

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Dr. Jürgen Lauer
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2021, 623 - 626 (Heft 4)
Verlag	Werner Verlag

Lauer, BauR 2021, 623

Die fiktive Schadensberechnung im Kauf- und Werkvertrag – ein Fall für den Großen Zivilsenat des BGH



von Rechtsanwalt Dr. Jürgen Lauer, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Köln

I. Die Kontroverse

Der Fachöffentlichkeit wird eindrucksvoll vor Augen geführt, mit welcher Ernsthaftigkeit und Tiefe im BGH um die Probleme des Schadensrechts gerungen wird.¹ Es ist wohl die Ausnahme, dass schon die Anfrage an den Senat, von dessen Rechtsprechung abgewichen werden soll, und dessen Antwort so intensiv vor den Augen der Öffentlichkeit ausgebreitet werden. Das mag mit der Reaktion auf das Urteil des 7. Zivilsenats vom [22.02.2018 – VII ZR 46/17](#) ² zusammenhängen, die zwischen Euphorie und heftiger Kritik³ oszillierte. Umso mehr ist die streng nüchterne Argumentation des V. und des VII. Zivilsenats zu begrüßen.

Die Differenz zwischen den beiden Senaten ist gleich eine doppelte. Der 7. Zivilsenat ist der Auffassung, in den Fällen, in denen der Mangel eines Werks nicht beseitigt, sondern stattdessen Schadensersatz statt der Leistung

geltend gemacht wird, sei mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts eine Abkehr von der hergebrachten Schadensberechnung angezeigt.⁴ Wenn wie bisher⁵ die erforderlichen Kosten für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands verlangt werden könnten, ohne dass damit die Beseitigung der Mängel verbunden sei, bestehe die Gefahr der erheblichen Überkompensation.⁶ Damit werde ein tragender Grundsatz des Schadensrechts, das Bereicherungsverbot, beeinträchtigt. In Kenntnis der auch nach dem 01.01.2002 fortgesetzten (fiktiven) Schadensberechnung im Kaufrecht⁷ ist er weiter der Auffassung, es liege keine Divergenz zu dieser Rechtsprechung vor, die eine Anrufung des Großen Zivilsenats gem. [§ 132 Abs. 2 GVG](#) erfordere.⁸ Die Besonderheiten des Werkvertragsrechts führten unter wertenden Gesichtspunkten zu einer anderen Schadensberechnung als im Kaufrecht. Jedenfalls bis zu seiner Anfrage an den 7. Zivilsenat hat dies der 5. Zivilsenat anders gesehen.⁹

Vorliegend geht es nicht darum, wie der fiktive Schaden zu berechnen ist, sondern um die Frage, ob im Werkvertragsrecht der Schaden statt der Leistung nach anderen Grundsätzen zu ermitteln ist als im Kaufrecht.

II. Divergenz oder Differenzierung?

1. Ausgangspunkt des Schadensersatzanspruchs sind die vom Wortlaut her identischen Passagen in [§ 437 BGB](#) und [§ 634 BGB](#). Danach kann bei Mangelhaftigkeit der Sache der Käufer und bei Mangelhaftigkeit des Werks der Besteller,

„wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nichts anderes bestimmt ist,“

nach den [§§ 440](#) , [280](#) , [281 BGB](#) bzw. den [§§ 636](#) , [280](#) , [281 BGB](#) Schadensersatz verlangen.

Einig sind sich die Senate, dass [§ 249 BGB](#) nicht angewendet werden kann, weil [§ 281 Abs. 4 BGB](#) gerade die Naturalrestitution ausschliesse. Von Anfang an bestehe ein auf Geldzahlung gerichteter

Lauer: Die fiktive Schadensberechnung im Kauf- und Werkvertrag – ein Fall für den Großen Zivilsenat des BGH -
BauR 2021 Heft 4 - 624>>

Anspruch. Auch in einer weiteren Wertung besteht Einvernehmen. Der Gläubiger soll nicht erst dann einen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Kosten haben, wenn er die Mangelbeseitigung durchgeführt habe. Vielmehr soll der Schädiger das Vorfinanzierungsrisiko tragen.

