



*Rechtsprechung aktuell:
Neue Entwicklungen im Bau- und Architektenrecht (2025)*

Skript zum Nachweis von
2,5 Fortbildungsstunden
im Selbststudium gemäß § 15 Abs. 4 FAO

Herzlich willkommen zu Ihrer Fortbildung nach § 15 Abs. 4 FAO!

Bitte bearbeiten Sie die in diesem Skript dargestellten Entscheidungen innerhalb der vorgesehenen Fortbildungszeit.

Im Anschluss gelangen Sie über die Seminarseite zur Lernerfolgskontrolle im Multiple-Choice-Format. Diese bezieht sich ausschließlich auf die Inhalte des Skripts.

Nach Bestehen der Lernerfolgskontrolle werden Sie automatisch zur Zahlungsseite weitergeleitet. Sobald sowohl die Kontrolle erfolgreich abgeschlossen ist als auch Ihre Zahlung eingegangen ist, erhalten Sie spätestens am folgenden Werktag alle erforderlichen Nachweise per E-Mail.

Sollten Sie die erforderliche Mindestpunktzahl von 70 % nicht erreichen, können Sie das Skript in Ruhe erneut durchgehen und die Lernerfolgskontrolle beliebig oft und ohne zusätzliche Kosten wiederholen.

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg bei Ihrer Fortbildung!

**Ihr Team von
Hanse Seminare**

Entscheidung 1 – BGH Versäumnisurteil v. 19.7.2024 – V ZR 226/23:

Tatbestand:

Der Kläger ist Mitglied der beklagten Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE); ihm gehört eine der drei Einheiten, nämlich die im Erdgeschoss. In der Eigentümerversammlung vom 24. November 2021 fassten die Wohnungseigentümer folgenden Beschluss:

„Beschluss über die Genehmigung zur Errichtung von Gartenhütten im Allgemeineigentum für Fahrräder und Abstellen von Gartenwerkzeugen. Die Finanzierung erfolgt auf eigene Kosten der jeweiligen Eigentümer, die eine solche Gartenhütte auf dem Allgemeineigentum errichten möchten. Die Gartenhütten sollen rechts vom Haus ohne Fundament aufgestellt werden. Die Skizze zum Protokoll wird in die Beschlussfassung mit aufgenommen. Die Eigentümer der Dachgeschosswohnung würden als Entgelt für die Nutzung einen monatlichen Betrag in Höhe von EUR 10,00 pro Wohnung als Nutzungsentschädigung an die Eigentümer der Wohnung OG und EG überweisen. Die Eigentümer der Wohnung OG schließen sich dem Vorschlag an und würden ebenfalls monatlich EUR 10,00 als Nutzungsentschädigung an die Wohnung DG und EG überweisen.

Die Gartenhütte sollte in metallhellgrau und anthrazit sein. Flächenmaß ca. 261 x 182 cm, Höhe 206 cm.“

Mit der nach Ablauf der Anfechtungsfrist eingegangenen Klage beantragt der Kläger, die Nichtigkeit dieses Beschlusses festzustellen. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung u.a. in ZWE 2024, 209 veröffentlicht ist, meint, der Beschluss, an dessen Bestimmtheit keine Bedenken bestünden, sei weder in Bezug auf die Gestattung der Errichtung der Gartenhütten noch in Bezug auf die Entgeltregelung nichtig. Nur dies sei im Hinblick auf die Versäumung der Anfechtungsfrist zu prüfen. Die Beschlusskompetenz für die Gestattung der Errichtung von Gartenhütten ergebe sich aus § 20 Abs. 1 WEG. Dabei könne unterstellt werden, dass die Eigentümer im Jahr 2016 vereinbart hätten, an der Stelle, die nun für die Gartenhütten vorgesehen sei, Mülltonnenstellplätze zu errichten. Eine solche Vereinbarung stehe der Beschlussfassung nicht entgegen. In welchem Umfang durch Beschlüsse nach § 20 Abs. 1 WEG in Nutzungsvereinbarungen eingegriffen werden könne, sei zwar umstritten. Jedenfalls für die sich hier allein stellende Frage der Beschlusskompetenz sei aber ein Vorrang des § 20 Abs. 1 WEG anzunehmen. Anderenfalls liefe § 20 Abs. 1 WEG weitgehend leer und fände nur auf die Bereiche des Gemeinschaftseigentums Anwendung, für die es keine Nutzungsvereinbarung gebe. Ebenfalls ohne Erfolg rüge der Kläger, dass durch den Beschluss de facto ein Sondernutzungsrecht für die bauwilligen Eigentümer begründet werde. Denn die in § 21 Abs. 1 Satz 2 WEG geregelte ausschließliche Nutzungsbefugnis der bauwilligen Eigentümer beruhe auf einer von den Gerichten hinzunehmenden gesetzgeberischen Wertung.

Für die Entgeltregelung bestehe ebenfalls die Beschlusskompetenz. Da die Wohnungseigentümer im Zweifel keine nichtigen Beschlüsse fassen wollten, sei der Beschluss nicht im Sinne der Begründung einer Zahlungspflicht zwischen den Miteigentümern auszulegen. Ein Beschluss könne zwar nur Zahlungen an die Gemeinschaft und von der Gemeinschaft vorsehen. Bei objektiv-normativer Auslegung könne der hier in Rede stehende Beschluss aber dahingehend ausgelegt werden, dass die eine Gartenhütte errichtenden Eigentümer eine Zahlung an die GdWE leisten müssten und das Geld sogleich – im Sinne eines abgekürzten Zahlungsweges – an die anderen Eigentümer ausgekehrt werde. Die Beschlusskompetenz für die Zahlungspflichten nur einzelner Eigentümer folge aus § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG. Auch für die Zuwendung der Einnahmen an bestimmte einzelne Eigentümer bestehe eine Beschlusskompetenz. Zwar sehe das Gesetz nicht vor, Einnahmen lediglich auf einzelne Eigentümer zu verteilen bzw. einen von § 16 Abs. 1 Satz 2 WEG abweichenden Verteilungsmaßstab für die Einnahmen zu bestimmen. Lege man den Beschluss im Sinne einer Vermietung des gemeinschaftlichen Eigentums und der Verteilung der Mieten an die nicht bauenden Eigentümer aus, wäre er nichtig. Möglich sei es allerdings, einem Eigentümer eine Zahlung zuzuwenden, wenn es sich um einen Entschädigungsanspruch aus § 14 Abs. 3 WEG handle. So liege es hier, weil durch die Zahlung die Eigentümer, die die Gemeinschaftsfläche nicht mehr nutzen könnten, einen freiwilligen Ausgleich erhalten sollten. Ob der Betrag angemessen sei, sei jedenfalls bei der von dem Kläger allein geltend gemachten Nichtigkeit des Beschlusses nicht zu prüfen. Ein derartiges Verständnis der Normen erlaube in der Praxis interessengerechte Lösungen.

II.

Dies hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis nicht stand. Zu entscheiden ist durch Versäumnisurteil. Inhaltlich beruht das Urteil jedoch nicht auf der Säumnis der Beklagten, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. Senat, Urteil vom 4. April 1962 – V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 ff.).

1. Ohne Rechtsfehler geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass der Beschluss, soweit er die Errichtung der Gartenhütten gestattet, keine Nichtigkeitsgründe aufweist. Nur hierauf kann die Klage gestützt werden, da die Anfechtungsfrist des § 45 WEG nicht gewahrt wurde. Das Berufungsgericht prüft zu Recht, ob den Wohnungseigentümern für den Gestattungsbeschluss, an dessen hinreichender Bestimmtheit der Senat auch unter Berücksichtigung der von der Revision erhobenen Rügen ebenso wie das Berufungsgericht keine Zweifel hat, die Beschlusskompetenz gemäß § 20 Abs. 1 WEG zusteht. Bei der in dem Beschluss genehmigten Errichtung von Gartenhütten handelt es sich nämlich um Maßnahmen, die über die ordnungsmäßige Erhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums hinausgehen und deshalb als bauliche Veränderungen i.S.d. § 20 Abs. 1 WEG zu qualifizieren sind.

a) Richtig ist zunächst, dass die Beschlusskompetenz gemäß § 20 Abs. 1 WEG nicht deshalb ausscheidet, weil durch den Beschluss faktisch ein Sondernutzungsrecht für die bauwilligen Eigentümer begründet wird.

aa) Wie der Senat bereits im Zusammenhang mit der Errichtung eines der Barrierereduzierung dienenden Außenaufzugs (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 WEG) entschieden hat,

folgt aus § 21 WEG, dass bauliche Veränderungen nach dem seit dem 1. Dezember 2020 geltenden Wohnungseigentumsrecht auch dann beschlossen werden können, wenn die Beschlussfassung die Zuweisung einer ausschließlichen Nutzungsbefugnis an dem dafür vorgesehenen Gemeinschaftseigentum für bestimmte Wohnungseigentümer zur Folge hat. Die Schaffung außerhalb des Grundbuchs bestehender Nutzungsbefugnisse von einzelnen Wohnungseigentümern (§ 21 Abs. 1 Satz 2 WEG) oder Gruppen von Wohnungseigentümern (§ 21 Abs. 3 Satz 2 WEG) beruht auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers (näher zum Ganzen Senat, Urteil vom 9. Februar 2024 – V ZR 244/22, NJW 2024, 1030 Rn. 14 ff.). Eine Differenzierung zwischen nach § 20 Abs. 2 WEG privilegierten Maßnahmen und – wie hier – sonstigen baulichen Veränderungen hat der Gesetzgeber hierbei nicht vorgenommen.

bb) Darüber hinaus können die Wohnungseigentümer seit dem 1. Dezember 2020 eine bauliche Veränderung auch dann beschließen, wenn die Nutzungsbefugnis an dem dafür vorgesehenen Gemeinschaftseigentum dauerhaft nur dem bauwilligen Wohnungseigentümer zustehen soll. So liegt es hier; denn bei der gebotenen nächstliegenden Auslegung (vgl. zur weiteren Auslegung unten Rn. 27 ff.) begründet der Beschluss die jeweils alleinige und ausschließliche Nutzungsbefugnis der bauenden Wohnungseigentümer, verbunden jeweils mit dem Recht der übrigen Wohnungseigentümer, ihrerseits ebenfalls eine Gartenhütte für die eigene Nutzung zu errichten. Der Beschlusskompetenz gemäß § 20 Abs. 1 WEG steht die Begründung einer solchen (dauerhaft) ausschließlichen Nutzungsbefugnis nicht entgegen. Zwar hat ein Wohnungseigentümer, der nicht berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen, grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass ihm dies nach billigem Ermessen gegen angemessenen Ausgleich gestattet wird (§ 21 Abs. 4 Satz 1 WEG). § 21 WEG regelt aber lediglich die gesetzlichen Folgen eines auf der Grundlage von § 20 Abs. 1 WEG gefassten Beschlusses und schränkt die dort eingeräumte Beschlusskompetenz nicht ein. Ein exklusives Nutzungsrecht des bauwilligen Wohnungseigentümers führt deshalb nicht zur Nichtigkeit des Gestattungsbeschlusses (vgl. auch LG Düsseldorf, ZWE 2023, 214 Rn. 24; Bärmann/Dötsch, WEG, 15. Aufl., § 21 Rn. 117; Hogenschurz, ZWE 2023, 216, 217; Zscheschack, ZMR 2023, 347, 348; aA Jennißen in Jennißen, WEG, 7. Aufl., § 21 Rn. 18b). Ob und unter welchen Voraussetzungen ein entsprechender Beschluss anfechtbar ist, ist hier nicht zu entscheiden.

b) Weiter ist zu klären, in welchem Verhältnis die den Wohnungseigentümern in § 20 Abs. 1 WEG eingeräumte Beschlusskompetenz für bauliche Veränderungen zu einer Nutzungsvereinbarung steht. Denn das Berufungsgericht unterstellt, dass die Wohnungseigentümer im Jahr 2016 eine Vereinbarung i.S.d. § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG getroffen haben, wonach an der Stelle, an welcher jetzt die Gartenhütten errichtet werden sollen, Standorte für Müllplätze vorgesehen sind und nur hierfür genutzt werden dürfen. Davon ist in der Revisionsinstanz zugunsten des Klägers auszugehen.

aa) Haben die Wohnungseigentümer eine bestimmte Angelegenheit durch eine Vereinbarung i.S.d. § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG geregelt, ist eine Aufhebung, Änderung oder Ergänzung nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich nur durch eine erneute Vereinbarung möglich. Dies setzt die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer voraus. Soll eine Vereinbarung durch Mehrheitsbeschluss geändert werden, besteht hierfür nach der ständigen Rechtsprechung des Senats eine Beschlusskompetenz nur dann, wenn das Gesetz oder die Gemeinschaftsordnung bzw. eine anderweitige Vereinbarung eine solche Änderung ausdrücklich vorsehen (sog. Öffnungsklausel, vgl. Senat, Urteil vom 20. September 2000 – V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 168; Urteil vom 25. September 2009 – V ZR 33/09, NZM 2009, 866

