

BGH, Urteil vom 13.05.2022, V ZR 231/20 = [juris](#)[byhemmer](#)

# 1 Vorteilsanrechnung mal anders: Gelten die Grundsätze auch beim Nacherfüllungsanspruch?

+++ Mängelhaftung bei arglistigem Verschweigen +++ Abrechnung fiktiver Mängelbeseitigungskosten +++ Grundsätze der Vorteilsanrechnung +++ §§ 433, 434, 444, 280 ff., 249 ff. BGB +++

**Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt):** V veräußert im Jahr 2020 mit notarieller Urkunde ein 1979 errichtetes Haus unter Ausschluss der Mängelhaftung an K.

Dem V ist bewusst, dass die Kellerabdichtung gegen Feuchtigkeit bei Errichtung des Hauses mangelhaft erfolgte. Man hatte damals ein Dichtungsmaterial benutzt, was nicht dem damaligen Stand der Technik entsprach. V klärte K darüber jedoch nicht auf.

Nachdem K davon erfahren hat, begehrt er von V die Kosten für eine neue Kellerabdichtung in Höhe von 23.400 € netto.

V erwidert, die Haftung sei im Vertrag ausgeschlossen worden. Zudem solle K die Arbeiten zunächst einmal ausführen lassen, bevor er Ersatz verlange.

Außerdem sei zu berücksichtigen, dass eine Kellerabdichtung ohnehin nur 40 Jahre halte. Auch ohne die mangelhafte Errichtung im Jahr 1979 wäre es nun Angelegenheit des K gewesen, sich um eine Ertüchtigung der Abdichtung zu bemühen. Wenn er, V, nun die Kosten zu tragen hätte, würde K besser stehen als bei mangelfreier Leistung.

**Besteht der geltend gemachte Anspruch?**

## A) Sounds

1. Vermögensvorteile, die erst durch die Ersatzleistung des Schädigers entstehen, können nach den Grundsätzen „Abzug neu für alt“ auszugleichen sein.

2. Die Anwendung dieser Grundsätze ist nicht beschränkt auf Schadensersatzansprüche, die vor allem den Schutz des Integritätsinteresses bezwecken und für die § 249 BGB unmittelbar Anwendung findet. Auch bei Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung können die Grundsätze zur Anwendung kommen.

3. Einschränkend ist bei einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen mangelhafter Leistung der Vorrang der Nacherfüllung zu beachten. Nur wenn bei diesem eine Kostenbeteiligung des Käufers verlangt werden könnte, kann beim Schadensersatzanspruch statt der „Nacherfüllung“ ein entsprechender „Abzug neu für alt“ in Betracht kommen.

4. Danach scheidet ein Abzug jedenfalls dann 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) Problemaufriss

Im vorliegenden Fall können die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadensersatz dem Grunde nach problemlos festgestellt werden (vgl. dazu die Lösung).

Das Kernproblem liegt auf der Rechtsfolgenseite. Diese Betrachtung wird von Bearbeitern in Klausuren häufig „sträflich“ vernachlässigt. In manchen Klausuren liegt aber gerade dort – so wie vorliegend – der Schwerpunkt.

Grundkenntnisse zum Schadensrecht sind daher unerlässlich. Im vorliegenden Fall geht es um einen Spezialfall der Vorteilsanrechnung, den sog. „Abzug neu für alt“.

Und diesbezüglich geht es wiederum um eine besondere Variante, also quasi den „Sonderfall zum Sonderfall“.

Im Problemaufriss sollen zunächst die allgemeinen Grundsätze der Vorteilsanrechnung dargestellt werden, um Ihnen das Nachvollziehen der Lösung des vorliegenden Falles zu vereinfachen.

Der Grundgedanke des deutschen Schadensrechts ist nicht die Sanktionierung des Schädigers, sondern der Ausgleich von Nachteilen auf Seiten des Geschädigten. Dabei soll der Geschädigte durch den Ausgleich im Ergebnis aber nicht besser stehen, als er ohne die Schädigung stehen würde (sog. schadensrechtliches Bereicherungsverbot).

Schädigende Ereignisse lösen mitunter auch Vermögensvorteile aus. Im Rahmen der Anwendung der Differenzhypothese kann dies dazu führen, dass rechnerisch kein Schaden besteht. In solchen Fällen ist zu hinterfragen, ob die Anrechnung des Vorteils im Einzelfall zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen würde. Ist dies der Fall, unterbleibt die Vorteilsanrechnung, d.h. die Differenzhypothese wird ohne Berücksichtigung des Vorteils durchgeführt.

