Ersatz des mangelbedingten Minderwerts bei unverhältnismäßig hohen Mängelbeseitigungskosten

1. **Stellen sich die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten als unverhältnismäßig dar, so kann der Käufer vom Verkäufer nur Ersatz des mangelbedingten Minderwerts der Sache verlangen.**

2. **Ob die Kosten unverhältnismäßig sind, ist aufgrund einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der in § 439 III BGB genannten Kriterien festzustellen.**

3. **Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Kosten kommt es auf den Beginn der Mängelbeseitigung durch den Käufer an. Stellt sich während deren Ausführung heraus, dass die Kosten höher als erwartet sind, steht dies einer Ersatzpflicht nur entgegen, wenn ein wirtschaftlich denkender Käufer die Arbeiten auch unter Berücksichtigung der bereits angefallenen Kosten nicht fortführen würde bzw. fortgeführt hätte.**

BGH, Urteil vom 04.04.2014 – V ZR 275/12

Sachverhalt: Mit notariellem Vertrag vom 29.03.2004 kauften die Klägerin und Dr. *V* von den Beklagten ein mit einem Mietshaus bebautes Grundstück zu einem Preis von 260.000 €. In dem Kaufvertrag garantierten die Verkäufer, dass der Dachstuhl des Vorderhauses und des Seitenflügels nicht von Holzbock befallen ist und die Beseitigung eines durch ein holzschutztechnisches Gutachten festgestellten Anobienbefalls einen Kostenaufwand von höchstens 2.500 € brutto erfordert. Im Übrigen wurde ein Ausschluss der Haftung für Sachmängel vereinbart.

Nach der Übergabe des Grundstücks stellte sich heraus, dass der Dachbereich mit echtem Hausschwamm befallen war.

Dr. *V*, an den die Klägerin ihre Ansprüche abgetreten hatte, nahm die Beklagten auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch, woraufhin zunächst deren Schadensersatzpflicht dem Grunde nach festgestellt wurde. Im Betragsverfahren wurden die Beklagten durch Teilurteil vom 28.06.2007 zur Zahlung von 89.129,86 € (85.231,67 € Sanierungskosten auf Gutachtenbasis; 3.898,19 € Sachverständigenkosten) verurteilt. Ferner wurde festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, Dr. *V* auch den weitergehenden Schaden zu ersetzen, der darauf zurückzuführen ist, dass das Haus mit echtem Hausschwamm befallen ist und deshalb Sanierungsarbeiten durchgeführt werden müssen. Mit Schlussurteil vom 23.04.2009 wurden die Beklagten zur Zahlung weiterer 45.000 € als Ausgleich des nach der Schwammsanierung verbleibenden merkantilen Minderwerts verurteilt. Alle vorgenannten Urteile sind rechtskräftig.

Dr. *V* trat seine Ansprüche an die Klägerin ab, die die Beklagten auf Zahlung von weitergehendem Schadensersatz in Anspruch nimmt. Im Rahmen der Schwammbeseitigungsmaßnahmen seien weitere Sanierungskosten in Höhe von 499.728,86 € angefallen bzw. noch zu erwarten (Sanierung von Wohnungen und Fassade, Mietausfall, Auslagerungs- und Sachverständigenkosten; Umsatzsteuer für die zwischenzeitlich durchgeführte Sanierung). Diese hätten die Beklagten ebenso zu ersetzen wie vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 5.371,66 €.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Deren Berufung hat das Kammergericht zurückgewiesen. Auf die Revision der Beklagten wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen: [5] I. Das Berufungsgericht führt zur Begründung aus, dass sich die Rechtskraft des Feststellungsurteils im Vorprozess auf die Klägerin als Rechtsnachfolgerin von Dr. *V* erstrecke. Die von der Klägerin zur Kausalität und zur Höhe der Sanierungskosten vorgetragenen Tatsachen hätten die Beklagten zwar bestritten, das Bestreiten sei jedoch unerheblich, da angesichts der eingereichten Gutachten, Kostenschätzungen, Mietverträge, Kostenangebote und Rechnungen ein einfaches Bestreiten nicht ausreiche. Es sei auch unerheblich, dass die von der Klägerin verlangten Sanierungskosten zum überwiegenden Teil wegen der erforderlichen Sanierung des Gebäudes ohnehin anfallen würden. Es handele sich um einen Fall der Doppelkausalität, bei welchem ein Schaden durch zwei Ursachen hervorgerufen werde, welche beide im Rechtssinne kausal seien. Auch ein Abzug „neu für alt“ sei nicht vorzunehmen, da durch die Schwammsanierung keine Werterhöhung eintrete. Schließlich sei die Ersatzpflicht der Beklagten nicht unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit beschränkt. Der Zeitwert des bebauten Grundstücks mit Schwammbefall liege bei 507.202 €, ohne Schwammbefall bei mindestens 600.000 €. Die Beklagten seien bisher nur zu Schadensersatzzahlungen von insgesamt 639.230,38 € verurteilt worden. Dies liege circa 6 % über dem anzunehmenden Verkehrswert und sei hinzunehmen. Die von dem BGH bezüglich der Regulierung von Kfz-Schäden entwickelte Begrenzung, wonach die Wiederherstellungskosten die der Ersatzbeschaffung um bis zu 30 % übersteigen dürfen, gelte auch hier.

[6] II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

[7] 1. Zutreffend ist allerdings, dass die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB über den bisher zugesprochenen Betrag hinaus wegen des rechtskräftigen Teilurteils vom 28.06.2007 feststeht. Danach haben sie den weiteren Schaden zu ersetzen, welcher darauf zurückzuführen ist, dass das Objekt mit echtem Hausschwamm befallen ist und deshalb Sanierungsarbeiten durchgeführt werden müssen. Die Rechtskraft dieses Urteils, das Dr. *V* gegen die Beklagten erstritten hat, wirkt gemäß § 325 I ZPO auch zugunsten der Klägerin (vgl. BGH, Urt. v. 17.02.1983 – III ZR 184/81, NJW 1983, 2032).

