BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 180/11

Verkündet am:
11. Oktober 2012
Besirovic,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 635 Abs. 3, § 251 Abs. 2 Satz 1, § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1, § 281 Abs. 1

a) Der Besteller kann unter den Voraussetzungen von § 280 Abs. 1, § 281 Abs. 1 BGB ohne vorherige Fristsetzung Schadensersatz statt der Leistung für Mängel der Werkleistung beanspruchen, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung hinsichtlich dieser Mängel gemäß § 635 Abs. 3 BGB zu Recht als unverhältnismäßig verweigert hat.

b) Macht der Besteller werkvertraglichen Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten geltend, entsprechen die für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit dieses Aufwands nach § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB maßgeblichen Kriterien denen, die bei der gemäß § 635 Abs. 3 BGB gebotenen Prüfung des unverhältnismäßigen Nacherfüllungsaufwands heranzuziehen sind.

BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 - VII ZR 180/11 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Oktober 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka sowie die Richterin Safari Chabestari, den Richter Dr. Eick, den Richter Prof. Leupertz und den Richter Dr. Kartzke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 21. Juli 2011 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte unbedingt zur Zahlung eines 2.935,12 € nebst Zinsen übersteigenden Betrages verurteilt und ihre Widerklage hinsichtlich eines Betrages von 39.720,55 € nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

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 Klägerin verlangt von der Beklagten Restwerklohn für Heizungs- und Sanitärinstallationsarbeiten. Mit der Widerklage beansprucht die Beklagte mangelbedingten Schadensersatz.

2 Die Klägerin schloss mit der Beklagten und ihrem Sohn im Jahr 2006 einen Vertrag über die Erbringung von Heizungs- und Installationsarbeiten in einem Doppelhaus in I. Der Sohn der Beklagten ist Eigentümer der Doppelhaushälfte 6a; die Doppelhaushälfte 6 steht im Eigentum der Beklagten. Mit der Klage beansprucht die Klägerin Restwerklohn für die in der Doppelhaushälfte der Beklagten ausgeführten Werkleistungen. Darüber hinaus macht sie Restwerklohn in Höhe von 3.282,12 € für Arbeiten in einem anderen, der Beklagten gehörenden Gebäude geltend. Der Restwerklohnanspruch für Arbeiten in der Doppelhaushälfte 6a ist Gegenstand des Parallelverfahrens VII ZR 179/11.

3 Die Beklagte hat Mängel der ihre Doppelhaushälfte betreffenden Werkleistungen behauptet, die mit einem die Klageforderung übersteigenden Kostenaufwand beseitigt werden müssten und gemeint, die Bezahlung der Restwerklohnforderung, die mangels Abnahme der Werkleistungen ohnehin noch nicht fällig sei, jedenfalls bis zur Beseitigung der Mängel verweigern zu dürfen. Hinsichtlich der Restwerklohnforderung der Klägerin von 3.282,12 € hat sie die Aufrechnung mit Ansprüchen auf Schadensersatz für die mangelhafte Ausführung der Werkleistungen in der Doppelhaushälfte 6 erklärt. Das Landgericht hat die Beklagte nach Beweisaufnahme zur Zahlung von 7.717,24 € nebst Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten sowie zur Zahlung von weiteren 2.500 € Zug um Zug gegen Beseitigung näher bezeichneter Mängel verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die erstinstanzliche Entscheidung unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels dahin abgeändert, dass die Beklagte 6.217,24 € nebst Zinsen sowie weitere 3.000 € Zug um Zug gegen Beseitigung von Mängeln zahlen muss. Darüber hinaus hat es vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten zugesprochen. Im Berufungsverfahren hat die Beklagte Widerklage erhoben, mit der sie die zuvor zur Begründung ihres mangelbedingten Leistungs-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

