



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VIII ZR 15/20

vom

16. November 2021

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 16. November 2021 durch die Richterin Dr. Fetzner als Vorsitzende, die Richter Dr. Bünker und Kosziol, die Richterin Dr. Matussek sowie den Richter Dr. Reichelt

beschlossen:

Der Senat beabsichtigt, die Revision der Beklagten gemäß § 552 Abs. 1 ZPO als unzulässig zu verwerfen, soweit sie nicht die Höhe des von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruchs auf Zahlung der voraussichtlich erforderlichen ("fiktiven") Mangelbeseitigungskosten betrifft, und sie im Übrigen durch einstimmigen Beschluss nach § 552a ZPO zurückzuweisen.

Gründe:

I.

1 Die Parteien streiten um Gewährleistungsansprüche im Zusammenhang mit der Lieferung von Dachdämmplatten.

2 Die Klägerin war mit der Abdichtung von fünf Flachdächern beauftragt worden. Zu diesem Zweck bestellte sie im Jahr 2014 bei der Beklagten einen Dämmstoff in Gestalt einer Gefälledämmung mit aufkaschierter Bitumenbahn des Typs G200DD und einer Glasgewebeeinlage von 200 g/m<sup>2</sup>. Die Beklagte lieferte der Klägerin jedoch, was diese nicht bemerkte, eine andere Gefälledämmung des Typs V13 mit einer Glasgewebeeinlage von nur 60 g/m<sup>2</sup>, die weniger reißfest war als die bestellte Dämmung und zudem eine unzureichende Verbindung des

Dämmstoffs mit der Bitumenbahn aufwies. Diese Dämmplatten baute die Streit-  
helferin der Klägerin auf den genannten Dächern ein. An einem der Dächer löste  
sich in der Folgezeit die Kaschierung von der Dämmung.

3 Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin von der Beklagten im  
Wesentlichen Schadensersatz in Höhe der voraussichtlichen Kosten für die  
Sanierung aller fünf Dächer verlangt, da es sich bei dem vorstehend genannten  
Mangel um einen "systemischen Fehler" handele. Das Landgericht hat der Klage  
nach Einholung eines Sachverständigengutachtens teilweise - in Höhe des Net-  
tobetrags der vom Sachverständigen angesetzten Sanierungskosten nebst Zin-  
sen - stattgegeben.

4 Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblie-  
ben. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für  
das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

5 Die Klägerin habe gegen die Beklagte aus dem zwischen den Parteien  
geschlossenen Werklieferungsvertrag nach § 651 BGB in der bis zum 31. De-  
zember 2017 geltenden Fassung (im Folgenden: aF; heute § 650 BGB) einen  
Anspruch auf Zahlung der fiktiven Mangelbeseitigungskosten in Höhe von  
38.067,23 € aus § 437 Nr. 3, § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, § 280 Abs. 1, § 281 BGB.  
Die Klägerin könne sich mangels rechtzeitiger Rüge (§ 381 Abs. 2, § 377 HGB)  
zwar nicht auf etwaige Mängel in Bezug auf die Falschlieferung der Gefälledäm-  
mung berufen. Jedoch sei die gelieferte Dämmung ihrerseits mangelhaft (§ 434  
Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB), da sie nach den überzeugenden Ausführungen des  
Sachverständigen eine unzureichende Verbindung (Verklebung) des Dämm-  
stoffs mit der Bitumenbahn aufweise. Sie verfüge daher nicht über die Beschaf-  
fenheit, die bei Sachen der gleichen Art üblich sei und die die Käuferin nach der  
Art der Sache erwarten könne (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB). Die gelieferte  
Ware gelte auch nicht als genehmigt (§ 381 Abs. 2, § 377 Abs. 1, 2 HGB), da der  
Klägerin nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen die  
mangelhafte Verklebung der Kaschierung bei einer Prüfung der Ware nicht hätte

auffallen müssen. Der Mangel der gelieferten Gefälledämmung erfordere eine Sanierung aller fünf Dächer.

