



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 231/20

Verkündet am:
13. Mai 2022
Rinke
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 und 2, § 437 Nr. 3, § 439 Abs. 2, § 444

- a) 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.
- b) Für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Höhe der voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten nach § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 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. Mai 2022 - V ZR 231/20 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. April 2022 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterin Dr. Brückner, die Richter Dr. Göbel und Dr. Malik und die Richterin Laube

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 6. Oktober 2020 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufungen der Kläger und der Beklagten wird das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 13. September 2019 unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger 23.400,30 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20. Februar 2014 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagten den Klägern weitere Schäden, die im Zusammenhang mit der Beseitigung der Schäden an der nicht ordnungsgemäß erstellten Abdichtung der Kellerwände des Hauses K. straße zum Erdreich hin im vorderen und hinteren Bereich entstehen, insbesondere die anfallende Mehrwertsteuer, gesamtschuldnerisch zu ersetzen haben.

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger 1.524,15 € außergerichtlich entstandene Anwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 406,50 € seit dem 19. Februar 2014 und aus 1.117,65 € seit dem 20. Februar 2014 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Widerklage wird abgewiesen.

Von den Kosten der ersten und der zweiten Instanz tragen die Beklagten als Gesamtschuldner 83 % und die Kläger 17 %. Von den Kosten des Revisionsverfahrens tragen die Beklagten als Gesamtschuldner 88 % und die Kläger 12 %. Von den außergerichtlichen Kosten der Streithelferin tragen die Beklagten als Gesamtschuldner hinsichtlich der ersten und der zweiten Instanz 83 % und hinsichtlich des Revisionsverfahrens 88 %. Im Übrigen trägt die Streithelferin ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Durch notariellen Vertrag vom 10. September 2010 verkauften die Beklagten an die Kläger ein mit einem 1979 errichteten Reihenhaus bebautes Grundstück. Die Haftung für Sachmängel wurde ausgeschlossen. Die Beklagten hatten

im Jahr 2002 gegen einen Nachbarn ein selbständiges Beweisverfahren eingeleitet, nachdem in ihrem Keller Schwarzsimmel 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.

2 Gestützt auf die Behauptung, die Beklagten hätten den Feuchtigkeitsschaden bzw. die mangelhafte Abdichtung des Kellers arglistig verschwiegen, verlangen die Kläger mit ihrer Klage die Kosten einer neuen Kellerabdichtung i.H.v. 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 i.H.v. 1.666,95 € nebst Rechtshängigkeitszinsen. Das Landgericht hat - soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse - der Klage hinsichtlich der Mängelbeseitigungskosten i.H.v. 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. Hiergegen wenden sich die Kläger mit der von dem Senat zugelassenen Revision, mit der sie ihre Klageanträge in vollem Umfang weiterverfolgen. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

3 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 selbständigen 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.

II.

5 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 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 und 2 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 selbständigen Beweisverfahren Kenntnis von dem Mangel erlangt und deshalb arglistig (§ 444 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, Urteil vom 19. Februar 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 Abs. 2 Alt. 2 BGB; vgl. Senat, Beschluss vom 8. Dezember 2006 - V ZR 249/05, NJW 2007, 835 Rn. 12 f.).

8 b) Das Berufungsgericht stellt zu Recht nicht in Frage, 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 Abs. 1 und 3, § 281 BGB kann anhand der voraussichtlich erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten („fiktiven“) Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht werden (vgl. Senat, Urteil vom 12. März 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 aF geschuldeten Schadensersatz des Verkäufers einen entsprechenden Ausgleich für erwägenswert gehalten (Senat, Urteil vom 7. Mai 2004 - V ZR 77/03, NJW 2004, 2526, 2528; vgl. auch BGH, Urteil vom 6. Dezember 1995 - VIII ZR 270/94, NJW 1996,

584, 585 f. - ebenfalls zu § 463 Satz 2 BGB aF). Auf diese Rechtsprechung verweist das Berufungsgericht.

11 bb) Diese Grundsätze können aber auf einen kaufrechtlichen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach dem seit dem 1. Januar 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 Abs. 1 Satz 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, Beschluss vom 13. März 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 Anspruches 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 Abzuges „neu für alt“ zu kommen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt Senat, Beschluss vom 13. März 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, BGB [1.1.2022], § 439 Rn. 125 [wenn Lebensdauer über diejenige der Gesamtsache hinausgeht]; PWW/Wagner, BGB, 16. Aufl., § 439 Rn. 34; Skamel, Nacherfüllung beim Sachkauf, 2008, S. 167 ff.; Brambring in Festschrift Wolfsteiner, 2008, 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 Abs. 6 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

[2013], § 439 Rn. 52 f.). Ansonsten könnte dem Käufer unter Umständen eine Nachbesserung aus finanziellen Gründen unmöglich werden (vgl. LG Münster, DAR 2009, 531, 532; MüKoBGB/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, [1.11.2021], § 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/Schmidt, DStR 2004, 2060, 2061; für neu hergestellte Kaufsachen 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, Urteil vom 17. Mai 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, Urteil vom 14. Februar 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-Drucks. 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, Urteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, BGHZ 230, 296 Rn. 45 f. mwN).

