Fiktive Mängelbeseitigungskosten im Kaufrecht?

An den VII. Zivilsenat des BGH wird gemäß § 132 III GVG folgende Anfrage gerichtet:

1. **Wird an der in dem Urteil vom 22.02.2018 (VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 31 ff.) vertretenen Rechtsauffassung festgehalten, wonach der „kleine" Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 I, III, 281 I BGB nicht anhand der voraussichtlich erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten („fiktiven") Mängelbeseitigungskosten bemessen werden darf?**

2. **Wird ferner daran festgehalten, dass sich ein Schadensersatzanspruch des allgemeinen Leistungsstörungsrechts auf Vorfinanzierung „in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags" richten kann (Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 67)?**

BGH, Beschluss vom 13.03.2020 – V ZR 33/19
(nachfolgend: BGH, Urteil vom 12.03.2021 – V ZR 33/19)

Sachverhalt: Die Kläger erwarben von dem Beklagten mit notariellem Kaufvertrag vom 27.02.2014 eine Eigentumswohnung zum Preis von 79.800 € unter Ausschluss der Sachmängelhaftung. In dem Kaufvertrag heißt es in Nr. III.1:

> „(Abs. 4) Der Verkäufer verpflichtet sich, die Fassade zur Gartenseite und die rechte Fassadenseite zum Stellplatz hin bis zum 01.04.2014 auf seine Kosten sach- und fachgerecht zu isolieren und zu verputzen. Für diese Arbeiten übernimmt der Verkäufer die Gewährleistung nach den Regeln des Werkvertragsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches.
>
> (Abs. 5) Dem Verkäufer ist bekannt, dass es in der Vergangenheit an der Schlafzimmerwand Feuchtigkeit gab. Sollte es bis zum 31.12.2015 erneut zu einer Feuchtigkeit im Schlafzimmer kommen, verpflichtet sich der Verkäufer, diese auf seine eigenen Kosten zu beheben."

Nach Übergabe der Wohnung trat Ende 2014 Feuchtigkeit in dem Schlafzimmer der Kläger auf, zu deren Beseitigung die Kläger den Beklagten erfolglos unter Fristsetzung aufforderten. Die Wohnungseigentümer ermächtigten die Kläger durch Beschluss auch insoweit zur Behebung der Schäden, als das Gemeinschaftseigentum betroffen ist. Mit der Klage verlangen die Kläger von dem Beklagten die Zahlung der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten ohne Umsatzsteuer in Höhe von 12.312,90 € und den Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten; ferner wollen sie feststellen lassen, dass der Beklagte weitere Schäden ersetzen muss.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 7.972,68 € nebst vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verurteilt und die Ersatzpflicht für weitere Schäden festgestellt; dabei hat es die Forderung, soweit sie Schäden am Gemeinschaftseigentum betrifft, auf den Kostenanteil der Kläger beschränkt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten – soweit von Interesse – zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, will der Beklagte die Abweisung der Klage insgesamt erreichen.

Der für die Rivision zuständige VII. Zivilsenat des BGH hat beschlossen, an den VII. Zivilsenat die eingangs wiedergegebene Anfrage zu richten.

Aus den Gründen: [4] II. 1. Im Ausgangspunkt legt das Berufungsgericht die in Nr. III.1 Abs. 5 des notariellen Vertrags vom 27.02.2014 getroffene Regelung dahin gehend aus, dass der Beklagte im Hinblick auf die Beseitigung der Feuchtigkeitsschäden keine werkvertragliche Herstellungspflicht übernommen hat, sondern nach den Regeln der kaufrechtlichen Sachmängelhaftung haftet; nach dem Parteiwillen habe der Beklagte das Risiko erneut auftretender Feuchtigkeit als Verkäufer tragen sollen. Dies ergebe sich unter anderem daraus, dass die Herstellungsverpflichtung des Beklagten im Hinblick auf die Fassade (Nr. III.1 Abs. 4 des Vertrags) ausdrücklich dem Werkvertragsrecht unterstellt worden sei, während eine solche Regelung hinsichtlich der Feuchtigkeit im Schlafzimmer (Nr. III.1 Abs. 5 des Vertrags) fehle. Diese tatrichterliche Auslegung, die revisionsrechtlich ohnehin nur eingeschränkt überprüfbar ist (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urt. v. 16.10.2009 – V ZR 203/08, NJW 2010, 146 Rn. 10), lässt Rechtsfehler nicht erkennen und wird auch von der Revision nicht beanstandet; dasselbe gilt für die Ansicht des Berufungsgerichts, wonach der Haftungsausschluss nicht eingreift.

[5] 2. Infolgedessen ist der Beklagte wegen der festgestellten Feuchtigkeitsmängel verpflichtet, Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 437 Nr. 3 Fall 1, §§ 280 I, III, 281 I BGB zu leisten. Diesen Anspruch bemessen die Kläger anhand der voraussichtlich entstehenden Mängelbeseitigungskosten. Nachdem der VII. Zivilsenat seine langjährige Rechtsprechung, nach der diese Art der Schadensermittlung zulässig war, für den werkvertraglichen Anspruch auf kleinen Schadensersatz gemäß § 634 Nr. 4 Fall 1, §§ 280 I, III, 281 1 BGB aufgegeben hat (Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 31 ff.), möchte das Berufungsgericht geklärt wissen, ob dies auch für die kaufrechtliche Sachmängelhaftung gemäß § 437 Nr. 3 Fall 1, §§ 280 I, III, 281 I BGB gelten soll; es selbst verneint diese Frage.

[6] 3. Die von dem Berufungsgericht vorgenommene Bemessung des kaufvertraglichen Schadensersatzes statt der Leistung gemäß § 437 Nr. 3 Fall 1, §§ 280 I, III, 281 I BGB entspricht der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung.

[7] a) Danach kann der Käufer im Rahmen des kleinen Schadensersatzes entweder Ausgleich des mangelbedingten Minderwerts oder Ersatz der voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten verlangen, wobei es unerheblich ist, ob der Mangel tatsächlich beseitigt wird. Dies haben der V. und anschließend der VIII. Zivilsenat im Wesentlichen mit dem Gleichlauf zwischen werkvertraglichem und kaufrechtlichem Nacherfüllungsanspruch infolge der Schuldrechtsreform begründet; dabei haben sie sich auf die bisherige Rechtsprechung des VII. Zivilsenats zum Werkvertragsrecht bezogen (vgl. Senat, Urt. v. 15.06.2012 – V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rn. 31; Urt. v. 04.04.2014 – V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 33; Urt. v. 11.12.2015 – V ZR 26/15, BauR 2016, 1035 Rn. 21; BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VII-I ZR 104/14, ZfSch 2015, 625 Rn. 12).

