Kein Abzug „neu für alt“ bei Nachbesserung einer gebrauchten Sache und Schadensersatz statt der Leistung

1. **Eine Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung einer (gebrauchten) mangelhaften Kaufsache nach den Grundsätzen eines Abzugs „neu für alt“ scheidet aus, wenn sich der Vorteil des Käufers darin erschöpft, dass die Kaufsache durch den zur Mangelbeseitigung erforderlichen Ersatz eines mangelhaften Teils durch ein neues Teil einen Wertzuwachs erfährt oder dass der Käufer durch die längere Lebensdauer des ersetzten Teils Aufwendungen erspart.**

2. **Für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Höhe der voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten nach § 437 Nr. 3, §§ 280 I und III, 281 I BGB gilt das Gleiche, und zwar auch dann, wenn die Nachbesserung wegen des arglistigen Verschweigens des Mangels nicht angeboten werden muss (hier: Kosten für die Erneuerung einer mangelhaften Kellerabdichtung).**

BGH, Urteil vom 13.05.2022 – V ZR 231/20

Sachverhalt: Mit notariellem Vertrag vom 10.09.2010 verkauften die Beklagten den Klägern ein mit einem 1979 errichteten Reihenhaus bebautes Grundstück. Die Haftung für Sachmängel wurde ausgeschlossen. Die Beklagten hatten im Jahr 2002 gegen einen Nachbarn ein selbstständiges Beweisverfahren eingeleitet, nachdem in ihrem Keller Schwarzschimmel aufgetreten war. Der Sachverständige erkannte eine Feuchtigkeit in den Kellerwänden, die vornehmlich auf einer mangelhaften Abdichtung der Wände beruhte. Die Kläger stellten im Jahr 2013 eine Durchfeuchtung der Kellerwände fest. Im September 2013 forderten sie die Beklagten erfolglos auf, die Kosten einer neuen Kellerabdichtung in Höhe von 23.400,30 € zu zahlen.

Gestützt auf die Behauptung, die Beklagten hätten den Feuchtigkeitsschaden beziehungsweise die mangelhafte Abdichtung des Kellers arglistig verschwiegen, verlangen die Kläger mit ihrer Klage die Kosten einer neuen Kellerabdichtung in Höhe von 23.400,30 € nebst Rechtshängigkeitszinsen sowie die Feststellung, dass die Beklagten zum Ersatz weiteren Schadens, insbesondere der Mehrwertsteuer, verpflichtet sind. Des Weiteren machen sie Ansprüche wegen Nutzungsausfalls des Kellers geltend und begehren Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.666,95 € nebst Rechtshängigkeitszinsen.

Das Landgericht hat – soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse – der Klage hinsichtlich der Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 2.574 € nebst Zinsen, hinsichtlich der Feststellung sowie der geltend gemachten Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Klage auf Zahlung der Mängelbeseitigungskosten sowie den Feststellungsantrag abgewiesen und den von dem Landgericht als Ersatz für die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten zugesprochenen Betrag auf 406,50 € nebst Zinsen reduziert. Die dagegen gerichtete Revision der Kläger, mit der sie ihre Klageanträge in vollem Umfang weiterverfolgten, hatte Erfolg.

Aus den Gründen: [3] I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts haben die Kläger gegen die Beklagten dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch, weil die Kellerwände eine erhöhte Feuchtigkeit aufwiesen und damit mangelhaft seien. Zudem entspreche die Abdichtung mit mineralischen Dichtschlämmen nicht den zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes anerkannten Regeln der Technik; außerdem sei die konkrete Verarbeitung der Dichtschlämme fehlerhaft. Auf den vereinbarten Haftungsausschluss könnten sich die Beklagten nicht berufen, da sie den Mangel arglistig verschwiegen hätten. Sie hätten aufgrund des selbstständigen Beweisverfahrens gewusst, dass die Kellerwände deshalb feucht gewesen seien, weil die Abdichtung des Mauerwerks unzureichend gewesen sei. Die von ihnen in Auftrag gegebenen Sanierungsarbeiten entlasteten sie nicht.

