
Datum: 30.12.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 14/14
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:1230.17U14.14.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 14 O 911/10

Tenor:

Auf die Berufung der Kläger wird das am 9. Januar 2014 verkündete Urteil der 14. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 14 O 911/10 – unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise dahin abgeändert, dass die Beklagte verurteilt wird, an die Kläger 4.630,25 € (statt 3.421,01 €) nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.02.2011 zu zahlen.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits I. Instanz haben die Kläger zu 3/5 und die Beklagte zu 2/5 zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Klägern zu 2/3 und der Beklagten zu 1/3 auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beide Parteien dürfen die Zwangsvollstreckung der Gegenpartei jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des (gesamten) vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilige Gegenpartei vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird zu der Frage zugelassen, ob die Kläger trotz Veräußerung des Grundstücks als Schadensersatz die Kosten für die Reparatur des Hauses verlangen können, obwohl sie die Reparatur nicht durchgeführt und ihre Ansprüche auch nicht

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche aus einem Schuldversprechen der Beklagten im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Hausgrundstücks an die Kläger.

Die Beklagte erbt Anfang 2009 das streitgegenständliche Objekt, ein Grundstück nebst Einfamilienhaus in M, B Str. 16.

An dem Wohnhaus ist ein Anbau errichtet worden, in dem eine Küche und ein WC untergebracht sind. Der Anbau schließt an das zur Straße gelegene Wohnhaus und die Garage an. Zur Rückseite ist eine Terrasse angelegt. Die Außenwände des Anbaus sind gemauert, die zur Rückseite gelegene Außenwand des Anbaus aus 24 cm dicken Ziegelsteinen. Sie ist außen verputzt; im Badbereich ist sie mit Riemchen verkleidet. Als Dachdeckung sind über dem Bad Wellfaserzementplatten verlegt. Die zwischen dem WC und der Küche gemauerte Wand ist aus Hohlblocksteinen gemauert. Sie ist zur Seite der Küche verputzt. Die zum Bad gelegene Seite ist gefliest. Die Decke des Bads ist mit Holzpaneelen verkleidet.

Die Beklagte hatte selbst nie in dem Objekt gewohnt. Sie bat ihre Hausbank, die W S eG, vertreten durch den Sachbearbeiter, den Zeugen S2, das Haus zu verkaufen.

Die Kläger erwarben mit notariellem Kaufvertrag vom 21.04.2009 (73 – 80 GA) das streitgegenständliche Objekt von der Beklagten zu einem Kaufpreis von 148.000 €. Gemäß VI. Nr. 2 des Kaufvertrages waren Ansprüche wegen Sachmängeln ausgeschlossen, „es sei denn, es handelt sich um versteckte Mängel, die dem Verkäufer bekannt sind“. Unter VII. Nr. 1 war vereinbart, dass die Kläger ab dem 01.05.2009 berechtigt sein sollten, das Kaufobjekt zu Renovierungszwecken zu betreten oder betreten zu lassen. Anlässlich dieser Arbeiten stellten die Kläger Feuchtigkeiterscheinungen bzw. -schäden im Erdgeschoss sowie einen Sturmschaden im Dachgeschoss fest. Am 12. Mai 2009 fand ein Ortstermin mit den Klägern, der Beklagten, dem Zeugen S2 sowie Herrn Dipl.-Ing K statt. Die Beklagte beauftragte auf der Grundlage einer „Kostenvorermittlung für Putzerneuerung in Küche“ der Fa. Dipl.-Ing. K GmbH (im Folgenden K GmbH) vom 14. Mai 2009, die an den Zeugen S2 bei der W S eG gerichtet war und einen Betrag von „ca. 3.590 € netto zzgl. Mwst“ auswies (Bl. 10/ Beiakte 2 OH 10/09 LG Köln – im Folgenden nur: BA), am 18. Mai 2009 über die K GmbH die Fa. D GmbH (im Folgenden D GmbH) mit der Ausführung der entsprechenden Arbeiten. Die Rechnung der D GmbH vom 30. Mai 2009 über 3.590 € netto zzgl. 19 % MWSt = 4.272,10 € (16/ BA) an die Beklagte wurde von dieser bezahlt. Ebenso hatte die Beklagte bereits die Rechnung der K GmbH vom 14. Mai 2009 für „erbrachte Architekten- und Ingenieurleistungen, Schadensaufnahme, Kostenermittlung, spätere Handwerkereinweisung sowie An- und Abfahrt“ in Höhe von 267,75 € (42/ BA) bezahlt.