[8] b) Die genannte Rechtsprechung des VII. Zivilsenats bezieht sich auf das Schuldrecht in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung. Das frühere Werkvertragsrecht enthielt ebenso wie nunmehr § 634 Nr. 1, § 635 BGB n.F. einen vorrangigen Mängelbeseitigungsanspruch des Bestellers (vgl. §§ 633 II, 634, 635 BGB a.F.). Der Schadensersatzanspruch des Bestellers konnte nach ständiger Rechtsprechung des VII. Zivilsenats anhand der Differenz zwischen dem Verkehrswert des Werkes mit und ohne Mangel ermittelt werden. Wahlweise zulässig war aber auch die hier interessierende Schadensberechnung anhand der voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten, wobei es unerheblich war, ob der Mangel tatsächlich beseitigt wird (vgl. BGH, Urt. v. 24.05.1973 – VII ZR 92/71, BGHZ 61, 28, 30 f.; Urt. v. 22.07.2004 – VII ZR 275/03, MDR 2005, 86; Urt. v. 11.10.2012 – VII ZR 179/11, BauR 2013, 81 Rn. 10). Der Schadensersatzanspruch trete nämlich an die Stelle des auf mangelfreie Herstellung gerichteten Erfüllungsanspruchs und ziele auf die Herbeiführung des von dem Unternehmer geschuldeten werkvertraglichen Erfolgs; daher könne der Besteller als Ausgleich für das mangelhafte Werk die Kosten der Mängelbeseitigung verlangen (vgl. BGH, Urt. v. 10.03.2005 – VII ZR 321/03, MDR 2005, 983, 984). Auf eine tatsächlich durchgeführte Mängelbeseitigung komme es wegen der Dispositionsbefugnis des Geschädigten nicht an (vgl. BGH, Urt. v. 24.05.1973 – VII ZR 92/71, BGHZ 61, 28, 30 f.; Urt. v. 06.11.1986 – VII ZR 97/85, BGHZ 99, 81, 86 f.; Urt. v. 28.06.2007 – VII ZR 8/06, NJW 2007, 2697 Rn. 13). Allerdings könne der Besteller in entsprechender Anwendung von § 251 II 1 BGB nur den Ersatz der Wertdifferenz verlangen, wenn die Herstellung der Mangelfreiheit unverhältnismäßige Aufwendungen erfordere (vgl. BGH, Urt. v. 26.10.1972 – VII ZR 181/71, BGHZ 59, 365, 367; Urt. v. 11.10.2012 – VII ZR 179/11, NJW 2013, 370 Rn. 11; ebenso für das Kaufrecht Senat, Urt. v. 04.04.2014 – V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 36).

[9] 4. Inzwischen hat der VII. Zivilsenat des BGH seine Rechtsprechung mit Urteil vom 22.02.2018 (VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1) für das ab dem 01.01.2002 geltende Werkvertragsrecht geändert. Nach dieser Entscheidung kann der Besteller, der kleinen Schadensersatz gemäß § 634 Nr. 4 Fall 1, §§ 280 I und III, 281 BGB verlangt, seinen Schaden nur dann anhand der Mängelbeseitigungskosten bemessen, wenn er diese tatsächlich aufgewandt hat (BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 31 ff.). Vor den Nachteilen und Risiken einer Vorfinanzierung werde der Besteller dadurch geschützt, dass er ungeachtet der in § 281 IV BGB getroffenen Regelung grundsätzlich weiterhin gemäß § 634 Nr. 2, § 637 III BGB Vorschuss verlangen könne, wenn er den Mangel beseitigen wolle (Rn. 48 ff.). Auch die Bemessung des Schadensersatzes wegen mangelhafter Planungsleistungen des Architekten gemäß § 280 I BGB müsse sich nach den tatsächlichen Dispositionen des Bestellers richten (Rn. 62 ff.). Da der Architekt nicht die Errichtung des Bauwerks schulde, könne der Besteller nicht gemäß § 637 III BGB Vorschuss verlangen; einer Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung bedürfe es aber auch hier nicht, da der Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung gemäß § 280 I BGB einen zweckgebundenen und abrechnungspflichtigen Betrag für die Mängelbeseitigung umfasse (Rn. 67). Auf diese Weise, so meint der VII. Zivilsenat, habe er das Schadensersatzrecht sowohl für Ansprüche gegen den Architekten als auch gegen den Unternehmer „neu gestaltet und harmonisiert“ (BGH, Urt. v. 27.09.2018 – VII ZR 45/17, NJW 2019, 421 Rn. 72). Die Rechtsprechungsänderung bezieht sich nicht auf das Schuldrecht in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung, sondern allein auf das ab dem 01.01.2002 geltende Werkvertragsrecht (vgl. BGH, Urt. v. 27.09.2018 – VII ZR 45/17, NJW 2019, 421 Rn. 73; Urt. v. 19.12.2019 – VII ZR 6/19, juris Rn. 28 f.).

[10] 5. Dem möchte sich der V. Zivilsenat für das Kaufrecht nicht anschließen, sondern an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten. Hieran sieht er sich jedoch durch die Begründung gehindert, auf die der VII. Zivilsenat den Wandel seiner Rechtsprechung gestützt hat.

[11] a) Im Ausgangspunkt gibt es drei Wege, sich der Bemessung des kleinen Schadensersatzes statt der Leistung zu nähern: erstens über die §§ 249 ff. BGB, zweitens über das auf die einzelnen Schuldverhältnisse bezogene besondere Schuldrecht oder drittens über das allgemeine Leistungsstörungsrecht in den §§ 280, 281 BGB.

[12] aa) Der V. und der VII. Zivilsenat stimmen – soweit ersichtlich – insoweit überein, als die Heranziehung der §§ 249 ff. BGB das Rechtsproblem nicht lösen kann. Das wird zwar teilweise anders gesehen (vgl. etwa *Halfmeier,* BauR 2013, 320, 321 ff.; *Picker,* JZ 2018, 676 ff.; *Mohr,* JZ 2019, 917, 920; s. allerdings auch BGH, Urt. v. 11.10.2012 – VII ZR 179/11, BauR 2013, 81 Rn. 9), trifft jedoch nicht zu.

[13] (1) Obwohl die §§ 249 ff. BGB allgemein auf Schadensersatzansprüche anwendbar sind und die darauf bezogenen Normen ergänzen (vgl. Palandt/*Grüneberg,* BGB, 79. Aufl., vor § 249 Rn. 1), regeln sie vor allem den Ausgleich des Integritätsinteresses. Dagegen dient der Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 I BGB dem Ausgleich des Äquivalenzinteresses; geschützt wird im Bereich der kaufrechtlichen Sachmängelhaftung die Erwartung des Käufers, Wert und Nutzungsmöglichkeit einer vertragsgemäßen Sache zu erhalten (vgl. BGH, Urt. v. 18.01.1983 – VI ZR 310/79, BGHZ 86, 256, 258 f.). Wie Leistungsstörungen auszugleichen sind, ist in erster Linie den darauf bezogenen Normen zu entnehmen. Durch die eingehenden Regelungen zum allgemeinen Leistungsstörungsrecht hat das neue Schuldrecht den ergänzenden Rückgriff auf die §§ 249 ff. BGB im Hinblick auf Leistungspflichten jedenfalls teilweise entbehrlich gemacht (vgl. etwa Senat, Urt. v. 30.05.2008 – V ZR 184/07, NJW 2008, 3122 Rn. 17 zum Verhältnis von § 275 und § 251 II BGB).