[4] Der Höhe nach müssten sich die Kläger aber im Wege des Vorteilsausgleichs einen Abzug „neu für alt“ gefallen lassen, der ihren Schaden entfallen lasse. Erhielten sie die Kosten für die Neuherstellung einer Kellerabdichtung ohne einen solchen Abzug, wären sie bereichert, und das kaufvertragliche Äquivalenzverhältnis wäre gestört. Die Kläger hätten ein bereits 1979 errichtetes Haus erworben. Die Abdichtung des Kellers sei zum Zeitpunkt des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung (2020) 41 - Jahre alt gewesen. Die sachverständig festgestellte Lebensdauer einer solchen Abdichtung von durchschnittlich 40 Jahren sei mittlerweile abgelaufen. Die Kläger müssten deshalb die Abdichtung ohnehin erneuern lassen. Verlangen könnten die Kläger aber einen Teil der geltend gemachten außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten, da bei Ablauf der in dem Schreiben vom September 2013 gesetzten Frist die Kellerabdichtung rund 34 Jahre alt gewesen sei und damit noch einen Restwert von 15 % der durchschnittlichen Lebensdauer von 40 Jahren gehabt habe. Ausgehend von den geltend gemachten Mängelbeseitigungskosten von insgesamt 23.400,30 € habe zu diesem Zeitpunkt ein Schadensersatzanspruch von noch 3.510 € bestanden. Bei einem Gegenstandswert in dieser Höhe ergäben sich unter dem Gesichtspunkt des Verzugs erstattungsfähige Rechtsanwaltskosten von 406,50 €. Nutzungsausfallersatz könnten die Kläger indessen nicht beanspruchen, weil der Keller nicht zu Wohnzwecken genutzt werde und es deshalb an einer „fühlbaren“ Gebrauchsbeeinträchtigung fehle.

[5] II. Das hält der rechtlichen Nachprüfung überwiegend nicht stand.

[6] 1. Die Revision ist begründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage in Höhe der geltend gemachten Mängelbeseitigungskosten nebst Zinsen durch das Berufungsgericht wendet. Diesem Klageantrag hätte stattgegeben werden müssen.

[7] a) Ohne Rechtsfehler und von den Klägern als ihnen günstig nicht angegriffen geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Kläger dem Grunde nach von den Beklagten Schadensersatz statt der Leistung nach § 437 Nr. 3, §§ 280 I und III, 281 I und II BGB wegen der erforderlichen Neuabdichtung der Kellerwände verlangen können. Die Feuchtigkeit in den Kellerwänden und die nicht ordnungsgemäß angebrachte Kellerwandabdichtung begründen nach den Feststellungen des sachverständig beratenen Berufungsgerichts einen Sachmangel. Auf den in dem Vertrag enthaltenen Haftungsausschluss können sich die Beklagten nach der ebenfalls von Rechts wegen nicht zu beanstandenden tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts nicht berufen, weil sie im Zusammenhang mit dem von ihnen durchgeführten selbstständigen Beweisverfahren Kenntnis von dem Mangel erlangt und deshalb arglistig (§ 444 Fall 1 BGB) gehandelt haben. Die von den Beklagten in Auftrag gegebenen Sanierungsmaßnahmen vermögen sie nicht zu entlasten, weil sie konkrete Umstände kannten, die den Verdacht begründeten, die Mangelbeseitigung habe keinen Erfolg gehabt (vgl. hierzu Senat, Urt. v. 19.02.2016 – V ZR 216/14, WM 2016, 1755 Rn. 19 f.). Da die Beklagten den Mangel des Grundstücks arglistig verschwiegen haben, war eine Nachfristsetzung durch die Kläger nicht erforderlich (§ 281 II Fall 2 BGB; vgl. Senat, Beschl. v. 08.12.2006 – V ZR 249/05, NJW 2007, 835 Rn. 12 f.).

[8] b) Das Berufungsgericht stellt zu Recht nicht infrage, dass die Kläger im Ausgangspunkt die Höhe des Schadens anhand der Kosten der Herstellung einer mangelfreien Kellerwandabdichtung berechnen können, auch wenn die hierfür erforderlichen Arbeiten noch nicht ausgeführt wurden. Denn der kaufvertragliche Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gemäß § 437 Nr. 3, §§ 280 I und III, 281 BGB kann anhand der voraussichtlich erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten („fiktiven“) Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht werden (vgl. Senat, Urt. v. 12.03.2021 – V ZR 33/19, BGHZ 229, 115 Rn. 11 ff.). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts betragen die aufzuwendenden Mängelbeseitigungskosten hier 23.400,30 € ohne Mehrwertsteuer.

