

Zeitschrift für Anwalts- und Gerichtspraxis

Die fiktive Schadensabrechnung im Lichte der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung

Hannah Christokat, Göttingen/München*

Der Beitrag behandelt die jüngsten Entwicklungen im Recht der fiktiven Schadensabrechnung. Hierzu werden zunächst diejenigen schadensrechtlichen Grundsätze, die die fiktive Abrechnung rahmen, begutachtet. Sodann wird das Grundsatzzurteil des BGH, mit dem die fiktive Schadensabrechnung im Werkvertrag für unzulässig erklärt wurde, und dessen Auswirkungen auf andere Rechtsgebiete und Folgefragen nachgezeichnet und bewertet.

I. Die Grundsätze der fiktiven Schadensabrechnung

Die Möglichkeit der fiktiven Schadensabrechnung ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Ersatzbefugnis, Dispositionsfreiheit und schadensrechtlichem Bereicherungsverbot: Grundsätzlich muss der Schädiger gem. § 249 Abs. 1 BGB den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn das schadensstiftende Ereignis nicht stattgefunden hätte. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB gibt dem Geschädigten alternativ die Möglichkeit, den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag zu verlangen, damit er – im Falle der Eigentumsverletzung – sein verletztes Recht nicht erneut dem Schädiger anvertrauen muss (sog. Ersatzbefugnis). In der Verwendung der Mittel, die dem Geschädigten hiernach zufließen, ist er frei, d. h. er ist nicht verpflichtet, die Sache reparieren zu lassen, denn die Vermögensminderung ist mit dem Unfallereignis eingetreten. Es bleibt ihm überlassen, wie er mit den ihm zum Schadensausgleich zur Verfügung gestellten Mitteln innerhalb seines Vermögens umgeht.¹ Zusammenfassend steht hierfür der Begriff der Dispositionsfreiheit. Aus § 249 Abs. 2 S. 2 BGB lässt sich ableiten, dass auch der Gesetzgeber von der Möglichkeit der fiktiven Abrechnung ausgeht: § 249 Abs. 2 S. 2 BGB stellt klar, dass derjenige Geschädigte, der fiktiv abrechnet, keinen Ersatz der fiktiven Umsatzsteuer erhält. Die Möglichkeit einer fiktiven Abrechnung ist demnach grundsätzlich gegeben. Wäre das nicht der Fall, bräuhete man keine entsprechende Norm. Die eigentliche Regelung des § 249 Abs. 2 S. 2 BGB hat ihren Grund im schadensrechtlichen Bereicherungsverbot, wonach der Geschädigte zwar vollen Ersatz verlangen, an dem Schadensfall aber nicht „verdienen“ soll.² Dieses Prinzip begrenzt auch die Ersatzbefugnis und die Dispositionsfreiheit und damit die Möglichkeit der fiktiven Abrechnung allgemein.

Insbesondere im Deliktsrecht hat der BGH durch die Vielzahl an Verkehrsrechtsstreitigkeiten, in denen es um Schadensersatzbegehren nach einem Kfz-Unfall geht, fortlaufend die Möglichkeit, die Grundsätze der fiktiven Abrechnung zu präzisieren.³ Zu diesen Grundsätzen zählt etwa die Obliegenheit zur Schadensgeringhaltung, die keinesfalls nur, aber eben auch bei der fiktiven Abrechnung eine Rolle spielt. Dieses vom BGH so genannte „Wirtschaftlichkeitspostulat“ kann dazu führen, dass ein Geschädigter, der eine eigene Kfz-Reparaturwerkstatt betreibt, bei einer zumutbaren Eigenreparatur eine Anspruchskürzung hinzunehmen hat.⁴ Verallgemeinert werden kann dieser Rechtsspruch wohl in dem Satz, dass ein Geschädigter, der über besondere Expertise verfügt, unter Umständen eine Kürzung seines Anspruchs hinnehmen muss. Deutlich wird jedenfalls, dass der Inhalt der Obliegenheit zur Schadensgeringhaltung nur schwerlich abstrakt losgelöst vom Einzelfall festgelegt werden kann. Die Obliegenheit zur Schadensgeringhaltung hat demnach keinen absoluten, feststehenden Inhalt. Ihre Auswirkungen sind vielmehr im Rahmen des dem Geschädigten Zumutbaren und unter Berücksichtigung seiner individuellen Lage zu bestimmen.⁵ Jede Schadensersatzpflicht des Schädigers ist somit auch immer durch eine gewisse Individualität geprägt. Sie besteht von vornherein nur insoweit, als sich das Verhalten des Geschädigten im Rahmen wirtschaftlicher Vernunft

* Die Autorin ist Dipl.-Jur. und Promovendin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht an der Georg-August-Universität Göttingen sowie wiss. Mitarbeiterin bei Gleiss Lutz Hootz Hirsch PartmbB im Bereich Banking & Finance am Standort München.