Rn. 7; siehe aus der Literatur nur Bärmann/Suilmann, WEG, 15. Aufl., § 10 Rn. 81; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 10 Rn. 180). Ohne eine solche Öffnungsklausel ist ein vereinbarungsändernder Beschluss mangels Beschlusskompetenz nichtig (vgl. Senat, Urteil vom 20. September 2000 – V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 168).

bb) Im Ausgangspunkt führt eine bauliche Veränderung allerdings für sich genommen nicht dazu, dass eine Nutzungsvereinbarung geändert wird. Wird beispielsweise einem Wohnungseigentümer durch Beschluss gestattet, seine Teileigentumseinheit in eine Wohnung umzubauen, ändert dies zweifelsfrei nichts daran, dass die Einheit aufgrund der Vereinbarung weiterhin grundsätzlich nicht zum Wohnen genutzt werden darf (unzutreffend jedenfalls insoweit AG München, ZMR 2023, 930). Fest steht andererseits auch, dass eine Beschlusskompetenz nach § 20 Abs. 1 WEG von vorneherein ausscheidet, wenn eine bestimmte bauliche Maßnahme in einer Vereinbarung ausgeschlossen ist. Ist in der Gemeinschaftsordnung etwa vorgesehen, dass die Errichtung von Baulichkeiten jeglicher Art in einem bestimmten Bereich des Gemeinschaftseigentums nicht gestattet ist, ergibt sich daraus eindeutig ein von § 20 Abs. 1 WEG abweichender Wille der Wohnungseigentümer, der gemäß § 47 WEG auch für Altvereinbarungen maßgeblich ist (vgl. hierzu etwa LG Hamburg, ZWE 2024, 226 Rn. 15 ff., vgl. allgemein zur Möglichkeit, § 20 Abs. 1 WEG abzubedingen, Häublein/Jacoby/ Lehmann-Richter/Wobst, ZWE 2021, 27, 28).

cc) Hier erschöpft sich die von dem Berufungsgericht unterstellte Vereinbarung aber darin, die Nutzung der Fläche als Mülltonnenstellplatz vorzugeben; nur ist diese Nutzung nicht mehr möglich, wenn dort Gartenhütten errichtet worden sind. Damit stellt sich die Frage, ob die Wohnungseigentümer eine bauliche Veränderung gemäß § 20 Abs. 1 WEG auch dann beschließen können, wenn die bauliche Maßnahme (lediglich) faktisch dazu führt, dass – wie hier – eine in der Vereinbarung i.S.d. § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG vorgesehene Nutzung nicht mehr möglich ist. Dies ist umstritten. Der Senat hat die Frage zuletzt offengelassen (vgl. Urteil vom 9. Februar 2024 – V ZR 244/22, NJW 2024, 1030 Rn. 16). Diskutiert wird die Problematik zwar vorrangig anhand von Fällen, in denen eine bestimmte Nutzung des Gemeinschaftseigentums in der Gemeinschaftsordnung i.S.d. § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG vereinbart ist. Als Beispiel wird etwa der Fall angeführt, dass in einem nach der Zweckbestimmung in der Gemeinschaftsordnung als Fahrradkeller oder Wäscheraum dienenden Raum aufgrund Mehrheitsbeschlusses eine Sauna errichtet werden soll (vgl. Bärmann/Dötsch, WEG, 15. Aufl., § 21 Rn. 39). Für eine spätere Nutzungsvereinbarung, von der hier revisionsrechtlich auszugehen ist, stellt sich die Frage aber in gleicher Weise.

(1) Nach einer Ansicht, der sich das Berufungsgericht anschließt, ist ein solcher Beschluss nicht nichtig, sondern von der Beschlusskompetenz des § 20 Abs. 1 WEG gedeckt. Ein Beschluss über eine bauliche Veränderung nach § 20 Abs. 1 WEG stehe anders als eine Gebrauchsregelung nach § 19 Abs. 1 WEG nicht unter dem Vorbehalt einer Vereinbarung. § 20 WEG sei gegenüber § 19 WEG vorrangig. Zudem könne nur so dem Willen des Reformgesetzgebers, bauliche Veränderungen zu erleichtern, Rechnung getragen werden. Denn anderenfalls fände § 20 Abs. 1 WEG nur für Bauteile, für die es keine Nutzungsvereinbarung gebe, Anwendung und liefe damit weitgehend leer. Das Publizitätsdefizit im Grundbuch sei hinzunehmen (vgl. Staudinger/Jacoby, BGB [2023], § 20 WEG Rn. 107 f.; BeckOK WEG/Müller 2.4.2024, § 10 Rn. 162; Bärmann/Dötsch, WEG, 15. Aufl., § 21 Rn. 44; NK-BGB/Brücher/Schultzky, 5. Aufl., § 20 WEG Rn. 27; Dötsch/Schultzky/Zscheschack, WEG-Recht 2021, Kap. 6 Rn. 54

ff.; Häublein/Jacoby/Lehmann-Richter/Wobst, ZWE 2021, 27, 28; Dötsch, ZWE 2021, 341, 348; Hogenschurz, ZWE 2023, 216, 217; Zscheschack, ZWE 2021, 68, 73).

(2) Die Gegenauffassung hält einen Beschluss nach § 20 Abs. 1 WEG über eine bauliche Veränderung, die einer Nutzungsvereinbarung faktisch zuwiderläuft, für nichtig. Auch ein Beschluss nach § 20 Abs. 1 WEG stehe unter dem Vorbehalt einer entgegenstehenden Vereinbarung. Dies folge unter anderem aus dem Zusammenspiel mit § 19 WEG. Denn es sei widersinnig, dass eine Vereinbarung zwar einer Gebrauchsregelung im Sinne von § 19 WEG, die möglicherweise nur geringfügig in die Rechte der einzelnen Eigentümer eingreife, entgegenstehe, nicht aber einem Beschluss über eine bauliche Veränderung, die regelmäßig mit einem schwerwiegenden Eingriff für die Eigentümer verbunden sei. Zudem habe eine bauliche Veränderung (im Allgemeinen) auch nach altem Recht (§ 22 Abs. 1 WEG aF) nur beschlossen werden dürfen, wenn dem keine Vereinbarung entgegengestanden habe. Der Reformgesetzgeber habe sowohl das Rangverhältnis von Vereinbarungen und Beschlüssen als auch die „Actuscontrarius-These“ (Abänderung einer Vereinbarung nur durch Vereinbarung) beibehalten und mit Einführung des § 10 Abs. 3 Satz 1 WEG Erwerbern ermöglichen wollen, vereinbarungsändernde Beschlüsse aus dem Grundbuch zu ersehen (vgl. BeckOGK/Kempfle, WEG 1.6.2024, § 20 Rn. 131, 218; BeckOK WEG/Elzer 2.4.2024, § 20 Rn. 59b, § 21 Rn. 16; Fichtner in Müller/Fichtner, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 7. Aufl., § 27 Rn. 79; Ott, MietRB 2024, 113, 114; der Sache nach wohl auch Suilman, ZWE 2022, 268, 269 f.: zumindest anfechtbar).

(3) Daneben gibt es vermittelnde Ansichten, die nach dem Inhalt der Vereinbarung im Einzelfall bzw. danach differenzieren, ob die Nutzungsvereinbarung verbindlich und veränderungsfest ist oder nicht und eine Nichtigkeit nur in dem ersten Fall annehmen; bloße Zweckvereinbarungen sollen dafür nicht genügen (vgl. BeckOK WEG/Müller 2.4.2024, § 10 Rn. 162; Grüneberg/Wicke, BGB, 83. Aufl., § 20 WEG Rn. 22, § 21 WEG Rn. 10). Auch eine Unterscheidung zwischen Alt- und Neuvereinbarungen sowie zwischen Neuvereinbarungen, die die Art der Nutzung inhaltlich ausgestalten und solchen, die den Nutzerkreis modifizieren, wird vorgeschlagen (vgl. Hogenschurz in Jennißen, WEG, 8. Aufl., § 20 Rn. 101).

dd) Nach Auffassung des Senats sprechen die besseren Argumente für die zuerst dargestellte Meinung. Die Beschlusskompetenz für die Gestattung einer baulichen Veränderung besteht auch dann, wenn die Beschlussfassung – wie hier – dazu führt, dass die in einer Vereinbarung vorgesehene Nutzung des Gemeinschaftseigentums faktisch nicht mehr möglich ist.

(1) Dafür, dass die Wohnungseigentümer gemäß § 20 Abs. 1 WEG bauliche Veränderungen auch dann gestatten können, wenn diese dazu führen, dass die in einer Vereinbarung vorgesehene Nutzung des Gemeinschaftseigentums faktisch nicht mehr möglich ist, spricht zunächst der Wortlaut der Vorschrift. Den Wohnungseigentümern wird allgemein die Kompetenz eingeräumt, bauliche Veränderungen zu beschließen bzw. durch Beschluss zu gestatten.

(2) Bestätigt wird dies durch die Systematik des Gesetzes. Anders als § 19 Abs. 1 WEG, wonach Beschlüsse über die ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung unter dem Vorbehalt stehen, dass keine entgegenstehende Vereinbarung der Wohnungseigentümer vorliegt, ist eine vergleichbare Einschränkung in § 20 Abs. 1 WEG nicht enthalten. Dies spricht dafür, dass die auf bauliche Veränderungen bezogene Beschlusskompetenz durch

Vereinbarungen der Wohnungseigentümer nicht in Frage gestellt werden soll. Das grundsätzlich bestehende Rangverhältnis von Vereinbarungen und Beschlüssen steht dem nicht entgegen, weil die Vereinbarung – wie eingangs ausgeführt (vgl. Rn. 12) – für sich genommen nicht geändert wird.

(3) Dies entspricht den Zielen des Gesetzgebers. Das Gegenargument, es sei widersinnig, dass eine Vereinbarung zwar einer Gebrauchsregelung im Sinne von § 19 WEG, die möglicherweise nur geringfügig in die Rechte der einzelnen Eigentümer eingreife, entgegenstehe, nicht aber einem Beschluss über eine bauliche Veränderung, die regelmäßig mit einem schwerwiegenderen Eingriff für die Eigentümer verbunden sei, trägt nicht.

(a) Es berücksichtigt zunächst nicht hinreichend, dass der Reformgesetzgeber die Flexibilität der Wohnungseigentümer im Zusammenhang mit baulichen Veränderungen stärken wollte. In der Gesetzesbegründung wird darauf verwiesen, dass Wohnungseigentumsanlagen im Vergleich zu anderen Wohnanlagen häufig einen erhöhten Sanierungsbedarf aufweisen. Als Ursache hierfür werden insbesondere die rechtlichen Rahmenbedingungen angeführt, die nach dem bisherigen Recht bei der Durchführung baulicher Veränderungen zu beachten waren. So war bislang in vielen Fällen die Einstimmigkeit oder die Zustimmung von mindestens drei Vierteln aller stimmberechtigten Wohnungseigentümer und mehr als der Hälfte aller Miteigentumsanteile erforderlich (vgl. § 22 WEG aF). Diese Voraussetzungen wurden in der Praxis selten erreicht. Da das bisherige Recht daher dem Bedürfnis, den baulichen Zustand von Wohnungseigentumsanlagen an die sich stetig ändernden Gebrauchsbedürfnisse anzupassen, nicht hinreichend gerecht wurde, soll mit dem Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz eine erhebliche Vereinfachung des Rechts der baulichen Maßnahmen herbeigeführt werden. Insbesondere sollen bauliche Veränderungen grundsätzlich mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden können (vgl. BT-Drs. 19/18791 S. 26, 61). Auch wenn nicht hinsichtlich sämtlicher Teile des Gemeinschaftseigentums Nutzungsvereinbarungen bestehen, hätte die Verneinung der Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer zur Folge, dass in vielen Bereichen Beschlüsse zu baulichen Veränderungen nicht mehr möglich wären. Dies hat der Gesetzgeber erkennbar nicht gewollt.

(b) Würde die Beschlusskompetenz schon durch einen faktischen Widerspruch zu einer Vereinbarung in Frage gestellt, käme es darüber hinaus stets auf die durch Auslegung zu ermittelnde Reichweite der Vereinbarung und die Auswirkungen der baulichen Veränderung im Einzelnen an. Insgesamt führte dies zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Mit den Zielen des Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes wäre das unvereinbar, denn die Förderung von baulichen Veränderungen setzt voraus, dass schnell und dauerhaft Klarheit über deren Zulässigkeit geschaffen werden kann. Die Vorschriften sollten klarer als bislang gefasst werden, um Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden. Die vielfältigen Zweifelsfragen, die das bisherige Recht im Zusammenhang mit baulichen Veränderungen aufgeworfen hat, sollen durch die Neufassung soweit wie möglich beseitigt werden (vgl. BT-Drs. 19/18791 S. 62).