[8] 2. Das Berufungsgericht behandelt jedoch rechtsfehlerhaft die von der Klägerin zur Schadenshöhe vorgetragenen Tatsachen als unstreitig.

[9] a) Dieser Gesichtspunkt unterliegt gemäß § 557 III 1 ZPO der Prüfung des Senats, obwohl insoweit keine Revisionsrüge erhoben worden ist. Überspannt das Berufungsgericht die Anforderungen an ein wirksames Bestreiten und behandelt es deswegen einen Vortrag fehlerhaft als unstreitig, liegt ein materiell-rechtlicher Fehler vor, der von Amts wegen zu berücksichtigen ist (*Jacobs,* in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 557 Rn. 30; Musielak/*Ball,* ZPO, 10. Aufl., § 557 Rn. 18; vgl. auch BGH, Urt. v. 10.10.1994 – II ZR 95/93, NJW 1995, 130 [131]).

[10] b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts waren die Beklagten nicht gehalten, den Vortrag der Klägerin zur Höhe des Schadens substanziiert zu bestreiten.

[11] aa) Gemäß § 138 II ZPO hat sich eine Partei allerdings grundsätzlich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären. Sie darf sich also, wenn der Gegner seiner Erklärungslast nachgekommen ist, nicht mit einem bloßen Bestreiten begnügen, sondern muss erläutern, von welchem Sachverhalt sie ausgeht (vgl. Zöller/*Greger,* ZPO, 30. Aufl., § 138 Rn. 8a). Der Umfang der erforderlichen Substanziierung richtet sich dabei nach dem Vortrag der darlegungsbelasteten Partei (BGH, Urt. v. 13.01.2011 – III ZR 146/10, NJW 2011, 1509 Rn. 20; Urt. v. 15.06.2000 – I ZR 55/98, NJW-RR 2000, 1635 [1638]; Urt. v. 03.02.1999 – VIII ZR 14/98, NJW 1999, 1404 f., jeweils m. w. Nachw.). Je detaillierter dieser ist, desto höher ist die Erklärungslast gemäß § 138 II ZPO. Ob ein einfaches Bestreiten als Erklärung gemäß § 138 II ZPO ausreicht oder ob ein substanziiertes Bestreiten erforderlich ist, hängt somit von dem Vortrag der Gegenseite ab (Zöller/*Greger,* a. a. O., § 138 Rn. 8a).

[12] Etwas anderes gilt hingegen dann, wenn eine Partei einen Vortrag mit Nichtwissen gemäß § 138 IV ZPO bestreiten kann. Nach dieser Vorschrift ist die Erklärung einer Partei mit Nichtwissen über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Weitere Voraussetzung ist, dass die Partei für die jeweiligen Tatsachen nicht darlegungs- und beweisbelastet ist (BGH, Urt. v. 02.07.2009 – III ZR 333/08, NJW-RR 2009, 1666 Rn. 14 m. w. Nachw.). Die Zulässigkeit einer solchen Erklärung schließt die Verpflichtung der Partei zu substanziiertem Bestreiten aus (BGH, Urt. v. 07.07.1988 – III ZR 111/87, NJW-RR 1989, 41 [43]). Dies gilt unabhängig von der Substanziierung des gegnerischen Vortrags. Auch ein detaillierter Vortrag, der sich etwa auf ein Privatgutachten oder andere Unterlagen stützt, kann, wenn die Voraussetzungen des § 138 IV ZPO vorliegen, mit bloßem Nichtwissen bestritten werden. Eine Pflicht, eigene Ermittlungen anzustellen, um im Einzelnen auf den gegnerischen Vortrag eingehen zu können, besteht nicht. Ebenso darf ein Vortrag, welcher plausibel und naheliegend erscheint, mit Nichtwissen bestritten werden, ohne dass die bestreitende Partei Anhaltspunkte dafür aufzeigen muss, dass der Vortrag falsch sein könnte (BGH, Urt. v. 08.07.2009 – VIII ZR 314/07, NJW 2009, 2894 Rn. 23; Urt. v. 14.07.2010 – VIII ZR 327/07, RdE 2010, 384 Rn. 20; anders nur bei einem rechtsmissbräuchlichen Bestreiten „ins Blaue hinein“, vgl. BGH, Urt. v. 15.06.2000 – I ZR 55/98, NJW-RR 2000, 1635 [1638]). Eine Grenze besteht nur insoweit, als für das Gericht und den Gegner der Umfang des Bestreitens erkennbar sein muss (BGH, Urt. v. 11.07.1972 – VI ZR 21/71, VersR 1972, 945 [948]; vgl. auch Senat, Urt. v. 18.07.2003 – V ZR 275/02, WM 2004, 193 [195] m.w. Nachw.).

