

In der Zeit vor seinem Tod im März 2016 hat Uwe Liebheit VorsROLG i.R. mit Unterstützung von Fachkollegen aus dem juristischen und technischen Kontext an einer Ausarbeitung zu dem Thema

„Der merkantile Minderwert begründet keinen Mangelschaden“

gearbeitet, die er selbst nicht mehr veröffentlichen konnte, die mir wegen meiner Mitwirkung daran aber in einer bereits ausgereiften Fassung vorliegt.

Dieses Skript stelle ich hier mit Zustimmung seiner lieben Ehefrau und ganz herzlichem Dank der Fachöffentlichkeit zur Verfügung.

Voerde im Mai 2016

Herbert Fahnenbruck

Der merkantile Minderwert begründet keinen Mangelschaden

VorsROLG i.R. Uwe Liebheit, Dipl.-Ing. Architekt, Matthias Zöller

I.1. Der technische und merkantile Minderwert eines Bauwerks

Der **technische Minderwert** eines Bauwerks ist der **Schaden**, der durch einen Baumangel verursacht worden ist, dessen Beseitigung unverhältnismäßig oder trotz einer sorgfältigen und fachgerechten Nacherfüllung nicht vollständig möglich ist¹. Maßstab für seine Berechnung ist die Beeinträchtigung der technischen und optischen Funktionstauglichkeit, Haltbarkeit und Höhe der Betriebs- oder Instandsetzungskosten des **jeweiligen Bauteils** sowie der Nutzbarkeit und damit des Ertrags- und **Veräußerungswerts des Gebäudes**². Seine Höhe kann mit Hilfe nachvollziehbarer und nachprüfbarer Schätzungsmethoden festgestellt werden³, z.B. von Oswald/Abel⁴ oder der Zielbaumethode nach Aurnhammer⁵. Der Ersatz des technischen Minderwerts stellt einen Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, 281 Abs.1 BGB dar⁶.

Verlangt der Besteller eine „**Minderung**“ wegen des technischen Minderwerts eines Bauteils, wird die Vergütung gem. § 638 BGB in dem Verhältnis herabgesetzt, in welchem der Wert des Werkes in mangelfreiem Zustand (Sollwert, vereinbarte Vergütung) zur Zeit des Vertragsschlusses zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde, der nach einem Abzug der Nacherfüllungskosten und der verbleibenden Wertbeeinträchtigung vom Sollwert verbleibt, wenn die Nacherfüllung nicht unverhältnismäßig oder unmöglich ist⁷. In diesem Fall erfolgt der Vergleich zu dem Verkehrswert der mangelhaften Leistung. Die Minderung ist entsprechend dem Wertverhältnis der geschuldeten zur mangelhaften Leistung abzuschätzen. Sie führt zu einer Umgestaltung des Vertrages, die zur Folge hat, dass das Werk nicht mehr mangelhaft ist, weil die Ist-Beschaffenheit der angepassten Soll-Beschaffenheit entspricht, so dass keine Schadensersatzansprüche begründet sind, die einen Mangel des Werks voraussetzen⁸. Das betrifft auch den durch einen Mangel verursachten Minderwert.

¹ BGH, Urt. v. 06.12.2012 - VII ZR 84/10 (Putzrisse, keine Beseitigung d. Mangels), NJW 2013, 525, NZBau 2013, 159, IBR 2013, 70 – Vogel; BGH, Urt. v. 9.01.2003 - VII ZR 181/00 (Deckentragkraft) m.w.N., BGHZ 153, 279, NJW 2003, 1188, NZBau 2003, 214, IBR 2003, 187 - Schulze-Hagen; BGH Urt. v. 15.12.1994 VII ZR 246/93 (Deckentragkraft), BauR 1995, 388, NJW-RR 1995, 591; BGH, Urt. v. 25.02.1953 - II ZR 172/52 (Mörtelmangel), BGHZ 9, 98, NJW 1953, 659; BB 1953, 248; Kniffka/ Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6.Teil, Rdnr. 149, 150; BeckOK BGB/Schubert BGB (01.11. 2011) § 251 Rdnr. 25; Günther, IBR-online 2012, 1240, Rdnr. 8;

² BGH, Urt. v. 9.01.2003 - VII ZR 181/00 (Deckentragkraft), s. Fn.1; ausführlich Oswald/Abel Hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Gebäuden, 3. Aufl., Kap. 5.3.2.

³ Kniffka/ Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6.Teil, Rdnr. 150

⁴ Oswald/Abel Hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Gebäuden, 3. Aufl., Kap. 5

⁵ Aurnhammer, BauR 1983, 97

⁶ BGH, Urt. v. 11.10.2012 - VII ZR 179/11, Rdnr. 13, (Rohrdämmung), NJW 2013, 370, NZBau 2013, 99, IBR 2012, 700 - Krause-Allenstein

⁷ BGH, Urt. v. 17.12.1996 - X ZR 76/94, NJW-RR 1997, 688; BGH, Urt. v. 11.10.2012 - VII ZR 179/11, s. Fn.6

⁸ BeckOK BGB/Voit BGB (1.02.2015) § 638, Rdnr. 3; Kniffka/Krause-Allenstein, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht (12.01.2015) § 638 Rdn. 3; Palandt/Sprau, 74. Aufl. BGB, § 634 Rdn. 5; a.A. Kniffka/Koeble, s.Fn. 1

Der Bauherr soll nach der h.M.¹ gem. **§§ 634 Nr.4, 280 BGB**⁹ neben der Leistung (Nacherfüllung) den **Ersatz des merkantilen Minderwert** verlangen können, **wenn** die vertragswidrige Ausführung im Vergleich zur vertragsgemäßen eine verringerte Verwertbarkeit zur Folge hat, weil die maßgeblichen Verkehrskreise ein im Vergleich zur vertragsgemäßen Ausführung geringeres Vertrauen in die Qualität des Gebäudes haben. Überwiegend wird die unklare Differenzierung des BGH¹⁰ so verstanden, dass ein nicht (vollständig) beseitigter Mangel einen technischen Minderwert einschließlich eines **geringeren Veräußerungswerts** verursacht und ein **merkantiler Minderwert** dann in Betracht kommt, wenn der Mangel **fachgerecht beseitigt** wurde.

Bausachverständige bezweifeln nahezu einhellig die Annahme, dass der Verkehrswert eines Gebäudes durch den **technisch nicht begründbaren Verdacht** von potenziellen Käufern, das Gebäude könne verborgene Mängel aufweisen, reduziert wird. Für die Bewertung solch einer unbegründeten Befürchtung existieren naturgemäß im Gegensatz zu den Methoden nach Aurnhammer⁵ und Oswald⁴, die sich auf den technischen Minderwert beziehen, keine technischen Verfahren.

I.2. Merkantiler Minderwert trotz fachgerechter Beseitigung eines Mangels?

Der Verfasser hat bei verschiedenen Veranstaltungen Sachverständige für Immobilienbewertungen befragt, ob und wie sie trotz einer fachgerechten Beseitigung eines Mangels einen merkantilen Minderwert berücksichtigen. Das haben diese spontan verneint, solange sie nicht wussten, dass der Verfasser ein pensionierter Richter ist. Sobald ihnen das bekannt wurde, korrigierten einige ihre Antwort wegen der ihnen bekannten Rechtsprechung dahingehend, dass eine geringfügige Reduzierung des Verkehrswerts des Gebäudes in Betracht komme.

Andere verwiesen darauf, dass die Auswirkung einer fachgerechten Mangelbeseitigung auf den Verkaufswert entsprechend den sich aus § 2 ImmoWertV ergebenden Grundsätzen nur zu berücksichtigen sei, „wenn sie mit hinreichender Sicherheit auf Grund konkreter Tatsachen zu erwarten“ sei. Gem. § 194 BauGB werde der Verkehrswert (Marktwert) durch den Preis bestimmt, der in dem Zeitpunkt, auf den sich die Ermittlung bezieht, im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach den **tatsächlichen Eigenschaften** und rechtlichen Gegebenheiten, der sonstigen Beschaffenheit und der Lage des Grundstücks oder des sonstigen Gegenstands der Wertermittlung ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse zu erzielen wäre. Bei einem Gerichtsgutachten müsse das Gericht dem Sachverständigen Weisungen bezüglich der zu berücksichtigenden „rechtlichen Gegebenheiten“ erteilen, also bezüglich der Frage, welche Bedeutung ein beseitigter Mangel aus rechtlicher Sicht hat.

Diese Stellungnahmen stimmen darin überein, dass die Annahme eines merkantilen Minderwerts nicht auf einer Bewertung der Marktverhältnisse, sondern auf Vorgaben der Rechtsprechung beruht.

⁹ Vgl. Fn. 1 und Kniffka/ Koeble, a.a.O. 6.Teil, Rdnr. 156, Kniffka/ Krause-Allenstein, ibr-online-Kom. BauvertragR § 280 BGB Rdnr. 56; BeckOK BGB, Schubert (01.11.2011), § 251 Rn. 26; Günther, IBR 2012, 691, Rdnr. 5

¹⁰ BGH, Urt. v. 9.01.2003 - VII ZR 181/00, s.Fn. 1; BGH, Urt. v. 11.10.2012 - VII ZR 179/11, s. Fn. 6, vgl. Volze, DS 2015, 25; BeckOK BGB, Schubert, § 251 Rn. 26 (trotz **fachgerecht beseitigtem Mangel**); das OLG Oldenburg, Urt. v 11.12. 2014 - 8 U 141/09 (Rohrdämmung) IBRRS 2015, 0640, interpretiert den BGH (s.Fn. 6) so, dass ein merkantiler Minderwert neben dem technischen Minderwert wg. **nicht beseitigtem Mangel** zu bejahen ist.

Bei einer Sachverständigentagung in Frankfurt (Mai 2015) gründeten ein Wertgutachter und ein Baujurist ihr Referat dementsprechend auf das vielen Sachverständigen bekannte Urteil des BGH vom 8.12.1977¹¹:

„Der merkantile Minderwert liegt in der Minderung des Verkaufswertes einer Sache, die trotz völliger und ordnungsgemäßer Instandsetzung deshalb verbleibt, weil bei einem großen Teil des Publikums, vor allem wegen des Verdachts verborgen gebliebener **Schäden**, eine den Preis beeinflussende Abneigung gegen den Erwerb besteht¹². Ein derartiger Minderwert kann auch Gebäuden anhaften¹³. Dass die **Mängel** durch Umkonstruktion und Erneuerung der fehlerhaften Teile beseitigt worden sind, steht dem ebenso wenig entgegen wie der Umstand, dass der Kläger etwaige Kaufinteressenten die umfassende Mängelbeseitigung überzeugend darlegen könnte; denn die Annahme des merkantilen Minderwertes beruht gerade auf der Lebenserfahrung, dass eine einmal mit Mängeln behaftet gewesene Sache trotz sorgfältiger und vollständiger Reparatur im Geschäftsverkehr vielfach niedriger bewertet wird.“

Dahmen¹⁴ weist zutreffend darauf hin, dass sich die Entscheidung auf einen Ausnahmefall bezieht, weil das Gebäude ein abwertendes Medieninteresse verursacht hatte. Aus dem in BauR 79, 158 veröffentlichten Teil des Urteils ergibt sich zudem nicht, dass es sich auf die Zahlung eines Gesamtschuldners (Architekten) bezieht, die aufgrund seines Vergleichs mit dem Bauherrn ausdrücklich als „Teilausgleich der technischen und vor allem merkantilen Wertminderung“ erfolgt ist und weitere Gesamtschuldner geltend gemacht haben, dass die Tilgungsvereinbarung unwirksam und die Zahlung deshalb auf nicht abgegoldene Mängelansprüche anzurechnen sei, für die auch sie haften.

BGH: Ein Einzelvergleich mit einem Gesamtschuldner ist zulässig. Er muss nicht auf die Interessen der übrigen Gesamtschuldner Rücksicht nehmen. Die Zahlung hat nicht zum Erlöschen der weiteren Ersatzansprüche geführt. Die Tilgungsvereinbarung ist weder als ein Scheingeschäft noch wegen eines arglistigen Missbrauchs des Gläubigerrechtes unwirksam. Im Rahmen des Vergleichs ist „durchaus Raum für die Bejahung eines merkantilen Minderwerts“ vorhanden gewesen.

Um ein arglistigen Verhaltens der Parteien bei einer vergleichswisen Einigung zu verneinen, war die Feststellung eines merkantilen Minderwerts mit Hilfe von Sachverständigen nicht erforderlich. Der BGH hat es lediglich unter Bezugnahme auf die **Unfallwagen-Rechtsprechung** des VI. Zivilsenats des BGH¹² und der von ihm zitierten Entscheidung des VII. Zivilsenats¹³, die sich auf einen **nicht beseitigten Baumangel** bezog, als ausreichend angesehen, dass nach der von ihm lediglich unterstellten „*Lebenserfahrung*“ die Bejahung eines merkantilen Minderwerts in Betracht kam.