1 Vgl. BGH, Urt. v. 26. Mai 2023 – VI ZR 274/22, NJW 2023, 2421, 2422, Rn. 7 m. w. N.

2 St. Rspr.; s. nur BGH, Urt. v. 5. Februar 2013 – VI ZR 363/11, NJW 2013, 1151, 1152, Rn. 11; Urt. v. 22. September 2009 – VI ZR 312/08, NJW 2009, 3713, Rn. 7.

3 Für den Kfz-Bereich hat der BGH über die Jahre ein Vier-Stufen-Modell entwickelt, anhand dessen das „Ob“ und „Wie“ der fiktiven Abrechnung bei Kfz-Schäden zu ermitteln ist. Dieses fußt auf den soeben erläuterten Grundsätzen und präzisiert es für den Kfz-Bereich. Da im Folgenden der Vertragsschadensersatz im Fokus steht, wird hierauf in diesem Beitrag nicht weiter eingegangen.

4 BGH, Urt. v. 26. Mai 2023 – VI ZR 274/22, NJW 2023, 2421.

5 Vgl. BGH, Urt. v. 25. Juni 2019 – VI ZR 358/18NJW 2019, 3139, 3140, Rn. 17 m. w. N., sowie Urt. v. 26. Mai 2023 – VI ZR 274/22, NJW 2023, 2421, 2422, Rn. 8.

hält.⁶ Im Ergebnis wird der Schadensersatzanspruch des Geschädigten durch die Obliegenheit zur Schadensgeringhaltung somit in mehrfacher Hinsicht begrenzt.⁷

Weitere zu beachtende Grundsätze, deren Inhalt der BGH zuletzt erneut präzisiert hat, betreffen zum einen das Kombinationsverbot (auch: Vermischungsverbot), wonach fiktive und konkrete Abrechnung nicht miteinander kombiniert werden dürfen.⁸ Gemeint ist, dass der Geschädigte zwar grundsätzlich von der einen zur anderen Abrechnungsart wechseln darf. Er kann etwa zunächst fiktiv abrechnen wollen, sich sodann im Laufe des Prozesses aber doch dafür entscheiden, den Wagen reparieren zu lassen und nach durchgeführter Reparatur auf Brutto-Reparaturkostenbasis abrechnen.⁹ Er kann aber nicht – wie in dem der BGH-Entscheidung zuletzt zugrunde liegenden Sachverhalt – bei seinem alten Antrag bleiben, d.h. weiterhin die fiktiven Reparaturkosten geltend machen und hierbei die Umsatzsteuer aus der Ersatzbeschaffung ersetzt verlangen.¹⁰ Bei einem solchen Antrag werden konkrete und fiktive Abrechnung unerlaubt vermischt.

Zum anderen musste sich der BGH erneut zum Zeitpunkt, der für die Bemessung des (fiktiven) Schadensersatzanspruchs maßgeblich ist, äußern. Im Ausgangspunkt steht fest, dass Preiserhöhungen keine Rolle mehr spielen, sobald der Schädiger seine Ersatzpflicht vollständig erfüllt hat.¹¹ Denn entscheidend sind grundsätzlich die Preisverhältnisse im Zeitpunkt der Erfüllung.¹² Dahinter steht der Gedanke, dass sich Preiserhöhungen nicht mehr auf die Rechnung des Geschädigten auswirken können, wenn dieser sein Kfz reparieren lässt oder eine Ersatzbeschaffung vornimmt und die Werkstatt bzw. der Händler erst danach die Preise erhöht. Nichts anderes kann gelten, wenn der Geschädigte den Schaden fiktiv abrechnet.¹³ Denn auch bei einer fiktiven Abrechnung ist der Schaden reguliert, sobald der Ausgleichsbetrag gezahlt wurde. Andernfalls könnte der Geschädigte noch Jahrzehnte später immer dann eine Nachforderung stellen, sobald Werkstatt oder Händler eine Preiserhöhung vornimmt. Dass die Frage, ob sich Preiserhöhungen auf den Schadensersatzanspruch auswirken können, so oft gestellt wird, liegt daran, dass die fiktive Abrechnung letztlich auf einer Prognose beruht, wie kostenintensiv eine Schadensbehebung (zum jetzigen Zeitpunkt) wäre.¹⁴

Soweit nachfolgend die Rechtsprechung zur Zulässigkeit der fiktiven Abrechnung im vertraglichen Schadensersatz dargestellt und bewertet wird, gelten diese Grundsätze unverändert. Sie helfen im Gegenteil, die im Folgenden nachzuzeichnenden Entwicklungen auf ihre Stimmigkeit zu überprüfen: Sind sie eingehalten bzw. nicht tangiert, kann das für eine Zulässigkeit der fiktiven Abrechnung sprechen, während ein Bruch mit diesen Grundsätzen deren Unzulässigkeit indiziert.