[13] bb) Nach diesen Grundsätzen durften die Beklagten den klägerischen Vortrag zur Kausalität und zur Höhe der Sanierungskosten gemäß § 138 IV ZPO mit Nichtwissen bestreiten. Der derzeitige Zustand des veräußerten Mietshauses, die aufgrund des Schwammbefalls bereits durchgeführten und noch erforderlichen Arbeiten sowie die behaupteten Mietausfälle, Einlagerungskosten sowie Gutachter- und Architektenkosten unterliegen nicht der eigenen Wahrnehmung der Beklagten. Dies gilt auch für die in den von der Klägerin vorgelegten Privatgutachten wiedergegebenen Tatsachen. Es besteht keine Verpflichtung der Beklagten, sich mit den Privatgutachten auseinanderzusetzen und deren Fehlerhaftigkeit aufzuzeigen (vgl. BGH, Urt. v. 08.07.2009 – VIII ZR 314/07, NJW 2009, 2894 Rn. 23; Urt. v. 14.07.2010 – VIII ZR 327/07, RdE 2010, 384 Rn. 20). Dass der Umfang ihres Bestreitens unklar geblieben wäre, hat das Berufungsgericht gerade nicht festgestellt. Im Gegenteil ergibt sich aus dem Berufungsurteil, dass die Beklagten umfassend die Erforderlichkeit der von der Klägerin behaupteten Arbeiten aufgrund des Schwammbefalls ebenso bestritten haben wie die hierfür anzusetzenden Beseitigungskosten. Weiterhin haben sie auch die geltend gemachten Folgeschäden in Abrede gestellt.

[14] 3. Rechtsfehlerhaft geht das Berufungsgericht zudem davon aus, dass eine ohnehin erforderliche Sanierung des erworbenen Grundstücks für den Umfang der Ersatzpflicht der Beklagten ohne Bedeutung ist.

[15] a) Hinsichtlich der als Mangelfolgeschäden geltend gemachten Mietausfälle und der Auslagerungskosten kann es insoweit schon an der Kausalität der mangelhaften Leistung für die entstandenen und noch entstehenden Kosten fehlen. Nach allgemeinen Grundsätzen ist es Sache der Klägerin, darzulegen und zu beweisen, dass diese Kosten durch den Schwammbefall bedingt sind und nicht – wie von den Beklagten behauptet – bereits im Rahmen der parallel erfolgenden Komplettsanierung des Gebäudes anfallen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt hier eine Korrektur der sine-qua-non-Formel unter dem Gesichtspunkt der Doppelkausalität nicht in Betracht.

[16] aa) Eine Doppelkausalität wird angenommen, wenn zwei Umstände einen Schaden verursachen und jeder für sich allein ausgereicht hätte, den ganzen Schaden zu verursachen. Dann sind beide Umstände als ursächlich zu behandeln (Senat, Urt. v. 07.05.2004 – V ZR 77/03, NJW 2004, 2526 [2528]; BGH, Urt. v. 20.02.2013 – VIII ZR 339/11, NJW 2013, 2018 Rn. 27 m. w. Nachw.). Dafür ist nicht erforderlich, dass die Schädigung durch zwei verschiedene Personen erfolgt. Es genügt, wenn eine Person zwei Ursachen setzt, welche jede für sich den vollen Schaden herbeigeführt hätte (Senat, Urt. v. 07.05.2004 – V ZR 77/03, NJW 2004, 2526 [2528]; BGH, Urt. v. 20.02.2013 – VIII ZR 339/11, NJW 2013, 2018 Rn. 27). Auch steht der Annahme einer Doppelkausalität nicht entgegen, dass sich der Geschädigte das Verhalten des einen Schädigers im Verhältnis zum anderen Schädiger als eigenes anrechnen lassen muss (BGH, Urt. v. 20.02.2013 – VIII ZR 339/11, NJW 2013, 2018 Rn. 26 f.). In all diesen Fällen besteht ein Bedürfnis für eine wertungsmäßige Korrektur der Äquivalenztheorie, um zu verhindern, dass von zwei schädigenden Ereignissen letztlich keines zu einer Haftung führt.

[17] bb) Anders liegt es jedoch bei dem Verhältnis einer von außen gesetzten möglichen Schadensursache und einer eigenen Handlung des Geschädigten. Hier geht es nicht darum, dass die Anwendung der Äquivalenztheorie auf zwei mögliche Schadensursachen zu einer sachwidrigen Verneinung jeglicher Haftung führen würde. Vielmehr muss in diesen Fällen unter Anwendung des im Ansatz subjektbezogenen Schadensbegriffs (vgl. Senat, Urt. v. 26.09.1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302 [304]; BGH, Urt. v. 15.10.1991 – VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364 [369]) festgestellt werden, inwieweit sich eine schädigende Handlung bei dem Geschädigten überhaupt nachteilig ausgewirkt hat. Einer wertenden Korrektur der Äquivalenztheorie bedarf es hier nicht.

[18] cc) War die Komplettsanierung des gekauften Mietshauses ohnehin erforderlich und von den Käufern geplant, beruhen die damit verbundenen Kosten nicht auf einem weiteren schädigenden Ereignis, welches neben die mangelhafte Leistung der Beklagten tritt. Indem die Klägerin die Schwammsanierungsarbeiten im Rahmen dieser Arbeiten ausführen ließ und damit weitere Mietausfälle sowie Ein- und Auslagerungskosten vermied, genügte sie lediglich ihrer Schadensminderungspflicht gemäß § 254 II 1 BGB.

[19] b) Im Übrigen übersieht das Berufungsgericht, dass die Ersatzpflicht der Beklagten entfallen kann, wenn die Klägerin durch diese eigene Aufwendungen ersparen würde.

