



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 26/06

Verkündet am:
12. März 2009
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 635 a.F., 249 Cb, Hd

- a) Der Erwerber einer mangelhaften Eigentumswohnung kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung in der Weise geltend machen, dass er die Eigentumswohnung zurückgibt und Ausgleich dafür verlangt, dass nach Rückgabe der Wohnung seinen Aufwendungen kein entsprechender Gegenwert gegenübersteht.

Der ausgebliebene Gegenwert bemisst sich hierbei grundsätzlich nach der Höhe der Aufwendungen zur Erlangung der Gegenleistung und der Kosten, die den Erwerber allein aufgrund des Umstands trafen, dass er Empfänger der mangelhaften Gegenleistung wurde.

- b) Zu den Aufwendungen, die der Erwerber einer Eigentumswohnung bei dieser Schadensberechnung geltend machen kann, gehören grundsätzlich auch die Kosten für die Finanzierung des Erwerbs der Wohnung.
- c) Bei der Schadensberechnung sind im Falle der Vermietung die vom Erwerber erzielten Mieteinnahmen abzuziehen.

BGH, Urteil vom 12. März 2009 - VII ZR 26/06 - OLG Karlsruhe
LG Heidelberg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, den Richter Bauner, die Richterin Safari Chabestari und den Richter Halfmeier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Kläger wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 29. Dezember 2005 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte unter Ziffer I.1. des Tenors dieses Urteils zur Zahlung verurteilt worden ist, unter I.3. die Klage abgewiesen worden ist (ausgenommen der Betrag von 829,26 €) und unter II. die weitergehende Berufung zurückgewiesen worden ist.

Im Übrigen (829,26 €) wird die Anschlussrevision mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Anschlussberufung der Kläger als unzulässig verworfen wird.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Kläger möchten im Wege des großen Schadensersatzes den Erwerb einer von der Beklagten errichteten Eigentumswohnung in H. rückgängig machen.
- 2 Die Kläger erwarben die Eigentumswohnung von der Beklagten mit notariellem Vertrag vom 8. Oktober 1997 zu einem Preis von 510.000 DM, von denen sie 500.000 DM zahlten. Im Februar 1998 übernahmen sie die Wohnung und nahmen die Werkleistung ab. Anschließend vermieteten sie die Wohnung. Wegen Feuchtigkeitsschäden in den Außenwänden und nach mehreren erfolglosen Nachbesserungsversuchen durch die Beklagte setzten die Kläger am 10. Juli 2001 eine mit Ablehnungsandrohung verbundene Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 31. Juli 2001 und verweigerten mit Anwaltsschreiben vom 3. August 2001 schließlich die Annahme jeder weiteren Mängelbeseitigungsarbeit. Sie verlangen im Wege des großen Schadensersatzes u.a. Rückzahlung der geleisteten Zahlungen gegen Rückgabe der Wohnung.
- 3 Das Landgericht hat die Beklagte unter teilweiser Klageabweisung verurteilt, an die Kläger 287.122,22 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübergabe der Eigentumswohnung zu zahlen. Außerdem hat es festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Entgegennahme der Rückübergabe der Eigentumswohnung in Annahmeverzug befinde und sie darüber hinaus verpflichtet sei, den Klägern auch die weiteren Folgeschäden aus der Rückabwicklung des Vertrages vom 8. Oktober 1997 zu ersetzen.
- 4 Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht den Zahlungsauspruch auf 277.557,27 € nebst Zinsen verringert. Im Übrigen hat es ihre mit dem Ziel der vollständigen Klageabweisung eingelegte Berufung ebenso wie die Anschlussberufung der Kläger zurückgewiesen, mit der diese eine

weitergehende Verurteilung in Höhe von 829,96 € (richtig: 829,26 €) für ihnen weiter entstandene Finanzierungskosten geltend gemacht hatten. In der Verurteilung ist ein Betrag in Höhe von 14.514 DM als Ersatz dafür enthalten, dass die Mieter aufgrund der Feuchtigkeitsschäden Mietminderungen vorgenommen haben und die Wohnung zeitweise deshalb leer stand. Abzüge für eingenommene Mieten hat das Berufungsgericht nicht gemacht. Ersatz für den Klägern entstandene Finanzierungskosten hat es nicht zugesprochen.