[9] c) Von Rechtsirrtum beeinflusst ist aber die Ansicht des Berufungsgerichts, die Kläger könnten diesen Betrag nicht verlangen, weil ihnen unter Berücksichtigung eines Abzugs „neu für alt“ kein Schaden entstanden sei. Hierbei sind in tatsächlicher Hinsicht die Feststellungen des Berufungsgerichts zugrunde zu legen, dass die durchschnittliche Haltbarkeit einer Mauerabdichtung, wie sie hier in Rede steht, 40 Jahre beträgt und zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht seit der Errichtung des Hauses im Jahr 1979 bereits mehr als 40 Jahre vergangen waren. Die von der Revision insoweit erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO). Ein Schaden entfällt auf der Grundlage dieser Feststellungen aber nicht.

[10] aa) Im Ausgangspunkt richtig ist zunächst die Erwägung des Berufungsgerichts, dass Vermögensvorteile, die erst durch die Ersatzleistung des Schädigers entstehen, nach den allgemeinen Regeln über einen Abzug „neu für alt” auszugleichen sein können. Ein solcher Abzug ist dabei grundsätzlich nicht beschränkt auf Schadensersatzansprüche, die vor allem den Schutz des Integritätsinteresses bezwecken und für die unmittelbar § 249 BGB Anwendung findet. Zu ausgleichsbedürftigen Wertzuwächsen bei dem Geschädigten kann es auch bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung kommen. Steht der zu Schadensersatz wegen Nichterfüllung berechtigte Gläubiger infolge der Ersatzleistung besser, als er bei ordnungsgemäßer Erfüllung der nicht erbrachten Leistung stünde, so ist diese Differenz grundsätzlich auszugleichen. Der Schadensersatzanspruch strebt zwei nicht immer restlos zu vereinbarende Ziele an. Er soll dem Geschädigten einerseits vollen Ausgleich verschaffen, ihn andererseits aber nicht bereichern. Dieses zweite Ziel gebietet einen Abzug „neu für alt”, wenn damit nicht in unzumutbarer Weise in das erste eingegriffen wird. Vor diesem Hintergrund hat der Senat bei dem nach § 463 Satz 2 BGB a.F. geschuldeten Schadensersatz des Verkäufers einen entsprechenden Ausgleich für erwägenswert gehalten (Senat, Urt. v. 07.05.2004 – V ZR 77/03, NJW 2004, 2526, 2528; vgl. auch BGH, Urt. v. 06.12.1995 – VIII ZR 270/94, NJW 1996, 584, 585 f. [ebenfalls zu § 463 Satz 2 BGB a.F.]). Auf diese Rechtsprechung verweist das Berufungsgericht.

[11] bb) Diese Grundsätze können aber auf einen kaufrechtlichen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach dem seit dem 01.01.2002 geltenden Recht nicht ohne Weiteres übertragen werden. Anderes als nach dem bisherigen Recht gehört nämlich nunmehr die Mangelfreiheit der Kaufsache zur Leistungspflicht des Verkäufers (§ 433 I 2 BGB). Dass der Verkäufer, der die Pflicht zur mangelfreien Übereignung nicht erfüllt, zunächst einem Nacherfüllungsanspruch ausgesetzt ist, muss auch bei der Frage, ob ein Abzug „neu für alt“ gerechtfertigt ist, berücksichtigt werden. Der primär auf die Lieferung einer mangelfreien Sache gerichtete Erfüllungsanspruch setzt sich in modifizierter Form in dem Nacherfüllungsanspruch fort. An die Stelle des (Nach-)Erfüllungsanspruchs tritt der Schadensersatzanspruch nach § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB. Dieser richtet sich also danach, was der Käufer erhalten hätte, wenn der Verkäufer seiner Pflicht zur Nacherfüllung ordnungsgemäß nachgekommen wäre, da dies der maßgebliche Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des auszugleichenden positiven Interesses ist (vgl. Senat, Beschl. v. 13.03.2020 – V ZR 33/19, ZfBR 2020, 552 Rn. 34).