Die Annahme, dass ein „merkantiler Minderwert trotz völliger und ordnungsgemäßer Instandsetzung“ verbleiben könne, hat der VII. Zivilsenat des BGH¹⁵ bis 1991 stets wiederholt. Keine dieser Entscheidungen bezog sich jedoch auf die Feststellung, dass ein Mangel völlig beseitigt worden war. In den neueren Entscheidungen verwendet der BGH die Formulierung nicht mehr.

¹¹ BGH, Urt. v. 8.12.77 - VII ZR 60/76, BauR 79, 158, BeckRS 1977 30381669.

¹² BGH, Urt. v. 29.4.1958 - VI ZR 82/57 (**Unfallwagen**), BGHZ 27, 181, 182, NJW 1958, 1085, dazu s. u. II.

¹³ BGH, Urt. v. 5.10.1961 - VII ZR 146/60, BGHZ 55, 198 = BB 1961, 1216; Bindhardt, VersR 65, 18 ff

¹⁴ Dahmen, BauR 2012, 24, 27

¹⁵ BGH, Urt. v. 11.07.1991 - VII ZR 301/90 – Heizung bei offener Bauweise, BauR 1991, 744; NJW-RR 1991, 1429; Urt. v. 19.09.1985 - VII ZR 158/84, NJW 1986, 428; Kniffka/Koebler, Kompendium, 4. Aufl. 6. Teil Rdnr. 161

Das Urteil vom 9.01.2003¹ bezieht sich auf die Betondecke einer Parkhaus-Tiefgarage, die mit einem Beton der Güteklasse B25 statt der vereinbarten Güteklasse B35 hergestellt worden ist. Das Berufungsgericht hat eine Mangelbeseitigung als unverhältnismäßig angesehen und die Minderwertfrage nicht weiter aufgeklärt.

Der BGH hat ausgeführt, dass der Bauherr Ersatz des **technischen Minderwerts** verlangen kann, **wenn** die vertragswidrige Ausführung eine Minderung der Funktionstauglichkeit des Werks verursacht sowie das Risiko, dass das ausgeführte Werk im Vergleich zu dem vertraglich geschuldeten Werk eine geringere Haltbarkeit und Nutzungsdauer hat und erhöhte Betriebs- oder Instandsetzungskosten erforderlich werden. „Maßstab für die Berechnung des **technischen Minderwertes** ist die Beeinträchtigung der Nutzbarkeit und des Ertrags- und **Veräußerungswertes** des **Gebäudes**.“

Das Urteil vom 06.12.2012¹ bezieht sich auf das Fehlen einer funktionsfähigen Fuge zwischen dem Leichtmauerwerk und im Stahlbeton-Attikaelement. Dieser Mangel war nicht beseitigt worden, sondern nur die durch ihn verursachten Putzrisse. Weitere Schäden waren unwahrscheinlich, aber nicht auszuschließen. In beiden Urteilen hat der BGH ausgeführt:

„Ein merkantiler Minderwert liegt vor, wenn nach erfolgter Mängelbeseitigung eine verringerte Verwertbarkeit gegeben ist, weil die maßgeblichen Verkehrskreise ein im Vergleich zur vertragsgemäßen Ausführung geringeres Vertrauen in die Qualität des Gebäudes haben.“

Aus dieser Definition folgt nicht, dass nach einer Mängelbeseitigung stets ein merkantiler Minderwert zu bejahen ist. Das ist nur der Fall, **wenn** die vom BGH genannten Voraussetzungen vorliegen. Ein Gericht, das selbst in der Regel nicht über die erforderliche Fachkunde zu deren Feststellung verfügt, muss ihr Vorliegen mit Hilfe von Sachverständigen aufklären¹⁶.

Die völlige Beseitigung eines Mangels war dagegen für ein Urteil des RG¹⁷ entscheidungsrelevant, das sich auf die Beseitigung eines Hausschwamms bezog. Das RG hat mit einer eingehenden Begründung unter Bezugnahme auf ein Sachverständigengutachten einen **merkantilen Minderwert verneint**. Es sei „keine Rechtsfrage, sondern **Sache tatsächlicher Beurteilung**, ob nach Beseitigung des Schwammes noch eine Schwammverdächtigkeit bestehe“. Wenn „objektiv“ die Befürchtung der Wiederkehr, auch nach den Anschauungen des Verkehrs, nicht bestehe, könne ein Minderwert nicht damit begründet werden, dass ein Teil der Kauflustigen, obgleich innerlich von der Nachhaltigkeit der Beseitigung des Schwammes überzeugt, eine angebliche Schwammverdächtigkeit zum Vorwande nehme, um auf dem Preis zu drücken.

Der BGH hat in dem Urteil vom 8.12.1977¹¹ nicht erläutert, dass sich seine „*Lebenserfahrung*“ auf Erkenntnisse gründet, die von denen des RG bezüglich der Bewertung von Bauwerken abweichen, deren Mängel vollständig beseitigt worden sind. Entsprechende Urteile sind auch nicht ersichtlich. Fraglich ist, ob der Verweis auf die Unfallwagen-Rechtsprechung zur Begründung eines merkantilen Minderwerts ausreicht.

II. Grundlagen der Unfallwagen-Rechtsprechung

¹⁶ BGH, BGH, Urt. v. 25.02.1953 - II ZR 172/52 (Mörtelmangel), BGHZ 9, 98, NJW 1953, 659

¹⁷ RG, Urt. v. 11.07.1914, RGZ 85, 252

II.1. Deliktsrechtliche Schadensersatzanspruch und vertragsrechtlicher Mängelanspruch

Seit dem Urteil des BGH vom 8.12.1977¹¹ wird in der Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten, dass die umstrittene **Unfallwagen-Rechtsprechung** des BGH¹⁸, die sich ausschließlich auf **deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche** wegen eines durch einen **Unfall verursachten Schaden** bezieht, auf **vertragsrechtliche Mängelansprüche** übertragbar sei, wenn ein **Baumangel** durch eine Nacherfüllung **beseitigt wurde**.

Diese Auffassung berücksichtigt nicht, dass jene Rechtsprechung **nicht auf vertragsrechtliche Mängelansprüche** angewandt wird, die sich aus dem **Kauf eines Kraftfahrzeugs** ergeben, das z.B. als „Montagsauto“ verschiedene **Fabrikationsmängel** aufweist. Seit der Schuldrechtsreform (2002) muss einem Verkäufer gem. §§ 437 Nr.1, 439 BGB ebenso wie einem Werkunternehmer Gelegenheit zu einer Nacherfüllung gegeben werden. Die Lieferung eines mangelhaften Fahrzeugs kann eine Pflichtverletzung gem. §§ 280 Abs. 1 S.1, 433 Abs.1 S. 2 BGB darstellen, für die der Verkäufer keinen Entlastungsbeweis gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB führen kann¹⁹. Es ist kein Urteil ersichtlich, das dem Käufer eines Kfz trotz der Beseitigung eines Fabrikationsmangels einen merkantilen Minderwert zuerkannt hat.

Im Gegenteil, wenn der mit der Inspektion beauftragte Händler während der Gewährleistungsfrist wiederholt versucht hat, solch einen Fabrikationsmangel zu beseitigen, bietet er dem Käufer vorsorglich nur eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist gegen Zahlung von 400 – 600 € p.a. für einen Mittelklassewagen an. Diese Kosten verdeutlichen die Höhe des Risikos, dass nicht alle Herstellungsmängel beseitigt wurden. Dennoch ist auch kein Urteil ersichtlich, das in solchen Fällen beim Weiterverkauf eines „Montagsautos“ einen merkantilen Minderwert angenommen hat.

II.2. Eigenschaften eines Unfall-Wagens vor dem Unfall: Gewissheit der Mängelfreiheit

Die Herstellung eines Neuwagens erfolgt mit computergesteuerten Präzisionsmaschinen, die einen hohen technischen Entwicklungsstand aufweisen. Sie werden durch handwerkliche Leistungen ergänzt, die auf einer stereotypen Routine geschulter Arbeitnehmer beruhen. Schließlich findet eine Endkontrolle unter laborähnlichen Bedingungen statt. Werden Mängel nach der Auslieferung reklamiert, werden sie beseitigt. Im Zeitpunkt eines Unfalls weisen solche Fahrzeuge in der Regel mit hoher Wahrscheinlichkeit **keine verborgenen Mängel** und **keine Schäden** auf.

II.3. Unfallschäden und deren Reparatur

Bei einem Unfall erleidet solch ein Fahrzeug in der Regel zahlreiche unterschiedliche **Schäden**, deren umfassende Feststellung teilweise kaum oder nur mit einem Kostenaufwand möglich wäre, der in keinem Verhältnis zu dem in Betracht kommenden merkantilen Minderwert steht. Bei einem Fahrzeugwert von beispielsweise 60.000 € und Reparaturkosten von 30.000 € kann er 1.000 € - 2.000 €, höchstens 3.000 € betragen. Er soll die mangelnde Gewissheit ausgleichen, ob die gem. § 249 BGB geschuldete Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands erreicht wird.

¹⁸ BGH, Urt. v. 23.11.2004 - VI ZR 357/03 (Bestätigung d. Rspr. m.w.N.), BGHZ 161, 151; MDR 2005, 268; NJW 2005, 277; NZV 2005, 82; VersR 2005, 284; vgl. Eggert, VersR 2004, 280: Differenzierungen dieser Rspr.

¹⁹ BGH, Urt. v. 20. 7. 2005 - VIII ZR 275/04, NJW 2005, 2848

Der Bausachverständige **Dipl.-Ing. Keßler**²⁰ hat zur Klärung der Vergleichbarkeit eines Unfallschadens mit einem beseitigten Baumangel folgende Informationen von Kfz-Sachverständigen, Handwerksmeistern für Kfz-Elektrik, Karosseriebau und Autolackierung sowie einem namenhaften Fahrzeughersteller aus der Nähe von Stuttgart eingeholt:

Bei der Fahrzeugherstellung werden die einzelnen Karosseriebleche mit einem Kleb- und Dichtstoff versehen und anschließend punktuell verschweißt. Diese Dichtstoffe sorgen für eine luftdichte Fügung der einzelnen Bleche, sodass dort keine Luft bzw. Feuchtigkeit eindringen kann. Die Verklebungen sind ein wichtiger Bestandteil des Korrosionsschutzes im Kraftfahrzeugbau.

Bei einem Unfall wirken starke Kräfte auf das gesamte Fahrzeug ein, die zu sichtbaren Blechschäden führen. Die Klebenähte nicht sichtbar beschädigter Blechverbindungen können bei Unfällen ebenfalls aufreißen, sind aber nicht erkennbar beschädigt und nur mit sehr hohem Aufwand prüfbar. Das führt zu einem deutlich höherem Korrosionsrisiko bei Unfallwagen im Vergleich zu einem "Nicht-Unfallwagen". Ein Meister des KFZ-Lackierhandwerks hat bestätigt, dass vorzeitige Korrosionen an bestimmten Stellen sehr häufig auf einen Unfallschaden zurückzuführen sind.

In Neufahrzeugen werden viele elektronische Bauteile eingebaut. Diese sind zwar robust ausgelegt, sie werden jedoch bei Unfällen einer starken Beschleunigung ausgesetzt, die z.B. zu Mikrorissen in Platinen führen kann. Solche Risse sind nicht erkennbar bzw. messbar und das Bauteil ist weiterhin uneingeschränkt funktionsfähig. Das Risiko eines Ausfalls derart geschädigter elektronischer Komponenten ist bei einem Unfallwagen sehr viel größer als bei Neuwagen.

Das entspricht den Ausführungen von Eggert²¹, auf die der BGH im Urteil vom 23.11.2004 verweist:

„Die Fülle von Elektronikteilen, z.B. Airbags rundum, hochfeste Stähle, neue Materialien und Füge-techniken stellen heute ganz andere Anforderungen an die Instandsetzungsbetriebe. Selbst Stoßfänger sind vielfach mit elektronischen Bauteilen bestückt. Schon bei einem leichten Auffahrunfall („Bagatellunfall“?) kann mehr als nur Blech und Kunststoff in Mitleidenschaft gezogen worden sein. Kurz: Die Instandsetzung unfallbeschädigter Kraftfahrzeuge ist heute nicht einfacher als in den Sechzigern und Siebzigern. Die Fehleranfälligkeit ist eher höher als früher, eine Erkenntnis, die einer Restriktion beim merkantilen Minderwert entgegensteht.“

Haftpflichtversicherer sind grundsätzlich an einer raschen, endgültigen Schadensregulierung interessiert, so dass es in der Regel auch ihrem wirtschaftlichen Interesse entspricht, zur Vermeidung weiterer Sachverständigenkosten, einen merkantilen Minderwert in Fällen zu akzeptieren, in denen eine umfassende Sachverhaltsaufklärung zu dessen Verneinung führen könnte.