- 5 Mit der vom Senat teilweise zugelassenen Revision wendet sich die Beklagte gegen ihre Verurteilung zur Zahlung. Mit ihrer Anschlussrevision begehren die Kläger Ersatz der Finanzierungskosten von 22.773,32 € und 829,26 €.

Entscheidungsgründe:

- 6 Die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Kläger führen zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

- 7 Auf das Rechtsverhältnis der Parteien sind die bis 31. Dezember 2001 geltenden Gesetze anwendbar (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

- 8 Das Berufungsgericht bejaht einen Anspruch der Kläger gegen die Beklagte auf großen Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 635 BGB. Dieser sei allerdings nur in Höhe von 277.557,27 € (542.854,83 DM) Zug um

Zug gegen lastenfreie Rückübertragung des Grundbesitzes begründet. Der ersatzfähige Schaden der Kläger bestehe in dem gezahlten Kaufpreis in Höhe von 500.000 DM, den Vertragskosten (Maklergebühren in Höhe von 17.595 DM und Notariats- und Grundbuchkosten in Höhe von 5.052,59 DM), 4.285,23 DM für nutzlose Aufwendungen für einen Kostenzuschuss an die Mieter sowie vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.408,01 DM. Außerdem hätten die Kläger einen Anspruch in Höhe von 14.514 DM für den Mietausfall-schaden, der ihnen wegen der von der Beklagten zu vertretenden Mängel der Wohnung entstanden sei. Denn bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung der Beklagten wären die tatsächlich erzielten Mieteinnahmen um diesen Betrag größer gewesen. Da in diesem Fall den Klägern die tatsächlich erzielten Mieteinnahmen ebenfalls zugeflossen wären, könne die Beklagte auch nicht verlangen, dass diese Beträge im Wege des Vorteilsausgleichs auf den Schadensersatz angerechnet würden. Ein solcher Vorteilsausgleich stehe nur im Rahmen des negativen Interesses des Schadensgläubigers und allgemein bei Rückabwicklung eines Vertragsverhältnisses in Rede, nicht jedoch bei dem hier zu beurteilenden Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

9 Die Kläger könnten jedoch nicht den Ersatz der ihnen angefallenen Finanzierungskosten verlangen. Denn diese hätten sie auch bei gehöriger Vertragserfüllung durch die Beklagte aufwenden müssen, um das Objekt zu erwerben und die Mieteinnahmen zu erzielen. Deshalb sei der vom Landgericht zugesprochene Betrag in Höhe von 44.540,75 DM als Ersatz für Finanzierungskosten nicht gerechtfertigt. Gleiches gelte für die mit der Anschlussberufung der Kläger geltend gemachten weiteren Finanzierungskosten in Höhe von 829,26 €. Die Anschlussberufung sei zwar trotz der Versäumung der Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO zulässig, denn zum Zeitpunkt des Ablaufs dieser Frist seien diese Kosten noch nicht in voller Höhe entstanden gewesen. Dieses Zahlungsbegehren sei außerdem schon im Feststellungsantrag der in erster Instanz ob-

siegenden Kläger enthalten gewesen. In einem solchen Fall müsse die Vorschrift des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO teleologisch reduziert und die Anschließung zugelassen werden. Die mit dem teilweisen Übergang von der Feststellungsklage zur Leistungsklage verbundene Klageänderung sei auch nach §§ 533, 264 Nr. 2 ZPO zulässig. Die Anschlussberufung sei aber unbegründet.

II.

10 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung im Umfang der mit der Revision und der Anschlussrevision geltend gemachten Anfechtung überwiegend nicht stand.

11 1. Allerdings greifen die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen nicht. Der Senat hat diese geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

12 2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht jedoch die erzielten Mieteinnahmen nicht abgezogen. Ein solcher Abzug ist bei der Bemessung eines Schadensersatzanspruches nach § 635 BGB dann erforderlich, wenn der Ersatzberechtigte den so genannten großen Schadensersatz wählt, also das erhaltene Werk zurückgeben will. Das hat der Senat nach Erlass des angefochtenen Urteils bereits entschieden (BGH, Urteil vom 9. Februar 2006 - VII ZR 228/04, BauR 2006, 828 = NZBau 2006, 312 = ZfBR 2006, 456; vgl. auch Senatsurteil vom 6. Oktober 2005 - VII ZR 325/03, BGHZ 164, 235).