[12] cc) Weil der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung an die Stelle des (Nach-)Erfüllungsanspruchs tritt, kann der Umfang jenes Anspruchs nicht ohne Blick auf die (ggf. wechselseitigen) Pflichten der Parteien bei der Nacherfüllung bestimmt werden. Muss sich der Käufer unter Berücksichtigung der Grundzüge des Abzugs „neu für alt“ bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung an den Kosten der Nacherfüllung beteiligen, kann für den Schadensersatzanspruch nach § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB nichts anderes gelten. Ist das nicht der Fall, hat das Auswirkungen auf den Schadensersatz schon deshalb, weil kein Anreiz für den Verkäufer bestehen soll, die Nachbesserung nicht durchzuführen, um bei dem folgenden Schadensersatzanspruch in den Genuss eines Abzugs „neu für alt“ zu kommen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt Senat, Beschl. v. 13.03.2020 – V ZR 33/19, ZfBR 2020, 552 Rn. 40). Ob und in welchem Umfang Vorteile zu berücksichtigen sind, die der Käufer durch die Nacherfüllung erlangt, wird allerdings unterschiedlich beurteilt.

[13] (1) Zum Teil wird vertreten, eine durch die Nachbesserung eingetretene Wertverbesserung im Sinne einer längeren Lebensdauer sei ebenso wie andere Wertverbesserungen der Kaufsache wegen der Erneuerung nicht unmittelbar durch den Mangel betroffener Teile der Kaufsache durch den Käufer auszugleichen (vgl. BeckOGK/*Höpfner,* Stand: 01.01.2022, § 439 BGB Rn. 125 [wenn Lebensdauer über diejenige der Gesamtsache hinausgeht]; *E. Wagner,* in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 16. Aufl., § 439 Rn. 34; *Skamel,* Nacherfüllung beim Sachkauf, 2008, S. 167 ff.; *Brambring,* in: Festschrift für Wolfsteiner, 2008, S. 1, 6; außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs *Gsell,* NJW 2003, 1969, 1972). Denn der Käufer dürfe durch die Nachbesserung nicht besser stehen, als er stünde, wenn der Verkäufer von Anfang an ordnungsgemäß erfüllt hätte.

[14] (2) Hiergegen wird eingewandt, dass es für eine Kostenbeteiligung des Käufers an einer Anspruchsgrundlage fehle (vgl. NK-BGB/*Büdenbender,* 4. Aufl., § 439 Rn. 33; *Mankowski,* NJW 2011, 1025, 1027 f.; *Woitkewitsch,* VuR 2005, 1, 5 f.). Die Gegenrechte des Verkäufers seien in § 439 VI BGB abschließend aufgeführt (vgl. Erman/*Grunewald,* BGB, 16. Aufl., § 439 Rn. 13). § 439 BGB sehe eine Kostentragung durch den Käufer nur in begrenztem Rahmen vor. Da die Nacherfüllung aufgrund der nicht ordentlichen Erfüllung durch den Verkäufer erforderlich geworden sei, sei es unbillig, den Käufer mit Kosten zu belasten, die über den Kaufpreis hinausgingen (vgl. Staudinger/*Matusche-Beckmann,* BGB, Neubearb. 2013, § 439 Rn. 52 f.). Ansonsten könnte dem Käufer unter Umständen eine Nachbesserung aus finanziellen Gründen unmöglich werden (vgl. LG Münster, Urt. v. 13.05.2009 – 01 S 29/09, DAR 2009, 531, 532; MünchKomm-BGB/*Westermann,* 8. Aufl., § 439 Rn. 23).

