



Rechtsprechung aktuell:

Neue Entwicklungen im Bau- und Architektenrecht (2025)

Skript zum Nachweis von

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 Seminareseite 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. Naheliegend 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 Klageerwidlung 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).

Entscheidung 4 – BGH Urt. v. 9.11.2023 – VII ZR 241/22:

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE), macht – soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse – Mängelansprüche wegen angeblicher Mängel der im Gemeinschaftseigentum stehenden Bausubstanz gegen die Beklagte als Rechtsnachfolgerin der B. -A. GmbH geltend.

Die betreffende Anlage ist in den Jahren 2005 und 2006 von der B. -A.GmbH (im Folgenden einheitlich nur: Beklagte) errichtet worden. Diese konnte alle Eigentumswohnungen noch im Jahr 2005 verkaufen. In dem exemplarisch vorgelegten Kaufvertrag vom 1. März 2005 wird das betroffene Grundstück als Grundstück, das „bebaut werden soll“, bezeichnet (§ 1 Abs. 2). Als Datum der voraussichtlichen Fertigstellung ist der 30. Juni 2005 angegeben (§ 3 Abs. 3). Die „Übergabe/Abnahme“ sollte bei Fertigstellung erfolgen (§ 7 Abs. 2). Für die „Übergabe/Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums“ beauftragte und bevollmächtigte der Käufer unwiderruflich den Verwalter (§ 7 Abs. 5 Satz 1), bei dem es sich um die B. - V.GmbH, eine Tochtergesellschaft der Rechtsvorgängerin der Beklagten, handelte (§ 11 Abs. 1).

In einem exemplarisch vorgelegten undatierten Kaufvertrag späterer Erwerber wird das betroffene Grundstück ebenfalls als Grundstück, das „bebaut werden soll“, bezeichnet (§ 1 Abs. 2) und von einer voraussichtlichen Fertigstellung im Jahr 2006 gesprochen (§ 3 Abs. 3). In § 7 Abs. 5 heißt es:

„Die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums erfolgte durch den Verwalter – unter Hinzuziehung eines Sachverständigen – im Mai 2005.“

Im Jahr 2007 rügte die Klägerin Planungs- und Ausführungsmängel im Bereich der Dach- und Balkonentwässerung. Diese wurden auf der Grundlage einer Vereinbarung zwischen der Beklagten, dem Generalbauunternehmer und dem planenden Architekturbüro beseitigt.

Weitere Mängel rügte die Klägerin im Jahr 2012; bezüglich dieser Mängel kam es zum Abschluss eines Vergleichs zwischen der Beklagten und der Klägerin, der im Jahr 2013 abgewickelt wurde.

Am 20. April 2014 wurde auf einer Eigentümerversammlung die Unwirksamkeit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums „festgestellt“. In der Folge wandten sich einzelne Mitglieder der Klägerin und auch deren Verwalterin mit Mängelrügen und der Forderung nach einer Abnahme an die Beklagte. Die Beklagte stellte mit an die Verwalterin gerichtetem Schreiben vom 3. September 2015 Mängel in Abrede und berief sich auf Verjährung. Ein Vergleichsangebot der Beklagten vom 21. September 2017 nahm die Klägerin nicht an.

Auf einer Eigentümerversammlung vom 27. November 2018 wurde beschlossen, dass die Ausübung der Nacherfüllungs- und Mängelansprüche der Wohnungseigentümer als Erwerber gegen die Beklagte am gemeinschaftlichen Eigentum mit Ausnahme des großen Schadensersatzes und des Rücktritts auf die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer übertragen wird.

Nach weiteren vergeblichen Aufforderungen zur Mängelbeseitigung hat die Klägerin mit einem am 2. Juni 2020 eingegangenen Schriftsatz Klage eingereicht. Sie hat insbesondere die Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung und wegen verschiedener Positionen Schadensersatz verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben.

Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, soweit über die Mängelansprüche betreffenden Berufungsanträge zu 1 und zu 3 bis 6 entschieden worden ist.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Berufungsanträge im Umfang der Zulassung weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin hat Erfolg; sie führt im Umfang der Anfechtung des Berufungsurteils zu dessen Aufhebung und im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in BauR 2023, 1132 veröffentlicht ist, hat zur Begründung seiner Entscheidung – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – im Wesentlichen ausgeführt:

Die Berufung der Klägerin sei unbegründet.

Die Klage sei zulässig. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer sei kraft Gesetzes (§ 9a Abs. 1, Abs. 2 WEG) für die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte sowie für solche Rechte der Wohnungseigentümer, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erforderten, prozessführungsbefugt. Als hiernach der Gemeinschaft zugewiesene Rechte gälten werkvertragliche Ansprüche auf Gewährleistung. Unabhängig davon könne sich die Klägerin auf eine Prozessführungsbefugnis aus gewillkürter Prozessstandschaft stützen. Die entsprechende Ermächtigung sei dem Beschluss vom 27. November 2018 zu entnehmen.

Die Klage sei jedoch mit allen Anträgen unbegründet.

Mit dem auf Kostenvorschuss nach § 637 Abs. 3 BGB gerichteten Klageantrag zu 1 mache die Klägerin eines der in § 634 BGB vorgesehenen werkvertraglichen Mängelrechte des Bestellers geltend. Sofern ein solcher Anspruch bestehen sollte, wäre er verjährt.

Mängelrechte nach § 634 BGB stünden dem Besteller grundsätzlich erst nach der Abnahme des Werkes zu. An einer solchen fehle es zwar, sie sei jedoch zugunsten der Klägerin zu unterstellen.

Wann und wie das Gemeinschaftseigentum abgenommen worden sei, sei nicht vorgetragen. Die Erwerbsverträge sähen in § 7 Abs. 5 eine Abnahme durch den unwiderruflich seitens des Käufers bevollmächtigten Verwalter vor, bei dem es sich unstreitig um eine mit der Bauträgerin wirtschaftlich verbundene Gesellschaft gehandelt habe. Eine solche Abnahmeregulation in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei unwirksam. Eine – wie offenkundig hier – auf dieser Grundlage erfolgte Abnahme sei es dann auch. Ob eine andere Form der Abnahme an ihre Stelle getreten oder eine Abnahme ausnahmsweise entbehrlich sei, könne in diesem Zusammenhang offenbleiben. Soweit nämlich eine Abnahme Voraussetzung für die Geltendmachung von Mängelrechten sei, sei es der Beklagten als Verwenderin der unwirksamen Formulklausel nach Treu und Glauben verwehrt, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag mangels Abnahme des Gemeinschaftseigentums insoweit noch im Erfüllungsstadium befinde. Im Rahmen der Anspruchsbegründung sei die Abnahme somit zugunsten der Klägerin zu unterstellen.

Davon zu unterscheiden sei die Frage, wie sich das Fehlen der Abnahme im Rahmen der Verjährung auswirke. Insoweit sei im vorliegenden Fall eine Abnahme spätestens im Jahr 2013 – nun zu Lasten der Klägerin – zu unterstellen mit der Folge, dass der Anspruch bei Klageerhebung bereits verjährt gewesen sei.

Nach welchen Voraussetzungen sich die Verjährung von Ansprüchen des Erwerbers gegen den Bauträger aus einem Bauträgervertrag richte, lasse sich nicht einheitlich beantworten. Für alle mit der Errichtung des Gebäudes zusammenhängenden Leistungen gelte Werkvertragsrecht. Der werkvertragliche Anspruch auf Herstellung unterliege der dreijährigen Regelverjährung des § 195 BGB ab dem Schluss des Jahres, in dem er entstanden sei (§ 199 Abs. 1 BGB). Daneben bestünden Gewährleistungsansprüche des Erwerbers gegen den Bauträger. Im Streitfall stehe allein die mangelhafte Bauleistung in Rede, für die Werkvertragsrecht gelte. Die werkvertragliche Gewährleistung ergebe sich aus § 634 BGB. Ihre Verjährung beginne grundsätzlich mit der Abnahme des Werks, die Frist betrage bei einem Bauwerk fünf Jahre (§ 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB).

Da die Entstehung und Verjährung der werkvertraglichen Ansprüche unterschiedlich geregelt seien, falle grundsätzlich auch das Ende ihrer Verjährung auseinander. Es könne sogar dazu kommen, dass der Erfüllungsanspruch verjährt sei, bevor das Werk abgenommen sei und damit die Voraussetzungen für den Verjährungsbeginn der Gewährleistungsansprüche geschaffen worden seien. Ein solcher Fall liege hier vor. Der Erfüllungsanspruch aller Mitglieder der Klägerin sei im vorliegenden Fall zweifelsfrei verjährt. Alle Verträge der Bauträgerin mit den Erwerbern datierten aus dem Jahre 2005. Die taggenaue Verjährungshöchstfrist von zehn Jahren nach § 199 Abs. 4 BGB habe durchweg im Laufe des Jahres 2015 geendet. Nach wie vor fehle es aber an einer Abnahme. Die sich in einem solchen Fall stellende Frage, ob trotz fehlender Abnahme auch Ansprüche auf Gewährleistung verjährt seien oder ob der Auftragnehmer die Gewährleistung wiederaufleben lassen könne, indem er Abnahme verlange und damit erst die Verjährungsfrist des § 634a BGB in Gang setze, müsse nicht grundsätzlich entschieden werden. Im vorliegenden Fall sei nämlich die Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Rahmen der Verjährung zu Lasten der Klägerin zu unterstellen.

Dies ergebe sich zwar nicht aus der Ingebrauchnahme der Wohnungseigentumsanlage durch die Mitglieder der Klägerin. Die Parteien hätten die Unwirksamkeit der Abnahmeregulation nicht erkannt und seien deshalb von einer wirksam erfolgten Abnahme ausgegangen. Damit

habe die Ingebrauchnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Erwerber keinen eigenen Abnahmewillen zum Ausdruck gebracht.

Jedoch habe die Klägerin in der Vergangenheit bereits zweimal erfolgreich Gewährleistungsansprüche geltend gemacht. Sie hätten Mängel der Dach- und Balkonentwässerung in zwei verschiedenen Bereichen betroffen. Die erste Beanstandung habe die Beklagte in den Jahren 2007/2008 auf der Grundlage einer zwischen ihr, der Generalunternehmerin und den planenden Architekten getroffenen Vereinbarung beseitigt, mit der offenkundig aber auch die Klägerin einverstanden gewesen sei. Die zweite Beanstandung in den Jahren 2012/2013 habe mit einem Vergleich geendet.

Bereits bei der ersten Beanstandung sei das Gemeinschaftseigentum übergeben und – vermeintlich – abgenommen gewesen. Die nun erhobenen Mängelrügen müssten als Ausübung von Gewährleistungsansprüchen verstanden werden. Es wäre fernliegend, sie noch als Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs anzusehen. Die Parteien hätten sie ersichtlich auch als Fall der Gewährleistung behandelt. Daraus folge aber auch, dass die Parteien bei der Regulierung der Mängelrügen übereinstimmend von einer bereits erfolgten Abnahme ausgegangen seien. Ohne Abnahme könnten Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB nur geltend gemacht werden, wenn der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen könne und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen sei. Ein solcher Fall liege hier nicht vor.

Die Beklagte habe die Annahme der Klägerin, das Gemeinschaftseigentum sei abgenommen, gegen sich gelten lassen. Wäre es zum Rechtsstreit gekommen, wäre die Klägerin – jedenfalls auf der Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung – mit ihrem Gewährleistungsbegehren nur durchgedrungen, wenn sie auf eine erfolgte Abnahme hätte verweisen können oder der Beklagten verwehrt worden wäre, sich auf das Fehlen der Abnahme zu berufen und die Abnahme zugunsten der Klägerin unterstellt worden wäre.

Vor diesem Hintergrund widerspräche es Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn sich die Klägerin darauf berufen könnte, es fehle an einer Abnahme. Sie verhielte sich widersprüchlich. Sie habe in den Jahren 2007/2008 und 2012/2013 aus der übereinstimmenden Auffassung der Parteien, dass es eine Abnahme gegeben habe, einen Vorteil gezogen und Ansprüche durchgesetzt, die zwingend eine Abnahme zur Voraussetzung gehabt hätten. Es wäre mit Treu und Glauben nicht vereinbar, wenn die Klägerin nun Ansprüche geltend machen könnte, die nur noch durchsetzbar wären, wenn es an einer Abnahme fehle. Die Klägerin habe den aus einer Abnahme folgenden rechtlichen Vorteil in Anspruch genommen. Dann müsste sie auch den mit der Abnahme einhergehenden Nachteil tragen.

