

OLG Frankfurt

Urteil vom 21.01.2019

29 U 183/17 (nicht rechtskräftig)

BGB § 433 Abs. 1, § 434 Abs. 1, § 437 Nr. 3, § 444

1. Der Käufer einer Immobilie, der Unwirksamkeit des vertraglichen Gewährleistungsausschlusses wegen arglistigen Verschweigens verdeckter Mängel durch den Verkäufer geltend macht, muss lediglich die objektiven Umstände darlegen und gegebenenfalls nachweisen, die einen hinreichend sicheren Schluss auf arglistiges Verschweigen bekannter Umstände zulassen.*)

2. Auch der Käufer einer mangelhaften Sache kann seinen Schaden nicht auf der Grundlage der fiktiven Mangelbeseitigungskosten berechnen, wenn er die Sache behält. Dies gilt insbesondere, wenn die fiktiven Mangelbeseitigungskosten den Sachwert des Gebäudes erreichen oder übersteigen. Ebenso wie im Werkvertragsrecht (vgl. BGH, IBR 2018, 196) ist auch im Kaufrecht aus Gründen des allgemeinen vertraglichen Schadensrechts eine solche Abrechnung mit dem Verbot der Überkompensation unvereinbar.

vorhergehend:

LG Frankfurt/Main, 06.10.2017 - 2-25 O 143/17

Tenor:

1. Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 6.10.2017 und das diesem zugrunde liegende Verfahren aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung auch über die Kosten des Berufungsrechtszugs an das Landgericht zurückverwiesen.

2. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

3. Die Revision wird wegen der Ermittlung des Schadens zugelassen.

Gründe

I.

Die Kläger nehmen die Beklagte auf Schadensersatz i.H.v. 59.624,26 Euro beziffert zuzüglich Nebenforderungen sowie auf Feststellung der Ersatzpflicht weiterer Schäden aus einem Kaufvertrag über ein Grundstück mit der Behauptung der arglistigen Täuschung über Baumängel beim Erwerb in Anspruch. Das in Stadt1 gelegene Grundstück ist 460 m² groß und mit einem im Jahre 1938 errichteten Gebäude bebaut. Der vereinbarte und bezahlte Kaufpreis beträgt 319.000 Euro.

Der notarielle Kaufvertrag vom 22.7.2015 (Anl. K1) enthält in § 4 Abs. 3 und Abs. 4 einen Gewährleistungsausschluss für die Beschaffenheit: "Der Vertragsgegenstand geht ohne jede Gewähr für seine Beschaffenheit, Güte und Größe über. Verkäufer versichert, dass ihm wesentliche, auch versteckte Mängel nicht bekannt sind." Im Übrigen wird auf die Klausel Bezug genommen.

Die 19XX geborene Beklagte, die das Gebäude bis zur Veräußerung des Grundstücks jahrzehntelang bewohnt hatte, wurde bei Abschluss des notariellen Vertrages durch ihren Sohn vertreten.

Das Objekt war von einem von der Beklagten beauftragten Makler angeboten worden ohne jeden Hinweis auf gravierende Mängel und nicht als ein Abrissobjekt. Es wurde vielmehr als voll bewohnbar mit Ausbaureserve im Obergeschoss dargestellt (Exposé Anl. K2).

Dem Abschluss des Kaufvertrages waren ausführliche Besichtigungen des Grundstücks und des Gebäudes durch die Kläger vorausgegangen.

Nach Übergabe des Grundstücks am 29.2.2016 stellten die Kläger fest, dass die Dachtreppe und der Dachstuhl massiv vom Holzbock befallen waren. Teile hiervon waren während der Besichtigung mit Folie abgeklebt.

Das Gebäude war zum Zeitpunkt der Übergabe außerdem massiv vom Kellerschwamm befallen, weil Teile der Wände in der Küche und an einem Kamin im Obergeschoss feucht waren. Die betroffene Wand in der Küche war zum Zeitpunkt der Besichtigung mit Korkplatten verkleidet und mit einer Eckbank zugestellt.