6 Der Käufer, der eine mangelhafte Sache geliefert bekommen habe, könne, wenn er am Vertrag festhalten wolle, seinen zu ersetzenden Schaden im Rahmen des kleinen Schadensersatzes auf der Grundlage der Mangelbeseitigungskosten unabhängig von einer Beseitigung des Mangels berechnen. Hieran halte das Berufungsgericht auch nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22. Februar 2018 (VII ZR 46/17) fest, mit welcher der für das Werkvertragsrecht zuständige VII. Zivilsenat die Möglichkeit zur Geltendmachung fiktiver Mangelbeseitigungskosten im Werkvertragsrecht aufgegeben habe. Die Änderung der Rechtsprechung beruhe, wie der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ausdrücklich ausgeführt habe, auf werkvertraglichen Besonderheiten, insbesondere der Gefahr einer Überkompensation. Die Gefahr der Überkompensation werde zwar auch für einzelne Konstellationen im Kaufrecht nicht in Abrede zu stellen sein. Während dem Besteller eines Werks aber ein Selbstvornahmerecht gemäß § 634 Nr. 2, § 637 BGB zustehe, für das er zudem einen Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten verlangen könne (§ 637 Abs. 3 BGB), stünden diese Rechte einem Käufer nicht zur Verfügung. Das Landgericht habe den geltend gemachten Schaden - von der Berufung unbeanstandet - anhand der gutachterlichen Schadensschätzung auf 38.067,23 € netto festgesetzt.

## II.

7 Die Revision ist unzulässig, soweit sie sich dagegen wendet, dass das Berufungsgericht den von der Klägerin wegen eines Sachmangels geltend gemachten Schadensersatzanspruch dem Grunde nach bejaht und hierbei namentlich eine Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit der Klägerin nach § 381 Abs. 2, § 377 HGB verneint hat. Insoweit ist die Revision nicht statthaft (§ 542 Abs. 1, § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), weil sie - entgegen der Auffassung der Revision - vom Berufungsgericht diesbezüglich nicht zugelassen worden ist. Das

Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision wirksam auf die Frage der Zulässigkeit der Bemessung des Schadens nach den "fiktiven" Mangelbeseitigungskosten und damit auf die Anspruchshöhe beschränkt.

8           1. Eine solche Beschränkung der Zulassung der Revision muss nicht im Tenor des Urteils angeordnet sein, sondern kann sich auch aus den Entscheidungsgründen ergeben, wenn sie sich diesen mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnehmen lässt. Hat das Berufungsgericht die Revision wegen einer Rechtsfrage zugelassen, die nur für einen eindeutig abgrenzbaren Teil des Streitstoffs von Bedeutung ist, kann die gebotene Auslegung der Entscheidungsgründe ergeben, dass die Zulassung der Revision auf diesen Teil des Streitstoffs beschränkt ist (st. Rspr.; vgl. nur Senatsbeschlüsse vom 12. Juni 2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 Rn. 5; vom 21. August 2018 - VIII ZR 186/17, NJW-RR 2019, 130 Rn. 14; jeweils mwN). So verhält es sich auch hier.

9           Das Berufungsgericht hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) zugelassen, da "die Frage, ob die Aufgabe der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu fiktiven Mängelbeseitigungskosten im Werkvertragsrecht (BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17) auch auf Kaufverträge anzuwenden ist", in der obergerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt werde. Dadurch hat das Berufungsgericht die Zulassung der Revision ausdrücklich und ausschließlich auf die Bemessung des Schadens und damit auf die Anspruchshöhe beschränkt.

10           2. Diese Beschränkung der Zulassung der Revision ist auch wirksam. Zwar ist eine Beschränkung der Revision auf einzelne Rechtsfragen oder Anspruchselemente unzulässig (st. Rspr.; vgl. nur Senatsbeschlüsse vom 12. Juni 2018 - VIII ZR 121/17, aaO Rn. 6; vom 21. August 2018 - VIII ZR 186/17, aaO Rn. 16; jeweils mwN). Anerkanntermaßen hat das Berufungsgericht jedoch die Möglichkeit, die Revision nur hinsichtlich eines tatsächlich und rechtlich selbständigen und abtrennbaren Teils des Gesamtstreitstoffs zuzulassen, auf den auch

die Partei selbst die Revision beschränken könnte (st. Rspr.; vgl. nur Senatsbeschlüsse vom 12. Juni 2018 - VIII ZR 121/17, aaO; vom 21. August 2018 - VIII ZR 186/17, aaO; jeweils mwN).

11            Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Bei einem nach Grund und Höhe streitigen Anspruch kann die Zulassung der Revision auch auf den Streit über die Anspruchshöhe beschränkt werden (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 22. Juli 2014 - VIII ZR 334/13, juris Rn. 8; vom 13. Dezember 2017 - VII ZR 46/17, BauR 2018, 555 Rn. 4; vom 1. Juli 2021 - I ZR 120/20, juris Rn. 5 ff.; jeweils mwN). Denn bei der Anspruchshöhe handelt es sich um einen selbständigen Teil des Streitstoffs in dem Sinne, dass dieser in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unabhängig von dem übrigen Streitstoff - hier dem Anspruchsgrund - beurteilt werden und auch im Falle einer Zurückverweisung kein Widerspruch zum nicht anfechtbaren Teil des Streitstoffs auftreten kann (vgl. Senatsbeschlüsse vom 12. Juni 2018 - VIII ZR 121/17, aaO Rn. 7; vom 21. August 2018 - VIII ZR 186/17, aaO Rn. 17; jeweils mwN).