[14] (2) Inhaltlich lässt sich den §§ 249 ff. BGB nicht entnehmen, wie der Schadensersatz statt der Leistung nach dem neuen Schuldrecht bemessen werden soll.

[15] (a) § 249 I BGB gibt den Primat der Naturalrestitution vor. § 249 II, § 250 und § 251 II BGB regeln jeweils, wann statt der möglichen Naturalrestitution Ersatz in Geld verlangt werden kann, nämlich wahlweise gemäß § 249 II BGB bei Verletzung einer Person oder Sache, gemäß § 250 BGB dann, wenn die Naturalrestitution nicht innerhalb einer gesetzten Frist erfolgt ist, und schließlich gemäß § 251 II BGB dann, wenn die Naturalrestitution nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Diese Normen geben für den Schadensersatz statt der Leistung allesamt nichts her. Verlangt der Gläubiger nach Fristablauf Schadensersatz statt der Leistung, ist der Anspruch auf die Primärleistung gemäß § 281 IV BGB ausgeschlossen (vgl. BGH, Urt. v. 09.11.2017 – IX ZR 305/16, NJW 2018, 786 Rn. 10). Infolgedessen kommt eine Naturalrestitution nicht in Betracht; der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ist von vornherein und ohne Rückgriff auf die §§ 249 ff. BGB auf Ersatz in Geld gerichtet.

[16] (b) Aus denselben Gründen führt § 251 I BGB nicht weiter. Nach dieser Bestimmung hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen, soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist. Bei einem Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung ist die Naturalrestitution aber nicht unmöglich, sondern die Primärleistung kann aufgrund der Ausübung des Wahlrechts gemäß § 281 IV BGB nicht mehr beansprucht werden; aus dieser Norm – und nicht aus § 251 I BGB – ergibt sich, dass nunmehr Ersatz in Geld geschuldet ist (vgl. Senat, Urt. v. 11.12.2015 – V ZR 26/15, BauR 2016, 1035 Rn. 21; grundlegend zu § 635 BGB a.F.: BGH, Urt. v. 06.11.1986 – VII ZR 97/85, BGHZ 99, 81, 84 ff.; ebenso zum Mietrecht BGH, Urt. v. 28.02.2018 – VIII ZR 157/17, BGHZ 218, 22 Rn. 26).

[17] (c) Dementsprechend hat der V. Zivilsenat § 251 II 1 BGB bei der Frage nach der Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten nicht direkt, sondern nur entsprechend herangezogen (Senat, Urt. v. 04.04.2014 – V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 36), und auch der VII. Zivilsenat stützt seine Entscheidung vom 22.02.2018 zum Werkvertragsrecht nicht auf die §§ 249 ff. BGB (VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 23, 73; anders allerdings noch Urt. v. 11.10.2012 – VII ZR 179/11, BauR 2013, 81 Rn. 9).

[18] bb) Infolgedessen kann sich die Bemessung des kleinen Schadensersatzes statt der Leistung nur entweder nach dem jeweiligen besonderen Schuldrecht oder nach dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht richten.

[19] (1) Der VII. Zivilsenat verankert die Rechtsfrage zwar vordergründig im besonderen Schuldrecht („Regelungskonzept des § 634 BGB“; „Besonderheiten des Werkvertragsrechts“, vgl. Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 36 und 70). Inhaltlich stützt er sich aber weniger auf spezifisch werkvertrag-liche Regelungen als vielmehr auf verallgemeinerungsfähige Überlegungen zum Schadensbegriff und zu der Gefahr einer Überkompensation (vgl. Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 33 f. und 70). Im wesentlichen Kern betrifft dies das allgemeine Leistungsstörungsrecht und namentlich die Auslegung der §§ 280, 281 BGB.

[20] (2) Diese Normen sind auch für die Bemessung des kaufvertraglichen Schadensersatzes statt der Leistung maßgeblich. Die Rechte des Käufers und des Bestellers eines Werkes bei Sach- oder Rechtsmängeln werden nämlich im Hinblick auf Rücktritt und Schadensersatz seit der Schuldrechtsreform einheitlich im allgemeinen Leistungsstörungsrecht und nur ergänzend in den Vorschriften des besonderen Teils geregelt. Folgerichtig treffen § 437 Nr. 3 BGB für das Kaufrecht und § 634 Nr. 4 BGB für das Werkvertragsrecht keine eigenständigen Regelungen über den Schadensersatz. Beide Bestimmungen verweisen insoweit unter anderem auf den zentralen Haftungstatbestand in § 280 BGB, der durch § 281 BGB ergänzt wird (BT-Drs. 14/6040, S. 135). In diesen Normen findet sich die eigentliche Grundlage für den kauf- und den werkvertraglichen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung; das gilt einheitlich auch für andere Vertragstypen wie das Mietrecht. Für das Kaufrecht hat der Gesetzgeber zugleich die Pflicht des Verkäufers zur Lieferung einer mangelfreien Sache in § 433 I 2 BGB eingeführt. Das war bis zum 31.12,2001 bekanntlich anders, da das frühere Schuldrecht die Fehlerfreiheit der Kaufsache nicht zum Inhalt der Leistungspflicht des Verkäufers erklärte. Die kaufrechtliche „Gewährleistung“ war ein eigenständiges Haftungssystem, in dem für den Stückkauf keine Nacherfüllungspflicht und für den Gattungskauf nur eine Nachlieferungspflicht (§ 480 BGB a.F.) des Verkäufers vorgesehen war. Nunmehr ist als vorrangiges Mängelrecht der an den Erfüllungsanspruch anknüpfende Nacherfüllungsanspruch vorgesehen (§ 437 Nr. 1, § 439 BGB); dies entspricht den insoweit in der Sache unveränderten werkvertraglichen Regeln (§ 634 Nr. 1, § 635 BGB). Im Kauf- wie im Werkvertragsrecht kann Schadensersatz statt der Leistung im Grundsatz erst verlangt werden, wenn eine dem Schuldner gesetzte angemessene Frist für die Nacherfüllung erfolglos verstrichen ist (§ 437 Nr. 1, § 439, §§ 280 I, III, 281 I BGB; § 643 Nr. 4, § 635, §§ 280 I, III, 281 I BGB).