[15] (3) Mehrheitlich wird eine differenzierende Auffassung vertreten. Eine Kostenbeteiligung aufgrund der Grundsätze „neu für alt“ sei abzulehnen, wenn eine Nachbesserung nur durch den Ersatz des mangelbehafteten Teils durch ein Neuteil erfolge. Anders sehe es aber bei Wertverbesserungen aus, die am Rest der Kaufsache durch die Nachbesserung einträten, oder wenn der Käufer nunmehr eine ohnehin anfallende Instand- bzw. Inspektionsarbeit einspare. Die hierdurch eingetretene Ersparnis oder Wertverbesserung habe der Käufer auszugleichen (vgl. BeckOK-BGB/*Faust,* Stand: 01.11.2021, § 439 Rn. 46; Grüneberg/*Weidenkaff,* BGB, 81. Aufl., § 439 Rn. 13; HK-BGB/*Saenger,* 11. Aufl., § 439 Rn. 6; *Henrich,* Die Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs bei Vorliegen eines Sachmangels, 2015, S. 246 ff.; *Eggert,* in: Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Aufl., Rn. 777 ff.; *Zwarg,* Der Nacherfüllungsanspruch im BGB aus der Sicht eines verständigen Käufers, 2010, S. 140 ff.; *Ball,* NZV 2004, 217, 221; *Reinking,* DAR 2002, 15, 19; *Tiedtke/M. Schmidt,* DStR 2004, 2060, 2061; für neu hergestellte Kaufsachen *B. Wagner/Michael,* ZGS 2005, 368, 373 ff.).

[16] dd) Der hier zu Entscheidung stehende Fall gibt keine Veranlassung, die Streitfrage insgesamt und abschließend zu entscheiden. Eine Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung einer (gebrauchten) mangelhaften Kaufsache nach den Grundsätzen eines Abzugs „neu für alt“ scheidet jedenfalls aus, wenn sich der Vorteil des Käufers darin erschöpft, dass die Kaufsache durch den zur Mangelbeseitigung erforderlichen Ersatz eines mangelhaften Teils durch ein neues Teil einen Wertzuwachs erfährt oder dass der Käufer durch die längere Lebensdauer des ersetzten Teils Aufwendungen erspart. Ob darüber hinausgehende Vorteile angerechnet werden können, kann dahinstehen. Solche Vorteile werden hier von den Beklagten nicht eingewandt.

[17] (1) Beseitigt der Verkäufer im Wege der Nachbesserung einen Mangel an der Kaufsache, kommt er lediglich seinen vertraglichen Pflichten nach. Hierfür kann er grundsätzlich keinen Ausgleich verlangen (vgl. auch BGH, Urt. v. 17.05.1984 – VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206, 216 f., zum Werkvertragsrecht). Richtig ist zwar, dass der Verkäufer unter Umständen eine Leistung erbringen muss, die eine andere Qualität aufweist als diejenige, die er bei mangelfreier Leistung ursprünglich erbracht hätte, und der Käufer deshalb besser steht als bei einer von Anfang an mangelfreien Leistung. Dies ist aber der gesetzgeberischen Entscheidung für einen Nacherfüllungsanspruch geschuldet (vgl. *Kehrberger/Roggenkemper,* JR 2019, 547, 549). Gegenstand des Nacherfüllungsanspruchs ist – im Unterschied zum ursprünglichen Erfüllungsanspruch – nicht mehr die erstmalige Lieferung der mangelfreien Kaufsache, sondern – als primäres Mangelrecht des Käufers – die Herstellung ihrer Mangelfreiheit durch Nachbesserung oder durch Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache (vgl. Senat, Urt. v. 14.02.2020 – V ZR 11/18, BGHZ 225, 1 Rn. 51). Da infolge der mangelhaften Leistung des Verkäufers der Vertrag nicht wie vorgesehen abgewickelt werden kann (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 231), hat sich die Nacherfüllung an dieser veränderten Situation auszurichten. Die Pflichten des Verkäufers werden damit nicht mehr allein durch den im Vertrag vereinbarten Kaufgegenstand festgelegt, sondern in Ansehung der Pflichtverletzung des Verkäufers modifiziert und ergänzt (vgl. BGH, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, BGHZ 230, 296 Rn. 45 f. m. w. Nachw.).