Merkantile Minderwerte nach KFZ-Instandsetzungen beschränken sich aber im Wesentlichen auf Neufahrzeuge und solche, die ein bestimmtes Alter nicht überschreiten. Mit zunehmender Nutzungsdauer treten je nach Fahrzeugtyp unterschiedliche Verschleißerscheinungen auf, so dass bei älteren Fahrzeugen der Verkaufswert im Vergleich zum Neuwert ohnehin gering ist. Bei einem Alter von mehr als fünf Jahren bzw. einer Kilometerleistung von über 100 000 km wurde früher im Regelfall kein merkantiler Minderwert mehr anerkannt. Wegen der technischen Entwicklung wird

²⁰ Dipl.-Ing. Architektur (FH), Dipl. Wirtschaftsing. (FH) Christoph Keßler, Schönau

²¹ Eggert, VersR 2004, 280, 282; ebenso BGH, Urt. v. 23.11.2004 - VI ZR 357/03, BGHZ 161, 151, s. Fn. 18

in begründeten Ausnahmefällen inzwischen auch bei älteren Fahrzeugen mit höherer Laufleistung noch einen merkantilen Minderwert bejaht²².

Nicht jeder Unfallschaden begründet also einen merkantilen Minderwert. Das ist auch bei Bagatellschäden nicht der Fall. Wann dieser zu bejahen ist, ist unklar²³. Das kommt in Betracht, wenn nach einer ordnungsmäßigen Instandsetzung unter Beachtung der oben dargestellten Umstände der Verdacht verborgen gebliebener Schäden ausgeschlossen ist²⁴.

II.4. Gebrauchtwagenmarkt

Kraftfahrzeuge sind Gebrauchsgüter, die häufig nach einer relativ kurzen Nutzung wieder verkauft werden, so dass ein riesiger Gebrauchtwagenmarkt existiert, auf dem unfallfreie Fahrzeuge neben Fahrzeugen mit Unfallschäden angeboten werden. Die zahlreichen Angebote sind nicht ortsgebunden. Fahrzeuge werden im Internet, in Zeitungsanzeigen, auf Gebrauchtwagenmärkten und von Kraftfahrzeughändlern angeboten²⁵. Käufer lassen sich vor dem Verkauf in der Regel nicht fachkundig beraten, stattdessen erhalten sie bei einem Unfallwagen einen geringen Abschlag.

II.5. Die Unfallwagen-Rechtsprechung ist auf beseitigte Baumängel nicht übertragbar

Liebheit/Zöllner: Die Grundsätze für merkantile Minderwerte bei KFZ lassen sich nicht auf den Immobilienmarkt übertragen, weil die Produktionsbedingungen für die Erstellung von Gebäuden sich grundlegend von denen für Kraftfahrzeuge unterscheiden. Bei Kraftfahrzeugen handelt es sich um eine industriell hergestellte Massenware mit einer entsprechend großen Verfügbarkeit und Angebotselastizität. Gebäude sind ortsgebunden und werden individuell für einen Bauherrn errichtet. Die durchschnittliche Nutzungsdauer von Gebäuden unterscheidet sich wesentlich von der von Kraftfahrzeugen.

Der Marktwert bestimmt sich überwiegend durch die Lage. Der Sachwert oder die Erstellungskosten eines Gebäudes bestimmen nur noch unwesentlich den Marktwert einer Immobilie. In innerstädtischen Situationen ist das Angebot mittlerweile häufig sehr viel geringer als die Nachfrage, so dass der Marktwert nicht selten deutlich über dem Sachwert liegt. In ländlichen und strukturschwachen Gegenden lassen sich häufig der Sachwert oder die Erstellungskosten bei einem Verkauf bei weitem nicht mehr erzielen. Der Markt für Immobilien ist daher ein grundlegend anderer als der für mobile Gegenstände, die in großen Mengen vorhanden und austauschbar sind.

III.1. Voraussetzung des merkantilen Minderwerts eines Bauwerks ist ein Baumangel

Der **merkantile Minderwert** ist der durch einen Mangel verursachte Schaden. Er haftet dem gesamten Bauwerk selbst an²⁶ und setzt voraus, dass **nach erfolgter Mängelbeseitigung** eine verringerte Verwertbarkeit des Gebäudes gegeben ist, weil die maßgeblichen Verkehrskreise ein geringeres Vertrauen in dessen Qualität **im Vergleich zur vertragsgemäßen Ausführung** haben¹.

²² MüKoBGB/Oetker BGB, 6. Auflage 2012 § 249 Rn. 56 mit umfangreichen Rechtspr.Nachw.

²³ Eggert, VersR 2004, 280,

²⁴ Vuia, DS 2014, 25, 26

²⁵ Vergl. zu den zu berücksichtigenden Marktverhältnissen ausführlich Eggert, VersR 2004, 280, 284 f

²⁶ BGH Urt. v. 24. 2. 69 - VII ZR 173/66, VersR 69, 473, WPM 69, 666; Oswald/Abel, 5.3.2.

Ein **Schaden** ist nach der Differenzhypothese durch einen Vergleich des tatsächlichen Vermögens mit dem hypothetischen Vermögensstand zu ermitteln, der ohne das **schädigende Ereignis** vorgelegen hätte²⁷. Das schädigende Ereignis ist die Bauleistung, die einen Mangel aufweist. Der Verdacht, dass ein Mangel nicht vollständig beseitigt worden sein könnte, begründet nur dann einen Schaden des Bestellers, wenn er und **potenzielle Kaufinteressenten** im Zeitpunkt der Abnahme die **Gewissheit** haben durften, dass das **Werk völlig mangelfrei** ist und **keine verborgenen Mängel** aufweist sowie, dass sie diese Gewissheit aufgrund des in Erscheinung getretenen Mangels verloren haben, obwohl er fachgerecht beseitigt worden ist.

Wird eine Bauleistung vereinbarungsgemäß in einen Neubau integriert, ist dessen Verkehrswert für die Bewertung durch potenzielle Käufer maßgebend.

Wird ein Altbau renoviert, erhöht sich der Wert einer Immobilie um einen Wert, der nicht der vollen Höhe der Investitionskosten entspricht. Weist die Renovierungsmaßnahme einen Mangel auf, dessen Beseitigung unverhältnismäßig ist, wird der Verkehrswert der Immobilie auch durch solch eine Maßnahme – etwas geringfügiger - erhöht und nicht reduziert. Die Qualität des gesamten Gebäudes leidet durch solch eine Maßnahme nicht. Der Mangel der geschuldeten Leistung muss durch den Ersatz des **technischen Minderwerts** ausgeglichen werden. Nach einer vollständigen Mangelbeseitigung ist kein technischer Minderwert vorhanden und auch kein merkantiler Minderwert, weil der Markt den Wert eines letztlich mangelfrei renovierten Gebäudes höher bewertet als den eines nicht renovierten.

III.1.1. Geschuldete Soll-Beschaffenheit: Keine Gewissheit der Mängelfreiheit

Zöller: Gebäude werden mit Ausnahme von industriell vorgefertigten Bauelementen durch handwerkliche Einzelleistungen nach teilweise vagen individuellen Planungsvorgaben unter Berücksichtigung von speziellen Bauherrenwünschen oft unter widrigen Bedingungen errichtet. Weil die meisten Gebäude nur einmal ohne vorhergehende Prototypen errichtet werden und sogar Reihenhäuser sich häufig voneinander unterscheiden, lassen sich bei den auf Baustellen vorherrschenden Bedingungen Ausführungsmängel nicht ausschließen. Es ist wegen des unter Wettbewerbsbedingungen entstehenden Preisdrucks üblich, dass viele Bauleistungen nicht durch gut ausgebildete Fachkräfte, sondern durch der Landessprache nicht mächtige Hilfsarbeiter erbracht werden. Wenn selbst gut ausgebildete Handwerker Fehler machen, ist die Wahrscheinlichkeit von Mängeln unter solchen Bedingungen größer.

Viele Mängel werden aber bereits bei bzw. unmittelbar nach der Ausführung erkannt und behoben. Es handelt sich dabei um eine übliche Vorgehensweise. Dem könnte nur durch einen hohen Rationalisierungsgrad bei stark vereinheitlichter Bauweise oder dem ausschließlichen Einsatz von besonders qualifizierten Handwerkern bei einer sorgfältigen Koordination und erheblich längeren Bauzeiten entgegnet werden.

Ob durch den Einsatz ausschließlich fachlich geschulter und qualifizierter Bauhandwerker sowie deren ständige Überwachung durch qualifizierte Bauleiter eine völlig mangelfreie Herstellung eines Bauwerks möglich wäre, erscheint fraglich. Solch eine Bauausführung wäre aber mit einem Kosten-

²⁷ BeckOK BGB/Schubert BGB (01.03.2011), § 249 Rdnr. 12 m.w.N. der Rechtspr. und h.L.

aufwand verbunden, der nicht der üblichen Baupraxis entspricht und deshalb nicht vertraglich vereinbart wird. Eine Bauleistung muss mit einem wirtschaftlichen Anforderungen entsprechenden Aufwand erbracht werden, der **in der Regel** dazu führt, dass **Mängel vermieden** werden.

Aus den Erfahrungen der Baupraxis folgt also, dass Bauwerke im Zeitpunkt der Abnahme häufig noch **verborgene Baumängel** aufweisen. Dennoch findet regelmäßig bei einer Abnahme keine zerstörende Bauteilöffnung statt, um das Vorhandensein verborgener Mängel auszuschließen.

Der Sachverständige Dipl.-Ing. Klingelhöfer hat dem Verfasser ebenso wie zahlreiche andere Bau-sachverständige bestätigt, dass auch ein erfahrener Sachverständiger bei der Abnahme das Vorhandensein verborgener Mängel nicht ausschließen könne. Er hat darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber aufgrund dieser Erkenntnis den Versuch, die Fälligkeit von Werklohnforderung durch eine Fertigstellungsbescheinigung zu beschleunigen, wieder aufgegeben hat. Die am 1.05.2000 in Kraft getretene Regelung des § 641a BGB sah vor, dass eine Bauleistung als abgenommen gilt, wenn ein Gutachter bestätigt, dass das Werk frei von Mängeln ist, die der Besteller gegenüber dem Gutachter behauptet hat oder die für den Gutachter bei einer Besichtigung feststellbar sind. Dieses Gesetz hat in der Praxis keine Bedeutung erlangt, da es für Gutachter wegen der verborgenen Mängel nur schwer oder gar unmöglich war, die Risiken einer fehlerhaften Begutachtung durch eine Haftpflichtversicherung abzusichern. Der Gesetzgeber hat den § 641a BGB mit Wirkung vom 1.01.2009 wieder gestrichen.

Dass der Besteller eines Bauwerks **keine Gewissheit** haben kann, dass dieses **keine verborgenen Mängel** aufweist, wird durch Rechtsprechung des BGH²⁸ bestätigt, nach der eine gem. §§ 634a Abs.1 Nr.2, § 309 Nr. 8b BGB unwirksame Verkürzung der fünfjährigen Verjährungsfrist von Mängelansprüchen gem. § 307 BGB auch für den kaufmännischen Verkehr Bedeutung hat, weil sie zu einer unangemessenen Benachteiligung des Kaufmanns führen kann, wenn er zunächst verborgene Mängel erst nach Ablauf der verkürzten Frist erkennt. Aus ähnlichen Erwägungen hat das OLG Hamm²⁹ einen Gewährleistungsausschluss in einem Notarvertrag als unwirksam angesehen, weil der Notar den Erwerber nicht darüber belehrt hat, dass sich Baumängel, die auf einer geringeren Haltbarkeit und Nutzungsdauer der Bauleistung beruhen, gelegentlich erst nach einer Langzeitbelastung während der Gewährleistungsfrist von 5 Jahren zeigen können.

Die **Gewissheit**, dass das **Werk** im Zeitpunkt der Abnahme **keinen Mangel aufweist**, wird also bei einer praxisgerechten Auslegung der **Soll-Beschaffenheit** vom Auftragnehmer **nicht geschuldet**. Die Höhe eventueller Nacherfüllungskosten und die mangelnden Fälligkeit des Werklohns für eine mangelhafte Leistung bzw. nach der Abnahme das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers gem. § 641 Abs. 3 BGB tragen dazu bei, dass der Unternehmer sich bemüht, ein Werk herzustellen, das mangelfrei ist.

Der Vergleich eines Bauwerks mit einem Unfallwagen ist allenfalls mit einem Fahrzeug zulässig, das einen Bagatellschaden erlitten hat oder einem Fahrzeug, das älter als 5 Jahre ist, bei dem zwar

²⁸ BGH, Urt. v. 8.3.1984 - VII ZR 349/82, BauR 1984, 390; "Kniffka/Schulze-Hagen, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht (12.01.2015), § 634a BGB Rdnr. 195

²⁹ OLG Hamm, Urt. v. 20.12.2007 - 24 U 53/06; BGH, Beschluss vom 27.11.2008 - VII ZR 32/08 (NZB zurückgew.)

keine Mängel erkennbar sind, aber auch nicht ausgeschlossen werden können, so dass bei solchen Fahrzeugen **kein merkantiler Minderwert** mehr bejaht wird.