verweigerungsrechts geltend gemachten Kosten für die Beseitigung von Mängeln an der Dämmung bzw. der Befestigung der auf der Bodenplatte verlegten Warm- und Kaltwasserleitungen in Höhe von 44.002,67 € nunmehr im Wege des Schadensersatzes verlangt. Das Berufungsgericht hat die Schadensersatzforderung für nicht gerechtfertigt gehalten, weil die Klägerin die Mängelbeseitigung wegen des unverhältnismäßig hohen Nachbesserungsaufwandes zu Recht verweigert habe und die Beklagte sich deshalb insoweit auf eine Minderung des Werklohns verweisen lassen müsse. Hierfür hat es den nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen wegen der unzureichenden Isolierung der Warmwasserrohre verbleibenden technischen Minderwert von 1.000 € von der Klageforderung abgezogen; die Widerklage hat es abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision wendet sich die Beklagte gegen ihre Verurteilung zur Zahlung eines Betrages in Höhe der Aufrechnungsforderung (3.282,12 €) sowie gegen die Aberkennung ihrer Widerklageforderung in Höhe eines Betrages von 39.720,55 € nebst Zinsen.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision führt in dem mit der Revision geltend gemachten Umfang zur Aufhebung des Berufungsurteils und insoweit zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

I.

5 Das Berufungsgericht führt aus, die Werkleistungen der Klägerin seien mangelhaft, weil sie die Warmwasserleitungen in der Bodenplatte nur mit einer 13 mm starken Dämmung versehen habe, obwohl nach den maßgeblichen Bestimmungen der Energieeinsparverordnung (EnEV) die Dämmung eine Mindeststärke von 20 mm aufweisen müsse. Dass dies dem Sohn der Beklagten schon vor Beginn der Dämmarbeiten bewusst gewesen sei und sie die von der Klägerin vorgesehene Ausführung dennoch zugelassen habe, könne insbesondere mit Rücksicht auf deren Erklärung, stets eine derartige Dämmung zu verwenden, zwar nicht als Verzicht auf eine vertragsgerechte Erstellung des Werkes angesehen werden. Gleichwohl stehe der Beklagten der im Wege der Aufrechung und der Widerklage geltend gemachte Schadensersatzanspruch nicht zu, weil die Klägerin gemäß § 635 Abs. 3, § 275 Abs. 2 BGB berechtigt gewesen sei, die Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit zu verweigern. Der Aufwand für die Beseitigung der in Rede stehenden Mängel stehe in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem Vorteil, den die Beklagte durch die Nachbesserung erlangen könne. Deren Interesse an einer Beseitigung der Mängel sei gering, weil nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen H. die konkrete Nutzung des Gebäudes durch die nicht fachgerechte Dämmung der Warmwasserleitungen nicht beeinträchtigt sei und der mangelbedingt höhere Energieverbrauch lediglich zu Mehrkosten von ca. 50 € pro Jahr führe. Dem stünden erhebliche, unangemessen hohe Nachbesserungskosten von ca. 44.000 € gegenüber. Berücksichtige man vor diesem Hintergrund, dass die Klägerin den Mangel weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verursacht habe und das Ausmaß des ihr anzulastenden Verschuldens eher gering sei, die Beklagte ihrerseits aus Zeitgründen sehenden Auges eine mangelhafte Dämmung der Warmwasserrohre hin-

genommen habe, so führe die Gesamtabwägung der maßgeblichen Umstände dazu, dass die Klägerin berechtigt sei, die Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit zu verweigern. Die Beklagte könne lediglich Minderung in Form eines angemessenen Ausgleichs für den Wertverlust des Werkes verlangen. Maßgeblich sei der verbliebene technische Minderwert, der auf der Grundlage der hierzu vom Sachverständigen H. getroffenen Feststellungen mit 1.000 € zu veranschlagen sei. Ein Ausgleich für merkantilen Minderwert komme nicht in Betracht, weil die Nutzbarkeit des Gebäudes nicht eingeschränkt und der mangelbedingt höhere Energieverbrauch unwesentlich sei.

II.