2. Geht man vom Wortlaut der [§§ 437](#) und [634 BGB](#) aus, so gibt es theoretisch zwei Möglichkeiten, zwischen den Vertragstypen zu differenzieren. Die erste springt ins Auge, als mit [§ 440 BGB](#) und [§ 636 BGB](#) unterschiedliche Vorschriften in Bezug genommen werden. Allerdings definiert [§ 440 BGB](#) nur die Voraussetzungen, unter denen die Nachfristsetzung entbehrlich ist.¹⁰ Auch [§ 636 BGB](#) kommt nur die Funktion zu, die Voraussetzungen der [§§ 280, 281 BGB](#) in Bezug auf die Fristsetzung zu modifizieren.¹¹

Ein weiteres Einfallstor für Differenzierungen bietet „soweit nichts anderes bestimmt ist“. Da diese Passage sprachlich vor der Klammer der zur Auswahl gestellten Rechte steht, können die [§§ 440, 636 BGB](#) nicht gemeint sein. Andere Bestimmungen, die den Schadensersatz regeln, kennen weder das Kauf- noch das Werkvertragsrecht. Dann handelt es sich um einen typischen Hinweis auf die Nachgiebigkeit der Bestimmungen des Besonderen Schuldrechts gegenüber vertraglichen Abweichungen.¹²

3. Ergänzend kann auf die Entstehungsgeschichte verwiesen werden. Beide Vorschriften wurden im Zusammenhang mit der Schuldrechtsreform zum 01.01.2002 eingeführt. In der Tat beabsichtigte der Gesetzgeber einen grundsätzlichen Eingriff in das bisherige kaufvertragliche Gewährleistungsrecht. Ein auf das Kaufrecht zugeschnittenes, auf römischem Recht beruhendes Gewährleistungsrecht sollte es künftig nicht mehr geben. Die Lieferung einer mangelhaften Sache wurde als Pflichtverletzung verstanden. Die Rechte des Käufers sollten sich – modifiziert durch [§§ 439 bis 441 BGB](#) – aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht ergeben.¹³ Grundsätzliche Änderungen im Werkvertragsrecht waren hingegen nicht vorgesehen. Schon bisher war der Unternehmer zu einer mangelfreien Leistung verpflichtet. Der Reformgesetzgeber hat lediglich das werkvertragliche Gewährleistungsrecht in das allgemeine Leistungsstörungsrecht eingegliedert, was aber im Wesentlichen nicht zu einer Änderung des materiellen Rechts führen sollte.¹⁴

4. Nach Auffassung des 7. Zivilsenats ist die Ausgestaltung des werkvertraglichen Vorschussanspruchs ein Grund für die Differenzierung der Schadensberechnung. Im Kaufrecht gebe es keinen Vorschussanspruch. Deshalb sei hier zur Vermeidung des Vorfinanzierungsrisikos die fiktive Schadensermittlung (ggf. um einen Feststellungsantrag erweitert) erforderlich, um die erforderlichen Mittel für die Nacherfüllung zu verschaffen.¹⁵

Allerdings ist diese Argumentation erläuterungsbedürftig. Bis zum 31.12.2001 ergab sich der Vorschussanspruch des Bestellers nicht aus dem Gesetz. Vielmehr hat ihn der 7. Zivilsenat erst im Jahr 1967 entwickelt.¹⁶ Dies geschah zu einem Zeitpunkt, als er schon die fiktive Schadensberechnung im Werkvertragsrecht gebilligt hatte.¹⁷ Der 7. Zivilsenat weist aber auf eine Besonderheit hin. Der Vorschussanspruch nach dem bis zum 31.12.2001 geltenden Recht war ein auf Mängelbeseitigung gerichteter Anspruch und konnte nur solange geltend gemacht werden wie die Mängelbeseitigung selbst. Zum Schadensersatzanspruch kam der Besteller nach altem Recht idR nur über eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, was zeitgleich den Vorschussanspruch entfallen ließ. Mit der Reform des Schuldrechts stehen nach Auffassung des 7. Zivilsenats Vorschuss- und Schadensersatzanspruch noch nach Ablauf der zur Mängelbeseitigung gesetzten Frist nebeneinander.¹⁸ Es sei deshalb nicht erforderlich, im Werkvertragsrecht an der fiktiven Schadensberechnung weiter festzuhalten, um die als unbillig empfundene Vorfinanzierung zu vermeiden.