III.1.2. Vollständige Beseitigung eines festgestellten Baumangels

Zöller: Auf den Sparren im nicht ausgebauten Dachboden eines neu errichteten Einfamilienwohnhauses bildeten sich noch während der Bauzeit Schimmelpilze. Durch eine Oberflächenbehandlung mit Erstmaßnahmen, Abschleifen und Nachbehandlung wurden die Schimmelpilze vollständig beseitigt. Dennoch begehrte der Hauseigentümer vom Bauträger den Austausch des Dachstuhls, weil er kein ehemals schadhaftes Gebäude haben wolle und er ein Restrisiko eines neuen Befalls vermutet. Er wäre auch mit einem merkantilen Minderwert einverstanden, der den zu erwartenden Abschlag beim eventuellen Verkauf des Hauses ausgleichen soll.

Merkantile Minderwerte werden mit dem Verdacht einer erhöhten Schadensgeneigtheit begründet. Die Beseitigung von Fehlern bei Gebäuden führt aber eher zu einer höheren Qualität und verringert das Risiko neuer Schäden gegenüber einem Vergleichsobjekt. Schimmelpilze sind in unserer Umgebung allgegenwärtig. Die Wahrscheinlichkeit eines Schimmelpilzbefalls hängt vom Substrat, dem pH-Wert, dem Angebot von Feuchtigkeit, der Temperatur und anderen Voraussetzungen ab. So trägt ein neuer Dachstuhl tendenziell ein größeres Risiko in sich, von Schimmelpilzen befallen zu werden, als ein älterer und trockener Dachstuhl, der von Schimmelpilzen befreit und nachbehandelt wurde. Nach der vollständigen Beseitigung der Schimmelpilze auf dem vorhandenen Dachstuhl ist das Risiko eines neuen Befalls tendenziell geringer und keinesfalls höher als auf neuen, nicht behandelten Hölzern, die entsprechend der neuen Holzschutznorm DIN 68 800-2:2012-02 im Regelfall zu verwenden sind.

Der Verfasser hat dieses Beispiel mit mehreren Sachverständigen³⁰ für dieses Fachgebiet besprochen. Sie stimmen den Ausführungen von Zöller zu, dass Schimmelpilzsporen allgegenwärtig sind. Wenn Feuchteinwirkungen durch Verzögerungen oder Unregelmäßigkeiten im Bauablauf gefördert werden, kann das zu einem Schimmelbefall führen. Dieser kann auf unterschiedliche Weise beseitigt werden. Werden die Holzfeuchte reduziert und weitere Feuchteinwirkungen verhindert, sei ein weiteres Schimmelwachstum ausgeschlossen. Erfolgt das vor der Abnahme, weist das Werk keine Mängel auf, die danach einen merkantilen Minderwert begründen könnten.

Das RG¹⁴ hat bereits vor 100 Jahren ausgeführt, dass es „Sache tatsächlicher Beurteilung“ sei, ob nach Beseitigung des Schwammes noch eine Schwammverdächtigkeit bestehe, die es unter Bezugnahme auf Sachverständigengutachten verneint hat.

Zöller: Der echte Hausschwamm ist ein braunfäulnisauslösender Pilz, der in vielen alten Gebäuden in inaktivem Zustand vorhanden ist. Er zählt zu den gefährlichen Gebäudezerstörern. In Neubauten bzw. in Gebäuden mit massiven Bauteilen (Mauerwerkswände, Stahlbetonbauteile und -decken) sind der echte Hausschwamm oder artverwandte Pilze, die langsam ihr Myzel bilden, sehr selten anzutreffen. Ist aber in einem älteren Gebäude ein inaktiver Hausschwammbefall vorhanden, genügen auch geringfügige Veränderungen, wie zum Beispiel das Verschließen von Kellerfenstern und damit Abstellen von Zugerscheinungen oder partielle Feuchtebildung, dass der Hausschwamm

³⁰ Dr. Warscheid, Sachverständiger im Bereich des mikrobiologischen Materialschutzes u.a. im Bauwesen; Dipl.- Wirtschafts-Ingenieur Ulrich Müther, Haltern; Dipl.-Ing. (FH) BDB Richard Adriaans, Bielefeld

auch in kurzer Zeit starkes Wachstum aufzeigt. Hausschwammpilze benötigen wie alle holzerstörende Pilze freies Porenwasser im Holz, das erst ab der Fasersättigung vorliegt. Schimmelpilze dagegen bilden sich auf Bauteiloberflächen und hängen nicht von der tatsächlichen Holzfeuchtigkeit ab. Schimmelpilze zählen nicht zu den holzerstörenden Pilzen und unterscheiden sich grundlegend von diesen. Schimmelpilzbildungen werden auch nicht in der Normenreihe für Holzschutz DIN 68 800 behandelt.

Der Sachverständige **Dipl.-Ing. Keßler**²⁰ hat bezüglich der Wärmedämmverbundsysteme darauf hingewiesen, dass diese häufig verborgene Mängel aufweisen. Deren Nacherfüllung unter einer sachverständigen Aufsicht führe regelmäßig zu einer **qualitativ höherwertigen Bauleistung** als die nicht beanstandete Leistung eines Unternehmers. Dem hat der auf diesem Fachgebiet ebenfalls erfahrene Sachverständige **Dipl.-Ing. Gänßmantel** unter Hinweis auf die Subunternehmerproblematik zugestimmt. Häufig werde eine fachgerechte Prüfung des Bestandsuntergrundes versäumt, typisch seien verborgene Mängel beim Verkleben der Dämmplatten. Die allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassungen sehen als sogenannte letzte Seite die „Information für den Bauherrn“ vor, die das ausführende Fachunternehmen eigentlich ausfüllen sollte, was selten geschehe. Die Rechtsprechung verkennt die Bedeutung solcher Dokumentationspflichten. Nach einer fachgerecht geplanten und durchgeführten Nacherfüllung weise das WDVS keine Mängel mehr auf.

Das entspricht dem Ergebnis eines Bausymposiums im Juni 2014 in Dresden. Der Sachverständige **Dipl.-Ing. (FH) Ulrich Steinert**, Leipzig, hat u.a. über häufig vorhandene Mängel eines WDVS im Bereich der Fensterlaibungen referiert. Nach einer fachgerecht geplanten, ausgeführten und überwachten Nacherfüllung seien entsprechende Mängel nachhaltig beseitigt, die Bauleistung sei qualitativ höherwertig als eine solche, bei der der Mangel noch nicht in Erscheinung getreten ist.

Bei den Aachener Bausachverständigentagen 2015 hat der Verfasser mit sehr vielen Sachverständigen erörtert, ob eine Nacherfüllung nach ihren Erfahrungen regelmäßig zur **Herstellung des vertraglich geschuldeten Erfolgs** führt. Das haben sie bejaht, weil die Mängelbeseitigung regelmäßig mit einer größeren Sorgfalt erfolge als die übliche Herstellung des Werks. Ihr Erfolg werde abschließend nochmals von einem Bauüberwacher oder Sachverständigen kritisch überprüft. Nach den übereinstimmenden Stellungnahmen der Bausachverständigen wird der in Erscheinung getretene Mangel bei einer Nacherfüllung in der Regel vollständig und nachhaltig beseitigt.

Der Sachverständige **Dipl.-Ing. Klingelhöfer** hat dem zugestimmt und ergänzend erklärt, dass dagegen die **Beschädigung eines intakten Bauwerks** durch äußere Einwirkungen, z.B. durch Bergschäden, zu vielfältigen Schäden führen könne, deren umfassende Feststellung ebenso wenig möglich sei wie die Feststellung, dass voraussichtlich keine weiteren Schäden entstehen werden.

Der entscheidende Unterschied eines Schadens, der durch einen Baumangel verursacht worden ist, zu solchen Beschädigungen eines Bauwerks oder Unfallwagens besteht darin, dass die Ursache eines mangelbedingten Bauschadens und die Möglichkeit seiner nachhaltigen Beseitigung aufgrund des Ergebnisses umfangreicher Forschungsarbeiten und Untersuchungsmethoden von einem Bausachverständigen in der Regel sehr konkret und genau aufgeklärt werden kann, so dass eine Nacherfüllung mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolgreich ist. Die Unfallwagen-Rechtsprechung

und die gesamte Rechtsprechung, die sich auf den merkantilen Minderwert von Gebäuden bezieht, die durch äußere Einwirkungen beschädigt wurden³¹, beruht darauf, dass solche Feststellungen nicht möglich sind, so dass diese Rechtsprechung auf die Bewertung eines völlig beseitigten Baumangels nicht übertragbar ist.

III.1.3. Zwischenergebnis

Erfahrungsgemäß kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Bauwerk **verborgene Baumängel** aufweist. Statistische Erhebungen von Schild und Oswald in den 1980er Jahren haben gezeigt, dass ein wesentlicher Teil der Mängel innerhalb der ersten beiden Jahre nach Fertigstellung erkannt werden, große Gruppen treten aber auch erst später in Erscheinung. Der Auftragnehmer schuldet dem Besteller keine **Gewissheit**, dass das **Werk** im Zeitpunkt der Abnahme **keinen Mangel aufweist**. Die gesetzliche Regelung sieht vor, dass die Mangelfreiheit durch eine Nacherfüllung herbeigeführt werden kann.

Wird sie fachgerecht ausgeführt und überwacht, führt das erfahrungsgemäß dazu, dass ein entsprechendes Gebäude als qualitativ höherwertig einzustufen ist im Vergleich zu einem Gebäude, bei dem nicht ausgeschlossen werden kann, dass es einen entsprechenden verborgenen Mangel aufweist, der lediglich in dem vergleichbaren Zeitraum nach der Abnahme noch nicht in Erscheinung getreten ist. In dem für die Bewertung des merkantilen Minderwerts relevanten Zeitpunkt **nach einer Mängelbeseitigung** lässt sich bei einer objektiven Bewertung **kein merkantiler Minderwert** feststellen.

III.2.1. Der Verdacht des Vorliegens weiterer verborgener Mängel

Der **merkantile Minderwert** eines Bauwerks ist der **durch einen Mangel verursachte Schaden**. Ein Kläger, der einen Schadensersatzanspruch wegen eines Mangels geltend macht, muss die dafür erforderlichen anspruchsbegründenden Tatsachen vortragen³². Es ist deshalb erforderlich, dass der Besteller den Mangel, aus dem er Schadensersatzansprüche ableitet, konkret bezeichnet³².

Das Urteil des BGH vom 26.09.1991³² bezieht sich auf die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung der Verpflichtung des Unternehmers zum Ersatz aller Schäden, die auf Mängeln beruhen können, die die Gutachter noch nicht festgestellt haben. Der Kläger hat zur Begründung des Anspruchs lediglich die **Besorgnis** vorgetragen, es seien **noch weitere Mängel** vorhanden. Der BGH hat beanstandet, dass der Vortrag den Richter nicht in die Lage versetze, über die Verpflichtung des Unternehmers zum Ersatz der Schäden aus etwaigen Mängeln zu entscheiden. Der Unternehmer, der den Mangel noch nicht kennt, sei nicht in der Lage, sich gegen die Klage zu verteidigen. Eine Feststellungsklage ist im Regelfall unzulässig, wenn sie auf die Feststellung gerichtet ist, dass ein Bauunternehmer Schadensersatz für Mängel an einem Bauwerk zu leisten hat, die bisher nicht in Erscheinung getreten sind³².

Das gilt erst recht, wenn durch ein Urteil nicht nur festgestellt werden soll, dass der Unternehmer zum künftigen Ersatz des durch einen Mangel verursachten Schadens verpflichtet ist, wenn dieser

³¹ z.B. BGH v. 20. 6. 68 III ZR 32/66 - BB 68, 1355 WPM 68, 1220 u.a.

³² BGH, Urt. v. 26.09.1991 - VII ZR 245/90; NJW 1992, 697

eintritt, sondern er gem. §§ 633, 634 Nr.4, 280 BGB zur **Zahlung eines Schadensersatzes** verurteilt werden soll, weil der Verdacht besteht, dass der Schaden eintreten könnte. Der merkantile Minderwert setzt als ein Mangelfolgeschaden die **Feststellung eines konkreten Mangels** gem. §§ 633 BGB voraus, der ihn verursacht hat. Dieser ist eine anspruchsbegründende Tatsache, deren Vorliegen der Besteller gem. **§ 286 ZPO** beweisen muss. Der nach dem Gesetz erforderliche Ursachenzusammenhang zwischen Mangel und Schaden liegt nicht vor, wenn der Schaden mit einem nicht feststellbaren Mangel begründet wird. Erst wenn dem Besteller der Vollbeweis gelungen ist, dass dem Werk ein Mangel anhaftet, greift für die **Entstehung** und den **Umfang** des **durch den Mangel verursachten Schadens** die Beweiserleichterung des **§ 287 ZPO** zu Gunsten des Geschädigten ein³³, die eine Schadensschätzung erlaubt.

Die **Besorgnis** des Vorhandenseins weiterer Mängel, die möglicherweise geeignet sind, den Verkehrswert einer Immobilie zu beeinträchtigen, erfüllt die Anspruchsvoraussetzungen der §§ 633, 634 Nr. 4, 280 BGB nicht. Wenn ein Sachverständiger keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines **weiteren** (anspruchsbegründenden) Mangels feststellen kann, ist es auch weder ihm noch dem Gericht in einem rechtstaatlichen Verfahren möglich, greifbare Anhaltspunkte für die Höhe des merkantilen Minderwerts zu benennen, den der nicht feststellbare Mangel verursacht haben soll.