Mit Schreiben vom 22.05.2009 (13 – 14/ BA) wandten sich die Kläger über ihren Prozessbevollmächtigten an den Zeugen S2, baten um Bestätigung, dass die Beklagte – wie bereits von dem Zeugen geäußert - bereit sei, alle Mängel sach- und fachgerecht beseitigen zu lassen und sinnvollerweise die Gewährleistungsansprüche gegen das ausführende Unternehmen an die Kläger abzutreten. Insbesondere heißt es in diesem Schreiben weiter:

„Wir würden daher um eine kurze Bestätigung nach hier (gerne auch per E-Mail) durch die Verkäuferin bitten, dass sie die Ursachen der Feuchteschäden im Erdgeschoss sowie die dadurch entstandenen Schäden sach- und fachgerecht beseitigt lässt. Gleiches gilt für den Sturmschaden im Obergeschoss. Sämtliche sich zugunsten der Verkäuferin ergebenden Gewährleistungsansprüche bezüglich der vorgenannten Maßnahmen werden an unseren Mandanten abgetreten, die die Abtretung annehmen.“	9
Auf diesem Schreiben ist weiterhin – unstreitig durch den Zeugen S2 geschrieben - handschriftlich vermerkt:	10
„Akzeptiert: N 25.05.2009“	11
Oberhalb dieses Vermerks befindet sich der handschriftliche Namenszug:	12
„I“.	13
Das Schreiben mit dem Vermerk wurde dem Prozessbevollmächtigten der Kläger, der eine Frist bis zum 27.05.2009 gesetzt hatte, am 25.05.2009 per Telefax übersandt.	14
Die Kläger ließen die Kostenschätzung der K GmbH von dem Architekten H überprüfen, der nach einer Ortsbesichtigung mit Schreiben vom 26. Mai 2009 an die Kläger zu dem Ergebnis kam, dass diese nicht vollständig sei, sondern Kosten von etwa 6.200 € erforderlich seien (11 – 12/ BA). Die Kläger ließen daraufhin mit Rechtsanwaltsschreiben vom 27. Mai 2009 (18 – 19/ BA) gegenüber dem Zeugen S2 Bedenken hinsichtlich der Vollständigkeit der kalkulierten Arbeiten anmelden. Mit weiterem Rechtsanwaltsschreiben vom 2. Juni 2009 (21 – 23/ BA) setzten sie der Beklagten persönlich eine Nachfrist zur sach- und fachgerechten Ausführung der erforderlichen Arbeiten bis zum 16. Juni. Die Beklagte lehnte mit Rechtsanwaltsschreiben vom 10. Juni 2009 (24 – 27/ BA) die Durchführung weiterer Arbeiten über diejenigen hinaus, die sie aus Kulanzgründen über die D GmbH hatte durchführen lassen, ab. Sie wies darauf hin, dass eine vollständige sach- und fachgerechte Beseitigung aller Ursachen niemals Gegenstand einer Besprechung gewesen sei. Vielmehr sei die Beklagte nur „aus Kulanz“ bereit gewesen, „die von Herrn K ermittelten Mängel und die Mängelbeseitigungsleistungen in dem von ihm festgestellten Umfang gemäß dem Angebot vom 14.05.2009 beseitigen zu lassen“. Weitergehende Verpflichtungen wollte und sei sie nicht eingegangen. Gleichzeitig trat sie die ihr gegenüber der D GmbH und der K GmbH zustehenden Gewährleistungsansprüche ab.	15
Die Kläger brachten an dem streitgegenständlichen Objekt einen Sockelvorsprung vor der Küchentür mit in den Garten führenden Stufen an. Über das Vermögen der D GmbH wurde am 06.10.2010 durch das Amtsgericht Wuppertal das Insolvenzverfahren eröffnet. Nach Klageerhebung in der vorliegenden Sache Ende 2010/ Anfang 2011 forderten die Kläger mit Rechtsanwaltsschreiben vom 20.09.2011 (165 – 167 GA) die D GmbH und mit Rechtsanwaltsschreiben vom 27.10.2011 (285 – 286 GA) die K GmbH unter Fristsetzung erfolglos zur Mängelbeseitigung auf.	16
Die Kläger veräußerten das streitgegenständliche Objekt zwischenzeitlich (etwa im Herbst 2012) zu einem Kaufpreis von 210.000 €.	17
Auf Antrag der Kläger vom 20.07.2009 ist beim Landgericht Köln ein selbständiges Beweisverfahren, Az.: 2 OH 10/09, durchgeführt worden, in dessen Rahmen der Sachverständige N2 ein schriftliches Sachverständigengutachten nebst Ergänzungsgutachten erstellt hat. Der Sachverständige N2 hat Mängelbeseitigungskosten in	18