II. Die fiktive Abrechnung beim Schadensersatzanspruch statt der Leistung

Die fiktive Schadensabrechnung ist nicht auf das Deliktsrecht beschränkt. Vielmehr wird sie im Kauf- und im Mietrecht seit jeher zugelassen. Nur im Werkvertragsrecht gilt seit dem Grundsatzurteil des BGH vom 22. Februar 2018 etwas anderes. Dieser Aufspaltung und daran anknüp-

fend der Frage, ob sie gerechtfertigt bzw. (im Gegenteil) sogar geboten ist, soll nachfolgend nachgegangen werden.

1. Die Entscheidung des VII. Zivilsenats vom 22. Februar 2018 zum Werkvertragsrecht

In seinem Urteil vom 22. Februar 2018 entschied der für das Werkvertragsrecht zuständige VII. Senat des BGH, dass ein Besteller im Rahmen des kleinen Schadensersatzes statt der Leistung gem. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB nicht (mehr)¹⁵ den Mangel nicht beseitigen und seinen Schaden sodann nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen kann.¹⁶ Die fiktive Schadensabrechnung wurde damit im Werkvertragsrecht für unzulässig erklärt.

Diese Rechtsprechungsänderung wurde damit begründet, dass ein Besteller, der keine Aufwendungen zur Mängelbeseitigung tätigt, keinen Schaden erleidet, da ein solcher erst dann entsteht, wenn der Besteller den Mangel beseitigen lässt und die Kosten hierfür begleicht.¹⁷ Auch der Werkmangel selbst soll in diesem Zusammenhang keinen Schaden in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten darstellen, denn es liegt zwar mit dem Leistungsdefizit eine Störung des Äquivalenzverhältnisses vor. Damit ist jedoch nicht geklärt, in welcher Höhe ein Vermögensschaden besteht.¹⁸

Zudem wird vonseiten des VII. Senats zur Begründung die Gefahr einer sonst drohenden Überkompensation angeführt: Eine Schadensbemessung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten würde regelmäßig zu einer nicht gerechtfertigten Bereicherung des Bestellers führen, da der Aufwand der Män-

6 So bereits BGH, Urt. v. 15. Oktober 1991 - VI ZR 314/90, NJW 1992, 302, 304; Urt. v. 25. Juni 2019 - VI ZR 358/18, NJW 2019, 3139, 3140 f., Rn. 18; Urt. v. 29. Oktober 2019 - VI ZR 45/19, NJW 2020, 144, 145, Rn. 10, und Urt. v. 26. Mai 2023 - VI ZR 274/22, NJW 2023, 2421, 2422, Rn. 8.

7 In BGH, Urt. v. 26. Mai 2023 - VI ZR 274/22, NJW 2023, 2421, 2422, Rn. 8, wurde zuletzt zudem ausdrücklich klargestellt, dass ein wirtschaftlich unangemessenes Verhalten nicht erst unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Obliegenheit zur Schadensgeringhaltung nach § 254 Abs. 2 BGB zu prüfen wäre, sondern den Umfang der Schadensersatzpflicht von vornherein beschränkt.

8 Als Merkhilfe: „Mischen impossible“. Hierzu *Almeroth*, Schadensersatz bei Verkehrsunfällen, Rn. 610; *Berz/Burmann/Figgner*, Handbuch des Straßenverkehrsrechts, 48. EL August 2023, Kap. 5, Rn. 4 b.

9 S. bereits *Lemcke/Heß/Burmann*, NJW-Spezial 2013, 265.

10 BGH, Urteil v. 12. Oktober 2021 - VI ZR 513/19, NJW 2022, 543.

11 Nach dem BGH, Urt. v. 18. Februar 2020 - VI ZR 115/19, NJW 2020, 1795, 1796, Rn. 11f., ist für die Bemessung des Schadensersatzanspruchs der Zeitpunkt maßgeblich, in dem dem Geschädigten das volle wirtschaftliche Äquivalent für das beschädigte Recht zufließt.

12 *Grüneberg/Grüneberg*, BGB, 83. Aufl. 2024, Vorb v § 249 BGB, Rn. 127.

13 Vgl. BGH, Urt. v. 18. Februar 2020 - VI ZR 115/19, NJW 2020, 1795, 1796, Rn. 13.

14 Darauf hingewiesen sei, dass im Rahmen der konkreten Abrechnung anerkannt ist, dass das sog. Prognoserisiko beim Schädiger liegt: Zeigen sich im Laufe der Reparatur noch weitere Schäden, die aus dem Unfall resultieren und zu beheben sind, muss der Schädiger den Betrag zusätzlich entrichten (s. zuletzt BGH, Urt. v. 16. November 2021 - VI ZR 100/20, NJW 2022, 539, 540, Rn. 7 m. w. N.).

