

# Schadensbemessung anhand fiktiver Kosten bei Beschädigung einer Sache

Von Wiss. Mitarbeiterin **Jana Abt**, Konstanz, Wiss. Mitarbeiter **Jakob Lutzenberger**, München\*

*Wann kann ein Schaden anhand fiktiver Kosten berechnet werden? Dieser Beitrag soll anhand von Beispielen aufzeigen, in welchen Fällen im Rahmen der Schadensberechnung auf eine Bemessung anhand fiktiver Kosten zurückgegriffen werden kann. Im Anschluss soll eine Lösung aufgezeigt werden, wie die §§ 249 ff. BGB auszulegen sind, um ein einheitliches, konsequentes Ergebnis zu erreichen. Unter Zuhilfenahme der Rechtslage im österreichischen Recht soll die nationale Betrachtungsweise kritisch hinterfragt und demonstriert werden, dass diese nicht zwingend ist. Im Besonderen, dass eine Ungleichbehandlung innerhalb eines werkvertraglichen und kaufvertraglichen Schadensersatzanspruchs nicht überzeugt.*

## I. Rechtslage in Deutschland

Das Schadensrecht ist in Deutschland einheitlich als allgemeiner Teil in den §§ 249 ff. BGB geregelt. Der Umfang eines jeden Schadensersatzanspruchs bestimmt sich nach diesen Vorschriften, obwohl sich die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch nach dem jeweiligen zugrundeliegenden Schuldverhältnis richten: im Deliktsrecht nach §§ 823 ff. BGB, im allgemeinen Schuldrecht nach §§ 280 ff. BGB, im besonderen Schuldrecht nach §§ 434 ff. BGB, respektive §§ 634 ff. BGB. Abweichende Sonderbestimmungen zur Berechnung des Schadensersatzes gibt es beispielsweise in § 376 Abs. 3 HGB, § 97 Abs. 2 UrhG oder § 42 Abs. 2 DesignG.

Wird eine Sache beschädigt, kommen mitunter (konkurrierende) Ansprüche aus Mängelgewährleistungsrecht, allgemeinem Vertragsrecht und Deliktsrecht in Betracht.<sup>1</sup> Die Schadensberechnung erfolgt dabei grundsätzlich nach der Differenzhypothese. Der Schaden ergibt sich als Wertdifferenz bei einem Vergleich der Vermögenslagen vor und nach dem schädigenden Ereignis.<sup>2</sup> Bei konsequenter Anwendung, ergibt sich ein ersatzfähiger Schaden zunächst in Höhe des eingetretenen Wertverlusts. Lässt der Geschädigte die beschädigte Sache reparieren, spiegelt sich dieser als ersatzfähiger Schaden in den tatsächlich angefallenen Reparaturkosten wieder. Der Geschädigte hat – jedenfalls im Rahmen der Naturalrestitution – nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB ein Wahlrecht, ob er die Sache wiederherstellen lässt oder den dafür erforderlichen Geldbetrag verlangt. Geschützt wird da-

bei das Erhaltungsinteresse des Schädigers.<sup>3</sup> Ist eine Naturalrestitution aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich, ist nach § 251 Abs. 1 BGB grundsätzlich der objektive Wert zu kompensieren;<sup>4</sup> dafür ist Ersatz in Höhe des Wiederbeschaffungsaufwands (Kosten, die für eine gleichwertige Ersatzsache aufgebracht werden müssen „Wiederbeschaffungswert“<sup>5</sup>, abzüglich des bei einer Veräußerung der beschädigten Sache realistisch erzielbaren Restwerts<sup>6</sup>), zu leisten.<sup>7</sup>

Interessant wird die Bestimmung des ersatzfähigen Schadens in solchen Fällen, in denen die erforderlichen Reparaturkosten den objektiven Wertverlust der Sache übersteigen.

*Beispiel 1:* Bei einem Unfall wird ein Kraftfahrzeug (Kfz) beschädigt (Restwert 10.000 €, Wiederbeschaffungswert 15.000 €). Die Reparaturkosten belaufen sich in einer Vertragswerkstatt auf 6.000 €. Ein Gutachter schätzt die erforderlichen Reparaturkosten auf 6.500 €.

*Lösung:* bei strikter Anwendung der Differenzhypothese: Ersatz des Wertverlusts i.H.v. 5.000 € oder Ersatz der tatsächlich angefallene Reparaturkosten i.H.v. 6.000 €. Grundsätzlich kein Ersatz der geschätzten Kosten i.H.v. 6.500 €.

Wie stellt sich jedoch die Lage dar, wenn der Geschädigte das Kfz nicht reparieren lässt? Grundsätzlich sind nicht tatsächlich angefallene Reparaturkosten kein im Rahmen der Differenzhypothese zu berücksichtigender Schadensposten. Schließlich entspricht in diesem Fall das Delta zwischen Vermögenslage vor und nach schädigendem Ereignis dem erlittenen Wertverlust. Wird eine Reparatur nicht vorgenommen, liegt eine Vermögenseinbuße in Form von Reparaturkosten gerade nicht vor. Will der Geschädigte die potenziellen Reparaturkosten ersetzt bekommen, müsste er das Kfz strenggenommen tatsächlich reparieren. Der Ersatz fiktiver Reparaturkosten scheidet bei strikter Anwendung der Differenzhypothese eigentlich aus.