6 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

7 1. Der Entscheidung des Berufungsgerichts liegt die Erwägung zugrunde, dass der Besteller keinen Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1, § 281 Abs. 1 BGB wegen festgestellter Mängel der Werkleistungen beanspruchen kann, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung hinsichtlich dieser Mängel gemäß § 635 Abs. 3 BGB zu Recht verweigert hat. Stattdessen will es ihn auf eine Minderung des Werklohns in Höhe eines angemessenen Ausgleichsbetrages für den Wertverlust des Werkes verweisen. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

8 a) Der Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz für schuldhaft verursachte Werkmängel entfällt nicht schon dadurch, dass der Unternehmer zu Recht gemäß § 635 Abs. 3 BGB einwendet, diese Mängel nicht beseitigen zu müssen. Er darf gemäß § 635 Abs. 3 BGB die Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Darüber hinaus darf er die

Leistung in den Fällen der "faktischen oder praktischen Unmöglichkeit" gemäß § 275 Abs. 2 und 3 BGB verweigern. Für diese Fälle ergibt sich unmittelbar aus § 275 Abs. 4, § 283 BGB, dass der Besteller unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1, § 281 Abs. 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung für Mängel der Werkleistung ohne vorherige Fristsetzung beanspruchen kann. Eine entsprechende Regelung für den Fall der Leistungsverweigerung gemäß § 635 Abs. 3 BGB fehlt zwar. Es besteht jedoch kein Zweifel, dass der Gesetzgeber auch für diesen Fall einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung unter den Voraussetzungen von § 280 Abs. 1, § 281 Abs. 1 BGB eröffnen wollte. Das ergibt sich ohne weiteres aus § 636 BGB, wonach es zur Entstehung des Schadensersatzanspruchs grundsätzlich einer Fristsetzung nicht bedarf, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung gemäß § 635 Abs. 3 BGB verweigert (vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, S. 234 und 265).

9 b) In welcher Höhe der Unternehmer Schadensersatz zu leisten hat und wie die Entschädigung zu berechnen ist, ergibt sich aus den Vorschriften zum allgemeinen Schadensrecht in §§ 249 ff. BGB. Allerdings kommt ein Anspruch auf Naturalrestitution regelmäßig nicht in Betracht, weil dadurch die Erfüllung der vertraglichen Leistung herbeigeführt würde, die der Besteller gemäß § 281 Abs. 4 BGB gerade nicht mehr verlangen kann. Stattdessen ist er in Geld zu entschädigen (BGH, Urteil vom 6. November 1986 - VII ZR 97/85, BGHZ 99, 81).

10 Die Entschädigung kann der Besteller nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich wahlweise nach der Differenz zwischen dem Verkehrswert des Werkes mit und ohne Mangel ermitteln oder in Höhe der Aufwendungen geltend machen, die zur vertragsgemäßen Herstellung des Werkes erforderlich sind (BGH, Urteil vom 10. März 2005 - VII ZR 321/03, BauR 2005, 1014 = NZBau 2005, 390 = ZfBR

2005, 461; Urteil vom 11. Juli 1991 - VII ZR 301/90, BauR 1991, 744 = ZfBR 1991, 265; Urteil vom 26. Oktober 1972 - VII ZR 181/71, BGHZ 59, 365, 366).