13 a) Das Berufungsgericht verkennt den Inhalt dieses von den Klägern geltend gemachten Schadensersatzanspruches. Sie verlangen Schadensersatz in der Weise, dass sie die Eigentumswohnung zurückgeben und Ausgleich dafür haben wollen, dass nach Rückgabe der Wohnung ihren Aufwendungen kein

entsprechender Gegenwert gegenübersteht. Ein solches Schadensersatzverlangen ist möglich.

14 Der ausgebliebene Gegenwert bemisst sich hierbei grundsätzlich nach der Höhe der Aufwendungen zur Erlangung der Gegenleistung und der Kosten, die den Erwerber allein auf Grund des Umstandes trafen, dass er Empfänger der mangelhaften Gegenleistung wurde. Maßgeblich hierfür ist die Erwägung, die Aufwendungen würden durch den Vorteil der Gegenleistung wieder eingebracht worden sein. Denn es wird nach der Rechtsprechung vermutet, im synallagmatischen Austauschverhältnis seien Leistung und Gegenleistung gleichwertig. Diese Annahme beruht auf dem Geschäftswillen der Vertragsparteien. Im Verlust der Kompensationsmöglichkeit für die Aufwendungen durch die Rückgabe der Wohnung liegt der Nichterfüllungsschaden (BGH, Urteil vom 31. März 2006 - V ZR 51/05, BGHZ 167, 108, 116 f.; vgl. auch BGH, Urteil vom 15. März 2000 - XII ZR 81/97, NJW 2000, 2342, 2343).

15 Hierbei ist der Schaden nach der Differenzmethode durch einen rechnerischen Vergleich zwischen dem im Zeitpunkt der Schadensberechnung vorhandenen Vermögen des Geschädigten und dem Vermögen, das er bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages gehabt hätte, zu berechnen. Bei der Differenzberechnung kommen die allgemeinen Grundsätze der Schadenszurechnung und der Vorteilsausgleichung zur Anwendung. Soweit die Nichterfüllung des Vertrages zu adäquat kausalen Vorteilen für den Geschädigten geführt hat und deren Anrechnung nach Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht entspricht, d.h. den Geschädigten nicht unzumutbar belastet und den Schädiger nicht unbillig begünstigt, sind die Vorteile bei dem Vermögensvergleich zu berücksichtigen. Zu solchen in die Differenzrechnung einzustellenden Vorteilen gehört auch der Wert der von dem Geschädigten vor der Rückgabe der mangelhaften Gegenleistung aus dieser gezogenen Nutzungen (BGH, Urteil vom

31. März 2006 - V ZR 51/05, BGHZ 167, 108, 111). Diese Vorteile sind nach der Miete zu berechnen, wenn der Erwerber die Eigentumswohnung vermietet hat (BGH, Urteil vom 9. Februar 2006 - VII ZR 228/04, BauR 2006, 828 = NZBau 2006, 312 = ZfBR 2006, 456).

16 b) Entgegen der Ansicht der Kläger spielt es keine Rolle, dass die Beklagte sich in der Berufungsinstanz nicht darauf berufen hat, der Vorteilsausgleich müsse durch Anrechnung der Mieteinnahmen erfolgen. Bei der Berücksichtigung des Vorteilsausgleichs handelt es sich um eine Rechtsfrage, die, da der Vortrag dazu unstreitig war, vom Berufungsgericht von Amts wegen zu berücksichtigen war.

17 c) Hieraus folgt zugleich, dass die Kläger keinen Anspruch auf Ersatz eines Mietausfalls wegen der Mängel der Wohnung haben.

18 3. Rechtsfehlerhaft ist es ebenfalls, dass das Berufungsgericht den Klägern keinen Ersatz in Höhe erstinstanzlich geltend gemachten Finanzierungskosten zugesprochen hat. Auch dies beruht auf dem falschen Verständnis des Berufungsgerichts von dem Inhalt des geltend gemachten Anspruchs auf großen Schadensersatz.