Mit Privatgutachten vom 22.6.2016 im Auftrag der Kläger stellte der Sachverständige SV1 im Dachstuhl massiven, akuten Insektenbefall (Holzbock) und braunen Schwamm in der Küche fest (Anl. K6). Dem Gutachten zufolge gab es auch Anzeichen für frühere Behandlungsversuche mit Holzschutzmittel. Der Sachverständige SV1 schätzte die Kosten der Sanierung des Dachstuhls auf 51.350 Euro netto und die Kosten für die Sanierung des Feuchtigkeitsschadens in der Küche auf 6.300 Euro netto. Die Kosten für die Sanierung von Feuchtigkeitsschäden am Schornstein und an der Decke zwischen Obergeschoss und Dachgeschoss schätzen die Kläger auf 5.000 Euro brutto. Für die Tätigkeit des Sachverständigen SV1 entstanden ihnen Auslagen i.H.v. 1.974,16 Euro brutto (Anl. K7). Die Kläger berechnen ihren Schadensersatzanspruch auf der Grundlage der voraussichtlichen Sanierungskosten und der ihnen entstandenen Auslagen.

Die Kläger haben das Gebäude bezogen und mit Renovierungsarbeiten begonnen.

Die Kläger haben behauptet, die Beklagte habe die Abklebungen an der Dachtreppe und im Dachstuhl bei der Besichtigung mit ihrem Schutz vor Splittern erklärt (Beweis Zeugnis A, Bl. 4). Dies sei eine unzutreffende Schutzbehauptung. Die Beklagte habe aus eigener Anschauung Kenntnis von dem Schädlingsbefall gehabt.

Ferner haben die Kläger behauptet, es habe mehrere erfolglose Versuche der Beklagten gegeben, die Feuchtigkeit in den Wänden zu beseitigen. Die Beklagte habe von der Feuchtigkeit in der Wand der Küche unterhalb des Balkons gewusst und einer Nachbarin davon berichtet (Beweis Zeugnis B, Bl.7). Auf die gravierenden Mängel des Gebäudes habe

die Beklagte vor Abschluss des Vertrages nicht hingewiesen, obwohl ihr diese aus eigener Anschauung durch das jahrelange Bewohnen des Gebäudes bekannt gewesen sein. Die Mängel am Dachstuhl habe sie mit unzutreffenden Erklärungen zu vertuschen versucht. Die Beklagte habe daher arglistig gehandelt, indem sie die gravierenden Mängel trotz besserer eigener Erkenntnis verschwiegen habe.

Die Beklagte hat eigene Kenntnis von den gravierenden Baumängeln bestritten (Bl. 24, 28). Sämtliche Unterhaltungsarbeiten an dem Gebäude seien von ihrem verstorbenen Mann in lange zurückliegender Zeit vorgenommen worden. Das Objekt sei durch die Kläger vor Abschluss des Vertrages mindestens zweimal (12.6.2015 und 8.7.2015, Zeugnis A und C, Bl. 30) besichtigt worden. Sie meint, wenn die Kläger dabei Mängel übersehen hätten, so ginge dies zu ihren Lasten. Die Kläger hätten überdies kaum mehr bezahlt als den Wert von Grund und Boden (280.000 Euro). Der Wert der Gebäude (Wohnhaus und Garage) habe bei lediglich 39.000 Euro gelegen (Beweis Sachverständigengutachten).

Das Landgericht Frankfurt am Main hat die Klage im frühen 1. Termin durch Urteil vom 6.10.2017 ohne Beweisaufnahme abgewiesen unter anderem mit der Begründung, die Kläger hätten keinen Beweis für die Kenntnis der Beklagten von den Mängeln angeboten. Die insoweit in das Wissen der benannten Zeugin B gestellten Umstände hat das Landgericht ohne vorherigen Hinweis hierauf als nicht substantiiert behandelt. Die Kenntnis der Beklagten von Mängeln werde von den Klägern lediglich vermutet. Es fehle an Vortrag zur subjektiven Seite des Tatbestands der Arglist. Das Privatgutachten SV1 mit seinem Vortrag zu offenkundig erheblichen Bauschäden hat das Landgericht nicht erörtert. Im Übrigen und hinsichtlich der erstinstanzlichen Anträge wird auf das Urteil Bezug genommen (Bl. 36 ff.).

Die Zustellung des Urteils an die Kläger erfolgte am 11.10.2017 (Bl. 43).

Hiergegen legten die Kläger am 9.11.2017 Berufung ein (Bl. 48).

Nach Fristverlängerung zur Begründung bis zum 11.1.2018 (Bl. 58) ging die Berufungsbegründung am 11.1.2018 bei dem Berufungsgericht ein (Bl. 59).

