

Entscheidungsanmerkung

Ende der fiktiven Schadensberechnung?

An den *VII. Zivilsenat* des Bundesgerichtshofs wird gemäß § 132 Abs. 3 GVG folgende Anfrage gerichtet:

a) Wird an der in dem Urteil vom 22.2.2018 (VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 31 ff.) vertretenen Rechtsauffassung festgehalten, wonach der „kleine“ Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280, 281 Abs. 1 BGB nicht anhand der voraussichtlichen erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten („fiktiven“) Mängelbeseitigungskosten bemessen werden darf?

b) Wird ferner daran festgehalten, dass sich ein Schadensersatzanspruch des allgemeinen Leistungsstörungenrechts auf Vorfinanzierung „in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags“ richten kann (Urteil vom 22.2.2018 – VII ZR 46/17, aaO Rn. 67)?
(Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 280, 281
GVG § 132

BGH, Urt. v. 13.3.2020 – V ZR 33/19 (OLG Düsseldorf, LG Krefeld)¹

I. Einführung in die Problematik und Kontext der Divergenzanfrage

Der Käufer einer mangelhaften Sache kann Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Verkäufer erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, dieser die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert oder einer der Fälle des § 440 S. 1 BGB vorliegt, §§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB. Dieses Recht steht gem. §§ 634 Nr. 4 Var. 1, 636 BGB auch dem Besteller eines mangelhaften Werks zu. Will der Käufer bzw. Besteller die mangelhafte Sache behalten, kann er „kleinen“ Schadensersatz statt der Leistung verlangen: Er ist dann gem. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB zu entschädigen, soweit der Verkäufer bzw. Unternehmer die Leistung nicht wie geschuldet erbracht hat.²

Nach bisheriger Rechtsprechung durfte der Besteller dabei den Betrag verlangen, der zur Beseitigung des Mangels erforderlich war („fiktive Mängelbeseitigungskosten“).³ Der für das Werkvertragsrecht zuständige *VII. Zivilsenat* des BGH hat unter Aufgabe dieser Rechtsprechung im Frühjahr 2018 entschieden, dass der Besteller, der das Werk behält und nicht reparieren lässt, seinen Schaden im Rahmen des „kleinen“ Schadensersatzes statt der Leistung nicht mehr nach den fik-

tiven Mängelbeseitigungskosten bemessen darf.⁴ Solange der Besteller keine Aufwendungen zur Mängelbeseitigung getätigt habe, sei diesem kein Schaden in entsprechender Höhe entstanden.⁵ Eine striktere Orientierung an den tatsächlich getätigten Aufwendungen des Bestellers sei zudem geboten, um der Gefahr der Überkompensation entgegenzuwirken: Da die Bemessung der fiktiven Mängelbeseitigungskosten von verschiedenen Faktoren abhängt und die so ermittelten Kosten die vereinbarte Vergütung im Einzelfall deutlich übersteigen könnten, führe diese Art der Schadensermittlung bisweilen zu einer nicht gerechtfertigten Bereicherung des Bestellers.⁶

Diese Entscheidung hat in der Literatur ein geteiltes Echo hervorgerufen.⁷ Insbesondere wird diskutiert, ob die Schadensberechnung nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten auch in anderen Fällen, namentlich im Kauf-⁸ und im Mietrecht⁹, aufgegeben werden sollte. So liegen bereits vereinzelt Entscheidungen vor, in denen diese Berechnungsmethode auch dem Käufer versagt wird.¹⁰ Der für das Kaufrecht zuständige *V. Zivilsenat* des BGH hat nunmehr zu erkennen gegeben, dass er dem Käufer auch weiterhin gestatten möchte, seinen Schaden nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten zu beziffern.¹¹ In dem zu entscheidenden Fall hatten die Parteien des Kaufvertrags über eine Eigentumswohnung vereinbart, dass der Verkäufer etwaig auftretende Feuchtigkeitsschäden im Schlafzimmer der Wohnung auf eigene Kosten beseitigen muss. Nach Eintritt des Schadensfalls verweigerte der Verkäufer die Mängelbeseitigung, woraufhin die Käufer Klage auf Zahlung der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten ohne Umsatzsteuer erhoben. Der *V. Zivilsenat* hält diese Berechnungsmethode für zulässig, weicht damit nach eigener Auffassung jedoch von der Rechtsprechung des *VII. Zivilsenats* ab, sodass nach § 132 Abs. 3 S. 1 GVG zunächst eine Divergenzanfrage an diesen *Senat* zu richten war. Sollte der *VII. Zivilsenat* an seiner Rechtsauffassung festhalten, wird der *Große Senat für Zivilsachen* die Rechtsfrage entscheiden müssen, § 132 Abs. 2 GVG.