(4) Richtig ist allerdings, dass ein im Widerstreit zu einer Nutzungsvereinbarung stehender Beschluss nicht der Eintragung in das Grundbuch bedarf, so dass ein Erwerber dem Grundbuch nicht entnehmen kann, dass die bauliche Veränderung eine aus dem Grundbuch ersichtliche Vereinbarung faktisch obsolet macht. Hierbei handelt es sich aber nicht um ein

spezielles Problem eines Beschlusses i.S.d. § 20 Abs. 1 WEG. Vielmehr hängt die Bindungswirkung von Beschlüssen für Sondernachfolger gemäß § 10 Abs. 3 Satz 1 WEG generell nur noch bei solchen Beschlüssen von der Eintragung in das Grundbuch ab, die „aufgrund einer Vereinbarung“ (sog. vereinbarte Öffnungsklausel) gefasst werden. Beruht der Beschluss demgegenüber auf dem Gesetz (sog. gesetzliche Öffnungsklausel, vgl. z.B. § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG), ist ein Rechtsnachfolger an den Beschluss auch ohne dessen Eintragung in das Grundbuch gebunden. Der Gesetzgeber rechtfertigt diese Differenzierung mit der Überlegung, dass gesetzliche Öffnungsklauseln – anders als vereinbarte Öffnungsklauseln – von dem Erwerber unmittelbar aus dem Gesetz entnommen werden könnten und dieser deshalb mit einer Änderung der Vereinbarung durch einen Beschluss rechnen müsse (vgl. BT-Drs. 19/18791 S. 41). Dies gilt entsprechend für einen Gestattungsbeschluss nach § 20 Abs. 1 WEG, der gegenüber einer Nutzungsvereinbarung aufgrund der Regelung in § 21 WEG vorrangig ist und der deshalb einem auf der Grundlage einer gesetzlichen Öffnungsklausel ergangenen Beschluss gleichsteht. Ein zutreffendes Bild über die aktuellen Rechtsverhältnisse in der GdWE erhält der Sondernachfolger deshalb nach wie vor nur durch die Durchsicht der nach § 24 Abs. 7 WEG zu führenden Beschlussammlung (vgl. auch Häublein/Jacoby/Lehmann-Richter/Wobst, ZWE 2021, 27, 28).

(5) Schließlich ist die Bejahung der Beschlusskompetenz nicht gleichbedeutend mit der – hier mangels fristgerechter Anfechtungsklage nicht zu prüfenden – Rechtmäßigkeit solcher einer Nutzungsvereinbarung faktisch zuwiderlaufenden Beschlüsse im Übrigen. Vielmehr gelten insoweit die allgemeinen Grenzen der Veränderungssperre des § 20 Abs. 4 WEG, wonach bauliche Veränderungen, die die Wohnanlage grundlegend umgestalten oder einen Wohnungseigentümer ohne sein Einverständnis gegenüber anderen unbillig benachteiligen, nicht beschlossen oder gestattet werden dürfen und auch nicht verlangt werden können. Unabhängig davon müssen auch Beschlüsse nach § 20 Abs. 1 WEG ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen (vgl. Senat, Urteil vom 9. Februar 2024 – V ZR 244/22, NJW 2024, 1030 Rn. 33), was allerdings allein durch den Wegfall der bisherigen Nutzungsmöglichkeit nach dem Willen des Gesetzgebers nicht in Frage gestellt werden soll (vgl. BT-Drs. 19/18791 S. 66 und oben Rn. 8). Ob und unter welchen Voraussetzungen der faktische Widerspruch zu einer Nutzungsvereinbarung zur Anfechtbarkeit eines Gestattungsbeschlusses führt, ist hier nicht zu klären.

2. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist aber die weitere Annahme des Berufungsgerichts, auch für die neben der Gestattung der Baumaßnahme vorgesehene Nutzungsentschädigung bestehe die Beschlusskompetenz. Diese Annahme beruht auf einer Auslegung des Beschlusses, die der revisionsrechtlich uneingeschränkten (vgl. Senat, Beschluss vom 10. September 1998 – V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 291 ff.; Urteil vom 18. März 2016 – V ZR 75/15, NJW 2016, 2177 Rn. 20) Nachprüfung nicht standhält.

a) Zutreffend ist zwar der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass Beschlüsse der Wohnungseigentümer objektiv und normativ auszulegen sind (grundlegend hierzu Senat, Beschluss vom 10. September 1998 – V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 292; Urteil vom 18. März 2016 – V ZR 75/15, NJW 2016, 2177 Rn. 20). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die zu einer gesetzmäßigen Verwaltung verpflichteten Wohnungseigentümer im Zweifel keinen rechtswidrigen Beschluss fassen wollen (vgl. Senat, Beschluss vom 23. September 1999 – V ZB 17/99, BGHZ 142, 290, 298; Beschluss vom 25. Oktober 2023 – V ZB 9/23, NJW-RR 2024, 217 Rn. 14 mwN).

b) Bei der Subsumtion unter diese Auslegungsregel verkennt das Berufungsgericht aber, dass hier kein Zweifelsfall vorliegt. Ist die Auslegung eindeutig, kann ein davon abweichendes Auslegungsergebnis nicht damit begründet werden, dass der Beschluss anderenfalls rechtswidrig bzw. nichtig wäre (vgl. Senat, Urteil vom 15. Oktober 2021 – V ZR 225/20, NJW 2022, 326 Rn. 12). So liegt es hier. Der Beschluss soll nach seinem Wortlaut und Sinn für einen unbefangenen Betrachter (vgl. Senat, Urteil vom 10. Oktober 2014 – V ZR 315/13, BGHZ 202, 346 Rn. 8 mwN) im Gegenzug zu der Genehmigung, die Gartenhütten zu errichten, Kompensationszahlungen der beiden bauwilligen Wohnungseigentümer an den Kläger und den anderen (bauwilligen) Wohnungseigentümer festlegen (so auch Ott, MietRB 2024, 115, 116). Wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, fehlt den Wohnungseigentümern die Kompetenz, durch Beschluss Kompensationszahlungen festzulegen, die die Wohnungseigentümer, denen eine bauliche Veränderung gestattet wird, an die übrigen Wohnungseigentümer leisten sollen (so auch Ott, MietRB 2024, 115, 116; zur Begründung von Zahlungspflichten im Allgemeinen vgl. z.B. LG München I, ZWE 2011, 378, 379; Bärmann/Dötsch, WEG, 15. Aufl., § 23 Rn. 294; Schmidt/Riecke, ZMR 2005, 252, 258 ff.; zur Begründung von Leistungspflichten vgl. z.B. Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 72/09, NJW 2010, 3093 Rn. 10 mwN). Auch wenn die bauwilligen Wohnungseigentümer freiwillig zahlen wollen, ändert dies nichts daran, dass das Gesetz eine Beschlusskompetenz für die Festlegung von Zahlungen der Wohnungseigentümer untereinander nicht vorsieht.

c) Für das Verständnis des Berufungsgerichts, dass die Zahlung an die GdWE geleistet und das Geld sodann an die anderen Eigentümer ausgekehrt wird, bestehen dagegen keine Anhaltspunkte. In dem Beschluss heißt es wörtlich, dass das Entgelt (direkt) von den bauwilligen Eigentümern an die anderen beiden Eigentümer überwiesen werden soll. Dass damit, wie das Berufungsgericht meint, nur die Zahlungswege abgekürzt werden sollen, kann dem Beschluss nicht entnommen werden. Dies würde voraussetzen, dass zum einen ein Anspruch der GdWE gegen die bauwilligen Wohnungseigentümer begründet werden sollte und zum anderen die übrigen, nicht bauwilligen Wohnungseigentümer einen Anspruch gegen die GdWE in gleicher Höhe haben sollten. Eine Auslegung des Beschlusses in diesem Sinne scheidet aus.

aa) Dass beabsichtigt war, eine von dem üblichen Verteilungsschlüssel abweichende und von § 16 Abs. 2 Abs. 2 WEG gedeckte Kostenregelung zu treffen und eine Zahlungspflicht gegenüber der GdWE zu begründen, liegt bereits deshalb fern, weil es sich bei dem monatlichen Betrag von 10 € pro Wohnung nicht um Kosten i.S.d. § 16 Abs. 2 Satz 1 WEG handelt, sondern um ein Entgelt für die Nutzung. Die Kosten der Errichtung der Gartenhütten sollten – entsprechend der Vorschrift des § 21 Abs. 1 Satz 1 WEG – von den Bauwilligen getragen werden.

bb) Es spricht auch nichts dafür, dass zu Gunsten der übrigen Wohnungseigentümer ein Zahlungsanspruch gegen die GdWE in Höhe von jeweils 10 € begründet werden sollte. Legte man den Beschluss im Sinne einer Vermietung des gemeinschaftlichen Eigentums und der Verteilung der Mieten an die nicht bauenden Eigentümer aus, wäre er, wie das Berufungsgericht selbst sieht, nichtig. § 16 Abs. 1 WEG erlaubt es nicht, Einnahmen lediglich auf einzelne Eigentümer zu verteilen bzw. einen von § 16 Abs. 1 Satz 2 WEG abweichenden Verteilungsmaßstab für die Einnahmen zu bestimmen. Ebenso wenig kann dem Beschluss entnommen werden, dass mit der Zahlung ein Entschädigungsanspruch der übrigen

Wohnungseigentümer gemäß § 14 Abs. 3 WEG gegen die GdWE im Wege einer abgekürzten Zahlung erfüllt werden sollte. Naheliegender kann der Beschluss vielmehr nur dahingehend ausgelegt werden, dass Kompensationszahlungen der bauwilligen Wohnungseigentümer an die übrigen Wohnungseigentümer festgelegt werden sollten, um auf diese Weise einen als vernünftig angesehenen finanziellen Ausgleich für die mit dem Aufstellen der Gartenhütten verbundenen Nutzungseinschränkungen zu schaffen. Dies mag, wie das Berufungsgericht annimmt, eine in der Praxis interessengerechte Lösung ermöglichen, ändert aber nichts daran, dass die Wohnungseigentümer nicht die Kompetenz haben, im Beschlusswege Zahlungen der Wohnungseigentümer untereinander festzulegen.

d) Ob es überhaupt eine Beschlusskompetenz gibt, Kompensationszahlungen im Hinblick auf faktische Sondernutzungsrechte zu begründen (vgl. dazu etwa Bärmann/Dötsch, WEG, 15. Aufl., § 21 Rn. 44), kann offenbleiben.

III.

1. Der Rechtsfehler des Berufungsgerichts im Zusammenhang mit der in dem Beschluss enthaltenen Entgeltregelung führt zur vollständigen Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO), auch wenn die Ausführungen zu der fehlenden Nichtigkeit des Gestattungsbeschlusses rechtlich nicht zu beanstanden sind. Das Berufungsgericht hat nämlich – von seinem Ausgangspunkt folgerichtig – nicht geprüft, ob die Nichtigkeit der Entgeltregelung in entsprechender Anwendung des § 139 BGB auch die Nichtigkeit der im Beschluss enthaltenen Gestattung bewirkt und damit zur Gesamtnichtigkeit des Beschlusses führt.

2. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Es bedarf keiner weiteren Feststellungen. Das erstinstanzliche Urteil ist teilweise abzuändern, und die Nichtigkeit des Beschlusses ist festzustellen.

a) Die teilweise Aufrechterhaltung von wohnungseigentumsrechtlichen Beschlüssen entsprechend § 139 BGB kommt regelmäßig nur dann in Betracht, wenn nach dem tatsächlichen oder hypothetischen Parteiwillen zweifelsfrei davon auszugehen ist, dass der Beschluss auch als Teilregelung beschlossen worden wäre. Wegen der auch mit Blick auf § 139 BGB gebotenen objektiven Auslegung sind dafür objektive Anhaltspunkte in dem Beschluss erforderlich (vgl. Senat, Urteil vom 10. Oktober 2014 – V ZR 315/13, BGHZ 202, 346 Rn. 21; Urteil vom 15. Mai 2020 – V ZR 64/19, NJW-RR 2020, 1022 Rn. 16). Deren Vorliegen kann der Senat selbst beurteilen, da sich das Berufungsgericht damit nicht beschäftigt hat und es keiner weiteren Feststellungen bedarf.

b) Nach dem Inhalt des Beschlusses stand die Nutzungsentschädigung im Zusammenhang mit der zugleich beschlossenen Gestattung der Errichtung von Gartenhütten und sollte offenkundig dazu dienen, den mit der baulichen Veränderung verbundenen Ausschluss von der Nutzung des Gemeinschaftseigentums zu kompensieren. Die Mehrheit der Eigentümer hielt sich erkennbar für verpflichtet, die von der Nutzung ausgeschlossenen Eigentümer im Gegenzug mit einer Geldzahlung zu entschädigen, und wollte die Gestattung nicht ohne finanziellen Ausgleich durchsetzen. Dass die Wohnungseigentümer die Errichtung von Gartenhütten unabhängig von der Zahlung einer Nutzungsentschädigung gestattet hätten, steht deshalb nicht – jedenfalls nicht zweifelsfrei – fest.

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Entscheidung 2 – KG Urt. v. 18.6.2024 – 21 U 20/23:

Gründe:

A.

Die Parteien streiten um wechselseitige Ansprüche aus einem Vertrag über die Errichtung eines Swimmingpools.