Diese Wertung trifft das Gesetz beispielsweise in § 843 IV BGB: Wird infolge einer Schädigung eine Verringerung der Erwerbsfähigkeit herbeigeführt, kann dies zu Gehaltseinbußen führen. Hat der Geschädigte jedoch einen Unterhaltsanspruch, weil er wegen des Unfalls unterhaltsbedürftig wird, bestünde rechnerisch kein Schaden im Umfang der Unterhaltsleistungen. Dass die Anrechnung dieses Vorteils zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen würde, liegt auf der Hand. Das Gesetz schließt die Vorteilsanrechnung in diesem Fall daher aus.

**Anmerkung:** Machen Sie sich den Regel-Ausnahme-Mechanismus klar. Die Vorteilsanrechnung ist die Regel, weil die Differenzhypothese nach einem Gesamtvermögensvergleich verlangt, welcher auch Vorteile einbezieht (schadensrechtliches Bereicherungsverbot). Nur wenn diese Berücksichtigung zu Unbilligkeiten führt, erfolgt keine Vorteilsanrechnung (Ausnahme). Die Ausnahme muss also immer besonders begründet werden! Darum wird es auch später im Fall gehen.

Aufgrund der Wertung des § 843 IV BGB kann man auch für andere Konstellationen zu überzeugenden Ergebnissen kommen.

Die Voraussetzungen einer Vorteilsanrechnung (Ausnahme) sind in der Klausur in 3 Schritten zu prüfen:

- **(1)** Das schädigende Ereignis ist nicht nur kausal für die Entstehung des Schadens, sondern auch für die Erlangung eines Vorteils (sog. „äußerer Zusammenhang“).

- **(2)** Kongruenz von Vorteil und Schaden (sog. „innerer Zusammenhang“)
- **(3)** Billigkeitskontrolle anhand des § 242 BGB: Die Vorteilsanrechnung darf nicht zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen.

**Bsp.:** Taxiunternehmer T schließt für seine Fahrgäste eine Insassenunfallversicherung ab. Bei einer Fahrt verursacht T einen Unfall, bei welchem Fahrgast F verletzt wird.

F verlangt von T Ersatz der Behandlungskosten. T beruft sich darauf, dass F gar kein Schaden entstanden sei, weil er ja einen Anspruch gegen die Insassenunfallversicherung habe.

Nach Anwendung der Differenzhypothese besteht im vorliegenden Fall kein Schaden hinsichtlich der Behandlungskosten, soweit die Insassenunfallversicherung einstandspflichtig ist. Zwischen Vor- und Nachteil besteht auch ein innerer Zusammenhang: Nur wegen der Schädigung (Nachteil) kommt es zum Versicherungsfall (Vorteil).<sup>1</sup>

Entscheidende Frage also: Stellt die Anrechnung eine unbillige Entlastung des Schädigers dar? Nein, denn dieser selbst hat mit dem Versicherungsschutz Vorsorge für entsprechende Schadensfälle getroffen. Es bleibt daher bei der Regel der Vorteilsanrechnung, die Voraussetzungen für die Ausnahme liegen nicht vor.

Nach dieser allgemeinen Darstellung soll nun zum Thema des Falles hingeführt werden, nämlich zu den Grundsätzen des Abzugs „neu für alt“:

Das Besondere am Abzug „neu für alt“ besteht darin, dass der Vorteil nicht unmittelbar aus der Schädigung resultiert. Vielmehr ergibt sich der Vorteil erst im Zuge der Schadensbehebung. Der oben beschriebene Regel - Ausnahme - Mechanismus wird auf den Kopf gestellt: Der Schädiger muss vortragen, warum der Abzug erfolgen soll. In obigen Beispielen muss der Geschädigte dartun, warum der Abzug unbillig wäre!

**Bsp.:** A zerstört eine Fensterscheibe des Hauses von B. Es handelt sich um eine einglasige Scheibe, die mittlerweile nicht mehr hergestellt wird. B lässt daher eine doppelglasige Scheibe einbauen, die erheblich bessere Dämmeigenschaften aufweist.

<sup>1</sup> Gegenbeispiel: Ein unter Denkmalschutz stehendes Gebäude wird vom Schädiger zerstört. Dabei werden auch Einrichtungsgegenstände im Haus vernichtet. Das Grundstück hat nach der Zerstörung einen höheren Wert, weil die Belastungen des Denkmalschutzes entfallen. Wenn der Geschädigte nun Ersatz für die Einrichtungsgegenstände verlangt und der Schädiger meint, die Wertsteigerung am Grundstück sei auf diesen Nachteil anzurechnen, fehlt es am inneren Zusammenhang, da die Wertsteigerung am Grundstück nicht auf die Zerstörung der Einrichtungsgegenstände zurückzuführen ist, sondern auf die Zerstörung des Hauses.