Fraglich ist jedoch, ob die fehlende Erforderlichkeit zu einer Änderung der Schadensberechnung führt. Der Gesetzgeber hat von dem Erfordernis

der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung abgesehen, weil die von der Rechtsprechung hierfür aufgestellten Voraussetzungen zu einer Überforderung der Gläubiger geführt hätten.¹⁹ Der Gesetzgeber, der selbst keine wesentlichen Veränderungen des Gewährleistungsrechts gesehen hat,²⁰ hat die vom 7. Senat gezogene Konsequenz zumindest nicht beabsichtigt.

Weder § 437 noch [§ 634 BGB](#) stellen eine klassische Anspruchsgrundlage dar. So sollen die [§§ 437 , 640 BGB](#) lediglich die Rechte des Gläubigers aufzählen; die Folgen ergeben sich hingegen aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht.²¹ Verweist aber [§ 634 BGB](#) lediglich auf die [§§ 280 f. BGB](#) , kann hieraus nicht eine unterschiedliche Schadensbemessung zu [§ 437 BGB](#) abgeleitet werden, der ja auch nur auf dieselben Vorschriften verweist.

Dem widerspricht allerdings der 7. Zivilsenat, der in [§ 634 BGB](#) keine bloße Verweisungsnorm, sondern ein Gesamtkonzept der dem Besteller zur Verfügung stehenden Mängelrechte entnimmt.²² Dies scheint keine bloß terminologische Abweichung zur Aufzählung bzw. zur Rechtsgrundverweisung zu sein. Vielmehr scheint der Senat [§ 634 BGB](#) Wertungen zu entnehmen, die Einfluss auf die Ausgestaltung der Rechte haben.²³ Dies lässt sich jedoch weder dem Wortlaut entnehmen noch steht es mit der Entstehungsgeschichte im Einklang.

5. Weiter meint der 7. Zivilsenat, die erhebliche Überkompensation, die die fiktive Schadensberechnung im Werkvertragsrecht zur Folge habe, rechtfertige eine Differenzierung zum Kaufrecht. Die Unverhältnismäßigkeit sei im Werkvertragsrecht anders geregelt als im Kaufrecht. Während im Werkvertragsrecht nur selten die Unverhältnismäßigkeit zu bejahen sei, würden im Kaufrecht durch [§ 439 Abs. 4 Satz 2 BGB](#) und die Rechtsprechung des 5. Zivilsenats²⁴ engere Schranken gezogen. Allerdings bezieht sich die Regelung der Unverhältnismäßigkeit in erster Linie auf das Nacherfüllungsverlangen und nicht auf die Schadensbemessung.²⁵ Des Weiteren ist hier möglicherweise ein Grund zu sehen, um nach einer Angleichung der Rechtsprechung zur Unverhältnismäßigkeit zu suchen, nicht jedoch für eine Differenzierung im Schadensrecht.

Es sprechen weitere Gründe für den Gleichlauf der Schadensberechnung im Kauf- und im Werkvertragsrecht. Bekanntlich wurde mit der Schuldrechtsreform der Anwendungsbereich des Kaufrechts auf die Werklieferungsverträge deutlich ausgedehnt. Dies hat der Gesetzgeber damit begründet, dass die Anpassung der Gewährleistungsrechte in Kauf- und Werkvertragsrecht es entbehrlich machten, im Werklieferungsvertrag differenzierte Gewährleistungsregeln einzuführen.²⁶

