

## **(Wieder) Änderung der Rechtsprechung zu "fiktiven" Mängelbeseitigungskosten?!**

**Zur Anfrage des V. Zivilsenats an den VII. Zivilsenat des BGH durch Beschluss vom  
13.3.2020 – V ZR 33/19**

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) erließ am 22.2.2018 – VII ZR 46/17, ein grundlegendes Urteil, in dem er seine Rechtsprechung zur Berechnung eines mängelbedingten Schadensersatzanspruchs unter expliziter Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung neu ausrichtete. Sehr vereinfacht gesprochen scheidet es nach diesem Urteil aus, dass ein Besteller einen Schadensersatzanspruch gegen einen Bauunternehmer wegen Mängeln anhand „fiktiver“ Mängelbeseitigungskosten berechnet, obwohl er diese noch nicht aufwandte. Im Verhältnis zu einem Planer gilt nach Auffassung des VII. Zivilsenats dasselbe, wobei der VII. Zivilsenat dem Besteller auch einen Schadensersatzanspruch auf Vorfinanzierung gewährt, der sich auf eine vorherige Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags gegen den Planer richtet.

Das Urteil wurde und wird in der Baurechtsszene sehr intensiv und kontrovers rezipiert und diskutiert und beeinflusste zahlreiche 2018 laufende Prozesse. Die Aussagen dieses Urteils sind nach Auffassung einiger Instanzgerichte in ihrer Reichweite nicht auf das Werkvertragsrecht beschränkt, sondern haben auch Auswirkungen z. B. auf einen kaufvertraglichen Schadensersatzanspruch. Die Frage, ob dem so ist, erreichte nun den u. a. für das Immobilienkaufrecht zuständigen V. Zivilsenat des BGH. Das OLG Düsseldorf (Urteil vom 15.1.2019 - 24 U 202/17) verneinte diese Frage, ließ jedoch wegen grundsätzlicher Bedeutung die Revision gegen ein Urteil zu, um klären zu lassen, ob auch für die kaufrechtliche Sachmängelhaftung (§§ 437 Nr. 3, 280, 281 Abs. 1 BGB) eine Berechnung eines mängelbedingten Schadensersatzanspruchs anhand der voraussichtlich entstehenden Mängelbeseitigungskosten ausscheide.

Im Anschluss an den Verhandlungstermin vor dem V. Zivilsenat am 17.1.2020 richtete dieser nun mit Beschluss vom 13.3.2020 – V ZR 33/19, Anfragen an den VII. Zivilsenat. Zum einen möchte der V. Zivilsenat wissen, ob der VII. Zivilsenat an der in seinem Urteil vom 22.2.2018 vertretenen Rechtsauffassung festhalte, wonach der "kleine" Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280, 281 Abs. 1 BGB nicht anhand der voraussichtlich erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten ("fiktiven") Mängelbeseitigungskosten bemessen werden dürfe. Zum anderen fragt der V. Zivilsenat an, ob der VII. Zivilsenat daran festhalte, dass sich ein Schadensersatzanspruch des allgemeinen Leistungsstörungsrechts auf Vorfinanzierung "in

Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags" richten könne.

Diese Anfrage des V. Zivilsenats beruht auf § 132 Abs. 3 GVG. Nach dieser Vorschrift ist eine Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen nur zulässig, wenn der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, auf Anfrage des gerade mit der Sache befassten Senats erklärte, dass er an seiner Rechtsauffassung festhält.

### **V. Zivilsenat: einheitliche Betrachtung für das Werkvertragsrecht und das Kaufrecht geboten**

Hintergrund ist also, dass der V. Zivilsenat sich der Rechtsauffassung des VII. Zivilsenats **nicht** anschließen will. Er möchte vielmehr für das Kaufrecht an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten, wonach der Käufer im Rahmen des kleinen Schadensersatzes entweder Ausgleich des mangelbedingten Minderwerts oder Ersatz der voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten verlangen könne, wobei es unerheblich sei, ob der Mangel tatsächlich beseitigt werde. Hieran sieht sich jedoch der V. Zivilsenat durch die Begründung gehindert, auf die der VII. Zivilsenat im Urteil vom 22.2.2018 den Wandel seiner Rechtsprechung gestützt habe. Diese Rechtsprechungsänderung lasse sich auf der Grundlage der bislang vom VII. Zivilsenat gegebenen Begründung nicht auf das Werkvertragsrecht beschränken. Soweit der VII. Zivilsenat seine Rechtsprechung auf das Werkvertragsrecht beschränke, erweisen sich die von ihm hierfür angeführten Argumente aus Sicht des V. Zivilsenats nicht als stichhaltig. So könne § 634 BGB kein eigenes, von § 437 BGB gegebenenfalls abweichendes Regelungskonzept entnommen werden, und lägen folglich keine „Besonderheiten des Werkvertragsrechts“ vor. Auch sei nicht ersichtlich, dass die Gefahr einer „erheblichen Überkompensation“ im Werkvertragsrecht stärker als im Kaufrecht gegeben sei. Dies sei eine in erster Linie rechtspolitische Erwägung, von der der V. Zivilsenat bezweifle, dass sie sich empirisch belegen lasse.

Der V. Zivilsenat plädiert im Hinblick auf die Einheitlichkeit für eine Angleichung der Rechtsprechung der Zivilsenate zur Bemessung des mangelbedingten Schadensersatzanspruchs. Er spricht in diesem Zusammenhang auch die zum Delikts-, zum Kauf- und zum Mietrecht ergangene bisherige Rechtsprechung des VI., des VIII. und des XII. Zivilsenats an.

Der 54 Randnummern umfassende, mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung und Literatur versehene Beschluss des V. Zivilsenats macht mit einer Vielzahl von Einzelerwägungen, die aus Platzgründen nicht referiert werden können, die unterschiedliche Sichtweise zu der des VII. Zivilsenats deutlich. Es handelt sich um einen auf äußerst hohem Niveau geführten grundsätzlichen Meinungs austausch innerhalb des höchsten deutschen Zivilgerichts. So-

fern der VII. Zivilsenat an seiner Auffassung festhält, von der nach aktuellem Stand ausweislich des referierten Beschlusses der V. Zivilsenat abweichen will, dürfte es zu einer Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen kommen (§ 132 Abs. 2 GVG).

### **Hinweise für die Praxis**

Für alle Baurechtsanwältinnen und -anwälte bedeutet das allerdings, dass nach der gerade erst in zahlreichen vor dem 22.2.2018 eingeleiteten Prozessen zulässigerweise vorgenommenen Umstellung der Anträge und in neu einzuleitenden Klageverfahren erhebliche Unwägbarkeiten bestehen – gegebenenfalls bis zu einer Entscheidung durch den Großen Senat für Zivilsachen. Es ist aktuell nicht auszuschließen, dass dieser sich der Sichtweise des V. Zivilsenats anschließt und es damit zu einer erneuten Kehrtwende in der Rechtsprechung kommt. Neu einzureichende Klagen müssen daher so ausgestaltet werden, dass sich der jeweilige Mandant alle Optionen im Hinblick auf eine mögliche Neuausrichtung der Rechtsprechung offenhält und hinsichtlich denkbarer Ansprüche den Eintritt der Verjährung verhindert (vgl. auch die Hinweise von Schimkus-Morkel, ZfBR 2020, 328).

Rechtsanwalt Dr. Claus Schmitz  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Mitglied im Vorstand der ARGE Baurecht