Dieses restriktive Verständnis steht im Einklang mit dem sog. Bereicherungsverbot, welches als allgemeine Grenze des Schadensumfangs vorgibt, dass der Geschädigte durch den Schadensfall wertmäßig nicht besser stehen darf als ohne.<sup>8</sup> Dieser Rechtsgedanke kommt beispielsweise in § 255 BGB zum Ausdruck. Es sollen keine Vermögenseinbußen ausgeglichen werden, die nicht tatsächlich angefallen sind. Nähme man nun an, die einzelnen Werte (Wertverlust, tatsächliche

\* Die Autorin *Jana Abt* ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, Prof. Dr. *Jochen Glöckner*, LL.M. (USA), der Universität Konstanz. Der Autor *Jakob Lutzenberger* ist Wiss. Mitarbeiter in einer Großkanzlei in München.

<sup>1</sup> BGH NJW 1976, 1505 (1506); BGH NJW 1988, 52 (53); *Faust*, in: Beck'scher Online Kommentar zum BGB, 53. Ed., Stand: 1.2.2020, § 437 Rn. 206.

<sup>2</sup> BGH NJW 2018, 541 (542 m.w.N.); *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 18.

<sup>3</sup> *Teichmann*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 249 Rn. 1; *Flume*, in: Beck'scher Online Kommentar zum BGB, 53. Ed., Stand: 1.2.2020, § 249 Rn. 3.

<sup>4</sup> *Oetker* (Fn. 2), § 251 Rn. 4.

<sup>5</sup> *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 249 Rn. 16.

<sup>6</sup> BGH NJW 2009, 1265.

<sup>7</sup> *Teichmann* (Fn. 3), § 251 Rn. 3.

<sup>8</sup> *Oetker* (Fn. 2), § 249 Rn. 20.

Reparaturkosten, hypothetische Reparaturkosten) stellen jeweils einen ersatzfähigen Mindestschaden dar, den der Geschädigte in jedem Fall beanspruchen kann, bestünde bei Heranziehung fiktiver Schadensposten zur Berechnung des ersatzfähigen Schadens die Gefahr den Geschädigten besser zu stellen, als dieser ohne schädigendes Ereignis stünde.<sup>9</sup> Besonders deutlich wird dies am obigen *Beispiel* der geschätzten Reparaturkosten. Könnte der Geschädigte die fiktiven Reparaturkosten i.H.v. 6.500 € verlangen, läge eigentlich eine Überkompensation i.H.v. 500 € vor.

Dennoch billigt der BGH – zumindest innerhalb des § 249 Abs. 1 BGB – in gewissen Grenzen die Schadensberechnung anhand fiktiver Kosten.<sup>10</sup> Auch setzt § 249 Abs. 2 S. 2 BGB die Möglichkeit der Schadensberechnung anhand fiktiver Schäden voraus.<sup>11</sup> In diesem Sinne lässt sich auch dem Vorwurf, die Berechnung verstoße gegen das Bereicherungsverbot, entgegen, dass ja zumindest am Kfz ein Schaden entstanden sei, also nicht kein Schaden vorläge, es sich mithin hier lediglich um die Bestimmung des Umfangs handelt. Dagegen wird sie innerhalb des § 251 BGB im Rahmen des werkvertraglichen, mangelbedingten Schadensersatzanspruchs abgelehnt.<sup>12</sup>

### 1. Deliktsrecht – Dispositionsfreiheit über § 249 Abs. 2 BGB begründet

#### a) Anerkennung der fiktiven Schadensberechnung bis zum Wiederbeschaffungsaufwand

Entwickelt wurde die BGH-Rechtsprechung dabei hauptsächlich in Entscheidungen zu Beschädigungen von Kfz, in denen der Geschädigte das Kfz entweder gar nicht reparieren lassen will<sup>13</sup> oder die Reparatur selbst vornimmt.<sup>14</sup> Hiernach steht die Art der Schadensberechnung bei der Beschädigung eines Kfz grundsätzlich zur Disposition des Geschädigten. Dabei hat der Geschädigte im Grundsatz die Wahl zwischen einer Abrechnung auf Basis eines tatsächlich angefallenen Aufwands für die Reparatur (konkrete Schadensberechnung) und einer Abrechnung auf Basis der von einem Gutachter geschätzten Reparaturkosten (fiktive Schadensberechnung), exklusive

der bei fiktiver Reparatur entfallenden Umsatzsteuer (§ 249 Abs. 2 S. 2 BGB).<sup>15</sup>

*Beispiel 2:* Bei einem Unfall wird ein Kfz beschädigt (Wiederbeschaffungswert 15.000 €, Restwert 5.000 €). Die Reparaturkosten belaufen sich bei einer Vertragswerkstatt auf 6.000 €. Der Geschädigte entschließt sich dazu, das Kfz nicht reparieren zu lassen oder eine Reparatur selbst vorzunehmen, sondern sich die Kosten für eine fiktive Reparatur auszahlen zu lassen.

Grundsätzlich gilt nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot, dass die Möglichkeit der Schadensbeseitigung zu wählen ist, die für den Schädiger mit den geringsten Kosten verbunden ist.<sup>16</sup> Übersteigen die fiktiven Kosten den Aufwand für die Wiederbeschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs (Wiederbeschaffungswert abzüglich des erzielbaren Erlöses für das beschädigte Kfz<sup>17</sup>), sind diese hiernach nicht mehr ersatzfähig.<sup>18</sup>

*Lösung Beispiel 2:* Die fiktive Abrechnung ist bis zur Höhe des Wiederbeschaffungsaufwands (15.000 € – 5.000 € = 10.000 €) ohne Einschränkungen zulässig. Sein Schadensersatzanspruch (§ 249 Abs. 2 S. 1 BGB) beläuft sich folglich auf 6.000 €, exklusive Umsatzsteuer.

