BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 228/09

Verkündet am:
5. November 2010
Weschenfelder
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 434 Abs. 1 Satz 1, 437 Nr. 2, 441 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1

Schlägt der Anspruch des Käufers auf Herabsetzung des Kaufpreises wegen eines Mangels der Kaufsache fehl, weil der Betrag der Minderung in Anwendung der in § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB bestimmten Berechnungsmethode nicht ermittelt werden kann, kann der Käufer - auch wenn er gegenüber dem Verkäufer die Minderung erklärt hat - den ihm durch den Mangel entstandenen Vermögensschaden als Schadensersatz nach § 437 Nr. 3 i.V.m. § 281 Abs. 1 BGB geltend machen.

BGH, Urteil vom 5. November 2010 - V ZR 228/09 - Kammergericht
LG Berlin

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger, die Richter Dr. Lemke und Dr. Schmidt-Räntsch, die Richterin Dr. Stresemann und den Richter Dr. Czub

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 23. November 2009 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin kaufte auf Grund einer Auktion mit notariellem Vertrag vom 9. Dezember 2004 von der Beklagten fünf in B. belegene Grundstücke eines ehemaligen Industriegeländes, die u.a. mit einem Fabrikgebäude und einem Produktions- und Lagergebäude bebaut sind, zu einem Preis von 2.000.000 €.

2 In den Kaufvertrag wurde der Katalogauszug des Auktionshauses einbezogen und als Inhalt des Vertrags bestimmt. Dieser enthielt unter anderem folgende Angaben zum Versteigerungsobjekt: Nutzfläche des 1938 errichteten, unter Denkmalschutz stehenden ehemaligen Fabrikgebäudes 45.900 m^2, vermietete Teilfläche 7.823 m^2. Jahresbruttokaltmiete ca. 228.449 €, darin enthalten sind Betriebskostenpauschalen der Mieter für die gemieteten Flächen; vom Eigentümer für das Gesamtareal (inklusive nicht vermieteter Flächen) im Jahr 2003 zu zahlende Betriebskosten ca. 46.108 €. Nutzfläche des neuen, als Kunstzentrum genutzten Lagerhauses 2.088 m^2, davon 1.620 m^2 vermietet; Jahresbruttokaltmiete ca. 80.000 €, darin enthalten sind Betriebskostenpauschalen der Mieter, vom Eigentümer (inklusive nicht vermieteter Flächen) im Jahr 2003 zu zahlende Betriebskosten ca. 11.180 €.

3 In den notariellen Kaufvertrag einbezogen wurden ferner die Versteigerungsbedingungen des Auktionshauses. Diese enthalten einen Gewährleistungsausschluss wegen aller Ansprüche und Rechte des Erwerbers wegen Sachmängeln des Grundstücks und des Gebäudes und die Bestimmung, dass, soweit der Veräußerer dem Auktionshaus oder dem Auktionator Angaben oder Zusicherungen über das Objekt und die tatsächlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse gemacht habe, diese zugunsten des künftigen Erwerbers gelten.

4 In den in dem Katalogauszug ausgewiesenen Beträgen für die von dem Eigentümer im Jahr 2003 gezahlten Betriebskosten waren die Heizkosten und die Aufwendungen für den Hausmeister, die Stadtreinigung und den Schornsteinfeger nicht erfasst.

5 Die Klägerin erklärte die Minderung des Kaufpreises, weil sich die tatsächlichen Betriebskosten auf 91.432 € statt angegebener 57.288 € belaufen hätten. Sie hat von der Beklagten die Zahlung von 399.028 € zzgl. Zinsen als Minderung, hilfsweise als Schadensersatz verlangt. Das Landgericht hat die

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

Klage abgewiesen; das Kammergericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

6 Das Berufungsgericht geht davon aus, dass die Klägerin das Objekt auf der Grundlage unzutreffender Angaben der Beklagten über die im Jahr 2003 von dem Eigentümer gezahlten Betriebskosten erworben hat. Deswegen hält es einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Minderung des Kaufpreises für möglich, weil die in einem Kaufvertrag enthaltenen und zum Gegenstand der Verhandlungen gemachten Angaben über tatsächlich erzielte Mieterträge regelmäßig als Zusicherung einer Eigenschaft zu verstehen seien.