Die Beklagte wollte im Garten ihres Wohngrundstücks einen Swimmingpool mit Überdachung errichten lassen. Im Frühjahr 2013 wandte sie sich an die Klägerin, die Schwimmbäder baut und Schwimmbad- und Saunatechnik vertreibt. Nach einem gemeinsamen Ortstermin unterbreitete die Klägerin der Beklagten am 28. April 2013 ein Angebot für den Bau eines Schwimmbeckens (Innenmaße 10 m x 3 m x 1,50 m) mit einer Überdachung. Die Überdachung bestand aus einzelnen gewölbten Elementen aus Aluprofilen und Kunststoffverglasung, die die Wasserfläche freigeben, indem sie auf Schienen entlang der Längsseiten des Beckens ineinander und über den Beckenrand geschoben werden. Wegen der Einzelheiten des Angebots wird auf die Anlage K 2 verwiesen. Die Beklagte nahm dieses Angebot an, dabei einigten sich die Parteien auf eine Vergütung von 50.000,00 € (Geldbeträge hier und im Folgenden einschließlich Umsatzsteuer, wenn nicht anders angegeben). Der Vertrag zwischen den Parteien wird nachfolgend auch als Bauvertrag bezeichnet.

In der Zeit bis zum 14. August 2013 errichtete die Klägerin das Schwimmbecken. Nach dessen Fertigstellung montierte ihre Streithelferin die Überdachung. Als die Streithelferin die Montage abgeschlossen hatte, legte sie dem Ehemann der Beklagten ein Formular vor, das ihr Firmenlogo trug. In der Kopfzeile des Formulars heißt es „Schwimmbadüberdachungen“ und „Protokoll für Übergabe / Übernahme“, der nachfolgende Text enthält die Erklärung des unterzeichnenden „Übernehmers“, wonach er die Überdachung ohne Mängel übernommen hat. Der Mann der Beklagten unterschrieb diese Erklärung am 14. August 2013 (Anlage K 4).

Die Klägerin legte der Beklagten am 12. Juli 2013 eine Rechnung über 20.000,00 € und am 31. Juli 2013 über 10.000,00 €, die die Beklagte vollständig bezahlte. Am 14. August 2013 legte die Klägerin eine weitere Rechnung über 20.000,00 €, auf die die Klägerin nur 10.000,00 € zahlte.

In den folgenden eineinhalb Jahren rügte die Beklagte wiederholt unterschiedliche Mängel am Pool. Insbesondere war sie mit der Funktionsweise der Überdachung nicht einverstanden. Die Klägerin besserte nach und verhandelte mit der Beklagten über weitere nachträgliche Änderungen an dem Pool. Mit anwaltlichem Schreiben vom 12. März 2015 mahnte die Klägerin die Zahlung des restlichen Kaufpreises von 10.000,00 € an (Anlage B 12). Die Beklagte antwortete mit anwaltlichem Schreiben vom 17. April 2015, in dem sie die Zahlung unter Verweis auf Mängel verweigerte (Anlage B 13). In diesem Schreiben rügte die Beklagte unter anderem, dass das Fundament der Laufschiene für die Überdachung zu schmal sei, nicht tief genug liege und nicht ordnungsgemäß mit den Poolwänden verbunden sei. Dies sei ein Grund für die unzureichende Funktion der Überdachung (Anlage B 13, S. 4). Die Beklagte setzte der Klägerin in diesem Schreiben auch eine Frist zur Beseitigung der gerügten Mängel (Anlage B 13, S. 6). Aus Sicht der Beklagten verstrich diese Frist fruchtlos.

Nachdem die Beklagte keine weitere Zahlung geleistet hatte, hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 25. September 2015 beim Landgericht Berlin Klage auf Zahlung von 10.000,00 € zuzüglich Nebenforderungen gegen die Beklagte erhoben und damit den vorliegenden Rechtsstreit eingeleitet.

Mit Schriftsatz vom 30. Dezember 2015 hat die Beklagte die Abweisung der Klage beantragt und zugleich Widerklage auf Zahlung von 28.620,50 € zuzüglich Nebenforderungen und auf Feststellung der weitergehenden Haftung der Klägerin erhoben. Zur Begründung hat die Beklagte vorgetragen, wegen Mängeln an Pool und Überdachung die Zahlung der letzten Kaufpreiskasse zu verweigern und wegen der darüber hinausgehenden Beseitigungskosten einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen (Schriftsatz der Beklagten vom 30. Dezember 2015, S. 2 und 15). Die angeblichen Mängel an Pool und Überdachung führt die Beklagte in dem Schriftsatz näher auf. Unter anderem bezieht sie sich dabei auf ihr Schreiben vom 17. April 2015 (Anlage B 3) und trägt vor, dass die dort bezeichneten Mängel nach wie vor vorhanden seien (Schriftsatz vom 30. Dezember 2015, S. 11). Außerdem trägt sie unter anderem vor, dass sich das größte Element der Überdachung nicht auf der Laufschiene verschieben lasse und deren Fundament zu schmal sei (Schriftsatz vom 30. Dezember 2015, S. 12). Die Klägerin hat diese Mängel bestritten.

Mit Schriftsätzen vom 17. Mai 2016 und 3. November 2016 hat die Beklagte ihre Widerklage erweitert.

Mit Beschluss vom 16. Mai 2017 hat das Landgericht beschlossen, die zwischen den Parteien umstrittenen Mängel an der Poolanlage durch ein Gutachten klären zu lassen. Mit der Begutachtung hat das Landgericht die Sachverständigen R. und W. beauftragt.

Die Sachverständigen haben zunächst ein gemeinschaftliches Gutachten vom 21. Mai 2018 (im Folgenden: Gutachten 1) vorgelegt. In einem Termin am 8. August 2019 hat das Landgericht die Sachverständigen hierzu ergänzend befragt. Nach mehreren rechtlichen Hinweisen hat das Landgericht mit Beschluss vom 30. März 2021, ergänzt durch Beschluss vom 3. Juni 2021, die Einholung eines ergänzenden Gutachtens der Sachverständigen R. und W. angeordnet. Die Sachverständigen haben sodann ihr Ergänzungsgutachten vom 4. Dezember 2021 (im Folgenden: Gutachten 2) abgegeben. Am 28. November 2022 sind die Sachverständigen durch das Landgericht und die Parteien nochmals mündlich zu ihren Gutachten befragt worden.

Bereits mit Schriftsatz vom 13. Januar 2020 hat die Beklagte wegen der Mängel der Poolanlage den Rücktritt vom Bauvertrag mit der Klägerin erklärt.

Mit Urteil vom 30. Januar 2023 hat das Landgericht der Klage in Höhe von 6.340,19 € zuzüglich Nebenforderungen stattgegeben. Die Klage im Übrigen und die Widerklage insgesamt hat es abgewiesen. Das Landgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

Aus der Begutachtung der Poolanlage durch die Sachverständigen ergebe sich, dass die Leistung der Klägerin drei Mängel aufweise:

1. In den Laufschiene der Überdachung seien Bohrlöcher nicht verschlossen (im Folgenden: Mangel 1).

2. Die Sturmsicherung an den Stirnseiten der Überdachung lasse sich nicht betätigen (im Folgenden: Mangel 2).

3. Die Laufschiene wies kein Fundament auf, das ausreichend dimensioniert und mit dem Beckenrand verbunden ist. Deshalb hätten sich die Schienen abgesenkt bzw. seien abgekippt, sodass sich die Elemente nicht leichtgängig verschieben lassen (im Folgenden: Mangel 3).

Wegen dieser Mängel sei die Beklagte wirksam von dem Bauvertrag zurückgetreten. Damit sei der Anspruch der Klägerin auf Werklohn aus dem Vertrag zwar untergegangen, da die Rückgabe der Poolanlage aber naturgemäß ausgeschlossen sei, habe sie einen Anspruch auf Wertersatz gegen die Beklagte, § 346 Abs. 2 BGB. Der Wert der zwangsläufig bei der Beklagten verbleibenden Poolanlage belaufe sich auf die vereinbarte Vergütung abzüglich der Kosten, die für die Beseitigung ihrer Mängel abzuwenden seien. Die Sachverständigen hätten die Kosten der Beseitigung der Mängel Nr. 1 bis 3 mit 3.659,81 € veranschlagt. Die weiteren von der Beklagten behaupteten Mängel an der Poolanlage hätten sich in der Beweisaufnahme nicht bestätigt, was das Landgericht im Einzelnen darlegt (Urteil des Landgerichts, S. 16 ff). Somit errechne sich ein Wertersatzanspruch von 50.000,00 € – 3.659,81 € = 46.340,19 €, der nach Abzug der Zahlungen der Beklagten noch in Höhe von 6.340,19 € offen sei. In dieser Höhe habe die Klage Erfolg, die Widerklage der Beklagten sei unbegründet.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Zur Begründung des Rechtsmittels führt sie an:

Das Landgericht habe zutreffend erkannt, dass die Beklagte vom Bauvertrag zurückgetreten sei. Daneben stehe ihr wegen der Mängel der Poolanlage aber ein Anspruch auf großen Schadensersatz zu. Dieser Anspruch sei auf Erstattung der Kosten gerichtet, die sie aufwenden müsse, um über eine mangelfreie Poolanlage zu verfügen. Diese Kosten seien deutlich höher als der vom Landgericht zuerkannte Betrag, da die Poolanlage auch in größerem Umfang Mängel aufweise als vom Landgericht festgestellt. Insbesondere entspreche die Statik des Poolbeckens nicht den anerkannten Regeln der Technik, sodass seine Wände nicht standsicher seien. Daneben weise die Anlage weitere Mängel auf, die sie vorgetragen habe, mit denen sich das Landgericht aber nicht in seinem Urteil auseinandergesetzt habe.

Die Beklagte beantragt nunmehr,

das Urteil des Landgerichts dahin abzuändern, dass es wie folgt lautet:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 115.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 28.620,50 € ab Zustellung des Schriftsatzes vom 30. Dezember 2015, aus weiteren 11.379,50 € ab dem 11. Mai 2016, aus weiteren 7.787,56 € ab Zustellung des Schriftsatzes vom 3. November 2016 und aus weiteren 82.787,56 € seit Zustellung des Schriftsatzes vom 30. November 2023 zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil, soweit es zu ihren Gunsten ergangen ist. Insbesondere macht sie geltend, dass die Poolanlage neben den vom Landgericht festgestellten Mängeln keine weiteren aufweise.

Das Berufungsgericht hat in der mündlichen Verhandlung vom 17. Oktober 2023 darauf hingewiesen, dass der Rücktritt der Beklagten vom Bauvertrag möglicherweise unwirksam sei, weil die Beklagte zuvor wegen derselben Mängelsymptome bereits „kleinen“ Schadensersatzanspruch beansprucht hat. Ferner hat es darauf hingewiesen, dass der von der Beklagten erhobene Schadensersatzanspruch möglicherweise deshalb keinen Erfolg haben könne, weil nicht tatsächlich aufgewendete, sondern nur „fiktive“ Beseitigungskosten geltend gemacht werden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Terminsprotokoll vom 17. Oktober 2023 verwiesen. Die Beklagte hat daraufhin erklärt, wegen der Mängel der Poolanlage nun anstelle von Schadensersatz einen Vorschuss gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 BGB geltend zu machen und hat zugleich ihre Forderung erhöht.

Am 9. April 2024 hat das Berufungsgericht einen Ortstermin durchgeführt, bei dem es den Pool zusammen mit den Sachverständigen R. und W. in Augenschein genommen und die Sachverständigen ergänzend zu den Gutachten befragt hat. Wegen des Ergebnisses des Ortstermins wird auf das Terminsprotokoll vom 9. April 2024 verwiesen.

B.

Die zulässige Berufung hat nur zu einem geringen Teil Erfolg, im Übrigen ist sie unbegründet.

I.

Zulässigkeit der Berufung

Die Berufung ist insgesamt zulässig. Dies gilt auch für die erweiterten Anträge der Beklagten im Schriftsatz vom 30. November 2023. Sie sind sachdienlich und werden auf die bereits geltend gemachten angeblichen Mängel der Poolanlage gestützt, § 529 Nr. 1 und 2 ZPO.

II.

Berufung gegen Zuerkennung der Klage

Soweit das Landgericht der Klage in Höhe von 6.340,19 € zuzüglich Nebenforderungen stattgegeben hat, ist die Berufung der Beklagten in geringem Umfang begründet, denn sie ist nur zur Zahlung von 6.000,00 € zuzüglich Nebenforderungen an die Klägerin verpflichtet. Das Urteil des Landgerichts ist entsprechend abzuändern. Soweit die Beklagte mit ihrer Berufung die vollständige Abweisung der Klage erstrebt hat, ist das Rechtsmittel zurückzuweisen.

1. Klageanspruch: Vergütung aus § 631 Abs. 1 BGB

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen fälligen restlichen Vergütungsanspruch für die Errichtung der Poolanlage in Höhe von 10.000,00 €. Der Anspruch ergibt sich aus dem Bauvertrag der Parteien über die Poolanlage, § 631 Abs. 1 BGB. In Höhe von 4.000,00 € kann die Beklagte dieser Forderung die Dolo-agit-Einrede (§ 242 BGB) entgegenhalten (dazu unten 6.), sodass der Anspruch nur in Höhe von 6.000,00 € durchsetzbar ist.

2. Kein Rückgewährschuldverhältnis

Der Vergütungsanspruch der Klägerin ist nicht dadurch untergegangen, dass sich der Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt hat. Dazu müsste die Beklagte von dem Vertrag wirksam zurückgetreten sein. Das ist nicht der Fall.