#### b) Reparaturkosten übersteigen den Wiederbeschaffungsaufwand, sind jedoch niedriger als der Wiederbeschaffungswert

Daran anschließend stellt sich die Frage, ob der Geschädigte auch dann eine Schadensberechnung anhand fiktiver Kosten verlangen kann, wenn diese zwar geringer sind als der Wiederbeschaffungswert, jedoch den Wiederbeschaffungsaufwand des Kfz übersteigen.

*Beispiel 3:* Bei einem Unfall wird ein Kfz beschädigt (Restwert 5.000 €, Wiederbeschaffungswert 15.000 €). Ein unabhängiger Gutachter schätzt die Reparaturkosten auf 14.500 €. Der Wiederbeschaffungsaufwand beträgt 10.000 €. Der Geschädigte möchte das Kfz nicht verkaufen, sondern noch mindestens sechs Monate weaternutzen.

In dieser Konstellation kann der Geschädigte grundsätzlich Ersatz bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswerts verlangen, wenn er das Kfz tatsächlich vollständig und fachgerecht repariert oder das Kfz mindestens sechs Monate weaternutzt (auch ohne, dass er das Kfz reparieren lässt).<sup>19</sup> Das Merkmal tat-

<sup>9</sup> Vgl. zu § 249 BGB *Oetker* (Fn. 2), § 249 Rn. 373. Diese Gefahr sehend auch BGH NJW 2018, 1463 (1464).

<sup>10</sup> Teilweise wird der Schadensersatzanspruch bei Beschädigung einer Sache anhand des § 251 Abs. 1 BGB bemessen, *Schiemann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 249 Rn. 226; *Medicus*, JuS 1973, 211 (211 ff.). Im Ergebnis findet eine Kontrolle anhand übereinstimmender Maßstäbe statt, entweder im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung bei § 249 BGB oder der Unverhältnismäßigkeitsprüfung bei § 251 BGB.

<sup>11</sup> *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, Rn. 824.

<sup>12</sup> Zur vergleichbaren Problematik im Werkvertragsrecht BGH NJW 2007, 2697 (2698).

<sup>13</sup> Vgl. BGH NJW 1976, 1396 (1387).

<sup>14</sup> Vgl. BGH NJW 2005, 1108 (1109).

<sup>15</sup> Im Allgemeinen kritisch dazu *Schiemann* (Fn. 10), § 249 Rn. 225.

<sup>16</sup> BGH NJW 1992, 302 (303); BGH NJW 1985, 2469.

<sup>17</sup> BGH NJW 2017, 2401.

<sup>18</sup> BGH NJW 1985, 2469 (2470); *Oetker*, (Fn. 2) § 249 Rn. 373.

<sup>19</sup> Die Rechtsprechung ist hierzu im Laufe der Jahre restriktiver geworden (vgl. insb. weiter noch BGH NJW 1976, 1396). In dieser Entscheidung hat der BGH noch die Auffassung

sächliche Reparatur respektive das Merkmal Weiternutzung muss lediglich alternativ vorliegen, um Ersatz der fiktiven Reparaturkosten in Höhe des Wiederbeschaffungswerts ohne Abzug des Restwerts verlangen zu können.

In *Beispiel 3* ist folglich eine fiktive Schadensberechnung bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswerts möglich.<sup>20</sup> In dieser Konstellation wird ein besonderes Integritätsinteresse des Kfz-Inhabers als Ausdruck einer besonderen Beziehung des Geschädigten zu seinem Kfz virulent.<sup>21</sup> Zwar bringt der Geschädigte, lässt er das Kfz entweder tatsächlich reparieren oder nutzt es weiter, nicht in gleicher Weise das besondere Interesse am geschädigten Kfz zum Ausdruck, wie wenn er es repariert und weiternutzt (*Beispiel 4*), allerdings legt er trotz dieser Abschwächung zumindest ein Mindestmaß an besonderem Interesse an den Tag, wogegen sich das Ausmaß der Überschreitung der normalerweise ersatzfähigen Kosten in Grenzen hält. Dies rechtfertigt die Abweichung vom Wirtschaftlichkeitsgebot und ermöglicht die Geltendmachung von (fiktiven) Reparaturkosten, obwohl sie den Wiederbeschaffungsaufwand übersteigen.

*Lösung Beispiel 3:* Nimmt der Geschädigte eine fachgerechte Reparatur vor, kann er die tatsächlich anfallenden Reparaturkosten verlangen, § 249 Abs. 2 BGB. Nimmt er keine Reparatur vor oder repariert das Kfz selbst, nutzt das Kfz aber mindestens sechs Monate weiter, kann er die fiktiven Reparaturkosten bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswerts, also i.H.v. 14.500 € verlangen. Entscheidet er sich gegen eine Reparatur und nutzt das Kfz nicht weiter, bringt er zum Ausdruck, dass er kein besonderes Interesse am Kfz hat. Folglich beschränkt sich sein Anspruch auf den Ersatz fiktiver Reparaturkosten bis zur Höhe des Wiederbeschaffungsaufwands i.H.v. 10.000 € (vgl. *Beispiel 2*).

#### c) Reparaturkosten übersteigen den Wiederbeschaffungswert

Noch weitergehender stellt sich die Frage, ob der Geschädigte auch dann Ersatz fiktiver Reparaturkosten verlangen kann, wenn die diese den Wiederbeschaffungswert des Kfz übersteigen.