15 Die Unzulässigkeit der fiktiven Abrechnung beim kleinen Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB wird auf ab dem 1. Januar 2002 geschlossene Werkverträge beschränkt. Da Altfälle mit voranschreitender Zeit an Bedeutung verlieren werden, wird hierauf im Folgenden nicht weiter eingegangen.

16 BGH, Urt. v. 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463, 1465, Rn. 31ff.; Urt. v. 21. Juni 2018 - VII ZR 173/16, NJW-RR 2018, 1038, 1039, Rn. 14.

17 BGH, Urt. v. 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463, 1465, Rn. 32.

18 BGH (Fn. 17), Rn. 33.

gelbeseitigung z. B. davon abhängt, wie sie im konkreten Fall durchgeführt wird, sowie davon, ob andere Gewerke in die Mängelbeseitigung miteinbezogen werden müssen, etwa weil eine Sache verbaut wurde.¹⁹ Der Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung bemisst sich deshalb danach, welche Dispositionen der Besteller tatsächlich zur Mängelbeseitigung trifft.²⁰

Ein Besteller, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lassen will, kann außerdem die Vergütung für das mangelhafte Werk nach §§ 634 Nr. 3, 638 BGB mindern oder den mangelbedingten Minderwert schätzen lassen und den Wertunterschied über den Anspruch auf Schadensersatz ersetzt verlangen, sodass für ihn auch ohne die Möglichkeit der fiktiven Schadensabrechnung eine genügende Auswahl an Optionen zum Schadensausgleich besteht.²¹

Schließlich kann sich der Besteller darüber hinaus weiterhin dafür entscheiden, den Mangel selbst zu beseitigen und hierfür im Vorhinein einen Kostenvorschuss gem. §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB oder im Nachhinein die Erstattung der angefallenen Kosten nach §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB zu verlangen.²²

Entscheidend war für den VII. Senat auch, dass sich der Schadensumfang beim Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB nicht nach §§ 249 ff. BGB richtet:²³ Wäre § 249 BGB anwendbar, würde nämlich der Naturalerfüllungsanspruch „wiederbelebt“ werden, was der Regelung in § 281 Abs. 4 BGB widersprechen würde, da hiernach der Anspruch auf die Leistung mit der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs erlischt.

2. Die Rechtslage im Kaufrecht

Als der für das Kaufrecht zuständige V. Senat in einem Fall über die Zulässigkeit der Abrechnung auf Basis der fiktiven Mängelbeseitigungskosten urteilen musste, sah er sich in seiner Entscheidungsfreiheit zunächst durch die vorangegangene Rechtsprechungsänderung durch den VII. Senat beschränkt und formulierte eine Anfrage an den VII. Senat, die darauf abzielte, diesen davon zu überzeugen, die Möglichkeit der fiktiven Abrechnung weiter generell zuzulassen und keinen Alleingang für das Werkvertragsrecht zu vollziehen. In seinem Antwortbeschluss an den V. Zivilsenat hat der VII. Senat seine Rechtsprechungsänderung erneut bestätigt und gleichwohl ausdrücklich betont, dass die Gründe hierfür (allein) den Besonderheiten des Werkvertragsrechts entspringen.²⁴ Während die fiktive Abrechnung im Werkvertragsrecht für unzulässig erklärt wurde, bleibt es demnach für das Kaufrecht dabei, dass die Mängelbeseitigungskosten fiktiv berechnet werden können. Das für das Werkvertragsrecht aufgestellte Verbot der Abrechnung auf Basis der fiktiven Mängelbeseitigungskosten kann nicht auf das Kaufrecht übertragen werden.²⁵

Es gibt im Kaufrecht keine dem § 637 Abs. 3 BGB vergleichbare Norm. Der Käufer hat – anders als der Besteller – kein Selbstvornahmerecht mit einem Vorschussanspruch,²⁶ sodass er bei Unzulässigkeit einer fiktiven Abrechnung zur Vorfinanzierung gezwungen wäre, wenn der Verkäufer seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung nicht nachkommt. Zudem spielen im Werkvertragsrecht individuelle Leistungsbeschreibungen eine viel größere Rolle als im Kaufrecht. Bei einer Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit können häufig Werkmängel auftreten, mit denen der Besteller „le-