Mit der Berufung rügen die Kläger die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Landgericht, eine unterlassene Beweisaufnahme und fehlerhafte rechtliche Würdigung. Das Landgericht habe eine Überraschungsentscheidung gefällt, zuvor nicht auf die nach seiner Auffassung unzureichende Substantiierung hingewiesen, die notwendige Beweisaufnahme unterlassen und die unstreitigen Umstände wie die Umwicklung der befallenen Holzbauteile mit Klebeband und die beschönigende Aussage der Beklagten hierzu und die festgestellte Feuchtigkeit nicht gewürdigt. Das Urteil sei auch materiell-rechtlich fehlerhaft, weil das Landgericht einen Beweisantritt für die subjektive Seite der Arglist verlange, der nur aus einer Gesamtwürdigung der objektiven Indizien und Erklärungen heraus geführt werden könne. Die hierzu notwendige Beweisaufnahme habe das Landgericht unterlassen und die für Arglist sprechenden objektiven Umstände nicht hinreichend gewürdigt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 11.1.2018 Bezug genommen (Bl. 76 ff.).

Die Berufungskläger beantragen,

das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 6.10.2017, Az. 2-25 O 143/17 abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Kläger 4.431,83 Euro zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a. aus 1.974,26 Euro seit dem 16.8.2016 sowie aus 2.457,57 Euro seit dem 1.9.2016 sowie die Kosten der vorgerichtlichen Rechtsverfolgung von 2.132,80 Euro nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.8.2016 zur gesamten Hand zu zahlen;

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Klägern sämtliche materiellen Schäden, die aus den bei Übergabe des Grundstücks D-Straße ..., Stadt1 durch die Beklagte an die Kläger bereits bestehenden Mängeln

am Dachstuhl (Holzbockbefall),

an der Innenseite der Außenwände und der Decke der Küche (Feuchtigkeit, Keller Schwammbefall),

am Mauerwerk des Schornsteins im 1. Obergeschoss bis zur Zwischendecke zum Dachgeschoss sowohl von der Seite des Kinderzimmers als auch der Dachkammer (Feuchtigkeitsschaden)

des auf dem Grundstück D-Straße ..., Stadt1 aufstehenden Hauses entstanden sind sowie solche, die daraus noch entstehen werden, zu ersetzen;

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, an die Kläger 61.974,26 Euro zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a. aus 1.974,26 Euro seit dem 16.8.2016 sowie aus 60.000 Euro seit dem 1.9.2016 sowie die Kosten der vorgerichtlichen Rechtsverfolgung von 2.132,80 Euro nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.8.2016 zur gesamten Hand zu zahlen,

höchst hilfsweise,

den Rechtsstreit unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 6.10.2017, Az. 2-25 O 143/17 zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Frankfurt am Main zurückzuverweisen.

Die Berufungsbeklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Die Kläger hätten ihre Obliegenheiten zur gründlichen Besichtigung vor Abschluss des Vertrages verletzt. Die hochbetagte Beklagte habe von den Schäden des Gebäudes keine Kenntnis gehabt. Eine Rechtspflicht zur Offenbarung habe nicht bestanden, weil die Kläger die Schäden bei genauerer Betrachtung ohne weiteres hätten erkennen können. Ergänzend wird auf den Schriftsatz vom 12.4.2018 (Bl. 103 ff.) Bezug genommen.

Das Berufungsgericht hat über das Kaufgrundstück eine amtliche Bodenrichtwertauskunft des Amtes für Bodenmanagement vom 1.11.2018 eingeholt (Bl. 117). Demnach betrug der Bodenrichtwert zum Stichtag 1.1.2014 für das Grundstück 570 Euro pro Quadratmeter. Mit Nachtrag vom 13.11.2018 hat das Amt für Bodenmanagement die Angabe des Flurstücks in der Auskunft vom 1.11.2018 auf Nr. 17 anstatt Nr. 11 berichtigt (Bl. 122).

Das Berufungsgericht hat die Parteien darauf hingewiesen, dass es dazu neige, die Rechtsprechung des 7. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Ausschluss einer Schadensberechnung nach fiktiven Mangelbeseitigungskosten im Werkrecht auf das Kaufrecht zu übertragen.

Mit Zustimmung der Parteien wurde das schriftliche Verfahren angeordnet (Beschluss vom 19.11.2018, Bl. 127).

