

Aus der RECHTSPRECHUNG

*Wir weisen darauf hin, dass die Entscheidungskommentierungen (nicht die besprochenen Gerichtsentscheidungen selbst) geistiges Eigentum der jeweiligen Verfasser und damit urheberrechtlich geschützt sind. Eine Verwendung der Kommentierungen hat daher unter Verwendung ordnungsgemäßer Kennzeichnung als Zitat zu erfolgen und den jeweiligen Verfasser der Kommentierung zu benennen.*

## Mängelgewährleistung beim Werkvertrag

- Eine Entscheidungskommentierung von Dr. Dietmar Onusseit –

BGH, Urteil vom 22.08.2024 – VII ZR 68/22

### Überblick

Nach § 633 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) hat der Unternehmer dem Besteller das zu erstellende Werk, beispielsweise ein Wohnhaus, frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat und, soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, wenn das Werk sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

Bei Vorliegen eines oder mehrerer Mängel bestimmt § 634 BGB die Gewährleistungsrechte des Bestellers (ganz ähnlich wie § 437 BGB die Rechte des Käufers bei Mängeln der Kaufsache):

*„Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,*

- 1. nach § 635 Nacherfüllung verlangen,*
- 2. nach § 637 den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen,*
- 3. nach den §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 638 die Vergütung mindern und*
- 4. nach den §§ 636, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.“*

Die Handhabung dieser Vorschrift ist nicht nur wegen der vielfachen Verweise auf andere Paragraphen nicht ganz einfach.

Die Ausübung der Rechte nach den Nrn. 2 bis 4 setzt im Allgemeinen voraus, dass der Besteller zunächst Nacherfüllung vom Unternehmer verlangt. Das Verhältnis der Gewährleistungsrechte zueinander hängt davon ab, ob der Besteller ein Recht ausübt, das den Vertrag beendet, oder im Gegenteil die Wahl des Rechts ergibt, dass er die Leistung trotz des Mangels behalten möchte wie etwa bei der Erklärung der Minderung. Soweit der Besteller zum Beispiel nach Nr. 2 den Mangel selbst beseitigen will, gewährt ihm das Gesetz hierfür einen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Unternehmer. Nach ständiger Rechtsprechung kann er auch einen Kostenvorschuss verlangen, den er nach Durchführung der Mangelbeseitigung abzurechnen hat.

## Aus der RECHTSPRECHUNG

*Wir weisen darauf hin, dass die Entscheidungskommentierungen (nicht die besprochenen Gerichtsentscheidungen selbst) geistiges Eigentum der jeweiligen Verfasser und damit urheberrechtlich geschützt sind. Eine Verwendung der Kommentierungen hat daher unter Verwendung ordnungsgemäßer Kennzeichnung als Zitat zu erfolgen und den jeweiligen Verfasser der Kommentierung zu benennen.*

### Der zu entscheidende Fall

Die Parteien streiten über Ansprüche der Beklagten auf Zahlung von Kostenvorschüssen für die Beseitigung von Schallschutzmängeln an dem von der Klägerin als Unternehmer errichteten Wohnhaus der Beklagten. Zuvor hatten sie wegen derselben Mängel eine Minderung der Vergütung erklärt.

Die Klägerin erstellte eine Schlussrechnung, aus der sich zu ihren Gunsten eine Restforderung ergab, die sie im vorliegenden Verfahren eingeklagt hat, was aber vor dem Bundesgerichtshof (BGH) nicht mehr in Streit steht. Die Beklagten haben widerklagend gestützt auf ihre erklärte Minderung Rückzahlung von ihrer Meinung nach bereits überzahlter Vergütung verlangt. Zu den geltend gemachten Mängeln gehören Schallschutzmängel betreffend „Lüfter“, „Abwasseranlage“ und „Trittschall“.

Das Landgericht (LG) hat zur Feststellung der behaupteten Mängel und über die Frage, wie sich die festgestellten Mängel auf den Verkehrswert des bebauten Grundstücks auswirken, Beweis erhoben. Hinsichtlich der Schallschutzmängel hat das LG die Forderung der Beklagten für unbegründet erachtet, da diese Mängel keinen Einfluss auf den Verkehrswert des Grundstücks hätten.

In der Berufungsinstanz haben die Beklagten die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 20.000 € nicht mehr als Minderungsbetrag, sondern als Kostenvorschuss begehrt. Nach einer weiteren Beweisaufnahme zum Vorliegen der behaupteten Schallschutzmängel und der Höhe der Mängelbeseitigungskosten hat das Berufungsgericht die Klägerin verurteilt, an die Beklagten weitere 16.730,36 € als Kostenvorschuss zu zahlen.