Die Beklagte hat erstmalig mit Schriftsatz vom 13. Januar 2020 den Rücktritt von dem Bauvertrag erklärt. Diese Rücktrittserklärung ist unwirksam, da die Pflichtverletzung des Bauvertrags durch die Klägerin unerheblich gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist (dazu unten b).

Weil der Rücktritt der Beklagten jedenfalls an § 323 Abs. 5 S. 2 BGB scheitert kann offenbleiben, ob es sich im Erfolgsfall um einen Rücktritt nach dem Werkmängelrecht (§§ 634 Nr. 3, 636, 325 BGB) oder um einen Rücktritt nach dem allgemeinen Schuldrecht (§ 323 BGB) gehandelt hätte. Für einen Rücktritt nach allgemeinen Schuldrecht spricht, dass die Beklagte die Werkleistung der Klägerin nicht abgenommen hat (s. dazu unten a) bb) (1); zu mangelbedingten Sekundärrechten des allgemeinen Schuldrechts vor der Abnahme vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017, VII ZR 301/13, Rn. 40; VII ZR 193/15, Rn. 34; VII ZR 235/15, Rn. 41). Dagegen spricht, dass die Beklagte wegen der Mängel, auf die sie ihren Rücktritt gestützt hat, zuvor – nämlich insbesondere in ihrer Klageerwidern vom 30. Dezember 2015 – „kleinen“ Schadensersatz gefordert hat. Damit sind ihre Erfüllungsansprüche erloschen (§ 281 Abs. 4 BGB) und ist ein Abnahmesurrogat bzw. ein Abrechnungsverhältnis entstanden, im Rahmen dessen der Rücktritt gemäß § 634 Nr. 3 BGB erklärt werden kann (vgl. vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017, VII ZR 301/13; VII ZR 193/15; VII ZR 235/15).

Ebenso kann offenbleiben, ob der Rücktritt der Beklagten außerdem daran scheitert, weil die Beklagte zuvor, nämlich insbesondere in ihrem Schriftsatz vom 30. Dezember 2015, wegen derselben Mängel kleinen Schadensersatz von der Klägerin beansprucht hat und ob die Gestaltungswirkung dieser Geltendmachung (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 2020, VIII ZR 318/19) dazu führt, dass die Beklagte fortan neben Schadensersatz (vgl. § 325 BGB) nur noch die Minderung, aber nicht mehr den Rücktritt erklären kann (vgl. den Hinweis des Berufungsgerichts im Terminsprotokoll vom 17. Oktober 2023).

a) Pflichtverletzung der Klägerin: Mängel 1 bis 3

Die Klägerin hat ihre Pflicht zur vertragsgemäßen Herstellung der Poolanlage verletzt, denn ihre Werkleistung weist Mängel auf. Allerdings sind dies nur die vom Landgericht festgestellten Mängel 1 bis 3, weitere Mängel bestehen nicht.

aa) Mängel 1 bis 3

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme festgestellt, dass der Pool an den Mängeln 1 bis 3 leidet. Das Berufungsgericht hat keinen Anhaltspunkt an der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Feststellung zu zweifeln, sodass es daran gebunden ist, § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

bb) Keine weiteren Mängel

Neben den Mängeln 1 bis 3 weist der Pool keine Mängel auf.

(1) Beweislast

Die Beweislast bei der zwischen den Parteien umstrittenen Frage, ob die Leistung der Klägerin weitere Mängel aufweist, trägt die Klägerin, denn die Beklagte hat ihre Leistung nicht abgenommen.

Eine solche Abnahmeerklärung liegt insbesondere nicht darin, dass der Ehemann der Beklagten am 14. August 2013 das „Protokoll für Übergabe/Übernahme“ der Streithelferin der Klägerin (Anlage K 4) unterzeichnet hat. Schon nach ihrem schriftlich fixierten Inhalt ist diese Erklärung lediglich auf die „Übernahme“ der Überdachung eines Schwimmbeckens gerichtet, nicht auf die Abnahme der gesamten Poolanlage, die aber Gegenstand des Vertrags zwischen den Parteien ist. Außerdem handelt es sich um ein Formular, das lediglich das Firmenlogo der Streithelferin der Klägerin trägt, aber keinen erkennbaren Hinweis auf die Klägerin selbst. Unabhängig von der Frage, ob er dazu bevollmächtigt war, musste der Ehemann der Beklagten bei Unterzeichnung des Formulars deshalb nicht davon ausgehen, damit für seine Frau die gesamte Werkleistung der Klägerin abzunehmen. Ebenso wenig hatte die Klägerin, als sie in den Besitz der unterzeichneten Erklärung gelangte, Anlass zu der Annahme, dass damit die Abnahme ihrer Werkleistung erklärt worden sei.

Auch als Teilabnahme der Poolüberdachung kann die Übernahmeerklärung nicht ausgelegt werden. Dies würde zunächst voraussetzen, dass die Klägerin einen Anspruch auf die Abnahme ihrer Werkleistung in Teilen mit der Beklagten vereinbart hätte (BGH, Beschluss vom 5. Januar 2017, VII ZR 184/14, Rn. 21; Urteil vom 20. Oktober 2005, VII ZR 155/04, Rn. 15), was nicht ersichtlich ist. Zudem bleibt es dabei, dass der Ehemann der Klägerin die in der Unterzeichnung des Formulars liegende „Übernahmeerklärung“ gegenüber der Streithelferin abgab; für die Klägerin bestand kein Anlass, diese Erklärung dahin zu verstehen, die Beklagte wolle damit ihr gegenüber eine Teilabnahme erklären.

(2) Zu den einzelnen Behauptungen

Nach Abschluss der Beweisaufnahme steht fest, dass die Poolanlage neben den Mängeln 1 bis 3 an keinen weiteren Mängeln leidet.

(a) Standsicherheit

Das Schwimmbecken, das heißt insbesondere seine Wände und deren Verbindung zur Bodenplatte, ist standsicher.

(aa) Standsicherheit erwiesen

Der Sachverständige W. hat in seinem Gutachten 1 und bei seiner Anhörung durch das Landgericht am 8. August 2019 angegeben, dass ein Einsinken der Beckenwände des Pools nicht feststellbar sei und es keinerlei Anhaltspunkte für eine nicht ausreichende Bewehrung des Betons gebe, die nur mit erheblichem Aufwand und nach umfangreichen Bauteilöffnungen überprüft werden könnte (Gutachten 1, S. 22, Terminsprotokoll vom 8. August 2019, S. 4 f).

Der Sachverständige R. hat bei seiner Anhörung durch das Landgericht ebenfalls bestätigt, dass es keine statisch bedenklichen Veränderungen der Poolwände gebe. Insbesondere seien keine Risse festzustellen, die ggf. durch die Folie auf den Wänden erkennbar wären (Terminsprotokoll vom 8. August 2019, S. 4, Terminsprotokoll vom 28. November 2022, S. 8 f).

Auch das Berufungsgericht hat beide Sachverständige bei dem Ortstermin am 9. April 2024 nochmals hierzu befragt. Dabei haben sie übereinstimmend angegeben, dass sich die Poolwände während ihrer gesamten Standzeit in der Horizontale nicht verschoben oder sonst verändert hätten. Angesichts der Dauer dieser Standzeit – sie beträgt mittlerweile über zehn Jahre – lasse sich daraus schließen, dass der Pool standsicher sei; andernfalls hätten sich Veränderungen einstellen müssen (Terminsprotokoll vom 9. April 2024, S. 1 f).

Das Berufungsgericht hält diese Ausführungen für überzeugend und schließt sich ihnen an. Die Sachverständigen verfügen auch über die erforderliche Sachkunde zur Beantwortung der Beweisfragen. Der Sachverständige W. ist öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Schäden an Gebäuden, der Sachverständige R. ist zwar nicht öffentlich bestellt, aber Sachverständiger für Schwimmbadtechnik und war aufgrund seiner Sachkunde in der Lage, die von ihm zu untersuchenden Beweisfragen zu beantworten, wobei es an dieser Stelle ohnehin primär auf die Sachkunde des für die Fragen der Standsicherheit hinzugezogenen Sachverständigen W. ankommt.

Die Überlegungen des Sachverständigen S., den die Beklagte beauftragt hat (Anlage B 24), stehen dem nicht entgegen. Der Sachverständige S. betont im Wesentlichen, dass die Konstruktion des Beckens ungeklärt sei und deshalb vom Fehlen seiner Standsicherheit ausgegangen werden müsse (Anlage B 24, S. 2). Aber das trifft nicht zu. Jedenfalls im gegenwärtigen Zeitpunkt kann aus dem Umstand, dass die Beckenwände auch nach zehn Jahren keine Absenkungen oder Verschiebungen aufwiesen, gemäß den Aussagen der Sachverständigen W. und R. ihre Standsicherheit gefolgert werden. Wenn die Beklagte meint, dieser Befund sei technisch nicht zutreffend und dies werde durch ihren Sachverständigen S. bestätigt, dann hätte sie diesen zum Termin stellen müssen, damit er die Aussagen der gerichtlichen Sachverständigen dort näher hinterfragt, als dies in seiner abstrakt gehaltenen schriftlichen Stellungnahme geschehen ist. Diese Möglichkeit hat die Beklagte weder vor dem Landgericht noch vor dem Berufungsgericht genutzt. Zwar hat die Beklagte angekündigt, den Sachverständigen zum Ortstermin zu stellen (Schriftsatz vom 15. März 2024, S. 3 f), zum Termin ist er dann aber nicht erschienen.

(bb) Fehlender Standsicherheitsnachweis ist unerheblich Der Umstand, dass die Klägerin keinen Standsicherheitsnachweis für das Schwimmbecken vorgelegt hat, begründet für sich allein keinen Mangel. Die Beklagte hat selbst vorgetragen, dass der Bau des Beckens verfahrensfrei gewesen sei und deshalb ein solcher Nachweis gegenüber den Baubehörden

nicht erforderlich sei (Schriftsatz der Beklagten vom 2. Mai 2023, S. 9). Auch gegenüber der Beklagten hat die Klägerin einen solchen Standsicherheitsnachweis nicht zu erbringen. Die Klägerin ist ihrer Verpflichtung gegenüber der Beklagten nachgekommen, wenn sie ihre Leistung vertragsgerecht erfüllt hat, hingegen ist sie grundsätzlich nicht verpflichtet, dies der Beklagten auch nachzuweisen (KG, Urteil vom 15. Mai 2018, 21 U 90/17). Dies ist auch kaum möglich. Insbesondere würde der von der Beklagten vermisste Nachweis in Schrift- oder Textform nicht weiterhelfen, denn die Beklagte bestreitet auch und gerade die Art und Weise der Arbeiten. Auch wenn ein Standsicherheitsnachweis oder eine sonstige Dokumentation vorläge, wäre damit der tatsächliche Aufbau des Beckens nicht geklärt und es wäre deshalb auch nichts „nachgewiesen“. Dies lässt sich nicht, wie vom Sachverständigen W. ausgeführt, nicht ohne eine zerstörende Untersuchung der Beckenwände klären. Die schuldet die Klägerin mit Sicherheit nicht.

(b) Gegenstromanlage

Die Gegenstromanlage des Pools ist ebenfalls nicht mangelhaft. Auch wenn die Beklagte ursprünglich eine „Massageanlage“ gewünscht haben mag, ist es unstrittig zwischen den Parteien, dass sie die Klägerin mit dem Einbau einer Gegenstromanlage beauftragte (vgl. z.B. Schriftsatz der Beklagten vom 30. Dezember 2015, S. 13). Dass diese Anlage ihre Funktion als Gegenstromanlage nicht erfüllt, wird von der Beklagten nicht behauptet, sie stört sich daran, dass sie nicht gleichermaßen wie eine „Massageanlage“ oder Massagedüse zur Unterwassermassage geeignet sei. Insoweit hat der Sachverständige R. aber angegeben, dass die durch die Klägerin eingebaute Anlage einstellbar ist und auch eine Massagefunktion erfüllen kann (vgl. Terminprotokoll vom 8. August 2019, S. 3). Mit dem Hinweis auf diese Einstellbarkeit hat der Sachverständige zugleich die diesbezügliche Frage der Beklagten im Schriftsatz vom 23. Januar 2019 (S. 3) beantwortet. Gegen diese Aussage hat sich die Beklagte im weiteren Verlauf des Verfahrens vor dem Landgericht nicht mehr gewendet. Indem sie in der Berufungsbegründung lediglich ohne weitere Begründung ihre Behauptung wiederholt, dass die Anlage „äußerst schwergängig oder nicht bedienbar“ und nicht für eine gewünschte Massagefunktion einstellbar gewesen sei (Schriftsatz der Beklagten vom 2. Mai 2023, S. 16), zeigt sie keine konkreten Anhaltspunkte dafür auf, dass die Feststellungen des Landgerichts unvollständig oder unrichtig sein könnten, sodass das Berufungsgericht insoweit an sie gebunden ist, § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