7 Bei Durchführung der Beweisaufnahme habe sich jedoch ergeben, dass es auf Grund der Besonderheiten des zu beurteilenden Objekts nicht möglich sei, die von der Klägerin behauptete Wertminderung anhand der unrichtigen Angaben der Beklagten über die Einnahme- und Ausgabesituation im Jahr 2003 zu verifizieren. Bei einer auf das gesamte Objekt bezogenen Gesamtkalkulation eines Investors seien die auf einen tatsächlichen Vermietungsstand von unter 19 % der vermietbaren Fläche bezogenen Betriebskosten zu vernachlässigen, zumal bei diesem Objekt der Ertragsanteil der Gebäude wegen hoher notwendiger Investitionen negativ ausfalle und der Ertragswert des Grundstücks unter dem Bodenwert des fiktiv unbebauten Grundstücks liege.

8 Die von der Klägerin beanspruchte Minderung könne deshalb nicht festgestellt werden. Aus denselben Gründen könne auch nicht festgestellt werden, dass die Klägerin durch die Zahlung des vereinbarten Kaufpreises einen Schaden erlitten habe.

II.

9 Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

10 1. Das Berufungsurteil ist im Ausgangspunkt richtig. Der Klägerin steht wegen der in dem Kaufvertrag falsch (nämlich zu niedrig) angegebenen Betriebskosten gegen die Beklagte ein Anspruch nach § 441 Abs. 4 Satz 1, § 346 Abs. 1 BGB wegen Minderung des Kaufpreises dem Grunde nach zu.

11 a) Davon gehen im Ansatz sowohl die Revision als auch die Erwiderung aus, die mit dem Berufungsgericht die in dem Katalogauszug genannten Mieterträge und die Betriebsausgaben als von der Beklagten zugesicherte Eigenschaften des Grundstücks ansehen. Eine der Haftung für zugesicherte Eigenschaften nach § 459 Abs. 2, § 463 Satz 1 BGB aF entsprechende Gewährleistungspflicht des Verkäufers gibt es auch nach den neuen, auf den im Jahre 2004 geschlossenen Kaufvertrag nach Art. 229 § 5 Abs. 1 Satz 1 EGBGB anzuwendenden Kaufrechtsvorschriften, wenn der Verkäufer gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1, § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB das Vorliegen einer bestimmten Beschaffenheit der Kaufsache garantiert hat (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 132; BGH, Urteile vom 16. März 2005 - VIII ZR 130/04, juris Rn. 8 und vom 29. November 2006 – VIII ZR 92/06, BGHZ 170, 86, 91 f. Rn. 20 mwN).

12 b) Die aus der Bewirtschaftung eines bebauten, vermieteten Grundstücks erzielten Mieterträge und die aufzuwendenden Betriebskosten gehören zu den

Eigenschaften, die Gegenstand einer von den Kaufvertragsparteien vereinbarten Beschaffenheit des Grundstücks nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB sein können und deren Vorhandensein der Verkäufer garantieren kann.