Die Zerstörung selbst führt zu keinem Vorteil, der Einbau der neuen Scheibe im Rahmen der Schadensbehebung allerdings schon.

Hier besteht ein Konflikt zwischen dem Ausgleichsinteresse des Geschädigten (B hat ja keine Wahl, er muss die bessere Scheibe einbauen lassen) und dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot.

Der „Kompromiss“ besteht darin, dass ein Abzug „neu für alt“ nur unter der Voraussetzung in Betracht kommen soll, dass der Austausch eine messbare, dauerhafte Vermögensmehrung mit sich bringt.

Dies wäre dann, wenn die einglasige Scheibe noch erhaltlich wäre, allenfalls dann der Fall, wenn die Lebensdauer der neuen Scheibe erheblich länger wäre als die der zerstörten.

Die besseren Dämmeigenschaften der neuen Fensterscheibe führen aber zu einer unmittelbaren messbaren Vermögensmehrung aufgrund eingesparter Heizkosten, so dass dem Grunde nach ein Abzug vorzunehmen ist. Zur Höhe werden Sie in der Klausur kaum ausführen können bzw. müssen. Im Zweifel muss ein Sachverständiger in der Praxis den Umfang des Vorteils bemessen und das Gericht den angemessenen Abzug schätzen, § 287 I S. 1 ZPO.

Der vorliegende Fall befasst sich mit der Frage, ob der Abzug auch im Rahmen vertraglicher Ansprüche erfolgen kann, die auf Schadensersatz statt der Leistung gerichtet sind.

Liegt überhaupt ein Nachteil vor, wenn die Feuchtigkeitsschäden gar nicht behoben werden? Reicht für die Anrechnung eines Vorteils die längere Lebensdauer von auszutauschenden Teilen? Der BGH setzt sich mit der Frage erstmals hinsichtlich der Rechtslage nach der Schuldrechtsreform 2002 auseinander und stellt in Abgrenzung zur alten Rechtslage überzeugende Erwägungen zu den Voraussetzungen einer Anrechnung an.

## C) Lösung

Zu prüfen ist, ob K von V Ersatz der für die Behebung der Feuchtigkeitsschäden erforderlichen 23.400 € netto verlangen kann. Ein Anspruch könnte sich aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB ergeben.

### I. Anspruchsvoraussetzungen

Zu prüfen ist zunächst, ob der Tatbestand der Anspruchsgrundlage verwirklicht ist.

### 1. Wirksamer Kaufvertrag

Die Parteien haben einen wirksamen Grundstückskaufvertrag geschlossen (§ 433 BGB), die Form des § 311b I S. 1 BGB wurde gewahrt.

### 2. Mangel bei Gefahrübergang

Fraglich ist, ob V das Grundstück mangelfrei übergeben hat. Dann müssten die Voraussetzungen für die Mangelfreiheit vorliegen. Das ist der Fall, wenn das Grundstück bei Gefahrübergang (Übergabe gem. § 446 S. 1 BGB) den subjektiven und den objektiven Anforderungen entsprach, § 434 I Var. 1 und 2 BGB.<sup>2</sup>

Anhaltspunkte dafür, dass das Grundstück den subjektiven Anforderungen gem. § 434 II BGB nicht entsprechen würde, lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Insbesondere wurde hinsichtlich der Nichtdurchfeuchtung der Kellerwände keine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB getroffen.

Möglicherweise genügt das Grundstück jedoch nicht den objektiven Anforderungen an die Mangelfreiheit, § 434 I Var. 2, III BGB.

Mag sich das Grundstück auch für die übliche Verwendung eignen, weil es unabhängig von eventuell eindringender Feuchtigkeit genutzt werden kann und auch nicht einsturzgefährdet ist, § 434 III S. 1 Nr. 1 BGB, ist die geschützte Erwartungshaltung des Käufers zumindest die, dass das Gebäude den im Zeitpunkt seiner Errichtung bestehenden Anforderungen an den Stand der Technik entspricht, § 434 III S. 1 Nr. 2 HS 1 BGB.

Das Haus genügt daher nicht den objektiven Anforderungen an die Mangelfreiheit und war daher bei Gefahrübergang mangelhaft.

### 3. Ablauf einer gesetzten angemessenen Frist zur Nacherfüllung

Fraglich ist, ob K dem V zunächst eine Frist zur Nacherfüllung hätte setzen müssen. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn es sich bei den Mängelbehebungskosten um einen Schaden handeln würde, der neben der Leistung als Begleitschaden gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB zu ersetzen wäre.