[20] aa) Sofern die zur Behebung des Mangels erforderlichen Arbeiten von den Käufern auch bei einer mangelfreien Leistung durchgeführt worden wären, ist dies unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen. Nach dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot soll der Geschädigte nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde (BGH, Urt. v. 28.06.2007 – VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83 Rn. 18 m. w. Nachw.; vgl. Senat, Urt. v. 25.01.2013 – V ZR 118/11, NJW-RR 2013, 825 Rn. 11). Im Kaufrecht führt dies dazu, dass der Käufer einer mangelhaften Sache grundsätzlich nicht besser stehen darf, als er bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung stünde (Senat, Urt. v. 25.01.2013 – V ZR 118/11, NJW-RR 2013, 825 Rn. 13, 16). Schadensmindernd zu berücksichtigen sind jedoch nur solche Vorteile, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, sodass sie dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unbillig entlastet. Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtung gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sein (Senat, Urt. v. 17.10.2003 – V ZR 84/02, NJW-RR 2004, 79 [80]; BGH, Urt. v. 28.06.2007 – VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83 Rn. 18 m. w. Nachw.). Diese Voraussetzungen liegen regelmäßig vor, soweit der Geschädigte durch die Schadensbeseitigung eigene Aufwendungen erspart (Staudinger/*Schiemann,* BGB, Neubearb. 2005, § 249 Rn. 168; *Schubert,* in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 249 Rn. 137 m. w. Nachw.; Palandt/*Grüneberg,* BGB, 73. Aufl., vor § 249 Rn. 93; *Lange/Schiemann,* Schadensersatz, 3. Aufl., S. 503 f.).

[21] bb) Im vorliegenden Fall führt die Beseitigung des Schwammbefalls nach den Feststellungen des Berufungsgerichts dazu, dass auch Sanierungsarbeiten durchgeführt werden, welche ohnehin geplant waren. Die dadurch ersparten eigenen Aufwendungen muss sich die Klägerin von den Mängelbeseitigungskosten, welche den gesamten zur Mängelbeseitigung erforderlichen Betrag umfassen, abziehen lassen. Der Vorteilsausgleich beruht auf dem Gedanken von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und erfordert eine wertende Betrachtung (BGH, Versäumnisurt. v. 01.08.2013 – VII ZR 75/11 JW 2013, 3297 Rn. 22, Urt. v. 28.06.2007 – VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83 Rn. 18 m. w. Nachw.). Für die Klägerin wäre es ein unverdienter Vorteil, wenn sie die ohnehin vorgesehenen Sanierungsarbeiten teilweise auf Kosten der Beklagten durchführen könnte.

[22] cc) Die Darlegungs- und Beweislast für ersparte Aufwendungen der Käufer, welche nach dem Vorgesagten anspruchsmindernd zu berücksichtigen sind, tragen die Beklagten (vgl. Senat, Urt. v. 17.10.2003 – V ZR 84/02, NJW-RR 2004, 79 [81]). Die Klägerin trifft jedoch eine sekundäre Darlegungslast, da die Beklagten außerhalb des von ihnen darzulegenden Geschehensablaufs stehen und der Klägerin nähere Angaben zumutbar sind (vgl. BGH, Urt. v. 28.06.2011 – KZR 75/10, NJW 2012, 928 Rn. 71; Urt. v. 31.05.2010 – II ZR 30/09, NJW 2010, 2506 Rn. 26). Die Klägerin ist deswegen gehalten, die für die Berechnung des Vorteilsausgleichs durch die Beklagten erforderlichen Tatsachen vorzutragen (vgl. BGH, Urt. v. 31.05.2010 – II ZR 30/09, NJW 2010, 2506 Rn. 26).

[23] 4. Das Berufungsgericht lehnt auch einen Abzug „neu für alt“ mit rechtsfehlerhafter Begründung ab.

[24] Ein solcher kommt in Betracht, soweit die Kosten der Schwammbeseitigung nach dem Vorstehenden ersatzfähig sind, also nicht für Maßnahmen anfallen, welche von den Käufern im Rahmen einer ohnehin vorgesehenen Sanierung durchgeführt werden sollten, und zu einer Wertsteigerung des Grundstücks führen. Das Berufungsgericht verkennt bei seinem Hinweis auf das Teilurteil vom 28.06.2007 und ein dort in Bezug genommenes Sachverständigengutachten, wonach durch die Schwammsanierungsarbeiten am Dach keine Werterhöhung eintrete, den Kern des Vorbringens der Beklagten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Schwammbefall gerade nicht auf das Dachgebälk beschränkt, sondern hat sich vom Dach über alle Etagen bis in den Keller ausgebreitet. Unter anderem müssen zur Schwammbeseitigung auch Küchen und Bäder zerstört und wieder aufgebaut sowie Elektro-, Klempner- und Fliesenarbeiten durchgeführt werden. Dass es dadurch zu einer Wertsteigerung kommen kann, liegt auf der Hand und kann mit der Argumentation des Berufungsgerichts, welche sich nur auf das Dachgebälk bezieht, nicht in Abrede gestellt werden.

[25] 5. Das Berufungsgericht verneint schließlich auch die Unverhältnismäßigkeit der als Schadensersatz begehrten weiteren Mängelbeseitigungskosten mit rechtsfehlerhafter Begründung.

[26] a) Allerdings geht es stillschweigend zutreffend davon aus, dass die Beklagten sich mit diesem Einwand gegen die Klageforderung trotz des gegen sie ergangenen Feststellungsurteils vom 28.06.2007 verteidigen können.

[27] aa) Zwar führt die Rechtskraft eines Feststellungsurteils, in dem die Schadensersatzpflicht einer Partei festgestellt worden ist, dazu, dass Einwendungen, die sich auf Tatsachen stützen, welche schon im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorgelegen haben, nicht mehr berücksichtigt werden dürfen, soweit sie das Bestehen des festgestellten Anspruchs betreffen (BGH, Urt. v. 28.06.2005 – VI ZR 108/04, NJW-RR 2005, 1517 f. m. w. Nachw.). Das gilt aber nur, soweit es um die grundsätzliche Verpflichtung des Schuldners zum Ersatz des Schadens geht; die Frage, ob und in welcher Höhe ein Schaden eingetreten ist, wird von der Rechtskraft eines vorausgegangenen Feststellungsurteils nicht erfasst (vgl. BGH, Urt. v. 28.06.2005 – VI ZR 108/04, NJW-RR 2005, 1517 f.; Urt. v. 19.05.1988 – VI-I ZR 11/87, WM 1988, 1280).