Auf den Hinweis des Berufungsgerichts haben die Kläger neu vorgetragen, welche Kosten und Auslagen sie für die bisher durchgeführten Sanierungsarbeiten überwiegend in Eigenleistung aufgewendet haben. Höchst hilfsweise machen sie geltend, der Verkehrswert des Grundstücks sei wegen der von der Beklagten verschwiegenen Mängel um 60.000 Euro gemindert. Wegen der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 13.12.2018 verwiesen (Bl. 144 ff.).

II.

1. Zulässigkeit

Das klägerische Rechtsmittel der Berufung ist unbedenklich zulässig, § 511 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO. Die Fristen sind gemäß der §§ 517, 520 Abs. 2 ZPO gewahrt. Die Berufung enthält die notwendigen Rügen gemäß § 520 Abs. 3 ZPO. Die Kläger sind durch die Abweisung der Klage mit mehr als 60.000 Euro beschwert.

2. Begründetheit

Das Rechtsmittel ist auch begründet und führt zu einem vorläufigen Erfolg der Kläger.

Das angefochtene Urteil ist verfahrensrechtlich fehlerhaft ergangen und verletzt sie in ihren Rechten, unter anderem auf rechtliches Gehör. Das Landgericht hat die Erhebung der notwendigen Beweise unterlassen und die Beweisantritte der Kläger, die in dem Urteil trotz eindeutigen Vortrags in der Klageschrift übergangen werden, verfahrensfehlerhaft nicht

erhoben. In dem Übergehen eines wesentlichen Teils des Klagevortrags liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (vgl. BGH VII ZR 188/16, ZfBR 2018, 465 ff.; BGH VII ZR 158/15; BGH VIII ZR 338/09; BVerfG NJW 2009, 1584 Rn. 14).

Auf die vom Landgericht angenommene unzureichende Substantiierung des Klagevortrages hätte gemäß § 139 Abs. 2 ZPO rechtzeitig vor Erlass einer instanzbeendenden Entscheidung hingewiesen werden und den Klägern Gelegenheit zu weiterem Vortrag gegeben werden müssen (vgl. BGH VIII ZR 380/02, NZBau 2004, 97 ff.). Auch diese Unterlassung ist als mangelhafte Prozessführung verfahrensfehlerhaft.

Die Voraussetzungen von § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO liegen auch im Hinblick auf eine umfangreiche Beweisaufnahme vor, weil mindestens 3 Zeugen zum Grund des Anspruchs zu vernehmen sind und gegebenenfalls weitere Aufklärung zur Höhe einschließlich einer Begutachtung erforderlich wird.

Von der Möglichkeit einer eigenen Sachentscheidung gemäß § 538 Abs. 1 ZPO macht das Berufungsgericht keinen Gebrauch, weil dies die gesamte Aufklärung zum Grund und zur Höhe in die zweite und damit zugleich letzte Tatsacheninstanz verlagern würde. Das Urteil war daher auf den Antrag der Kläger aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen.

3. Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 442, 444 BGB

Ein Anspruch der Kläger auf Schadensersatz wegen arglistigen Verschweigens von Mängeln der Kaufsache durch die Beklagte kommt sehr ernsthaft in Betracht. Insoweit ist die Klageforderung entgegen der Auffassung des Landgerichts dem Grunde nach schlüssig vorgetragen. Denn die Kläger tragen hinreichend vor, dass die Beklagte die massiven Bauschäden am Objekt als langjährige Bewohnerin gekannt, mit Dritten darüber gesprochen und Maßnahmen zur Vertuschung und zur Beschönigung der Schäden am Dachstuhl vorgenommen habe. Hierfür haben die Kläger auch Beweis angetreten durch Zeugnis des Maklers und einer Nachbarin. Die Beklagte hat sich gegenbeweislich ebenfalls auf den Makler sowie einen Installateur als Zeugen berufen. Dies war als Vortrag zum Nachweis dafür ausreichend, dass die Beklagte erhebliche Mängel des Objekts, die ihr bekannt waren, bei den Vertragsverhandlungen nicht offenbart hat.

4. notarieller Vertragsschluss

Der Kaufvertrag wurde zur Niederschrift des Notars E am 22.7.2015 geschlossen, wobei die Beklagte durch ihren Sohn vertreten war. Der Kaufvertrag enthält in § 4 den zitierten Gewährleistungsausschluss für die Beschaffenheit des Objekts sowie die Versicherung der Verkäuferin, dass ihr wesentliche, auch versteckte Mängel nicht bekannt sind.