Höhe von 11.301,00 € brutto angesetzt. Im vorliegenden Verfahren machen die Kläger daraus den Nettobetrag in Höhe von 9.496,64 € als Schadensersatzanspruch geltend.

Die Kläger sind der Auffassung, die Beklagte habe sich durch die Bestätigung des Schreibens vom 22.05.2009 verpflichtet, die Ursachen der Feuchteschäden im Erdgeschoss sowie die dadurch entstandenen Schäden sach- und fachgerecht beseitigen zu lassen. Sie haben behauptet, die in der Küche des streitgegenständlichen Hauses durchgeführten Sanierungsarbeiten seien mangelhaft ausgeführt worden. Die Feuchtigkeitssperre sei nicht sach- und fachgerecht ausgeführt worden. Der verwendete Putz sei nicht geeignet und die Ausführung entspreche nicht den anerkannten Regeln der Bautechnik. Der erforderliche Wand-/Bodenabschluss sei nicht ausgeführt und die ebenfalls erforderliche Außenabdichtung nicht angebracht worden. Im WC, wo sich an der Decke ebenfalls Feuchtigkeitsschäden zeigten, seien gar keine Arbeiten ausgeführt worden. Ursächlich für den Wasserschaden seien u.a. eine verstopfte Sickergrube sowie mangelhafte Entwässerungsleistungen, die dazu führten, dass Wasser am Gebäude anstehe. Die Beklagte habe hinsichtlich der Ursachen der Feuchtigkeiterscheinungen keine Beseitigungsmaßnahmen veranlasst. 19

Weiterhin haben die Kläger behauptet, vor dem Hintergrund der in Rede stehenden Mangelbeseitigungskosten in Bezug auf die Abdichtung hätten sie den zunächst angesetzten Verkaufspreis von 220.000 € auf 210.000 € reduziert. Dadurch nicht mit abgegolten sein sollten hingegen Maßnahmen, die hinsichtlich der Entsorgung des Bauschutts und der Entsorgung des Inhalts der Sickergrube anfallen würden. Die Entsorgung des Inhalts der Grube sowie der anschließende sach- und fachgerechte Anschluss der Regenrinne sei vom Kläger zu 1) übernommen worden. 20

Die Kläger haben beantragt, 21

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 9.496,64 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, 22

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Klägern höhere Sanierungskosten, dabei insbesondere die Mehrwertsteuer, zu ersetzen, soweit diese im Zuge der Arbeiten, für die gemäß Klageantrag zu 1) Schadensersatz begehrt wird, anfallen, 23

3. die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens vor dem Landgericht Köln – 2 OH 10/09 - der Beklagten aufzuerlegen. 24

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 25

Sie hat bestritten, dass etwaig vorhandene Feuchtigkeiterscheinungen auf einer unzureichenden, von ihr in Auftrag gegebenen Leistung beruhten. Weiterhin hat sie behauptet, die Kläger hätten beim Weiterverkauf einen weit höheren Wert für die Immobilie erhalten als sie selbst bezahlt hätten, so dass ihnen kein Schaden entstanden sein könne, zumal sie selbst das Grundstück weit unter Wert gekauft hätten. 26