11 c) Die dem Besteller nach dieser Rechtsprechung eröffnete Möglichkeit, seinen Schadensersatzanspruch anhand der Mängelbeseitigungskosten zu berechnen, gilt nicht uneingeschränkt. Der Senat hat bereits entschieden, dass dieser Schadensberechnung in entsprechender Anwendung des § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB der Einwand entgegengehalten werden kann, die Aufwendungen zur Mängelbeseitigung seien unverhältnismäßig (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1972 - VII ZR 181/71, BGHZ 59, 365, 366; Urteil vom 27. März 2003 - VII ZR 443/01, BGHZ 154, 301, 305; Urteil vom 10. März 2005 - VII ZR 321/03, BauR 2005, 1014 = NZBau 2005, 390 = ZfBR 2005, 461; Urteil vom 29. Juni 2006 - VII ZR 86/05, BauR 2006, 1736, 1738 = NZBau 2006, 642 = ZfBR 2006, 668). Unverhältnismäßig in diesem Sinne sind die Aufwendungen für die Beseitigung des Werkmangels, wenn der in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg oder Teilerfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes steht und es dem Unternehmer nicht zugemutet werden kann, die vom Besteller in nicht sinnvoller Weise gemachten Aufwendungen tragen zu müssen. In einem solchen Fall würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn der Besteller diese Aufwendungen dem Unternehmer anlasten könnte (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1972 - VII ZR 181/71, aaO; Urteil vom 27. März 2003 - VII ZR 443/01, aaO; Urteil vom 10. März 2005 - VII ZR 321/03, aaO; Urteil vom 29. Juni 2006 - VII ZR 86/05, aaO).

12 Der Bundesgerichtshof hat bisher nicht entschieden, ob die nach obigen Grundsätzen für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit im Sinne des § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB maßgeblichen Kriterien denen entsprechen, die bei der nach § 635 Abs. 3 BGB gebotenen Prüfung des unverhältnismäßigen Nacher-

füllungsaufwands heranzuziehen sind. Das ist zu bejahen, wenn, wie hier, werkvertraglicher Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten beansprucht wird. Durch die Zubilligung dieses Schadensersatzanspruches soll der Besteller einen Ausgleich für die Nachteile erhalten, die ihm durch die mangelhafte Ausführung der Werkleistung entstanden sind. Sein Anspruch auf monetären Ausgleich für Mangelschäden beruht auf seinem berechtigten Interesse an der Verwirklichung des vom Unternehmer geschuldeten Werkerfolgs. Er soll hinsichtlich der Beseitigung dieser Mängel im Ergebnis nicht besser stehen als er bei tauglicher Nacherfüllung durch den Unternehmer stünde. Dann aber besteht kein vernünftiger Grund, dem Unternehmer, der die Beseitigung von Mängeln wegen eines damit verbundenen unverhältnismäßigen Aufwands gemäß § 635 Abs. 3 BGB verweigern darf, gleichwohl im Wege des Schadensersatzes die Erstattung der Mängelbeseitigungskosten abzuverlangen. Aus dem Umstand, dass der Besteller Schadensersatz nur für solche Mängel beanspruchen kann, die der Unternehmer zu vertreten hat, folgt nichts anderes. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit nach § 635 Abs. 3 BGB das Verschulden des Unternehmers zu berücksichtigen ist (BGH, Urteil vom 23. Februar 1995 - VII ZR 235/93, BauR 1995, 540 = ZfBR 1995, 197; vgl. auch Urteil vom 27. März 2003 - VII ZR 443/01, BGHZ 154, 301; Urteil vom 10. November 2005 - VII ZR 64/04, BauR 2006, 377 = NZBau 2006, 110 = ZfBR 2006, 154). Liegt Verschulden vor, fällt es ebenso wie bei § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB ins Gewicht, ohne dass sich hieraus die Notwendigkeit ergeben könnte, die Unverhältnismäßigkeit des Mängelbeseitigungsaufwands im Rahmen des § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB anderen Kriterien zu unterwerfen, als sie für § 635 Abs. 3 BGB gelten. Daraus folgt im Ergebnis, dass der Besteller mangelbedingten Schadensersatz stets nur in Höhe der Verkehrswertminderung beanspruchen

kann, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht gemäß § 635 Abs. 3 BGB als unverhältnismäßig verweigert hat.