Sei zu Lasten der Klägerin von einer spätestens im Jahr 2013 erfolgten Abnahme auszugehen, so folge daraus die Verjährung ihrer Ansprüche aus Gewährleistung spätestens im Laufe des Jahres 2018 (§ 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB). Die Klage habe die Verjährung nicht mehr hemmen können. Zu verjährungshemmenden Verhandlungen (§ 203 BGB), die den dazwischenliegenden Zeitraum überbrückten, sei nichts vorgetragen.

Die Klageanträge zu 3 bis 6 könnten ebenfalls keinen Erfolg haben, weil auch sie ausschließlich auf Gewährleistung gegründet seien. Sie seien aus den dargelegten Gründen verjährt.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Zurückweisung der Berufung hinsichtlich der klägerischen Berufungsanträge zu 1 und zu 3 bis 6 nicht gerechtfertigt werden.

1. Allerdings hat das Berufungsgericht die Klage zu Recht für zulässig erachtet. Insbesondere ist es im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die Klägerin bezüglich der geltend gemachten Mängelansprüche auch insoweit für prozessführungsbefugt erachtet hat, als die Klägerin einen Anspruch auf Vorschuss für Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln an der Bausubstanz des Gemeinschaftseigentums verlangt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschluss vom 15. Februar 2023 – VII ZR 13/22, ZfBR 2023, 342; Beschluss vom 1. Februar 2023 – VII ZR 887/21, BauR 2023, 958; Urteil vom 11. November 2022 – V ZR 213/21 Rn. 18 ff., Rn. 24 ff., Rn. 30 ff., NJW 2023, 217) besteht bei einer GdWE die Prozessführungsbefugnis, die sich wie hier aus einem vor dem 1. Dezember 2020 erlassenen Vergemeinschaftungsbeschluss ergibt, auch nach der Neuregelung der Ausübungsbefugnis in § 9a Abs. 2 WEG fort. Das gilt nicht nur dann, wenn ein entsprechender (Nacherfüllungs-)Anspruch des Erwerbers auf eine kaufvertragliche Nachbesserungspflicht gestützt wird (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 2022 – V ZR 213/21 Rn. 18 ff., Rn. 24 ff., Rn. 30 ff., NJW 2023, 217), sondern auch dann, wenn ein werkvertraglicher Anspruch auf Kostenvorschuss (§ 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB) in Rede steht (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Februar 2023 – VII ZR 13/22 m.w.N., ZfBR 2023, 342; Beschluss vom 1. Februar 2023 – VII ZR 887/21, BauR 2023, 958).

2. Gleichfalls rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht – von den Parteien unbeanstandet – angenommen, dass sich die von der Klägerin geltend gemachten Mängelansprüche nach Werkvertragsrecht richten (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 – VII ZR 171/15 Rn. 20 ff., BGHZ 210, 206).

3. Auch die ebenfalls unangegriffene Annahme des Berufungsgerichts, die von der Beklagten gestellte formularmäßige Regelung bezüglich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums in § 7 Abs. 5 der Erwerbsverträge (Anlage K 2) sei ebenso wie die auf dieser Grundlage erfolgte Abnahme unwirksam, lässt keine Rechtsfehler erkennen (vgl. BGH, Beschluss vom 12. September 2013 – VII ZR 308/12 Rn. 7 ff., BauR 2013, 2020, zu einer formularmäßigen Abnahmeklausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen mit dem Bauträger wirtschaftlich oder rechtlich verbundenen Erstverwalter ermöglicht; Urteil vom 30. Juni 2016 – VII ZR 188/13 Rn. 22, BauR 2016, 1771 = NZBau 2016, 629).

Entsprechendes gilt für die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagten sei es als Verwenderin der unwirksamen Formularklausel nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag mangels wirksamer Abnahme des Gemeinschaftseigentums insoweit noch im Erfüllungsstadium befinde (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 2016 – VII ZR 188/13 Rn. 20 ff., Rn. 24 ff., BauR 2016, 1771 = NZBau 2016, 629; Urteil vom 12. Mai 2016 – VII ZR 171/15 Rn. 57 ff., BGHZ 210, 206; Urteil vom 25. Februar 2016 – VII

ZR 49/15 Rn. 41 ff., BGHZ 209, 128), weshalb im Rahmen der Anspruchsbegründung die Abnahme des Gemeinschaftseigentums als Voraussetzung für die Geltendmachung von Mängelansprüchen zugunsten der Klägerin zu unterstellen sei.

4. Der rechtlichen Nachprüfung nicht stand hält jedoch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, im Rahmen der Verjährung sei eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums spätestens im Jahr 2013 – nun zu Lasten der Klägerin – zu unterstellen mit der Folge, dass die mit der Klage geltend gemachten (Mängel-) Ansprüche bei Klageerhebung bereits verjährt gewesen seien, weil es der Klägerin wegen widersprüchlichen Verhaltens unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sei, sich im Rahmen der Verjährung auf das Fehlen der Abnahme berufen zu dürfen.

a) Die im Einzelfall vorzunehmende wertende Betrachtung der Gesamtumstände unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB obliegt zwar in erster Linie dem Tatgericht, kann aber vom Revisionsgericht eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob das Tatgericht die maßgeblichen Tatsachen vollständig festgestellt und gewürdigt und ob es die allgemein anerkannten Maßstäbe berücksichtigt und richtig angewandt hat (BGH, Urteil vom 6. Juli 2023 – VII ZR 151/22 Rn. 38, BauR 2023, 1672; Urteil vom 8. Juli 2021 – I ZR 248/19 Rn. 28 m.w.N., NJW 2022, 52).

b) Einer Überprüfung nach diesen Grundsätzen hält das Berufungsurteil nicht stand.

aa) Nicht jeder Widerspruch zwischen zwei Verhaltensweisen ist als unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) zu werten (vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 2015 – VIII ZR 154/14 Rn. 24, BGHZ 204, 145). Vielmehr ist widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) dann rechtsmissbräuchlich, wenn das frühere Verhalten mit dem späteren sachlich unvereinbar ist und die Interessen der Gegenpartei im Hinblick hierauf vorrangig schutzwürdig erscheinen (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juli 2015 – XII ZB 508/14 Rn. 12, MDR 2015, 1101; Urteil vom 4. Februar 2015 – VIII ZR 154/14 Rn. 24, BGHZ 204, 145; Urteil vom 9. Mai 2014 – V ZR 305/12 Rn. 41 m.w.N., NJW 2014, 2790). Ist durch das frühere Verhalten einer Partei kein schutzwürdiges Vertrauen der Gegenpartei begründet worden, ist ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nur in besonders gelagerten Einzelfällen in Betracht zu ziehen, etwa bei einem unlöslichen Widerspruch zwischen früherer und späterer Rechtsausübung (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juli 2015 – XII ZB 508/14 Rn. 12, MDR 2015, 1101; Urteil vom 4. Februar 2015 – VIII ZR 154/14 Rn. 26 m.w.N., BGHZ 204, 145).

bb) Nach diesen Grundsätzen kann ein im Sinne des § 242 BGB rechtsmissbräuchliches widersprüchliches Verhalten der Klägerin nicht angenommen werden.

(1) Soweit die Klägerin zunächst in den Jahren 2007 und 2012 – als Prozessstandschafterin der Erwerber – mehrfach Mängelansprüche wegen Mängeln der Dach- und Balkonentwässerung geltend gemacht hat, die von der Beklagten jeweils reguliert wurden, und sich später bei der klageweisen Geltendmachung weiterer Mängelansprüche gegenüber der von der Beklagten erhobenen Einrede der Verjährung auf das Fehlen einer wirksamen Abnahme des Gemeinschaftseigentums berufen hat, resultiert hieraus bereits keine sachliche Unvereinbarkeit zwischen dem früheren und dem späteren Verhalten. Denn das Verhalten der Klägerin ist vor dem Hintergrund der von der Beklagten gestellten Formalklausel zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums (§ 7 Abs. 5 Satz 1 des Vertrags Anlage K 2) und unter

Berücksichtigung der Schutzrichtung der Inhaltskontrolle zu würdigen. Die genannte Formularklausel wirkt sich für die betroffenen Erwerber – und damit auch für die als deren Prozessstandschafterin agierende Klägerin – einerseits (bezüglich der Voraussetzungen für die Geltendmachung von Mängelansprüchen, insbesondere Kostenvorschussansprüchen) günstig und andererseits (bezüglich des Beginns der Verjährung der Mängelansprüche) ungünstig aus (vgl. Rodemann, BauR 2020, 519, 522 f.); die Inhaltskontrolle dient ausschließlich dem Schutz des Vertragspartners des Verwenders, nicht dem Schutz des Verwenders (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 – VII ZR 171/15 Rn. 58 m.w.N., BGHZ 210, 206; Urteil vom 20. Juli 2017 – VII ZR 259/16 Rn. 31, BauR 2017, 1995 = NZBau 2018, 29). Vor diesem Hintergrund kann angesichts der erörterten Klauselambivalenz und der Schutzrichtung der Inhaltskontrolle bereits eine sachliche Unvereinbarkeit zwischen dem früheren und dem späteren Verhalten der Klägerin nicht angenommen werden.

(2) Im Übrigen ist durch das frühere Verhalten der Klägerin im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Mängelansprüchen in den Jahren 2007 und 2012 ebenso wenig wie durch die Regulierung dieser Ansprüche ein vorrangig schutzwürdiges Vertrauen der Beklagten dahingehend begründet worden, dass sich die Klägerin bei etwaiger erneuter späterer Geltendmachung von Mängelrechten nach Ablauf eines Zeitraums, der die Frist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB übersteigt, gegenüber der von der Beklagten erhobenen Einrede der Verjährung nicht auf das Fehlen einer wirksamen Abnahme des Gemeinschaftseigentums berufen würde. Die Interessen der Beklagten erscheinen insoweit im Hinblick darauf, dass sie als Verwenderin der Formularklausel § 7 Abs. 5 Satz 1 für den Nichtbeginn der Verjährung (vgl. § 634a Abs. 2 BGB) hinsichtlich der auf Mängel an der Bausubstanz des Gemeinschaftseigentums bezogenen Mängelansprüche verantwortlich ist, und im Hinblick darauf, dass sie im Antwortschreiben vom 3. September 2015 an die Verwalterin für eine erneute Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Hinblick auf die bereits zuvor angeblich wirksam erfolgte Abnahme keinen Raum sah, nicht vorrangig schutzwürdig.

(3) Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin kann aus den vorstehend unter II. 4. b) bb) (1) genannten Gründen auch nicht wegen eines unlösbaren Widerspruchs zwischen dem früheren und dem späteren Verhalten der Klägerin angenommen werden.

III.

Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO) dar.

1. Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung geltend, die Beklagte dürfe dem Begehren der Klägerin die Einrede der Verjährung entgegenhalten, nachdem die Verjährungshöchstfrist des § 199 Abs. 4 BGB im Hinblick auf den Erfüllungsanspruch aus § 631 Abs. 1 BGB angeblich spätestens mit dem Ende des Jahres 2015 abgelaufen sei. Es kann dahinstehen, ob und gegebenenfalls wann die genannte Verjährungshöchstfrist abgelaufen ist. Des Weiteren kann hier offenbleiben, ob und welchen Einfluss ein Ablauf der Verjährungshöchstfrist bezüglich des Erfüllungsanspruchs grundsätzlich auf die Verjährung von Mängelansprüchen hat. Im Rahmen der gegen die geltend gemachten Mängelansprüche erhobenen Verjährungseinrede könnte die Beklagte jedenfalls aus AGB-rechtlichen Gründen den angeblichen Ablauf der Verjährungshöchstfrist bezüglich des Erfüllungsanspruchs nicht mit Erfolg geltend machen (vgl. auch Vogel, IBR 2023, 2057). Wie bereits erörtert, ist es der Beklagten als Verwenderin der unwirksamen Formularklausel § 7 Abs. 5 Satz 1 nach Treu und Glauben (§ 242 BGB)

verwehrt, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag mangels wirksamer Abnahme des Gemeinschaftseigentums insoweit noch im Erfüllungsstadium befinde; die Klägerin kann, wie sie das nach den nicht angefochtenen Feststellungen des Berufungsgerichts getan hat, trotz der nicht wirksam erklärten Abnahme des Gemeinschaftseigentums Mängelansprüche gegen die Beklagte geltend machen.