Das gilt auch für andere Fälle, in denen irgendwelche Umstände, die keinen Mangel i.S.v. § 633 BGB darstellen, zu einer Reduzierung des Verkehrswerts geführt haben können. Legt ein Bauherr bei einem umfassenden Informations- und Beratungsgespräch z.B. Wert auf einen barrierefreien Zugang zu einer Dachterrasse und wird dieser ohne Schwelle fachgerecht hergestellt, weist er keinen Mangel auf. Dann kann ein merkantiler Minderwert gem. §§ 633, 634 Nr.4, 280 BGB nicht damit begründet werden, dass einige Sachverständige die Auffassung vertreten, dass Abdichtungen auch an Dachterrassentüren grundsätzlich mindestens 15 cm (bzw. 5 cm mit zusätzlichen Maßnahmen, wie einer Fassadenrinne), über Oberkante des angrenzenden Belags aufzukanten sind und der Anschluss von Abdichtungen an Rahmenprofile von Dachterrassentüren mit zum Belag niveaugleichen Schwellen gegen die anerkannten Regeln der Technik verstoße.

Selbst ein vorhandener Mangel, mit dem wegen dessen Verjährung gem. § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB keine Ansprüche mehr begründet werden können, darf bei der Feststellung des merkantilen Minderwerts nicht mehr berücksichtigt werden, obwohl er sich negativ auf den Verkehrswert der Immobilie auswirken kann.

Der Glaube, dass eine bestimmte Ausrichtung eines Hauses über einer Wasserader zu gesundheitlichen Störungen der Bewohner führe oder der Bau eines Hauses in einer sicheren Entfernung zu einer Hochspannungsleitung, die aus sachverständiger Sicht eine Beeinträchtigung ausschließt, kann für einige potenzielle Käufer Anlass sein, das Haus gar nicht oder nur bei einem erheblichen Preisnachlass zu kaufen. Diese Umstände erfüllen jedoch nicht die Voraussetzungen eines Mangels gem. § 633 BGB, so dass sie ebenfalls keinen merkantilen Minderwert gem. §§ 633, 634 Nr.4, 280 BGB begründen. Das gilt auch für die Abwertung eines Gebäudes in Medien, wie bei dem oft

³³ BGH, Urt. v. 06.12.2012 - VII ZR 84/10, (Putzrisse, keine Beseitigung d. Mangels), s. Fn.1

zitierten Beispiel des „Mörderhauses“ oder die pauschale Abwertung eines bestimmten Bauunternehmers in den Medien, dass die von ihm errichteten Häuser regelmäßig Mängel aufweisen.

Zöller: Nicht selten hat ein potenzieller Käufer einer Immobilie, die den individuellen Wünschen eines Bauherrn entspricht, einen anderen Geschmack als der Bauherr. Ohne Berücksichtigung anderer marktbeeinflussender Größen wird ein potenzieller Käufer die Änderung von Gestaltungselementen, zum Beispiel eines ihm hässlich erscheinenden braunen Badezimmerfliesenbelags, gedanklich von einem Kaufpreis abziehen, um den Gesamtaufwand zum Erwerb einer Immobilie in einer für ihn finanzierbaren Grenze zu halten.

Die vorstehenden Beispiele verdeutlichen, dass es vielfältige Umstände gibt, die den Verkehrswert eines Gebäudes reduzieren können, was sich durchaus beim Verkauf insbesondere eines älteren Hauses nach einer jahrelangen Nutzung auswirken kann. Erfüllen die Umstände nicht nachweislich die Voraussetzungen eines Mangels gem. § 633 BGB bei einem neu errichteten Haus, begründen sie auch keinen Schadensersatzanspruch gem. §§ 634 Nr. 4, 280 BGB.

III.2.2. OLG Hamm, Urt. v. 10. 5. 2010 - 17 U 92/09 (Kellerabdichtung)³⁴

Ein vom AN errichtetes Haus wies eine mangelhafte Kellerabdichtung auf, die beseitigt wurde. Das OLG Hamm hat einen merkantilen Minderwert i.H.v. 7.800 € „bezogen auf den maßgeblichen Zeitpunkt der Abnahme“ bejaht. Unter Bezugnahme auf das OLG Stuttgart³⁵ hat es angenommen, dass eine mangelhafte Kellerabdichtung der „klassische Fall eines merkantilen Minderwerts“ sei. Dieser beruhe trotz der Mangelbeseitigung auf dem **objektiv unbegründeten Verdacht**, das Bauwerk könne noch **weitere verborgene Mängel** aufweisen.

Das vom OLG Hamm zitierte Urteil des OLG Stuttgart bezieht sich auf die Bewertung des technischen Minderwerts eines **nicht beseitigten Mangels** mit Hilfe der Zielbaumethode nach Aurnhammer und nicht auf einen objektiv unbegründeten Verdacht, dass das Bauwerk **noch weitere Mängel** aufweisen könne. Dieser Verdacht reicht zur Begründung eines Schadensersatzanspruch nicht aus (s. III.2.1.). Für die Feststellung eines merkantilen Minderwerts ist nicht der Zeitpunkt der Abnahme maßgeblich, sondern derjenige „**nach erfolgter Mängelbeseitigung**“¹ (s. III.1.).

Günther³⁶ meint zu Recht, dass es zu weit gehe, einen merkantilen Minderwert selbst im Fall eines objektiv völlig unbegründeten Verdachts des Fortbestehens von Mängeln anzunehmen. Dahmen³⁷ weist darauf hin, dass ein geltend gemachter Schaden im konkreten Fall nachzuweisen sei.

Der Verfasser war während der 16 Jahre seiner Tätigkeit in einem Bausenat mit einer kaum noch überschaubaren Anzahl von undichten Kellern befasst. In keinem Fall wurde vom Besteller der Ersatz eines merkantilen Minderwerts geltend gemacht. Nach der übereinstimmenden Bewertung qualifizierter Bausachverständiger ist das Risiko einer Kellerundichtheit nach der Beseitigung entsprechender Mängel durch ein Fachunternehmen bei einer sorgfältigen Bauüberwachung und Dokumentation der Arbeiten sowie einer abschließenden Begutachtung ihres Erfolges wesentlich

³⁴ OLG Hamm, Urt. v. 10. 5. 2010 - 17 U 92/09, IBR 2010, 555, BauR 2010, 1637, NJW-RR 2010, 1392

³⁵ OLG Stuttgart Urt. v. 14.3.1989 – 12 U 29/88, BauR 1989, 611

³⁶ Günther, IBR-online 2012, 1240, Rdnr. 23

³⁷ Dahmen, BauR 2012, 24, 26, 27; sie spricht auf S. 29 zutreffend von einem „Strafschadensersatz“

geringer als bei einem Neubau, bei dem keine Nacherfüllung stattgefunden hat, weil auch ein Sachverständiger entsprechende verborgene Mängel bei einer Abnahme nicht erkennen kann.

Beispiel: Ein Bauträger errichtet 4 Häuser. Das 1. (verkaufte) Haus weist einen undichten Keller auf. Daraufhin lässt der Bauträger die Häuser 2. und 3. untersuchen. Das 2. weist ebenfalls eine Undichtheit auf, die unter der Aufsicht eines qualifizierten Bauüberwachers fachgerecht beseitigt wird, was entsprechend dokumentiert wird. Ein Sachverständiger bestätigt den Erfolg. Beim 3. Haus hat der Sachverständige keinen Mangel festgestellt, er weist aber auf die Schwierigkeit der umfassenden Prüfung und sicheren Feststellung der Mangelfreiheit hin. Das 4. Haus wurde noch nicht untersucht. Der B interessiert sich aufgrund der Architektur, Größe und Lage für eines dieser Häuser. Er fragt einen Sachverständigen, welches Haus er ihm empfiehlt.

Alle vom Verfasser befragten Sachverständigen bei Baurechts- und Sachverständigenveranstaltungen in Aachen, Düsseldorf, Berlin, Hamburg, Frankfurt und Nürnberg haben das 2. Haus empfohlen und zwar sowohl Schadenssachverständige als auch Wertgutachter. Der häufig zitierte Vergleich zweier gleichwertiger Gebäude, von denen eins einen Mangel aufgewiesen hat und das andere nicht³⁸, ist irreführend, weil bei einem Gebäude, bei dem in einem vergleichbaren Zeitraum, d.h. von der Abnahme des ersten Hauses bis zu dessen Nacherfüllung (noch) keine Mängel in Erscheinung getreten sind, die Möglichkeit, dass es verborgene Mängel aufweist, erfahrungsgemäß nicht auszuschließen ist. Solch einen Vergleich muss ein Makler unterlassen, weil die ohne jede sachliche Grundlage und ohne Berücksichtigung der Erfahrungen der Baupraxis aufgestellte Behauptung, dass ein Gebäude mangelfrei ist, als arglistige Täuschung bewertet werden kann³⁹.

Weist eine Bauleistung einen Mangel auf, ist es nach der **Systematik des Werkvertragsrechts** geboten, dass der Besteller dem Unternehmer Gelegenheit gibt, diesen zu beseitigen, damit er den **vollen Werklohn** für das letztlich **mangelfrei hergestellte Werk** erhält. Es ist mit den **wesentlichen Grundgedanken des Werkvertragsrechts** nicht zu vereinbaren, dass ein Auftragnehmer trotz der Herstellung eines völlig mangelfreien Werks nicht den vollen oder sogar keinen Werklohn erhält⁴⁰ und ggf. darüber hinaus sogar Schadensersatz wegen eines unbegründeten Verdachts leisten muss. Da sich der merkantile Minderwert auf den Verkehrswert des gesamten Bauwerks bezieht und nicht nur auf die einzelne Bauleistung (s. III.1.) kann er eine Art Hebelwirkung haben.

Beispiel: Der AN wird mit der Kellerabdichtung einer Villa (Verkehrswert 500.000 €) beauftragt. Der Werklohn beträgt 10.000 €. Der Keller weist eine Undichtheit auf, die vom AN fachgerecht beseitigt wird, was ein Sachverständiger bestätigt. Der Besteller rechnet dennoch mit einem merkantilen Minderwert in Höhe von 2 % der Verkehrswerts auf, d.h. 10.000 €. Soll der Unternehmer keinen Werklohn für das mangelfreie Werk erhalten?

Muss der AN dem Besteller trotz der mangelfreien Herstellung sogar 5.000 € Schadensersatz wegen eines merkantilen Minderwerts zahlen, wenn der Sachverständige diesen unter Bezugnahme auf seine nicht überprüfbaren „Erfahrungen“ auf 3 % des Verkehrswerts schätzt?

³⁸ BGH, BGH, Urt. v. 25.02.1953 - II ZR 172/52 (Mörtelmangel), BGHZ 9, 98, NJW 1953, 659; MüKoBGB/Busche BGB § 634, Rdnr. 47, Volze, DS 2015, 25

³⁹ BGH, Urt. v. 8.05.1980 - IV a ZR 1/80, NJW 1980, 2460

⁴⁰ BGH, Urt. v 29.04.2004 - VII ZR 107/03 (Asphalt), NJW-RR 2004, 1023, NZBau 2004, 389, BauR 2004, 1290

Ist der objektiv unbegründete Verdacht unbeachtlich, wenn sich die Abnahme verzögert hat, so dass der AN noch Gelegenheit hatte, die Undichtheit vor der Abnahme zu beseitigen mit der Folge, dass der Besteller das mangelfreie Werk abnehmen muss?

In diesen Fällen ist der in Erscheinung getretenen Mangel nachhaltig beseitigt, so dass das Gebäude objektiv gesehen als qualitativ höherwertig zu bewerten ist. In dem entscheidungsrelevanten Zeitpunkt nach der Mangelbeseitigung weicht die Ist-Beschaffenheit nicht von der Soll-Beschaffenheit ab, so dass sich nach der Differenzhypothese **kein merkantiler Minderwert** ergibt.

IV.1. Beweis der Entstehung und des Umfang des Schadens

Nur wenn das Vorhandensein eines Mangels zur Überzeugung des Gerichts feststeht (§ 286 ZPO), greift für die **Entstehung und den Umfang des Schadens** die Beweiserleichterung des **§ 287 ZPO** zu Gunsten des Geschädigten ein⁴¹. Diese bezieht sich nach der hier vertretenen Auffassung auf die Feststellung, dass ein Schaden besteht, weil ein festgestellter bzw. unstreitig vorhanden gewesener **Mangel nicht vollständig beseitigt** worden ist. Die Bewertung des technischen und merkantilen Minderwerts muss sich auf den **festgestellten Mangel des konkreten Objekts** beziehen und unter **Berücksichtigung** von dessen **individuellen Eigenschaften und der konkreten Schadensursache** sowie den **zum Wertermittlungsstichtag herrschenden allgemeinen Marktbedingungen** vorgenommen werden.