Die Beklagte ist der Auffassung, sie habe durch Bestätigung des Schreibens vom 22.05.2009 lediglich den Übergang ihr gegen die von ihr beauftragten Unternehmen zustehenden Gewährleistungsansprüche auf die Kläger akzeptiert. Eine weitergehende Verpflichtung, insbesondere zur Mangelbeseitigung, sei sie hingegen nicht eingegangen. Außerdem hat sie behauptet, die Kläger hätten das Hausgrundstück ohne Hinweis auf angebliche Feuchtigkeitsprobleme zum Marktwert weiterverkauft, so dass für diese gar kein Schaden bestehe. Jedenfalls müssten sich die Kläger einen Abzug neu für alt anrechnen lassen, der 27

angesichts des Alters des Hauses mindestens 80% betrage. Die Kläger hätten nämlich allenfalls Anspruch auf eine zeitgemäße Abdichtung.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens (253 – 271 GA) sowie Anhörung der Sachverständigen X in der mündlichen Verhandlung vom 15.11.2013 (343 – 345 GA) und der Klage unter Abweisung im Übrigen in Höhe von 3.421,01 € nebst Zinsen stattgegeben. Zwar sei die Beklagte grundsätzlich zur Zahlung von Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 281 BGB verpflichtet. Im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO setze sich der Schaden unter Berücksichtigung der Ausführungen des Sachverständigen N2 im selbständigen Beweisverfahren aus den Kosten für die Küchenwände innen von 3.516 € brutto abzüglich Prüfungs- und Untersuchungskosten von (260 € + 1.785 € =) 2.045 € brutto, also 1.471 € brutto, weiterhin aus den Kosten für die Küchen- und WC-Wand außen von 2.080 € brutto sowie für das Welleternit-Dach über dem WC-Anbau von 520 € brutto, insgesamt 4.071 € brutto, die auf einen Nettobetrag von 3.421,01 € zurückzuführen seien, zusammen. Hingegen seien Kosten für das Entwässerungssystem von 3.746 € von der Vereinbarung der Parteien nicht (mehr) umfasst. Wegen der weiteren Einzelheiten auch des Sach- und Streitstandes wird auf das Urteil vom 9. Januar 2014 (354 – 360 GA) ergänzend Bezug genommen

Beide Parteien haben in vollem Umfange Berufung eingelegt, soweit ihre Anträge abgewiesen wurden, und unter Bezugnahme ihres bisherigen Vorbringens ihre Standpunkte wiederholt und vertieft. Die Kläger beanstanden einen Rechenfehler im Gutachten des Sachverständigen N2 bei den Kosten für die Küchenwände innen von 1.439 € brutto (= 1.209,24 € netto) zu ihren Gunsten. Soweit das Landgericht die Prüfungs- und Untersuchungskosten von (260 € + 1.785 € =) 2.045 € brutto, also 1.718,49 € netto mit der Begründung aberkannt habe, diese hätten sich durch die Untersuchungen der Sachverständigen X erübrigt, fehlt es ihrer Ansicht nach an einem entsprechenden Hinweis des Landgerichts nach § 139 ZPO. Dann hätten sie den Rechtsstreit insoweit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Das holen sie nunmehr mit ihrem Berufungsantrag nach. Auch den Feststellungsantrag habe das Landgericht wegen zwischenzeitlicher Kostensteigerungen und Anfalls der Mehrwertsteuer bei Durchführung der Arbeiten durch die Erwerber des Grundstücks zu Unrecht zurückgewiesen. Schließlich sei als Ursache der Feuchteschäden im Erdgeschoss auch die Sanierung des Entwässerungssystems für Dachentwässerung mit einem Betrag von 3.746 € brutto (= 3.147,90 € netto) anzusehen und der Klage insoweit stattzugeben.

Die Kläger beantragen unter Zurückweisung der gegnerischen Berufung,

1. die Beklagte unter Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen, an sie über den erstinstanzlich zuerkannten Betrag hinaus weitere 4.357,14 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23.02.2011 zu zahlen,

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Klägern höhere Sanierungskosten, dabei insbesondere die Mehrwertsteuer, zu ersetzen, soweit diese im Zuge der Arbeiten, für die gemäß Klageantrag zu 1) Schadensersatz begehrt wird, anfallen,

3. in Höhe eines weiteren Betrages von 1.718,49 € die Kosten des Rechtsstreits der Beklagten aufzuerlegen, nachdem der Rechtsstreit in der Hauptsache in dieser Höhe von den Klägern für erledigt erklärt wurde,

4. die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens vor dem Landgericht Köln – 2 OH 10/09 - der Beklagten aufzuerlegen.