(c) Keine sonstigen Mängel

Auch sonst weist die Poolanlage keine weiteren Mängel auf. Die Beklagte hat zwar durchaus eine Reihe weiterer Mängel und Mängelsymptome vorgetragen, das Landgericht ist diesen Behauptungen aber auch nachgegangen: Es hat auf Grundlage seines Beweisbeschlusses vom 16. Mai 2017 die Sachverständigen R. und W. damit beauftragt, diesen Mängelbehauptungen nachzugehen. Die Sachverständigen haben sodann die Gutachten 1 und 2 abgeliefert und sind vom Landgericht zweimal, nämlich am 8. August 2019 und am 28. November 2022 hierzu mündlich angehört worden, wobei die Beklagte Gelegenheit hatte Nachfragen zu stellen. Auf dieser Basis hat sich das Landgericht in seinem Urteil vom 30. Januar 2023 mit dem Vortrag im Einzelnen befasst und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass keine weiteren Mängel vorlägen (Urteil des Landgerichts, S. 16 ff). Das Berufungsgericht sieht keine Anhaltspunkte, dass diese Feststellungen unvollständig oder unrichtig sein könnten, deshalb sind sie für das Berufungsverfahren verbindlich, § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Soweit die Beklagte in der Berufungsbegründung Mängelrügen aufführt, die im Urteil des Landgerichts keine Berücksichtigung gefunden hätten (Schriftsatz vom 2. Mai 2023, S. 13 ff), ist das nicht ausreichend. Denn hierbei wiederholt die Beklagte ganz überwiegend nur Mängelbehauptungen aus früheren Schriftsätzen, insbesondere der Klageerwiderung vom 30. Dezember 2015, die aber entgegen ihrer Behauptung in dem später erlassenen Beweisbeschluss, den Gutachten der Sachverständigen und in den Anhörungsterminen durchaus berücksichtigt wurden. Wenn die Beklagte meint, dass das Landgericht sich in einem einzelnen Punkt nicht auf die Ausführungen der Sachverständigen hätte stützen dürfen oder dies in nicht nachvollziehbarer Weise getan habe, hätte sie dies im Einzelnen in der Berufungsbegründung vortragen müssen. Das Berufungsgericht hat sie ausdrücklich auf dieses Defizit hingewiesen (vgl. Terminsprotokoll vom 19. Dezember 2023, S. 2), ohne dass die Beklagte ihren Vortrag darauf hin präzisiert hätte.

Ergänzend ist anzumerken, dass die meisten der angeblich übergangenen Mängelrügen, die die Beklagte in der Berufungsbegründung auflistet, ohnehin Wiederholungen bereits an anderer Stelle geschilderter Mangelsymptome darstellen, sodass es Überschneidungen zwischen ihnen gibt; insbesondere sind mehrere der von der Beklagten geschilderten Funktionsprobleme Folgen des Mangels 3 und der dadurch bedingten Schwergängigkeit der Schwimmbadüberdachung, von dessen Vorliegen sowohl das Landgericht wie auch das Berufungsgericht ausgehen.

b) Rücktritt ist unwirksam

Kann die Rücktrittserklärung der Beklagten somit nur auf die Mängel 1 bis 3 gestützt werden, ist er unwirksam, weil diese Mängel eine unerhebliche Pflichtverletzung im Sinne von § 323 Abs. 5 S. 2 BGB darstellen.

aa) Grundsatz: Gesamtabwägung

Die Beurteilung der Frage, ob eine Pflichtverletzung unerheblich im Sinne des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist, erfordert eine umfassende Interessenabwägung auf der Grundlage der Umstände des Einzelfalls (BGH, Urteil vom 29. September 2021, VIII ZR 111/20; Urteil vom 28. Mai 2014, VIII ZR 94/13; Grüneberg in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 83. Auflage, 2024, § 323, Rn. 32 m.w.N.). Dabei verbietet sich die Annahme starrer Schwellenwerte (KG, Urteil vom 7. Mai 2019, 21 U 139/18).

Geht es um den Rücktritt des Bestellers von einem Bauvertrag ist von Bedeutung, ob die Leistung des Unternehmers bereits umfangreich mit einem dem Besteller gehörenden Baugrundstück verbunden ist, sodass sie nicht mehr in wirtschaftlich sinnvoller Weise zurückgegeben werden kann. Der Rücktritt wirft in einem solchen Fall besondere Schwierigkeiten auf: Zunächst ist zu klären, ob die Rückgewähr der mit dem Baugrundstück verbundenen Bauleistung damit ihrer Natur nach ausgeschlossen ist (vgl. § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder ob vom Unternehmer doch der technisch letzten Endes immer mögliche Rückbau abverlangt werden kann. Wenn die Rücknahme der Bauleistung in Natur ausgeschlossen sein sollte, stellt sich die Frage, wie der dem Unternehmer dann zustehende Wertersatz zu ermitteln ist, was ebenfalls gerade bei einer mangelhaften Leistung schwierig sein kann.

Aus diesem Grund ist es aus Sicht des Berufungsgerichts geboten, im Fall eines Bauvertrags die Schwelle für eine unerhebliche Pflichtverletzung im Sinne von § 323 Abs. 5 S. 2 BGB höher anzusetzen als bei anderen Vertragstypen (etwa Kauf- oder Bauträgerverträgen), bei denen die Leistung nach Rücktritt des Leistungsempfängers im Regelfall an den Leistungserbringer in Natur zurückgegeben werden kann.

Dieses Ergebnis begegnet insbesondere deshalb keinen Bedenken, weil der Besteller damit nicht rechtlos gestellt ist, sondern weiterhin die Möglichkeit hat, sein Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Bauvertrags durchzusetzen: Es bleibt ihm unbenommen, einen Vorschuss auf die Kosten zu fordern, die für die Beseitigung der bestehenden Mängel erforderlich sind oder er kann nach Beseitigung der Mängel auf eigene Kosten „kleinen“ Schadensersatz vom Besteller beanspruchen.

bb) Im vorliegenden Fall: Unerheblichkeit

Im vorliegenden Fall führt diese Gesamtabwägung zu dem Ergebnis, dass die Pflichtverletzungen der Klägerin, auf die sich die Beklagte berechtigterweise stützen kann, als unerheblich zu bewerten sind. Das Landgericht ist auf Grundlage des Gutachtens 2 und der mündlichen Erläuterungen der Sachverständigen im Termin vom 28. November 2022 überzeugend zu dem Ergebnis gelangt, dass sich die Kosten der Beseitigung der an dem Pool tatsächlich vorliegenden Mängel 1 bis 3 auf insgesamt 3.659,81 € belaufen (Urteil des Landgerichts, S. 14 ff). Die Beklagte hat dagegen keine erheblichen Einwände vorgetragen. Im Anhörungstermin vor dem Berufungsgericht haben die Sachverständigen übereinstimmend angegeben, dass diese Schätzung nach wie vor zutreffe, es komme allenfalls eine Erhöhung um 10 bis 15% in Betracht (Terminsprotokoll vom 9. April 2024, S. 2).

Das Berufungsgericht hält es vor diesem Hintergrund für angezeigt, die voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung im Wege der Schätzung mit 4.000,00 € anzusetzen. Damit sind die Mängel 1 bis 3 im Ergebnis als unerheblich anzusehen. Die Kosten, die somit zwischen 5 und 10% der Gesamtvergütung liegen, bewegen sich noch in einem Rahmen, der – da es auf eine Gesamtbetrachtung ohne feste Schwellenwerte ankommt – noch als unerheblich angesehen werden kann. Denn auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass sich im Fall eines Rücktritts die Frage der Rückgabe und ggf. des Wertersatzes für die auf dem Grundstück der Beklagten errichteten Poolanlage stellte. Zudem lassen sich durch die von den Sachverständigen erläuterten Maßnahmen die objektiv bestehenden Mängel des Pools auch ohne Rücktritt beheben (vgl. Terminsprotokoll vom 9. April 2024, S. 1).

3. Fälligkeit

Der Vergütungsanspruch der Klägerin ist fällig. Auch wenn die Beklagte die Werkleistung nicht abgenommen hat, ergibt sich dies jedenfalls daraus, dass die Beklagte spätestens mit ihrem Schriftsatz vom 30. Dezember 2015 wegen der bestehenden Mängel an der Poolanlage Schadensersatz statt der Leistung gefordert und dadurch ihren Erfüllungsanspruch aus dem Bauvertrag verloren hat (§ 281 Abs. 4 BGB, vgl. Retzlaff in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 83. Auflage, 2024, § 641 BGB, Rn. 6 m.w.N.).

4. Höhe der Forderung

Der noch offene Vergütungsanspruch der Klägerin aus dem streitgegenständlichen Bauvertrag beläuft sich auf 10.000,00 €.

5. Anspruch ist nicht erloschen

Dieser Anspruch ist nicht erloschen. Insbesondere hat die Beklagte nicht wirksam mit einem Anspruch auf Vorschuss für die Kosten der Beseitigung der Mängel 1 bis 3 an der Poolanlage aufgerechnet, § 389 BGB, denn der Beklagten steht kein Vorschussanspruch gegen die Klägerin (§ 637 Abs. 3 BGB) zu.

Dabei ist es unschädlich, dass sie die Werkleistung der Klägerin nicht abgenommen hat, denn ein Werkbesteller kann auch davor einen Vorschuss wegen Mängeln beanspruchen, wenn er die fällige Werkleistung endgültig und ernsthaft abgelehnt hat (BGH; Urteil vom 19. Januar 2017, VII ZR 301/13), was die Beklagte im Verlauf des vorliegenden Rechtsstreits mehrfach zum Ausdruck gebracht hat.

Nach Meinung des Berufungsgerichts ist es aber prinzipiell nicht möglich, mit einem Vorschussanspruch aus § 637 Abs. 3 BGB gegenüber einem Werklohnanspruch aufzurechnen. Durch den Vorschuss soll dem Werkbesteller ermöglicht werden, die Mängel eines Werks beseitigen zu lassen, ohne dafür eigene Geldmittel aufwenden zu müssen. Somit dient der Vorschuss dazu, den Besteller so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Werkvertrags stünde. Deshalb ist der Besteller aber auch verpflichtet, einbehaltenen Werklohn, der bei mangelfreier Leistung dem Unternehmer gebührte, für die Mangelbeseitigung aufzuwenden. Nur wenn und soweit ein solcher Einbehalt für die Beseitigungskosten nicht ausreicht, hat der Unternehmer Vorschuss zu leisten, der sich folglich dann auf die Höhe der Differenz zwischen Beseitigungskosten und offener Vergütung beläuft (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 2. März 1967, VII ZR 215/64, Rn. 35; Urteil vom 20. Januar 2000, VII ZR 224/98, Rn. 49).

Die Aufrechnung mit einem Vorschussanspruch gegenüber einem Vergütungsanspruch ist folglich deshalb ausgeschlossen, weil es eine solche Aufrechnungslage nicht geben kann, denn wenn und soweit noch Vergütung des Unternehmers offen ist, hat der Besteller keinen Anspruch auf Vorschuss (vgl. Retzlaff in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 83. Auflage, 2024, § 637 BGB, Rn. 12).

Wenn der Bundesgerichtshof teilweise davon auszugehen scheint, dass eine solche Aufrechnung doch möglich ist (vgl. etwa BGH, Urteil vom 19. November 2020, VII ZR 193/19), vermag sich das Berufungsgericht dem nicht anzuschließen und sieht sich damit im Einklang mit den o.g. Judikaten des Bundesgerichtshofs (nämlich BGH, Urteil vom 2. März 1967, VII ZR 215/64, Rn. 35 und Urteil vom 20. Januar 2000, VII ZR 224/98, Rn. 49).

6. Dolo-agit-Einrede

Allerdings ist der Vergütungsanspruch der Klägerin in Höhe der Kosten, die durch die Beseitigung der Mängel an ihrer Werkleistung entstehen, einredebehaftet.

a) Begründung

Die Beklagte kann die Vergütung insoweit gemäß der Dolo-agit-Einrede verweigern, § 242 BGB. Müsste die Beklagte die Vergütung auch insoweit zahlen, wie sie sie für die Finanzierung der Mängelbeseitigung benötigt, würden der Beklagten die hierfür benötigten Geldmittel entzogen, sodass dann ihr Vorschussanspruch entstünde und sie einen Betrag in Höhe der Beseitigungskosten umgehend wieder zurückfordern könnte. Aus diesem Grund kann sie die Rückzahlung dieses Betrags von vornherein verweigern (Retzlaff in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 83. Auflage, 2024, § 637 BGB, Rn. 12). Die Dolo-agit-Einrede wirkt an dieser Stelle nicht als dauerhafte, sondern nur als vorübergehende Einrede, nämlich nur für die Zeitspanne, in der die Beklagte den einbehaltenen Vorschuss für die Beseitigung der Mängel verwenden muss (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2010, VII ZR 108/08), die Vergütungsforderung ist deshalb nur derzeit in dieser Höhe nicht begründet. Nach Ablauf der Zeitspanne entfällt die Einrede und die Vergütung ist in vollem Umfang durchsetzbar. Sollte die Beklagte die Mängel dann beseitigt haben, kann sie gegenüber der einredefreien Vergütung dann mit ihrem Schadensersatzanspruch aufrechnen.

b) Höhe: 4.000,00 €

Im vorliegenden Fall kann die Beklagte dem Vergütungsanspruch der Klägerin die Dolo-agit-Einrede in Höhe eines Teilbetrags von 4.000,00 € entgegenhalten, denn die Kosten der Mängelbeseitigung belaufen sich nach der Schätzung des Berufungsgerichts auf diese Summe (vgl. oben 2. b) bb)).

