecht

#### 1. Einleitung

Es stellt sich die Frage, ob bei einem vorliegenden Mangel der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes einen Nutzungsausfall verlangen kann. Nutzungsausfall kommt in Betracht, wenn der Auftraggeber das Werk in Folge des Mangels nicht nutzen kann.

In den nachfolgenden Ausführungen geht es darum, ob im Rahmen eines Schadenersatzanspruches auch der Nutzungsfall als Mangelfolgeschaden geltend gemacht werden kann.

Zunächst werden allgemein die Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches sowohl nach BGB als auch VOB in einer Übersicht dargestellt, danach wird erörtert, ob der Nutzungsausfall vom Schadenersatzanspruch umfasst ist.

#### 2. Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches, allgemein

Bei Bauverträgen ist grundsätzlich zu unterscheiden hinsichtlich der Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches, ob es sich um einen BGB-Werkvertrag oder einen VOB/B-Werkvertrag handelt. Die Tatbestandsvoraussetzungen unterscheiden sich. Nachfolgende Übersichten sollen dies verdeutlichen:

##### 2.1. Schadenersatz nach BGB

	Schadenersatz neben der Leistung	Schadenersatz statt der Leistung
Rechtsgrundlage	§ 634 Nr. 4 i.V.m.	
	§ 280 Abs. 1 BGB	§§ 636, 281 BGB
Voraussetzungen	<ul style="list-style-type: none"><li>- Mangelhafte Bauleistung</li><li>- Verschulden des Auftragnehmers an dem Mangel</li><li>- Schaden, der auf dem Werkmangel beruht</li><li>- Kein Ablauf der Gewährleistungsfrist</li></ul>	

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pflichtverletzung, die keiner Nacherfüllung zugänglich ist</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pflichtverletzung, die einer Nacherfüllung zugänglich ist (i.d.R. Mangelschaden)</li> <li>- Alternativ: <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Fruchtloser Ablauf einer angemessenen zur Nacherfüllung gesetzten Frist (Ausnahme: § 281 Abs. 2 BGB)</li> <li>b) Ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung durch AN (u.a. wegen unverhältnismäßig hoher Kosten)</li> <li>c) Fehlschlagen der Nacherfüllung</li> <li>d) Unzumutbarkeit der Nacherfüllung für den Auftraggeber</li> </ul> </li> </ul>
<b>Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Sämtliche Mangelfolgeschäden, die einer Fristsetzung nicht zugänglich sind (steht in der Regel neben den anderen Mängelrechten des Auftraggebers) – zeitlich befristet, bis der AG Schadensersatz statt der Leistung verlangt</li> <li>- Schäden aus Nebenpflichtverletzungen, die nicht zu einem Werkmangel führen</li> </ul>	<p>Kleiner Schadensersatz:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Behalten der Werkleistung und Abrechnung der tatsächlichen Mangelschäden einschließlich Nebenkosten</li> <li>- Mangelfolgeschäden, die ab dem Zeitpunkt des Verlangens auf Schadensersatz statt der Leistung entstehen</li> </ul> <p>Großer Schadensersatz: Ausnahmsweise Rückgabe der gesamten Werkleistung und Schadensersatz statt der Leistung, wenn eine bereits bewirkte Teilleistung ohne Interesse für AG ist (§ 281 Abs. 2 S. 2 und 3 BGB)</p>
<b>Weitere (Schadens-) Ersatzregelungen zugunsten des Auftraggebers</b>	<p>§ 634 Nr. 4 i.V.m.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- § 282 BGB: Schadensersatz statt der Leistung wegen Nebenpflichtverletzungen (ohne vorherige Fristsetzung)</li> <li>- §§ 311a, 283, 280 BGB: Schadensersatz statt der Leistung bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung, soweit AN das Leistungshindernis bei Vertragsschluss kannte oder Unkenntnis zu vertreten hat</li> <li>- § 284 BGB: Im Alternativverhältnis zum Schadensersatzanspruch statt der Leistung stehender Aufwendungsersatzanspruch des AG gegen den AN insbesondere bei frustrierten Aufwendungen</li> </ul>	

Rein vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass zwar das Mängelhaftungsrecht verschuldensunabhängig ist, der Schadenersatzanspruch allerdings ein Verschulden voraussetzt. Es gilt im BGB der Grundsatz: Kein Schadenersatz ohne Verschulden<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Hiervon gibt es natürlich Ausnahmen, die aber im Rahmen dieser Darstellung nicht zu erörtern sind.