13 2. Bei Anwendung dieser Grundsätze kann die Entscheidung des Berufungsgerichts im Ergebnis nur Bestand haben, wenn der der Beklagten zustehende Schadensersatzanspruch den Betrag nicht übersteigt, den ihr das Berufungsgericht bereits im Wege der Minderung mit 1.000 € für den technischen Minderwert des Werks zugebilligt hat. Das ist denkbar, weil Schadensersatz statt der Leistung nach § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1, § 281 Abs. 1 BGB auf einen Ausgleich für den technischen Minderwert der mangelhaften Werkleistung beschränkt sein kann, wenn eine zusätzliche Wertminderung nicht in Betracht kommt. Die Beklagte hat im Verfahren der Vorinstanzen zwar keine Minderung geltend gemacht. Sie nimmt die Entscheidung des Berufungsgerichts in diesem Punkt jedoch hin und beansprucht mit der Revision nur noch den 1.000 € übersteigenden Teil ihrer Schadensersatzforderung. Damit trägt die Beklagte dem bei der Schadensbemessung zu berücksichtigenden Gesichtspunkt Rechnung, die an die Klägerin zu zahlende Vergütung in Höhe des rechtskräftig zuerkannten Minderungsbetrages erspart und hierdurch einen Vorteil erlangt zu haben, den sie sich nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen auf ihren Schadensersatzanspruch anrechnen lassen muss.

14 Eine dahingehende Entscheidung kann der Senat nicht treffen. Die Feststellungen des Berufungsgerichts bieten keine ausreichende Grundlage für die Annahme, dass der der Beklagten zu erstattende Schaden auf einen mit 1.000 € zu veranschlagenden technischen Minderwert beschränkt ist.

15 Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob die Voraussetzungen des § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB erfüllt sind. Seine zu § 635 Abs. 3 BGB getroffenen

Feststellungen, die insoweit herangezogen werden könnten, sind unzureichend, weil sie den hierfür maßgeblichen Sachvortrag der Parteien nicht ausschöpfen.

16 a) Allerdings wirft die Revision dem Berufungsgericht zu Unrecht vor, es habe bei der nach § 635 Abs. 3 BGB vorzunehmenden Abwägung der Regelung des § 12 Abs. 5 EnEV keine hinreichende Beachtung geschenkt, die eine von der Klägerin nicht eingehaltene Mindestdämmung der Warmwasserleitungen vorschreibe. Das Berufungsgericht hat diesen Gesichtspunkt berücksichtigt, indem es zutreffend von einem fahrlässigen Verstoß gegen die Vorschriften der EnEV ausgeht. Der weitergehende Einwand der Revision, hier wiege das Ergebnis der nicht vertragsgerechten Ausführung der Werkleistung besonders schwer, weil die Klägerin gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen habe, greift ebenfalls nicht. Er allein führt jedenfalls nicht dazu, dass die Klägerin sich nicht auf die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten berufen kann. Die Beklagte übersieht, dass gerade die Nichteinhaltung der Vorgaben in § 12 Abs. 5 EnEV den Mangelvorwurf begründet. Für die nach § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB vorzunehmende Unverhältnismäßigkeitsprüfung kommt diesem Umstand keine andere Bedeutung zu, als sie einem schuldhaften Verstoß gegen anerkannte Regeln der Technik oder vertragliche Beschaffenheitsvereinbarungen zuteil wird. Im Übrigen ist die Beklagte nicht der Gefahr ausgesetzt, durch die Entgegennahme der mangelhaften Werkleistungen selbst in einer Weise gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen zu haben, die von entscheidender Bedeutung für die Abwägung nach § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB sein könnte. Maßgebend ist die Energieeinsparverordnung in der Fassung vom 8. Dezember 2004 (BGBl. I, S. 3144, 3146). Danach war die Beklagte zwar verpflichtet, für eine den Vorgaben des § 12 Abs. 5 EnEV entsprechende Dämmung der Warmwasserleitungen zu sorgen. Sie muss allerdings nicht befürchten, wegen der

Nichteinhaltung dieser Vorgaben mit Ordnungsmitteln belegt zu werden, welche der Verordnungsgeber erst durch § 27 der Energieeinsparverordnung in der Fassung vom 1. Oktober 2007 (BGBl. I, S. 1519) eingeführt hat.