Die richterliche Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO ist unzulässig, wenn mangels **greifbarer Anhaltspunkte** eine **realitätsgerechte Grundlage** für diese Tatsache nicht feststellbar ist und das **richterliche Ermessen völlig in der Luft** hängen würde. Das ist bei dem Verdacht, dass der Schaden entgegen der Stellungnahme eines Bausachverständigen nicht vollständig beseitigt worden ist, regelmäßig der Fall. Wenn eine Schätzung nicht möglich ist, bleibt es bei der Regel, dass der Geschädigte die Beweislast für die klagebegründenden Tatsachen trägt und deren Nichterweislichkeit ihm schadet⁴².

IV.2. Vertrauensverlust potenzieller Kaufinteressenten

Die Klärung, ob ein fachgerecht beseitigter Baumangel unabhängig von der objektiven Bewertung (s. III.1.3.) ein objektspezifisches Grundstücksmerkmal i.S.v. § 8 Abs.3 ImmoWertV darstellt und welcher Abschlag insoweit ggf. in Betracht kommt, kann nach dem Urteil des BGH vom 6.12.2012⁴² in der Weise geschehen, „dass ein Sachverständiger Fachleute befragt, die den Markt kennen und in der Lage sind, **fundierte Werteinschätzungen der betroffenen Gebäude** abzugeben und dabei die Auswirkungen der durchgeführten Mängelarbeiten auf die Bereitschaft potenzieller Kaufinteressenten, den üblichen Marktpreis mangelfreier Gebäude zu zahlen, einzuschätzen“. Dieses Zitat bezieht sich allerdings auf ein Gebäude, dessen Mängel nicht beseitigt worden sind und nicht auf die hier erörterten Fälle einer fachgerechten und vollständigen Mangelbeseitigung.

Nach der Legaldefinition des § 194 BauGB richtet sich der Verkehrswert nach den **tatsächlichen Eigenschaften und rechtlichen Gegebenheiten** der Immobilie am Wertermittlungsstichtag. Ihr Wert ergibt sich aus den Verhältnissen auf dem Grundstücksmarkt, der allgemeinen wirtschaftli-

⁴¹ BGH, Urt. v. 06.12.2012 - VII ZR 84/10 (Putzrisse, keine Beseitigung d. Mangels), s. Fn.1

chen Situation, dem Kapitalmarkt, den regionalen Umständen und nach Angebot und Nachfrage im gewöhnlichen Geschäftsverkehr.

Herbert Fahnenbruck⁴²: Als Bestandteil dieser Legaldefinition ist ausdrücklich auch der Stellenwert individueller Besonderheiten geregelt: „*Der Verkehrswert (Marktwert) wird durch den Preis bestimmt, der ... ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse zu erzielen wäre.*“, so dass subjektive Bewertungen einzelner potenzieller Käufer prinzipiell nicht zu berücksichtigen sind.

Im Übrigen finden sich die wesentlichen Bewertungsgrundlagen neben dem BGB und dem BauGB in der Immobilienwertverordnung (ImmoWertV vom 19.05.2010) sowie in den zugeordneten Richtlinien (Sachwertrichtlinie, Vergleichswertrichtlinie, Ertragswertrichtlinie (Entwurfsstatus), Bodenwertrichtlinie), die im Kontext der ImmoWertV neu konzipiert worden sind. Unbeschadet dieser Grundlagen sind die Modellparameter des jeweils örtlichen Gutachterausschusses zu beachten, die von einzelnen Vorgaben der genannten Grundlagen abweichen können. Da eine Berechnung nur bei Modellkonformität auf die von den Gutachterausschüssen veröffentlichten weiteren Daten (Kaufpreissammlung, Bodenrichtwerte, Liegenschaftszinssätze, Indexreihen) zugreifen und korrekt durchgeführt werden kann, sind abweichende Vorgaben zwingend zu berücksichtigen.

Die genannten Grundlagen bilden lediglich das rechentheoretische Handwerkszeug des Bewertungssachverständigen ab. Bereitgestellte Daten können nicht ungeprüft übernommen werden und sind objektbezogen zu beurteilen. Wesentliches Wertkriterium ist die **Lage des Objekts**, die als eines der wenigen Merkmale unveränderlich ist. Alle weiteren Parameter sind in der Regel untergeordneter Natur. Bezogen auf einen möglicherweise, vielleicht oder hypothetisch vorhandenen Mangel sei der Hinweis erlaubt, dass sich die Frage am Markt allein deshalb nicht stellt, weil das gleiche Angebot am gleichen Ort nicht in zwei Varianten (gesichert mangelfrei und hypothetisch mangelhaft) zur gleichen Zeit angeboten wird. Ein **hypothetisches Risiko** wird einen **tatsächlich interessierten Käufer weder an einer Kaufentscheidung hindern noch ihn einen reduzierten Preis durchsetzen** lassen. Bei der Bewertung am Immobilienmarkt interessieren beseitigte Mängel den Markt wenig. Selbstverständlich besteht für Kaufinteressenten ein wirtschaftliches Interesse, dass potenzielle Risiken in den Prozess der Kaufentscheidung einbezogen werden können. Dies geschieht am Markt in der Regel durch die Einbeziehung von Bauschadensachverständigen. Soweit besondere Schäden vorhanden waren und beseitigt worden sind, spielen diese bei tatsächlichem Kaufinteresse keine Rolle.

Die Verkehrswertermittlung gründet sich demnach im Wesentlichen auf objektive Maßstäbe bezüglich des konkreten Objekts. Im Marktgeschehen wird erst dann ein Minderwert eingepreist, wenn mit dem (im rechtlichen oder technischen Sinne vorliegenden) Mangel auch eine Nutzungseinschränkung vorliegt.

⁴² Herbert Fahnenbruck, Voerde, ist öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Schäden an Gebäuden sowie die Bewertung von bebauten und unbebauten Grundstücken

Hinsichtlich des Objektzustandes im Allgemeinen besteht im Übrigen ein zumindest latentes Verständnis darüber, dass eine Immobilie kein statisches System darstellt. Wenn für ein Bauwerk - im Wohnungsbau - heute eine übliche Nutzungsdauer von 80 bis 90 Jahren angenommen wird, so erfolgt der finale Rückbau nicht für eine intakte Immobilie. Die Immobilie ist dann aufgebraucht und wirtschaftlich nicht mehr erhaltenswert. Dies bedeutet, dass es auf dem Weg von der Erstellung bis zu dem Rückbau einen ständigen Erhaltungsaufwand gibt, den der Betreiber einer jeden Immobilie nach eigenem Ermessen mehr oder weniger individuell betreibt. Bei ordnungsgemäßer Verwaltung von Eigentumswohnungen sind für den immer (irgendwann) entstehenden Instandhaltungsaufwand Rücklagen zu bilden. Diese können sich an unterschiedlichen Vorgaben orientieren, hilfsweise an der II. Berechnungsverordnung. Diese beziffert bei Wohnungsnutzung die Instandsetzungskosten aktuell mit jährlich 8,62 € /m². Weitere Anhaltspunkte liefert die Beleihungswertermittlungsverordnung (BelWertV). Es ist also den Marktteilnehmern klar, dass ein Gebäude nur mit einem einzukalkulierenden Instandhaltungsaufwand betrieben werden kann und einzelne Mangelerscheinungen darüber beseitigt werden. Unterschieden werden können vier verschiedene Aspekte, die unterschiedlichen Zugang in die Verkehrswertermittlung finden:

Aspekt 1: Es handelt sich um baujahrstypische Zustände (Asbestdach – das hat man zur Zeit der Errichtung des Bauwerks so gemacht, das ist unter dem Gesichtspunkt der Wertbetrachtung übliche Beschaffenheit).

Aspekt 2: Teilweise handelt es sich um altersbedingte jedenfalls nicht unübliche Bauwerksveränderungen, die im Zuge der Alterswertminderung als abgegolten betrachtet werden können (am Ende der Alterswertminderung steht der Abriss eines maroden Bauwerks).

Aspekt 3: Teilweise handelt es sich um üblichen Instandhaltungsaufwand, wie er immer anfällt.

Aspekt 4: Bei einem Teil handelt es sich möglicherweise um Instandhaltungsstau. Hierzu gehören zum Beispiel erforderliche Reparaturen wegen singulärer Schadenereignisse.

Lediglich der Aspekt 4 ist nicht bereits durch die Systematik üblicher Verkehrswertermittlungsmethoden abgedeckt und wäre besonders zu berücksichtigen. Ein hypothetischer Mangel gehört nicht dazu.

Liebeheit: Diese Kriterien müssen von einem Immobiliensachverständigen bewertet werden. Das gilt auch für die Frage, ob der Marktwert durch die unter III.2.1. erörterten Befürchtungen und Umstände beeinflusst wird. In einem Gerichtsgutachten müssen jene Umstände gegebenenfalls von denjenigen abgegrenzt werden, die durch einen haftungsbegründenden Mangel gem. §§ 633, 634 Nr. 4, 280 BGB verursacht worden sind, weil nur diese für die Schadensschätzung des Gerichts gem. § 287 ZPO relevant sind. Das fällt in den Kompetenzbereich des Bausachverständigen. Wegen der Schnittstellenproblematik bei der Klärung der Bewertungskriterien ist die Verwertbarkeit von Gutachten am besten gewährleistet, wenn der Sachverständige über Erfahrungen auf beiden Gebieten verfügt oder Sachverständige der beiden Fachrichtungen ausgewählt werden, die im

Interesse der Reduzierung des mit der Gutachtenerstattung verbundenen Aufwands zu einem „Teambuilding“ in der Lage sind.

Wegen der erforderlichen Differenzierung und der gebotenen Berücksichtigung der von Fahnenbruck dargestellten Bewertungskriterien ist nicht auf eine spontane Meinungsäußerung eines nach dem Zufallsprinzip befragten Publikums (Fußgängerzone, Telefonumfrage) abzustellen, bei dem eine Vermengung relevanter und nicht relevanter Kriterien nicht ausgeschlossen werden kann, sondern auf die differenzierende Bewertung von potenziellen Kaufinteressenten, die von dem Makler pflichtgemäß umfassend und sachgerecht informiert worden sind. Die Beschaffung verwertbarer Informationen stellt eine wesentliche Verpflichtung eines Wertgutachters dar.

Der Kauf einer Immobilie hat eine erhebliche finanzielle und wirtschaftliche Bedeutung für den Erwerber und gründet sich auch wegen der erforderlichen Finanzierung in der Regel auf eine umfassende Informationsbeschaffung und **sachkundige Beratungen** des Käufers. Die Rechtsprechung sieht bei einer Reaktion auf einen Baumangel grundsätzlich die **verständige Würdigung** eines **wirtschaftlich vernünftig denkenden** Bestellers als entscheidend an⁴³. Das muss in gleicher Weise für einen **potenziellen Käufer** gelten, der ohne eine entsprechende Beratung nicht dazu in der Lage ist, die Bedeutung eines (beseitigten) Baumangels zu bewerten. Nach den Erfahrungen des Sachverständigen Fahnenbruck wird er von privaten Kaufinteressenten überwiegend in seiner Eigenschaft als Bausachverständiger um eine Beratung beim Hauskauf gebeten. Er wird von diesen eher selten nach der Angemessenheit des angebotenen Kaufpreises befragt.

Für die Klärung eines Minderwerts ist nicht ein Abschlag entscheidend, den sich ein Interessent aufgrund seines Bauchgefühls ohne Berücksichtigung der übrigen für den Kaufentschluss relevanten Kriterien vorstellt, sondern der Abschlag, den der Käufer bei einer objektiven Bewertung aller relevanten Kriterien durchsetzen kann und der Verkäufer hinnehmen muss. Entsprechend der Rechtsprechung des RG¹⁷ ist deshalb ein „objektiver“ Bewertungsmaßstab anzuwenden, vom dem auch die ImmoWertV und § 194 BauGB ausgehen.

Der potenzielle Käufer muss also von einem Makler über alle entscheidungsrelevanten Kriterien aufgeklärt und bezüglich des fachgerecht beseitigten Baumangels darüber belehrt werden, dass bei keinem Bauwerk in dem hier relevanten Zeitraum die **Gewissheit** besteht, dass es keine verborgenen Mängel aufweist und weiterhin, dass nach einer Nacherfüllung nach der einhelligen Bewertung von Bausachverständigen eine **größere Gewissheit** besteht, dass ein **in Erscheinung getretener Mangel** künftig zu **keinen weiteren Schäden** führt als bei einem Bauwerk, bei dem solch ein Mangel noch nicht in Erscheinung getreten ist.

Da sich die Mangelbeseitigung nach den Erfahrungen von Experten positiv auf die Qualität eines Bauwerks auswirkt, ist es interessengerecht, dass ein Makler Kaufinteressenten darüber aufklärt, so dass aus solch einer Aufklärung kein merkantiler Minderwert gefolgert werden kann.