II. Darstellung und Analyse

Der ausführlich begründete Beschluss berührt wichtige Fragen des allgemeinen und besonderen Schuldrechts.

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=V%20ZR%2033/19&nr=105864> (19.9.2020) und abgedruckt in ZIP 2020, 1073.

² Zur Schadensberechnung anhand fiktiver Kosten jüngst auch *Abt/Lutzenberger*, ZJS 2020, 242.

³ BGHZ 173, 83 (86) = NJW 2007, 2695 (2696).

⁴ BGHZ 218, 1 = NJW 2018, 1463; bestätigt in BGH NJW-RR 2020, 404.

⁵ BGHZ 218, 1 (10) = NJW 2018, 1463 (1465).

⁶ BGHZ 218, 1 (11) = NJW 2018, 1463 (1465 f.).

⁷ Zustimmung *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 634 Rn. 46; *Mäsch*, JuS 2018, 907 (908 f.); ablehnend jedoch *Peters*, JR 2019, 331 (340); *Riehm*, NZM 2019, 273 (281).

⁸ Hierzu *Heinemeyer*, NJW 2018, 2441 ff.

⁹ Dagegen *Riehm*, NZM 2019, 273 (276 ff.).

¹⁰ OLG Frankfurt a.M. ZIP 2019, 1127; zu weiteren Nachweisen BGH ZIP 2020, 1073 (1077).

¹¹ BGH ZIP 2020, 1073 (1077 ff.).

1. Rechtsgrundlage der Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung

Der anfragende Senat holt weit aus und widmet sich zunächst der Frage, auf welcher Rechtsgrundlage der „kleine“ Schadensersatz statt der Leistung zu bemessen ist. Hierzu bestünden im Ausgangspunkt drei Möglichkeiten: erstens die §§ 249 ff. BGB, zweitens die Vorschriften des besonderen Schuldrechts, also des jeweilig einschlägigen Vertragstyps, und drittens das allgemeine Leistungsstörungenrecht der §§ 280 ff. BGB.¹² In großer Ausführlichkeit wird dargelegt, warum die §§ 249 ff. BGB nach Ansicht des V. Zivilsenats ungeeignet sind, um der Problematik Herr zu werden. So passe schon der Primat der Naturalrestitution, den § 249 Abs. 1 BGB grundsätzlich anordne, nicht zum Schadensersatz statt der Leistung: § 281 Abs. 4 BGB schließe den Anspruch auf die Leistung und damit auch die Naturalrestitution aus, weswegen der Anspruch aus § 281 Abs. 1 BGB von vornherein auf Geldersatz gerichtet sei.¹³ Aus diesem Grund könne auch nicht auf § 251 Abs. 1 BGB abgestellt werden – die Naturalrestitution sei nicht, wie es die Norm voraussetzt, „nicht möglich“, sie sei schlicht nicht mehr geschuldet.¹⁴