5. Wirksamkeit des Haftungsausschlusses

Die Haftung der Beklagten für Sachmängel des Objekts konnte gemäß § 444 BGB ausgeschlossen werden, weil es sich nicht um einen Verbrauchsgüterkauf, sondern um den Erwerb einer Immobilie mit einem alten Objekt von privat handelt. Die Beklagte traf keine Herstellungsverpflichtung. Die Gewährleistung konnte daher im notariellen Kaufvertrag wirksam ausgeschlossen werden (vgl. BGH V ZR 67/85, BGHZ 98, 100 ff.).

Die verwendete Klausel "ohne jede Gewähr für Beschaffenheit Güte und Größe" in § 4 Abs. 3 des notariellen Vertrages enthält einen eindeutigen Ausschluss der Gewährleistung und ist unbedenklich wirksam (vgl. BGH V ZR 188/63, NJW 1967, 32). Demnach verbietet sich eine enge Auslegung der Klausel. Sie erfasst sämtliche relevanten Sachmängel des Objekts.

Gemäß § 444 BGB ist der Haftungsausschluss allerdings unwirksam, wenn die Beklagte den Mangel arglistig verschwiegen hat. In Betracht kommen aktives Verschweigen bekannter Mängel, Angaben ins Blaue hinein oder Zerstreuen von Bedenken durch falsche, verharmlosende Erklärungen. Der Verkäufer muss Umstände, die für den Kaufentschluss des Käufers erheblich sind, von sich aus offenbaren, wenn er sie selber kennt oder zumindest für möglich hält; nicht aufklären muss er über Mängel, die einer Besichtigung zugänglich und damit ohne weiteres erkennbar sind (BGH V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 ff.). Da die Kenntnis von Mängeln eine subjektive, innere Tatsache ist, kann sie in der Regel nur durch Indizien nachgewiesen werden. Die Begründung des Landgerichts zur Klageabweisung ist rechtsfehlerhaft, weil die Kenntnis eine innere Tatsache auf der Beklagtenseite ist, die aus der Gesamtschau der Umstände nach deren Aufklärung durch Würdigung zu ermitteln ist.

Die von den Klägern vorgetragene Indizien (langjährige Bewohnerin, Abkleben der befallenen Holzteile, verharmlosende Erklärungen hierzu, Angaben gegenüber Dritten zur Feuchtigkeit im Gebäude) sind im Fall ihrer Erweislichkeit ohne weiteres geeignet, Kenntnis der Beklagten von den Mängeln zu begründen. Insoweit fehlt es bislang an der notwendigen Aufklärung.

Eigene Möglichkeit der Kenntnisnahme von den Mängeln durch die Kläger im Sinne von § 442 Abs. 1 S. 1 BGB steht einem Erfolg der Klage vorläufig nicht entgegen. Denn die Mängel waren versteckt. Im Dachgeschoss war der Schädlingsbefall abgeklebt und daher nicht zu erkennen. Für das Abkleben soll die Beklagte eine zumindest auf den ersten Blick nicht unplausible Erklärung abgegeben haben (sie wolle sich keine Splitter reißen). Die Feuchtigkeit an der Wand in der Küche war erst nach dem Entfernen der Einbaumöbel und dem Abbau der Wandverkleidung zu erkennen. Derart weitgehende Untersuchungen kann ein Kaufinteressent bei der Besichtigung vor Erwerb in der Regel nicht durchführen. Dem stehen berechnete Interessen des Anbieters an der Integrität seines Mobiliars entgegen. Der hinter Einbauten versteckte Mangel wird von einem Kaufinteressenten nicht grob fahrlässig übersehen im Sinne von § 442 Abs. 1 S. 2 BGB.

6. Mangel der Leistung im Sinne von § 434 Abs. 1 BGB

Der Kaufgegenstand ist mangelhaft im Sinne von § 434 Abs. 1 BGB. Beim Erwerb eines mehr als 75 Jahre alten, unrenovierten Gebäudes sind gewisse Abnutzungserscheinungen allerdings kein Sachmangel.

Akuter Schädlingsbefall (hier: lebende Larven des Holzbocks) entspricht aber nicht mehr einer üblichen Abnutzung, sondern stellt einen Sachmangel des Gebäudes dar (BGH V ZR 216/14, MDR 2016, 576 ff.).