*Beispiel 4:* Bei einem Unfall wird ein Kfz beschädigt (Restwert 5.000 €, Wiederbeschaffungswert 15.000 €).

vertreten, dass auch bei sofortiger Veräußerung der Sache der Geschädigte den Schaden aufgrund fiktiver Reparaturkosten bis zum Zeitwert des Kfz berechnen darf. Zudem war auch die Mehrwertsteuer trotz tatsächlich nicht durchgeführter Reparatur ersetzbar.

<sup>20</sup> BGH NJW 2011, 667 (667 f.); BGH NJW 2008, 1941; BGH NJW 2006, 2179 (2180). Weiter wohl noch die ältere Rechtsprechung (vgl. BGH NJW 1976, 1396), nach der der Geschädigte auch bei sofortiger Veräußerung der Sache den Schaden aufgrund fiktiver Reparaturkosten bis zum Zeitwert des Kfz berechnen darf.

<sup>21</sup> Diese besondere Beziehung liegt darin, dass er mit dem eigenen Kfz vertraut ist, etwa Kenntnis über die bisherige Nutzung oder vorgenommene Reparaturen hat.

Ein unabhängiger Gutachter schätzt die Reparaturkosten auf 19.500 €. Die Reparaturkosten betragen in der Hausvertragswerkstatt des Geschädigten 17.500 €. Der Wiederbeschaffungsaufwand beträgt 10.000 €.

Die Rechtsprechung erkennt ein besonderes, schutzwürdiges Interesse des Geschädigten am Erhalt des eigenen Kfz an (*Beispiel 3*) und beziffert dies mit einem Zuschlag von bis zu 30 % des Wiederbeschaffungswerts.<sup>22</sup> Dieser Zuschlag wird jedoch nur gewährt, wenn der Geschädigte das besondere Interesse am Erhalt seines Kfz in zweifacher Hinsicht zum Ausdruck bringt. Einerseits muss das Kfz fachgerecht und vollständig repariert werden<sup>23</sup>, andererseits das Kfz mindestens sechs Monate weitergenutzt werden; eine pauschale Ausdehnung der 130 %-Regel auf die fiktive Schadensberechnung erfolgt damit gerade nicht.<sup>24</sup> Die Merkmale tatsächliche Reparatur und Weiternutzung müssen kumulativ vorliegen. Lässt der Geschädigte das Kfz fachgerecht reparieren und nutzt es mindestens sechs Monate weiter, kann er, abweichend vom Wirtschaftlichkeitsgebot, auch solche (fiktiven) Reparaturkosten ersetzt verlangen, die den Wiederbeschaffungswert um bis zu 30 % übersteigen. Will der Geschädigte das Kfz nicht reparieren lassen und weiternutzen<sup>25</sup>, muss er sich mit den Kosten begnügen, die bei einer wirtschaftlich sinnvollen Behebung des Schadens anfallen,<sup>26</sup> kann also fiktive Kosten nur bis zur Höhe des Wiederbeschaffungsaufwands verlangen (vgl. *Beispiel 2*).

*Lösung Beispiel 4:* Nur solange der Geschädigte eine fachgerechte Reparatur vornimmt und das Kfz mindestens sechs Monate weiternutzt, kann er die tatsächlichen Reparaturkosten i.H.v. 17.500 € verlangen, da sie den Aufwand für die Wiederbeschaffung nicht um mehr als 30 % übersteigen. Die vom Gutachter darüberhinausgehend geschätzten fiktiven Reparaturkosten i.H.v. 2000 € (17.500 € – 19.500 €) kann er dagegen nicht verlangen. Diese Mehrkosten sind zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands, wie die tatsächliche Reparatur gezeigt hat, offensichtlich nicht erforderlich und damit nicht ersatzfähig.<sup>27</sup> Entscheidet er sich gegen eine Reparatur, hat er lediglich

<sup>22</sup> BGH NJW 1992, 302, im Einzelfall auch höher, BGH NJW 1985, 2469 (2469 f.). Begründet wird dies damit, dass das Integritätsinteresse des Geschädigten durch eine Reparatur des Altfahrzeugs besser befriedigt wird als durch ein Ersatzfahrzeug, weil ihm das Altfahrzeug vertraut ist.

<sup>23</sup> Dabei ist egal, ob der Geschädigte die Reparatur selbst vornimmt oder in einer Werkstatt vornehmen lässt: BGH NJW 2005, 1108 (1109).

<sup>24</sup> BGH NJW 1992, 302; BGH NJW 1985, 2469; BGH NJW 2011, 669.

<sup>25</sup> BGH NJW 2005, 2541. Weiter dagegen noch die ältere Rechtsprechung des BGH, nach der eine Berechnung anhand fiktiver Reparaturkosten unabhängig von der Weiterbenutzung gewährt wurde, BGH NJW 1976, 1396.

<sup>26</sup> BGH NJW 1985, 2469 (2470).

<sup>27</sup> BGH NJW 2014, 535 (536); auch BGH NJW 2012, 50 zur Anrechnung eines Werkrabatts.

einen Anspruch auf Ersatz bis zur Höhe des Wiederbeschaffungsaufwands, hier i.H.v. 10.000 €.