⁴³ BGH, Urt. v. 27.03.2003 - VII ZR 443/01, IBRRS 2003, 1347, NJW-RR 2003, 1021, 1022; OLG Hamm, Urt. v. 25.11.2014 - 24 U 64/13, IBR 2015, 140, NZBau 2015, 232

Fahnenbruck: Es kann erwartet werden, dass die weit überwiegende Anzahl der Marktteilnehmer sachgerecht aufgeklärte und wirtschaftlich vernünftig denkende potenzielle Kaufinteressenten sind oder durch Bausachverständige begleitet werden und erkennen, dass bei einem beseitigten Baumangel ein Preisabschlag nicht durchsetzbar ist. Das gilt erst recht für gewerbliche Kaufinteressenten.

Liebheit: Soweit potenzielle Kaufinteressenten dagegen auf der entgegengesetzten Fehlvorstellung beharren, muss der Sachverständige dazu Stellung nehmen, welche Relevanz solche Interessenten in den Städten und Gebieten haben, in denen eine große Nachfrage nach Immobilien besteht, z.B. Hamburg, Düsseldorf, Dresden, Leipzig, Berlin, München, etc.. Der Verkäufer muss solche Interessenten bei der Entscheidung, an wen er verkauft, nicht berücksichtigen, wenn es eine ausreichende Anzahl von potenziellen Kaufinteressenten gibt, die zu einer sachgerechten und wirtschaftlich vernünftigen Bewertung in der Lage sind. Insoweit ist auf eine angemessene Angebotszeitspanne abzustellen. Bereits das RG¹⁷ hat ausgeführt, dass Interessenten, die versuchen einen beseitigten Baumangel zum Vorwande zu nehmen, um auf dem Preis zu drücken, nicht zu berücksichtigen sind. Das entspricht dem Grundsatz gem. § 2 ImmoWertV, dass künftige Entwicklungen nur zu berücksichtigen sind, wenn sie mit hinreichender Sicherheit auf Grund konkreter Tatsachen zu erwarten sind.

IV.3. OLG Stuttgart, Urteil vom 08.02.2011 - 12 U 74/10 (Dachabdichtung)⁴⁴

Verschiedene Mängel der Konstruktion und Abdichtung eines Dachs erforderten umfangreiche Nacherfüllungsmaßnahmen, die 7.000 € kosteten. Die Beseitigung weiterer Mängel kostete 8.000 €. Zur Kontrolle und Prüfung der ordnungsgemäßen Durchführung der Arbeiten haben die Besteller einen Architekten als Fachmann hinzugezogen.

Der Gerichtsgutachter hat eine ordnungsgemäße Beseitigung der Mängel bestätigt und erklärt, dass eine vollständige Überprüfung der Sanierungsarbeiten regelmäßig kaum möglich sei, da dies eine erneute Öffnung des Daches erfordere. Letzteres werde oft deshalb nicht durchgeführt, weil hierdurch nicht unerhebliche Kosten entstehen und zudem neue Risiken geschaffen werden könnten, da wiederum, wenn auch nur geringfügig, in die Dachkonstruktion eingegriffen werden muss.

Das OLG Stuttgart hat angenommen, dass ein merkantiler Minderwert bei Mängeln im Bereich der Hauskonstruktion anzunehmen sei, bei denen eine 100-%ige Überprüfung nicht möglich ist. Das sei anzunehmen, wenn Undichtigkeiten im Dachbereich aufgetreten sind, die erhebliche Sanierungsarbeiten erforderlich gemacht haben. Unter Berücksichtigung dieser Ungewissheit hat es den merkantilen Minderwert auf 3.000 € geschätzt, das sind 2% der Baukosten, die es ohne eine Begründung mit dem Verkehrswert des Gebäudes gleichgesetzt hat.

Die Befürchtung, dass das Bauwerk noch weitere Mängel aufweisen könnte, die noch nicht erkannt wurden, reicht zur Begründung eines merkantilen Minderwerts nicht aus (s. III.2.1.).

Sollte das Urteil dagegen so zu verstehen sein, dass der Sachverständige aufgrund seiner Untersuchung eine erfolgreiche Beseitigung der vorhandenen Mängel bestätigt hat, dass er aber ohne

⁴⁴ OLG Stuttgart, Urt. v. 08.02.2011 - 12 U 74/10 (Dachsan.), IBR 2011, 133; BauR 2011, 894; NJW-RR 2011, 457

eine erneute Öffnung des Daches insoweit keine 100-%ige Gewissheit hat, dass der geschuldete Erfolg erreicht wurde, gründet sich seine Bewertung auf einen Informationsstand, der demjenigen eines Bausachverständigen deutlich überlegen ist, wenn dieser den Bauherrn bei der Abnahme berät und ohne eine zerstörende Bauteilöffnung verborgene Mängel nicht ausschließen kann.

Wenn der Besteller nach einer Nacherfüllung, deren ordnungsgemäße Durchführung von einem Architekten als Fachmann geprüft und nicht beanstandet worden ist, nicht darlegen kann, dass der Mangel nicht vollständig beseitigt worden ist, und auch der vom Gericht bestellte Sachverständige keine entsprechenden Anhaltspunkte feststellen kann, ist nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen davon auszugehen, dass der gerügte Mangel nicht mehr existiert. Grundsätzlich trifft den Besteller nach der Abnahme die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsache, dass weiterhin ein Mangel besteht, wenn er daraus einen Schadensersatzanspruch herleiten will. Erst wenn das Gericht gem. § 286 ZPO die Überzeugung gewonnen hat, dass der Mangel weiterhin besteht, kann es gemäß § 287 ZPO schätzen, ob und welchen Schaden der Mangel verursacht hat. Mit den nicht 100-%igen Erkenntnismöglichkeiten des vom Gericht bestellten Sachverständigen, die denjenigen eines Bausachverständigen, der einen Bauherrn bei der Abnahme berät, deutlich überlegen sind, lässt sich ein **merkantiler Minderwert** nicht begründen.

Sollte sich ausnahmsweise zeigen, dass der Mangel trotz der vorgenannten Umstände nicht vollständig beseitigt worden ist, muss der Bauherr dem Unternehmer in der Regel noch eine weitere Gelegenheit zur Nacherfüllung geben⁴⁵. Diese Systematik der Mängelrechte kann nicht dadurch ausgehöhlt werden, dass dem Besteller schon vor solch einer endgültigen Mangelbeseitigung ein merkantiler Minderwert zugesprochen wird, obwohl es keine konkreten Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Mangel nicht vollständig beseitigt worden ist.

IV.4. OLG München, Urteil vom 17.12.2013 - 9 U 960/13 Bau (Dacherneuerung)⁴⁶

Die Konstruktion des vom AN ausgeführten Flachdachs war nicht funktionstüchtig. Das Landgericht verurteilte ihn zur Zahlung eines Kostenvorschuss in Höhe von 654.500 € brutto und es stellte fest, dass der AN verpflichtet sei, die darüber hinausgehenden Kosten der Dachsanierung zu tragen. Die Gesamtkosten hat es auf rund 1,35 Mio. € geschätzt.

Wegen der Schadhaftheit des Dachs wurde der AN zudem zum Ersatz eines **merkantilen Minderwerts** in Höhe von **50.000 €** verurteilt. Der AN machte geltend, dass nach dem Austausch des gesamten Dachs kein Minderwert bleibe. Das neue Dach sei besser als das alte. Der vollständige Dachtausch stelle keine Reparatur dar, sondern eine Neuerstellung.

Das OLG hat die vollständige Neuerstellung des Dachs als Reparatur bezüglich des Hauses angesehen, da wesentliche Holz- und Metallteile nicht ausgetauscht wurden. Es hat angenommen, dass bei derartig gravierenden Sanierungseingriffen nachteilige Einwirkungen auf den Bestand **erfolgen könnten**. Während der Ausführung der Dachsanierung **könnte** zeitweise der Schutz gegen Regen fehlen, Wasser in das Gebäude eindringen, durch Aufzugs- und Leitungsschächte tiefer gelegene Geschosse erreichen und dort Schimmel- und Feuchteschäden auslösen, etwa in Form verzogener

⁴⁵ BGH, Urt. v. 6.5.1982 – VII ZR 74/81, BauR 1982, 493; Kniffka/Koebler, 6.Teil, Rdnr. 130; Werner/Pastor Rn. 2717

⁴⁶ OLG München, Urteil vom 17.12.2013 - 9 U 960/13 Bau, IBR 2014, 483.

Gipskarton-, Tür- und Fensterelemente. Die Dachsanierung mit Gerüstaufbau **könne** Schäden und Verschmutzungen an der Gebäudeaußenseite verursachen. Schäden könnten noch nach Abschluss der Sanierung auftreten und beispielsweise die Lebensdauer von Anstrichen, Leitungen und anderen technischen Einrichtungen verkürzt sein.

All dies könnte im konkreten Fall durch eine sorgfältige Vorgehensweise vermieden werden. Eine entsprechende Sicherheit würden die beteiligten Verkehrskreise möglicher Erwerber von Wohnungseinheiten jedoch nicht gewinnen können und einen Abschlag verlangen.

Das **OLG München** hat einen **merkantilen Minderwert** trotz vollständiger Beseitigung der Mängel aus technischer Sicht bejaht und dessen Höhe ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens zu den Marktverhältnissen in München auf die Bagatellgröße von 0,45 % des Gesamtwerts der Wohnanlage geschätzt, den es mit ca. 11 Mio. € berechnet hat.

Die Entscheidung des OLG München ist rechtsfehlerhaft. Es hat verkannt, dass der merkantile Minderwert der Schaden ist, der einem Bauherrn wegen eines Mangels **nach einer erfolgten Mängelbeseitigung** verbleibt. Das OLG hat den merkantilen Minderwert nicht mit einem Mangel der Dachkonstruktion begründet, sondern mit der Unterstellung von Schäden, die **noch nicht eingetreten** sind, sondern möglicherweise durch ein sorgfaltswidriges Verhalten des vom Besteller beauftragten Nachfolgeunternehmers verursacht werden könnten, so dass dieser in erster Linie den von ihm verursachten Schaden ersetzen müsste. Es hat nicht berücksichtigt, dass Sanierungsmaßnahmen, die 1,35 Mio. € kosten, regelmäßig von Fachleuten überwacht werden, die das vom OLG unterstellte Schreckenszenario in der Regel verhindern.

Ein Kläger, der einen Schadensersatzanspruch geltend macht, muss dessen anspruchsbegründende Tatsachen vortragen. Die Haftung **für einen Schaden wegen eines Baumangels wird durch einen Schaden** begründet, den der Besteller **erlitten hat**. Die spekulative Befürchtung des OLG, dass bei der Mängelbeseitigung **zukünftig** Schäden entstehen könnten, die durch eine sorgfältige Vorgehensweise vermieden werden können, reicht zur Feststellung eines ersatzfähigen Schadens nicht.

Soll der AN als mittelbarer Verursacher der von dem Nachfolgeunternehmer und Bauüberwacher verursachten Schäden ebenfalls auf deren Ersatz in Anspruch genommen werden, setzt das voraus, dass er den Schaden adäquat kausal verursacht hat. Er muss bezüglich der konkreten Schäden eine Ursache gesetzt haben, die im Allgemeinen geeignet ist, einen Erfolg dieser Art herbeizuführen. Es reicht nicht, dass das nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen möglich ist. Das OLG hat keine **greifbarer Anhaltspunkte für die Feststellung** einer entsprechenden Schadensverursachung festgestellt. Das konnte es auch nicht, solange kein Schaden eingetreten ist.

Kein einziger Sachverständiger, den der Verfasser angesprochen hat, hält die Schadensschätzung des OLG München für realistisch. Angesichts der Nachfrage nach Immobilien im Raum München bezeichnen Wertgutachter die Vorstellung des OLG, dass ein potenzieller Erwerber den Kaufpreis um den Bagatellbetrag von 0,45 % erfolgreich drücken könnte, geradezu als lächerlich. Die Unter-

grenze eines merkantilen Minderwerts wird von Immobiliensachverständigen in der praktischen Messbarkeit gesehen, also nahe des Rundungsbereichs von 2 % bis 3 %.

V. Sachgerechte Nacherfüllungsalternativen

Nach der Symptom-Rechtsprechung des BGH ist es die Aufgabe des Sachverständigen, nach der Ursache einer Mangelercheinung zu forschen. Hat diese Forschung das Vorhandensein der nach seinen Erfahrungen **wahrscheinlichsten Ursache** bestätigt, muss er mit dem Gericht klären, ob er noch nach weiteren Ursachen der Mangelercheinung forschen soll und dazu Stellung nehmen, wie wahrscheinlich es ist, dass diese vorliegen.

Das Gericht muss die Erforderlichkeit weiterer Untersuchungen unter Berücksichtigung der Grundsätze des **Anscheinsbeweises** sowie der Frage, ob zumindest zunächst eine Beseitigung der vorgefundenen Ursache **bautechnisch und wirtschaftlich sinnvoll** erscheint, entscheiden. Das weitere Vorgehen kann davon abhängen, welche Beeinträchtigungen mit weiteren bauteilerstörenden Öffnungen verbunden sind und, ob der Besteller diese zumindest vorerst vermeiden will.