13 Das entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Senats zu § 459 Abs. 2 BGB aF (Urteile vom 8. Februar 1980 - V ZR 174/78, NJW 1980, 1456, 1457; vom 7. Dezember 1988 - V ZR 91/87, NJW 1989, 1795; vom 3. November 1989 - V ZR 154/88, NJW 1990, 902; vom 24. Oktober 1997 - V ZR 187/96, NJW 1998, 534 und vom 30. März 2001 - V ZR 461/99, NJW 2001, 2551, 2552), an der auch nach der Schuldrechtsmodernisierung festzuhalten ist. Da durch die Neuregelung des Gewährleistungsrechts in der Schuldrechtsmodernisierung die Unterschiede im früheren Recht zwischen den Fehlern (§ 459 Abs. 1 BGB aF) und zusicherungsfähigen Eigenschaften (§ 459 Abs. 2 BGB aF) eingeebnet (BT-Drucks. 14/6040, S. 210) und die Möglichkeiten für eine privatautonome Vereinbarung dessen, was der Verkäufer nach § 433, § 434 BGB als Erfüllung des Vertrags schuldet, erweitert werden sollten (BT-Drucks. 14/6040, S. 212; zu alledem: Schmidt-Räntsch, AnwBl. 2003, 529, 531), kann jedenfalls jede nach früherem Recht zusicherungsfähige Eigenschaft einer Sache im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB aF nunmehr eine Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB sein (Bamberger-Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 434 Rn. 12; Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl., § 434 Rn. 12; Staudinger/Matuschke-Beckmann, BGB [2004], § 434 Rn. 42; Gruber, MDR 2002, 433, 435 f.; Roth, NJW 2004, 330, 331; Wunderlich, WM 2002, 981, 983; der abweichenden Ansicht von Huber, AcP 202 [2002], 179, 226; Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 122 und 124; Erman/Grunewald, BGB 12. Aufl., § 434 Rn. 3, nach der nur die körperlichen Eigenschaften der Sache und die dieser auf Dauer anhaftenden Umstände tatsächlicher, rechtlicher und wirtschaftlicher Art als Beschaffenheit anzusehen sein sollen, ist aus den vorstehenden Gründen nicht zu folgen).

14 b) Die Angaben über die Mieten und die Betriebskosten in dem Katalogauszug wurden nach den Bestimmungen in dem Notarvertrag ausdrücklich durch Verlesen der Verkäufererklärungen in der Anlage und deren Beifügen zur Vertragsurkunde als Inhalt des Kaufvertrags vereinbart.

15 c) Die Kaufsache war danach mangelhaft. Ihr fehlte eine vertraglich bestimmte Beschaffenheit, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Betriebskosten im Vorjahr des Verkaufs (2003) um 34.144 € über dem Betrag lagen, von dem ein Kaufinteressent nach den Zahlenangaben der Beklagten in dem Katalogauszug über die von dem Eigentümer zu tragenden Betriebskosten ausgehen musste.

16 d) Darauf, ob die zum Inhalt des Kaufvertrags bestimmten Angaben durch die Einbeziehung des Katalogauszugs in den Kaufvertrag von der Beklagten zugesichert (= garantiert) waren (so die std. Rechtsprechung des Senats zu den Erklärungen des Verkäufers über erzielte Mieten: Urteile vom 8. Februar 1980 - V ZR 174/78, NJW 1980, 1456, 1457; vom 19. September 1980 - V ZR 51/78, NJW 1981, 45, 46; vom 3. November 1989 - V ZR 154/88, NJW 1990, 902, 903; vom 26. Februar 1993 - V ZR 270/91, NJW 1993, 1385 und vom 5. Oktober 2001 - V ZR 275/00, NJW 2002, 208, 209, wobei auch für die von der Beklagten durchgeführten Verkäufe im Wege freiwilliger Versteigerungen nichts anderes gilt - Senat, Urteil vom 5. Oktober 2001 - V ZR 275/00, NJW 2002, 208, 209), kommt es hier nicht an, weil das Recht des Käufers auf Kaufpreisminderung nach § 441 BGB eine Garantie des Verkäufers nicht voraussetzt und der vereinbarte Gewährleistungsausschluss in den Kaufvertrag einbezogenen Versteigerungsbedingungen des Auktionshauses sich nicht auf die Ansprüche des Käufers wegen falscher Angaben des Verkäufers über die Mieterträge und die Betriebskosten erstreckt.

17 Dies ergibt eine Auslegung der Auktionsbedingungen, die der Senat selbst vornehmen kann. Bei diesen Bestimmungen handelt es sich um eine Regelung in Allgemeinen Versteigerungsbedingungen, die für eine unbestimmte Vielzahl von Grundstücksauktionen gelten. Solche Klauseln sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (Senat, Urteile vom 8. November 2002 - V ZR 78/02, VIZ 2003, 240, 241 und vom 29. Mai 2009 - V ZR 201/08, NJW-RR 2010, 63, 64). Für einen Haftungsausschluss, der von der gesetzlichen Regelung abweicht, die die beiderseitigen Interessen angemessen gewichtet, gilt im Zweifel der Grundsatz der engen Auslegung (Senat, Urteil vom 24. Januar 2003 - V ZR 248/02, NJW 2003, 1316, 1317).