Die Beklagte beantragt Beklagte unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils Klageabweisung insgesamt und Zurückweisung der Berufung der Kläger.	35
Sie behauptet, dass die von der Sachverständigen X festgestellten Feuchtigkeitswerte im Bereich der Außenwand mangels weitergehender Untersuchungen, die die Sachverständige für erforderlich gehalten habe, aber von den Klägern wegen des bevorstehenden Verkaufs abgelehnt worden seien, nicht auf den von ihr bezahlten Arbeiten der D GmbH beruhen, sondern durch das von den Klägern errichtete Treppenpodest verursacht worden seien, welches keine ausreichende Abdichtung zur Wand habe. Außerdem hätten die Kläger die Gewährleistungsansprüche gegen die D GmbH zeitnah geltend machen und durchsetzen müssen. Eine Schadensberechnung anhand der Mangelbeseitigungskosten komme nach der Veräußerung in unrepariertem Zustand sowieso nicht in Betracht.	36
Auf die jeweiligen Berufungsbegründungen (410 – 417 und 447 – 455 GA) und weiteren Schriftsätze nebst Anlagen wird verwiesen.	37
Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung vom 19. November 2014 (482 – 488 GA) den Zeugen S2 und die Beklagte persönlich zu dem Inhalt des Telefonats, welches der Vereinbarung vom 22./ 25. Mai 2009 vorausgegangen ist, und den Umständen angesichts der Unterschriftsleistung durch die Beklagte befragt und angehört. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll Bezug genommen.	38
II.	39
Die Berufungen der Parteien sind zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.	40
Während die Berufung der Beklagten keinen Erfolg hat, ist die der Kläger teilweise, nämlich in Höhe des Rechenfehlers bei den Kosten für die Küchenwand innen von 1.209,24 € begründet.	41
1.	42
Die Kläger haben aufgrund der Vereinbarung vom 22./ 25. Mai 2009 einen Anspruch gegen die Beklagte gemäß §§ 780, 241 Abs. 1 Satz 1, 311 Abs. 1, 281 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 2 BGB auf Schadensersatz wegen Verletzung der Pflicht, die Ursachen der Feuchteschäden im Erdgeschoss sowie die dadurch entstandenen Schäden sach- und fachgerecht beseitigen zu lassen.	43
Indem die Beklagte die „kurze Bestätigung“ in dem Schreiben der Rechtsanwälte der Kläger vom 22. Mai 2009 an den Zeugen S2 unter dem Datum 25. Mai 2009 „akzeptiert“ hat, hat sie sich wirksam verpflichtet, „die Ursachen der Feuchteschäden im Erdgeschoss sowie die dadurch entstandenen Schäden sach- und fachgerecht“ beseitigen zu lassen – ebenso „den Sturmschaden im Obergeschoß“. Die entsprechende Auslegung dieser Vereinbarung durch das Landgericht ist auch nach Vernehmung des Zeugen S2 und persönlicher Anhörung der Beklagten nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat sich den Text des Schreibens nach ihren eigenen Angaben durchgelesen. Der Zeuge S2 hat nach seiner Aussage vor dem Senat keine weitergehenden Erklärungen oder Erläuterungen abgegeben, aus denen die Beklagte etwa hätte schlussfolgern können, es handele sich ausschließlich um die Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegen die D GmbH als „das ausführende Unternehmen“. Insbesondere hat der Zeuge die Beklagte nach seinen Angaben nicht beraten oder sonst irgendwelche Erklärungen abgegeben, aus denen die Beklagte einen anderen Inhalt des	44

Rechtsanwaltsschreibens hätte annehmen können. Auch hat die Vernehmung dieses Zeugen keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der von den Klägern beauftragte Rechtsanwalt in dem vorausgegangenem Telefongespräch entgegen dem eindeutigen Wortlaut des nachfolgenden Schreibens allein von der Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegen das bereits von der Beklagten mit der Durchführung der Mangelbeseitigungsarbeiten beauftragte Unternehmen gesprochen und den Eindruck erweckt hat, es ginge bei der Bestätigung ausschließlich darum.

Im Übrigen entspricht die Bestätigung auch der Zusage, die der Zeuge S2 in einer erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat durch die Kläger vorgelegten Kopie einer E-Mail vom 15. Mai 2009 an den Kläger zu 2) bereits wiedergegeben hatte (490/491 GA). Darin hat der Zeuge ausdrücklich erklärt, die Beklagte werde „diese Sanierung“ (der Küchenaußenwand) „auf ihre Kosten komplett von einer Fachfirma kurzfristig sanieren lassen und die Decke im Kinderzimmer wird ebenfalls komplett erneuert“.