[28] bb) Auch unter anderen Gesichtspunkten steht die Rechtskraft des Feststellungsurteils der Geltendmachung der Haftungsbegrenzung nicht entgegen. Die hier in Betracht kommende Begrenzung ist nicht untrennbar mit dem Haftungsgrund verwoben (vgl. dazu BGH, Urt. v. 23.01.1979 – VI ZR 199/77, NJW 1979, 1046 [1047]). Ferner kann dem Feststellungsurteil weder in Bezug auf die Art der Schadensberechnung noch in Bezug auf die Frage einer Begrenzung der Schadensersatzpflicht hinsichtlich der nunmehr geltend gemachten Schadenspositionen eine Bindungswirkung entnommen werden.

[29] Die Bindungswirkung des Feststellungsurteils ergibt sich aus dem Umfang der Rechtskraft. Diese reicht gemäß § 322 I ZPO so weit, wie über den Feststellungsantrag entschieden worden ist. Der Inhalt des Urteils und damit der Umfang der Rechtskraft sind in erster Linie der Urteilsformel zu entnehmen. Nur wenn die Urteilsformel allein nicht ausreicht, um den Rechtskraftgehalt der Entscheidung zu erfassen, sind Tatbestand und Entscheidungsgründe, erforderlichenfalls auch das Parteivorbringen, ergänzend heranzuziehen (BGH, Urt. v. 14.02.2008 – I ZR 135/05, NJW 2008, 2716 Rn. 13 m. w. Nachw.).

[30] Nach dem Tenor des Feststellungsurteils sind die Beklagten verpflichtet, der Klägerin die weiteren Schäden zu ersetzen, welche darauf zurückzuführen sind, dass das Objekt mit echtem Hausschwamm befallen ist und deshalb Sanierungsarbeiten durchgeführt werden müssen. Die Urteilsformel ist mit dieser Formulierung allgemein gehalten und bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dass eine bestimmte Art der Schadensberechnung Bestandteil des Ausspruchs sein sollte. Dies gilt auch unter Einbeziehung des in der Entscheidungsformel verwandten Begriffs der Sanierungsarbeiten. Hiermit wird lediglich die Einstandspflicht der Beklagten für bestimmte weitere Schäden festgestellt, jedoch nicht ausgesprochen, dass sie auch sämtliche weiteren Mängelbeseitigungskosten zu tragen haben. Auch den Entscheidungsgründen kann nicht entnommen werden, dass sich das Gericht mit einer höhenmäßigen Begrenzung des Schadensersatzanspruchs der Käufer befasst hat und diese Frage entschieden werden sollte.

[31] b) Das Berufungsgericht geht weiterhin im Ansatz zutreffend davon aus, dass die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten im Rahmen des sogenannten kleinen Schadensersatzes nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB als Schaden geltend gemacht werden können.

[32] aa) Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung richtete sich der Anspruch des Käufers, der den kleinen Schadensersatz wählte, auf Ausgleich des Wertunterschieds zwischen der mangelfreien und der mangelhaften Sache (§ 463 BGB a.F.). Der Käufer hatte keinen Anspruch auf Beseitigung des Mangels und somit auch keinen unmittelbar auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gerichteten Schadensersatzanspruch. Zwar konnte er regelmäßig die Höhe des zu ersetzenden Minderwerts auf Grundlage der Mängelbeseitigungskosten ermitteln. Hierbei handelte es sich jedoch lediglich um eine Berechnungsmethode. Blieb die mangelbedingte Wertminderung der Sache deutlich hinter den Kosten für die Herstellung der zugesicherten Eigenschaft zurück und war diese Abweichung nicht nur mit einem fehlenden Abzug „neu für alt“ bei den Herstellungskosten zu erklären, konnte der Käufer nur Ersatz des Minderwerts der Sache verlangen (Senat, Urt. v. 16.11.2007 – V ZR 45/07, NJW 2008, 436 [437]; Beschl. v. 10.06.1998 – V ZR 324/97, NJW 1998, 2905; Urt. v. 23.06.1989 – V ZR 40/88, BGHZ 108, 156 [160 f.]).

[33] bb) Nach §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB in der nunmehr geltenden Fassung hat der Käufer bei Vorliegen eines Mangels hingegen einen Anspruch auf Nacherfüllung (Senat, Urt. v. 15.06.2012 – V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rn. 32), welche nach seiner Wahl in Form der Beseitigung des Mangels oder der Lieferung einer mangelfreien Sache erfolgen kann. Unterbleibt die Nacherfüllung und steht dem Käufer ein Schadensersatzanspruch zu, so kann er im Rahmen des kleinen Schadensersatzes Ausgleich des mangelbedingten Minderwerts oder Ersatz der Mängelbeseitigungskosten verlangen (vgl. Senat, Urt. v. 15.06.2012 – V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rn. 31; zum Werkvertragsrecht BGH, Urt. v. 11.10.2012 – VII ZR 179/11, NJW 2013, 370 Rn. 10 m. w. Nachw.).

[34] c) Wie es sich auf den Schadensersatzanspruch auswirkt, wenn die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten unverhältnismäßig sind, ist höchstrichterlich bislang nur für das Werkvertragsrecht (§ 635 III BGB) entschieden (BGH, Urt. v. 11.10.2012 – VII ZR 179/11, NJW 2013, 370 Rn. 12). Richtigerweise führt dies auch bei einem Kaufvertrag, der – wie der hier zu beurteilende Vertrag – nicht von der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie erfasst wird, dazu, dass der Schadensersatzanspruch auf den mangelbedingten Minderwert der Sache beschränkt ist.