[18] (2) Handelt es sich bei dem Kaufgegenstand um eine gebrauchte Sache und kann der Mangel nur dadurch beseitigt werden, dass ein mangelbehaftetes Teil durch ein neues Teil oder jedenfalls höherwertiges Teil ersetzt wird, wie dies beispielsweise der Fall ist, wenn bei einem Gebrauchtwagen zur Mangelbeseitigung ein neues Getriebe eingesetzt werden muss, weil ein funktionsfähiges gebrauchtes Getriebe nicht verfügbar ist, hat der Käufer hierauf einen Anspruch (vgl. LG Münster, Urt. v. 13.05.2009 – 01 S 29/09, DAR 2009, 531, 532; MünchKomm-BGB/*Westermann,* a. a. O., § 439 Rn. 23; *Ball,* NZV 2004, 217, 221). Der damit regelmäßig verbundene Vorteil einer Werterhöhung der Sache stellt ebenso wie der Umstand, dass der Käufer durch die längere Lebensdauer des ersetzten Teils Aufwendungen erspart, eine unvermeidliche Folge des dem Käufer von dem Gesetzgeber eingeräumten Nacherfüllungsanspruchs dar (vgl. in Abgrenzung dazu die Anrechnung von ersparten Aufwendungen, die der Käufer ohnehin geplant hatte, Senat, Urt. v. 04.04.2014 – V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 20 f.). Gibt es demgegenüber in dem Beispielsfall gleichwertige gebrauchte Getriebe und baut der Verkäufer ein solches Getriebe in das Fahrzeug ein, erfüllt er seine Nacherfüllungspflicht. Auf ein neues Getriebe hat der Käufer in diesem Fall keinen Anspruch, sodass sich die Frage eines Abzugs „neu für alt“ nicht stellt.

[19] (3) Eine andere Beurteilung wäre auch nicht damit zu vereinbaren, dass das Gesetz lediglich in § 439 VI BGB (= § 439 V BGB a.F.) eine Herausgabe gezogener Nutzungen durch den Käufer bei Lieferung einer mangelfreien Sache anordnet. Eine darüber hinausgehende Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung ist hingegen nicht vorgesehen. Im Gegenteil bestimmt § 439 II BGB, dass der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen hat. Die Regelung soll den in Art. 3 III 1, IV der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie festgelegten Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung umsetzen (vgl. BGH, Urt. v. 19.07.2017 – VIII ZR 278/16, NJW 2017, 2758 Rn. 29), ist aber nicht auf Verbrauchsgüterkäufe beschränkt. Würde man gleichwohl eine Anrechnung „neu für alt“ vornehmen, käme dies im Ergebnis einer Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung beziehungsweise einer Erhöhung des Kaufpreises gleich (so zutreffend Staudinger/*Matusche-Beckmann,* a. a. O., § 439 Rn. 52 f.).

[20] ee) Für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Höhe der voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten nach § 437 Nr. 3, §§ 280 I und III, 281 I BGB gilt das Gleiche, und zwar auch dann, wenn die Nachbesserung wegen des arglistigen Verschweigens des Mangels nicht angeboten werden muss. Denn durch die Ersatzfähigkeit der Mängelbeseitigungskosten unabhängig von deren Aufwendung wird der Vorrang des Erfüllungsanspruchs schadensrechtlich umgesetzt (vgl. Senat, Beschl. v. 13.03.2020 – V ZR 33/19, ZfBR 2020, 552 Rn. 40). Deshalb scheidet eine allein an der längeren Lebensdauer des ersetzen Teils anknüpfende schematische Berücksichti-gung eines Abzugs „neu für alt“ (auch) bei dem Schadensersatz statt der Leistung nach § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB aus. Hierdurch wird zudem dem Umstand Rechnung getragen, dass die Schadensersatzleistung in vielen Fällen der Vorfinanzierung der von dem Verkäufer nicht vorgenommenen und nun durchzuführenden Mangelbeseitigung dient (vgl. Senat, Beschl. v. 13.03.2020 – V ZR 33/19, ZfBR 2020, 552 Rn. 46). Ob der Käufer dem Verkäufer fruchtlos eine Nachfrist gesetzt hat oder eine solche Nachfristsetzung wegen eines arglistigen Verschweigens des Mangels durch den Verkäufer unzumutbar ist (§ 281 II Fall 2 BGB), ist unerheblich. Der Käufer darf bei einem arglistig verschwiegenen Mangel nicht schlechter stehen als bei einer „nur“ mangelhaften Kaufsache.