ben“ kann, während dies im Kaufrecht nicht der Fall ist, da hier der Verkauf von „Standard“-Ware, die in keiner Weise individuell auf den Käufer zugeschnitten ist, die Regel darstellt. Ein Fehlanreiz, die (ggf.) hohen Mängelbeseitigungskosten zu vereinnahmen und von der Beseitigung abzusehen, muss somit nur im Werkvertragsrecht verhindert werden.²⁷ Weiter ergeben sich aus der Reichweite der Nacherfüllungsansprüche in § 439 BGB einerseits und § 635 BGB andererseits entscheidende Unterschiede zwischen Kauf- und Werkrecht:²⁸ So wird der kaufrechtliche Nacherfüllungsanspruch durch aus § 439 Abs. 4 S. 2 BGB abgeleitete Vorgaben begrenzt, wodurch bereits eine unangemessene Überkompensation des Käufers verhindert wird. Im Werkvertragsrecht gibt es eine solche mit gesetzlichen Vorgaben flankierte Begrenzung hingegen nicht. Eine Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung gem. § 635 Abs. 3 BGB kommt vielmehr nur im Ausnahmefall in Betracht, sodass den Unternehmer praktisch eine nahezu unbegrenzte Nacherfüllungspflicht trifft.²⁹

3. Die Rechtslage im Mietrecht

Im Mietrecht wurde die Frage nach der Zulässigkeit der fiktiven Schadensabrechnung kürzlich in einem Fall relevant, in dem es um nach Mietende nicht vorgenommene Schönheitsreparaturen ging. Infrage stand, ob der Vermieter den Ersatz der Kosten, die ihm dadurch entstehen, dass er die Schönheitsreparaturen selbst durchführen muss, auf Basis eines Kostenvorschlags verlangen kann.³⁰ Vor dem Hintergrund, dass es im Kaufrecht weiterhin zulässig ist, die fiktiven Mängelbeseitigungskosten über den Schadenersatzanspruch statt der Leistung geltend zu machen, könnte man meinen, dass das gleiche Ergebnis für das Mietrecht als gesetzt gilt. Allerdings existiert im Mietrecht gem. § 536 a Abs. 2 Nr. 1 BGB ein Vorschussanspruch, sodass das Mietrecht auf den ersten Blick eine ähnliche Regelung wie das Werkvertragsrecht bereitzuhalten scheint. Im Werkvertragsrecht war der Vorschussanspruch ein ausschlaggebender Grund dafür, die fiktive Abrechnung für unzulässig zu erklären. Bei genauerer Betrachtung existieren erhebliche Unterschiede zwischen Miet- und Werkvertragsrecht:

19 BGH (Fn. 17), Rn. 34.

20 BGH (Fn. 17), Rn. 36.

21 BGH (Fn. 17), Rn. 38 ff.

22 BGH (Fn. 17), Rn. 46 ff.

23 Hierbei handelt es sich nicht um eine neue, erst mit diesem Urteil festgestellte Erkenntnis. S. zur Nichtanwendbarkeit des § 249 BGB zur Bestimmung des Schadensumfangs beim Schadensersatz statt der Leistung etwa BeckOK BGB/Flume, 71. Ed. 1. Mai 2024, BGB § 249 Rn. 277 (mit Verweis auf die h. M.) sowie im hiesigen Zusammenhang BGH (Fn. 17), Rn. 23, sowie Beschl. v. 8. Oktober 2020 – VII ARZ 1/20, NJW 2021, 53, 56, Rn. 22.

24 BGH, Beschl. v. 8. Oktober 2020 – VII ARZ 1/20, NJW 2021, 53, 56, Rn. 23.

25 BGH, Urt. v. 12. März 2021 – V ZR 33/19, NJW 2021, 1532; Urt. v. 10. November 2021 – VIII ZR 187/20, NJW 2022, 686; Urt. v. 11. März 2022 – V ZR 35/21, NJW 2022, 2685.

26 BGH, Urt. v. 12. März 2021 – V ZR 33/19, NJW 2021, 1532, 1533, Rn. 11; den mangelnden Vorschussanspruch als Hauptgrund für die Unübertragbarkeit der Rechtsprechung des V. Senats ansehend Grüneberg/Weidenkaff (Fn. 12), § 437 BGB, Rn. 40.

27 BGH (Fn. 26), Rn. 27 f.; s. zudem BGH, Beschl. v. 8. Oktober 2020 – VII ARZ 1/20, NJW 2021, 53, 59, Rn. 46 ff.; vgl. zu den Besonderheiten im Online-Handel *Bleekat*, NJ 2024, 263 ff.