[35] aa) Auszugehen ist davon, dass ein Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen Mängel der Kaufsache auch dann gegeben ist, wenn der Verkäufer zu Recht nach § 439 III BGB einwendet, sie nicht beseitigen zu müssen, weil dies nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Der Gesetzgeber wollte auch für diesen Fall einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung unter den Voraussetzungen von §§ 280 I, III, 281 BGB eröffnen. Das ergibt sich aus § 440 BGB, wonach es zur Entstehung des Schadensersatzanspruchs grundsätzlich einer Fristsetzung nicht bedarf, wenn der Käufer die Nacherfüllung gemäß § 439 III BGB verweigert (BT-Drs. 14/4060, S. 232; vgl. zum Werkvertragsrecht: BGH, Urt. v. 11.10.2012 – VII ZR 179/11, NJW 2013, 370 Rn. 8).

[36] bb) Der Schadensersatzanspruch ist aber in entsprechender Anwendung des § 251 II 1 BGB auf den Ersatz des mangelbedingten Minderwerts der Kaufsache beschränkt. Grund ist der mit § 439 III BGB beabsichtigte Schutz des Verkäufers (s. BT-Drs. 14/6040, S. 232). Der Verkäufer, der die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigern darf, kann nicht im Wege des Schadensersatzes verpflichtet sein, diese Kosten zu tragen. Der Umstand, dass der Schadensersatzanspruch anders als der Nacherfüllungsanspruch ein Vertretenmüssen des Verkäufers voraussetzt, führt zu keiner anderen Beurteilung. Im Werkvertragsrecht entspricht es ständiger Rechtsprechung des BGH, dass bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit nach § 635 III BGB das Verschulden des Unternehmers zu berücksichtigen ist (BGH, Urt. v. 11.10.2012 – VII ZR 179/11, NJW 2013, 370 Rn. 12 m. w. Nachw.). Für das Kaufrecht gilt nichts anderes. Hat der Verkäufer den Mangel zu vertreten, so ist dies in die nach § 439 III BGB vorzunehmende Abwägung einzustellen.

[37] cc) Eine Beschränkung des Schadensersatzes auf eine Erstattung der Mängelbeseitigungskosten in Höhe eines angemessenen Betrages kommt nicht in Betracht. Der VIII. Zivilsenat des BGH hat dies zwar für die Fälle des Verbrauchsgüterkaufs im Wege der Rechtsfortbildung zur Herstellung eines richtlinienkonformen Ergebnisses angenommen (BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rn. 35, 54). Die Voraussetzungen für eine derartige Beschränkung der Ersatzpflicht sind im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht gegeben. Bei dem hier in Rede stehenden Vertrag handelt es sich weder um einen Verbrauchsgüterkauf, noch ist eine Regelungslücke gegeben. Kann der Verkäufer die Nachbesserung nach § 439 III BGB verweigern, ist es folgerichtig, ihn schadensersatzrechtlich nicht für einen Teil der Mängelbeseitigungskosten einstehen zu lassen, sondern den Schadensersatz auf die Höhe der Differenz des Wertes der Kaufsache in mangelfreiem und in mangelhaftem Zustand zu beschränken (zum Werkvertragsrecht BGH, Urt. v. 11.10.2012 – VII ZR 179/11, NJW 2013, 370 Rn. 12; vgl. auch Urt. v. 27.11.2009 – LwZR 11/09, NZM 2010, 442 Rn. 11 f.).

[38] d) Das Berufungsgericht geht rechtsfehlerhaft davon aus, dass Mängelbeseitigungskosten erst dann als unverhältnismäßig anzusehen sind, wenn sie 130 % des Verkehrswerts des mangelfreien Grundstücks übersteigen.

[39] aa) Die für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit i. S. des § 251 II 1 BGB maßgebenden Kriterien entsprechen jenen, die bei der nach § 439 III BGB gebotenen Prüfung des unverhältnismäßigen Nacherfüllungsaufwands heranzuziehen sind (vgl. zu § 635 III BGB: BGH, Urt. v. 11.10.2012 – VI-I ZR 179/11, NJW 2013, 370 Rn. 12). Voraussetzung für die von dem Verkäufer nach § 439 III 3 BGB zu erhebende Einrede ist, dass die Mängelbeseitigung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dies kann sich aus dem Vergleich zur Nachlieferung als zweite Nacherfüllungsmöglichkeit ergeben (relative Unverhältnismäßigkeit) oder daraus, dass die Mängelbeseitigung für sich allein betrachtet unverhältnismäßige Kosten verursacht (absolute Unverhältnismäßigkeit). Da die Nachlieferung im vorliegenden Fall nicht möglich ist, kommt nur eine absolute Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung in Betracht, welche hier dazu führen würde, dass der Verkäufer die Nacherfüllung insgesamt verweigern könnte (vgl. § 439 III 3 Halbsatz 2 BGB). § 439 III 2 BGB hebt als bei der Prüfung der Unverhältnismäßigkeit zu berücksichtigende Umstände den Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels hervor. Unerheblich ist danach der Kaufpreis, sodass ein von dem Käufer erzielter günstiger Kaufpreis nicht dazu führt, dass die Grenze der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten früher erreicht wird, als dies bei einem höheren, dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand entsprechenden Kaufpreis der Fall wäre (OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.03.2008 – 10 U 68/07, NJW-RR 2009, 777 [779]; OLG Braunschweig, Beschl. v. 04.02.2003 – 8 W 83/02, NJW 2003, 1053 [1054]; *Ball,* NZV 2004, 217 [223]).