Auch die Normen des besonderen Schuldrechts – § 437 BGB für den Kauf-, § 634 BGB für den Werkvertrag – können nach Auffassung des V. Zivilsenats nicht herangezogen werden: Es handele sich um bloße „Servicenormen“, die sich darauf beschränkten, die Rechte des Käufers bzw. Bestellers im Gewährleistungsfall aufzulisten.¹⁵ Nur vordergründig stütze sich auch der VII. Zivilsenat auf die Normen des Werkvertrages;¹⁶ entscheidend komme es auf die §§ 280 ff. BGB an.¹⁷ Aus diesem Grund könne die vom VII. Zivilsenat vollzogene Rechtsprechungsänderung auch nicht auf das Werkvertragsrecht beschränkt werden, denn es gehe gerade nicht um Besonderheiten des Werkvertragsrechts, sondern um die für alle Vertragstypen maßgebliche Auslegung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts. Auch der Gesetzgeber sei im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung bestrebt gewesen, einen Gleichlauf zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht herzustellen,¹⁸ zumal die Unterscheidung zwischen Werkvertrag, Kaufvertrag mit Montageverpflichtung und Werklieferungsvertrag häufig schwierig sei.¹⁹ Dass dem Besteller des Werkes, anders als dem Käufer, nach § 637 BGB ein Selbstvornahmerecht samt Vorschussanspruch zustehe, sei unbeachtlich, da auch der VII. Zivilsenat den Vorfinanzierungsanspruch des Bestellers, der Schadensersatz verlange und den

Mangel tatsächlich beseitigen lassen möchte, nicht aus § 637 BGB, sondern aus dem allgemeinen Schadensersatzrecht herleite.²⁰ Insoweit gibt der V. Zivilsenat die Argumentation des VII. Zivilsenats indes etwas verkürzt wieder. Der VII. Zivilsenat entnimmt § 637 BGB offenbar einen beschränkt verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken, wonach der Besteller (nur) im Werkvertragsrecht von den Risiken der Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung freizustellen sei;²¹ insoweit stützt er sich also nicht auf die §§ 280 ff. BGB.²² Allerdings bedarf es dieser Konstruktion überhaupt nur, wenn der Besteller nicht auf Basis der fiktiven Mängelbeseitigungskosten abrechnen darf und deshalb nicht bereits über den Schadensersatzanspruch die Mittel erhält, die er zur Instandsetzung benötigt – maßgebliches Argument für die Aufgabe dieser Berechnungsmethode bleibt die Verhütung einer möglichen Überkompensation aufseiten des Bestellers. Dieses Problem stellt sich jedoch nicht bloß im Werkvertragsrecht, weswegen schon der VII. Zivilsenat eine Divergenzanfrage hätte stellen müssen.²³

2. Bereicherungsverbot und Erfüllungsinteresse

Das zentrale Problem der Bemessung des Schadensersatzes nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten liegt somit nicht in der Unvereinbarkeit mit Leitgedanken des Werkvertragsrechts, sondern in einem Konflikt mit dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot, das eine Überkompensation des Schadensersatzgläubigers gerade verhindern will: Dieser soll über den Schadensersatzanspruch keinen Gewinn erzielen.²⁴ Nach der herrschenden, aus § 249 Abs. 1 BGB abgeleiteten Differenzhypothese bestehe der ersatzfähige Schaden des Gläubigers in der Differenz zwischen seinem gegenwärtigen Vermögensstand und dem hypothetischen Vermögensstand ohne das schädigende Ereignis.²⁵ Hat nun die mangelhafte Sache einen Wert von 8.000 € und kostet die Mängelbeseitigung 2.500 €, scheint der Käufer um 500 € bereichert, wenn der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand 10.000 € beträgt und der Käufer unter Ansatz der fiktiven Mängelbeseitigungskosten „kleinen“ Schadensersatz statt der Leistung verlangt, ohne die Sache im Anschluss reparieren zu lassen, denn dann befinden sich sowohl der Wert der mangelhaften Sache (8.000 €) als auch der Wert der Leistungen, die zur Mängelbeseitigung erforderlich sind (2.500 €) in seinem Vermögen (in Summe also 10.500 €). Bei ordnungsgemäßer (Nach-)Erfüllung stünde der Käufer objektiv betrachtet folglich um 500 € schlechter, denn dann verbliebe ihm allein der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand (10.000 €). Erst wenn der Käufer sich tatsächlich zur Mängelbeseitigung entscheidet,

¹² BGH ZIP 2020, 1073 (1075 f.).