[21] b) Aus Sicht des V. Zivilsenats kann weder der V. noch der VIII. Zivilsenat an der bisherigen kaufrechtlichen Rechtsprechung festhalten, ohne i. S. von § 132 II GVG von der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats abzuweichen (vgl. Tenor unter 1).

[22] aa) Eine Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen ist dieser Bestimmung zufolge nicht nur bei unterschiedlicher Auslegung derselben Gesetzesbestimmung erforderlich, sondern auch dann, wenn der gleiche Rechtsgrundsatz, mag er auch in mehreren Gesetzesbestimmungen seinen Niederschlag gefunden haben, von zwei Senaten unterschiedlich aufgefasst und gehandhabt wird (BGH, Beschl. v. 30.03.1953 – GSZ 1/53, BGHZ 9, 179, 181). Die Vorlagepflicht des V. Zivilsenats entfällt insbesondere nicht dadurch, dass der VII. Zivilsenat seinerseits von der Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen gemäß § 132 GVG abgesehen hat (vgl. BGH, Urt. v. 07.11.1955 – GSSt 2/55, BGHSt 10, 94, 96).

[23] bb) Die Rechtsprechungsänderung lässt sich jedenfalls auf der Grundlage der bislang von dem VII. Zivilsenat gegebenen Begründung nicht auf das Werkvertragsrecht beschränken. Eine Divergenz verneint der VII. Zivilsenat im Kern mit zwei Argumenten, von denen sich aus Sicht des V. Zivilsenats keines als stichhaltig erweist.

[24] (1) Das gilt zunächst für die Berufung auf „Besonderheiten des Werkvertragsrechts“ (Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 70 ff.).

[25] (a) Es ist nicht erkennbar, dass – wie der VII. Zivilsenat meint (Urt. v. 22.02.2018 VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 36, 40) – aus § 634 BGB ein eigenes (also von § 437 BGB ggf. abweichendes) Regelungskonzept entnommen werden kann, wonach sich der Ausgleich daran orientiert, ob eine Mängelbeseitigung durchgeführt wird. Denn § 437 BGB und der dieser Bestimmung nachgebildete (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 261) § 634 BGB zählen im Sinne erläuternder „Servicenormen“ die bestehenden Mängelrechte auf, indem sie jeweils auf das allgemeine (für alle Vertragstypen einheitliche) Leistungsstörungsrecht verweisen (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 219 f.; *Heinemeyer,* NJW 2018, 2441, 2443). Der Gleichlauf zwischen Kauf- und Werksvertragsrecht war erklärtes Ziel der Schuldrechtsreform, weshalb § 634 BGB in Nachbildung von § 437 BGB entstanden ist (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 94 f., 261). Mit der Einführung des Anspruchs auf eine mangelfreie Sache sowie des hieran anknüpfenden Nacherfüllungsanspruchs (§ 437 Nr. 1, § 439 BGB) ist einerseits das Kauf- dem Werkvertragsrecht stark angenähert und andererseits die Haftung des Werkunternehmers für Mängel des Werks an die neue kaufrechtliche Sachmängelhaftung angepasst worden (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 95, 209, 260). Dementsprechend hat auch der Senat den Nacherfüllungsanspruch im Kaufrecht gemäß § 439 BGB als inhaltsgleich zu dem Nacherfüllungsanspruch im Werkvertrag angesehen (vgl. Senat, Urt. v. 15.06.2012 – V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rn. 31; Urt. v. 11.12.2015 – V ZR 26/15, WM 2016, 1748 Rn. 21; s. auch BGH, Urt. v. 07.02.2019 – VII ZR 63/18, ZfIR 2019, 374 Rn. 32). Für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, der an die Stelle des (Nach-)Erfüllungsanspruchs tritt, gilt nichts anderes (vgl. Senat, Urt. v. 15.06.2012 – V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rn. 31; Senat, Urt. v. 04.04.2014 – V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 32 f.; BGH, Urt. v. 07.02.2019 – VII ZR 63/18, ZfIR 2019, 374 Rn. 32).

[26] (b) Allerdings steht die Verweisung in den §§ 437, 634 BGB auf die §§ 280, 281 BGB jeweils unter dem Vorbehalt, dass „nicht ein anderes bestimmt ist“. Auf spezifisch werkvertragliche Bestimmungen, aus denen sich ein vom Kaufrecht abweichender Umfang des Schadensersatzanspruchs ableiten lassen könnte, stützt sich der VII. Zivilsenat jedoch nicht. Das gilt insbesondere für den Hinweis darauf, dass das Werkvertragsrecht im Gegensatz zum Kaufrecht einen Vorschussanspruch vorsehe (BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 72; vgl. auch Urt. v. 19.12.2019 – VII ZR 6/19, juris Rn. 29). Richtig ist zwar, dass das Kaufrecht eine § 637 BGB entsprechende Regelung – also ein mit einem Vorschussanspruch flankiertes Selbstvornahmerecht des Käufers – nicht enthält. Aber auch im Verhältnis zu dem Architekten, dem Planungsfehler unterlaufen sind, besteht im Hinblick auf den Schadensersatz neben der Leistung kein Vorschussanspruch gemäß § 637 III BGB; insoweit leitet der VII. Zivilsenat einen Vorfinanzierungsanspruch des Bestellers aus dem allgemeinen Schadensersatzrecht her. Schadensersatzansprüche stehen auch dem Käufer zu. Mit dem fehlenden Selbstvornahmerecht des Käufers lässt sich ein Auseinanderfallen von kauf- und werkvertraglichem Haftungsregime deshalb nicht begründen (vgl. *Rodemann,* ZfBR 2018, 320, 323).

[27] (2) Eine unterschiedliche Auslegung der §§ 280, 281 BGB lässt sich auch nicht mit dem zweiten Argument des VII. Zivilsenats begründen, dass nämlich die Gefahr einer „erheblichen Überkompensation“ im Werkvertragsrecht stärker als im Kaufrecht gegeben sei (so BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 71). Dabei handelt es sich um eine in erster Linie rechtspolitische Erwägung. Der V. Zivilsenat hat Zweifel daran, dass sie sich empirisch belegen lässt. So wird der Erwerb einer Eigentumswohnung von dem errichtenden Bauträger jedenfalls dann nach Kaufrecht beurteilt, wenn die Wohnung etwa drei Jahre nach der Errichtung veräußert wird und vermietet war (BGH, Urt. v. 25.02.2016 – VII ZR 156/13, NJW 2016, 1575 Rn. 25); das Überschreiten dieser zeitlichen Grenze dürfte an der Gefahr einer „Überkompensation“ nichts ändern. Gerade im Hinblick auf die Veräußerung relativ neuer Immobilien wollte der Gesetzgeber erreichen, dass die Zuordnung zum Werkvertrags- oder Kaufrecht ihre Bedeutung verliert (BT-Drs. 14/6040, S. 95). Ebenfalls unscharf sind die Trennlinien zwischen Werkvertrag einerseits und Kaufvertrag mit Montageverpflichtung (§ 434 II BGB; dazu BGH, Urt. v. 19.07.2018 – VII ZR 19/18, BauR 2018, 1879 Rn. 19) oder Werklieferungsvertrag (§ 650 BGB) andererseits. Auch der vorliegende Fall zeigt exemplarisch das Nebeneinander von kauf- und werkvertraglichen Pflichten: die werkvertragliche Pflicht zum Isolieren und Verputzen der Fassade steht neben der – hier im Streit stehenden – kaufrechtlichen Haftung für die Feuchtigkeitserscheinungen im Schlafzimmer.