[40] bb) Verschiedentlich wird für die Feststellung der Unverhältnismäßigkeit an den Wert der Kaufsache in mangelfreiem Zustand angeknüpft und hiervon ausgehend der Versuch unternommen, Grenzwerte zu bilden. So werden etwa 150 % des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustand und 200 % des auf den Mangel zurückzuführenden Minderwerts genannt (*Bitter/Meidt,* ZIP 2001, 2114 [2121 f.]); wird einer dieser Grenzwerte überschritten, so soll der Verkäufer, der den Mangel nicht zu vertreten hat, die Nacherfüllung verweigern dürfen. Andere wollen die absolute Grenze der Unverhältnismäßigkeit bei 100 % des Wertes der mangelfreien Sache ansetzen und diese je nach dem Grad des Vertretenmüssens erhöhen. In Betracht gezogen wird dabei eine Grenze von 130 % bis 150 % (vgl. *Reinking,* ZfS 2003, 57 [62]; *Huber,* NJW 2002, 1004 [1008]; *Tiedtke/Schmitt,* DStR 2004, 2060 [2064]). Teilweise wird die Grenze beim mangelbedingten Minderwert gezogen und diese bei Verschulden des Verkäufers erhöht (*Schultz,* Zu den Kosten der Nacherfüllung beim Kauf, 2005, S. 182 ff.). Beim Stückkauf wird aus der Beschränkung der Leistungspflicht des Verkäufers in § 275 II BGB hergeleitet, dass der Verkäufer die Nacherfüllung verweigern kann, wenn deren Kosten den Minderungsbetrag übersteigen (*Ackermann,* JZ 2002, 378 [382 ff.]). Ist der Käufer wahlweise zur Geltendmachung des großen Schadensersatzes berechtigt, wird vertreten, dass die den Aufwand für eine Ersatzbeschaffung übersteigenden Mängelbeseitigungskosten nur liquidiert werden könnten, wenn ein besonderes Interesse an der Herstellung der Mangelfreiheit gerade an dem einmal geleisteten Objekt bestehe (MünchKomm-BGB/*Ernst,* 6. Aufl., § 281 Rn. 130; ähnlich Erman/*Westermann,* BGB, 13. Aufl., § 281 Rn. 30; NK-BGB/*Dauner-Lieb,* 2. Aufl., § 281 Rn. 30). Zum Teil wird die Festlegung von Grenzwerten abgelehnt und jeweils auf die Gesamtumstände des Einzelfalls verwiesen (*Graf von Westphalen,* in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., § 439 Rn. 27; *Haas,* in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, Kap. 5 Rn. 158; *Jakobs,* in Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht, 2002, S. 384, 386).

[41] cc) Letztere Ansicht entspricht im Ausgangspunkt der Rechtsprechung des BGH. Bei der Prüfung, ob eine absolute Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung vorliegt, ist eine Bewertung aller Umstände des Einzelfalls erforderlich. Starre Grenzwerte können diese umfassende Interessenabwägung nicht ersetzen. Allerdings bieten Grenzwerte in Form einer Faustregel einen ersten Anhaltspunkt und dienen damit der Rechtssicherheit (vgl. BGH, Beschl. v. 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660 Rn. 15). Bei Grundstückskaufverträgen kann als erster Anhaltspunkt davon ausgegangen werden, dass ein Anspruch auf Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten dann verweigert werden kann, wenn sie entweder den Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand oder 200 % des mangelbedingten Minderwerts übersteigen.

[42] (1) Ausgangspunkt ist § 439 III 2 BGB, der für die Prüfung der Unverhältnismäßigkeit den Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels hervorhebt (BGH, Beschl. v. 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660 Rn. 15).

[43] (a) Die Rechtsprechung des BGH, wonach die Kosten einer Kraftfahrzeugreparatur bis zu 130 % des Wiederbeschaffungswertes ersatzfähig sind, ist auf den vorliegenden Regelungszusammenhang nicht zu übertragen. Sie beruht im Wesentlichen auf der Anerkennung eines besonderen Integritätsinteresses des geschädigten Eigentümers eines Kraftfahrzeuges, das nur durch die Reparatur des ihm vertrauten Fahrzeuges befriedigt werden kann (BGH, Urt. v. 15.10.1991 – VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364 [371]; Urt. v. 15.02.2005 – VI ZR 70/04, NJW 2005, 1108 [1109]). Demgegenüber ist im Rahmen der unmittelbaren Anwendung des § 251 II 1 BGB in der Rechtsprechung anerkannt, dass bei Gebäudeschäden (BGH, Urt. v. 08.12.1987 – VI ZR 53/87, BGHZ 102, 322 [326]; vgl. auch Urt. v. 05.04.1990 – II-I ZR 213/88, NJW-RR 1990, 1303 [1305]; OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.06.2011 – I-24 U 123/09, MDR 2012, 85; OLG Bamberg, Urt. v. 26.10.2010 – 5 U 222/09, ZfS 2011, 445 [446]; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 31.03.2005 – 1 U 257/04, OLGR 2006, 16 [17]; OLG Hamm, Urt. v. 12.01.1998 – 6 U 154/96, OLGR 1998, 358 [361]), Bodenkontaminationen (BGH, Urt. v. 27.11.2009 – LwZR 11/09, NZM 2010, 442 Rn. 16) oder der Beschädigung von Bäumen und Gehölzen (Senat, Urt. v. 25.01.2013 – V ZR 222/12, BGHZ 196, 111 Rn. 5 m. w. Nachw.) aufgrund der das Schadensrecht beherrschenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf die Gesamtbewertung von Gebäude und Grundstück als sich wechselseitig beeinflussende Wertfaktoren abzustellen ist. In diesen Fällen wird regelmäßig der Verkehrswert des Grundstücks als Grenze angesehen, bis zu der Schadensersatz verlangt werden kann. Auch wenn sich die Rechtsprechung zu Beschädigungen eines Grundstücks auf einen Schadensersatzanspruch wegen Lieferung einer mangelhaften Immobilie grundsätzlich nicht übertragen lässt (vgl. Senat, Urt. v. 13.06.2012 – V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rn. 31), ist ein solcher Rückgriff im Rahmen der entsprechenden Anwendung des § 251 II 1 BGB ausnahmsweise zulässig und auch geboten. Übersteigen die notwendigen Aufwendungen zur Mängelbeseitigung den Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand, stehen sie grundsätzlich in keinem wirtschaftlich vernünftigen Verhältnis mehr zu dem dadurch herbeigeführten Erfolg. In einem solchen Fall widerspräche es Treu und Glauben (§ 242 BGB), dessen besondere Ausprägungen § 251 II 1, § 439 III BGB darstellen, wenn der Käufer diese Aufwendungen dem Verkäufer in Form der Mängelbeseitigung anlasten könnte (vgl. zum Schadensersatzrecht BGH, Urt. v. 27.11.2009 – LwZR 11/09, NZM 2010, 442 Rn. 21; Urt. v. 23.05.2006 – VI ZR 259/04, NJW 2006, 2399 [2401]; Urt. v. 26.11.1975 – VII ZR 31/74, NJW 1976, 235 [236]).