## 2.2. Schadenersatz nach VOB/B

Beim VOB/B-Vertrag müssen nachfolgende Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen:

Art	Schadenersatz neben der Leistung	Kleiner Schadenersatzanspruch	Großer Schadenersatzanspruch
<b>Rechtsgrundlage</b>	§ 13 Abs. 7 Nr. 1 und 2 VOB/B	§ 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B	§ 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B
<b>Voraussetzungen</b>	Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit, Körperschäden	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Wesentlicher Werkmangel</li> <li>- Erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung</li> <li>- Verschulden des Auftragnehmers</li> <li>- Schaden, der auf dem Werkmangel beruht</li> </ul>	Zusätzlich: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Über den an der baulichen Anlage hinausgehenden Schaden</li> <li>- Alternativ:               <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik oder</li> <li>b) Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit oder</li> <li>c) versicherter oder versicherbarer Schaden</li> </ul> </li> </ul>
<b>Inhalt und Umfang des Schadenersatzanspruchs</b>	Uneingeschränkte Haftung für alle Schäden	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Alle Schäden am Bauwerk einschließlich technischem und merkantilem Minderwert</li> <li>- Mangelbeseitigungskosten</li> <li>- Nahe Mangelfolgeschäden (z.B. Mietausfall, Zinsverluste)</li> </ul>	Alle weiteren, insbesondere entferntere Mangelfolgeschäden des Auftraggebers, vor allem: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Schäden an Einrichtungsgegenständen</li> <li>- Sonstige Vermögensschäden</li> </ul>

Das Mängelhaftungsrecht ist auch nach VOB/B verschuldensunabhängig. Der Schadenersatzanspruch setzt allerdings auch hier ein Verschulden voraus. Im Gegensatz zum BGB wird aber unterschieden, welcher Grad des Verschuldens vorliegt und welches Rechtsgut betroffen ist. Dies hat Einfluss darauf, ob eine Haftung vorliegt, bzw. in welchem Umfang gehaftet wird.

## 3. Der Nutzungsausfall

Gleichgültig, ob ein Schadenersatzanspruch dem Grunde nach gem. BGB oder VOB/B besteht, stellt sich die Frage, ob der so genannte „Nutzungsausfall“ vom Auftragnehmer zu tragen ist.

Unproblematisch ist der Schadenersatzanspruch bei gewerblich genutzten Bauwerken. Hier kann schlichtweg auf den entgangenen Gewinn, § 252 BGB, abgestellt werden oder auf die Kosten für die Ersatznutzung. Als Beispiel seien entgangene Mieteinnahmen genannt.

Problematisch ist die Geltendmachung eines Nutzungsausfalls bei selbst genutzten Bauwerken.

Erstattungsfähig sind auch hier Aufwendungen, die der Auftraggeber zur Anmietung eines Ersatzobjekts oder als Unterbringungskosten (z. B. Hotel) aufbringen muss, wenn die Nutzung des Bauwerks in Folge des Mangels nicht möglich ist.

Umstritten ist allerdings, ob der Auftraggeber eines selbst genutzten Bauwerks „abstrakten Nutzungsentgang“ verlangen kann, wenn er das Bauwerk aufgrund von Mängeln nicht nutzen kann.

Nach einer häufig wiederkehrenden Formel des Bundesgerichtshofs (BGH) hängt die Erstattungsfähigkeit eines Nutzungsausfalls davon ab, ob es sich

*um ein für die Lebenshaltung des Auftraggebers zentrales Wirtschaftsgut handelt und der entgangenen Nutzung ein Geldwert zuerkannt werden kann<sup>2</sup>.*

Die abstrakte Nutzungsentschädigung ist auf die Nutzung solcher Bauwerke und Bauwerksteile beschränkt, auf deren ständige Verfügbarkeit der Auftraggeber typischerweise angewiesen ist.

Dies bedeutet, dass zu diesen Gütern die Wohnung als solche, nicht dagegen Wohnungsteile von untergeordneter Bedeutung, die nur gelegentlich genutzt werden, gehören.