Da eine fiktiv durch V vorzunehmende Nacherfüllung den Schaden jedoch entfallen ließe, besteht das Interesse des K am Ersatz des Schadens alternativ zur Leistung, nicht kumulativ zu dieser.

Es handelt sich demnach um einen Schaden, der statt der Leistung zu ersetzen ist.

<sup>2</sup> Die Montageanforderungen sind nur zu erwähnen, wenn der Sachverhalt Anlass dazu bietet, was bei Grundstücken als Kaufgegenstand ganz offensichtlich nicht der Fall ist.

Da keine Umstände für die Unmöglichkeit der Mängelbehebung vorliegen, müssen für den Anspruch des K daher die Voraussetzungen der §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, § 281 I S. 1 BGB vorliegen, so dass grundsätzlich eine Frist zu setzen gewesen wäre.

Vorliegend könnte die Fristsetzung jedoch gem. § 281 II Alt. 2 bzw. § 440 S. 1 Var. 3 BGB entbehrlich gewesen sein.

V hat den K nicht über die Feuchtigkeitsschäden aufgeklärt, obwohl ihm diese bewusst waren. Nach überzeugender Rechtsprechung des BGH ist es einem Käufer aufgrund dieses besonderen Umstandes nicht zumutbar, dem Verkäufer in einem solchen Fall noch eine Möglichkeit einzuräumen, den Mangel zu beheben. Die Vertrauensgrundlage in die Vertragstreue des Verkäufers ist zerstört.<sup>3</sup>

#### 4. Vertretenmüssen, §§ 280 I S. 2, 276 BGB

V dürfte die Widerlegung des gem. § 280 I S. 2 BGB vermuteten Vertretenmüssens nicht gelingen.

Zwar ist im Grundsatz umstritten, ob sich das Vertretenmüssen auf die mangelhafte Leistung als solche oder auf die Umstände beziehen muss, die zum Ausbleiben der Nacherfüllung geführt haben.

Dies kann im vorliegenden Fall jedoch dahinstehen, da dem V weder die Exkulpation hinsichtlich der mangelhaften Leistung noch hinsichtlich des Ausbleibens der Nacherfüllung gelingt.

Da er den Mangel verschwiegen hatte, ist er sowohl für diesen als auch in der Folge – wie aufgezeigt – dafür verantwortlich, dass die Nacherfüllung wegen Unzumutbarkeit ihrer Durchführung durch V ausgeblieben ist.

Demnach ist der Tatbestand des § 281 I S. 1 BGB verwirklicht.

#### 5. Haftungsausschluss greift wegen § 444 Alt. 1 BGB nicht

Möglicherweise ist der Anspruch des K aber deshalb ausgeschlossen, weil die Parteien im Kaufvertrag einen Haftungsausschluss für Mängel vereinbart haben.

Zwar gilt ein Haftungsausschluss grundsätzlich jedenfalls dann, wenn die Mangelhaftigkeit nicht auf der Abweichung von einer vereinbarten Beschaffenheit i.S.d. § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB besteht. Allerdings hat V den Mangel arglistig verschwiegen, so dass er sich *insoweit* auf den Haftungsausschluss gem. § 444 Alt. 1 BGB nicht berufen kann.

**hemmer-Methode:** Die Formulierung „kann sich ... nicht berufen, soweit“ in § 444 BGB soll deutlich machen, dass der Haftungsausschluss im Übrigen nicht unwirksam ist, d.h. § 139 BGB findet keine Anwendung. Soweit ein arglistiges Verschweigen vorliegt, ist jedoch von der Unwirksamkeit auszugehen.

Zwischenergebnis: Der Anspruch des K gegen V aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB besteht dem Grunde nach.

## II. Schadensumfang

Fraglich ist, ob K überhaupt einen kausalen Schaden erlitten hat. Er verlangt von V den Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten. Möglicherweise liegt insoweit überhaupt keine negative Beeinträchtigung des Vermögens des K vor, solange er die Arbeiten nicht tatsächlich durchführt. Ein messbarer Schaden wäre dann nur insoweit gegeben, als das Haus aufgrund des Mangels einen geringeren Wert hat als ohne Mangel.

### 1. Fiktive Abrechnung möglich?

Grundsätzlich ist im Schadensersatzrecht die Möglichkeit einer fiktiven Abrechnung von Schäden anerkannt. Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus § 249 II S. 2 BGB, der für den Fall, dass Umsatzsteuer nicht anfällt, nicht etwa die Ersatzmöglichkeit eines Schadens generell in Abrede stellt, sondern lediglich die Umsatzsteuer aus dem Umfang des zu ersetzenden Schadens herausnimmt.