2. Die Verjährung der geltend gemachten Mängelansprüche kann nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand auch nicht mit der Begründung angenommen werden, die Erwerber hätten das Gemeinschaftseigentum, nachdem sie Kenntnis von der Unwirksamkeit der im Jahr 2005 erklärten Abnahme erlangt oder Zweifel bezüglich der betreffenden Wirksamkeit bekommen hätten, jeweils konkludent abgenommen, womit die Verjährung der Mängelansprüche gemäß § 634a Abs. 2 BGB jeweils mit der Folge begonnen habe, dass die Verjährungsfrist (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB) vor der Einreichung der Klage im Jahr 2020 abgelaufen sei. Denn das Berufungsgericht hat zu derartigen Abnahmen – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen getroffen.

3. Das Berufungsurteil kann nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand schließlich auch nicht mit der Begründung aufrechterhalten werden, der klägerischen Rechtsausübung stehe, wie die Revisionserwiderung meint, der Einwand der Verwirkung entgegen. Denn das Berufungsgericht hat zu den Voraussetzungen dieses Einwands – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen getroffen.

IV.

Das Berufungsurteil kann nach alledem, soweit hinsichtlich der Berufungsanträge zu 1 und zu 3 bis 6 zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist, nicht bestehen bleiben. Es ist insoweit aufzuheben. Die Sache ist im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da der Senat mangels hinreichender Feststellungen nicht in der Sache selbst entscheiden kann.

Entscheidung 5 – OLG Celle Urt. v. 7.2.2024 – 14 U 12/23:

Gründe:

I.

Der Kläger ist Architekt und verlangt mit seiner Klage ein Honorar für seine Architektenleistungen für das Bauvorhaben „40 Wohneinheiten nebst Tiefgarage auf dem Grundstück L./I.“ in H., für das er von der Beklagten – einem Immobilienunternehmen – im Jahr 2016 beauftragt wurde.

Auf dem Grundstück, auf dem die Beklagte das Bauvorhaben realisieren wollte, befanden sich bereits ein ehemaliges Gaststättengebäude und ein Hotel. Südlich des Grundstücks waren vier Doppelhäuser belegen. Die östlich liegenden Flächen wurden kleingärtnerisch genutzt und gingen in das Landschaftsschutzgebiet „L.“ über. Die westliche Seite der Straße war mit mehrgeschossigen Wohngebäuden bebaut. Das Gebiet nördlich der L. wurde bereits durch den Bebauungsplan Nr. 1029 überplant und eine maximal zweigeschossige Bauweise festgesetzt. Außerdem lag dort ein 16m breiter Streifen nicht überbaubarer Fläche. Für das streitgegenständliche Gebiet war zu diesem Zeitpunkt noch kein Bebauungsplan in Kraft getreten, aber ein Erlass bereits durch die Landeshauptstadt H. beabsichtigt.

Bereits deutlich vor der Beauftragung des Klägers durch die Beklagte im Jahr 2016 beschloss am 17.11.2012 der Verwaltungsausschuss der Landeshauptstadt H. die Aufstellung eines Bebauungsplanes Nr. 1772 für das streitgegenständliche Gebiet. Darin ist die Festsetzung eines allgemeinen Wohngebietes mit maximal zwei Vollgeschossen vorgesehen. Für die im Osten geplanten Einfamilienhäuser sollte durch eine niedrige Ausnutzung (GRZ=0,25) und durch eng umgrenzte Baufenster ein verträglicher Übergang zum benachbarten Landschaftsschutzgebiet „L.“ geschaffen werden (Beschlussdrucksache Nr. 2234/2012 „I./L.“, Anlage K36).

Mit Vertrag vom 11./12.02.2016 beauftragte die Beklagte den Kläger auf der Grundlage des Angebots vom 06.02.2016 mit der Erbringung von Architektenleistungen der Grundlagenermittlung und Vorplanung für das Bauvorhaben „40 Wohneinheiten nebst Tiefgarage auf dem Grundstück L./I., H.“. Vertraglich vereinbart wurde eine zu planende Wohnfläche von ca. 4.000 qm (vgl. Anlagen K1 und 2).

Bereits kurz nach dem Vertragsschluss, in einem Gespräch am 18.03.2016 zwischen dem Kläger und Mitarbeitern der Baubehörde der Stadt H., signalisierten diese, dass sie das anvisierte Projekt für nicht genehmigungsfähig hielten. Die Ausnutzung des Grundstückes erscheine sowohl gem. § 34 BauGB als auch unter Ansetzung der Inhalte des Planvorentwurfs Nr. 1772 als zu hoch. Ferner seien in dem Gebiet nur zwei Vollgeschosse zulässig, die geplante Dreigeschossigkeit sei dort nicht erlaubt (vgl. Gesprächsvermerk des Klägers vom 18.03.2016, Anlage B6).

Eine entsprechende Bauvoranfrage wurde mit Bescheid vom 10.08.2016 abgelehnt. Als Begründung wurde ausgeführt, das Bauvorhaben sei nicht genehmigungsfähig. Es füge sich nicht gem. § 34 BauGB ein. Der Baukörper sei zu groß, er sei mindestens 30% größer als der

vorhandene Gebäudekomplex des ehemaligen Hotelbetriebes, überdies seien die festgesetzten Baufluchtlinien überschritten (Anlage B8).

Der Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan Nr. 1772 wurde am 25.08.2016 vom Verwaltungsausschuss beschlossen (Beschlussdrucksache Nr. 1553/2016).

Mit Schreiben vom 16.11.2016 informierte die Landeshauptstadt H. die Beklagte über den unlängst gefassten Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan Nr. 1772 und übersandte eine Beschreibung der städtebaulichen Ziele und Rahmenbedingungen für das Plangebiet (Anlagenkonvolut B29, 30).

Ebenfalls Ende 2016 führte die Beklagte, moderiert durch den Kläger, einen städtebaulichen Wettbewerb mit drei Architekturbüros durch, die Alternativen unter Beachtung der städtebaulichen Rahmenbedingungen ausarbeiten sollten. Das vorgenannte Schreiben der Stadt H. vom 16.11.2016, in dem auf den Aufstellungsbeschluss Nr. 1772 Bezug genommen wird und die städtebaulichen Ziele und Rahmenbedingungen für das Plangebiet mitgeteilt werden, lag zu diesem Zeitpunkt dem Kläger vor (Anlagekonvolut B29, vgl. auch B19: E-Mail des Klägers an die Baubehörde, in der er dieser die drei Alternativentwürfe übersandte).

Der Widerspruch der Beklagten vom 31.08.2016, mit dem diese eine Befreiung von den Vorgaben des Fluchtlinienplanes beantragte (Anlage K42), wurde mit Widerspruchsbescheid vom 18.04.2018 zurückgewiesen. Die Behörde wies erneut u.a. auf den Baufluchtlinienplan Nr. 384 hin, dessen festgesetzten Fluchtlinien um 2m überschritten würden, was nicht zulässig sei. Ein Ausnahmefall liege nicht vor. Das geplante Objekt überschreite den durch die Umgebungsbebauung gesetzten Rahmen deutlich (Anlage B9).

Die Behörde teilte zudem (erneut) mit, dass der Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan Nr. 1772 am 25.08.2016 vom Verwaltungsausschuss beschlossen worden sei (Beschlussdrucksache Nr. 1553/2016) und dessen Festsetzungen ebenfalls nicht mit dem geplanten Projekt im Einklang stünden (Anlage B9, Seite 4).

Am 22.02.2017 beschloss der Stadtbezirksrat B. die frühzeitige Beteiligung der Öffentlichkeit gem. § 3 Abs. 1 BauGB in Bezug auf den Erlass des beabsichtigten Bebauungsplans.

Mit einer Vertragserweiterung vom 03.03.2017 wurde der Kläger von der Beklagten zusätzlich mit der Entwurfsplanung und Genehmigungsplanung entsprechend den Leistungsphasen 3 und 4 der HOAI beauftragt (Anlage B3).

Am 28.04.2017 beantragte die Beklagte für die – bereits durch Bauvoranfrage abschlägig beschiedenen – klägerischen Planungen eine Baugenehmigung für die Erstellung von 43 Wohneinheiten. Es sollten zwei dreigeschossige Wohnkörper mit einer gemeinsamen Tiefgarage entstehen.

Dieser Antrag wurde – ebenso wie die Bauvoranfrage – mit Bescheid vom 19.02.2018 abgelehnt. Die Behörde führte aus, dass das beabsichtigte Vorhaben teilweise im Außenbereich gem. § 35 BauGB liege und bereits deshalb nicht genehmigungsfähig sei. Überdies füge sich der geplante Baukörper, der im Innenbereich liege, hinsichtlich des Maßes

nicht in die nähere Umgebung ein. Er finde hinsichtlich seiner Bruttogeschossfläche, seiner Massivität und Kubatur keine Entsprechung in der näheren Umgebung (Anlage B10).

Zwischenzeitlich hatte das Verwaltungsgericht über die dort erhobene Klage auf Erteilung eines Bauvorbescheides entschieden und diese mit Urteil vom 30.05.2018 abgewiesen. Das Verwaltungsgericht folgte nicht der Argumentation der Beklagten, ihr Vorhaben füge sich harmonisch in die Umgebungsbebauung ein und der Fluchtlinienplan sei funktionslos geworden. Es führte vielmehr aus, das Vorhaben sei schon daher unzulässig, weil das geplante Bauvorhaben die Baugrenzen zur L. überschreite. Zweifel an der Gültigkeit des Fluchtlinienplanes bestünden nicht. Die Beklagte habe auch keinen Anspruch auf eine von ihr geforderte Befreiung von den Festsetzungen des Fluchtlinienplanes (Urteil vom 30.05.2018, Az 4 A 9677/17, Anlage B12).

Der Widerspruch der Beklagten gegen den Ablehnungsbescheid in Bezug auf den Erlass einer Baugenehmigung wurde mit Widerspruchsbescheid vom 24.07.2018 von der Baubehörde zurückgewiesen. Die Behörde legte dar, dass das beantragte Vorhaben aufgrund mehrerer Punkte nicht zulässig sei. Es liege zum einen teilweise im Außenbereich, was einer Genehmigungsfähigkeit entgegenstehe. Ferner füge es sich im Übrigen hinsichtlich des geplanten baulichen Maßes nicht in die nähere Umgebung ein. Es wurde erneut auf die zu hohe Grundfläche und die dreigeschossige Bauweise hingewiesen, was die dort vorhandene städtebauliche Situation verändere. Insbesondere die südlich liegenden Reihenhäuser würden einem in dieser Umgebung untypischem dreigeschossigen Baukörper ausgesetzt (Anlage B11).

Am 28.07.2018 beschloss der Rat der Landeshauptstadt H. die Aufstellung des Bebauungsplanes Nr. 1772, der für das streitgegenständliche Gebiet ein allgemeines Wohngebiet vorsah, drei zweigeschossig zu bebauende Baufenster sowie einen 16m breiten Streifen nichtüberbaubarer Fläche südlich der L.

Am 27.06.2019 wurde der Bebauungsplan Nr. 1772 als Satzung beschlossen. Mit Bekanntmachung trat er am 22.08.2019 in Kraft (Amtsblatt, Anlage K38).

Der gegen das verwaltungsgerichtliche Urteil auf Erteilung eines Bauvorbescheides eingelegte Berufungszulassungsantrag wurde mit Beschluss vom 27.10.2020 vom Obergerverwaltungsgericht Lüneburg als unzulässig verworfen, weil zwischenzeitlich der Bebauungsplan in Kraft getreten sei.