¹³ BGH ZIP 2020, 1073 (1075).

¹⁴ BGH ZIP 2020, 1073 (1075); anders allerdings die ganz herrschende Auffassung im Schrifttum, nach der § 251 Abs. 1 BGB auch den Fall des § 281 Abs. 4 BGB erfasse, vgl. *Mohr*, Jura 2010, 808 (812); *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 251 Rn. 6; *Wiefeld*, AcP 215 (2015), 716 (724).

¹⁵ BGH ZIP 2020, 1073 (1076).

¹⁶ BGH ZIP 2020, 1073 (1075).

¹⁷ BGH ZIP 2020, 1073 (1075 f.).

¹⁸ Vgl. hierzu BT-Drs. 14/6040, S. 94 f., 260 f.

¹⁹ BGH ZIP 2020, 1073 (1077).

²⁰ Unter Verweis auf BGHZ 218, 1 (20) = NJW 2018, 1463 (1468).

²¹ BGHZ 218, 1 (20) = NJW 2018, 1463 (1468).

²² Ebenso bereits *Looschelders*, LMK 2020, 430873.

²³ *Heinemeyer*, NJW 2018, 2441 (2444); *Mäsch*, JuS 2018, 907 (909); *Peters*, JR 2019, 331 (342).

²⁴ *Mäsch*, JuS 2018, 907 (908); *Schiemann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, Vor §§ 249–254 Rn. 2.

²⁵ *Oetker* (Fn. 14), § 249 Rn. 18.

entsteht ihm ein Schaden, der nach der Differenzhypothese beachtlich ist.

a) Die Position des VII. Zivilsenats

Der Begriff der Überkompensation, wie ihn der VII. Zivilsenat verwendet, ist weiter: Zwar beruft er sich auch auf das schadensrechtliche Bereicherungsverbot und stellt maßgeblich darauf ab, dass beim Besteller vor der Mängelbeseitigung keine Vermögensminderung in Höhe der hierzu erforderlichen Kosten zu verzeichnen sei;²⁶ eine Überkompensation liegt nach Ansicht dieses Senats jedoch bereits dann vor, wenn die fiktiven Mängelbeseitigungskosten die vereinbarte Vergütung erheblich übersteigen.²⁷ Damit geht der Senat noch über das Bereicherungsverbot, bei dem es allein auf die Vermögenssituation des Geschädigten ankommt, hinaus. Das ist wenig überzeugend, soll doch der Gläubiger die tatsächlich aufgewendeten Mängelbeseitigungskosten, stets, also auch dann, wenn sie die vereinbarte Vergütung deutlich übersteigen, verlangen können, denn dann liege auch ein entsprechender Schaden vor.

Davon abgesehen steht die Lösung des VII. Zivilsenats jedenfalls mit dem Bereicherungsverbot in Einklang. Überhaupt gesagt muss der Besteller sich nach diesem Ansatz also zunächst selbst schädigen, indem er den Mangel beseitigen lässt, bevor er den hierzu erforderlichen Betrag verlangen kann. Der VII. Zivilsenat versucht dies zu kompensieren, indem er dem Besteller, der den Mangel tatsächlich beseitigen lassen möchte, Ansprüche auf Befreiung von den zu diesem Zweck eingegangenen Verbindlichkeiten und Vorschussansprüche einräumt.²⁸

b) Die Position des V. Zivilsenats – subjektiver Schadensschlag beim Schadensersatz statt der Leistung?