Relevant wird dies insbesondere im Bereich der Unfälle im Straßenverkehr, wenn es um die fiktive Abrechnung von Reparaturkosten geht. Hier kann man für die fiktive Abrechnungsmöglichkeit zusätzlich dahingehend argumentieren, dass der Schaden bereits durch den Unfall eingetreten ist, und es sodann der Dispositionsmaxime des Geschädigten unterliegt, wie er die zum Ausgleich des Schadens geflossenen Mittel in seinem Vermögen einzusetzen gedenkt.

Fraglich ist, ob dieser im Unfallrecht anerkannte Gedanke auf den vorliegenden Fall übertragen werden kann. Dies aus ist mehreren Gründen problematisch. Zum einen spricht § 249 II S. 1 BGB von „Zerstörung oder Beschädigung einer Sache“, worum es in den Mängelrechtsfällen gerade nicht geht.

Zudem findet § 249 BGB in den Fällen des § 281 BGB keine Anwendung, letztere Norm ist spezieller. Das zeigt sich an § 281 IV BGB, der für den Fall der Geltendmachung von Schadensersatz die Leistungspflicht entfallen lässt.

<sup>3</sup> Vgl. BGH, Life&LAW 03/2007, 214 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Genau das würde über die gem. § 249 I BGB geschuldete Herstellung des geschuldeten Zustands unterlaufen werden.

Gilt § 249 I BGB nicht, muss dies auch für § 249 II BGB gelten, der sich auf Absatz 1 bezieht.

Der beim BGH für das Werkvertragsrecht zuständige VII. Senat hat deshalb entschieden, dass eine fiktive Abrechnung von Mängelbeseitigungskosten in Abkehr von jahrzehntelanger Rechtsprechung nicht mehr möglich ist.<sup>4</sup>

Der für das Kaufrecht zuständige V. Senat sieht dies anders und lässt sich von der Argumentation des VII. Senats nicht überzeugen. Die Besonderheit im Rahmen des Werkvertragsrechts ergebe sich insbesondere aus § 637 III BGB, wonach der Besteller für die nach dieser Norm mögliche Selbstvornahme einen Vorschuss verlangen kann.

Im Kaufrecht gibt es einen derartigen Vorschuss nicht. Würde man nun hier die fiktive Abrechnung versagen, müsste der Käufer in Vorleistung treten, indem er den Mangel beheben lässt und den ausführenden Unternehmer bezahlt, bevor er sodann Ersatz des Bruttobetragtes vom Verkäufer verlangen könnte.<sup>5</sup>

Zwar ist auch nach dem V. Senat § 249 BGB nicht anwendbar, gleichwohl sei die Berechnung der Entschädigung in Geld gem. § 251 I BGB auch abstrakt dergestalt möglich, dass zunächst nur der Nettobetrag eingefordert werden kann.

**hemmer-Methode:** Das ist natürlich für den Fall ein schlagendes Argument, in dem der Käufer sodann tatsächlich die Mängelbeseitigung vornimmt. Aber das muss er ja nicht tun. Anders als bei § 637 III BGB, wo der Vorschuss zurückverlangt werden kann, wenn die Selbstvornahme nicht ausgeführt wird,<sup>6</sup> liegt das Wesen der fiktiven Abrechnung darin, den Betrag auch anders einzusetzen zu können als für die Behebung des Schadens. Insoweit könnte man auch gut die Auffassung vertreten, dass auch im Kaufrecht eine fiktive Abrechnung nicht in Betracht kommen sollte. Faktisch besteht jedenfalls eine unterschiedliche Rechtslage zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht.

Und dies wird erst der Anfang der Diskussion sein. Wie steht es um die Möglichkeit der fiktiven Abrechnung z.B. im Mietrecht, wenn der Mieter bei Auszug eine Einrichtung nicht entfernt, der Vermieter dazu unter Fristsetzung auffordert und der Mieter dem nicht nachkommt? Kann der Vermieter dann auch fiktiv abrechnen, d.h. die

<sup>4</sup> BGH, Life&LAW 10/2018, 656; bestätigt durch BGH, Life&LAW 01/2021, 16 = [jurisbyhemmer](#).

<sup>5</sup> BGH, Life&LAW 06/2021, 371 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>6</sup> Anspruchsgrundlage dafür ist nicht etwa § 812 BGB, sondern der Werkvertrag selbst, vgl. Grüneberg, § 637, Rn. 11.

Einrichtung in der Wohnung belassen und das Geld anderweitig einsetzen? Die Frage ist bislang nicht geklärt.

In der vorliegenden Entscheidung bestätigt der V. Senat seine Rechtsprechung und gestattet dem K, die Mängelbeseitigungskosten fiktiv abzurechnen, so dass in Höhe von 23.400 € ein Schaden anzunehmen ist.