Die am 30.08.2018 erhobene Klage der Beklagten auf Erteilung einer Baugenehmigung wurde ebenso vom Verwaltungsgericht Hannover abgewiesen (Urteil vom 08.11.2021 – Az. 4 A 5489/18). Die Beklagte meinte, ihr Bauvorhaben erfülle im Wesentlichen die Anforderungen, die der zwischenzeitlich in Kraft getretene Bebauungsplan Nr. 1772 aufstelle. Dem folgte das Verwaltungsgericht Hannover nicht. Der Bebauungsplan setze eine zweigeschossige Bauweise und eine Grundflächenzahl von 0,4 fest. Diese Maßgaben halte die Planung der Beklagten nicht ein. Nach deren Planzeichnungen im Bauantrag handelte es sich bei dem Erd- und Obergeschoss (lichte Höhe jeweils 2,62m) und dem Dachgeschoss (lichte Höhe 2,22m) augenscheinlich um Vollgeschosse. Es fehle jedoch ein konkreter Nachweis dazu sowie zu der geplanten Grundflächenzahl. Soweit die Beklagte rüge, die Festsetzungen des Bebauungsplanes fielen zu gering aus, folgte die Kammer des Verwaltungsgerichts ebenfalls

nicht. Es gebe keine Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit des Bebauungsplanes (vgl. Urteil vom 08.11.2021 – Az. 4 A 5489/18, Seite 7, Anlage B25).

Der Antrag auf Zulassung der Berufung wurde vom Obergerverwaltungsgericht Lüneburg durch Beschluss vom 13.09.2022 abgelehnt. Als Begründung wurde ausgeführt, dass die Planung nicht den Vorgaben des Bebauungsplanes entspreche (Beschluss vom 13.09.2022 – 1 LA 183/21, Anlage B38).

Der Rechtsanwalt der Beklagten und der Kläger versuchten sodann eine Genehmigung des beabsichtigten Vorgehens mittels einer sog. Deckblattlösung zu erreichen. Diese sieht vor, eine Baugenehmigung aufgrund von falschen „Deckblättern“ zu erhalten, die nicht der tatsächlichen Planung entsprechen und sodann – nach Erhalt der Baugenehmigung – mittels einer Befreiung die ursprünglich gewollte Planung durchzusetzen (Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 12.03.2020, Anlage B39).

Einem solchen Vorgehen stimmte der Geschäftsführer der Beklagten nicht zu.

Die Beklagte beauftragte schließlich das Büro des Architekten Dipl.-Ing. P. H., das eine neue Planung einreichte, die eine nahezu identische Wohnfläche ausweist und von der Landeshauptstadt H. genehmigt wurde (vgl. Anlagen B31-34).

Der Kläger verlangt für seine Planungsleistungen mit Honorarschlussrechnung vom 22.07.2020 gemäß den Vorgaben der HOAI für die Leistungsphasen 1-4 eine Honorarrestforderung in Höhe von 191.517,92 € (brutto) und eine entsprechende Sicherheitsleistung (Anlage K4). Die Gesamthonorarforderung des Klägers beträgt dabei 295.300,26 € (brutto) bzw. 248.151,48 € (netto); abzüglich der Abschlagszahlungen der Beklagten in Höhe von 103.782,12 € (brutto) ergibt sich die Honorarrestforderung des Klägers.

Die Beklagte leistete keine weitere Zahlung und auch keine Sicherheit, so dass der Kläger mit Schreiben vom 17.09.2020 die Kündigung des Architektenvertrages erklärte (Anlage K7).

Mit seiner Klage hat der Kläger – nach Teilrücknahme – eine Sicherheit für seine Honorarforderung in Höhe von 191.517,92 € geltend gemacht. Die Beklagte hat sodann im Wege der Widerklage beantragt, festzustellen, dass der Kläger keinen Anspruch auf Zahlung des geltend gemachten Honorars in Höhe von 191.517,92 € hat, sowie im Wege der Leistungsklage verlangt, an sie das bereits gezahlte Honorar in Höhe von 103.782,12 € zzgl. Zinsen zurückzuzahlen.

Nachdem das Landgericht zunächst ein Teilurteil erlassen hat, in dem es die Beklagte verurteilt hat, dem Kläger eine Sicherheit über den verlangten Honoraranspruch zu gewähren (Teilurteil vom 19.07.2022 – 14 O 189/20), hat der Kläger eine Wider-Widerklage erhoben, mit der er beantragt hat, die Beklagte zu verurteilen, an ihn ein Architektenhonorar in Höhe von 191.517,92 € zzgl. Zinsen zu zahlen.

Hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen im Übrigen wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat mit Schlussurteil vom 21.12.2022 die Klage und die Wider-Widerklage abgewiesen und die Widerklage für begründet erachtet. Es stehe zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Kläger keine abnahmefähige Architektenleistung erbracht habe. Es sei jedoch grundsätzlich die Leistungspflicht des Architekten, eine genehmigungsfähige Planung vorzulegen. Der Kläger habe auch nicht den ihm obliegenden Beweis erbracht, dass die Beklagte das Risiko einer nicht genehmigungsfähigen Planung übernommen habe.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung.

Der Kläger meint, seine ursprüngliche Planung sei genehmigungsfähig gewesen und hätte genehmigt werden müssen. Dass zwischenzeitlich ein Bebauungsplan erlassen worden sei, an dem die Planung zu messen sei, falle nicht in sein Risiko. Die Beklagte habe auch konkrete Vorgaben zur zu erreichenden Wohnfläche gemacht. Sie habe den Kläger darauf hingewiesen, dass sie mindestens 4.500 qm Wohnfläche benötige. Der Kläger habe dies als „ehrgeiziges Ziel“ bezeichnet. Der Wunsch der Beklagten nach viel Wohnfläche finde sich auch im Vertrag, der eine extra Vergütung für den Kläger für diesen Fall vorsehe.

Der Beklagten, einer Immobiliengesellschaft, sei das Risiko einer Versagung der Genehmigung bekannt gewesen. Nicht zuletzt deshalb habe sie dem Kläger einen Fachanwalt für Verwaltungsrecht, der im Namen der Beklagten die verwaltungsgerichtlichen Verfahren geführt hat, an die Seite gestellt. Der Kläger sei kein Jurist und könne die Erfolgsaussichten der Anträge, Widersprüche und Klagen nicht einschätzen. Er habe sich auf die Beratung des Rechtsanwalts verlassen, der Erfolgsaussichten hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit gesehen habe.

Schließlich sei es treuwidrig von der Beklagten gewesen, sich dem sog. Deckblattverfahren zu verweigern. Es habe insofern die mündliche inoffizielle Zusage eines Mitarbeiters der Baubehörde gegeben, dass es eine Genehmigung geben würde. Der Geschäftsführer der Beklagten sei zu dem kurzen Zeitpunkt, zu dem ein solches „Deckblattverfahren“ Aussicht auf Erfolg gehabt hätte, nicht erreichbar gewesen. Mit diesem „Deckblattverfahren“ hätte sodann ein Dispens erreicht werden können, der schließlich im Ergebnis das gesamte Projekt legalisiert hätte. Dieses Vorgehen habe der Geschäftsführer der Beklagten verhindert.

Nicht zuletzt könne der Kläger nichts dazu, dass einige Personen aus dem Bauamt dem Projekt nicht wohlgesonnen gewesen seien.

Er beantragt,

unter Änderung des Schlussurteils des Landgerichts Hannover vom 21.12.2022, Az.: 14 O 189/20,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 3.058,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 06.08.2020 zu zahlen;

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 191.517,92 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 22.08.2020 zu zahlen;

3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 3.058,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 04.09.2020 zu zahlen;

4. die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte meint, der Kläger habe keinen Honoraranspruch. Seine gesamte Arbeit sei nutz- und wertlos. Sie sei davon ausgegangen, dass – insbesondere nach dem durchgeführten städtebaulichen Wettbewerb – die Planungen des Klägers bei der Baubehörde genehmigt würden. Es habe zu keinem Zeitpunkt den Hinweis des Klägers gegeben, dass seine Planungen nicht genehmigungsfähig seien. Es sei der Beklagten stets um eine Realisierung einer Planung gegangen, sie habe schließlich bauen wollen. Der Kläger habe der Beklagten stets suggeriert, dass die Baubehörde und auch das Verwaltungsgericht Hannover falsch lägen und ein Anspruch auf eine Genehmigung bestehe. In Bezug auf die Leistungsphasen 1 und 2 der HOAI habe der Kläger nicht alle Grundleistungen erbracht, insbesondere wäre er verpflichtet gewesen, das Planungskonzept mit maßstabsgetreuen Zeichnungen darzustellen, was nicht geschehen sei.

Das sog. Deckblattverfahren sei dem Geschäftsführer der Beklagten zu riskant gewesen. Mit dem „Deckblattverfahren“ habe der Landeshauptstadt H. der Eindruck vermittelt werden sollen, es gebe kein drittes Vollgeschoss. Tatsächlich sollte ein solches gebaut und nachträglich über einen Dispens legalisiert werden. Er habe sich selbst Ende 2019 mit Vertretern des Bauamtes getroffen, die ihm deutlich gemacht hätten, dass die Baubehörde hierzu nicht bereit sei. Es müsse der komplette Bauantrag überarbeitet und entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen neu eingereicht werden (Anlage B 42). Er habe das Risiko einer fehlerhaft erteilten Baugenehmigung, die einen Baustopp nach sich ziehen könnte, bei einem derartigen Großprojekt nicht eingehen wollen.

Die Beklagte behauptet, ihr Geschäftsführer habe Ende September 2019 vom Kläger eine Nachbesserung seiner Planung verlangt, um eine Baugenehmigung zu erhalten. Der Kläger habe eine kostenfreie Nachbesserung seiner Planung abgelehnt und mit E-Mail vom 20.09.2019 ein weiteres Honorar von 25.466, € für die Überarbeitung der vorhandenen Planungsunterlagen verlangt (Anlagen B26 und B30).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes nimmt der Senat Bezug auf den vorgetragenen Inhalt der zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 16.01.2024.

II.

Die Berufung des Klägers ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht erhoben und begründet worden. In der Sache hat sie teilweise Erfolg. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung des im Wege der Wider-Widerklage geltend gemachten Honorararrestanspruchs in Höhe von 191.517,92 €. Seine Berufung in Bezug auf die Widerklage der Beklagten, die die

bereits erbrachten Honorarzahlungen vollständig zurückfordert, hat teilweise Erfolg. Im Einzelnen:

1. Der Kläger hat einen Anspruch auf Zahlung von Architektenhonorar gem. § 631 Abs. 1 BGB iVm der Honorarordnung für Architekten- und Ingenieurleistungen (2013) für die von ihm erbrachten Leistungen in Höhe von 73.782,44 € (brutto) für Leistungen der Grundlagenermittlung und Vorplanung entsprechend den Leistungsphasen 1 und 2 der Honorarordnung für Architekten- und Ingenieurleistungen. Auf das Rechtsverhältnis der Parteien ist die Honorarordnung für Architekten- und Ingenieurleistungen vom 10.07.2013 (in Kraft getreten am 17.07.2013, in der bis zum 31.12.2020 gültigen Fassung) anzuwenden (im Folgenden: HOAI). Dieser Anspruch ist durch Zahlung der Beklagten in Höhe von 103.782,12 € erloschen (§ 362 Abs. 1 BGB). Der Kläger ist bereits überzahlt.

a) Die Parteien haben zunächst einen Architektenvertrag geschlossen, wonach der Kläger Leistungen der Grundlagenermittlung und Vorplanung (gem. Leistungsphasen 1 bis 2 des Leistungsbildes Gebäude und Innenräume gem. § 34 HOAI) erbringen sollte (vgl. Vertrag vom 11./12.02.2016 mit Anlage vom 06.02.2016, Anlagen K1, K2).

In den ersten Leistungsphasen eines Bauprojekts geht es zunächst darum, die Wünsche des Bauherrn herauszuarbeiten und zu prüfen, welche Vorgaben, Einschränkungen und Zwänge diesen entgegenstehen könnten. Ein Bauherr, der im Verlauf des Projekts zahlreiche Zielkonflikte zu lösen hat, schaltet einen Architekten gerade deshalb ein, damit dieser ihn hierbei unterstützt (vgl. KG Berlin, Urteil vom 10. Juli 2018 – 21 U 152/17, Rn. 37, juris). Dass sich ein Vorhaben sodann später nicht – wie gewünscht – realisieren lässt, kann in den ersten Leistungsphasen nicht dazu führen, dass der Architekt – mangels späterer Genehmigungsfähigkeit – keinen Honoraranspruch hat.