19 Zu den Aufwendungen, die der Erwerber einer Eigentumswohnung bei dieser Schadensberechnung geltend machen kann, gehören auch die Kosten für die Finanzierung des Erwerbs der Wohnung. Denn auch insoweit gilt die Rentabilitätsvermutung, die dahin geht, dass diese Aufwendungen durch den Vorteil der Gegenleistung wieder eingebracht werden (BGH, Urteil vom 31. März 2006 - V ZR 51/05, BGHZ 167, 108, 116; Urteil vom 26. März 1999 - V ZR 364/97, NJW 1999, 2269; Urteil vom 17. Mai 1995 - VIII ZR 70/94, NJW 1995, 2159, 2160). Das Berufungsgericht hätte deshalb die vom Landgericht

festgestellten und zuerkannten Finanzierungskosten in Höhe von 44.540,75 DM = 22.773,32 € nicht in Abzug bringen dürfen.

- 20 4. Die Anschlussrevision hat gleichwohl keinen Erfolg, soweit sie die Zurückweisung der Anschlussberufung der Kläger hinsichtlich weiterer Finanzierungskosten in Höhe von 829,26 € angreift. Denn zu Unrecht hat das Berufungsgericht die Anschlussberufung der Kläger für zulässig erachtet. Dies ist vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfen (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2007 - IV ZR 12/07, NRW-RR 2008, 221 m.w.N.).
- 21 Für die Zulässigkeit der Anschlussberufung gilt bei Gesetzesänderungen das Prozessrecht in der Fassung, die für die Beurteilung der Zulässigkeit der Berufung maßgeblich ist (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2007, aaO). Deshalb ist das Berufungsgericht im Ansatz zu Recht davon ausgegangen, dass die Anschlussberufung bis zum Ablauf eines Monats nach Zustellung der Berufungsbegründung hätte eingegangen sein müssen (§ 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO in der bis zum 31. August 2004 geltenden Fassung).
- 22 Zu Unrecht hat das Berufungsgericht jedoch angenommen, die Vorschrift sei nach ihrem Sinn und Zweck nicht auf eine Klageerweiterung in Form der Umstellung der Feststellungsklage auf eine Leistungsklage wegen des Eintritts neuer Tatsachen nach Ablauf der Frist anwendbar. Der Gesetzgeber hat sich in der damals geltenden maßgeblichen Fassung des § 524 ZPO ohne Ausnahme dafür entschieden, dass der Berufungsgegner sich nur binnen einer Frist von einem Monat nach Zustellung der Berufungsbegründung der Berufung anschließen kann, um den Prozessstoff zu straffen und möglichst von neuem Vorbringen freizuhalten; eine Ausnahme für künftig fällig werdende wiederkehrende Leistungen hat er erst durch Änderung des § 524 ZPO im Jahr 2004 geschaffen. Dieser Zweck gilt auch in Fällen der Klageerweiterung des § 264 Nr. 2

ZPO. Die damit verbundene Beschränkung eines Klägers, der Berufungsbe-
klagter ist, beeinträchtigt ihn nicht in einer Weise, die eine korrigierende Ausle-
gung erfordert. Der Grundsatz der Waffengleichheit (vgl. BGH, Urteil vom
7. Dezember 2007 - V ZR 210/06, NJW 2008, 1953, Tz. 26) ist nicht verletzt.
Die Finanzierungskosten werden nicht in Abhängigkeit davon geltend gemacht,
dass die Beklagte den Einwand erhebt, die bis zum Schluss der mündlichen
Verhandlung vereinnahmten Mieten müssten von der Klageforderung abgezo-
gen werden. Die Kläger haben die Möglichkeit, dass sie - gestützt auf das Fest-
stellungsurteil - wegen der weiteren Finanzierungskosten eine weitere Klage
erheben.

Kniffka

Kuffer

Bauner

Safari Chabestari

Halfmeier

Vorinstanzen:

LG Heidelberg, Entscheidung vom 19.02.2003 - 5 O 187/01 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 29.12.2005 - 17 U 55/03 -