Der Umstand, dass die Beklagte bei Abgabe dieser Zusage davon ausging, es handele sich bei den für die Sanierung aufzuwendenden Kosten – nur – um diejenigen, die ihr aufgrund der Kostenvorermittlung des Sachverständigen K vom 14. Mai 2009 mit einem Betrag von 3.590 € netto zzgl. MwSt. bekannt waren, hat weder in der E-Mail des Zeugen S2 vom 15. Mai 2009 noch in dem Rechtsanwaltsschreiben vom 22. Mai 2009 seinen Ausdruck gefunden. Es wäre jedenfalls der Beklagten und dem Zeugen S2, denen die Kostenvorermittlung vom 14. Mai 2009 und der sich daraus ergebende Betrag bekannt war, ein Leichtes gewesen, dieses Schreiben, die dort aufgeführten Arbeiten („Putzerneuerung in der Küche“ nebst Feuchtigkeitssperre mittels Injektion) oder den darin genannten Preis konkret zu benennen und die von der Beklagten übernommene Verpflichtung darauf zu beschränken. Damit kommt eine derartige Beschränkung der am 25. Mai 2009 von der Beklagten „akzeptierten“ Bestätigung auf dem Schreiben vom 22. Mai 2009 nicht in Betracht.

Allerdings können die Kläger nicht sämtliche von ihnen im Prozess geltend gemachten Schäden von der Beklagten beanspruchen. Der Senat folgt insoweit der Auslegung des Landgerichts im angefochtenen Urteil auf Seite 10 unter 4. b). Die Beklagte hatte sich trotz des kaufrechtlichen Haftungsausschlusses freiwillig und ohne rechtliche Notwendigkeit zur sach- und fachgerechten Beseitigung der Ursachen der Feuchtigkeitsschäden im Erdgeschoss sowie der dadurch entstandenen Schäden bereit erklärt. Auch der von den Klägern selbst mit der Überprüfung der Kostenschätzung der K GmbH vom 14. Mai 2009 beauftragte Architekt H hat nach einer Ortsbesichtigung allein die Schäden an der Außenwand als Ursache festgestellt und ist zu einem Schadensbetrag von etwa 6.200 € gekommen. Damit sind beide Parteien der Vereinbarung davon ausgegangen, dass es mit den entsprechenden Maßnahmen sein Bewenden hat. Die von dem Sachverständigen N2 festgestellten Defekte im Entwässerungssystem haben zwar zu einem vermehrten Anfall von Regenwasser und einem Rückstau geführt. Dadurch hat sich Wasser „im direkt angrenzenden Bereich der südlichen Außenwand“ angesammelt, welches dort versickert und abgefließen ist. Bei ordnungsgemäßer Abdichtung der Außenwand, insbesondere gegen aufsteigende Feuchtigkeit entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen hätte aber kein Wasser mehr in die Außenmauer eindringen können. Dass es sich bei dem defekten Entwässerungssystem um einen Mangel handelt, steht außer Frage. Die Parteien haben jedoch nicht vereinbart, dass die Beklagte – trotz des umfassenden Gewährleistungsausschlusses – auch diesen weiteren, bei Abschluss der Vereinbarung am 22./ 25. Mai 2009 noch allseits unbekannten Schaden beseitigen lassen und die dafür erforderlichen Kosten tragen wird.

2.

Die Beklagte ist der von ihr eingegangenen Verpflichtung, die Ursachen der Feuchteschäden im Erdgeschoss beseitigen zu lassen, nicht sach- und fachgerecht nachgekommen. Die von ihr beauftragten und bezahlten Arbeiten der D GmbH waren nach den Ausführungen der Sachverständigen N2 und X nicht ausreichend. Insoweit kann auf deren Gutachten Bezug genommen werden. 49

Wegen dieser Pflichtverletzung ist die Beklagte gem. §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Die Kläger haben der Beklagten in dem Schreiben vom 2. Juni eine Frist zur – ordnungsgemäßen – Erfüllung ihrer Verpflichtung gesetzt. Die Beklagte hat aber die Leistung endgültig und ernsthaft verweigert. 50