## 2. Abzug „neu für alt“?

Fraglich ist, ob der Anspruch im Wege der Vorteilsanrechnung zu kürzen ist.

Würde die Mängelbeseitigung durchgeführt werden, könnte man einen Vorteil darin erblicken, dass nun eine neue Kellerabdichtung vorläge, während die alte, selbst wenn sie mangelfrei gewesen wäre, nach 40 Jahren ohnehin hätte ausgetauscht werden müssen.

Wenn ein derartiger Abzug „neu für alt“ im Rahmen einer durchgeführten Mängelbeseitigung vorzunehmen wäre, müsste dies auch im Rahmen einer fiktiven Abrechnung berücksichtigt werden, denn der Schädiger kann nicht beeinflussen, ob die Mängelbeseitigung tatsächlich durchgeführt wird oder nicht. Anders gesagt: Der Geschädigte kann einer Vorteilsanrechnung nicht dadurch ausweichen, dass er die Mängelbeseitigung unterlässt. Dies wäre ein „doppeltes Geschenk des Himmels“ (erstes Geschenk: fiktive Abrechnung ist möglich; zweites Geschenk: keine Vorteilsanrechnung).

### a) Abzug „neu für alt“ grundsätzlich anerkannt

Im Grundsatz ist anerkannt, 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 beim Geschädigten kann es auch bei vertraglichen Ansprüchen wegen Nichterfüllung kommen. Steht der zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung berechtigte Gläubiger infolge der Ersatzleistung besser, als er bei ordnungsgemäßer Erfüllung der nicht (ordnungsgemäß) 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.

### b) Besonderheiten nach der Schuldrechtsreform: Charakter des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung

Diese zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform 2002 anerkannten Grundsätze<sup>7</sup> können allerdings auf den hier zu prüfenden Schadensersatzanspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB nicht ohne weiteres übertragen werden.

Anders als früher gehört nach der jetzigen Rechtslage die Mangelfreiheit der Kaufsache zur Leistungspflicht des Verkäufers, vgl. § 433 I S. 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.

#### aa) Inhalt des Schadensersatzanspruchs bestimmt sich nach Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs

Der primär auf Lieferung einer mangelfreien Sache gerichtete Erfüllungsanspruch setzt sich in modifizierter Form in dem Nacherfüllungsanspruch fort. An die Stelle des Nacherfüllungsanspruchs tritt sodann der Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I S. 1 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 („Schadensersatz statt der Nacherfüllung“).

Weil der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung an die Stelle des Nacherfüllungsanspruchs tritt, kann der Umfang jenes Anspruchs nicht ohne Blick auf die (ggfs. 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 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.

### bb) Schritt zurück: Erfolgt „Anrechnung“ von Vorteilen im Rahmen der Nacherfüllung?

Zu klären ist daher, ob im Rahmen der Nacherfüllung selbst eine Vorteilsanrechnung stattfindet.

Ob und in welchem Umfang Vorteile zu berücksichtigen sind, die der Käufer durch die Nacherfüllung erlangt, wird allerdings unterschiedlich beurteilt:

(1) Nach e.A. sollen Wertverbesserungen im Sinne einer längeren Lebensdauer sowie andere Wertverbesserungen der Kaufsache wegen der Erneuerung nicht unmittelbar durch den Mangel betroffener Teile der Kaufsache durch den Käufer auszugleichen sein.<sup>8</sup>

(2) Nach a.A. fehlt es für eine solche Vorgehensweise bereits an einer Anspruchsgrundlage.<sup>9</sup> Im Übrigen wird die Nacherfüllung erst dadurch erforderlich, dass der Verkäufer mangelhaft geleistet habe, so dass es unbillig wäre, den Käufer mit einer Kostenbeteiligung zu behelligen. Ansonsten könnte dem Käufer unter Umständen eine Nachbesserung aus finanziellen Gründen unmöglich werden.

**hemmer-Methode:** Das erscheint insbesondere im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs überzeugend. Die Nacherfüllung hat unentgeltlich zu erfolgen. Nicht einmal die Vorteile, die im Rahmen der Nachlieferung dadurch entstehen, dass der Käufer im Extremfall nach knapp 2 Jahren eine neue Sache erhält, sind auszugleichen. Zwar schuldet der Käufer die Rückgabe der alten, mangelhaften Sache gem. § 439 VI i.V.m. § 346 I BGB. Gem. § 475 III S. 1 BGB ist jedoch hinsichtlich dieser Sache kein Nutzungsersatz geschuldet. Der Vorteil verbleibt also beim Verbraucher.