Darüber hinaus lassen sich die Fälle, die zum Gegenstand der Divergenz zwischen den beiden Senaten wurden, bei geringfügiger Sachverhaltsmodifikation auch dem jeweiligen anderen Vertragstypus zuordnen. Wenn die Terrasse, die den 7. Zivilsenat im Jahr 2018 beschäftigt hat, zu einem Reihenhaus gehört hätte, das vom Bauträger nicht neu, sondern erst nach drei Jahren verkauft worden wäre, wäre Kaufrecht anwendbar gewesen.²⁷ Wenn die Parteien im Fall des 5. Zivilsenats nicht nur die Dachausbesserung, sondern auch noch die Beseitigung der Feuchtigkeit²⁸ dem Werkvertragsrecht unterstellt hätten, wären [§§ 634 , 280 , 281 BGB](#) statt Kaufrecht anwendbar gewesen. Gerade diese Unwägbarkeiten und die häufig nur schwer zu entscheidende Frage, ob noch ein Kaufvertrag mit Montageverpflichtung oder doch schon ein Werkvertrag vorliegt, verlangen im Lichte der

6. Abschließend ist der 7. Senat der Auffassung, eine Anrufung des Großen Zivilsenats sei schon deshalb entbehrlich, weil in geeigneten Fällen – und ein solcher sei der vom 5. Senat angefragte Fall – der Schaden anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten geschätzt werden könne.²⁹ Ein geeigneter Fall ist von solchen Konstellationen abzugrenzen, in denen die Kosten der (fiktiven) Mängelbeseitigung den Minderwert deutlich übersteigen und den Wertunterschied nicht annähernd widerspiegeln.³⁰ Um dies jedoch festzustellen, bedarf es einer (doppelten) Beweisaufnahme zur Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten und zur Höhe des Minderwerts. Erst danach könnte die Wertung, ob der Fall eine fiktive Schadensberechnung zulasse, getroffen werden.³¹ Wenn aber schon der Minderwert zuvor auf andere Weise festgestellt worden ist, stellt sich die Frage, weshalb dann noch eine Schätzung zulässig sein sollte. Im Übrigen stellt [§ 132 Abs. 2 GVG](#) auf die Divergenz in einer Rechtsfrage ab, nicht auf das nicht vorhersehbare Ergebnis, einer noch durchzuführenden Beweisaufnahme.

III. Fazit

Entgegen der Auffassung des 7. Senats des BGH rechtfertigen es die Unterschiede der Vertragstypen nicht, die Schadensermittlung in den Fällen, in denen der Käufer/Besteller nicht nachbessern, sondern nur den Schaden liquidieren will, unterschiedlich auszugestalten. Der 5. Senat sollte daher den Großen Zivilsenat anrufen, damit dieser rasch die Streitfrage entscheidet und die Ungewissheit, die bei der praktischen Anwendung des Rechts entstanden ist, beseitigt.

¹ Der Autor ist Partner der Sozietät Loschelder Rechtsanwälte PartG mbB.

² Vgl. [BGH, Beschl. v. 13.03.2020 – V ZR 33/19](#) = [BauR 2020, 1315](#) einerseits und [BGH, Beschl. v. 08.10.2020 – VII ARZ 1/20](#) = [BauR 2021, 225](#) andererseits mit überwiegend zustimmender Besprechung durch Müller, [BauR 2021, 131 ff.](#)

³ [BauR 2018, 815](#) Rdnr. 31 ff.

⁴ Vgl. Kniffka, Editorial [BauR 5/2018](#) einerseits und Seibel, Editorial [NZBau 2/2019](#) andererseits.

⁵ [BauR 2018, 815](#) Rdnr. 31 ff., [Beschl. v. 08.10.2020 – VII ARZ 1/20](#) = [BauR 2021, 225](#) Rdnr. 23 ff.

⁶ [BGH, Urt. v. 28.06.2007 – VII ZR 8/06](#) = [BauR 2007, 1567 \(1568\)](#); weitere Nw. in [BauR 2020, 225](#) Rdnr. 30.

⁷ BGH [BauR 2021, 225](#) Rdnr. 42 ff.

⁸ Vgl. die Nachweise in [BauR 2018, 815](#) Rdnr. 69.

⁹ A.a.O., Rdnr. 70 ff.; [BauR 2021, 225](#) Rdnr. 18 f.