28 BGH (Fn. 26), Rn. 27 ff., sowie bereits BGH, Beschl. v. 8. Oktober 2020 – VII ARZ 1/20, NJW 2021, 53, 61, Rn. 63 ff.

29 BGH (Fn. 26), Rn. 27.

30 BGH, Beschl. v. 10. Mai 2022 – VIII ZR 277/20, NJW-RR 2022, 1460.

So kann der Mieter zwar gem. § 536 a Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zuge des dort geregelten Selbsthilferechts einen Vorschussanspruch gegen den Vermieter haben und auch der Vermieter kann u. U. vom Mieter einen Vorschuss in Höhe der erforderlichen Renovierungskosten verlangen, wenn sich der Mieter mit der Durchführung der Schönheitsreparaturen in Verzug befindet. Beide Ansprüche stehen aber unter der Voraussetzung eines laufenden Mietverhältnisses, während es im zu entscheidenden BGH-Fall um den Schadensersatzanspruch eines Vermieters aus einem beendeten Mietverhältnis ging.³¹

Im Mietrecht muss auch keine ungerechtfertigte Überkompensation verhindert werden. Denn die Gefahr einer ungerechtfertigten Bereicherung wird dadurch eingedämmt, dass § 28 Abs. 4 der II. BerechnungsVO³² Regelungen zum Umfang von Schönheitsreparaturen enthält, sodass Kostenansätze in Gutachten oder Kostenvoranschlägen an diesen Maßstäben nachvollzogen werden können.³³ Die Änderung der Rechtsprechung im Werkvertragsrecht, nach der beim Schadensersatzanspruch statt der Leistung der Schaden nicht mehr anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen werden kann, ist deshalb nach Ansicht des VIII. Zivilsenats auf das Mietrecht nicht übertragbar.³⁴

4. Die Entscheidung des VII. Zivilsenats vom 9. November 2023 zur werkvertraglichen Leistungskette

Mit Urteil vom 9. November 2023 entschied der VII. Zivilsenat über eine Folgefrage, die sich aus der geänderten Rechtsprechung ergeben hatte. Es ging um die Frage, ob beim Regress in der werkvertraglichen Leistungskette der Ersatz von Vorschusszahlungen (auch) eine fiktive Schadensberechnung darstellt.³⁵ Gemeint ist die Situation, dass ein Besteller einen Werkunternehmer (in der Leistungskette der „Hauptunternehmer“) beauftragt, dieser wiederum Arbeiten durch einen Sub-/Nachunternehmer ausführen lässt, bei denen sich ein Werkmangel i. S. d. § 633 Abs. 1 BGB zeigt.

Der VII. Senat hatte zuvor selbst klargestellt, dass seine geänderte Rechtsprechung, also die Unzulässigkeit der fiktiven Schadensberechnung auch in der werkvertraglichen Leistungskette gilt.³⁶ Wenn der Besteller vom Hauptunternehmer zur Mängelbeseitigung einen Kostenvorschuss gem. §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB verlangt, muss dieser gegenüber dem Subunternehmer nicht seinerseits einen Anspruch auf Kostenvorschuss gem. §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB geltend machen, sondern kann stattdessen Schadensersatz gem. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB verlangen.³⁷ Sein Schaden besteht zunächst darin, dass er infolge der mangelhaften Werkleistung seines Nachunternehmers mit Verbindlichkeiten belastet wird, indem er aufgrund des betreffenden Werkmangels seinerseits Mängelansprüchen seines Bestellers ausgesetzt ist, weshalb er von seinem Subunternehmer verlangen kann, von dem Vorschussanspruch des Bestellers freigestellt zu werden.³⁸ Hat der Hauptunternehmer den Kostenvorschussanspruch des Bestellers dagegen bereits durch Zahlung erfüllt, wandelt sich sein auf Freistellung gerichteter Schadensersatzanspruch gegen den Nachunternehmer in einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe des geleisteten Kostenvorschusses.³⁹

III. Fazit und Bewertung

Der BGH urteilt je nach betroffenem Vertragstyp unterschiedlich: Eine fiktive Schadensberechnung wird im Werkvertragsrecht ausgeschlossen, im Kauf- und Mietrecht dagegen zugelassen.⁴⁰ Soweit der VII. Senat jedoch als Argument für seine Rechtsprechungsänderung anführt, dass sich der Schadensumfang beim Anspruch gem. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB nicht nach §§ 249 ff. BGB richtet, da sonst der Naturalerfüllungsanspruch, der nach § 281 Abs. 4 BGB erlischt, nicht nach § 249 Abs. 1 BGB „wiederbelebt“ werden kann, übersieht er, dass schadensrechtlich der Schadensersatz statt der Leistung allgemein und nicht nur im Werkvertrag ein Sonderfall ist.⁴¹

Daraus muss mit den weiteren vom VII. Senat angeführten Gründen gleichwohl nicht der Schluss gezogen werden, die Rechtsprechungsänderung im Werkvertragsrecht sei falsch: Das erste zentrale Argument für die Unzulässigkeit der fiktiven Abrechnung im Werkvertragsrecht ist in der Selbstvornahme (§ 637 BGB) angelegt, die nur im Werkvertragsrecht möglich ist und dem Geschädigten eine alternative Ersatzmöglichkeit gibt, sodass er nicht auf eine fiktive Abrechnung angewiesen ist, um ein Vorstrecken von Beträgen zu vermeiden, die er zur Mängelbeseitigung benötigt. Zweitens soll eine Bereicherung des Geschädigten in Folge einer Schadensüberkompensation vermieden werden, weil die Schätzung der Mängelbeseitigungskosten, die tatsächlich erforderlich werden, aufgrund der jedem Werk in der Regel immanenten Individualität schwieriger ist.