Deshalb kann die Aufgabenstellung für einen Architekten durchaus darin bestehen, hinsichtlich eines wichtigen Punktes (zum Beispiel: Genehmigungsfähigkeit) nicht den sichersten Weg zu gehen, sondern umgekehrt, die Umsetzbarkeit von Maximalvorstellungen auszuloten. Auch dann mag es dem Auftraggeber letzten Endes um eine genehmigungsfähige Planung gehen – schließlich will er im Zweifel am Ende bauen – aber die Absprache mit dem Architekten kann durchaus dahingehen, dass von den Maximalvorstellungen erst zurückgesteckt werden soll, wenn feststeht, dass sie nicht umsetzbar sind. In einem solchen Fall schuldet der Architekt bis zu diesem Scheitern der Maximalvorstellung deren Umsetzung und nicht den sicheren Weg einer zweifelsfrei genehmigungsfähigen „kleinen“ Lösung. Erst nach dem Scheitern ändert sich das dynamische Leistungssoll des Vertrages hin zu einer genehmigungsfähigen Planung (KG Berlin, Urteil vom 10. Juli 2018 – 21 U 152/17, Rn. 38, juris).

Demgemäß richtet sich die Frage der Mangelhaftigkeit selbständig nach diesem Planungsstadium, für das eine hinreichende Aussicht auf Genehmigung in der Regel ausreichen muss (BGH, Urteil vom 18. September 1997 – VII ZR 300/96, Rn. 8, juris).

b) So liegt der Fall hier. Der Kläger war im Rahmen einer gestuften Beauftragung mit der Grundlagenermittlung und Vorplanung beauftragt. Er schuldete daher als selbständigen Werkerfolg zunächst nur diese.

Die Parteien vereinbarten vertraglich eine zu planende Wohnfläche von ca. 4.000 m² (vgl. Anlage K1), wobei der Geschäftsführer der Beklagten den Wunsch äußerte, eine höhere Quadratmeterzahl an Wohnfläche zu erreichen (4.500 m² vgl. Anlage K11), was sich auch in der Vertragsklausel niederschlug, nach der der Kläger für „jede weitere genehmigte 100m² Wohnfläche über 4.000m² hinaus 2.500 € pro 100m² zusätzlich vergütet“ werden sollte. Gemäß dem Wunsch seiner Auftraggeberin war der Kläger also zunächst zu einer Planung verpflichtet, die möglichst über 4.000 m² Wohnfläche schafft. Dass es sich dabei um ein „ehrgeiziges Ziel“ handelt (so der Kläger in einer E-Mail an den Geschäftsführer der Beklagten, vgl. Anlage K11), teilte der Kläger dem Geschäftsführer der Beklagten noch vor der Vertragsunterzeichnung mit, in die sodann dennoch der Anreiz, möglichst viel Wohnfläche zu schaffen, aufgenommen wurde (s.o.).

Dass grundsätzlich eine hinreichende Aussicht auf Genehmigung für ein Bauprojekt der streitgegenständlichen Art gegeben war, steht zwischen den Parteien nicht in Frage und ist auch durch die letztlich erfolgte Genehmigung, wenn auch aufgrund der Planung eines anderen Architekten, dokumentiert.

aa) Im Rahmen der Grundlagenermittlung geht es insbesondere darum, den Bauwunsch des Auftraggebers klar zu umreißen und die Vorstellungen des Bauherrn in einen bauordnungsrechtlich, wirtschaftlichen und technisch ausführbaren Rahmen zu bringen sowie die wirtschaftlichen Grenzen des Auftraggebers abzustecken (vgl. Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, Kommentar, 9. Aufl. 2016, § 34, Rn. 67 mwN). Soweit die Beklagte rügt, dass der Kläger in der Leistungsphase 1 keine Beratung der Beklagten zum gesamten Leistungs- und Untersuchungsbedarf und eine entsprechende Zusammenfassung seiner Grundlagenermittlung bzw. keine entsprechende Dokumentation vorgenommen hat, folgt der Senat dem nicht.

Maßgeblich sind insoweit nicht die in der HOAI genannten Leistungsbilder, sondern die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Was ein Architekt oder Ingenieur vertraglich schuldet, ergibt sich aus dem geschlossenen Vertrag, in der Regel also aus dem Recht des Werkvertrages. Der Inhalt dieses Architekten-/Ingenieurvertrages ist nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Vertragsrechts zu ermitteln. Die HOAI enthält keine normativen Leitbilder für den Inhalt von Architekten- und Ingenieurverträgen. Die in der HOAI geregelten „Leistungsbilder“ sind Gebührentatbestände für die Berechnung des Honorars der Höhe nach. Ob ein Honoraranspruch dem Grunde nach gegeben oder nicht gegeben ist, lässt sich daher nicht mit Gebührentatbeständen der HOAI begründen. (BGH, Urteil vom 24. Oktober 1996 – VII ZR 283/95, Leitsätze, juris). Daraus folgt, dass es sich bei den Vorgaben des § 34 Abs. 3 und Anlage 10.1 HOAI nicht um eine abschließende Darstellung, sondern vielmehr um eine Auslegungshilfe handelt. Die in der Anlage 10.1 HOAI aufgeführten Grundleistungen sind insofern nicht alle zwingend für einen vollständigen Honoraranspruch zu erbringen, wenn dies für den vereinbarten Leistungsumfang nicht erforderlich ist (Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, Kommentar, 9. Aufl. 2016, § 34, Rn. 46 mwN).

Dies ergibt sich auch aus § 3 Abs. 2 Satz 1 HOAI, wonach die in den Leistungsbildern erfassten Grundleistungen im Allgemeinen zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags erforderlich sind. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass nicht immer alle in der jeweiligen Leistungsphase aufgeführten Grundleistungen zur Lösung der jeweiligen konkreten Planungsaufgabe zwingend erbracht werden müssen. Sind bestimmte Grundleistungen nicht zur Lösung der

konkreten Planungsaufgabe erforderlich, führt es nicht zu einer Honorarkürzung, wenn diese – nicht erforderlichen – Leistungen nicht erbracht wurden (zum Führen eines Bautagebuches als Grundleistung: BGH, Urteil vom 11. März 1982 – VII ZR 128/81, Rn. 27, juris, „der Kläger hat diejenigen Grundleistungen zu erbringen, die die Baumaßnahme erfordert“; hierzu: Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, Kommentar, 9. Aufl. 2016, § 34, Rn. 46 ff. mwN).

Gemessen daran, hat der Kläger die erforderlichen Leistungen zur Erfüllung der Leistungsphase 1 erbracht. Vertraglich vereinbart war gem. Seite 1 des Vertrages vom 11./12.2.2016 in Bezug auf die Leistungsphase 1 „Klärung der Aufgabenstellung und Feststellung der Planungsvoraussetzungen“ (Anlage K2). Diese Leistungen hat der Kläger erfüllt.

Im Übrigen folgt bereits aus dem Akteninhalt, dass sich der Kläger intensiv mit den Wünschen der Beklagten auseinandergesetzt, mit dem Geschäftsführer der Beklagten darüber in Austausch war, beraten und Bedenken angemeldet hat. Wären die klägerischen Leistungen im Rahmen der Grundlagenermittlung seitens der Beklagten als nicht ausreichend erachtet worden, hätte sie dies dem Kläger zum damaligen Zeitpunkt gegenüber rügen und diesem die Möglichkeit zur Nachbesserung geben müssen.

bb) In Bezug auf die Vorplanung war vertraglich vereinbart, dass der Kläger insoweit „wesentliche Teile der Lösung der Planungsaufgabe als Planungskonzept mit Kostenschätzung“ erarbeiten sollte (Anlage K2). Dass der Kläger eine Kostenschätzung erstellt hat, ergibt sich aus der Anlage vom 06.02.2016 (Anlage K1).

Soweit die Beklagte rügt, der Kläger habe keine maßstabsgetreue Zeichnung gefertigt, gehört zum auszuarbeitenden Planungskonzept in erster Linie die zeichnerische Darstellung der wesentlichen Teile der Vorstellung des Architekten über die Lösung der ihm gestellten Bauaufgabe, was im Allgemeinen durch Grundrisse und/ oder Ansichten zum Ausdruck gebracht werden kann. Hierbei ist ihm eine gewisse künstlerische Gestaltungsfreiheit einzuräumen (vgl. Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, Kommentar, 9. Aufl. 2016, § 34, Rn. 96 mwN). Der Kläger hat unbestritten Zeichnungen gefertigt, die die Beklagte in die Lage versetzt haben, die konzipierte Gesamtvorstellung zu erkennen und weitere Entscheidungen zu treffen. Wären die klägerischen Leistungen im Rahmen der Vorplanung seitens der Beklagten als nicht ausreichend erachtet worden, hätte sie dies dem Kläger zum damaligen Zeitpunkt gegenüber ebenfalls rügen und diesem die Möglichkeit zur Nachbesserung (s.o.) geben müssen.

Die Beklagte hat aber – im Gegenteil – nach Abschluss der Leistungsphasen 1 und 2 eine Vertragserweiterung für die Leistungsphasen 3 und 4 mit dem Kläger abgeschlossen (vgl. Anlage K3), woraus der Senat ebenfalls schließt, dass die Beklagte die Leistungsphase 1 und 2 als im Wesentlichen erfüllt betrachtet hat.

c) In Bezug auf die Fälligkeit der Honoraransprüche des Klägers kann die Frage, ob die Architektenleistungen des Klägers in Bezug auf die Leistungsphasen 1 und 2 von der Beklagten auch abgenommen wurden, dahingestellt bleiben. Grundsätzlich ist die Abnahme zwar Fälligkeitsvoraussetzung für den Honoraranspruch des Architekten im Sinne von § 15 Abs. 1 HOAI (aa). Vorliegend ist aber zwischenzeitlich ein Abrechnungsverhältnis zwischen den

Parteien entstanden, was das Abnahmeerfordernis als Fälligkeitsvoraussetzung entfallen lässt (bb).

aa) Gem. § 15 Abs. 1 HOAI ist die Abnahme Fälligkeitsvoraussetzung für den Honoraranspruch des Architekten. In Betracht kommt eine konkludente Abnahme seitens der Beklagten bzw. ihres Geschäftsführers. Erforderlich ist hierzu ein tatsächliches Verhalten des Auftraggebers, das geeignet ist, einen Abnahmewillen eindeutig und schlüssig zum Ausdruck zu bringen. Ob eine konkludente Abnahme vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls (BGH, Urteil vom 20. Februar 2014 – VII ZR 26/12, Rn. 15 mwN, juris). Es kommt stets maßgeblich darauf an, ob nach den gesamten Umständen das Verhalten des Auftraggebers dahin verstanden werden kann, er billige die erbrachte Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht. Das kann auch der Fall sein, wenn die Leistung Mängel hat oder noch nicht vollständig fertig gestellt ist (BGH, Urteil vom 20. Februar 2014 – VII ZR 26/12, Rn. 18, juris).

So liegt der Fall hier. Der Geschäftsführer der Beklagten hat seinen Abnahmewillen für die Beklagte mit der vorbehaltlosen Entgegennahme der klägerischen Leistungen in Bezug auf die Grundlagenermittlung und Vorplanung der Leistungsphasen 1 und 2 der HOAI, der sodann erfolgten weiteren Beauftragung der Leistungsphasen 3 und 4 gem. § 34 HOAI und der vorbehaltlosen Zahlung von Abschlägen schlüssig zum Ausdruck gebracht (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 1982 – VII ZR 128/81, Rn. 27, juris).

bb) Jedenfalls ist das Vertragsverhältnis aber in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen. Dies ist dann der Fall, wenn der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen kann. Das Erfordernis der Abnahme entfällt dann (BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 301/13, Rn. 44; vgl. Senat, Urteil vom 13. Mai 2020 – 14 U 71/19, Rn. 88; Senat, Urteil vom 18. September 2019 – 14 U 30/19, Rn. 82, alle juris).

So liegt der Fall hier. Das gesamte Bauvorhaben ist anderweitig umgesetzt. Beide Parteien haben kein Interesse an einer weiteren Zusammenarbeit. Der Kläger hat das Vertragsverhältnis wirksam gekündigt (dazu unten) und eine Schlussrechnung gestellt. Die Beklagte verlangt nicht zuletzt die gezahlten Abschlagszahlungen zurück und bringt insoweit zum Ausdruck, keine weiteren Leistungen des Klägers mehr entgegennehmen zu wollen.

d) Im Ergebnis hat der Kläger einen Anspruch auf Zahlung der Leistungsphasen 1 und 2 in Höhe von 57.945,84 € (netto) aus der Honorarrechnung vom 22.07.2020 (Anlage K4). Hinzu kommen Nebenkosten in Höhe von 7% (pauschal) sowie 19% Mehrwertsteuer (vgl. § 28 Abs. 1 UStG, anzusetzen ist der Leistungszeitraum gem. Abschn. 13.1 Abs. 3 UStAE, der hier vor der zeitlich begrenzten Mehrwertsteuerreduzierung auf 16% lag), sodass auf die Grundlagenermittlung und die Vorplanung insgesamt ein Bruttobonorar in Höhe von 73.782,44 € entfällt.

2. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung von Architektenhonorar gem. § 631 Abs. 1 BGB iVm der HOAI für von ihm erbrachten Leistungen der Entwurfsplanung und Genehmigungsplanung (gem. Leistungsphasen 3 und 4 des Leistungsbildes Gebäude und Innenräume gem. § 34 HOAI) aus der Vertragserweiterung vom 03.03.2017 (Anlage K3).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schuldet ein Architekt, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, als Werkerfolg eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung (BGH, Urteil vom 19. Februar 1998 – VII ZR 236/96; Urteil vom 25. Februar 1999 – VII ZR 190/97; Urteil vom 19. März 1992 – III ZR 117/90; Urteil vom 25. März 1999 – VII ZR 397/97, Rn. 13, alle zitiert nach juris). Zur Erfüllung dieser Vertragspflicht reicht es nicht aus, dass die Baugenehmigung tatsächlich erteilt wird; erforderlich ist vielmehr, dass sie rechtmäßig und nicht rücknehmbar ist (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Mai 1983 – III ZR 212/82; BGH, Urteil vom 19. März 1992 – III ZR 117/90 –, Rn. 18, beide juris).

Diese Leistung hat der Kläger nicht erbracht. Mit Ergänzungsvertrag vom 03.03.2017 haben die Parteien Leistungen der Entwurfsplanung und Genehmigungsplanung (gem. Leistungsphasen 3 und 4 des Leistungsbildes Gebäude und Innenräume gem. § 34 HOAI) vereinbart. Die Leistung des Klägers war nicht genehmigungsfähig (a). Die Beklagte hat auch nicht das Risiko einer Versagung der Baugenehmigung übernommen (b).

a) Die erbrachte klägerische Leistung war nicht genehmigungsfähig. Soweit der Kläger meint, seine Planung wäre zum Zeitpunkt der Einreichung der Planungsunterlagen genehmigungsfähig gewesen, folgt der Senat dem nicht.

Die Planung des Klägers war weder zum Zeitpunkt der Einreichung der Planungsunterlagen noch später genehmigungsfähig. Zum Zeitpunkt der Einreichung des Bauantrags war der später erlassene Bebauungsplan, dessen Festsetzungen die klägerische Planung auch nicht einhält, noch nicht in Kraft, so dass das Vorhaben zunächst an den Maßstäben des § 34 BauGB zu messen war.

aa) Die Anwendbarkeit des § 34 Abs. 1 BauGB eröffnet der Baugenehmigungsbehörde kein Ermessen. Liegen die Voraussetzungen des § 34 Abs. 1 BauGB vor, wonach sich das Vorhaben u.a. in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen muss, besteht ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der Baugenehmigung. Liegen sie nicht vor, ist der Bauantrag abzulehnen (vgl. hierzu Mitschang/Reidt, in: Battis/Kreuzberger/Löhr, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 34 Rn. 25 ff. mwN; vgl. auch BVerwG, ZfBR 1999, 49).

Richtig ist allerdings, dass wegen der in § 34 Abs. 1 BauGB verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe die Zulässigkeit eines Vorhabens aus der Sicht des Bauinteressenten nicht in allen Fällen zuverlässig beurteilt werden kann. Die den Baugenehmigungsbehörden insoweit obliegende Rechtsanwendung unterliegt zwar der uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle, wobei den Instanzgerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit, insbesondere in der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse, ein Beurteilungsspielraum zukommt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 9. November 1992 – 4 B 228/92; BGH, Urteil vom 25. März 1999 – VII ZR 397/97 –, Rn. 16, beide juris).

Die daraus resultierende Unsicherheit der Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Chancen eines Vorhabens bei der Genehmigung rechtfertigt es jedoch nicht, den Architekten im Verhältnis zum Bauherrn von vornherein von seiner eingegangenen vertraglichen Verpflichtung zur Erbringung einer genehmigungsfähigen Planung freizustellen. Der Architekt, der für ein Vorhaben i.S.d. § 34 BauGB eine genehmigungsfähige Planung verspricht, hat seine Planung so zu erstellen, dass sie als zulässig i.S.d. § 34 Abs. 1 BauGB beurteilt werden kann,

also innerhalb eines etwaigen Beurteilungsspielraums liegt. Erst dann erfüllt er seine vertragliche Pflicht. (st. Rspr.: BGH, Urteil vom 25. März 1999 – VII ZR 397/97, Rn. 17, juris).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss der Architekt die zur Lösung dieser Aufgabe notwendigen Kenntnisse auf dem Gebiet des Bauplanungs- und des Bauordnungsrechts besitzen (vgl. BGH, Urteile vom 17. April 1980 – III ZR 167/78, vom 25. Oktober 1984 – III ZR 80/83, vom 19. März 1992 – III ZR 117/90, Rn. 18, alle juris).

bb) Dies war vorliegend nicht der Fall. Die 4. Kammer des Verwaltungsgerichts Hannover hat im Urteil vom 30.05.2018 (Az. 4 A 9677/17, Anlage B12) festgestellt, dass das Planungsvorhaben des Klägers gemessen an § 34 BauGB nicht genehmigungsfähig sei. Das Vorhaben scheitere schon daran, dass Fluchtlinien überschritten seien. Das klägerische Vorhaben überschreite die Baugrenze zur L. um 2m. Es komme auch keine Befreiung von den Festsetzungen des Fluchtlinienplanes in Betracht. Der Senat schließt sich diesen Ausführungen der erkennenden Kammer des Verwaltungsgerichts Hannover nach eigener Prüfung unter Bezugnahme auf das vorgenannte verwaltungsgerichtliche Urteil an.

Es handelt sich bei der Einhaltung der Grenzabstände (hier Baugrenzen) auch nicht um schwierige Rechtsfragen, deren Kenntnis nicht von einem Architekten verlangt werden kann, sondern das Wissen um Grenzabstände (ebenso wie Baugrenzen) gehört zu den grundlegenden Anforderungen, die ein Architekt bei der Planung zu beachten hat (st. Rspr. BGH, Urteil vom 19. März 1992 – III ZR 117/90, Rn. 18; BGH, Beschluss vom 27. Februar 1992 – III ZR 204/90, Rn. 8, beide juris).

Die klägerische Planung war auch nicht mit den Anforderungen des sodann in Kraft getretenen Bebauungsplans Nr. 1772 vereinbar. Der Antrag auf Zulassung der Berufung wurde vom Oberverwaltungsgericht Lüneburg durch Beschluss vom 13.09.2022 abgelehnt. Als Begründung wurde ausgeführt, dass die Planung nicht den Vorgaben des Bebauungsplanes entspreche. Dieser sehe nur eine zweigeschossige Bauweise vor, bereits diese Vorgabe hält die Planung nicht ein (Beschluss vom 13.09.2022 – 1 LA 183/21, Anlage B38). Der Senat schließt sich auch dieser rechtlichen Würdigung unter Verweis auf den vorgenannten Beschluss an.

cc) Eine alternative Planung erfolgte nicht. In einem laufenden Planungsprozess hat der Architekt jedoch Alternativleistungen zu erbringen, ohne dass hierfür ein gesondertes Honorar verlangt werden kann (OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2017 – 10 U 68/17, juris). Zusätzlich zu vergüten sind derartige Planungsanpassungen erst dann, wenn es sich nicht mehr um alternative Lösungsmöglichkeiten nach gleichen Anforderungen handelt, sondern um wesentliche Änderungen (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2008 – VII ZR 194/06; OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 11. Januar 2022 – 12 U 120/18, juris).

Der Kläger nahm weder die behördlichen Entscheidungen noch die gerichtlichen Entscheidungen in Bezug auf den nicht erteilten Bauvorbescheid zum Anlass, seine Planung zu ändern oder mit der Beklagten zu vereinbaren, dass diese das Risiko einer Genehmigungsversagung trägt (dazu unten), sondern er erstellte auf der Basis dieser gescheiterten Planung, einen Baugenehmigungsantrag und versuchte – über Jahre – seine nicht genehmigungsfähige Planung rechtlich mit Hilfe des Prozessbevollmächtigten der Beklagten durchzusetzen.

Damit ist er seiner vertraglichen Verpflichtung nicht gerecht geworden. Im Einzelnen:

Dem Kläger hätte bereits deutlich vor der Einreichung der Planungsunterlagen bewusst sein müssen, dass seine noch an § 34 BauGB ausgerichteten Planungsunterlagen nicht genehmigungsfähig sind. Dies gilt nicht nur für die nicht eingehaltenen Fluchtlinien (s.o.), sondern auch für die Vielzahl der anderen von der Behörde gerügten Punkte.

Bereits in einem Gespräch am 18.03.2016 zwischen dem Kläger und Mitarbeitern der Baubehörde der Stadt H. signalisierten diese, dass sie das anvisierte Projekt für nicht genehmigungsfähig hielten. Die Ausnutzung des Grundstückes erscheine sowohl gem. § 34 BauGB als auch unter Ansetzung der Inhalte des Planvorentwurfs Nr. 1772 als zu hoch. Ferner seien in dem Gebiet nur zwei Vollgeschosse zulässig, die geplante Dreigeschossigkeit sei dort nicht erlaubt (vgl. Gesprächsvermerk des Klägers vom 18.03.2016, Anlage B6). Die behördliche Prüfung der Bauvoranfrage für das vom Kläger geplante Projekt habe ergeben, dass dieses öffentlich-rechtlichen Vorschriften widerspreche und ein Bauvorbescheid nicht erteilt werden könne (s.o.).

Der Kläger hätte bei seinen Planungen auch nicht außer Acht lassen dürfen, dass bereits am 17.11.2012 (Beschlussdrucksache 2234/2012 der LHH) der Verwaltungsausschuss die Aufstellung eines Bebauungsplanes Nr. 1771 – I./L. beschlossen hatte. Darin ist die Festsetzung eines allgemeinen Wohngebietes mit maximal zwei Vollgeschossen vorgesehen. Für die im Osten geplanten Einfamilienhäuser solle durch eine niedrige Ausnutzung (GRZ=0,25) und durch eng umgrenzte Baufenster ein verträglicher Übergang zum benachbarten Landschaftsschutzgebiet „L.“ geschaffen werden.

Es drängt sich aus der Sicht des Senats geradezu auf, dass die Baubehörde – wie auch geschehen – diese Festsetzungen auch bei der Auslegung des baulichen Maßes gem. § 34 BauGB zugrunde legen würde. Die Baubehörde betont stetig wiederkehrend in jedem ihrer zahlreichen Bescheide, die in Bezug auf das streitgegenständliche Baugebiet ergangen sind, dass das vom Kläger geplante Projekt die in dem Gebiet zulässige Grundflächenzahl überschreite und außerdem mit drei Vollgeschossen zu hoch sei.

Insbesondere angesichts der vorbenannten Unsicherheiten bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe in § 34 BauGB hätte sich der Kläger an den örtlichen Gegebenheiten orientieren und umplanen müssen, als er gemerkt hat, dass weder Behörde noch Gerichte seinen Rechtsansichten folgen wollen (vgl. bereits die Begründung im Bescheid von 10.08.2016, Anlage B8). Dies konstatierte nicht zuletzt auch der eingeschaltete Prozessbevollmächtigte für das Verwaltungsverfahren bereits im Jahr 2015: „Der Baudezernent geht davon aus, dass das Vorhaben eine zu starke Verdichtung bewirkt und nach § 34 BauGB nicht genehmigungsfähig ist. Einen Bebauungsplan mit der Zielsetzung, diese Verdichtung zuzulassen, würde er auch nicht befürworten. Wir haben die Rechtslage und die rechtlichen Möglichkeiten erörtert, ich hatte Ihnen meine Einschätzung dargelegt, dass das Vorhaben gegen den Willen der Stadtverwaltung auch nicht nach § 34 BauGB durchsetzbar ist“ (Schreiben vom 26.11.2015, Anlage K32).