Die vom Berufungsgericht festgestellte Höhe des Kostenvorschusses hat die Klägerin mit ihrer Revision nicht mehr angegriffen. Vor dem BGH streitig war aber vor allem, ob die Beklagten noch einen Kostenvorschuss verlangen dürfen, obwohl sie bereits die Minderung der Vergütung erklärt hatten, was nach Auffassung der Klägerin unzulässig war. Der BGH nimmt dagegen an, die Voraussetzungen für den Kostenvorschussanspruch seien gegeben.

Der Revision der Klägerin blieb daher der Erfolg versagt.

### Die Begründung des BGH

Der Anspruch auf Kostenvorschuss, so der BGH, folge aus § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1 und 3 BGB und sei nicht nach § BGB § 634 Nr. 2, § 637 Absatz 1, § 635 Abs. 3 BGB ausgeschlossen.

Nach § 637 Abs. 1 BGB sei das Selbstvornahmerecht und der Anspruch auf Kostenvorschuss zwar ausgeschlossen, wenn der Unternehmer zu Recht die Nacherfüllung verweigere. Nach § 635 Abs. 3 BGB könne der Unternehmer die Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich sei. Diese Voraussetzungen lägen indessen offensichtlich nicht vor. Zum einen

## Aus der RECHTSPRECHUNG

*Wir weisen darauf hin, dass die Entscheidungskommentierungen (nicht die besprochenen Gerichtsentscheidungen selbst) geistiges Eigentum der jeweiligen Verfasser und damit urheberrechtlich geschützt sind. Eine Verwendung der Kommentierungen hat daher unter Verwendung ordnungsgemäßer Kennzeichnung als Zitat zu erfolgen und den jeweiligen Verfasser der Kommentierung zu benennen.*

bestünden Schallschutzmängel, die für die Qualität des Wohnens von nicht unwesentlicher Bedeutung seien, zum anderen seien die Aufwendungen zur Mangelbeseitigung keinesfalls unangemessen.

Die Kostenvorschussansprüche seien auch nicht deswegen ausgeschlossen, weil die Beklagten wegen derselben Mängel zunächst die Minderung der Vergütung erklärt hatten.

Eine gesetzliche Regelung, wonach die Geltendmachung eines Kostenvorschussanspruchs ausgeschlossen sei, wenn der Besteller die Minderung des Werklohns erklärt habe, existiere nicht. Weder § 634 BGB noch §§ 637, 638 BGB regelten, in welchem Verhältnis das Recht des Bestellers auf Minderung der Vergütung und die ihm zustehende Befugnis zur Selbstvornahme sowie sein Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses stehen. Nach dem Gesetzeswortlaut sei vielmehr davon auszugehen, dass diese Rechte nebeneinander bestehen können.

Es sei gesetzgeberische Absicht gewesen, dass grundsätzlich die Geltendmachung eines Mängelrechts andere Mängelrechte nicht ausschließe. Nur wenn der Besteller Schadensersatz statt der Leistung begehre, sei ausdrücklich geregelt, dass der Anspruch auf Nacherfüllung erlösche, sobald der Besteller dieses Recht ausübe (§§ 634 Nr. 4, 281 Abs. 4 BGB). Diese Regelung diene dem Schutz des Unternehmers, der sich darauf einstellen können solle, nicht mehr einem Anspruch auf Nacherfüllung ausgesetzt zu sein. Damit werde ihm eine sicherere Einsatzplanung der von ihm vorgehaltenen und auf seinen Baustellen einzusetzenden Produktionsmittel gewährleistet, da er nicht parallel auf Schadensersatz und Nacherfüllung in Anspruch genommen werden könne.

Der BGH hatte bereits abgelehnt, diese Regelung auf die Befugnis zur Selbstvornahme und damit den Anspruch auf Kostenvorschuss zu erstrecken (BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17). Diese Rechtsprechung beruhe auf dem Wortlaut von § 281 Abs. 4 BGB, der gesetzgeberischen Absicht und dem Sinn und Zweck des Kostenvorschussanspruchs. Dieser diene dazu, dem Besteller die Nachteile und Risiken abzunehmen, die mit einer Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung einhergingen. Wähle der Besteller Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes, könne er den Mangel selbst beseitigen und die damit verbundenen Aufwendungen als Schaden von dem Unternehmer erstattet verlangen. Durch die Wahl des Schadensersatzes statt der Leistung anstelle der Selbstvornahme solle der Besteller aber nicht schlechter gestellt werden. Ein umfassender Ausgleich des verletzten Leistungsinteresses sei deshalb nur gewährleistet, wenn der Besteller – auch nach Wahl des Schadensersatzes statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes – weiterhin Vorschuss verlangen könne.

Dem Besteller stehe es daher frei, nach seiner Erklärung, Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes zu verlangen, den Mangel zunächst nicht zu beseitigen und den Schaden in Anlehnung an die in §§ 634 Nr. 3, 638 BGB geregelte Minderung zu bemessen. Das hindere ihn aber nicht, sich später für eine Beseitigung des Mangels zu entscheiden und deshalb einen Kostenvorschussanspruch hierfür geltend zu machen.