Der V. Zivilsenat hält die Schadensbemessung nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten dagegen für zulässig. Dafür spräche einerseits der Aspekt der Praktikabilität, da sich die voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten leichter ermitteln ließen als der mangelbedingte Minderwert,²⁹ andererseits aber auch die Dogmatik der vertraglichen Schadensersatzansprüche: Habe etwa der Käufer den PKW nicht in der bestellten, besonders schrillen Farbe, sondern in einer verkehrüblicheren Farbe erhalten, könne der Marktwert des PKW dadurch möglicherweise sogar steigen,³⁰ sodass nach der Differenzhypothese zunächst überhaupt kein Schaden vorläge, wenn man die gegenwärtige Vermögenslage des Käufers mit der Vermögenslage bei hypothetisch ordnungsgemäßer Erfüllung vergleichen würde. Folgerichtig müsste bei unterbliebener Nacherfüllung auch ein Schadensersatzanspruch des Käufers ausscheiden. Damit werde das Leistungsinteresse des Käufers an der Neulackierung indes nicht ausreichend abgebildet, sodass er durch Zahlung des für die

Neulackierung erforderlichen Betrags in die Lage zu versetzen sei, den vertragsgemäßen Zustand selbst herzustellen.³¹ Maßgeblicher Anknüpfungspunkt des § 281 BGB ist damit nach Auffassung des V. Zivilsenats der Nacherfüllungsanspruch des Käufers (und nicht der ursprüngliche Anspruch auf mangelfreie Verschaffung der Sache aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB).³² Da § 281 Abs. 4 BGB die Nacherfüllung durch den Verkäufer ausschließe und der Käufer nunmehr selbst für die Beseitigung des Mangels sorgen müsse, sei der hierzu erforderliche Geldbetrag zu entrichten.³³

Der Käufer erhält also Ersatz für die ausgebliebene Nacherfüllungshandlung. Auch in Fällen, in denen die mangelhafte Sache nicht, wie im Fallbeispiel des BGH, von höherem Wert ist als die mangelfreie Sache, kann dies, wie oben gezeigt,³⁴ unter Zugrundelegung der Differenzhypothese zu einer Bereicherung des Käufers führen, weil der Wert der Nacherfüllungshandlung (mit der der vertragsgemäße Zustand herbeigeführt wird) den Wert des Nacherfüllungserfolgs (Wertsteigerung der zuvor mangelhaften Kaufsache) übersteigen kann. Der Verkäufer schuldet im Rahmen der Nacherfüllung jedoch nur einen bestimmten Erfolg, nämlich die Reparatur der Sache, weshalb die Wertdifferenz zwischen Nacherfüllungshandlung und -erfolg für den Käufer zunächst keinen Nutzen hat. Über den „kleinen“ Schadensersatz kann der Käufer den Nacherfüllungsanspruch allerdings aus dem Zusammenhang mit dem primären Erfüllungsanspruch reißen: Dadurch, dass er nun ohne Zweckbindung den für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands erforderlichen Geldbetrag verlangen kann, kann der Käufer den vollen Marktwert der Nacherfüllungshandlung – im eingangs gewählten Rechenbeispiel 2.500 € – liquidieren, was ihm nicht möglich ist, wenn der Verkäufer ordnungsgemäß nacherfüllt, da dem Käufer dann allein der Wert der mangelfreien Sache verbleibt.

Damit steht der Käufer besser als bei ordnungsgemäßer (Nach-)Erfüllung. Diese Besserstellung kann zwar wieder entfallen, wenn der Käufer tatsächlich zur Reparatur schreitet. Für die Frage, ob der Schadensersatzgläubiger bereichert ist, kann es jedoch nicht darauf ankommen, ob er die Ersatzzahlung gewinn- oder verlustbringend einsetzt. Der V. Zivilsenat stellt den Käufer wirtschaftlich nicht so, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung durch den Verkäufer stünde, sondern fragt, welchen Betrag der Käufer noch aufwenden müsste, um den vertragsgemäßen Zustand zu erreichen. Diese Vorgehensweise ist mit dem Bereicherungsverbot unvereinbar.³⁵ Im PKW-Beispiel des entscheidenden Senats geht es dem Käufer jedoch gerade um den Erhalt einer objektiv minderwertigen Leistung. Dass diese Leistung ausbleibt, ist bei objektiv-wirtschaftlicher Betrachtung unschädlich, für den Käufer aber möglicherweise entscheidend.³⁶ Unweigerlich fühlt man sich an die strafrechtliche Figur des persönlichen

²⁶ BGHZ 218, 1 (10 f.) = NJW 2018, 1463 (1465).