[28] cc) Dafür, dass die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats von der Rechtsprechung des V., des VIII. und auch des XII. Zivilsenats abweicht, spricht die Rezeption der Entscheidung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. etwa *Selk,* NJW-Editorial 39/2019). So wird nunmehr die Schadensberechnung anhand „fiktiver" Mängelbeseitigungskosten teilweise auch für das Kaufrecht versagt (Immobilienkauf: OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 21.01.2019 – 29 U 183/17, ZfIR 2019, 265; bewegliche Sachen: LG Ravensburg, Urt. v. 06.12.2018 – 2 O 151/14, BeckRS 2018, 37613) und für das Mietrecht – etwa für den Anspruch auf Schadensersatz für unterbliebene Schönheitsrenovierungen – verneint (*Lehmann-Richter,* NZM 2018, 315, 316 f.; Schmidt-Futterer/*Richter*, Mietrecht, 14. Aufl., § 538 BGB Rn. 136; *Mäsch,* JuS 2019, 907, 909; ausführlich und ablehnend *Riehm,* NZM 2019, 273, 277 ff.; vgl. auch AG Blankenese, Urt. v. 12.06.2019 – 531 C 60/17, juris Rn. 62–64). Dass sich die Begründung des VII. Zivilsenats nicht auf das Werkvertragsrecht beschränken lässt, sondern auf die anderen Vertragstypen des besonderen Schuldrechts übertragbar ist, entspricht der ganz überwiegenden Ansicht (vgl. nur OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 21.01.2019 – 29 U 183/17., ZfIR 2019, 265, 268; LG Darmstadt, Urt. v. 15.06.2018 – 8 O 134/16, ZfIR 2019, 58, 59; Urt. v. 24.10.2018 – 23 O 356/17, r+s 2019, 173, 174; *Rodemann,* ZfBR 2018, 320, 322 f.; *Heinemeyer,* NJW 2018, 2441, 2444; *Picker,* JZ 2018, 676; *Peters,* JR 2019, 331, 342; *Retzlaff,* BauR 2019, 871, 876 f.; *Mohr,* JZ 2019, 917, 923 f.; *Mäsch,* JuS 2018, 907, 909; *Lotz,* JuS 2019, 749, 752).

[29] 6. Diese Gesichtspunkte sprechen dafür, dass die Einheitlichkeit der Rechtsprechung eine Angleichung der Rechtsprechung der Zivilsenate in diesem Punkt erfordert.

[30] a) Im Ausgangspunkt sind dem BGH im Hinblick auf die Änderung einer gefestigten Rechtsprechung Grenzen gesetzt.

[31] aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Hauses gilt dies für die Auslegung älterer Gesetzesbestimmungen, die im Laufe der Zeit durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung ausgeformt worden sind. In solchen Fällen treten die Rechtswerte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in den Vordergrund und verlangen im Allgemeinen ein Festhalten an der einmal eingeschlagenen Rechtsentwicklung. Ein Abgehen von der Kontinuität der Rechtsprechung kann nur ausnahmsweise hingenommen werden, wenn deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe dafür sprechen (BGH, Beschl. v. 04.10.1982 – GSZ 1/82, BGHZ 85, 64).

[32] bb) Diese Obersätze sind hier zu beachten. Denn die seit Jahrzehnten anerkannte Bemessung des kleinen Schadenersatzes im Werkvertragsrecht (§ 635 BGB a.F.) anhand der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten wurde nach der Einführung des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs von dem V. und VIII. Zivilsenat geteilt, sodass sich eine langjährige einheitliche Rechtsprechung ausgebildet hat, auf die sich der Rechtsverkehr eingestellt hat und auf deren Einhaltung er vertrauen darf. Das gilt umso mehr, als eine solche Schadensberechnung der langjährigen höchstrichterlichen Rechtsprechung im Deliktsrecht entspricht (vgl. nur BGH, Urt. v. 23.05.2017 – VI ZR 9/17, NJW 2017, 2401 Rn. 7 m. w. Nachw.). Auch im Mietrecht geht der XII. Zivilsenat bei einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ohne Weiteres von der Zulässigkeit einer fiktiven Schadensberechnung aus (vgl. etwa BGH, Urt. v. 12.03.2014 – XII ZR 108/13, NZM 2014, 306 Rn. 31; Urt. v. 08.01.2014 – XII ZR 12/13, NJW 2014, 920 Rn. 26); ebenso beurteilen der VIII. und der XII. Zivilsenat den Umfang eines Anspruchs auf Schadensersatz neben der Leistung wegen einer Beschädigung der Mietsache durch den Mieter (vgl. BGH, Urt. v. 28.02.2018 – VIII ZR 157/17, BGHZ 218, 22 Rn. 26 ff.; Urt. v. 27.06.2018 – XII ZR 79/17, NZM 2018, 717 Rn. 16 ff.).

[33] b) Ein Abgehen von der Kontinuität dieser Rechtsprechung muss sich deshalb daran messen lassen, ob dafür deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe sprechen. Diese Voraussetzungen sind aus Sicht des V. Zivilsenats für das Kaufrecht zu verneinen. Insoweit sprechen die weitaus überwiegenden Argumente für die bisherige Lösung.

