

## *BGH: Der fiktive Schadensersatz im Kauf- und Werkvertragsrecht*

Tobias Stahl, Rechtsanwalt  
Schlatter Rechtsanwälte Steuerberater, Heidelberg  
SCHLATTER Informationen vom 17.03.2021

Mit dem Grundsatzurteil vom 22. Februar 2018 (VII ZR 46/17) entschied der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, dass im Werkvertragsrecht entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung die Geltendmachung von voraussichtlich erforderlichen, aber noch nicht tatsächlich angefallenen, „fiktiven“ Reparatur- bzw. Mängelbeseitigungskosten, nicht mehr zulässig sei. Damit stellte sich der VII. Zivilsenat diametral gegen seine bisherige ständige Rechtsprechung und gegen die Rechtsprechung des insbesondere für das Kaufrecht zuständigen V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs. Dieser hielt die Möglichkeit der Geltendmachung eines solchen, sog. „fiktiven“ Schadensersatzes weiterhin für zulässig und möglich. Daraufhin wurde vielfach diskutiert, ob die Entscheidung vom Februar 2018 das endgültige Aus für den fiktiven Schadensersatz nicht nur im Werkvertragsrecht, sondern für alle weiteren Vertragsarten, insbesondere dem Kaufrecht, bedeutet. Für Klarheit sorgte die am 12.03.2021 ergangene Entscheidung des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (V ZR 33/19). Demnach sei die Möglichkeit, einen Schaden auch auf fiktiver Berechnungsbasis für das Kaufrecht geltend zu machen, weiterhin zulässig.

### *Der „fiktive“ Schadensersatz*

Mit der Möglichkeit, einen Schaden „fiktiv“ zu bemessen, erhält der Geschädigte die Möglichkeit, die Höhe seines Schadens auf Grundlage von voraussichtlich erforderlichen, jedoch (noch) nicht tatsächlich angefallenen Kosten geltend zu machen. So kann der Schaden lediglich mithilfe eines Sachverständigengutachtens oder eines Kostenvoranschlags beziffert werden. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass der Geschädigte mit der Beseitigung des Schadens in Vorleistung tritt. Er muss also den Schaden – etwa einen Mangel an der Immobilie – nicht erst reparieren lassen, bevor er den Schädiger auf die Kosten dieser Reparatur bzw. der Mängelbeseitigung in Anspruch nimmt.

Ebenso muss der Geschädigte mit diesem sog. „fiktiven“ Schadensersatz keine Abrechnung über die tatsächlich erforderlichen Kosten gegenüber dem Schädiger erstellen. Daraus folgt, dass der Geschädigte den im Wege des fiktiven Schadensersatzes geltend gemachten Betrag auch dann behält, wenn er den Schaden niemals oder zu deutlich günstigeren Kosten beseitigen lässt. Es steht dem Geschädigten stets frei, ob er den Betrag tatsächlich zur Mängelbeseitigung aufwendet oder sich mit dem Mangel abfindet.

Diese Möglichkeit bestand grundsätzlich bei allen Vertragstypen des Bürgerlichen Rechts und im Deliktsrecht.

### *Der VII. Senat des Bundesgerichtshofs im Februar 2018*

Von diesem Grundsatz wich der unter anderem für das Baurecht zuständige VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs für das Werkvertragsrecht mit seiner wegweisenden Entscheidung vom 22. Februar 2018 (VII ZR 46/17) ab.

Dabei gab der VII. Zivilsenat seine bisherige Rechtsprechung auf und entschied, dass der Besteller, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, einen sog. „kleinen“ Schadensersatz statt der Leistung gegen den Unternehmer gem. §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB nun nicht mehr nach lediglich fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen kann.

### *Überkompensation: Das Aus für den fiktiven Schadensersatz*

Der VII. Zivilsenat begründete seine Abkehr vom fiktiven Schadensersatz für das Werkvertragsrecht unter anderem damit, dass der Schädiger eine „Überkompensation“ erhalte, wenn er den Schaden tatsächlich überhaupt nicht beseitigen ließe. Dem deutschen Schadensrecht sei eine solche Überkompensation des Geschädigten indes fremd. Dieser solle lediglich so gestellt werden, wie er stünde, wenn sich das schädigende Ereignis nicht ereignet hätte. Der Geschädigte solle seine tatsächlichen Mängelbeseitigungskosten erhalten – nicht weniger, aber auch nicht mehr.