18 Vor diesem Hintergrund stellt sich die besondere Regelung in den Auktionsbedingungen über die Erklärungen zu den Mieten und den Betriebskosten in dem Katalog, die als Angaben und Zusicherungen zugunsten des künftigen Erwerbers gelten sollen, als eine Ausnahme von dem zuvor bestimmten allgemeinen Haftungsausschluss dar. Ein Bieter (und späterer Käufer) wird eine solche Klausel in den Versteigerungsbedingungen so verstehen, dass er auf diese Angaben des Verkäufers vertrauen und sein Gebot auf deren Grundlage abgeben darf.

19 2. Soweit das Berufungsurteil einen Anspruch der Klägerin auf Teilrückzahlung des Kaufpreises (§ 437 Nr. 2 i.V.m. § 441 Abs. 4 BGB) mangels Verifizierbarkeit eines Minderungsbetrags verneint hat, hält es allerdings den Angriffen der Revision nicht stand.

20 a) Richtig ist auch hier der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass eine Minderung des Kaufpreises nach § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB eine Differenz zwischen dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und ih-

rem tatsächlichen Wert voraussetzt und daher entfällt, wenn sich die beiden Werte decken (Jauernig/Chr. Berger, BGB, 13. Aufl., § 441 Rn. 6; MünchKomm-BGB/H.P. Westermann, BGB, 5. Aufl., § 441 Rn. 13).

21 b) Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht sei seiner Pflicht nicht nachgekommen, bei der Beweiswürdigung zu prüfen, ob das Gutachten allgemein anerkannte Grundsätze für die Ermittlung des Verkehrswerts von Grundstücken beachtet hat (vgl. Senat, Urteile vom 17. Mai 1991 - V ZR 104/90, NJW 1991, 2698 und vom 12. Januar 2001 - V ZR 420/99, NJW-RR 2001, 732, 733). Auch nach den Darlegungen der Revision lässt sich ein Verstoß gegen diese Pflicht des Tatrichters nicht feststellen.

22 Das Berufungsgericht hat - entgegen der Ansicht der Revision - nicht verkannt, dass bei der Wertermittlung im Ertragswertverfahren nach § 17 WertV nur die nachhaltig erzielbaren Mieteinnahmen zu berücksichtigen sind, worunter die Mieten zu verstehen sind, die bei einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Grundstücks in überschaubarer Zeit erzielt werden (Senat, Urteile vom 25. Oktober 1996 - V ZR 212/95, NJW 1997, 129, 130 und vom 5. Oktober 2001 - V ZR 275/00, NJW 2002, 208, 212).

23 Die zwischen den Parteien streitige Frage, welche Mieten - hier vor allem bei dem nur teilweise vermieteten, renovierungsbedürftigen und denkmalgeschützten Fabrikgebäude - nachhaltig erzielbar und daher der Ermittlung des Ertragswerts des Grundstücks zugrunde zu legen sind, ist auch in den Wertermittlungsvorschriften nur unvollständig geregelt (Garbe, Wertermittlungsreform, S. 36). Von daher widerspricht es auch nicht anerkannten Grundsätzen der Wertermittlung, wenn das Berufungsgericht - dem Sachverständigen folgend - bei der Ertragswertermittlung die erst nach erheblichen Investitionen zu erwirtschaftenden Mieten unter Abzug der für die Renovierung und die Modernisie-

rung aufzuwendenden Kosten als nachhaltig erzielbare Einnahmen angesehen hat.

24 c) Mit Erfolg macht die Revision jedoch geltend, dass das Berufungsgericht sich nicht mit den Einwendungen der Klägerin gegen die Grundlagen einer solchen Ermittlung des Ertragswerts des Grundstücks auseinandergesetzt hat, mit der es die Feststellbarkeit einer Differenz zwischen den Ertragswerten des Grundstücks mit und ohne den Mangel verneint hat.