(3) Nach wiederum anderer Auffassung soll differenziert werden. Eine Kostenbeteiligung aufgrund der Grundsätze des Abzugs „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 Instandhaltungs- bzw. Inspektionsarbeit einspare. Die hierdurch eingetretene Ersparnis oder Wertverbesserung habe der Käufer auszugleichen.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> BGH, NJW 2004, 2526 = jurisbyhemmer.

<sup>8</sup> Gsell, NJW 2003, 1969; BeckOGK, § 439 Rn. 125.

<sup>9</sup> Mankowski, NJW 2011, 1025, 1027 f.

<sup>10</sup> Grüneberg, § 439, Rn. 13 (kein Abzug, „soweit die Nacherfüllungspflicht reicht“); Tiedtke/Schmidt, DStR 2004, 2060 f.

(4) Der BGH sieht keine Veranlassung, den Streit im vorliegenden Fall generell aufzulösen. Nach seiner Auffassung scheidet ein Abzug „neu für alt“ jedenfalls dann 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 anzurechnen sind, kann dahinstehen, weil sonstige Vorteile nicht ersichtlich sind.

Beseitigt der Verkäufer im Wege der Nachbesserung einen Mangel der Kaufsache, kommt er lediglich seinen vertraglichen Pflichten nach. Hierfür kann er grundsätzlich keinen Ausgleich verlangen.

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. Gegenstand des Nacherfüllungsanspruchs ist – im Unterschied zum ursprünglichen Erfüllungsanspruch – nicht mehr die erstmalige Lieferung der mangelfreien Kaufsache, sondern – als primäres Mängelrecht des Käufers – die Herstellung ihrer Mangelfreiheit durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache.

Da infolge der mangelhaften Leistung des Verkäufers der Vertrag nicht wie vorgesehen abgewickelt werden kann, 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.

Handelt es sich bei dem Gegenstand 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, hat der Käufer hierauf einen Anspruch. Dies ist z.B. der Fall, wenn bei einem Gebrauchtwagen zur Mangelbeseitigung ein neues Getriebe eingesetzt werden muss, weil ein funktionsfähiges gebrauchtes Getriebe nicht verfügbar ist.

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 eingeräumten Nacherfüllungsanspruchs dar.

Gibt es demgegenüber in dem Beispielfall 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.

Eine andere Beurteilung wäre auch nicht damit zu vereinbaren, dass das Gesetz lediglich in § 439 VI BGB eine Herausgabe gezogener Nutzungen durch den Käufer bei der Lieferung einer mangelfreien Sache anordnet.<sup>11</sup> 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- und Arbeitskosten, zu tragen hat. Damit wird dem europarechtlich bedingten Grundsatz entsprochen, dass die Nacherfüllung kostenlos stattzufinden hat.

Diese – nicht auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkte – Aussage würde durch einen Abzug „neu für alt“ unterlaufen werden.

### c) Übertragung auf den vorliegenden Fall

Ist die Nacherfüllung in diesen Fällen ohne Kostenbelastung für den Käufer geschuldet, muss für einen auf Mängelbeseitigung gerichteten Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB dasselbe gelten.

**hemmer-Methode:** Das gilt nach BGH auch dann, wenn der Käufer dem Verkäufer gar keine Möglichkeit zur Nacherfüllung einräumen muss, weil die Fristsetzung – wie vorliegend wegen des arglistigen Verschweigens des Mangels – entbehrlich ist. Man könnte auch argumentieren, dass der Verkäufer in einem solchen Fall erst recht nicht schutzwürdig ist, so dass er von einer Vorteilsanrechnung nicht profitieren soll.

### aa) Da kostenlose Nacherfüllung geschuldet, auch kein Abzug „neu für alt“ beim SE-Anspruch

Deshalb scheidet eine allein an der längeren Lebensdauer des ersetzten Teils anknüpfende schematische Berücksichtigung eines Abzugs „neu für alt“ (auch) bei einem Schadensersatz aus.

Hierdurch wird zudem dem Umstand Rechnung getragen, dass die Schadensersatzleistung in vielen Fällen der Vorfinanzierung der vom Verkäufer nicht vorgenommenen und nun durchzuführenden Mängelbeseitigung dient (was ja auch das Argument für die Möglichkeit der fiktiven Abrechnung ist).

<sup>11</sup> Beim Verbrauchsgüterkauf wäre nicht einmal dieser Vorteil auszugleichen, s.o., § 475 III S. 1 BGB.

Bei entsprechender Vorteilsanrechnung könnte sich der Käufer die Nacherfüllung ggfs. gar nicht leisten, was wiederum der Verkäufer zum Anlass nehmen könnte, die Nacherfüllung bewusst zu verweigern.