Diese Entscheidung sorgte für Aufruhr in der Rechtsprechung und im Schrifttum. Die Begründung, wonach ein fiktiver Schadensersatz künftig unzulässig sei, ließe sich nämlich grundsätzlich auch auf jedes weitere Vertragsrecht und das Deliktsrecht übertragen. Aus diesem Grund stand konkret die Befürchtung im Raum, ob die Bemessung des Schadensersatzes nach fiktiven Kosten ausgedient habe.

Zwar sprach der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung davon, dass seine Rechtsprechungsänderung mit den „Besonderheiten des Werkvertragsrechts“ im Zusammenhang stehe, gleichwohl entbrannte in der Literatur und obergerichtlichen Rechtsprechung insbesondere eine rege Diskussion, ob die Abkehr von fiktiven Mängelbeseitigungskosten nun auch für das Kauf- oder Mietvertragsrecht gelten solle.

Um Klarheit zu schaffen, legten die Richter des für das Kaufrecht zuständigen V. Zivilsenats diese Frage dem VII. Zivilsenat zur Stellungnahme vor. Diese äußerten sich im Antwortbeschluss vom 08. Oktober 2020 (VII ARZ 1/20) mit klaren Worten: Im Kaufrecht könne auch Anderes als im Werkvertragsrecht gelten. Im Werkvertragsrecht bestehe die Besonderheit, dass der Besteller / Auftraggeber die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen als verschuldensunabhängigen Vorschuss gem. §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB geltend machen könne, welcher im Anschluss an die Mängelbeseitigung abzurechnen ist. Diese gesetzliche Möglichkeit der Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung mit Abrechnungspflicht könnte bei einer Erstattungsfähigkeit fiktiver Aufwendungen umgangen werden.

### *Der V. Senat des Bundesgerichtshofs im März 2021*

Dieser innerhalb des Bundesgerichtshofs zwischen den Zivilsenaten geführte Streit dürfte nun

mit dem am 12. März 2021 ergangenen Urteil des V. Zivilsenats Bundesgerichtshofs (V ZR 33/19) vorerst ein Ende haben.

Dabei hält der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs die fiktive Schadensbemessung weiterhin für zulässig.

### *Ausblick*

Daraus ergibt sich folgende Rechtslage: Im Werkvertragsrecht ist die Berechnung nach fiktiven Grundsätzen der Schadensbemessung nicht möglich, im Kaufrecht ist sie aber nach wie vor zulässig.

Daraus folgt, dass dem Käufer einer Immobilie bei einem Mangel, mit dem man grundsätzlich leben kann, die Möglichkeit des fiktiven Schadensersatzes offensteht, während der Besteller im Werkvertragsrecht lediglich die Möglichkeit hat, einen Vorschuss zur Mängelbeseitigung vor der Mängelbeseitigung, die Erstattung der Aufwendungen nach Durchführung der Mängelbeseitigung oder – ohne eine Mängelbeseitigung – lediglich den mangelbedingten Minderwert als Schadensersatz geltend zu machen. Im Rahmen des Vorschusses können die Mängelbeseitigungskosten auch geschätzt werden. Nach der tatsächlich erfolgten Mängelbeseitigung ist jedoch abzurechnen und der zu viel bezahlte Betrag an den Werkunternehmer auszukehren.

Auswirkungen hat die Entscheidung damit für solche Fälle, bei denen die Mängelbeseitigungskosten deutlich über dem mangelbedingten Minderwert liegen. Während der Käufer auch ohne Mängelbeseitigung den Schaden nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten abrechnen kann, wird der Besteller im Werkvertragsrecht auf den geringeren Minderwert verwiesen, wenn er die Mängel nicht beseitigen möchte.



Tobias Stahl  
Rechtsanwalt

### **Schlatter**

Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Kurfürsten-Anlage 59  
69115 Heidelberg  
Telefon +49.6221.9812-38  
Telefax +49.6221.9812-76  
stahl@schlatter.law  
www.schlatter.law

**Rechtlicher Hinweis:** Mit diesen Ausführungen stellen wir rechtlich interessante Themen aus unserem Fachbereich im Überblick vor. Diese Ausführungen können die rechtliche Thematik zwangsläufig nicht umfassend darstellen. Diese Information stellt keine Rechtsberatung dar, begründet kein Mandatsverhältnis und kann eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Lediglich aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird in dieser Information nur die männliche Form verwendet.