#### d) Bestimmung der fiktiven Reparaturkosten

Bei der Berechnung der fiktiven Reparaturkosten sind grundsätzlich die üblichen Stundenverrechnungssätze einer markengebundenen Fachwerkstatt zu Grunde zu legen, die ein Sachverständiger jeweils auf dem allgemeinen regionalen Markt ermittelt.<sup>28</sup> Die Kosten einer Markenwerkstatt sind jedoch in solchen Fällen nicht voll ersatzfähig, in denen eine günstigere Reparaturmöglichkeit in einer mühelos und ohne Weiteres zugänglichen anderen markengebundenen oder „freien“ Fachwerkstatt möglich ist (Schadensminderungspflicht des Geschädigten, § 254 Abs. 2 BGB). Dazu muss der Schädiger allerdings darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass diese alternative Reparatur qualitativ der Reparatur in einer markengebundenen Fachwerkstatt entspricht. Weiter dürfen keine Umstände gegeben sein, die dem Geschädigten eine Reparatur außerhalb der markengebundenen Fachwerkstatt unzumutbar machen. Dies ist beispielsweise der Fall bei einem Kfz, das noch keine drei Jahre alt ist oder scheckheftgepflegt wurde.<sup>29</sup>

#### e) Wahl der Schadensberechnung

Ist eine Bemessung des Schadens auch anhand fiktiver Reparaturkosten zulässig, ist eine Kombination der beiden Schadensberechnungsarten konkret und fiktiv dennoch nicht möglich.<sup>30</sup> Der Geschädigte kann nach der Rechtsprechung nicht zunächst die fiktiven Reparaturkosten fordern und dann die Sache doch tatsächlich reparieren lassen. Schließlich bestünde sonst die Gefahr, dass er besser stünde als ohne das schädigende Ereignis (schadensrechtliches Bereicherungsverbot), beispielsweise wenn er nachträglich eine billigere Reparaturmöglichkeit fände.<sup>31</sup> Es soll gerade kein Anreiz dazu bestehen etwaiges Verhandlungsgeschick oder persönliche Beziehungen auszunutzen, um durch einen Unfall „Geld zu verdienen“.

#### f) Zusammenfassung

**Grundsatz:** Bei der Beschädigung eines Kfz steht dem Geschädigten gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB grundsätzlich ein Wahlrecht zu, ob er das Kfz repariert oder nicht. Entscheidet er sich gegen eine Reparatur, kann der Geschädigte unter Umständen Ersatz in Höhe der auf Basis eines Gutachtens (ex-ante-Sicht) prognostizierten anfallenden Reparaturkosten

in einer markengebundenen Vertragswerkstatt ersetzt verlangen.

**Grenze:** Dieser Grundsatz gilt bis zur Höhe des Wiederbeschaffungsaufwands unabhängig davon, ob die Reparatur ganz, teilweise oder nicht erfolgt (Dispositionsfreiheit des Geschädigten).<sup>32</sup> Übersteigen die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungsaufwand, nicht aber den Wiederbeschaffungswert, kann sich der Geschädigte auf die fiktive Schadensberechnung stützen, sofern er das Kfz weiternutzt oder selbst repariert, oder, sofern die Kosten höher sind als der Wiederbeschaffungswert, er das Kfz weiternutzt und das Kfz selbst repariert.

#### 2. Mängelgewährleistungsrecht – mittlerweile Wahlrecht ausgeschlossen

Anders als im Deliktsrecht handhabt die Rechtsprechung die Bemessung des Schadensersatzanspruchs hinsichtlich fiktiver Kosten in vertraglichen Schuldverhältnissen. Die gesetzliche Anknüpfung des Schadensersatzanspruchs ist im vertraglichen Mängelanspruch nicht § 249 Abs. 1 BGB, der infolge des Ausschlusses des Erfüllungsanspruchs in § 281 Abs. 4 BGB nicht anwendbar ist, sondern § 251 Abs. 1 BGB.<sup>33</sup> Im Rahmen des kleinen Schadensersatzes stellt sich – parallel zum Deliktsrecht – die Frage, ob fiktive Reparaturkosten, d.h. Mängelbeseitigungskosten, ersetzt werden können.

##### a) Werkvertrag

Bis zu seiner Rechtsprechungsänderung im Jahr 2018 erkannte der BGH innerhalb der Berechnung des Schadensersatzes statt der Leistung bei werkvertraglichen Schadensersatzansprüchen eine Berechnung des Schadens auf fiktiver Grundlage (nicht tatsächlich angefallene Mängelbeseitigungskosten) an. Der Geschädigte konnte einen Schaden in Höhe der Mängelbeseitigungskosten unabhängig davon verlangen, ob und in welchem Umfang der Mangel tatsächlich beseitigt wurde.<sup>34</sup> Methodisch war der im Rahmen des § 251 BGB auszugleichende Minderwert vereinfacht anhand fiktiver Mängelbeseitigungskosten zu berechnen.<sup>35</sup> Da bereits der Mangel den Schaden begründete, war der Minderwert unabhängig von einer tatsächlichen Mängelbeseitigung zu bemessen.<sup>36</sup> Mit dieser Begründung erkannte die Rechtsprechung auch innerhalb des vertraglichen Schadensersatzanspruchs wegen Mängeln eine Dispositionsfreiheit des Geschädigten an.<sup>37</sup>

<sup>28</sup> BGH NJW 2010, 606 (607); BGH NJW 2003, 2086 (2087).

<sup>29</sup> Zum Ganzen BGH NJW 2010, 606 (607 f.); auch BGH NJW 2014, 535 (536).

<sup>30</sup> BGH NJW 2017, 1664.

<sup>31</sup> BGH NJW 2017, 1664. Zulässig sein soll die Durchführung einer fiktiven Schadensberechnung jedoch dann, wenn der Geschädigte die Reparatur des Kfz gar nicht durchführt oder auf das nötigste beschränkt oder selbst durchführt. In diesem Fall soll kein Verstoß gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot vorliegen (vgl. dazu BGH NJW 1973, 1647 [1648]; BGH NJW 2003, 2086 [2086 f.]).