[44] (b) Der Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand bietet jedoch nicht stets einen geeigneten Anhaltspunkt. Liegen Mängel vor, die sich beispielsweise nur auf das Gebäude, nicht aber auf Grund und Boden auswirken oder die nur einen Teil des Gebäudes betreffen, stellt der Wert des mangelfreien Grundstücks unter Umständen kein ausreichendes Kriterium zur Begrenzung der Mängelbeseitigungskosten unter dem Gesichtspunkt der Unverhältnismäßigkeit dar. Da § 439 III 2 BGB auf die Bedeutung des Mangels abstellt und diese sich in dem mangelbedingten Minderwert des Grundstücks niederschlägt, bildet auch dieser Wert einen geeigneten Anhaltspunkt für eine Eingrenzung. Mängelbeseitigungskosten, die mehr als 200 % des mangelbedingten Minderwerts betragen, werden in der Regel nicht mehr als verhältnismäßig anzusehen sein (vgl. BGH, Beschl. v. 14.01.2009 – VII-I ZR 70/08, NJW 2009, 1660 Rn. 15 f.).

[45] (2) Allerdings geben die genannten Werte nur einen ersten Anhaltspunkt für die Annahme einer Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung. Maßgeblich bleibt eine umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls. Bei dieser ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat. In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass bei vorsätzlichen Pflichtverletzungen (BGH, Urt. v. 23.05.2006 – VI ZR 259/04, NZM 2010, 442 Rn. 24; Senat, Urt. v. 02.10.1987 – V ZR 140/86, NJW 1988, 699 [700]; Urt. v. 21.06.1974 – V ZR 164/72, BGHZ 62, 388 [394]) oder sonstigem schweren Verschulden (Senat, Urt. v. 24.04.1970 – V ZR 97/67, NJW 1970, 1180 [1181]; BGH, Urt. v. 26.10.1972 – VII ZR 181/71, BGHZ 59, 365 [368]) dem Schuldner auch sonst unverhältnismäßige Aufwendungen zuzumuten sind. Wie weit dies im Einzelfall gehen kann, bedarf ebenso wenig der Entscheidung wie die Frage, ob ein besonderes Interesse des Käufers an der Nacherfüllung zu berücksichtigen ist. Die Beklagten haften vorliegend nicht wegen des arglistigen Verschweigens eines Mangels; auch ist ein besonderes Interesse der Klägerin an einer Nacherfüllung weder festgestellt noch geltend gemacht worden.

[46] dd) Ausgehend von den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts, wonach das Gesamtobjekt im Zustand des Befalls mit echtem Hausschwamm einen Zeitwert von 507.202 € hat und der Zeitwert des Gesamtobjekts ohne Hausschwammbefall bei (mindestens) 600.000 € liegt, kommt ernsthaft in Betracht, dass die Mängelbeseitigungskosten den mangelbedingten Minderwert von mehr als 200 % übersteigen und damit unverhältnismäßig sind.

[47] III. Da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, muss das Berufungsurteil aufgehoben (§ 562 I ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden (§ 563 I 1 ZPO).

[48] Das Berufungsgericht wird nach Feststellung der grundsätzlich ersatzfähigen Mängelbeseitigungskosten zu prüfen haben, ob diese unverhältnismäßig sind, sodass der Schadensersatzanspruch auf den mangelbedingten Minderwert begrenzt ist. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Schadensersatzpflichtige im Rahmen des § 251 II 1 BGB das Prognoserisiko zu tragen hat (Palandt/*Grüneberg,* BGB, 73. Aufl., § 251 Rn. 9; *Schubert,* in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 251 Rn. 12; vgl. auch BGH, Urt. v. 15.10.1991 – VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364 [370]). Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Kosten kommt es auf den Beginn der Mängelbeseitigung durch den Käufer an. Stellt sich während deren Ausführung heraus, dass die Kosten höher als erwartet sind, steht dies einer Ersatzpflicht des Verkäufers für die gesamten Mängelbeseitigungskosten nur entgegen, wenn ein wirtschaftlich denkender Käufer die Arbeiten auch unter Berücksichtigung der bereits angefallenen Kosten nicht fortführen würde bzw. fortgeführt hätte.

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.