17 b) Unbegründet ist auch der Einwand der Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass die Klägerin den hohen Mängelbeseitigungsaufwand schuldhaft dadurch herbeigeführt habe, dass sie auf die entsprechende Rüge des Sohnes der Beklagten nicht auf die gesetzlich vorgesehene Dämmung hingewiesen habe. Diesen Sachverhalt hat das Berufungsgericht vertretbar gewürdigt und zutreffend darauf hingewiesen, dass der Sohn der Beklagten trotz der ihm durch einen Bausachverständigen vor Beginn der Estrich- und Verlegearbeiten vermittelten Kenntnis von der nicht ordnungsgemäßen Dämmung auf Durchführung der von der Klägerin vorgesehenen Arbeiten bestanden und dadurch selbst dazu beigetragen habe, dass die hohen Kosten entstanden seien.

18 c) Das Berufungsgericht hat bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit den Standpunkt eingenommen, dass nur die Dämmung der Warmwasserleitungen nachgebessert werden müsse; die Kaltwasserleitungen seien nicht betroffen, weil insoweit keine Mindestanforderungen an die Dämmung bestünden. Damit hat es Tatsachenvortrag der Beklagten übergangen, den es bei der Abwägung hätte berücksichtigen müssen. Die Beklagte hat vorgetragen, dass die Kaltwasserleitungen mangelhaft seien, weil sie ungedämmt unmittelbar neben den warmgebenden Rohrleitungen lägen, zudem über keine vollständige Schwitzwasserisolierung verfügten und deshalb die Gefahr einer Salmonellenbildung bestehe. Darüber hinaus seien die Rohrleitungen nur unzureichend mit einem Textilgurt und einem Bolzenschussgerät auf der Sohlplatte befestigt worden. Die Beklagte hat ihre Schadensersatzforderung auch - zumindest teilweise - mit diesen Mängeln begründet.

Das Berufungsgericht hätte aufklären müssen, inwieweit Streit über das Vorhandensein der Mängel besteht und hierzu gegebenenfalls Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens erheben müssen. Die Aufklärung der von der Beklagten behaupteten Tatsachen ist für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit von Bedeutung, weil das Interesse der Beklagten an der Mängelbeseitigung durch das Hinzutreten weiterer Mängel mehr Gewicht erlangt. Darüber hinaus wird das Berufungsgericht zu klären haben, ob durch die unzureichende Dämmung der Kaltwasserleitungen die Gefahr einer Salmonellenbildung besteht. Sollte die dahin gehende Behauptung der Beklagten zutreffen, wäre es ihr kaum zuzumuten, dieses Risiko tragen zu müssen.

19 3. Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Prüfung der Unverhältnismäßigkeit gemäß § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen und der darüber hinaus von der Beklagten mit der Revision vorgebrachten Einwendungen zu dem Ergebnis kommen, dass die Beklagte Schadensersatz nur in Höhe einer mangelbedingten Verkehrswertminderung beanspruchen kann, wird es im Hinblick auf eventuelle weitere Mängel und deren Folgen für die zweckentsprechende Verwendung der Werkleistungen neu darüber befinden müssen, ob der vom Sachverständigen H. geschätzte technische Minderwert einen angemessenen Ausgleich darstellt. Gleiches gilt für seine Entscheidung, dass der Beklagten kein merkantiler Minderwert zu ersetzen sei. Mit Recht beanstandet die Revision in diesem Punkt, dass das Berufungsgericht seine Annahme, der Verkehrswert des Gebäudes sei nicht

tangiert, mit dem schlichten Hinweis auf einen nur geringfügig höheren Energieverbrauch und keine darüber hinausgehenden Nutzungsnachteile nicht hinreichend begründet hat.

Kniffka Safari Chabestari Eick

Leupertz Kartzke

Vorinstanzen:
LG Osnabrück, Entscheidung vom 13.05.2009 - 10 O 2794/07 (223) -
OLG Oldenburg, Entscheidung vom 21.07.2011 - 8 U 140/09 -