<sup>32</sup> BGH NJW 2003, 2086; BGH NJW 2010, 606; BGH NJW 2014, 535 (535 f.).

<sup>33</sup> BGH NJW 2010, 3085 (3086); *Schwarze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 281 Rn. B 128; *Halfmeier*, BauR 2013, 320 (321); *Voit*, NJW 2018, 2166 ff.

<sup>34</sup> BGH NJW 2008, 436 (437); BGH NJW 2007, 2697; BGH NZBau 2003, 375. Das begrüßend *Kniffka*, BauR 2019, Heft Nr. 5, Editorial; *Jurgeleit*, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 5. Teil Rn. 397 ff.

<sup>35</sup> BGH NJW 2008, 436 (437).

<sup>36</sup> BGH NJW 2007, 2697 (2698).

<sup>37</sup> BGH NJW 2007, 2697 (2698); BGH NZBau 2003, 375 (375).

*Beispiel 5:* Ein Bauunternehmer baut Fensterrahmen aus Holz anstatt der vereinbarten Fensterrahmen aus Kunststoff ein. Die Kosten für Ein- und Ausbau betragen 2.100 €, die Materialkosten für die eingebauten Holzfensterrahmen 1.350 €, die Materialkosten für die vereinbarten Kunststofffensterrahmen 1.600 €.

*Lösung Beispiel 5* (nach bisheriger Rechtsprechung des BGH): Der Besteller kann den Schaden anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen, obwohl der Besteller darauf verzichtet, die Fensterrahmen austauschen zu lassen. Der Besteller hat einen Schadensersatzanspruch (§§ 633 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 634 Nr. 4, 281, 251 Abs. 1 BGB) in Höhe des Minderwerts, folglich der Reparaturkosten i.H.v. 2.100 €.

Diese Rechtsprechung wurde mit der Begründung aufgegeben, dass diese Dispositionsfreiheit im Werkvertragsrecht zu einer Überkompensation des Bestellers führe und zudem der bloße Mangel keinen Schaden darstelle.<sup>38</sup> *Halfmeier* führt hierfür an, dass Grundlage für den Schadensersatz statt der Leistung nur § 251 Abs. 1 BGB sein kann, weil § 249 Abs. 1 und 2 BGB gem. § 281 Abs. 4 BGB wegen rechtlicher Unmöglichkeit ausgeschlossen seien. § 251 Abs. 1 BGB aber gewähre nur Ersatz des objektiven Minderwertes und nicht darüber hinausgehender Kosten.<sup>39</sup> Aus diesen Erwägungen soll der Besteller den Schaden nun nur noch anhand der Mängelbeseitigungskosten bemessen können, wenn er die Fensterrahmen tatsächlich austauschen lässt.

*Lösung Beispiel 5* (nach neuer Rechtsprechung des BGH): Der Besteller kann lediglich den Minderwert (Wert der Kunststoffrahmen abzüglich des Werts der eingebauten Holzrahmen<sup>40</sup>) i.H.v. 250 € ersetzt verlangen.

#### b) Kaufvertrag

In gleicher Weise wie bei Mängeln einer Werksache vor seiner Rechtsprechungsänderung handhabte der BGH die Ersatzfähigkeit von fiktiven Mängelbeseitigungskosten bei kaufrechtlichen Schadensersatzansprüchen aufgrund von Mängeln der Kaufsache. Anders als für das Werkvertragsrecht besteht die an die ehemalige werkvertragliche Rechtsprechung angepasste Meinung fort, dass die Schadensberechnung auch bei Nichtbeseitigung des Mangels auf fiktive Mängelbeseitigungskosten gestützt werden kann.<sup>41</sup> Die im Werkvertragsrecht vorgenommene Rechtsprechungsänderung wurde bislang nicht ins Kaufrecht übernommen.<sup>42</sup>

*Beispiel 6:* Ein Käufer bestellt im Baumarkt Fensterrahmen aus Kunststoff, bekommt aber solche aus Holz geliefert. Die für eine Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten für Hin- und Rücktransport der Fenster betragen 900 €, die Materialkosten für die Holzfensterrahmen 1.350 €, die Materialkosten für die Kunststofffensterrahmen 1.600 €.

*Lösung Beispiel 6:* Er hat einen Schadensersatzanspruch aus §§ 433 Abs. 1 S. 2, 434 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3, 281, 251 Abs. 1 BGB i.H.v. 900 €. Abweichend von der neuen Rechtsprechung im Werkvertragsrecht, kann er seinen Schaden (noch) anhand von fiktiven Mängelbeseitigungskosten berechnen, selbst wenn er die Fenster nicht austauscht.

### 3. Probleme der aktuellen Rechtslage

#### a) Widerspruch zwischen Werkvertragsrecht und Kaufvertragsrecht

Einerseits ergibt sich nach der aktuellen Rechtslage eine unterschiedliche Schadensberechnung zwischen werkvertraglicher und kaufrechtlicher Mängelgewährleistung. Diese Differenzierung nimmt der *VII. Zivilsenat* aufgrund der *Besonderheiten des Werkvertragsrechts* hin.<sup>43</sup> Dagegen hat der *V. Zivilsenat* nun in einem aktuellen Beschluss den *VII. Zivilsenat* angefragt, ob dieser an seiner Auffassung festhält.<sup>44</sup> Das ist zu begrüßen, immerhin strebt der Gesetzgeber weitgehend einen Gleichlauf von werk- und kaufvertragsrechtlichem Mängelhaftungsregime an.<sup>45</sup> Eine gespaltene Auslegung des § 251 BGB als Ausdruck des allgemeinen Schadensrechts kann zudem nicht überzeugen.<sup>46</sup>