²⁷ BGHZ 218, 1 (11) = NJW 2018, 1463 (1465); ebenso *Mäsch*, JuS 2018, 907 (908).

²⁸ BGHZ 218, 1 (15) = NJW 2018, 1463 (1467).

²⁹ BGH ZIP 2020, 1073 (1079).

³⁰ BGH ZIP 2020, 1073 (1078).

³¹ BGH ZIP 2020, 1073 (1077 f.).

³² BGH ZIP 2020, 1073 (1077).

³³ BGH ZIP 2020, 1073 (1077 f.).

³⁴ Oben II.

³⁵ *Mäsch*, JuS 2018, 907 (908).

³⁶ Darauf abstellend bereits *Peters*, JR 2019, 331 (340).

Schadenseinschlags erinnert,³⁷ wenn das subjektive Interesse des Käufers am Erhalt der vereinbarten Leistung vom *V. Zivilsenat* in den Mittelpunkt gerückt wird. Seine Rechtfertigung findet dieser Bruch mit dem Bereicherungsverbot und dem objektiv-wirtschaftlichen Ansatz der Differenzhypothese in einer wertenden Betrachtung der Interessenlage der Vertragsparteien.

c) Bewertung

Für eine solche Schadensberechnung im Rahmen des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung streitet, dass schon der Nacherfüllungsanspruch als modifizierter Erfüllungsanspruch³⁸ darauf angelegt ist, den Käufer doch noch in den Genuss der vertragsgemäßen Leistung zu bringen und der Verkäufer hierfür regelmäßig Aufwendungen tätigen muss, die den Wertzuwachs, den die Sache durch die Reparatur erfährt, übersteigen. Erst bei unverhältnismäßigen Kosten kann er die Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 4 S. 1 BGB verweigern.³⁹ Selbiges gilt nach § 635 Abs. 3 BGB für den Unternehmer. Diese Aufwendungen kommen dem Käufer zugute, mögen sie sich auch nicht wertsteigernd auswirken. Müsste der Käufer sich im Rahmen des „kleinen“ Schadensersatzes nunmehr mit dem mangelbedingten Minderwert zufriedengeben oder die Mängelbeseitigung zumindest vorfinanzieren, wäre dies gegenüber dem Nacherfüllungsanspruch eine spürbare Verschlechterung seiner Position, was vor dem Hintergrund, dass der Schadensersatzanspruch sogar Vertretenmüssen des Schuldners voraussetzt und gegenüber der Nacherfüllung subsidiär ist,⁴⁰ durchaus fragwürdig erscheint. Demgegenüber bestünde für den Verkäufer ein Anreiz, die möglicherweise kostspielige Nacherfüllung zu verweigern und darauf zu spekulieren, dass der Käufer die Sache nach Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs nicht selbst reparieren lässt, denn dann müsste er nur den mangelbedingten Minderwert ersetzen.⁴¹ Für die Lösung des *V. Zivilsenats* spricht insbesondere, dass die Bereicherung, die dem Käufer jedenfalls bis zur Reparatur zufließt, nicht zu einer Belastung des Verkäufers führt, die dieser nicht ohnehin zu erdulden hätte: Schließlich liegt selbst nach Ansicht des *VII. Zivilsenats* ein ersatzfähiger Schaden vor, wenn der Besteller die Sache tatsächlich in den vertragsgemäßen Zustand versetzen lässt.⁴² Welches schutzwürdige Interesse könnte aber der Unternehmer bzw. Verkäufer daran haben, dass die Mängelbeseitigungskosten nicht seinem Vertragspartner, sondern einem Dritten, der die Sache in den vertragsgemäßen Zustand versetzt, zufließen? Vor diesem Hintergrund wiegt der Umstand, dass dem Käufer bzw. Besteller, der die Sache in mangel-

haftem Zustand belässt, eine Bereicherung verbleibt, nicht schwer. Im Gegenteil ist es nur konsequent, wenn der *V. Zivilsenat* dem Käufer sogleich den Betrag zuspricht, der zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands erforderlich wäre.⁴³