Beides kann als werkvertragsrechtstypisch angesehen werden. Die Rechtsprechungsänderung des VII. Senats beruht auf den Besonderheiten des Werkrechts. Die Argumente schlagen nicht auf andere Vertragstypen oder gar Rechtsgebiete durch. Im Kaufrecht hat der Käufer kein Selbstvornahmerecht mit Vorschussanspruch. Einer Überkompensation wird durch abweichende Grenzen der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung (vgl. § 439 Abs. 4 S. 2 BGB) vorgebeugt.

Auch im Mietrecht ist die Lage anders als im Werkvertragsrecht: Hier besteht nach Beendigung des Mietverhältnisses für den Vermieter kein Anspruch auf einen Kostenvorschuss. Die Gefahr einer Überkompensation wird durch § 28 Abs. 4 der II. BerechnungsVO eingedämmt, da hier der Umfang der Schönheitsreparaturen gesetzlich verankert ist.

Es besteht somit kein Grund für einen Gleichlauf der fiktiven Abrechnungsmöglichkeit in allen Vertragstypen. Viel-

31 Vgl. zu diesem Aspekt in der Entscheidung BGH (Fn. 30), Rn. 16.

32 Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen (Zweite Berechnungsverordnung – II. BV) i. d. F. der Bekanntmachung v. 12. Oktober 1990 (BGBl. I S. 2178).

33 BGH (Fn. 30), Rn. 19.

34 S. für diese ausdrückliche Klarstellung durch den für das Mietrecht zuständigen VIII. Senat BGH (Fn. 30), Rn. 15. Hingewiesen wird zudem darauf, dass Gleiches für andere Vertragstypen gilt.

35 S. auch die Entscheidungsbesprechung von *Omlor*, JuS, 2024, 461 ff.

36 BGH (Fn. 24), Rn. 52; Ur. v. 9. November 2023 – VII ZR 92/20 NJW 2024, 894, 895, Rn. 17.

37 BGH, Ur. v. 9. November 2023 – VII ZR 92/20, NJW 2024, 894, 895, Rn. 19.

38 BGH (Fn. 37), Rn. 21.

39 BGH (Fn. 37), Rn. 22.

40 So auch *Omlor*, JuS 2024, 461.

41 S. zum Schadensersatz statt der Leistung als Sonderfall BeckOK BGB/J. W. Flume (Fn. 23), § 249 BGB, Rn. 277 f.

mehr ist im Gegenteil eine unterschiedliche Handhabung aufgrund der aufgezeigten werkvertraglichen Besonderheiten sinnvoll. Die geänderte Rechtsprechung des VII. Senats hat daher (erst recht) keine Auswirkungen auf das Deliktsrecht.⁴²

Die kurzzeitige Unsicherheit, ob nach der Grundsatzentscheidung des VII. Zivilsenats aus dem Jahr 2018 die fiktive Schadensabrechnung allgemein auf dem Rückzug ist, wurde durch nachfolgende Urteile des V. und des VIII. Zivilsenats wieder beseitigt. Der VII. Senat hat dagegen in seinem Urteil zur werkvertraglichen Leistungskette die Chance verpasst, durch eine eindeutige Begründung keine weitere Verwirrung zu stiften. So darf der aufgestellte Rechtssatz, das Verbot der fiktiven Schadensberechnung gelte auch in der werkvertraglichen Leistungskette, nicht pauschal und damit falsch verstanden werden. Vielmehr beschränkt sich die Aussage dieses Rechtssatzes darauf, dass auch in der werkvertraglichen Leistungskette in Konsequenz des Grundsatzurteils aus dem Jahr 2018 (selbstverständlich) für den werkvertraglichen Schadensersatzanspruch statt der Leistung gem. §§ 634

Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB das Verbot der fiktiven Abrechnung gilt, es sich aber (ebenso selbstverständlich) um keine fiktive Abrechnung handelt, wenn der Schaden des (Haupt-)Unternehmers nicht abstrakt, sondern konkret beziffert wird, weil er tatsächlich eingetreten ist. In dieser Situation kann dem Schadensersatzverlangen auch kein Verbot der fiktiven Abrechnung im Wege stehen. Ein Vorschussverlangen des Bestellers gegenüber dem Hauptunternehmer schließt es nicht aus, dass dieser gegenüber seinem Nachunternehmer – trotz des einem Vorschussverlangen immanenten Prognoserisikos – seinen werkvertraglichen Schadensersatzanspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB geltend machen und konkret beziffern kann.