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, DAR 2009, 531, 532; MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl., § 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, Urteil vom 4. April 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, so dass 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 Abs. 6 BGB (= § 439 Abs. 5 BGB aF) 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 Abs. 2 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 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 der Verbrauchsgüterkauf-RL festgelegten Grundsatz der Unentgeltlichkeit der

Nacherfüllung umsetzen (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 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 bzw. einer Erhöhung des Kaufpreises gleich (so zutreffend Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB [2013], § 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 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 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, Beschluss vom 13. März 2020 - V ZR 33/19, ZfBR 2020, 552 Rn. 40). Deshalb scheidet eine allein an der längeren Lebensdauer des ersetzten Teils anknüpfende schematische Berücksichtigung 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 Mängelbeseitigung dient (vgl. Senat, Beschluss vom 13. März 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 Abs. 2 Alt. 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 Abs. 3 Satz 2 BGB idF vom 2. Januar 2002 (jetzt: § 439 Abs. 4 Satz 2 BGB) Vorgaben für die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung abgeleitet hat (vgl. Senat, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 41 ff. zu § 439 Abs. 3 Satz 2 BGB idF vom 2. Januar 2002). Diese Begrenzung wirkt sich unmittelbar auf die Höhe des nachfolgenden Schadensersatzanspruchs aus und verhindert eine Überkompensation des Käufers (vgl. Senat, Urteil vom 12. März 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, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 34 ff.; Urteil vom 12. März 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 i.H.v. 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 Beispielfall (Rn. 18) - gebrauchte Abdichtung zu ersetzen, handelt es sich um neuen Vortrag, den der Senat nicht berücksichtigen kann (§ 559 Abs. 1 Satz 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 Mängelbeseitigungskosten weiter verfolgte Zinsanspruch ist - ihrem Antrag entsprechend - unter dem Gesichtspunkt der Rechtshängigkeitszinsen begründet (§ 291 Satz 1 BGB), wobei Zinsbeginn entsprechend § 187 Abs. 1 BGB der auf die Rechtshängigkeit (Zustellung

der Klageschrift, § 253 Abs. 1, § 261 Abs. 1 ZPO) des Zahlungsanspruchs folgende Tag ist (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 1990 - VIII ZR 296/88, NJW-RR 1990, 518, 519), hier also der 20. Februar 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 Abs. 1 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, Urteil vom 12. März 2021 - V ZR 33/19, BGHZ 229, 115 Rn. 13). Der Sache nach ergibt sich der Anspruch - wie dargelegt - aus § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 und 2 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, Urteil vom 19. Januar 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 Geschäftsgebühr einschließlich 0,3 Erhö- hungsgebühr: 1.260,80 € + Auslagenpauschale: 20 € + Mehrwertsteuer: 243,35 €). Die Verzinsung des Anspruchs beruht wiederum auf § 291 Satz 1 BGB (Rechtshängigkeitszinsen), wobei in Höhe eines Teilbetrages von 406,50 € eine Verzinsung schon ab dem 19. Februar 2014 und nicht erst ab dem 20. Feb- ruar 2014 auszusprechen ist, weil das Berufungsurteil insoweit in Rechtskraft er- wachsen 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, Beschluss vom 9. Juli 1986 - GSZ 1/86, BGHZ 98, 212) als auch im Rahmen einer vertraglichen Haftung einen Vermögensschaden begründen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2014 - VII ZR 172/13, BGHZ 200, 203 Rn. 12, 17 mwN). 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).

III.

29 1. Das Berufungsurteil ist deshalb gemäß § 562 Abs. 1 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 Abs. 3 ZPO). Im Übrigen, d.h. 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 Abs. 1, § 97 Abs. 1, § 100 Abs. 4 Satz 1, § 101 Abs. 1 ZPO. Die unterschiedlichen Kostenquoten in den Vorinstanzen und in der Revisionsinstanz beruhen darauf, dass die - abgewiesene - Widerklage der Beklagten nicht Gegenstand des Revisionsverfahren ist.

Stresemann

Brückner

Göbel

Malik

Laube

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 13.09.2019 - 6 O 488/13 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 06.10.2020 - I-23 U 28/20 -