

NewsLetter

2021-8 Seite 1

Sauerbruchstraße 9
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de
www.dr-schwertfeger.de

Werkvertragsrecht

Keine fiktiven Mangelbeseitigungskosten

Eine spannende Auseinandersetzung zwischen zwei Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes (BGH) - des obersten deutschen Zivilgerichts -, und zwar über die Frage der Ersatzfähigkeit fiktiver Mangelbeseitigungskosten, hat nun kürzlich ihr Ende gefunden.

Nach früherer Rechtsprechung konnten sowohl der Auftraggeber (AG) beim Werkvertrag als auch der Käufer beim Kaufvertrag Schadenersatz wegen eines Mangels in Höhe der voraussichtlich erforderlichen Nachbesserungskosten (bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit) verlangen, auch wenn der AG die Bauleistung bzw. der Käufer den Kaufgegenstand gar nicht nachbessern ließen (sog. fiktive Mangelbeseitigungskosten, fiktiver Schadenersatz). Das war ständige Rechtsprechung des für das Baurecht zuständigen VII. Senats des BGH, und dem hatten sich der für das Kaufrecht zuständige V. und sodann auch der VIII. Senat des BGH angeschlossen.

Anfang 2018 gab der **Baurechtssenat** des BGH seine bisherige Rechtsprechung dann allerdings auf und entschied, dass es im *Baurecht* keinen fiktiven Schadenersatz mehr geben dürfe, weil dies häufig zu einer Überkompensation beim AG führe (BGH, Urteil vom 22. Februar 2018, Az. VII ZR

46/17). Ich habe in meinem NewsLetter 2018-8 darüber berichtet.

Mit Beschluss vom 13. März 2020 (Az. V ZR 33/19) äußerte der Kaufrechtssenat Bedenken und fragte deshalb beim Baurechtssenat an, ob der an dieser Rechtsprechungsänderung festhalten wolle.

Mit Beschluss vom 8. Oktober 2020 (Az. VII ARZ 1/20) entschied der **Baurechtssenat**, dass er daran festhalte. „Die Schadensbemessung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten bei Mängeln, mit denen der Besteller ‚leben kann‘, deren Beseitigung aber hohe Kosten verursachen würde, ist zunehmend als lukrative Geldquelle genutzt worden.“ Dem müsse entgegengetreten werden.

Wenn der AG den Mangel nicht beseitige, stehe ihm ein mangelhaftes anstelle eines mangelfreien Werkes zur Verfügung. Darin, also im Vergleich des Wertes der Bauleistung ohne und mit Mangel (Minderwert), liege - jedenfalls im *Werkvertragsrecht* - der richtige Bezugspunkt für die Bemessung des Vermögensschadens. Hingegen würden bloß fiktive Mangelbeseitigungskosten den AG finanziell ja gar nicht belasten, würden ihn umgekehrt jedoch bereichern (Überkompensation), wenn und soweit sie im konkreten Einzelfall den Minderwert übersteigen (Beispiel: Auftrag zur Verlegung weißer Natursteinplatten im EFH zu € 40.000,00. Der AN verlegt jedoch hellgraue Platten. Die Kosten für den Austausch würden € 60.000,00 betragen.)

Nur in geeigneten (Ausnahme-) Fällen könne der mangelbedingte Wertunterschied aus Gründen der Vereinfachung anhand der fiktiven Mangelbeseitigungskosten geschätzt werden. Das sei aber dann nicht gerechtfertigt, wenn diese Kosten den Wertunterschied nicht mehr annähernd widerspiegeln.

Daraufhin entschied der **Kaufrechtsse-
nat** mit Urteil vom 12. März 2021 (Az. V ZR 33/19), dass im *Kaufrecht* weiterhin der fik-
tive Schadenersatz möglich sei. Der Schaden
liege in der ausgebliebenen Nachbesserung
und werde damit durch die Mangelbeseiti-
gungskosten zutreffend abgebildet. Die Ab-
kehr des Baurechtssenats vom fiktiven
Schadenersatz im Werkvertragsrecht sei auf
das Kaufrecht (und andere Vertragstypen)
nicht übertragbar. Denn (1.) gebe es im
Kaufrecht – anders als im Werkvertragsrecht
- keinen Vorschussanspruch, der dem AG die
finanzielle Last und das Risiko der Vorleis-
tung abnehme. Aus dem allgemeinen Scha-
denersatzrecht könne er auch nicht hergelei-
tet werden. Dem Käufer sei es aber nicht zu-
zumuten, die Mangelbeseitigung vorzufinan-
zieren und das Risiko der anschließenden Er-
stattung zu tragen. Und (2.) wirke das Kauf-
recht einer Überkompensation bereits da-
durch entgegen, dass dort der Verkäufer die
unverhältnismäßige Nacherfüllung verwei-
gern dürfe (§ 439 Abs. 4 BGB) und der Käu-
fer dann als Schadensersatz nur den man-
gelbedingten Minderwert ersetzt verlangen
könne. Im Kaufrecht seien die Mangelbesei-
tigungskosten unverhältnismäßig, wenn sie
den Verkehrswert des Grundstücks in man-
gelfreiem Zustand übersteigen oder aber
200 % des mangelbedingten Minderwerts
übersteigen.

Eine Ausnahme gelte für die Umsatzsteu-
er: Die könne nur dann verlangt werden,

wenn und soweit sie auch tatsächlich ange-
fallen ist (§ 249 Abs. 2 S. 2 BGB), wenn der
Mangel also tatsächlich behoben wurde.

Entgegen der vorstehenden BGH-Recht-
sprechung hat ganz aktuell das **Landge-
richt (LG) Darmstadt** in einer Klage auf
Schadenersatz aus einem Verkehrsunfall –
also *Deliktsrecht* - mit Urteil vom 17. Juni
2021 (Az. 23 O 572/20) entschieden, dass
fiktive Schadensabrechnungen bei Schaden-
ersatzansprüchen *jedweder* Art abzulehnen
seien, gleich ob sie auf vertraglichen oder
gesetzlichen Schuldverhältnissen beruhen
(und sich dafür auf das Urteil des Baurechts-
senats von 2018 gestützt!).

Das gelte auch für fiktive Nutzungsausfal-
lentschädigung oder die fiktive Abrechnung
von Haushaltsführungsschäden.

Erstattungsfähig seien hier wie auch sonst
nur tatsächlich entstandene Kosten und Auf-
wand, den der Geschädigte nach Schätzung
des Gerichts seinerzeit gemessen am Maß-
stab eines verständigen und wirtschaftlich
denkenden Menschen in vergleichbarer Lage
aufwenden durfte (wobei der Schädiger das
Prognoserisiko trage).

Wolle der Geschädigte keine Reparatur,
könne er nur den Minderwert der beschädig-
ten Sache oder den Ausgleich seiner Vermö-
gensminderung verlangen, die nach den
Grundsätzen des Vermögensvergleichs vor
und nach Schadenseintritt zu bestimmen sei.

Wolle er hingegen eine Reparatur, könne
er unmittelbar aus §§ 249, 250 S. 1, 242
BGB Vorschuss in Höhe der zu erwartenden
Reparaturkosten verlangen. Über den Vor-
schuss habe er anschließend abzurechnen.

RA Dr. Christian Schwertfeger