[34] aa) Da der Schadensersatz gemäß § 437 Nr. 3 i. V. mit §§ 280 I, III, 281 BGB „statt der Leistung“ gewährt wird, kann der Gläubiger verlangen, wirtschaftlich so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Schuldner den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte (sog. positives Interesse; vgl. BGH, Urt. v. 11.02.2009 – VIII ZR 328/07, JZ 2010, 44 Rn. 20). Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des positiven Interesses ist der Nacherfüllungsanspruch (vgl. insoweit auch BGH, Urt. v. 07.02.2019 – VII ZR 63/18, ZfIR 2019, 374 Rn. 32). Der Unterschied zwischen dem kaufrechtlichen Erfüllungs- und dem Nacherfüllungsanspruch besteht – neben der speziellen Verjährungsfrist des § 438 BGB – im Wesentlichen darin, dass Gegenstand des Nacherfüllungsanspruchs nicht mehr die erstmalige Lieferung einer mangelfreien Kaufsache ist, sondern die Herstellung ihrer Mangelfreiheit durch Nachbesserung oder durch Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache (vgl. BGH, Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 50; vgl. auch Senat, Urt. v. 14.02.2020 – V ZR 11/18, zur Veröffentlichung bestimmt). Infolgedessen kann der Schadensersatz anhand der Kosten für die (ausgebliebene) Nachlieferung oder Nachbesserung bestimmt werden, für die der Käufer nunmehr selbst Sorge tragen muss. Diese Kosten werden durch die Mängelbeseitigungskosten zutreffend abgebildet, ohne dass es darauf ankommt, ob sie tatsächlich aufgewendet werden; denn sie belasten die Vermögensbilanz des Käufers schon im Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens. Das entspricht der bisherigen Rechtsprechung des VII. Zivilsenats zu § 635 BGB a.F. (vgl. BGH, Urt. v. 10.03.2005 – VII ZR 321/03, MDR 2005, 983, 984). Zu seiner abweichenden Auffassung, nach der sich der Vermögensschaden zunächst in dem mangelbedingten Minderwert der Sache erschöpft (vgl. BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VI-I ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 32 f.), gelangt der VII. Zivilsenat deshalb, weil er auf die (nur) für die Begründung des Anspruchs erforderliche Pflichtverletzung (Sachmangel) abstellt; jedenfalls im Kaufrecht ist richtiger Bezugspunkt aber die Nacherfüllung, zu der der Verkäufer vorrangig verpflichtet ist, und deren Ausbleiben der Schadensersatzanspruch kompensieren soll.

[35] bb) Die Schadensermittlung anhand der Mängelbeseitigungskosten ist im Kaufrecht auch deshalb angemessen, weil der mangelbedingte Minderwert der Sache das Leistungsinteresse des Käufers nicht immer zutreffend abbildet. Man denke etwa an die Lieferung des gekauften Pkw in einer gängigen Farbe statt des bestellten grellen Farbtons. Ein solcher Sachmangel kann dazu führen, dass der Marktwert nicht sinkt, sondern steigt. Obwohl ein Minderwert des Pkw nicht gegeben ist, hat der Käufer die bestellte Leistung nicht erhalten, für die er seinerseits die Gegenleistung erbracht hat. Bessert der Verkäufer nicht nach (Neulackierung), kann der Wert der dem Käufer entgangenen Leistung (Neulackierung) anhand der hierfür erforderlichen Kosten bemessen werden, ohne dass es darauf ankommt, ob diese bereits aufgewendet worden sind. Die Ersatzbeschaffungs- oder Mängelbeseitigungskosten bilden das Äquivalenzinteresse zutreffend ab, also das Interesse des Käufers, für seinen Kaufpreis das geschuldete Äquivalent zu erhalten. Sind die Mängelbeseitigungskosten tatsächlich aufgewendet worden, zieht dies der VII. Zivilsenat auch für das Werkvertragsrecht nicht in Zweifel (Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 46).

[36] cc) Die bisherige Rechtsprechung entspricht dem Verständnis des Gesetzgebers der Schuldrechtsreform.

[37] (1) In der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich darauf verwiesen, dass sich der Schadensersatz bei einer Zuweniglieferung (90 statt gekaufter 100 Flaschen Wein) ebenso wie bei einer mangelhaften Lieferung (Auto mit defektem Navigationsgerät) jeweils nach den Ersatzbeschaffungskosten bemisst (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 139 f.). Folglich hat der Gesetzgeber bei der Angleichung des Kaufrechts an das Werkvertragsrecht im Einklang mit der damals gefestigten Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht nicht darauf abgestellt, ob die Mängel bereits beseitigt worden sind und ob der Käufer dies beabsichtigt.

[38] (2) Auf die Schadensberechnung bezogene Änderungen hat der Gesetzgeber weder erwogen, noch hat er sie vorgenommen; im Gegenteil baut das Gesamtkonzept der Schuldrechtsreform inhaltlich auf der bisherigen Rechtsprechung auf.

[39] (a) Zu den Kernzielen der Schuldrechtsreform gehörte die Schaffung eines Leistungsstörungsrechts für sämtliche Vertragstypen mit dem einheitlichen Haftungstatbestand der „Pflichtverletzung“ in den §§ 280 ff. BGB. Das zweite „wesentliche Strukturmerkmal“ ist der durch das Erfordernis der Fristsetzung gesicherte Vorrang des Erfüllungsanspruchs (BT-Drs. 14/6040, S. 92 f.). Sachmängel sollen vorrangig durch Nacherfüllung behoben und nur zweitrangig durch Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz ausgeglichen werden. Zugleich ist die Haftung des Verkäufers durch die Einführung einer allgemeinen Schadensersatzpflicht auch für unmittelbare Mangelschäden gezielt verschärft worden (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 226). Die Nacherfüllung kann der Verkäufer nur dann verweigern, wenn sie mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Auf diese Weise sollten die vertraglich vereinbarten Leistungspflichten möglichst durchsetzbar gemacht werden („pacta sunt servanda“, vgl. *Deppenkemper,* JM 2018, 222, 228).

[40] (b) Das Ziel, dem Käufer mittels Einführung eines vorrangigen Nacherfüllungsanspruchs zu der versprochenen Leistung zu verhelfen und die Verkäuferhaftung zu verschärfen, würde durch die Übernahme der neuen Rechtsprechung des VII. Zivilsenats konterkariert. Denn für den Verkäufer entstünden Anreize, die Nacherfüllung nicht vorzunehmen, wenn der erst nach verweigerter oder fehlgeschlagener Nacherfüllung und nur bei einem Vertretenmüssen gewährte Anspruch auf kleinen Schadensersatz auf den mangelbedingten Minderwert oder auf tatsächlich aufgewendete Kosten beschränkt wäre. Er könnte darauf hoffen, sich bei einem Verlangen nach Schadensersatz finanziell besser zu stehen, als wenn er seiner Nacherfüllungspflicht entspricht. Sieht nämlich der Käufer von der Nachbesserung ab, muss nur der – oft geringere – Minderwert ersetzt werden, ohne dass es wie bislang (vgl. Rn. 8) entscheidend darauf ankommt, ob die Herstellung der Mangelfreiheit unverhältnismäßige Aufwendungen erfordert. Damit bliebe außer Acht, dass der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach dem Konzept der Schuldrechtsreform den ausgebliebenen Erfüllungserfolg und nicht nur den Minderwert der Sache ausgleichen soll; durch die Ersatzfähigkeit der Mängelbeseitigungskosten unabhängig von deren Aufwendung wird der Vorrang des Erfüllungsanspruchs schadensrechtlich umgesetzt (vgl. zum Ganzen *Deppenkemper,* JM 2018, 222, 227 f.).

[41] dd) Ein Ergebnis, wonach der Käufer einer Sache die beabsichtigte Mängelbeseitigung vorfinanzieren muss, sieht der Senat als nicht vertretbar an (a. A. OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 21.01.2019 – 29 U 183/17, ZfIR 2019, 265, 269).