### III.

12            1. Soweit das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, liegt ein Zulassungsgrund nicht (mehr) vor. Denn die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch liegt einer der weiteren in § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO genannten Revisionszulassungsgründe vor.

13            Eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist nicht (mehr) erforderlich, nachdem der Senat für den Kauf beweglicher Sachen mit Urteil vom 10. November 2021 (VIII ZR 187/20, unter II 2 a cc (2) (a), zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen), die - bis dahin in der Instanzrechtsprechung unterschiedlich beantwortete und insoweit vom Berufungsgericht in seinem zuvor erlassenen Urteil zutreffend als klärungsbedürftig bewertete - Rechtsfrage dahingehend entschieden hat, dass an der langjährigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, wonach der

kaufvertragliche Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gemäß § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 Abs. 1 BGB anhand der sogenannten fiktiven Mangelbeseitigungskosten bemessen werden kann (vgl. etwa BGH, Urteile vom 29. April 2015 - VIII ZR 104/14, NJW 2015, 2244 Rn. 12; vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 33), - auch nachdem der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs seine frühere, damit übereinstimmende Rechtsprechung für den werkvertraglichen Anspruch auf kleinen Schadensersatz gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 Abs. 1 BGB inzwischen aufgegeben hat (BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 Rn. 31 ff.) - festzuhalten ist. Für den - hier vorliegenden - Werklieferungsvertrag gilt dies in gleicher Weise, da auf ihn gemäß § 651 BGB aF (heute § 650 BGB) die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden.

14 Die Möglichkeit, den kaufvertraglichen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung fiktiv anhand der voraussichtlich erforderlichen Mangelbeseitigungskosten zu bemessen, ist dem Käufer schon deshalb unabhängig davon zu gewähren, ob er den Mangel beseitigen lässt, ihm dieser Kostenaufwand also tatsächlich entsteht, weil er andernfalls - bedingt (allein) durch die Pflichtverletzungen des Verkäufers (mangelhafte Lieferung sowie ausgebliebene Nacherfüllung) - die Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung für die Mangelbeseitigung zu tragen hätte. Denn einen Anspruch auf Vorschuss für die (beabsichtigte) Selbstvornahme, wie er für den Besteller eines Werks in § 637 Abs. 3 BGB vorgesehen ist, gibt es im Kaufrecht nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 13. März 2020 - V ZR 33/19, ZIP 2020, 1073 Rn. 41 ff. mwN; Urteile vom 12. März 2021 - V ZR 33/19, NJW 2021, 1532 Rn. 11, zur Veröffentlichung in BGHZ 229, 115 vorgesehen; vom 10. November 2021 - VIII ZR 187/20, aaO).

15 2. Die Revision hat - soweit sie eröffnet ist - auch keine Aussicht auf Erfolg (§ 552a Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat - entgegen der Auffassung der Revision - zutreffend angenommen, dass die Klägerin den von ihr geltend gemachten kaufvertraglichen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gemäß § 651 BGB aF (heute § 650 BGB), § 437 Nr. 3, § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB - wie

mit der Klage geltend gemacht - anhand der sogenannten fiktiven Mangelbeseitigungskosten bemessen kann (vgl. hierzu im Einzelnen oben unter III 1). Diese Kosten hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei auf den seitens der Klägerin zuletzt verlangten Betrag von 38.067,23 € netto festgesetzt. Diese Summe entspricht der von dem gerichtlichen Sachverständigen vorgenommenen Schadensschätzung, die seitens der Beklagten (bereits) im Berufungsverfahren unbeanstandet geblieben ist und gegen die sich auch die Revision nicht wendet.

- 16 Die auf den - zum Anspruchsgrund gehörenden - Einwand nach § 381 Abs. 2, § 377 HGB gestützten Rügen der Revision können ihr schon deshalb nicht zum Erfolg verhelfen, weil das Berufungsgericht die Revision insoweit nicht zugelassen hat.

IV.

17 Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Kosziol

Dr. Matussek

Dr. Reichelt

**Hinweis:**

**Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.**

Vorinstanzen:

LG Essen, Entscheidung vom 25.10.2018 - 4 O 241/16 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 02.12.2019 - I-2 U 194/18 -