Unter Berücksichtigung der **Kooperationspflicht** und der **Schadenminderungspflicht des Bestellers** kommt es in Betracht, dass der Besteller nach einer Nacherfüllung, die sich auf die wahrscheinlichste Ursache einer Mangelercheinung konzentriert hat und erfolgreich erscheint, während der Zeit, in der er das Objekt selbst nutzen und nicht veräußern will, zunächst abwartet, ob die Mangelbeseitigung erfolgreich war, wenn ihm das ohne Beeinträchtigungen möglich ist.

Nach dem subjektiven Fehlerbegriff ist für die Soll-Beschaffenheit der vom Besteller **vorgesehene Verwendungszweck** eines Bauwerks maßgebend. Dieser kann bei einer Gewerbeimmobilie anders sein als bei einem Bauwerk, das der private Bauherr zunächst selbst nutzen will. Wenn ihm solch eine Nutzung nach den Feststellungen eines Sachverständigen ohne jede Einschränkung möglich ist, erscheint es unzulässig, zur Berechnung eines merkantilen Minderwerts die Hypothese zu unterstellen, dass er es sofort verkaufen will⁴⁷ und nicht zu berücksichtigen, dass der Besteller dem Unternehmer ggf. Gelegenheit zu einer weiteren Nacherfüllung geben muss.

Das entspricht der Regelung des § 2 ImmoWertV. Danach sind künftige Entwicklungen wie beispielsweise absehbare anderweitige Nutzungen zu berücksichtigen, wenn sie mit hinreichender Sicherheit auf Grund konkreter Tatsachen zu erwarten sind. In diesen Fällen ist auch die voraussichtliche Dauer bis zum Eintritt der rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für die Realisierbarkeit einer baulichen oder sonstigen Nutzung eines Grundstücks (Wartezeit) zu berücksichtigen. Wenn demnach auf den Zeitpunkt der Nutzungsänderung abzustellen ist, muss auch berücksichtigt werden, dass sich bis zu dem Zeitpunkt nach der einhelligen Auffassung der Bausachverständigen die Richtigkeit der Feststellung bestätigt haben dürfte, dass ein in Erscheinung getretener Mangel durch die Nacherfüllung nachhaltig beseitigt wurde. Der Sachverständige Fahnenbruck hat insoweit bestätigt, dass eine 5 Jahre alte Immobilie als wertvoller anzusehen ist, weil die Mängel, die erfahrungsgemäß in den ersten Jahren in Erscheinung treten, zu dem Zeitpunkt beseitigt sind. Im Übrigen finde bei einer privaten Nutzung regelmäßig kein Verkauf kurz

⁴⁷ Zutreffend Dahmen, BauR 2012, 24, 28

nach der Herstellung eines Gebäudes statt, sondern bei einem Generationenwechsel oder dem Ablauf einer Finanzierungsphase.

Der Ersatz eines **Schadens**, der lediglich zukünftig entstehen könnte, wird in der neueren Rechtsprechung als problematisch angesehen, wenn er zu einer **Überkompensation** führen könnte. Es widerspricht dem **Verbot, sich durch Schadenersatz zu bereichern**, wenn der Geschädigte an dem Schadensfall verdienen würde⁴⁸, so dass es geboten erscheint, den Umfang des Schadenersatzes stärker als bisher auch daran auszurichten, welchem Verwendungszweck das Gebäude nach dem Vertrag dienen sollte und welche Dispositionen der Geschädigte insoweit tatsächlich trifft⁴⁹ bzw. erst in Zukunft treffen will.

Eine Vorschussklage bezüglich der Mängelbeseitigungskosten hat nach der Rechtsprechung des BGH⁵⁰ eine verjährungsunterbrechende Wirkung, so dass der Besteller 30 Jahre lang von dem Unternehmer die vollständige Beseitigung des Mangels verlangen kann, auf den sich die Klage bezog. In solch einem Fall bietet sich die Verbindung mit einem **Feststellungsurteil** an⁵¹, dass der Unternehmer ggf. auch zum Ersatz eines Minderwerts verpflichtet ist, der dann allerdings ein technischer Minderwert wäre.

Das entspricht auch dem Interesse des Bestellers, wenn der Minderwert wegen der derzeitigen Flucht in die Sachwerte (Betongold) gering ist und sich die Marktsituation irgendwann wieder ändert und ein reichhaltiges Angebot an Immobilien den Markt überschwemmt, z.B. wegen der Schließung eines Werks in einem Gebiet mit wenigen weiteren Arbeitsplätzen. Dann könnte der technische Minderwert einer Immobilie an Bedeutung gewinnen.

Zöller: Wenn der Verdacht, dass (noch weitere) Mängel vorliegen könnten, wegen der Befürchtung, durch die Untersuchung Schäden zu verursachen, nicht umfassend aufgeklärt wird, kann über eine Risikoabwägung ein **technischer Minderwert** bei einer angenommenen verkürzten Lebensdauer abgeschätzt werden. Nicht nur bei älteren Bauteilen sind zumindest unter kaufmännischen Gesichtspunkten Instandhaltungsrücklagen zu bilden, sondern auch bei neuen. Eine vorzeitige Instandhaltung ist mit einem konkret bezifferbaren Betrag zu benennen und beruht nicht auf einem nicht technisch begründbaren Verdacht auf eventuell verborgen gebliebenen Mängel. Für Risikoabwägungen stehen technische Verfahren zur Verfügung und müssen nicht rein gefühlsmäßig abgeschätzt werden, wie das bei den hier erörterten merkantilen Minderwerten der Fall ist.

VI. Gutachten von Sachverständigen für Immobilienbewertungen

Die Gutachten von Wertgutachtern sind für ein Gericht nicht verwertbar, wenn diese davon ausgehen, dass das Urteils des BGH vom 8.12.1977 (s. I.2.) und dessen Verweis auf die Unfallwagen-Rechtsprechung eine rechtliche Vorgabe enthält, die für sie verbindlich ist, so dass es ihre Aufgabe sei, auf deren Grundlage nur die Höhe des merkantilen Minderwerts zu schätzen. Es ist die Aufgabe des Gerichts, dem Sachverständigen gem. § 404a ZPO Weisungen zu erteilen, von wel-

⁴⁸ BGH, Urt. v. 3.12.2013 - VI ZR 24/13, NJW 2014, 535

⁴⁹ BGH, Urt. v. 22. 7. 2010 - VII ZR 176/09 (MWSt), NJW 2010, 3085 f. Tz 15

⁵⁰ BGH, Urt. v. vom 25.09.2008 - VII ZR 204/07, IBR 2008, 721

⁵¹ Zutreffend Dahmen, BauR 2012, 24, 30.

chen rechtlichen Grundlagen er bei der Bewertung eines merkantilen Minderwerts wegen eines Baumangels ausgehen soll. Ein **Gericht**, das nicht über die erforderliche Fachkunde verfügt, muss die oben erörterten Grundlagen der Bewertung vorrangig durch eine konstruktive Zusammenarbeit mit einem **Bausachverständigen** und die Schlussfolgerungen aus dessen Gutachten mit einem **Sachverständigen für Immobilienbewertung** aufklären.

Es reicht nicht aus, dass ein Immobiliensachverständiger in einem Gerichtsgutachten lediglich irgendwelche nicht überprüfbaren Abschlüsse als „Erfahrungswerte“ mitteilt, die sich möglicherweise auch noch an den Kosten einer Mangelbeseitigung orientieren, die wegen ihres Erfolgs allenfalls eine qualitätsverbessernde und keine negative Bedeutung hat. Der Sachverständige muss alle entscheidungsrelevanten Bewertungskriterien für das konkrete Objekt auflisten (s. IV.2.). Deren Relevanz muss er mit einem Prozentsatz bewerten, deren Addition 100 % ergibt. Nur auf diese Weise können die Parteien und das Gericht prüfen, ob der Sachverständige bei der Schadensschätzung alle relevanten Gesichtspunkte berücksichtigt, sachgerecht bewertet und in der erforderlichen Weise zwischen den Kriterien differenziert hat, die schadensersatzrechtlich relevant sind und denjenigen, die diese Voraussetzung nicht erfüllen (s. III.2.1.).

Dass solch eine differenzierende Darstellung für Immobiliensachverständige schwierig sein kann, rechtfertigt keinen Verzicht auf diese. Ähnliche Schwierigkeiten hat ein Unternehmer regelmäßig bei der Darlegung und dem Beweis eines Schadens, der durch eine Bauzeitverzögerung verursacht worden ist. Dennoch begnügt sich die Rechtsprechung auch insoweit nicht mit groben Schätzungen, die sich auf angebliche Erfahrungswerte gründen.

VII.1. Zusammenfassung

Erfahrungsgemäß kann selbst ein Bausachverständiger ohne umfassende zerstörende Bauteilöffnungen nicht ausschließen, dass ein Bauwerk **verborgene Baumängel** aufweist. Der Auftragnehmer schuldet dem Besteller nach dem werkvertraglichen Mängelhaftungsrecht keine **Gewissheit**, dass das **Werk** im Zeitpunkt der Abnahme **keinen Mangel aufweist**. § 634 Nr.1 BGB räumt ihm vielmehr eine zweite Chance ein, einen nach der Abnahme in Erscheinung getretenen Mangel zu beseitigen, um den vollen Werklohn zu erhalten bzw. zu behalten.

Eine fachgerechte Beseitigung von Mängeln, die von einem Fachmann überwacht und deren Erfolg von einem Bausachverständigen bestätigt wird, begründet nach der einhelligen Bewertung von Bausachverständigen eine höhere Qualität eines Gebäudes im Vergleich zu Gebäuden, bei denen in der o.g. Frist noch kein Mangel in Erscheinung getreten ist. Eine 100%ige Gewissheit der vollständigen Mängelfreiheit schuldet der Unternehmer dem Besteller auch in dem für die Prüfung eines merkantilen Minderwerts relevanten Zeitpunkt nach einer Nacherfüllung nicht, so dass mit dem Fehlen der entsprechenden Gewissheit kein Schaden begründet werden kann.

Die deliktsrechtliche Unfallwagen-Rechtsprechung ist auf die werkvertragliche Mängelhaftung nicht übertragbar, weil sie sich auf eine Massenware bezieht, die von computergesteuerten Präzisionsmaschinen hergestellt worden ist, so dass sich daraus eine hohe Wahrscheinlichkeit der Mängelfreiheit im Zeitpunkt eines Unfalls ergibt. Das ist nach 5 Jahren in der Regel nicht mehr der Fall, so dass von dem Zeitpunkt an bei einem Unfallwagen regelmäßig kein merkantiler Minder-

wert mehr anerkannt wird. Das gilt auch für die dem Werkvertragsrecht angepassten kaufrechtlichen Ansprüche beim Kauf eines Kraftfahrzeugs, das Fabrikationsmängel aufweist. Zudem sind die Marktbedingungen für Kraftfahrzeuge und Immobilien nicht vergleichbar.

Soweit die Bewertung eines potenziellen Käufers als maßgebend angesehen wird, muss vorausgesetzt werden, dass dieser ein wirtschaftlich vernünftig denkender Interessent ist, der sich entsprechend der wirtschaftlichen Bedeutung seiner Entscheidung umfassend informiert hat und von einem Makler sachkundig beraten worden ist. Das setzt voraus, dass dieser sich über die entscheidungsrelevanten bautechnischen Fragen sachkundig gemacht hat. Zunächst muss also ein Bausachverständiger den Erfolg einer Nacherfüllung bewerten. Die Schlussfolgerungen aus dessen Gutachten muss ein Sachverständiger für Immobilienbewertung ziehen.

VII.2. Ergebnis

Eine fachgerechte Beseitigung von Mängeln, die von einem Fachmann überwacht und deren Erfolg von einem Bausachverständigen bestätigt wird, führt nach der einhelligen Auffassung von Bausachverständigen zu einer Qualitätsverbesserung des Gebäudes und nicht zu einem merkantilen Minderwert. Das ist auch für einen sachgerecht aufgeklärten und wirtschaftlich vernünftig denkenden potenziellen Kaufinteressenten bei einer verständigen Würdigung der einhelligen Stellungnahmen von Bausachverständigen nachvollziehbar.

Die deliktsrechtliche Unfallwagen-Rechtsprechung gründet sich auf völlig andere Voraussetzungen als das werkvertragliche Mängelhaftungsrecht, so dass sie auf dieses nicht übertragbar ist.

Es ist mit den wesentlichen Grundgedanken des Werkvertragsrechts nicht vereinbar, dass ein Auftragnehmer trotz der Herstellung eines völlig mangelfreien Werks aufgrund der möglichen Fehlvorstellungen unzureichend informierter potenzieller Käufer nicht den vollen Werklohn erhält. Nach dem werkvertraglichen Mängelrecht muss der Besteller dem Unternehmer Gelegenheit geben, einen nachweislich vorhandenen Mangel zu beseitigen. Verbleibt trotz der Nacherfüllung ein **technischer Minderwert**, hat der Besteller einen Anspruch gem. §§ 633, 634 Nr. 4 280 Abs. 1, 281 Abs.1 BGB auf dessen Ersatz. Dieser Anspruch statt der Leistung setzt eine Fristsetzung zur Nacherfüllung voraus und bezieht sich auch auf den verminderten Veräußerungswert.