Nutzungsausfall ist grundsätzlich möglich:

- Wohnräume,
- Lagerräume,
- Tiefgarage<sup>3</sup>.

Nutzungsausfall ist grundsätzlich nicht möglich:

- Schwimmbad<sup>4</sup>,
- Garage, wenn Fahrzeug auch in zumutbarer Entfernung außerhalb der Garage abgestellt werden kann<sup>5</sup>,
- Hobby- und Kinderspielkeller<sup>6</sup>,
- Keller, Garten, Terrasse<sup>7</sup>,
- Balkon<sup>8</sup>.

Die vorstehende Aufzählung dient nur als Orientierungshilfe. Entscheidend ist stets der Einzelfall, wie das Garagenbeispiel aufzeigt. Es gibt Fälle, in denen Auftraggeber auf eine Garage angewiesen sind, beispielsweise in zentraler Lage innerhalb einer Großstadt, bei der der Kampf um den Parkplatz quasi Alltag ist. In einer ländlichen Region mit der Möglichkeit, direkt vor der Haustür auf der Straße das Fahrzeug abzustellen, wird man nicht von einer zentralen Bedeutung für die Lebenshaltung sprechen können, wenn man auf der Straße parken muss, statt in der Garage.

Maßgeblich sind daher stets die Umstände des Einzelfalls.

## MERKE:

<sup>2</sup> BGH BauR 1987, 312, 318

<sup>3</sup> BGH BauR 1986, 105

<sup>4</sup> BGH BauR 1980, 271

<sup>5</sup> BGH Urteil vom 05.03.1993, Aktenzeichen: V ZR 87/91

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf BauR 1992, 96

<sup>7</sup> OLG Hamm BauR 2006, 113

<sup>8</sup> OLG Saarbrücken NJW-RR 2006, 1528, 1529

Grob kann man eine abstrakte Nutzungsentschädigung im Wohnbereich annehmen, währenddessen die Nebenräumlichkeiten, insbesondere wenn sie ausgelagert sind, nicht entscheidend sein dürften.

Umstritten ist, selbst wenn ein abstrakter Nutzungsausfall zu berücksichtigen ist, wie diese Entschädigung zu berechnen ist. Auf der Grundlage der Ausführungen des großen Senats des BGH, kommt folgende Berechnung in Betracht<sup>9</sup>:

Marktüblicher Mietzins für die genutzte Wohnung  
 ./ durch die Vermietung erzielte Gewinnspanne,  
 ./ nicht anfallende Kosten bei privater Nutzung.

Es sollen aber auch andere Berechnungsmethoden möglich sein, z. B. Kapitalverzinsung für ein Finanzierungsdarlehen zzgl. Aufwendungen zur Erhaltung der Nutzungsfähigkeit und anderer laufender Kosten, zzgl. Altersminderwert für die Zeit der Gebrauchsentziehung<sup>10</sup>.

Ebenfalls zulässig soll eine Berechnung sein, nach der der Minderwert in Folge des Mangels bei endgültiger Unbenutzbarkeit errechnet wird und sodann der Zeitanteil für die vorübergehende Unbenutzbarkeit bestimmt wird<sup>11</sup>.

**MERKE:**

Die Berechnung des abstrakten Nutzungsausfalls ist gleichfalls eine Wertungsfrage mit Spielräumen. Entscheidend ist hier zu argumentieren und seine Behauptungen unterlegen zu können.

#### 4. Zusammenfassung

Der Auftraggeber kann abstrakten Nutzungsausfall im Rahmen des Schadenersatzes vom Auftragnehmer bei Mängeln verlangen. Allerdings hängt dies entscheidend von dem konkret betroffenen Bereich ab. Der Ausfall von Nebennutzungen führt regelmäßig nicht zu einem entsprechenden Schadenersatz. Die Höhe ist gleichfalls umstritten. Sofern tatsächlich finanzielle Einbußen eintreten, können diese konkret beziffert werden, beispielsweise bei Hotelunterbringungskosten.

---

<sup>9</sup> BGHZ 98, 212

<sup>10</sup> Kniffka, Ibr-online-Kommentar, Bauvertragsrecht, § 634a BGB, Rn. 54

<sup>11</sup> BGH BauR 1986, 105