Der Schadensersatzanspruch richtet sich nach § 249 Abs. 2 BGB. Ein Anspruch auf Naturalrestitution ist ausgeschlossen (Palandt/Grüneberg, 74. Aufl., § 281 BGB Rn 17 mit Hinweis auf BGH, NJW 2013, 370), weil dadurch die Erfüllung der vertraglichen Leistung herbeigeführt würde, die die Kläger als Gläubiger gemäß § 281 Abs. 4 BGB gerade nicht mehr verlangen können; stattdessen sind sie in Geld zu entschädigen (BGH, aaO = juris Rn 9 mwN; Kniffka in Kniffka/Koeble: Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rn 244). Die Entschädigung können sie wahlweise nach der Differenz zwischen dem Verkehrswert des Hausgrundstücks mit und ohne Mangel ermitteln oder in Höhe der Aufwendungen geltend machen, die zur vertragsgemäßen Erfüllung der Verpflichtung erforderlich sind (vgl. BGH, aaO Rn 10 mwN). Damit kommt es entgegen der Rechtsprechung des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGHZ 81, 385, 392 und BGHZ 147, 320 ff. = juris Rn 9, 12) nicht darauf an, dass die Kläger das Grundstück vor Durchführung der Mangelbeseitigung und ohne Abtretung des Schadensersatzanspruchs veräußert haben. Insoweit sieht sich der Senat aber veranlasst, die Revision zuzulassen. 51

3. 52

Auch bei der Berechnung des Schadensersatzes kann der Senat weitgehend auf die Begründung im angefochtenen Urteil Bezug nehmen. Insbesondere scheidet entsprechend § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB ein Anspruch auf die bei tatsächlicher Schadensbeseitigung anfallende Umsatzsteuer aus. Da die Kläger die Schäden nach Veräußerung des Grundstücks nicht mehr zur Vermehrung ihres Vermögens beseitigen lassen können und entsprechende Absprachen mit den Erwerbern nicht mit Substanz vorgetragen sind, scheidet auch die beantragte Feststellung hinsichtlich weitergehender Schäden (Klageantrag zu 2) aus. Umsatzsteuer im Rahmen der Schadensbeseitigung kann bei ihnen nicht mehr anfallen. Auch eventuelle Preissteigerungen können ihren Schaden nicht mehr vergrößern, da sie selbst die Schäden nicht auf ihre Kosten beseitigen lassen müssen. Eine eventuelle geringere Kaufpreiszahlung im Hinblick auf die von der Beklagten zu beseitigenden Feuchteschäden im Erdgeschoss haben die Kläger nicht zum Gegenstand ihrer Schadensberechnung gemacht. Soweit sie dies hilfsweise pauschal behauptet haben, waren dabei alle Mängel einschließlich der des Entwässerungssystems umfasst. Für diese haftet die Beklagte aber nicht. 53

Zu Recht haben die Kläger aber auf einen Rechenfehler hingewiesen, der sich aus dem Gutachten des Sachverständigen N2 ergibt und den das Landgericht unbemerkt übernommen hat. Die Kosten für die Schadensbeseitigung der Küchenwände innen betragen (2.434 € + 476 € =) 2.910 € brutto bzw. 2.445,38 € netto und nicht – wie vom Landgericht auf Seite 9 unter 4. a) zugesprochen – 1.471 € brutto (bzw. 1.236,13 € netto). Zusammen mit den weiteren Schadenspositionen (2.080 € + 520 € jeweils brutto) ergibt sich ein Betrag von 5.510 54

€ brutto bzw. 4.630,25 € netto, den die Kläger tatsächlich von der Beklagten beanspruchen können. Insoweit war das angefochtene Urteil abzuändern.

Soweit die Kläger mit ihrer Berufung die Abweisung der Schadenspositionen Prüfung des Putzaufbaus und des Putzuntergrundes in Höhe von 260 € und Untersuchungskosten in Höhe von 1.785 €, insgesamt 2.045 € brutto bzw. 1.718,49 € netto beanstanden und nunmehr den Rechtsstreit in der Hauptsache in dieser Höhe für erledigt erklären wollen, kann dem nicht gefolgt werden. Dabei kann dahinstehen, ob die Berufung insoweit überhaupt zulässig ist. Jedenfalls oblag es den Klägern, ihren Schaden in der letzten mündlichen Verhandlung hinsichtlich aller von ihnen geltend gemachten Positionen zu überprüfen. Die beiden vorgenannten Positionen hat das Landgericht zu Recht als im Verlaufe des Rechtsstreits entfallen abgewiesen. Eines vorhergehenden Hinweises bedurfte es gegenüber der durch einen Rechtsanwalt vertretenen Partei dafür nicht. 55