#### b) Widerspruch zwischen der Berechnung nach § 249 BGB und § 251 BGB

Vergleicht man die geänderte Rechtsprechung im Werkvertragsrecht darüber hinaus auch mit Fällen der Schadensbestimmung nach § 249 Abs. 1 BGB, verstärkt sich der Wunsch nach einer einheitlichen Lösung, die in der Rechtsprechung bislang fehlt. Einerseits tendieren einige Landgerichte mittlerweile dazu, auch in Fällen des deliktischen Schadensersatzanspruchs im Rahmen von § 249 Abs. 2 BGB die Schadensberechnung anhand fiktiver Kosten auszuschließen und damit eine einheitliche Lösung des Schadensrechts anzustreben.<sup>47</sup>

(im Werkvertragsrecht ist der *VII. Zivilsenat*; im Kaufrecht der *V. oder VIII. Zivilsenat* zuständig).

<sup>38</sup> BGH NJW 2018, 1463 (1465 ff.); ebenso zur Überkompensation: *Jansen*, BauR 2007, 800 (800 ff.); *Liebetau/Seifert*, BauR 2018, 1608 (1610 f.).

<sup>39</sup> *Halfmeier*, BauR 2013, 320 (322).

<sup>40</sup> Vgl. BGH NJW 2018, 1463 (1465).

<sup>41</sup> BGH NJW 2018, 1463 (1469).

<sup>42</sup> Dies mag vor allem darauf zurückzuführen sein, dass die Fälle unterschiedlichen *Senaten* zur Entscheidung vorlagen

<sup>43</sup> BGH NJW 2018, 1463 (1469). Kritisch dazu: *Voit*, NJW 2018, 2166 (2167); *Rodemann*, ZfBR 2018, 320 (322).

<sup>44</sup> BGH, Beschl. v. 13.3.2020 – V ZR 33/19.

<sup>45</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 268.

<sup>46</sup> So auch OLG Frankfurt a.M. IBR 2019, 225.

<sup>47</sup> LG Darmstadt BeckRS 2020, 1810; LG Oldenburg DAR 2020, 37; LG Darmstadt, Urt. v. 20.3.2018 – 23 O 132/17; a.A. ausdrücklich: OLG Frankfurt a.M. DAR 2020, 145.

Der BGH hält dagegen wohl einerseits an der fiktiven Schadensberechnung im Deliktsrecht fest<sup>48</sup> und lässt andererseits die Möglichkeit der Schadensbemessung anhand fiktiver Kosten im Mängelgewährleistungsrecht – zumindest im Werkvertragsrecht – nicht mehr zu. Diese Differenzierung zwischen der Schadensbemessung anhand des § 249 Abs. 2 BGB und des § 251 Abs. 1 BGB ist jedoch weder konsequent noch zwingend. So soll beispielsweise eine Bemessung anhand fiktiver Kosten auch bei einem Schadensersatzanspruch wegen Mängeln am Bauwerk aus einem Architektenvertrag nicht mehr zulässig sein.<sup>49</sup> Beim Schadensersatzanspruch gegenüber einem Architekten handelt es sich um einen Anspruch nach § 280 Abs. 1 BGB<sup>50</sup>, bei dem der Schaden wiederum anhand von § 249 Abs. 1 und 2 BGB zu bemessen ist.

Alles in allem zeigt sich die Rechtsprechung in dieser Frage (leider) bisher wenig einheitlich.

## II. Rechtslage in Österreich

Anhand eines kurzen Überblicks über die Rechtslage in Österreich soll dargestellt werden, wie diese Problematik dort gehandhabt wird und überprüft werden, ob hieraus wertige Schlüsse für die deutschrechtliche Diskussion gezogen werden können.

### 1. Deliktischer Schadensersatzanspruch

Der Schadensumfang bemisst sich im österreichischen Recht einheitlich nach § 1323 ABGB<sup>51</sup>, der auf vertragliche und deliktische Ansprüche Anwendung findet.<sup>52</sup> Reparaturkosten können ersetzt werden, wenn die Reparatur tatsächlich vorgenommen wurde. Ansonsten kann lediglich objektiver Wertersatz verlangt werden. Fiktive Reparaturkosten sind nur dann ersatzfähig, solange sie den objektiven Wertersatz bzw. die Differenz zwischen dem Zeitwert des unbeschädigten Kfz und dem Wert des beschädigten Kfz nicht übersteigen.<sup>53</sup>

*Beispiel 7:* Beschädigtes Kfz (Neuwert 30.000 €, Wiederbeschaffungswert 20.000 €). Restwert 15.000 €. Reparaturkosten 7.500 €.

<sup>48</sup> BGH NJW 2020, 236.

<sup>49</sup> BGH IBR 2018, 517; BGH NJW 2018, 1463 (1468).

<sup>50</sup> Kober, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.1.2020, § 636 Rn. 367, 440; Voit, NJW 2018, 2166 (2168).

<sup>51</sup> § 1323 ABGB: „Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muß Alles in den vorigen Stand zurückversetzt, oder, wenn dieses nicht thunlich ist, der Schätzungswert vergütet werden. Betrifft der Ersatz nur den erlittenen Schaden, so wird er eigentlich eine Schadloshaltung; wofern er sich aber auch auf den entgangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten Beleidigung erstreckt, volle Genugthuung genannt.“

<sup>52</sup> Huber, in: Taschenkommentar ABGB, 4. Aufl. 2017, § 1323 Rn. 11.

<sup>53</sup> Jud, Schadensersatz bei mangelhafter Leistung, 2003, S. 259; OGH, Urt. v. 28.10.1987 – 2 Ob 40/87.