Dasselbe gilt für massive Durchfeuchtungen der Wände, die zu einem Befall mit Kellerschwamm, Schimmel in der Küche und zum Abfallen von Riemchen außen geführt haben. Derart gravierende Feuchtigkeit stellt auch bei einem sehr alten Gebäude einen Mangel dar (BGH V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 ff.).

Es besteht daher kein vernünftiger Zweifel daran, dass die vom Privatsachverständigen SV1 dokumentierten und von der Beklagten im Vorhandensein nicht bestrittenen Tatsachen auch beim Kauf eines unrenovierten Altbaus Mängel darstellen.

7. Kenntnis der Beklagten vom Mangel der Leistung

Der Nachweis der Kenntnis der Beklagten vom Mangel der Leistung kann als innere Tatsache nur über Indizien geführt werden. Dazu ist die Vernehmung des Maklers, der Nachbarin und des Handwerkers erforderlich. Sollten sich die Beweisbehauptungen der Kläger bestätigen, so wäre der erforderliche Nachweis der Kenntnis der Beklagten von den Schäden eher geführt. Das Landgericht wird dann eigenständig unter Heranziehung der unstrittigen Umstände zu würdigen haben, ob die Beklagte diese Mängel arglistig verschwiegen hat.

8. Schaden

Sollte das Landgericht bei der weiteren Aufklärung zu dem Ergebnis gelangen, die Beklagte habe die Mängel des Gebäudes arglistig verschwiegen, so bedarf die Höhe des Schadens weiterer Aufklärung. Die Kläger haben zwar die Höhe des ihnen entstandenen Schadens anhand der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten auf der Grundlage des Privatgutachtens SV1 besonders qualifiziert vorgetragen, und die Beklagte ist dem weder erstinstanzlich noch im Berufungsrechtszug entgegengetreten.

Gegen diese Art der Schadensberechnung anhand der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten bestehen jedoch aus Rechtsgründen durchgreifende Bedenken.

Die Frage der zutreffenden Schadensberechnung ist entscheidungserheblich, weil die Klageabweisung durch das Landgericht aus anderen als von diesem gefundenen Gründen Bestand haben könnte. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Die Rechtsprechung des BGH hat zwar in der Vergangenheit sowohl im Bereich des Kaufrechts als auch im Bereich des Werkvertragsrechts eine Ermittlung der Höhe eines Schadensersatzanspruchs wegen mangelhafter Leistung auf der Grundlage der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten für zulässig erachtet (vgl. BGH V ZR 26/15, BauR 2016, 1035; BGH V ZR 275/12, BauR 2014, 1938 ff.; BGH VII ZR 321/03, BauR 2005, 1014 ff.; BGH VII ZR 97/85, BGHZ 99, 81 ff.).

Diese Rechtsprechung hat der 7. Senat des BGH mit Urteil vom 22.2.2018 (VII ZR 46/17, BauR 2018, 815 ff.) für den Bereich des Werkvertragsrechts aufgegeben und ausgesprochen, dass der Schaden nicht länger nach den fiktiven Mangelbeseitigungskosten bemessen werden könne. Zur Begründung hat der BGH unter anderem ausgeführt, dass das Leistungsdefizit (Mangel) zwar zu einer Störung des Äquivalenzverhältnisses und damit zu einem Vermögensschaden führt, die Schadenshöhe dadurch jedoch noch nicht geklärt ist. Eine Schadensbemessung nach fiktiven Mangelbeseitigungskosten bilde das Leistungsdefizit im Werkvertragsrecht - insbesondere im Baurecht - auch bei wertender Betrachtung nicht zutreffend ab, sondern führe vielmehr häufig zu einer Überkompensation und damit nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen zu einer nicht gerechtfertigten Bereicherung des Bestellers. Es komme vielmehr darauf an, welche Konsequenz der Besteller aus den Mängeln ziehe. Eine Vorlage an den Großen Senat des BGH zur Klärung der Frage, ob diese Änderung der Rechtsprechung auch auf das Kaufrecht Auswirkungen habe, hat der BGH zwar erwogen, aber nicht für geboten erachtet.

Dieser Entscheidung tritt der erkennende Senat aus den vom BGH gefundenen, überzeugenden Gründen bei.