[21] ff) Dass sich der Käufer hiernach einen Abzug „neu für alt“ in dem dargelegten Umfang nicht gefallen lassen muss, ändert allerdings nichts daran, dass sowohl der Nacherfüllungsanspruch als auch der auf den Ersatz der fiktiven Mängelbeseitigung gerichtete Schadensersatzanspruch Grenzen unterliegen. Den Nacherfüllungsanspruch begrenzt der Senat, indem er aus § 439 III 2 BGB in der Fassung vom 02.01.2002 (jetzt: § 439 IV 2 BGB) Vorgaben für die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung abgeleitet hat (vgl. Senat, Urt. v. 04.04.2014 – V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 41 ff. [zu § 439 III 2 BGB i. d. F. vom 02.01.2002). Diese Begrenzung wirkt sich unmittelbar auf die Höhe des nachfolgenden Schadensersatzanspruchs aus und verhindert eine Überkompensation des Käufers (vgl. Senat, Urt. v. 12.03.2021 – V ZR 33/19, BGHZ 229, 115 Rn. 30). Kann nämlich der Verkäufer die Nacherfüllung verweigern, weil sie mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist, beschränkt sich der Schadensersatzanspruch des Käufers auf den Ersatz des mangelbedingten Minderwerts (vgl. Senat, Urt. v. 04.04.2014 – V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 34 ff.; Senat, Urt. v. 12.03.2021 – V ZR 33/19, BGHZ 229, 115 Rn. 30).

[22] gg) Unter Beachtung dieser Grundsätze können die Kläger von den Beklagten entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts Ersatz der gesamten voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten ohne einen Abzug „neu für alt“ verlangen. Da es keiner weiteren Feststellungen bedarf, kann der Senat die Entscheidung selbst treffen.

[23] (1) Die Kläger müssen sich den Vorteil der längeren Lebensdauer einer neuen Kellerabdichtung und den Vorteil hierdurch ersparter Aufwendungen nicht anrechnen lassen. Davon, dass es möglich gewesen wäre, die von den Beklagten geschuldete funktionsfähige Kellerabdichtung fachgerecht zu geringeren als den von den Klägern in Ansatz gebrachten Kosten herzustellen, diese also zur Mängelbeseitigung und zur Herbeiführung eines vertragsgemäßen Zustands nicht erforderlich seien, geht das Berufungsgericht nicht aus. Vielmehr legt es bei der Berechnung des den Klägern zuerkannten Anspruchs auf anteilige Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 23.400,30 € zugrunde. Da die Beklagten auch nicht auf Vortrag in den Tatsacheninstanzen zu möglichen Einwendungen gegen die Erforderlichkeit der Mängelbeseitigungskosten verweisen, hat der Senat hiervon auszugehen. Soweit der Prozessbevollmächtigte der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht hat, es sei möglich gewesen, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Jahr 2010 zwar mangelhafte, aber bereits 31 Jahre alte Abdichtung durch eine für die restliche Lebensdauer von neun Jahren ausreichende provisorische oder – vergleichbar mit der Verfügbarkeit von gebrauchten Getrieben im dem obigen Beispielsfall (Rn. 18) – gebrauchte Abdichtung zu ersetzen, handelt es sich um neuen Vortrag, den der Senat nicht berücksichtigen kann (§ 559 I 1 ZPO). Unabhängig davon müssen sich die Kläger nicht auf eine nur provisorische Abdichtung verweisen lassen.

[24] (2) Die – insoweit darlegungs- und beweisbelasteten – Beklagten verweisen auch nicht auf Vortrag dazu, dass die Nacherfüllung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Eine Beschränkung des Schadensersatzanspruchs auf den Ersatz des mangelbedingten Minderwerts kommt deshalb nicht in Betracht.

[25] d) Der von den Klägern im Hinblick auf die Mangelbeseitigungskosten weiter verfolgte Zinsanspruch ist – ihrem Antrag entsprechend – unter dem Gesichtspunkt der Rechtshängigkeitszinsen begründet (§ 291 Satz 1 BGB), wobei Zinsbeginn entsprechend § 187 I BGB der auf die Rechtshängigkeit (Zustellung der Klageschrift, §§ 253 I, 261 I ZPO) des Zahlungsanspruchs folgende Tag ist (vgl. BGH, Urt. v. 24.01.1990 – VIII ZR 296/88, NJW-RR 1990, 518, 519), hier also der 20.02.2014.