25 Die Beweiswürdigung des Tatrichters kann von dem Revisionsgericht zwar nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht sich dem Gebot des § 286 ZPO entsprechend mit dem Streitstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (Senat, Urteil vom 9. Juli 1999 - V ZR 12/98, NJW 1999, 3481, 3482). Die Beweiswürdigung in dem angefochtenen Urteil hält jedoch auch diesem beschränkten Prüfungsmaßstab nicht stand, weil es an einer Auseinandersetzung mit den von der Klägerin vorgetragenen Beweiseinreden vollständig fehlt.

26 aa) Die Revision rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht sich mit dem Einwand der Klägerin nicht befasst hat, der auf einer hypothetischen Vermietung von 80 % der vermietbaren Flächen des Fabrikgebäudes ermittelte Ertragswert beruhe auf einer irrealen Prämisse, wenn dafür Investitionen von über 10 Millionen Euro erforderlich seien, der daraus erzielbare, kapitalisierte Mietertrag aber auch danach nur 8,8 Millionen Euro betrage. Das Berufungsgericht hat den unter Hinweis auf diese Zahlen erhobenen Einwand der Klägerin in seinem Urteil nicht erwähnt, obwohl es sich aufdrängt, dass Investitionen in einem solchen Umfang im Hinblick auf den zu erwartenden (geringeren) Ertrag nicht ordnungsgemäßer Bewirtschaftung entsprechen, so dass die mit einem solchen

Kostenaufwand verbundenen Mieteinkünfte auch keine aus dem Grundstück nachhaltig erzielbaren Einnahmen im Sinne des § 17 WertV sind.

27 bb) Ebenfalls zu Recht beanstandet die Revision, dass es für die Berechnung der Minderung nach § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt, bei der das Fabrikgebäude zu über 80 % leer stand. Dies führt zwar nicht dazu, dass jede künftige (hypothetische) Verbesserung der Vermietungssituation bei der Ermittlung der zu vergleichenden Ertragswerte der verkauften Grundstücke mit und ohne den Mangel außer Betracht bleiben müsste. Maßgebend sind solche Erwartungen aber nur, wenn sie bereits am Wertermittlungsstichtag Einfluss auf die zu vergleichenden Ertragswerte des Grundstücks mit und ohne den Mangel haben. Dazu ist nichts festgestellt. Dass nach den hier zu berücksichtigenden Umständen (insbesondere dem Bauzustand der Gebäude und der Nachfrage nach Lagerraum) im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von einer sofortigen Verbesserung der Ertragslage bei der Bewirtschaftung durch einen anderen als die Beklagte auszugehen war, dürfte nach dem von dem Berufungsgericht dafür für erforderlich gehaltenen hohen Investitionsaufwand von über 10 Millionen Euro eher unwahrscheinlich sein.

28 3. Die Unvollständigkeiten in der Beweiswürdigung des Berufungsgerichts betreffen die Grundlagen bei der Ermittlung des Ertragswerts der Gebäude. Ihre Beantwortung ist ohne eine dem Tatrichter vorbehaltene erneute Anhörung desselben Gutachters (§ 411 Abs. 3 ZPO) oder die Einholung eines neuen Gutachtens (§ 412 Abs. 1 ZPO) nicht möglich. Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

29 Bei der Bestimmung der für die Berechnung einer Minderung zu vergleichenden Werte des Grundstücks mit der vereinbarten und mit seiner tatsächli-

chen Beschaffenheit wird weiter zu berücksichtigen sein, in welchem Umfang die leerstandsbezogenen Ertragsausfälle bei einer den wirklichen Verhältnissen Rechnung tragenden Ertragswertermittlung zu berücksichtigen sind (vgl. Kleiber, Verkehrswertermittlung von Grundstücken, ImmoWertV § 8 Rn. 255 ff. und 319 ff.).

III.

30 Für die neue Verhandlung weist der Senat darauf hin, dass der von der Klägerin hilfsweise geltend gemachte Schadensersatzanspruch nach § 437 Nr. 3 i.V.m. § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB nicht mit der Begründung verneint worden kann, dass die Klägerin - wenn ein Minderwert der Sache wegen des Mangels nach § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht festzustellen ist - auch keinen Schaden erlitten habe.