42 Das LG Darmstadt, Urt. v. 23.11.2018 – 2 O 471/16, BeckRS 2018, 49567 Rz. 18f. hat gleichwohl das Gegenteil behauptet und wurde vom OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 8.11.2019 – 22 U 16/19, NJW 2020, 482 aufgehoben. S. klarstellend auch Grüneberg/Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 249 Rn. 14 („Soweit vereinzelt die Zulässigkeit des fiktiven Schadensersatzes [...] generell verneint wird, trifft dies nicht zu“).

Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht 2023/2024 (Teil 2)*

Rechtsanwalt Jörg Thomas, LL.M. (Universität London), Berlin**

5. Gleichbehandlung/Antidiskriminierung

Rechtsmissbrauch bei Bewerbung auf Stelle als Sekretärin'

Der Kläger wurde 1994 geboren. Er ist ledig und keiner Person zum Unterhalt verpflichtet. Er war seit dem 6. Januar 2022 arbeitsunfähig krankgeschrieben. Der Kläger absolviert ein Fernstudium zum Wirtschaftsjuristen. Bei der Beklagten handelt es sich um ein Unternehmen, das Leuchtmittel vertreibt. Der Firmensitz befindet sich in D. Die Beschäftigten der Beklagten sind muslimischen Glaubens. Seit dem Jahr 2021 befindet sich eine Mitarbeiterin der Beklagten, die in Vollzeit als Sekretärin tätig war und zuletzt ein Entgelt in Höhe von 1.800,00 EUR brutto monatlich bezog, in der Elternzeit. Die Schwester des Geschäftsführers, die ebenfalls für die Beklagte tätig ist, bat darum, als Ersatzkraft eine weibliche Bürokräft einzustellen, da ihr Glaube und ihr Ehemann es nicht zuließen, dass sie mit einem Mann in einem Büroraum arbeitete. Die Beklagte veröffentlichte daraufhin am 17. Januar 2022 folgende Stellenausschreibung:

„Art: Sekretärin

Berufserfahrung: Mit Berufserfahrung“

Der Kläger bewarb sich hierauf mit folgender Nachricht:

„Hallo, ich habe gerade auf Ebay Kleinanzeigen ihre Stellenausschreibung gefunden, womit Sie eine Sekretärin suchen. Ich suche derzeit eine neue Wohnung im Umkreis und habe Interesse an Ihrer Stelle. Ich habe Berufserfahrung im Büro und kenne mich mit Word und Excel und Gesetzen gut aus. Lieferscheine und Rechnungen kann ich auch schreiben und sonst typische Arbeiten einer Sekretärin.

Ich bewerbe mich hiermit auf ihrer Stelle.

Suchen Sie nur ausschließlich eine Sekretärin, also eine Frau? In Ihrer Stellenanzeige haben Sie dies so angegeben. Ich habe eine kaufmännische abgeschlossene Ausbildung als Industriekaufmann und suche derzeit eine neue Herausforderung. Über eine Rückmeldung würde ich mich sehr freuen. Ich wäre ab sofort verfügbar. Mit freundlichen Grüßen Herr F“

Die Beklagte antwortete darauf:

„schönen guten morgen ja wir suchen eine dame, sorry“

Weitere Unterlagen wie einen Lebenslauf übersandte der Kläger nicht. Der Kläger wurde von der Beklagten nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Mit Schreiben vom 18. Februar 2022 forderte der Kläger die Beklagte auf, an ihn eine Entschädigung in Höhe von 7.800,00 EUR zu zahlen, da sie ihn wegen des Geschlechts diskriminiert habe. Dem Schreiben war ein ausformulierter Vergleichsvorschlag beigelegt, der die Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 3.000,00 EUR vorsah. Der Kläger hatte sich bereits im April 2021 auf die Stellenanzeige eines anderen Unternehmens, dessen Betriebssitz sich ca. 250 Kilometer vom Wohnort des Klägers befand, beworben. Ausweislich des Wortlauts der

* Fortsetzung und Schluss des in NJ 11/2024, 477ff., veröffentlichten Beitrags.

** Der Autor ist Partner der Rechtsanwaltskanzlei Rosenberger & Koch (mit Niederlassungen in Hamburg, Berlin und Rostock), die neben Wirtschafts- und Medienrecht traditionell einen Schwerpunkt in der Beratung und Vertretung von Arbeitgebern und Führungskräften hat. Er ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht.

1 LAG Hamm, Urt. v. 23. März 2023 - 18 Sa 888/22, BeckRS 2023, 27912.