Der Kläger hat die behördlichen Einwände aber nicht in seinen Planungen fachlich aufgegriffen und eine Alternativplanung erstellt, sondern er hat sich den rechtlichen

Argumenten des Prozessbevollmächtigten der Beklagten angeschlossen, der den Fluchtlinienplan angegriffen bzw. eine Befreiung davon verlangt hat, die drei Vollgeschosse „runtergerechnet“ und schließlich vertreten hat, die Festsetzungen des Bebauungsplans seien zu gering, der Bebauungsplan sei unwirksam (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Hannover vom 08.11.2021. Seite 7, Anlage B25).

Es mag insofern dem Auftrag eines Rechtsanwaltes entsprechen, auch eine nicht genehmigungsfähige Planung prozessual durchzusetzen. Es entlastet den Architekten aber nicht von seiner eigenen werkvertraglich übernommenen Verpflichtung, eine genehmigungsfähige Planung zu erstellen, dass der Bauherr einen Rechtsanwalt beauftragt, der versucht, die – hier nicht genehmigungsfähige Planung – rechtlich durchzusetzen. Der Architekt hat eine – tatsächlich – genehmigungsfähige Planung zu erstellen und ggf. Alternativen zu entwickeln. Die Planungsverantwortung und der Erfolg der Planung waren allein vom Kläger geschuldet. Der Prozessbevollmächtigte mag seinen eigenen Auftrag verfolgt haben.

Der Kläger agiert im Übrigen widersprüchlich, wenn er gegenüber der Beklagten und im hiesigen Klage- und Berufungsverfahren stets betont, seine Planung sei genehmigungsfähig gewesen. Er nimmt insofern eine Beurteilungskompetenz für sich in Anspruch, beruft sich gleichzeitig aber darauf, er sei kein Rechtsanwalt, er könne die schwierigen Rechtsfragen hier nicht beurteilen (Einlassung des Prozessbevollmächtigten des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat „der Kläger darf sich auf die Fachkunde des Rechtsanwaltes verlassen, von einem Architekten kann nicht erwartet werden, dass er komplexe Rechtsfragen beantwortet“, Protokoll vom 16.01.2024, Seite 3).

Wenn der Kläger nun meint, er könne die schwierigen Rechtsfragen nicht beurteilen, hätte er eine sicher genehmigungsfähige Planung erstellen müssen, die sich innerhalb der bekannten behördlichen Vorgaben erstreckt hätte. Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass es der Beklagten stets um die Realisierung eines Bauvorhabens – und damit um seine Genehmigungsfähigkeit – gegangen ist. Es wäre insofern die Aufgabe des Klägers gewesen, mit dem Geschäftsführer der Beklagten zu besprechen, ob und ggf. wie die Planung nachgebessert werden soll, oder diesem deutlich mitzuteilen, dass die erstellte Planung nicht sicher genehmigungsfähig ist, und diesem die Entscheidung zu überlassen, wie weiter verfahren werden soll (vgl. KG Berlin, Urteil vom 10. Juli 2018 – 21 U 152/17, Rn. 40, juris).

dd) Der Geschäftsführer der Beklagten wäre jedenfalls keinesfalls verpflichtet gewesen, bei der zweifelhaften „Deckblattlösung“ mitzuwirken, wie der Kläger meint. Diese hat zum Inhalt, die Behörde über das tatsächlich gewollte Bauprojekt zunächst zu täuschen und dieses erst im Nachhinein (nach Beginn der Bautätigkeit) mittels Befreiung gem. § 31 Abs. 2 BauGB genehmigen zu lassen (vgl. Schriftsatz des Klägers vom 09.02.2021, Seite 19, Bl. 61 d.A.). Dieses Vorgehen birgt folgende Risiken:

Errichtet der Bauherr aufgrund einer Baugenehmigung, die eine zweigeschossige Bauausführung vorsieht, ein dreigeschossiges Gebäude, entfaltet diese keine legalisierende Wirkung für das dreigeschossige Gebäude. Das gesamte Gebäude ist dann ein sog. Schwarzbau, der Gegenstand eines bauaufsichtlichen Einschreitens gem. § 79 Abs. 1 NBauO (Baustilllegung, Nutzungsuntersagung, Rückbau) ist.

Ein Einschreiten erfolgte nur dann nicht, wenn das Gebäude nachträglich unter Erteilung einer Befreiung gem. § 31 Abs. 2 BauGB genehmigt würde. Diese Befreiung kann dem Wortlaut nach aber nur erteilt werden, wenn „Grundzüge der Planung nicht berührt werden“. Berührt sind die Grundzüge der Planung dann, wenn die begehrte Befreiung dem planerischen Grundkonzept zuwider läuft. Dies ist bei der Geschossigkeit häufig der Fall (vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 14. April 2020 – 1 LA 115/18, juris). Läuft eine Abweichung dem planerischen Grundkonzept zuwider, kann eine Befreiung nicht als „Vehikel“ dafür erhalten, die von der Gemeinde seinerzeit getroffene planerische Regelung beiseite zu schieben (OVG Lüneburg, Beschluss vom 11. März 2022 – 1 LA 95/21, Rn. 11, juris). Ob eine Befreiung erteilt wird, ist grundsätzlich eine Einzelfallentscheidung und unterliegt dem Ermessen der jeweiligen Baubehörde (Reidt, in: Battis/Kreuzberger/Löhr, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 31, Rn. 23 ff.).

Die vom Kläger noch vor dem Senat vertretene Behauptung, dass eine solche Befreiung von der Behörde erteilt worden wäre, erscheint nach den sämtlichen durchgeführten Widerspruchs-, Klage- und Berufungsverfahren gegen die Landeshauptstadt H., welche alle verloren wurden, realitätsfremd. Diese Behauptung widerspricht im Übrigen auch der Einschätzung des damaligen Prozessbevollmächtigten für das Verwaltungsverfahren, der lediglich „die Hoffnung“ hatte, dass es möglich sein müsse, eine Befreiung vom Maß der Bebauung zu erreichen (vgl. Schreiben vom 12.03.2020, Seite 2, Anlage B39). Das Formulieren einer „Hoffnung“ mag immer berechtigt sein, Verpflichtungen können damit aber nicht begründet werden.

Die Rechtsansicht des Klägers, der Geschäftsführer der Beklagten habe sich treuwidrig gem. § 242 BGB verhalten, weil er trotz der – behaupteten – mündlichen Zusage eines Behördenmitarbeiters dem vorgenannten Vorgehen nicht zugestimmt habe, erscheint auch im Hinblick auf die dargestellten Risiken, die ein solches Vorgehen mit sich bringt, mindestens fernliegend (hierzu: BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 – VII ZR 8/10, juris: Sind dem Auftraggeber Umstände bekannt, aufgrund derer sich die Fehlerhaftigkeit der Genehmigungsplanung des Architekten aufdrängt, und macht er von der erteilten Baugenehmigung dennoch Gebrauch, verstößt er regelmäßig gegen die im eigenen Interesse bestehende Obliegenheit, sich selbst vor Schäden zu bewahren).

Überdies ließe sich auch aus einer – unterstellten – mündlichen Zusage eines Mitarbeiters der Baubehörde kein Anspruch auf den Erlass eines Verwaltungsakts herleiten. Gem. § 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG bedarf eine von der zuständigen Behörde erteilte Zusage, einen bestimmten Verwaltungsakt später zu erlassen oder zu unterlassen (Zusicherung), zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Form (hierzu: BGH, Urteil vom 16. Januar 1992 – III ZR 18/90, juris: Die im Rahmen eines förmlichen Bauvoranfrageverfahrens abgegebene mündliche Erklärung eines Sachbearbeiters, der zuständige Beamte des Bauamtes werde den beantragten Vorbescheid erlassen, begründet kein schutzwürdiges Vertrauen dahin, dass der Vorbescheid entsprechend erlassen werde). Eine entsprechende schriftliche Zusicherung hat es unstreitig nicht gegeben.

b) Die Beklagte hat auch nicht das Risiko einer nicht genehmigungsfähigen Planung übernommen. Ausnahmsweise können die Parteien eines Architektenvertrages im Rahmen der Privatautonomie vereinbaren, dass und in welchen Punkten die vom Architekten zu erstellende Planung nicht genehmigungsfähig sein muss. Von einer solchen Vereinbarung

kann jedoch nur in Ausnahmefällen ausgegangen werden, etwa, wenn sich der Bauherr bewusst über die Vorschriften des öffentlichen Baurechts hinwegsetzen oder diese an die Grenze des Möglichen „ausreizen“ will (BGH, Urteil vom 25. März 1999 – VII ZR 397/97, Rn. 14, juris).

Allein die vom Kläger behauptete Kenntnis von einem Genehmigungsrisiko reicht hierfür jedoch nicht aus. Erforderlich ist vielmehr eine eingehende Aufklärung des Bauherrn durch den Architekten über das Risiko, das der Bauherr eingeht, wenn er bereits vor der Klärung der bestehenden Zweifelsfragen an der Genehmigungsfähigkeit einen Bauantrag erarbeiten lässt und hierdurch Kosten des Architekten auslöst (OLG Düsseldorf, BauR 2000, 1515, 1516).

Eine derart umfassende Aufklärung der Beklagten ist dem Klägervortrag nicht zu entnehmen. Der Kläger trägt keine Umstände vor, aus denen sich die Vereinbarung einer Übernahme des Genehmigungsrisikos durch die Beklagte ergeben könnte (ebenso: OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 21. November 2006 – 12 U 48/06, Rn. 6, juris). In seiner persönlichen Anhörung vor dem Landgericht Hannover hat er vielmehr selbst bekundet, dass es zwischen ihm und dem Geschäftsführer der Beklagten keine Vereinbarung hinsichtlich einer Risikoübernahme bei der Versagung einer Baugenehmigung gegeben habe. Er habe auch „dem Geschäftsführer der Beklagten nie ausdrücklich gesagt, dass es keine Sicherheit dahingehend gäbe, dass meine Planungen sicher durch die Genehmigungsbehörde genehmigt würden“ (Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 10.11.2022, Seite 3).

Soweit der Kläger wiederholt ausführt, die Beklagte habe mindestens 4500qm Wohnfläche erreichen wollen, ergibt sich aus diesem Ziel der Beklagten keine Risikoübernahme. Zum einen ist es die Aufgabe des Architekten, den Bauherrn ausdrücklich darauf hinzuweisen, wenn seine Wünsche nicht genehmigungsfähig sind, zum anderen haben sich die Parteien vorliegend ausweislich der Anlage K1 auf eine Wohnfläche von ca. 4000 qm geeinigt. Es mag sein, dass die Beklagte den Wunsch gehabt hat, möglichst viel Wohnfläche genehmigt zu bauen. Damit geht aber nicht eine Risikoübernahme in Bezug auf die Genehmigungsfähigkeit einher. Die Beklagte hat gerade den Kläger beauftragt, damit er eine genehmigungsfähige Planung erbringt und ihr auch deutlich macht, wenn Vorstellungen nicht realistisch sind.

Auch aus der Beauftragung des Prozessbevollmächtigten ergibt sich keine Risikoübernahme durch die Beklagte. Der Kläger hat der Beklagten stets – noch im Berufungsverfahren – suggeriert, seine Planung sei genehmigungsfähig. Es stellt nunmehr einen Widerspruch dar, der Beklagten das Genehmigungsrisiko aufbürden zu wollen und gleichzeitig stets vertreten zu haben, die Planung sei genehmigungsfähig. Wenn eine Planung sicher genehmigungsfähig ist, gibt es kein Risiko, das der Auftraggeber tragen könnte.

c) Eine Haftungsbefreiung des Klägers liegt ebenfalls nicht vor. Soweit sich der Kläger auf das Urteil des BGH, vom 10.02.2011 – VII ZR 8/10 – beruft, kann eine solche Befreiung hier nicht angenommen werden. Nach den Maßgaben des Bundesgerichtshofs kann eine Haftungsbefreiung dann eintreten, wenn dem Architekten eine bindende Vorgabe für die Planung gemacht wurde, er seinen Bedenkenhinweisen ordnungsgemäß nachgekommen ist und aus dem Verhalten des Auftraggebers der Schluss gezogen werden könne, er wolle die Fortführung der aus Sicht des Architekten bedenklichen Leistung.