31 a) Das ist bereits im Ausgangspunkt nicht richtig, weil der nach § 311a Abs. 2 BGB von dem Verkäufer zu ersetzende Schaden - im Unterschied zu § 441 BGB - nicht in dem Minderwert der verkauften Sache besteht, sondern durch die Wertdifferenz im Vermögen des Käufers zwischen dem hypothetischen Vermögensstand, wenn die Sache bei Gefahrübergang mangelfrei gewesen wäre, und dem Vermögensstand, wie er sich infolge des Sachmangels tatsächlich darstellt, bestimmt wird (BGH, Urteil vom 19. Mai 1993 - VIII ZR 155/92, NJW 1993, 2103, 2104).

32 Der Käufer kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Verkäufer ordnungsgemäß erfüllt hätte und die Sache mangelfrei gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2007 - VIII ZR 16/07, BGHZ 174, 290, 293). Besteht der Mangel darin, dass die Erträge geringer und die Be-

triebskosten einer vermieteten Sache höher als im Kaufvertrag vereinbart sind, kann der Käufer die ihm dadurch entstehenden Mehrkosten von dem Verkäufer als Schadensersatz auch dann beanspruchen, wenn die Voraussetzungen für eine Minderung nach § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht verifiziert werden können.

33 b) Ein Schadensersatzanspruch nach § 437 Nr. 3, § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB wäre auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Klägerin von der Beklagten die Minderung des Kaufpreises verlangt hat.

34 aa) Allerdings ist streitig, ob die Minderung nach § 441 Abs. 1 Satz 1 BGB, die abweichend von dem früheren Recht ein Gestaltungsrecht des Käufers ist (BT-Drucks. 14/6040, S. 234, 235), für diesen in dem Sinne bindend ist, dass er - wenn er einmal die Minderung des Preises erklärt hat - wegen des Mangels von dem Verkäufer nicht mehr Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 281 BGB verlangen kann (so Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl., § 441 Rn. 8; PWW/D. Schmidt, BGB, 5. Aufl., § 441 Rn. 6; Staudinger/Matuschke-Beckmann, BGB [2004], § 441 Rn. 1; Lögering, MDR 2009, 664, 666; a.A. für die Zulässigkeit eines Wechsels zum Schadensersatzanspruch: MünchKomm-BGB/H.P. Westermann, 5. Aufl., § 437 Rn. 51; OLG Stuttgart, ZGS 2008, 479, 480; Berscheid, ZGS 2009, 17, 18; Derleder, NJW 2003, 998, 1002; Wertenbruch, JZ 2002, 862, 863; für eine gleichzeitige Geltendmachung von Minderung und sog. kleinem Schadensersatz: Bamberger-Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 437 Rn. 164; Erman/Grunewald, BGB, 12. Aufl., § 437 Rn. 48; Althammer/Löhnig, AcP 202 [2002], 520, 540).

35 bb) Diese Rechtsfrage braucht hier nicht generell entschieden zu werden. Jedenfalls dann, wenn die Minderung fehlschlägt, weil der Betrag der Minderung in Anwendung der in § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB bestimmten Berechnungsmethode nicht ermittelt werden kann, ist der Käufer, der infolge des Mangels tatsächlich einen Vermögensschaden erlitten hat, berechtigt, seinen Scha-

den im Wege des kleinen Schadensersatzes geltend zu machen, auch wenn er bereits die Minderung erklärt hat. Andernfalls würde nämlich der Zweck der Vorschriften über die Gewährleistung des Verkäufers bei einem Mangel insgesamt verfehlt, weil der Verkäufer den vollen Kaufpreis behielte, obwohl er seine Verpflichtung zur mangelfreien Leistung nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht erfüllt hat, der Käufer dagegen keinen Ausgleich bekäme, obwohl er durch den Mangel eine Vermögenseinbuße erlitten hat.

Krüger Lemke Schmidt-Räntsch

Stresemann Czub

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 09.01.2008 - 23 O 70/07 -
KG Berlin, Entscheidung vom 23.11.2009 - 22 U 32/08 -