#### bb) Vorliegend auch kein Vorteil, der über längere Lebensdauer bzw. ersparte Aufwendung einer neuen Abdichtung hinausgeht

K muss sich daher den Vorteil einer längeren Lebensdauer einer neuen Kellerabdichtung und den Vorteil hierdurch ersparter Aufwendungen nicht anrechnen lassen.

**hemmer-Methode:** Der einzige Schutz des Verkäufers besteht in diesen Fällen darin, die Nacherfüllung wegen der Unverhältnismäßigkeit ihrer Kosten abzulehnen, § 439 IV BGB, was seit dem 01.01.2022 auch im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs möglich ist. In einem solchen Fall wäre die Ersatzpflicht darauf beschränkt, den Mangelunwert auszugleichen, der sich allein aus der mangelhaften Leistung ergibt.<sup>12</sup>

### III. Endergebnis

K hat gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB. Der Anspruch besteht in Höhe der geltend gemachten 23.400 € netto und ist unabhängig davon, dass die Beseitigung der Mängel tatsächlich stattfindet. Eine Vorteilsanrechnung findet nicht statt, da auch eine Kostenbeteiligung des K im Rahmen der Nacherfüllung nicht geschuldet wäre.

Sofern die Arbeiten später ausgeführt werden, kann die Umsatzsteuer nachgefordert werden, vgl. den Rechtsgedanken<sup>13</sup> des § 249 II S. 2 BGB.

**hemmer-Methode:** Um hier in verjährungsrechtlicher Hinsicht geschützt zu sein, empfiehlt sich eine Feststellungsklage hinsichtlich der Verpflichtung zum Ersatz weiterer Schäden. Das nach § 256 I ZPO nötige Feststellungsinteresse ergibt sich letztlich aus § 249 II S. 2 BGB selbst.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Vgl. dazu BGH, Life&LAW 01/2013, 9 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>13</sup> Es kann nur der Rechtsgedanke sein, weil die Norm ja bei § 281er Ansprüchen nicht zur Anwendung kommt (s.o.).

<sup>14</sup> Da im Werkvertragsrecht eine fiktive Abrechnung ausscheidet, müsste hier auf den Vorschuss gem. § 637 III BGB geklagt werden und ein Feststellungsantrag für den Fall tatsächlich höherer Kosten gestellt werden.

### D) Kommentar

**(cda).** Dass sich der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung inhaltlich am Anspruch auf die Leistung zu orientieren hat, ist im Grunde genommen nichts Neues. So entspricht es ja herrschender Meinung, dass für die Frage, ob Schadenspositionen statt oder neben der Leistung zu ersetzen sind, danach zu differenzieren ist, ob sie durch eine fiktiv gedachte ordnungsgemäße Nacherfüllung entfallen würden. Sind bestimmte Positionen (z.B. wie nach h.M. die Behebung von Weiterfresserschäden) im Rahmen der Nacherfüllung geschuldet, wird das Ausbleiben durch den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung kompensiert.

Mit der vorliegenden Entscheidung entwickelt der BGH diese Grundsätze fort und überträgt sie überzeugend auf die Vorteilsanrechnung im Rahmen des Abzugs „neu für alt“. Wünschenswert wäre freilich eine generelle Klärung der Frage gewesen, wie mit anderen Vorteilen umzugehen wäre.

Sollten Sie diese Problematik in der Klausur im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs zu beurteilen haben, wäre es nach Auffassung der Life&LAW-Redaktion zwingend, die hier relevanten Vorteile nicht anzurechnen. Dies ergibt sich eindeutig aus der Wertung des § 475 III S. 1 BGB, da durch diese Norm die Vorteile einer längeren Lebensdauer eindeutig dem Käufer zugewiesen werden! Auch die generelle Kostentragungspflicht gem. § 439 II BGB spricht gegen eine Anrechnung von Vorteilen.

### E) Wiederholungsfrage

- **Was ist das Besondere bei der Frage des Abzugs „neu für alt“, wenn es um einen Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten geht?**

Der Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten tritt an die Stelle des Anspruchs auf Mängelbeseitigung. Ist bei diesem keine Kostenbeteiligung für die Durchführung der Nacherfüllung vorgesehen, verbietet sich auch ein Abzug „neu für alt“ für den an die Stelle des Anspruchs auf die Leistung tretenden Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 I S. 1 BGB.

### F) Zur Vertiefung

#### Zur Vorteilsanrechnung allgemein

- Hemmer/Wüst/d'Alquen, Skript Schadensersatzrecht III, Rn. 200 ff.