

Prof. Dr. Johannes Wertenbruch: „Ersatz fiktiver Mangelbeseitigungskosten und Wechsel der Schadensersatzart durch den Käufer im Gewährleistungsprozess“, ZIP (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht) 2025, 2984 ff. (online verfügbar über juris)

Abstract:

1. Der Ersatz fiktiver Mangelbeseitigungskosten kann nicht aus §§ 249 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB abgeleitet werden (ZIP 2025, 2984, 2985).
2. Richtiger Anknüpfungspunkt für den Anspruch des Käufers auf Schadensersatz „statt der Leistung“ nach § 437 Nr. 3 iVm §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB in Gestalt der fiktiven Mangelbeseitigungskosten ist das Ausbleiben der nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB vom Verkäufer geschuldeten Nacherfüllungsleistung (ZIP 2025, 2984, 2985 f.).
3. Die Rechtfertigung der Abweichung des Schadensersatzrechts bei der kaufrechtlichen Gewährleistung von der Gewährleistung beim Werk- und Bauvertrag ist darin zu sehen, dass die Vorschussregelung des § 637 Abs. 3 BGB ein Spezifikum des Werkvertragsrechts darstellt. Das Kaufrecht enthält keine vergleichbare Vorschussregelung für den Schadensersatzanspruch des Käufers (ZIP 2025, 2984, 2985 f.; vgl. dazu auch Soergel/Wertenbruch, 13. Auflage 2026, § 437 Rz. 187 f.).
4. Ein weiterer Rechtfertigungsgrund ist darin zu sehen, dass bei Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs im Stadium der Nacherfüllung der Vorschussanspruch des Verbrauchers aus § 475 Abs. 4 BGB besteht und der Schadensersatzanspruch des Käufers auf Ersatz der fiktiven Mangelbeseitigungskosten den fehlenden gesetzlichen Vorschussanspruch auf der Schadensersatzebene kompensiert (ZIP 2025, 2984, 2987).
5. Die fiktiven Mangelbeseitigungskosten können vom Käufer auch dann verlangt werden, wenn er die Kaufsache bereits an einen Dritten veräußert hat (ZIP 2025, 2984, 2988).
6. Bei Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten gilt die Einrede des § 439 Abs. 4 BGB auch bei der Berechnung des Schadensersatzes statt der Leistung in Form der fiktiven Mangelbeseitigungskosten (ZIP 2025, 2984, 2988; vgl. dazu auch Soergel/Wertenbruch, 13. Auflage 2026, § 437 Rz. 194).
7. Der Rechtsgedanke des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB schließt den Ersatz fiktiver Umsatzsteuer aus (ZIP 2025, 2984, 2988 f.).
8. Der Käufer ist an die Geltendmachung einer Schadensersatzart materiell-rechtlich grundsätzlich nicht gebunden, sondern kann vom großen Schadensersatz auf den kleinen Schadensersatz übergehen und umgekehrt (ZIP 2025, 2984, 2989; vgl. dazu auch Soergel/Wertenbruch, 13. Auflage 2026, § 437 Rz. 213).
9. Der Wechsel vom großen Schadensersatz auf den kleinen Schadensersatz im Gewährleistungsprozess stellt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise trotz Wegfalls des Zugum-Zug-Vorbehalts keine Erweiterung des Klageantrags iSd § 264 Nr. 2 ZPO dar, sofern im Übrigen kein höherer Schadensersatzbetrag geltend gemacht wird (ZIP 2025, 2984, 2991). In der Berufungsinstanz ist daher bei einem solchen Wechsel keine

Anschlussberufung des in der 1. Instanz obsiegenden Käufers erforderlich (ZIP 2025, 2984, 2991 f.).

10. Veräußert der Käufer während des Gewährleistungsprozesses die mangelhafte Kaufsache und verlangt er deswegen im Rahmen des Wechsels vom großen auf den kleinen Schadensersatz einen anderen Schadensersatzbetrag, so ist die Klageumstellung nach § 264 Nr. 3 iVm § 264 Nr. 2 ZPO zulässig (ZIP 2025, 2984, 2991). Das in § 264 ZPO enthaltene Tatbestandsmerkmal „ohne Änderung des Klagegrundes“ ist hier erfüllt, weil der „Kern“ des Klagesachverhalts unverändert bleibt. In der Berufungsinstanz ist auch in dieser Wechselkonstellation keine Anschlussberufung des in der 1. Instanz obsiegenden Käufers erforderlich, sofern kein höherer Schadensersatzbetrag geltend gemacht wird (vgl. zum Ganzen ZIP 2025, 2984, 2991 f.).