Zum Einbehalt eines höheren Betrags ist die Beklagte demgegenüber nicht im Wege der Einrede berechtigt. Insbesondere steht ihr nicht (mehr) die Einrede des §§ 320, 641 Abs. 3 BGB zu, da dies voraussetzte, dass die Beklagte damit noch die Vertragserfüllung durch die Klägerin erzwingen will. Daran fehlt es im vorliegenden Fall, da sie die Leistung der Klägerin endgültig abgelehnt hat.

7. Nebenforderungen

Der Vergütungsanspruch der Klägerin ist gemäß §§§ 280, 286, 288 Abs. 1 BGB zu verzinsen. Der Anspruch auf vorprozessuale Anwaltskosten nebst Verzinsung ergibt sich ebenfalls aus §§§ 280, 286 BGB.

III.

Berufung gegen Abweisung der Widerklage

Soweit sich die Beklagte mit der Berufung gegen die Abweisung ihrer Widerklage wendet, ist das Rechtsmittel in vollem Umfang als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Ausführungen unter II. ergibt sich, dass ihr wegen der Mängel der Werkleistung der Klägerin aus keinem denkbaren Gesichtspunkt ein Anspruch gegen die Klägerin zusteht, der die von ihr einbehaltene Vergütung übersteigt.

IV.

Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich der Kosten der Beweisaufnahme auf § 96 ZPO, im Übrigen auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

V.

Vorläufige Vollstreckbarkeit

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

VI.

Keine Zulassung der Revision

Die Revision wird nicht zugelassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern.

Das gilt auch, obgleich das Berufungsgericht vom Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. November 2020 (VII ZR 193/19) abweicht und die Aufrechnung mit einem Vorschuss für Mängelbeseitigungskosten gegenüber dem Vergütungsanspruch für ausgeschlossen hält. Diese Abweichung hat im vorliegenden Fall keine Auswirkung auf das Ergebnis des Rechtsstreits; auf Grundlage der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs wäre das Urteil des Berufungsgerichts gleich ausgefallen.

Entscheidung 3 – BGH Urt. v. 9.11.2023 – VII ZR 92/20:

Tatbestand:

Die Klägerin, eine auf Holzbau spezialisierte Unternehmerin, verlangt von dem Beklagten, der Inhaber eines Meisterbetriebs für Heizungs-, Sanitär- und Solaranlagen ist, Schadensersatz in Höhe von insgesamt 47.190,33 € nebst Zinsen wegen mangelhafter Werkleistung.

Die Klägerin wurde im Jahr 2011 von der C. UG, die später in eine GmbH umgewandelt wurde (im Folgenden: C. GmbH), damit beauftragt, die Dachaufstockung und energetische Sanierung von neun Wohngebäuden in B. vorzunehmen. Sie beauftragte den Beklagten als Nachunternehmer damit, die von ihr vorgefertigten Holztafelbauteile mit Sanitärsystemen zu bestücken.

Nach Fertigstellung der Arbeiten ergab eine Überprüfung, dass die Abwasseranschlüsse nicht den Regeln der Technik entsprachen und eine fachgerechte Ausführung mit den in den Wänden installierten Rohrbelüftern nicht zu erreichen war. Es kam zur Geruchsbildung in den Wohnungen.

Die von der C. GmbH wegen dieser Mängel in Anspruch genommene Klägerin wurde in einem Vorprozess rechtskräftig zur Zahlung eines Vorschusses für die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen in Höhe von 39.103,68 € sowie zur Zahlung der bereits aufgewandten Kosten für die Mängelbeseitigung in Höhe von 8.086,65 € verurteilt. Die Klägerin zahlte den zuerkannten Betrag in Höhe von insgesamt 47.190,33 € am 12. Januar 2015 an die C. GmbH.

Das Landgericht hat der auf Schadensersatz in Höhe der Verurteilung im Vorprozess gerichteten Klage – nach Abzug eines Mitverschuldensanteils zu Lasten der Klägerin – in Höhe von 11.797,58 € nebst Zinsen stattgegeben. Auf die Berufung der Klägerin und die Anschlussberufung des Beklagten hat das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel teilweise abgeändert und den Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 47.190,33 € nebst Zinsen an die Klägerin verurteilt.

Auf die Beschwerde des Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision durch das Berufungsgericht hat der Senat unter Zurückweisung der weitergehenden Beschwerde – auch soweit sie sich gegen die Verneinung eines Mitverschuldens gerichtet hat – die Revision insoweit zugelassen, als das Berufungsgericht den Beklagten unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils verurteilt hat, an die Klägerin 39.103,68 € nebst Zinsen zu zahlen, wobei die Zulassung auf die Anspruchshöhe beschränkt worden ist. Mit der Revision beantragt der Beklagte, das angefochtene Urteil im Umfang der Revisionszulassung aufzuheben und insoweit die Klage abzuweisen, hilfsweise den Rechtsstreit im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Entscheidungsgründe:

Die im Umfang der Zulassung eingelegte Revision des Beklagten führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils im tenorierten Umfang und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem in BauR 2021, 568 veröffentlicht ist, hat – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – Folgendes ausgeführt:

Der Beklagte schulde der Klägerin gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB Schadensersatz wegen mangelhafter Werkleistung im Umfang des vollen Betrags, den die Klägerin infolge dieser Mängel nach dem rechtskräftigen Urteil im Vorprozess an die C. GmbH habe zahlen müssen.

Das Werk des Beklagten sei mangelhaft, da die von ihm ausgeführte Rohrbelüftung unstreitig zu Geruchsbelästigungen in den Wohnungen führe und weder DINgerecht noch den anerkannten Regeln der Technik entsprechend sei. Das für den Schadensersatzanspruch erforderliche Verschulden des Beklagten werde vermutet. Einen Mitverursachungsanteil müsse sich die Klägerin nicht anrechnen lassen.

Der Höhe nach bemesse sich der Schadensersatzanspruch der Klägerin nach dem Betrag, zu dessen Zahlung sie selbst infolge der mangelhaften Rohrbelüftung im Vorprozess rechtskräftig verurteilt worden sei und dessen tatsächliche Entrichtung am 12. Januar 2015 sie belegt habe.

Es könne nicht festgestellt werden, dass sich der Schaden der Klägerin nachträglich reduziert habe, beispielsweise weil die tatsächlichen Aufwendungen für die Mängelbeseitigung durch die C. GmbH geringer gewesen seien als der ihr im Vorprozess gegen die Klägerin hierfür zuerkannte Vorschussbetrag oder weil die C. GmbH davon Abstand genommen habe, die Mängel zu beheben. Die Klägerin sei im Verhältnis zum Beklagten nicht abrechnungspflichtig; sie fordere Schadensersatz gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB und keinen Kostenvorschuss oder Aufwendungsersatz für die Selbstbeseitigung der Mängel nach § 634 Nr. 2 BGB und § 637 Abs. 3 BGB. Den Einwand der Klägerin, der Vorschussbetrag sei von der C. GmbH vollumfänglich für die Mängelbeseitigung verbraucht worden, habe der Beklagte nicht widerlegt. Er trage insoweit nach den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast. Es existiere keine tatsächliche Vermutung des Inhalts, dass eine Behebung von Baumängeln nicht stattgefunden habe. Allenfalls lasse sich nach dem Ablauf eines längeren Zeitraums, für dessen Dauer die jeweils konkreten Umstände von maßgeblicher Bedeutung seien, widerleglich vermuten, dass bei dem Besteller der Wille fehle, einen Vorschussbetrag zur Mängelbeseitigung einzusetzen, wenn von ihm bis dahin keine oder lediglich unzureichende Anstrengungen diesbezüglich unternommen worden seien. Das stehe hier jedoch nicht fest. Hinzu komme, dass sich der Schaden der Klägerin nachträglich erst dann verringere, wenn eventuelle Überschüsse durch die C. GmbH bereits tatsächlich ausgekehrt worden wären.

II.

Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Nach dem Berufungsurteil steht rechtskräftig fest, dass die Klägerin gegen den Beklagten dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes wegen der mangelhaften Rohrbelüftung gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB hat und ein Abzug wegen eines Mitverursachungsanteils der Klägerin nicht in Betracht kommt.

Mit der vom Berufungsgericht zur Höhe des Schadensersatzanspruchs gegebenen Begründung kann der Urteilsspruch indes nicht gerechtfertigt werden.

1. Allerdings hat das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zu Recht angenommen, dass der Klägerin aufgrund der mangelhaften Rohrbelüftung ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB zusteht, der auf Ersatz des Schadens gerichtet ist, der dadurch entstanden ist, dass die Klägerin wegen des Mangels ihrerseits einen Kostenvorschuss gemäß § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB in Höhe von 39.103,68 € an die C. GmbH gezahlt hat. Das Berufungsgericht hat durch die konkrete Bezugnahme auf den von der Klägerin vorgelegten Überweisungsbeleg (GA II Bl. 351) widerspruchsfrei mit Tatbestandswirkung festgestellt, dass diese Zahlung am 12. Januar 2015 auf den im Vorprozess ausgeurteilten Kostenvorschussanspruch erfolgt ist.

a) Mit Urteil vom 22. Februar 2018 (VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1) hat der Senat unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass der Besteller, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gegen den Unternehmer gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB seinen Schaden nicht nach den voraussichtlich erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten („fiktiven“) Mängelbeseitigungskosten bemessen kann. Der Senat hat insoweit ausgeführt, dass die Schadensbemessung nach „fiktiven“ Mängelbeseitigungskosten insbesondere nicht damit begründet werden kann, dass der Mangel selbst – unabhängig von dessen Beseitigung – der Vermögensschaden in Höhe dieser Kosten sei (BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 Rn. 33, BGHZ 218, 1). Diese Rechtsprechung gilt auch in der werkvertraglichen Leistungskette (vgl. näher dazu BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2020 – VII ARZ 1/20 Rn. 48 ff., BauR 2021, 225).

b) Die neue Rechtsprechung des Senats führt indes nicht dazu, dass ein Hauptunternehmer in der werkvertraglichen Leistungskette den an seinen Besteller gemäß § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB zur Mängelbeseitigung gezahlten Kostenvorschuss nicht im Rahmen eines infolge dieser Mängel gegebenen Schadensersatzanspruchs gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB gegen seinen Nachunternehmer als Schaden liquidieren könnte.

aa) Insbesondere ist ein Hauptunternehmer – entgegen der Auffassung der Revision – in einem Fall, in dem sein Besteller zur Mängelbeseitigung einen Kostenvorschuss verlangt, nicht seinerseits auf die Geltendmachung eines Anspruchs auf Kostenvorschuss wegen dieser Mängel gemäß § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB gegenüber seinem Nachunternehmer beschränkt. Er kann vielmehr – nach seiner Wahl – auch Schadensersatz gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB verlangen (zum Wahlrecht bei § 634 BGB vgl. z. B. BGH, Urteil vom 8. Dezember 2009 – XI ZR 181/08 Rn. 49, NJW 2010, 1284).

bb) Mit dem Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB kann der Hauptunternehmer gegenüber dem Nachunternehmer den

Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch entsteht, dass er wegen der mangelhaften Werkleistung des Nachunternehmers seinerseits Mängelansprüchen seines Bestellers ausgesetzt ist.

(1) In der werkvertraglichen Leistungskette ist der Hauptunternehmer wirtschaftlich betrachtet nur eine Zwischenstation. Ist das durch seinen Nachunternehmer ausgeführte Werk mangelhaft, kann – wie unter II. 1. a) ausgeführt – nicht der Mangel selbst bereits als der in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten bestehende Vermögensschaden des Hauptunternehmers qualifiziert werden. Der Schaden des Hauptunternehmers liegt in einem solchen Fall vielmehr zunächst darin, dass er infolge der mangelhaften Werkleistung seines Nachunternehmers mit Verbindlichkeiten belastet wird, indem er aufgrund des betreffenden Werkmangels seinerseits Mängelansprüchen seines Bestellers ausgesetzt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2020 – VII ARZ 1/20 Rn. 52, BauR 2021, 225; Urteil vom 28. Januar 2016 – VII ZR 266/14 Rn. 26, BGHZ 208, 372 zum Planervertrag). Der Hauptunternehmer kann daher von seinem Nachunternehmer im Wege des Schadensersatzes gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB Freistellung von den Mängelansprüchen des Bestellers verlangen. Verlangt ein Besteller – wie hier – zur Beseitigung von Mängeln Kostenvorschuss, kann der Hauptunternehmer mithin verlangen, dass der Nachunternehmer ihn von dem Vorschussanspruch des Bestellers freistellt.