[42] (1) Den mit der Vorfinanzierung verbundenen erheblichen wirtschaftlichen Nachteil müsste der Käufer tragen, nachdem und weil der Verkäufer die ihm obliegenden Pflichten nicht erfüllt hat; das Berufungsgericht weist zutreffend darauf hin, dass Immobilienkäufer neben der Kaufpreisfinanzierung oft nicht in der Lage sein werden, die Kosten der Mängelbeseitigung vorzustrecken. Zu einer solchen Vorfinanzierung wäre der Käufer nach der klaren gesetzlichen Regelung gezwungen. Denn ein Selbstvornahmerecht mit einem Vorschussanspruch, wie er in § 637 III BGB vorgesehen ist, gibt es im Kaufrecht nicht (ebenso im Mietrecht, vgl. *Lehmann-Richter,* NZM 2018, 315, 316 f.).

[43] (2) Ein Vorfinanzierungsanspruch kann insbesondere nicht aus dem Schadensersatzanspruch gemäß § 437 Nr. 3, § 280 I, III, 281 I BGB hergeleitet werden. Allerdings geht der VII. Zivilsenat, der die Vorfinanzierung durch den Geschädigten ebenfalls vermeiden will, diesen Weg für die Architektenhaftung. Danach kann der Besteller von dem Architekten gemäß § 634 Nr. 4, § 280 I BGB Vorfinanzierung „in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags“ verlangen (vgl. BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 67).

[44] Dieser Argumentation kann sich der V. Zivilsenat für das Leistungsstörungsrecht im Allgemeinen und für das Kaufrecht im Besonderen nicht anschließen, weshalb er auch insoweit anfragt, ob der VII. Zivilsenat an dieser Ansicht festhalten will (Tenor unter 2). Nach der dogmatischen Konzeption des allgemeinen Leistungsstörungsrechts ist der Anspruch auf Schadensersatz neben oder statt der Leistung nicht zweckgebunden, und über seine Verwendung muss nicht abgerechnet werden. Die Dispositionsfreiheit des Geschädigten zählt für Sachschäden zu den anerkannten Grundsätzen des deutschen Schadensersatzrechts (vgl. BGH, Urt. v. 14.01.1986 – VI ZR 48/85, BGHZ 97, 14, 17 f.; Urt. v. 24.05.1973 – VII ZR 92/71, BGHZ 61, 28, 30 f.). Gerade in diesem Punkt unterscheidet sich der Anspruch auf Schadensersatz von einem Vorschussanspruch, wie ihn das Bürgerliche Gesetzbuch an verschiedenen Stellen und insbesondere bei dem werkvertraglichen Selbstvornahmerecht vorsieht (§ 637 III BGB; vgl. ferner § 475 VI, § 555a III 2 oder § 669 BGB). Im Kaufrecht stünde ein aus § 437 Nr. 3, §§ 280 I, III, 281 I BGB abgeleiteter zweckgebundener und abzurechnender Vorfinanzierungsanspruch in direktem Widerspruch dazu, dass der Gesetzgeber aufgrund bewusster Entscheidung davon abgesehen hat, ein Selbstvornahmerecht nebst Vorschussanspruch einzuführen. Dies hat der VIII. Zivilsenat in seinem grundlegenden Urteil zum Vorrang der Nacherfüllung vom 23.02.2005 – VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219, 225 f. – überzeugend dargelegt.

[45] ee) Für das Kaufrecht kann der V. Zivilsenat auch in der Sache nicht erkennen, dass die bisherige Rechtsprechung zu einer Überkompensation geführt hätte.

[46] (1) Zunächst darf der Begriff der „fiktiven“ Mängelbeseitigungskosten nicht dahin gehend missverstanden werden, dass fiktive, also nicht vorhandene Schäden ersetzt werden müssten. Das wäre schon im Ansatz nicht richtig, weil das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gestört ist; die Fiktion betrifft nur die Bewertung der ausgebliebenen Leistung in Gestalt der Nacherfüllung (vgl. zu der Terminologie *Medicus,* DAR 1982, 352 f.). Im Regelfall führt die bisherige Rechtsprechung schon deshalb nicht zu unangemessenen Ergebnissen, weil der Käufer – wie hier – schlicht die Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung vermeiden möchte; er kann im Übrigen auch andere anerkennenswerte Gründe dafür haben, dass er die Behebung des Mangels auf einen späteren Zeitpunkt verschieben will. Selbst die Entscheidung, von der Mängelbeseitigung ganz abzusehen, wird von der Dispositionsfreiheit des Käufers gedeckt. Er darf mit dem Mangel leben und den Wert der Leistung anders verwenden (vgl. BGH, Urt. v. 24.05.1973 – VII ZR 92/71, BGHZ 61, 28, 30 f.).

[47] (2) Hierfür streitet auch der Gesichtspunkt der Praktikabilität. Denn anhand der voraussichtlich entstehenden Mängelbeseitigungskosten kann der Schadensersatz relativ verlässlich und vorhersehbar bemessen werden, während die Ermittlung des mangelbedingten Minderwerts häufig auf Schwierigkeiten stößt. Die Schadensabwicklung wird damit erheblich erleichtert und für den Rechtsverkehr vorhersehbar ausgestaltet. Das gilt umso mehr, als abrechnungs- oder vorfinanzierungsbezogene Lösungen eine Vermehrung von Prozessen zur Folge haben können, während das bislang anerkannte Schadensersatzrecht zu einer endgültigen Streitbeilegung führt (vgl. *Weyer,* NZBau 2013, 269, 270; *Riehm,* NZM 2019, 274, 280).

[48] (3) Nicht anders liegt es, wenn der Käufer die mangelhafte Sache während des Schadensersatzprozesses verkauft und der Erwerber sich an dem Mangel nicht stört. In solchen Fallkonstellationen liegt es zwar auf den ersten Blick nahe, dass der Schaden gleichsam entfallen ist. Aber die bisherige Rechtsprechung, wonach der Schadensersatzanspruch auch nach einer Veräußerung der Sache unverändert fortbesteht, hatte alle Argumente für und wider wohl erwogen; am Ende hatte sie gute Gründe auf ihrer Seite (vgl. Senat, Urt. v. 15.06.2012 – V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rn. 31 im Anschluss an BGH, Urt. v. 06.11.1986 – VII ZR 97/85, BGHZ 99, 81, 86 f.). Insbesondere darf es nicht der vertragsbrüchigen Partei zugutekommen, dass der Geschädigte die Sache weiterverkauft, und dieser soll nicht über einen längeren Rechtsstreit hinweg an der Veräußerung der Sache gehindert sein.

[49] ff) Gegen die Übernahme der neuen Rechtsprechung des VII. Zivilsenats spricht schließlich auch die Kohärenz der Rechtsordnung mit Blick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Deliktsrecht.