[26] 2. Erfolg hat die Revision auch insoweit, als die Kläger die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz zukünftiger Schäden, insbesondere der Mehrwertsteuer, verlangen. Das nach § 256 I ZPO erforderliche Feststellungsinteresse folgt daraus, dass die Kläger die Mehrwertsteuer erst beanspruchen können, wenn sie angefallen ist, sie also die Mängelbeseitigung tatsächlich durchführen lassen (vgl. Senat, Urt. v. 12.03.2021 – V ZR 33/19, BGHZ 229, 115 Rn. 13). Der Sache nach ergibt sich der Anspruch – wie dargelegt – aus § 437 Nr. 3, §§ 280 I und III, 281 I und II BGB.

[27] 3. Die Kläger haben – unter dem Gesichtspunkt des Verzuges – ebenfalls Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten, allerdings nicht in der geltend gemachten und von dem Landgericht zuerkannten Höhe von 1.666,95 €. Der Gegenstandswert der Anwaltskosten, der sich nach dem tatsächlich bestehenden Schadensersatzanspruch zum Zeitpunkt der Beauftragung der Rechtsanwälte richtet (vgl. BGH, Urt. v. 19.01.2021 – VI ZR 8/20, WM 2021, 358 Rn. 21), stimmt mit der Höhe der vorprozessual geltend gemachten Mängelbeseitigungskosten von 23.400,30 € überein. Damit errechnen sich Anwaltskosten von 1.524,15 € (1,6-fache Geschäftsgebühr einschließlich 0,3-fache Erhöhungsgebühr: 1.260,80 € + Auslagenpauschale: 20 € + Mehrwertsteuer: 243,35 €). Die Verzinsung des Anspruchs beruht wiederum auf § 291 Satz 1 BGB (Rechtshängigkeitszinsen), wobei in Höhe eines Teilbetrags von 406,50 € eine Verzinsung schon ab dem 19.02.2014 und nicht erst ab dem 20.02.2014 auszusprechen ist, weil das Berufungsurteil insoweit in Rechtskraft erwachsen ist.

[28] 4. Unbegründet ist die Revision insoweit, als sich die Kläger gegen die Abweisung der Klage in Bezug auf die geltend gemachte Nutzungsausfallentschädigung wenden. Zwar kann der Entzug von Sachen, auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise angewiesen ist, sowohl im Deliktsrecht (vgl. BGH, Beschl. v. 09.07.1986 – GSZ 1/86, BGHZ 98, 212) als auch im Rahmen einer vertraglichen Haftung einen Vermögensschaden begründen (vgl. BGH, Urt. v. 20.02.2014 – VII ZR 172/13, BGHZ 200, 203 Rn. 12, 17 m. w. Nachw.). Dies setzt aber voraus, dass der Nutzungsausfall zu einer „fühlbaren“ Gebrauchsbeeinträchtigung geführt hat. Dies verneint das Berufungsgericht in vertretbarer tatsächlicher Würdigung der hier zu berücksichtigenden Umstände mit der Begründung, dass die Kläger den Keller nicht zu Wohnzwecken nutzen und eine Nutzung als Lagerraum weiter möglich sei. Die Revision setzt insoweit lediglich ihre eigene Würdigung an die Stelle der Würdigung durch das Berufungsgericht. Die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

[29] III. 1. Das Berufungsurteil ist deshalb gemäß § 562 I ZPO in dem dargelegten Umfang aufzuheben. Da weitere Feststellungen nicht erforderlich sind, kann der Senat insoweit in der Sache entscheiden und der Klage stattgeben (§ 563 III ZPO). Im Übrigen, das heißt im Hinblick auf den geltend gemachten Nutzungsausfall und soweit die Kläger Erstattung von mehr als 1.524,15 € an vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten beanspruchen, bleibt es bei der Abweisung der Klage mit der Folge, dass insoweit die Revision zurückzuweisen ist.

[30] 2. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 I, 97 I, 100 IV 1, § 101 I ZPO. Die unterschiedlichen Kostenquoten in den Vorinstanzen und in der Revisionsinstanz beruhen darauf, dass die – abgewiesene – Widerklage der Beklagten nicht Gegenstand des Revisionsverfahren ist.

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.