In der Literatur wird darüber hinaus mit beachtlichen Gründen die Auffassung vertreten, die Frage eines gestörten Äquivalenzverhältnisses und einer möglichen Überkompensation des Schadens durch Zubilligung der fiktiven Mangelbeseitigungskosten stelle sich im Kaufrecht ebenso wie im Werkvertragsrecht und sei letztlich eine Frage des allgemeinen Schadensrechts (vgl. Heinemeyer NJW 2018, 2441 ff.; siehe auch Picker JZ 2018, 676 ff.; zum Streitstand vgl. Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Beck-online. Großkommentar zum BGB, Stand 1.11.2018, § 636 Rn. 301).

Das OLG Düsseldorf hat mit Urteil vom 9.10.2018 (24 U 194/17) die Auffassung vertreten, im Bereich des Kaufrechts könne der Erwerber einer mangelbehafteten Immobilie seinen Schaden im Rahmen des kleinen Schadensersatzes weiterhin anhand der fiktiven Mangelbeseitigungskosten berechnen, und dazu die Revision zugelassen. Das OLG Düsseldorf hat seine Entscheidung mit werkvertraglichen Besonderheiten, insbesondere dem alleine dort bestehenden Vorschussanspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB begründet.

Der erkennende Senat hält demgegenüber entgegen der bisherigen Rechtsprechung des 5. Zivilsenats des BGH und entgegen der Entscheidung des OLG Düsseldorf auch im Kaufrecht eine Berechnung des kleinen Schadensersatzes anhand der fiktiven Mangelbeseitigungskosten nicht mehr für rechtlich zutreffend.

Denn zum einen handelt es sich um eine Frage des allgemeinen Schadensrechts, die sich für das Kaufrecht in gleicher Weise stellt wie für das Werkvertragsrecht. In diesem Zusammenhang hat der 5. Zivilsenat des BGH in der Vergangenheit stets ausgesprochen, dass der Nacherfüllungsanspruch im Kaufrecht und im Werkrecht inhaltsgleich ist (vgl. BGH V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 ff.). Aus dieser zutreffenden Bewertung folgt für den erkennenden Senat, dass auch hinsichtlich des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung eine Differenzierung nicht überzeugt. Dies gilt insbesondere für die Frage einer möglichen Überkompensation durch Zuerkennung von fiktiven Mangelbeseitigungskosten, die den 7. Senat im Urteil vom 22.2.2018 zu Recht zur Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung veranlasst hat. Eine solche, vom Grundsatz des allgemeinen Schadensrechts nicht gedeckte Besserstellung des Geschädigten infolge des Ausgleich der mangelhaften Leistung kann - wie das OLG Düsseldorf im Urteil vom 9.10.2018 zu Recht betont hat - insbesondere bei der hier wie dort streitgegenständlichen Veräußerung einer Immobilie ohne Herstellungsverpflichtung im Fall von Sachmängeln auftreten, wenn der Ersatzbetrag anhand der fiktiven Mangelbeseitigungskosten bemessen wird.

Dies ist insbesondere dann nicht sachgerecht im Sinne des allgemeinen Schadensrechts, wenn die Nacherfüllung zwar hohe Kosten verursacht, aber nicht zu einer nachhaltigen Wertsteigerung der Sache führt. Ebenso wenig sachgerecht ist eine solche Lösung, wenn die mangelhafte Sache mit Eigenmitteln kostengünstig repariert wird. Denn dann verbliebe dem Käufer der wirtschaftliche Vorteil zwischen den fiktiven Mangelbeseitigungskosten und dem eigenen Aufwand dauerhaft. Im Werkrecht wird dieses Ergebnis auf der Grundlage des Urteils des BGH vom 22.2.2018 nur dadurch vermieden, dass der Besteller einer mangelhaft hergestellten Leistung die Mangelbeseitigungskosten gemäß § 637 Abs. 3 BGB nach Ausführung abrechnen muss. Im Kaufrecht verbliebe dem Käufer einer mangelhaften Sache der wirtschaftliche Vorteil der fiktiven Mangelbeseitigungskosten dauerhaft.

Dies überzeugt den erkennenden Senat auch deswegen nicht, weil die fiktiven Mangelbeseitigungskosten häufig nicht der Wertminderung infolge der Mangelhaftigkeit der Sache entsprechen. Dies zeigt der vorliegende Sachverhalt exemplarisch.