[50] (1) Bei der Beschädigung einer Sache stellen die grundsätzliche Berechtigung des Geschädigten zur fiktiven Schadensabrechnung und dessen Dispositionsfreiheit seit vielen Jahrzehnten Eckpfeiler der Rechtsprechung des VI. Zivilsenats dar. Hierzu steht die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats nicht in Widerspruch, da diese auf das allgemeine Leistungsstörungsrecht und nicht auf das Recht der unerlaubten Handlungen bezogen ist (verkannt von LG Darmstadt, Urt. v. 20.03.2019 – 23 O 132/17, MDR 2019, 1128). Nach ständiger Rechtsprechung des BGH handelt es sich bei dem Zusammentreffen von Schadensersatzansprüchen aus Vertragsverletzung und aus unerlaubter Handlung um eine echte Anspruchskonkurrenz mit der Folge, dass grundsätzlich weder die Deliktsordnung von der Vertragsordnung verdrängt wird noch umgekehrt und dass jeder Anspruch nach seinen Voraussetzungen, seinem Inhalt und seiner Durchsetzung selbstständig zu beurteilen ist und seinen eigenen Regeln folgt (vgl. BGH, Urt. v. 27.01.2005 – VII ZR 158/03, BGHZ 162, 86; Urt. v. 16.09.1987 – VIII ZR 334/86, BGHZ 101, 337, 343 f.). Dementsprechend hat der VI. Zivilsenat seine Rechtsprechung bekräftigt und fortgesetzt, ohne die neue Rechtsprechung des VII. Zivilsenats auch nur zu erwähnen (vgl. BGH, Urt. v. 25.09.2019 – VI ZR 65/18, NJW 2019, 852 Rn. 6).

[51] (2) Gleichwohl ergäben sich aus dem Nebeneinander von deliktischen und vertraglichen Ansprüchen bedenkliche und der Einheit der Rechtsordnung abträgliche Brüche, wenn die neue Rechtsprechung des VII. Zivilsenats für das Kaufrecht maßgeblich sein sollte. Werden infolge der Schlechtleistung des Verkäufers andere Rechtsgüter des Käufers beschädigt, könnten (nur) die Kosten für die Behebung dieser Schäden fiktiv abgerechnet werden, nicht jedoch die auf die vertraglich geschuldete Leistung bezogenen Kosten. Eine solche Differenzierung kann nicht überzeugen. Die Folge wäre nämlich das Wiederaufleben der durch die Schuldrechtsreform jedenfalls weitgehend überwundenen Differenzierung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden, die der Gesetzgeber beseitigen wollte als ein „Dauerthema der Rechtsprechung, zu dem Ströme wissenschaftlicher Tinte geflossen sind, ohne dass eine klare, plausible und vor allem praktikable Lösung in Sicht wäre“ (BT-Drs. 14/6040, S. 88, im Anschluss an den Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 23). Für Abhilfe sollte die Neuregelung des Verjährungsrechts sorgen (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 88 f.). Nunmehr könnten vermeintlich zurückgedrängte Rechtsfiguren wie etwa der „weiterfressende Schaden“ (vgl. dazu BGH, Urt. v. 24.11.1976 – VIII ZR 137/75, BGHZ 67, 359, und zu den Erwartungen des Gesetzgebers BT-Drs. 14/6040, S. 229) oder die fehlende „Stoffgleichheit“ (vgl. dazu BGH, Urt. v. 18.01.1983 – VI ZR 310/79, BGHZ 86, 256, 262; Urt. v. 28.10.2010 – VII ZR 172/09, NJW 2011, 594 Rn. 26 f.) herangezogen werden, um über konkurrierende deliktische Ansprüche zu einer fiktiven Abrechnung zu gelangen.

[52] 7. Abschließend ist die Entscheidungserheblichkeit der Rechtsfragen noch in einem Punkt zu klären.

[53] a) Nach dem Verständnis des V. Zivilsenats sieht es der VII. Zivilsenat nach wie vor als zulässig an, die Mängelbeseitigungskosten für die Schätzung (§ 287 I ZPO) des mangelbedingten Minderwerts der durch das Werk geschaffenen oder bearbeiteten, im Eigentum des Bestellers stehenden Sache heranzuziehen. Er verweist nämlich bei der Darstellung der (beibehaltenen) Methode der Schadensberechnung anhand einer Vermögensbilanz (Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 27 und 30) auf die zum alten Schuldrecht ergangene Rechtsprechung des V. Zivilsenats. In dem in Bezug genommenen Urteil hat der V. Zivilsenat seine ständige Rechtsprechung zu § 463 BGB a.F. erläutert, wonach der „kleine Schadensersatz“ grundsätzlich nach den Kosten für eine Herrichtung des verkauften Gegenstands in einen mangelfreien Zustand berechnet werden durfte; weil es damals keinen Nacherfüllungsanspruch gab, handelte es sich hierbei nur um eine vereinfachte Form der Berechnung des auszugleichenden Minderwerts. Blieb die mangelbedingte Wertminderung der Sache deutlich hinter den Kosten für die Herstellung der zugesicherten Eigenschaft zurück und war diese Abweichung nicht nur mit einem fehlenden Abzug „neu für alt“ bei den Herstellungskosten zu erklären, konnte der Käufer nur Ersatz des Minderwerts der Sache verlangen (Senat, Urt. v. 16.11.2007 – V ZR 45/07, NJW 2008, 436 Rn. 11 f.). Das soll also nach wie vor gelten (so auch *Halfmeier,* BauR 2019, 391, 394; *Rodemann,* ZfBR 2018, 320, 321), wenngleich die Mängelbeseitigungskosten bei der Minderung nicht mehr herangezogen werden dürfen (BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 42).

[54] b) Dann käme hier grundsätzlich in Betracht, den mit der Feuchtigkeit einhergehenden Minderwert der Eigentumswohnung anhand der Mängelbeseitigungskosten zu bemessen und ihn auf diese Weise ohne Widerspruch zu der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats als ersatzfähig anzusehen. Das entspricht jedoch nicht dem streitgegenständlichen Begehren der Kläger, über das das Berufungsgericht entschieden hat. Die Kläger fordern nämlich vollen Ersatz der ihnen entstehenden Mängelbeseitigungskosten, weshalb sie auch die Ersatzpflicht für weitere Schäden feststellen lassen wollen. Bei dem Ersatz des mangelbedingten Minderwerts kommen spätere Nachforderungen aufgrund höherer tatsächlicher Kosten sowie der Umsatzsteuer gerade nicht in Betracht. Denn die voraussichtlich entstehenden Mängelbeseitigungskosten dienen lediglich als Berechnungsgrundlage für den abschließend zu bemessenden Minderwert. Aus Sicht des V. Zivilsenats sind die Kläger – wie ausgeführt – nicht auf eine solche Schadensberechnung beschränkt.

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.