¹⁰ [Beschl. v. 13.03.2020 – V ZR 33/19](#) = [BauR 2020, 1315](#). Nach der Konzeption des Gesetzes ist zunächst die Anfrage an den Senat, von dem abgewichen werden soll, erforderlich. Erst wenn dieser an seiner Rechtsauffassung festhält (wie hier geschehen), kann der abweichende Senat vorlegen ([§ 132 Abs. 3 GVG](#)).

¹¹ MünchKomm.-Westermann, 8. Aufl., § 440 Rdnr. 1.

¹² MünchKomm.-Busche, 8. Aufl., § 636 Rdnr. 1.

¹³ Die später geänderten bzw. eingefügten §§ 476 bzw. 650o BGB schränken aus Verbraucherschutzgründen die Abänderbarkeit ein.

¹⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 219.

- ¹⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 95.
- ¹⁵ BGH, Beschl. v. 08.10.2020 – VII AZR 1/20 = [BauR 2021, 225](#) Rdnr. 32.
- ¹⁶ [Urt. v. 02.03.1967 – VII ZR 215/64](#) = NJW 1967, 1366.
- ¹⁷ Urt. v. 14.06.1962 – VII ZR 250/60 = BeckRs 1962, 31189939 und Urt. v. 17.02.1964 – VII ZR 200/62 = BeckRs 1964, 31190891.
- ¹⁸ BGH, Beschl. v. 08.10.2020 – VII AZR 1/20 = [BauR 2021, 225](#) Rdnr. 55.
- ¹⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 139.
- ²⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 98.
- ²¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 219 f. (KaufR) und S. 261 (WerkvertragsR); MünchKomm.-Westermann, 8. Aufl., § 440 Rdnr. 1 spricht von einer Rechtsgrundverweisung, beck-online Großkommentar-Höpfner, Stand 01.01.2021, § 437 Rdnr. 1; a.a.O., Kober § 634 Rdnr. 3; ähnlich Staudinger-Peters, Bearb. 2019, § 834 Rdnr. 1; von zentraler Verweisungsnorm sprechen PWW-Leupertz/Halfmeier, 11. Aufl., § 634 Rdnr. 1 (vor der Rechtsprechungsänderung).
- ²² BGH, Beschl. v. 08.10.2020 – VII AZR 1/20 = [BauR 2021, 225](#) Rdnr. 61.
- ²³ In diesem Sinne wohl Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., Teil 5 Rdnr. 282.
- ²⁴ [BGH, Urt. v. 04.04.2014 – V ZR 275/12](#) = [BauR 2014, 1938](#) Rdnr. 42 ff.
- ²⁵ So hat der 7. Senat die Unverhältnismäßigkeit der Schadensberechnung aus einer analogen Anwendung des [§ 251 Abs. 2 Satz 1 BGB](#) abgeleitet, [Urt. v. 11.10.2012 – VII ZR 179/11](#) = [BauR 2013, 81 \(82\)](#) m.w.N.
- ²⁶ BT-Drucks. 6040, S. 268.
- ²⁷ Vgl. [BGH, Urt. v. 25.02.2016 – VII ZR 156/13](#) = NJW 2016, 1575.
- ²⁸ Vgl. [BGH, Beschl. v. 13.03.2020 – V ZR 33/19](#) = [BauR 2020, 1315](#).
- ²⁹ BGH, Beschl. v. 08.10.2020 – VII AZR 1/20 = [BauR 2021, 225](#) Rdnr. 81. Dies war so allerdings nicht den Ausführungen in der in Bezug genommenen Rdnr. 30 in der Entscheidung aus dem Jahr 2018 nicht klar zu entnehmen. Vielmehr heißt es in Rdnr. 42 dieses Urteils, die fiktiven Mängelbeseitigungskosten seien nicht als Maßstab heranzuziehen.
- ³⁰ A.a.O., Rdnr. 82.
- ³¹ Auf die „Sachkunde“ der Tatsachengerichte abzustellen, wäre hingegen gewagt, weil zumindest in den Baukammern der Landgerichte eine nicht unbeträchtliche personelle Fluktuation herrscht.