Ein Abzug „neu für alt“ kommt nicht in Betracht. Es sind nur ganz geringfügige Teilbereiche des Hauses in Bezug auf das Verhindern des Eindringens von Feuchtigkeit von dem Schadensersatz umfasst. Dies führt aber nicht zu einer längeren Haltbarkeit oder Ersparnis von sonstigen allgemeinen Haussanierungskosten, weil diese Bereiche im Verhältnis zu den jeweiligen Gesamtf Flächen einen so geringen Anteil haben, dass eine – nach § 287 ZPO zu schätzende – Kostenersparnis nicht merklich ins Gewicht fällt. Auch für das Vorhandensein von „Sowieso-Kosten“ liegen keine Anhaltspunkte vor. 56

Was schließlich die Frage angeht, ob die Kläger nicht zuvorderst die ausführenden Unternehmen D GmbH und K GmbH hätten in Anspruch nehmen müssen und ihnen eventuell eine Verletzung der Schadensminderungspflicht vorzuwerfen wäre, kann im Ergebnis auf die Ausführungen des Landgerichts dazu Bezug genommen werden. Es spricht nichts dafür, dass diese Unternehmen anders auf eine frühere Inanspruchnahme reagiert hätten als sie es aufgrund der Rechtsanwaltsschreiben der Kläger vom 21. Juli, 20. September und 27. Oktober 2011 getan haben. Jedenfalls waren die Kläger nicht verpflichtet, mehr als auf die Durchführung von Mangelbeseitigungsarbeiten zu drängen. Insbesondere mussten sie nicht das Risiko eines eventuellen Rechtsstreits tragen und die Unternehmen auf Gewährleistung und Schadensersatz verklagen. 57

4. 58

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ZPO. Der Senat hält es unter Berücksichtigung aller Umstände für angemessen, die Kosten beider Instanzen einheitlich auf beide Parteien zu verteilen. Dabei ist auch berücksichtigt, dass der Streitwert im Hinblick auf den Feststellungsantrag (Kostensteigerungen und unvorhergesehene Weiterungen) höher zu bemessen ist. Einer – ausdrücklichen – Einbeziehung der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens bedurfte es nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (zuletzt NJW 2014, 3518 ff. = juris Rn 13) nicht. Denn diese Kosten werden von der Kostenentscheidung eines sich anschließenden Hauptsacheverfahrens mitumfasst, da der Streitgegenstand und die Parteien der beiden Verfahren identisch sind. 59

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 11, 711, ZPO. 60

Die Revision wird zugelassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat und es einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung bedarf (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die Rechtsprechung unterschiedlicher Senate des Bundesgerichtshofs zu der Frage, ob ein Schaden an einem Haus noch fiktiv in Höhe der Reparaturkosten abgerechnet werden kann, wenn das 61

Hausgrundstück ohne Reparatur veräußert und auch der Schadensersatzanspruch nicht an die Erwerber abgetreten worden ist (vgl. nur die Nachweise bei Staudinger/Schiemann, 2005, § 249 BGB Rn 219 ff.; MK-BGB/Oetker, 6. Aufl., § 249 Rn 368 f.; Rüßmann in jurisPK-BGB, 6. Aufl., Stand 01.10.2012, § 249 BGB Rn 23 ff.; Schubert in BeckOK-BGB, Stand 01.03.2011, § 249 BGB Rn 190; Halfmeier, BauR 2013, 230 ff.; insbesondere – diese Frage verneinend - BGHZ 81, 385, 392 und BGHZ 147, 320 ff. = juris Rn 9, 12 sowie MDR 2002, 631 f. = juris Rn 9, 11), bedarf der Klärung durch den Bundesgerichtshof selbst.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren und für die I. Instanz in Abänderung der Festsetzung durch das Landgericht gem. § 63 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GKG wird auf (bis zu) **14.000 €** festgesetzt. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass der Feststellungsantrag nicht nur eine bei Durchführung der Reparaturen und Arbeiten anfallende Umsatzsteuer, sondern auch eventuelle Preissteigerungen und im Zuge der Arbeiten auftretende weitere Sanierungs- oder Entsorgungskosten umfassen sollte.

62