Wenig überzeugungskräftig ist demgegenüber die Berufung auf die Kontinuität der Rechtsprechung. So meint der erkennende Senat, dass von einer gefestigten Rechtsprechung nur abgewichen werden dürfe, wenn deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe dafür sprächen.⁴⁴ Diese Formulierung ist bestenfalls irreführend: Liegt eine von der bisherigen Rechtsprechung abweichende Auslegung einer Rechtsnorm näher, darf das Gericht schon aufgrund von Art. 20 Abs. 3 GG nicht an einer Rechtsprechungstradition festhalten, die es nunmehr für unzutreffend hält. Solche Fälle besserer Rechtserkenntnis stellen deshalb immer „schlechthin zwingende Gründe“ für die Aufgabe einer ständigen, aber falschen Rechtsprechung dar. Kontinuität der Rechtsprechung ist, anders als der *V. Zivilsenat* suggeriert, kein Selbstwert.⁴⁵ Der Verlust jeglicher Rechtssicherheit ist deshalb jedoch nicht zu befürchten, schließlich hat eine gewachsene Rechtsprechung nicht selten die besseren Argumente für sich – das belegt auch der vorliegende Fall.

III. Fazit und Ausblick

Für die Ansicht des *VII. Zivilsenats* streitet vor allem das nahezu einhellig anerkannte⁴⁶ schadensrechtliche Bereicherungsverbot: Im Einzelfall kann die Abrechnung auf Basis der fiktiven Mängelbeseitigungskosten dazu führen, dass der Gläubiger wirtschaftlich besser steht als bei ordnungsgemäßer Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen. Die besseren Argumente sprechen gleichwohl für die Position des *V. Zivilsenats*, zumal die im Einzelfall mögliche Bereicherung des Käufers bzw. Bestellers nicht zu einer Mehrbelastung des Verkäufers bzw. Unternehmers führt. Da seitens des *VII. Zivilsenats* mit einer Aufgabe der erst kürzlich geänderten, vor Kurzem erneut bestätigten Rechtsprechung wohl nicht zu rechnen ist, wird die aufgeworfene Frage mittelfristig den Großen Senat für Zivilsachen beschäftigen. Ihre praktische Bedeutung liegt auf der Hand. Auch als Prüfungsgegenstand ist sie gut geeignet, kann die Schadensberechnung anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten doch problemlos in einen werk- oder kaufvertraglichen Sachverhalt eingebunden werden.

Wiss. Mitarbeiter Benedikt Bielefeld, Bochum

³⁷ Zu dieser Rechtsfigur BGH NStZ-RR 2018, 283; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 119 ff.

³⁸ BGHZ 195, 135 (142) = NJW 2013, 220 (222); BT-Drs. 14/6040, S. 221.

³⁹ Näher Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 439 Rn. 28.

⁴⁰ Westermann (Fn. 39), § 437 Rn. 1 f.

⁴¹ BGH ZIP 2020, 1073 (1078).

⁴² BGHZ 218, 1 (14) = NJW 2018, 1463 (1466 f.).

⁴³ Im Ergebnis ebenso Peters, JR 2019, 331 (341); tendenziell auch Looschelders, LMK 2020, 430873.

⁴⁴ BGH ZIP 2020, 1073 (1077).

⁴⁵ Dazu eingehend Kähler, NZM 2020, 95 (98 ff.).

⁴⁶ Kritisch etwa Wagner, AcP 206 (2006), 352 (470).