*Lösung Beispiel 7* (nach österreichischem Recht): Die Bemessung anhand fiktiver Reparaturkosten darf nach österreichischem Recht den objektiven Wertverlust 5.000 € (20.000 € – 15.000 €) nicht übersteigen.

### 2. Mangelbasierter Schadensersatzanspruch

Der Anspruch aus Mängelgewährleistungsrechten ergibt sich im österreichischen Recht für den Kaufvertrag sowie den Werkvertrag aus § 933a ABGB, der insoweit § 1323 ABGB überlagert.<sup>54</sup> § 933a ABGB ist allerdings der gegliederte Schadensbegriff der allgemeinen §§ 1323 ff. ABGB zugrunde zu legen.<sup>55</sup>

Der Ersatz fiktiver Mängelgewährleistungsrechte wird von der österreichischen Rechtsprechung mittlerweile parallel zum Deliktsrecht durch die objektive Wertminderung beschränkt.<sup>56</sup> Dabei muss der Geschädigte allerdings zumindest Reparaturabsicht haben.<sup>57</sup> Ob darüber hinausgehende, tatsächliche Reparaturkosten im Rahmen des Schadensersatzes überhaupt ersatzfähig sind, ist nicht ganz klar.<sup>58</sup>

*Beispiel 8:* Ein Bauunternehmer baut Fensterrahmen aus Holz anstatt der vereinbarten Fensterrahmen aus Kunststoff ein. Die Kosten für Ein- und Ausbau betragen 2.100 €, die Materialkosten für die Holzfensterrahmen betragen 1.350 €, die Materialkosten für die Kunststofffensterrahmen 1.600 €.

*Lösung Beispiel 8* (nach österreichischem Recht): Die objektive Wertminderung beträgt 250 €. Die Kosten für eine tatsächliche Reparatur i.H.v. 2.100 € werden übernommen. Entscheidet sich der Geschädigte dafür die Reparatur nicht vorzunehmen, sind fiktive Reparaturkosten nur bis zur Höhe des Wertverlusts, also i.H.v. 250 € ersatzfähig.

### 3. Zwischenergebnis und rechtsvergleichende Schlüsse

Hinsichtlich der Berücksichtigung fiktiver Kosten als Schadensposten kommt das österreichische Recht zum einen zu einer überzeugend klaren Begrenzung durch die objektive Wertminderung der Sache und zum anderen zu einer einheitlich schadensrechtlichen Lösung. Die Rechtsprechung verfährt im Falle eines deliktischen Schadensersatzanspruchs gleich wie im Fall eines mangelbasierten Anspruchs auf vertraglicher Grundlage. Es werden allgemeine Grundsätze der Schadensberechnung im deliktischen Schadensersatzanspruch festgelegt, die in den vertraglichen Bereich übernommen

<sup>54</sup> Huber (Fn. 52), § 1323 Rn. 11a.

<sup>55</sup> Jud (Fn. 53), S. 225.

<sup>56</sup> Zum Werkvertrag: OGH, Urt. v. 18.9.2009 – 6 Ob 154/09 d; OGH, Urt. v. 7.4.2011 – 2 Ob 135/10 g; zum Kaufvertrag: OGH, Urt. v. 7.7.2008 – 6 Ob 134/08 m; So auch: Jud (Fn. 53), S. 262.

<sup>57</sup> OGH, Urt. v. 7.4.2011 – 2 Ob 135/10 g; kritisch: Huber (Fn. 52), § 1323 Rn. 36.

<sup>58</sup> Vgl. dazu Jud (Fn. 53), S. 233: Das hängt davon ab, ob man den in § 1323 ABGB zugrunde gelegten Schaden als Mindestschaden zugrunde legt oder nicht.

werden. Eine fiktive Schadensberechnung über die objektive Wertminderung hinaus ist nicht zulässig. Es lässt sich festhalten, dass das österreichische Recht einen Weg findet zu einem einheitlichen Ergebnis zu kommen.

### **III. Fazit**

Eine einheitliche Beurteilung der Frage, ob eine Schadensbemessung auch anhand von fiktiven Kosten erfolgen kann, ist für alle Schadensersatzansprüche wünschenswert. Dieser wird eine Lösung nach österreichischem Vorbild am besten gerecht. Es ist eine klare Begrenzung für jeden Schadensfall zu finden, egal ob deliktisch oder vertraglich begründet oder nach § 249 Abs. 1, 2 BGB oder § 251 BGB zu bemessen. Äußerste Grenze des Schadensersatzes muss das Bereicherungsverbot bilden, weil es sonst zu einer Überkompensation des Geschädigten kommt.

Die objektive Wertminderung drückt den Mindestschaden aus. Bis zur Höhe des objektiven Wertverlusts (Wiederbeschaffungsaufwand) ist dabei egal, in welcher Form der Geschädigte diesen Geldbetrag verwendet. Eine Schadensbemessung anhand fiktiver Kosten ist im Rahmen des Wiederbeschaffungsaufwands anzuerkennen, da es für den Schädiger unerheblich ist, für was der Geschädigte diesen Betrag einsetzt. Ökonomische Argumente sprechen zudem für die Zulässigkeit der Einbeziehung fiktiver Schadensposten in die Berechnung des Schadensumfangs, schließlich trägt sie zur einfacheren Bemessung bei. Ein über den Wertverlust hinausgehender Schaden kann nur dann verlangt werden, wenn der Geschädigte ein besonderes Interesse am Erhalt der beschädigten Sache zeigt, indem er sie vollständig und fachgerecht repariert.