Die Beklagte hat zu Recht darauf hingewiesen, dass das aufstehende, zum Zeitpunkt der Veräußerung nahezu 80 Jahre alte Gebäude nur noch einen sehr geringen Wert hatte. Allein der Bodenwert der verkauften Immobilie betrug zum 1.1.2014 nach dem Ergebnis der amtlichen Auskunft mindestens 262.200 Euro. Im Hinblick darauf, dass der Bodenwert in der bevorzugten Stadt1 Lage bis 2018 von 570 Euro pro m² auf 760 Euro pro m² gestiegen ist (vgl. hvb.g.hessen.de/immobilienwerte/boris-hessen), dürfte der reine Bodenwert bei der Veräußerung 22.7.2015 noch deutlich höher gelegen haben. Damit verbliebe im Verhältnis zum Kaufpreis von 319.000 Euro allenfalls ein Sachwert der aufstehenden Gebäude von 56.800 Euro. Die Kläger begehren vorliegend jedoch auf der Grundlage der fiktiven Mangelbeseitigungskosten am Gebäude bezifferte Ersatzansprüche von mindestens 59.624,26 Euro. Der erkennende Senat hält es für ausgeschlossen, dass sich diese Mangelbeseitigungskosten auch nur ansatzweise in einer Wertsteigerung des alten, geringwertigen Gebäudes abbilden und ebenso für ausgeschlossen, dass die Immobilie ohne die Mängel für einen um rund 60.000 Euro höheren Preis zu veräußern gewesen wäre.

Bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt spricht gegen eine Anerkennung fiktiver Mangelbeseitigungskosten als Schaden außerdem, dass die Kläger begonnen haben, die Mängel des Gebäudes in Eigenleistung zu beseitigen. Dies verringert ihren mangelbedingten Vermögensnachteil gegenüber einer Beseitigung durch Fachunternehmen erheblich, wie ihr Vorbringen im Schriftsatz vom 13.12.2018 aufzeigt. Demnach sind für die Beseitigung des Wasserschadens in der Küche und dem vorgelagerten Balkon bisher Aufwendungen von lediglich rund 2.500 Euro entstanden, um das Gebäude in einen bewohnbaren Zustand zu versetzen. Dieser Umstand kann bei der Bemessung des Schadens nicht unberücksichtigt bleiben.

Bei seiner Entscheidung verkennt der Senat nicht, dass dem Käufer einer mangelhaften Sache anders als dem Besteller einer mangelhaften Leistung kein Anspruch auf Vorschuss für die Mangelbeseitigungskosten zusteht. Dies allein erfordert nach Auffassung des erkennenden Senats jedoch keine differenzierte Behandlung der Ersatzansprüche. Denn der Käufer einer mangelhaften Sache hat es in der Regel leichter als der Besteller einer mangelhaften Leistung, die gerade im Bereich des Baurechts häufig mit dem Eigentum des Bestellers verbunden wird, sich durch die Wahl des Rücktritts und der Rückgabe der mangelhaften Sache vom Vertrag zu lösen. Daneben verbleibt auch dem Käufer einer Sache, insbesondere einer Immobilie, bei Mängeln der Sache stets die Möglichkeit, im Rahmen des kleinen Schadensersatzes die mangelbedingte Wertminderung der Kaufsache vorzutragen und unter Beweis zu stellen, ohne dafür in Vorlage mit den Instandsetzungskosten treten zu müssen.

Auch von dieser Möglichkeit haben die Kläger vorliegend mit ihren Hilfsanträgen Gebrauch gemacht. Auch hierüber wird das Landgericht zu befinden haben.

Nicht zu entscheiden hatte der Senat die Frage, ob die Berechnung des Ersatzanspruchs auf der Grundlage fiktiver Mangelbeseitigungskosten auch außerhalb synallagmatischer Verbindungen der Parteien ausscheidet (in diesem Sinne LG Darmstadt vom 5. September 2018, 23 O 386/17). Der erkennende Senat hat hiergegen jedoch erhebliche Bedenken, weil mit diesen Schadensfällen kein gestörtes Äquivalenzverhältnis einhergeht.

9. Nebenentscheidungen

Die Revision war gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO im Hinblick auf die Berechnung der Schadenshöhe zuzulassen. Der erkennende Senat sieht Gründe, insoweit von der bisherigen Rechtsprechung des 5. Senats des BGH abzuweichen. Die Revision war auf die Höhe des Schadens zu beschränken.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht gemäß § 708 Nr. 10 ZPO.