(2) Hat der Hauptunternehmer den vom Besteller geltend gemachten Anspruch auf Kostenvorschuss gemäß § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB dagegen bereits durch Zahlung erfüllt, wandelt sich sein zunächst auf Freistellung gerichteter Schadensersatzanspruch gegen den Nachunternehmer gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB in einen solchen auf Zahlung in Höhe des geleisteten Kostenvorschusses. Dabei handelt es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch auf Zahlung noch nicht aufgewendeter „fiktiver“ Mängelbeseitigungskosten. Vielmehr macht der Hauptunternehmer im Wege des Schadensersatzes die Vermögenseinbuße geltend, die ihm durch die Zahlung des Kostenvorschusses an seinen Besteller tatsächlich entstanden ist.

c) Der von der Klägerin an die C. GmbH wegen der mangelhaften Rohrbelüftung gezahlte Kostenvorschuss in Höhe von 39.103,68 € stellt danach eine ersatzfähige Schadensposition des von ihr geltend gemachten Schadensersatzanspruchs gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB dar.

2. Das Berufungsgericht hat aber die Grundsätze der Vorteilsausgleichung in rechtsfehlerhafter Weise nur unzureichend berücksichtigt und die in diesem Zusammenhang zu stellenden Anforderungen an die Darlegungslast verkannt.

a) Nach den auf Treu und Glauben gemäß § 242 BGB beruhenden Grundsätzen der Vorteilsausgleichung soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Hat das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis neben Nachteilen auch Vorteile gebracht, sind nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung diejenigen Vorteile auszugleichen, die dem Geschädigten in einem adäquat kausalen Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind und deren Ausgleichung mit dem Zweck des jeweiligen Ersatzanspruchs übereinstimmt. Denn der Geschädigte darf im Hinblick auf das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot nicht

besser stehen, als er ohne das schädigende Ereignis stünde (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juli 2022 – VIa ZR 485/21 Rn. 19, BGHZ 234, 246; Urteil vom 10. Juli 2008 – VII ZR 16/07 Rn. 20, BauR 2008, 1877 = NZBau 2009, 34, jeweils m.w.N.).

Die Durchsetzung des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots begrenzt den zu leistenden Schadensersatz. Gleichartige Vorteile sind dabei, ohne dass dies einredeweise geltend gemacht werden müsste, von Amts wegen auf den Schadensersatz anzurechnen und führen bei einem in Geld zu leistenden Schadensersatz zu dessen Verringerung. Kommt wegen der mangelnden Gleichartigkeit des auf das schädigende Ereignis zurückgehenden Vorteils eine Anrechnung hingegen nicht in Frage, ist ein auf Geld gerichteter Schadensersatz in seinem Umfang dadurch zu begrenzen, dass der betreffende Geldbetrag nur Zug um Zug gegen Herausgabe des betreffenden Vorteils geschuldet ist (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juli 2022 – VIa ZR 485/21 Rn. 20 m.w.N., BGHZ 234, 246). Besteht der Vorteil in einem Anspruch des Geschädigten gegen einen Dritten, kann der Schädiger im Wege des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 BGB durchsetzen, dass ihm dieser Anspruch in entsprechender Anwendung des § 255 BGB abgetreten wird (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 2021 – V ZR 272/19 Rn. 19, BauR 2022, 232; Urteil vom 25. November 2014 – X ZR 105/13 Rn. 16, NJW 2015, 853; Urteil vom 10. Juli 2008 – VII ZR 16/07 Rn. 23, BauR 2008, 1877 = NZBau 2009, 34 (zum alten Schuldrecht), jeweils m.w.N.). Auch § 255 BGB ist Ausdruck des schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbots.

b) Der Umstand, dass der vom Hauptunternehmer ersetzt verlangte Schaden darin liegt, dass er mit dem Kostenvorschuss noch keine endgültige, sondern eine zweckgebundene Zahlung an seinen Besteller geleistet hat, über deren Verwendung nach Mängelbeseitigung abzurechnen ist, ist nach diesen Maßstäben im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen und kann zu einer Begrenzung des Umfangs seines Schadensersatzanspruchs gegen den Nachunternehmer führen.

aa) Der Kostenvorschuss ist seiner Natur nach nicht endgültig. Er ist zweckgebunden und vom Besteller zur Mängelbeseitigung zu verwenden. Zahlt der Unternehmer einen Kostenvorschuss an den Besteller, muss dieser daher seine Aufwendungen für die Mängelbeseitigung nachweisen. Er muss innerhalb angemessener Frist nach Mängelbeseitigung über die Verwendung des erhaltenen Kostenvorschusses Abrechnung erteilen und einen etwaig für die Mängelbeseitigung nicht in Anspruch genommenen Betrag zurückzahlen. Mit der Zahlung des Kostenvorschusses entsteht folglich ein (künftiger) Anspruch des Unternehmers auf Abrechnung gegen den Besteller sowie auf Rückforderung in Höhe eines etwaig nicht zweckentsprechend verbrauchten Vorschusses. Bei den Ansprüchen auf Abrechnung und Rückforderung des Unternehmers handelt es sich um aus Treu und Glauben entwickelte Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2010 – VII ZR 108/08 Rn. 13 m.w.N., BGHZ 183, 366, auch zu den näheren Einzelheiten dieser Ansprüche).

bb) Das den Schadensersatz begründende Ereignis – die mangelhafte Werkleistung des Nachunternehmers mit der Folge der Vorschusszahlung des Hauptunternehmers an den Besteller – führt mithin zu einer Vermögenseinbuße bei dem Hauptunternehmer, die nicht als endgültig bewertet werden kann. Die sich aus der Natur der Vorschusszahlung ergebenden Vorteile für den Hauptunternehmer stehen in einem adäquat kausalen Zusammenhang zu

dem Schadensereignis und sind nach dem Zweck des Ersatzanspruchs grundsätzlich im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen.

cc) Ob und in welcher Weise die Vorteilsausgleichung in der werkvertraglichen Leistungskette im Verhältnis des Hauptunternehmers zu seinem Nachunternehmer zu erfolgen hat, richtet sich dabei im Grundsatz danach, ob der Besteller dem Hauptunternehmer bereits eine Abrechnung über die Verwendung des Kostenvorschusses erteilt hat.

(1) Hat der Besteller dem Hauptunternehmer noch keine Abrechnung erteilt, besteht der aus der Natur der Vorschusszahlung herrührende Vorteil des Hauptunternehmers darin, dass er bei Fälligkeit zunächst die Abrechnung und sodann die Rückzahlung eines etwaig nicht zur Mängelbeseitigung verbrauchten Geldbetrags verlangen kann. Mangels Gleichartigkeit des Vorteils kann der Nachunternehmer in diesem Fall im Wege des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 BGB durchsetzen, dass der Schadensersatz an den Hauptunternehmer in entsprechender Anwendung des § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung der aus der Vorschusszahlung folgenden Ansprüche des Hauptunternehmers gegen den Besteller auf Abrechnung sowie gegebenenfalls Rückzahlung zu leisten ist.

(2) Hat der Besteller dem Hauptunternehmer dagegen bereits eine inhaltlich zutreffende Abrechnung erteilt und ist der Vorschussbetrag danach vollständig zur Mängelbeseitigung verbraucht worden, kommt eine Vorteilsausgleichung im Verhältnis des Hauptunternehmers zum Nachunternehmer nicht (mehr) in Betracht.

Ergibt sich nach einer vom Besteller erteilten Abrechnung, dass der Vorschussbetrag ganz oder teilweise nicht zur Mängelbeseitigung verbraucht worden ist, ist eine entsprechende Rückzahlung jedoch noch nicht erfolgt, liegt der Vorteil des Hauptunternehmers darin, dass er gegen den Besteller einen Anspruch auf Rückzahlung hat. Mangels Gleichartigkeit des Vorteils kann der Nachunternehmer auch in dieser Konstellation im Wege des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 BGB durchsetzen, dass der Schadensersatz an den Hauptunternehmer in entsprechender Anwendung des § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung dieses Anspruchs zu leisten ist.

Ist es dagegen wegen nicht zweckentsprechender Verwendung des Vorschussbetrags bereits zu einer vollständigen oder teilweisen Rückzahlung an den Hauptunternehmer gekommen, handelt es sich bei dem zurückgezahlten Betrag um einen gleichartigen Vorteil, der von Amts wegen auf den vom Nachunternehmer in Geld zu leistenden Schadensersatz anzurechnen ist und zu dessen Verringerung führt.

c) Die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsmindernd zu berücksichtigenden Vorteile des Geschädigten trägt nach allgemeinen Grundsätzen zwar der Schädiger. Den Geschädigten trifft jedoch eine sekundäre Darlegungslast, soweit der Schädiger außerhalb des von ihm darzulegenden Geschehensablaufs steht und dem Geschädigten nähere Angaben möglich und zumutbar sind (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juni 2022 – III ZR 24/21 Rn. 48, BGHZ 234, 102; Urteil vom 4. April 2014 – V ZR 275/12 Rn. 22, BGHZ 200, 350, jeweils m.w.N.).

In der werkvertraglichen Leistungskette trifft nach diesen Maßstäben den Hauptunternehmer, der gegen den Nachunternehmer Schadensersatz gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB geltend macht, grundsätzlich eine sekundäre

Darlegungslast für die anspruchsmindernden Vorteile, die sich daraus ergeben, dass er an seinen Besteller einen Kostenvorschuss wegen der mangelhaften Werkleistung seines Nachunternehmers geleistet hat. Denn der Nachunternehmer hat im Regelfall keinen Einblick in die Abwicklung des zwischen dem Hauptunternehmer und dem Besteller geschlossenen Vertrags, während dem Hauptunternehmer nähere Angaben hierzu möglich und zumutbar sind. Dem Hauptunternehmer obliegt es deshalb insbesondere darzulegen, ob der Besteller bereits eine Abrechnung über die Verwendung des Kostenvorschusses erteilt hat, und gegebenenfalls nähere Angaben zum Inhalt und Ergebnis der Abrechnung machen.

d) Nach diesen Grundsätzen kann eine Vorteilsausgleichung nicht ausgeschlossen werden.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat das den Schadensersatz begründende Ereignis – die mangelhafte Ausführung der Rohrbelüftung durch den Beklagten mit der Folge der Vorschusszahlung der Klägerin an die C. GmbH – bei der Klägerin zu einer Vermögenseinbuße in Höhe von 39.103,68 € geführt, die (noch) nicht als endgültig bewertet werden kann. Die sich aus der Natur der Vorschusszahlung ergebenden Vorteile für die Klägerin, also ihr Anspruch gegen die C. GmbH auf Abrechnung und Rückzahlung eines etwaig nicht zur Mängelbeseitigung verbrauchten Vorschussbetrags, sind grundsätzlich im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen. Dabei ist für die Frage, ob und inwieweit eine Vorteilsausgleichung zu erfolgen hat, zunächst entscheidend, ob die C. GmbH der Klägerin bereits eine Abrechnung erteilt hat. Dies hat das Berufungsgericht ebenso verkannt wie die in diesem Zusammenhang zu stellenden Anforderungen an die Darlegungslast.

Der Beklagte hat geltend gemacht, dass angesichts des Zeitablaufs davon auszugehen sei, dass die C. GmbH den von der Klägerin gezahlten Kostenvorschuss entweder gar nicht zur Mängelbeseitigung verwendet habe oder zumindest nicht in vollem Umfang. Jedenfalls habe die C. GmbH inzwischen eine Abrechnung erteilen müssen. Damit hat der Beklagte seiner Darlegungslast genügt. Denn er kann nach den vorliegenden Umständen weder wissen noch muss er ermitteln, ob die C. GmbH der Klägerin bereits eine Abrechnung über die Verwendung des Kostenvorschusses erteilt hat, welchen Inhalt eine etwaig erfolgte Abrechnung hat und ob oder inwieweit es gegebenenfalls zu einer Rückzahlung an die Klägerin gekommen ist.

Es ist deshalb Sache der Klägerin, im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast zunächst vorzutragen, ob bereits eine Abrechnung der C. GmbH über die Verwendung des Kostenvorschusses erfolgt ist. Ist das der Fall, ist die Klägerin weiter gehalten, Inhalt und Ergebnis dieser Abrechnung näher darzulegen, um einerseits den Vortrag zur Höhe des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs zu vervollständigen und andererseits dem Beklagten die Möglichkeit zu geben, zu den konkretisierten Angaben Stellung zu nehmen. Die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts allein erfolgte Behauptung der Klägerin, wonach der Kostenvorschuss von der C. GmbH vollumfänglich zur Mängelbeseitigung verbraucht worden und es nicht zu einer Rückzahlung gekommen sei, genügt diesen Anforderungen nicht.

III.

Das Berufungsurteil kann daher hinsichtlich der Schadenshöhe keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO. Vielmehr werden die

Parteien zunächst Gelegenheit bekommen müssen, zur Vorteilsausgleichung ergänzend Stellung zu nehmen, und das Berufungsgericht sodann die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben.

Sollte es danach im weiteren Verfahren auf ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB ankommen, weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass dessen Geltendmachung nicht dadurch abgeschnitten ist, dass das Berufungsurteil hinsichtlich des Anspruchsgrunds rechtskräftig geworden ist (vgl. RG, Urteil vom 6. Dezember 1928 – VI ZR 229/28, RGZ 123, 6; Stein/Jonas/ Althammer, ZPO, 23. Aufl., § 304 Rn. 39).