## Aus der RECHTSPRECHUNG

*Wir weisen darauf hin, dass die Entscheidungskommentierungen (nicht die besprochenen Gerichtsentscheidungen selbst) geistiges Eigentum der jeweiligen Verfasser und damit urheberrechtlich geschützt sind. Eine Verwendung der Kommentierungen hat daher unter Verwendung ordnungsgemäßer Kennzeichnung als Zitat zu erfolgen und den jeweiligen Verfasser der Kommentierung zu benennen.*

Diese Erwägungen hätten entsprechend für das Verhältnis der Minderung nach §§ 634 Nr. 3, 638 BGB zum Kostenvorschussanspruch zu gelten. Wähle der Besteller zunächst das Mängelrecht der Minderung, steht es ihm grundsätzlich frei, zu einem späteren Zeitpunkt den Mangel zu beseitigen und zur Finanzierung der Aufwendungen einen Kostenvorschussanspruch geltend zu machen. Die Rechtsnatur der Minderung stehe dem nicht entgegen.

Mit der Minderung bringe der Besteller zum Ausdruck, keine Beseitigung des Mangels durch den Unternehmer zu wollen, weshalb mit ihr der Nacherfüllungsanspruch erlösche. Zudem bringe der Besteller zum Ausdruck, das Werk trotz des Mangels behalten zu wollen, so dass wegen dieses Mangels der Rücktritt vom Vertrag grundsätzlich ausgeschlossen sei. Das Gleiche gelte für den Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Form des großen Schadensersatzes, mit dem die Rückgängigmachung des Vertrags verlangt werde. Dagegen sei der Besteller nach erklärter Minderung nicht gehindert, Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend zu machen.

Hiervon ausgehend könne der Besteller auch nach erklärter Minderung den Mangel beseitigen und die dafür getätigten Aufwendungen als Schadensersatz statt der Leistung von dem Unternehmer erstattet verlangen. Dies sei ihm weder nach der Gesetzessystematik noch aufgrund der Gestaltungswirkung der Minderung verwehrt.

Minderung und Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes seien ihrem Inhalt nach darauf gerichtet, das verletzte Leistungsinteresse des Bestellers, der das mangelhafte Werk behalte, auszugleichen. Diese Mängelrechte schlossen sich daher nicht aus, sondern ergänzten sich. Um einen möglichst umfassenden Ausgleich des Leistungsinteresses zu gewährleisten, sei es gerechtfertigt, dem Besteller ergänzend einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung (kleinen Schadensersatz) zuzubilligen, wenn ein über den Minderungsbetrag hinausgehender Schaden entstehe. Dieser könne auch nach erklärter Minderung in – über den Betrag der durch die Minderung ersparten Vergütung hinausgehenden – aufgewandten Mängelbeseitigungskosten bestehen.

Dem Unternehmer sei hier kein schützenswertes Interesse zuzubilligen, nach einer einmal erfolgten Minderung der Vergütung nicht mehr auf die Kosten einer Mängelbeseitigung in Anspruch genommen zu werden. Es bestehe kein Grund, über das Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs hinaus die Dispositionsfreiheit des Bestellers zugunsten des Unternehmers einzuschränken. Es sei vielmehr der Unternehmer, der in doppelter Weise vertragswidrig gehandelt habe, indem er weder ein mangelfreies Werk hergestellt habe noch seiner Nacherfüllungspflicht ordnungsgemäß nachgekommen sei.

Die Gestaltungswirkung der Minderung beschränke sich damit auf die Mängelrechte der Nacherfüllung, des Rücktritts und des großen Schadensersatzes in Form der Rückgängigmachung des Vertrags. Sie nehme dem Besteller, der das mangelhafte Werk behalte, jedoch nicht das Recht, sein Leistungsinteresse durch Selbstvornahme mit Kostenerstattung in vollem Umfang durchzusetzen.

# PFO

Rechtsanwälte & Steuerberater  
Nürnberg · München · Berlin

Aus der RECHTSPRECHUNG

*Wir weisen darauf hin, dass die Entscheidungskommentierungen (nicht die besprochenen Gerichtsentscheidungen selbst) geistiges Eigentum der jeweiligen Verfasser und damit urheberrechtlich geschützt sind. Eine Verwendung der Kommentierungen hat daher unter Verwendung ordnungsgemäßer Kennzeichnung als Zitat zu erfolgen und den jeweiligen Verfasser der Kommentierung zu benennen.*

Die Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des BGH (Urteil vom 09.05.2018 –VIII ZR 26/17) stehe dieser Entscheidung entgegen der Auffassung der Revision nicht entgegen, da der VIII. Zivilsenat zum Mängelgewährleistungsrecht beim Kauf gleichlautend geurteilt habe.