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Es besteht bereits keine bindende Planungsvorgabe. Insbesondere die vom Kläger angesprochene Wohnfläche von 4000 qm ist laut Vertrag ein ca.-Wert. Darüber hinaus fehlt es auch an dem Bedenkenhinweis des Klägers. Im Gegenteil hat der Kläger der Beklagten fortwährend suggeriert, seine Planung sei genehmigungsfähig (vgl. Schriftsatz vom 09.02.2021, Seite 31 „Planung mangelfrei und genehmigungsfähig“). Dies widerspricht der nunmehr erhobenen Behauptung, die Beklagte habe gewollt, dass der Kläger eine nicht genehmigungsfähige Planung weiterverfolgt (s.o.).

d) Schließlich lag auch keine Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 633 Abs. 2 BGB zwischen den Parteien vor, für die der Kläger ohnehin beweisbelastet wäre (vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 2016 – VII ZR 185/13, Rn. 17, juris).

Ob die Parteien eines Werkvertrags eine Beschaffenheitsvereinbarung i. S. d. § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB getroffen und welche Beschaffenheit sie gegebenenfalls vereinbart haben, ist durch Auslegung des Werkvertrags zu ermitteln. Zur vereinbarten Beschaffenheit gehören alle Eigenschaften des Werks, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen (BGH, Urteil vom 31. August 2017 – VII ZR 5/17, Rn. 22, juris).

Vorliegend haben die Parteien vereinbart, dass die zu planende Wohnfläche bei ca. 4000 qm liegen soll (vgl. Anlage K1). Es ist wirtschaftlich nachvollziehbar und lebensnah, dass die Beklagte „so viel Wohnfläche wie möglich“ erreichen wollte, wofür auch die Extravergütung für mehr Wohnfläche spricht (Anlage B2). Eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich der zu schaffenden Wohnfläche kann jedoch bereits aufgrund des „ca.-Wertes“ nicht festgestellt werden. Soweit der Kläger in seiner Berufungsbegründung vom 22.03.2023 auf Seite 17 schreibt „In der Anlage zum Architektenvertrag vom 06.02.2016 ist ferner beim Ansatz des Honorars vorgesehen, dass durch die Planung eine Wohnfläche von mindestens 4.000 m² generiert werden sollte.“ (Unterstreichung vom Senat), stellt dies eine falsche Wiedergabe der Anlage K1 durch den Kläger dar.

3. Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Rechtsanwaltskosten gem. § 280 Abs. 1, § 286 BGB in Bezug auf die Honorarforderung in Höhe von 191.517,92 €. Die hierzu korrespondierende Hauptforderung ist bereits nicht begründet (s.o.).

Einen Anspruch hat der Kläger indes auf Zahlung der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.058,80 € gem. § 280 Abs. 1, § 286 BGB in Bezug auf die Sicherheitsleistung für die Honorarforderung, die dem Kläger mit Teilurteil vom 19.07.2022 zuerkannt wurde, sowie für die hierfür geltend gemachten Rechtshängigkeitszinsen (vgl. Schriftsatz vom 29.09.2020, Seite 5). Die Klage wurde der Beklagten am 13.10.2020 zugestellt, sodass ein Zinsanspruch gem. § 288 Abs. 1, § 291 BGB seit dem 14.10.2020 besteht.

4. Die Widerklage der Beklagten gem. § 33 ZPO ist zulässig und teilweise begründet.

a) Die Beklagte hat einen Rückzahlungsanspruch in Höhe von 29.999,69 €. Gem. §§ 632, 633, 634, 638 Abs. 1, 4 BGB kann der Besteller die Vergütung entsprechend dem Wert des Werkes mindern. Hat gem. § 638 Abs. 4 BGB der Besteller mehr als die geminderte Vergütung gezahlt, so ist der Mehrbetrag zurück zu erstatten.

aa) Vor der Abnahme steht dem Besteller grundsätzlich der Herstellungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB zu, der ebenso wie der Anspruch auf Nacherfüllung aus § 634 Nr. 1 BGB die mangelfreie Herstellung des Werks zum Ziel hat. Der Besteller kann diesen Anspruch einklagen und, falls notwendig, im Regelfall nach § 887 ZPO vollstrecken (BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 301/13, BGHZ 213, 349-361, Rn. 38).

bb) Der Besteller kann allerdings in bestimmten Fällen berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen. Das ist zu bejahen, wenn der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Macht der Besteller gegenüber dem Unternehmer nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend oder erklärt er die Minderung des Werklohns, so findet eine Abrechnung der beiderseitigen Ansprüche statt (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 – VII ZR 146/04, Rn. 26; Urteil vom 10. Oktober 2002 – VII ZR 315/01, Rn. 11; Urteil vom 16. Mai 2002 – VII ZR 479/00, Rn. 13; Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 301/13, Rn. 44, alle juris).

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Beklagte kann vom Kläger nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen.

b) Der Architektenvertrag vom 11./12.02.2016 mit Erweiterung vom 03.03.2017 (Anlagen K2, K3) ist durch die Kündigung des Klägers mit Schreiben vom 17.09.2020 (Anlage K7) beendet worden. Die Kündigung des Klägers unter Berufung auf die Vorschrift des § 648 a Abs. 5 Satz 1 BGB a.F. wegen Verweigerung der verlangten Sicherheitsleistung war auch wirksam.

Gemäß 648 Abs. 5 BGB a.F. steht dem Unternehmer ein Kündigungsrecht zu, wenn der Besteller die Sicherheit im Sinne des § 648 a Abs. 1 BGB a.F. nicht fristgemäß leistet. Der Kläger hatte einen solchen Anspruch auf Sicherung gemäß § 648 a BGB a.F. Nach dieser Regelung kann der Unternehmer bis zur Vollendung des Werkes jederzeit Sicherheit für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen in der Weise verlangen, dass er dem Besteller zur Leistung der Sicherheit eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, dass er nach Ablauf der Frist seine Leistung verweigere. Dies gilt auch für einen Architekten für die von ihm zu erbringenden Planleistungen, und zwar selbst dann, wenn mit der Ausführung des Bauvorhabens noch nicht begonnen wurde (vgl. Senat, Urteil vom 27. April 2022 – 14 U 96/19, Rn. 34, juris; OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. Oktober 2004 – I 21 U 26/04, Rn. 18, juris).

So liegt der Fall hier. Der Kläger hat mit Schreiben vom 24.08.2020 eine Sicherheitsleistung verlangt. Dem ist die Beklagte nicht nachgekommen, sondern wurde erst mit Teilurteil vom 19.07.2022 vom Landgericht Hannover – 14 O 189/20 – hierzu verurteilt (s.o.).

c) Die Minderung erfolgt durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Es genügt insoweit auch eine konkludente Erklärung, bei der – ebenso wie bei einer ausdrücklichen Erklärung – gem. § 133 BGB der wirkliche Wille zu erforschen ist.

Die Beklagte verlangt zumindest hilfsweise einen Minderungsbetrag zurück. Die Beklagte hat mit ihrer Klagerwiderung vom 07.12.2020 hilfsweise die bereits gezahlten Beträge zurückgefordert, die die Kosten der Leistungsphasen 1 und 2 der HOAI gemäß der

Honorarschlussrechnung des Klägers vom 22.07.2020 übersteigen. Die Beklagte setzt insoweit selbst die Vergütung des Klägers in einem Verhältnis herab, der dem Wert des klägerischen Werkes entspricht und verlangt den übersteigenden Minderungsbetrag zurück.

d) Danach hat der Kläger einen Anspruch auf Zahlung der Leistungsphasen 1 und 2 der HOAI (s.o.) in Höhe von 73.782,44 €. Die Beklagte hat bereits Zahlung in Höhe von 103.782,12 € (brutto) an den Kläger geleistet, sodass sich für den überschießenden Betrag ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch in Höhe von 29.999,68 € an die Beklagte zzgl. Rechtshängigkeitszinsen gem. § 291 BGB ergibt.

e) Der ebenfalls im Wege der Widerklage vom Landgericht zuerkannte Feststellungsanspruch wurde mit der Berufungsbegründung inhaltlich nicht angegriffen gem. § 520 Abs. 3 ZPO. Er korrespondiert aber in Bezug auf die rechtlichen Erwägungen mit den Ausführungen zur Wider-Widerklage, mit der der Kläger den gleichen Betrag als Leistungsklage geltend macht (s.o.).

f) Der Senat hat den Vortrag aus den nicht nachgelassenen Schriftsätzen der Parteien vom 18.01.2014 und vom 23.01.2024 zur Kenntnis genommen. Ein Anlass für eine abweichende Entscheidung oder eine Wiedereröffnung der Verhandlung gem. § 156 ZPO ergibt sich insoweit nicht.

III.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 92 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV.

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und der Senat nicht von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes oder eines anderen Oberlandesgerichts abweicht, so dass auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern, § 543 ZPO.

Entscheidung 6 – BGH Urt. v. 22.8.2024 – VII ZR 68/22:

Tatbestand:

Die Parteien streiten – soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung – über mit der Widerklage geltend gemachte Ansprüche der Beklagten auf Zahlung von Kostenvorschüssen für die Beseitigung von solchen Schallschutzmängeln, für die sie zunächst eine Minderung der Vergütung erklärt haben.

Aufgrund Vertrags vom 10. Dezember 2012 errichtete die Klägerin für die Beklagten auf deren Grundstück ein Einfamilienhaus. Die Abnahme erfolgte am 14. Oktober 2013.

Die Klägerin erstellte unter dem 21. Februar 2014 eine Schlussrechnung, aus der sich zu ihren Gunsten eine Restforderung von 102.100,37 € ergibt, die sie im vorliegenden Verfahren eingeklagt hat. Die Beklagten haben widerklagend - unter anderem gestützt auf ihre erklärte Minderung – beantragt, die Klägerin zur Rückzahlung überzahlter Vergütung in Höhe von 94.833,25 € nebst Zinsen zu verurteilen. Die Beklagten haben insoweit merkantile Minderwerte geltend gemacht, die auf einer Reihe von ihnen im Einzelnen dargelegter Mängel beruhen sollen. Dazu gehören Schallschutzmängel betreffend „Lüfter“, „Abwasseranlage“ und „Trittschall“.

Das Landgericht hat zur Feststellung der behaupteten Mängel und über die Frage, wie sich die festgestellten Mängel auf den Verkehrswert des bebauten Grundstücks auswirken, Beweis erhoben. Hinsichtlich der Schallschutzmängel hat das Landgericht die Widerklage abgewiesen, da diese Mängel keinen Einfluss auf den Verkehrswert des Grundstücks hätten.

Gegen das landgerichtliche Urteil haben die Beklagten Berufung eingelegt unter anderem mit dem Ziel, die Klägerin zur Zahlung von weiteren 20.000 € zu verurteilen (Verkehrswertminderungen auf der Grundlage der gerügten Schallschutzmängel).

Im Berufungsverfahren hat das Berufungsgericht darauf hingewiesen, dass es hinsichtlich der Feststellungen des Landgerichts zu einer Verkehrswertminderung des Grundstücks im Hinblick auf die gerügten Schallschutzmängel keine Zweifel an der Richtigkeit der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts habe. Daraufhin haben die Beklagten die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von weiteren 20.000 € als Kostenvorschuss begehrt. Nach einer weiteren Beweisaufnahme zum Vorliegen der behaupteten Schallschutzmängel und der Höhe der Mängelbeseitigungskosten hat das Berufungsgericht unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klägerin verurteilt, an die Beklagten weitere 16.730,36 € nebst Zinsen als Kostenvorschuss zu zahlen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision und beantragt insoweit die Abweisung der Widerklage.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Die Beklagten seien nicht gehindert, ihr Begehren teilweise von einem Minderungsanspruch auf einen Kostenvorschussanspruch umzustellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs habe der Besteller ein Wahlrecht zwischen den in § 634 BGB genannten Mängelrechten. Jedenfalls dann, wenn – wie hier – tatsächlich kein Minderwert aufgrund von Werkmängeln vorliege, könne dem Besteller ein Wechsel zum Vorschussanspruch nicht verwehrt werden.

Der Kostenvorschussanspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB sei auch überwiegend begründet. Materiellrechtlich stehe lediglich im Streit, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die im schriftlichen Gutachten des Sachverständigen S. genannten Schallschutzmängel vorlägen. Der Sachverständige habe bereits in seinem schriftlichen Gutachten dargelegt, dass und inwieweit Schallschutzmängel vorlägen und in welchem Umfang Beseitigungskosten anfielen. In der mündlichen Verhandlung habe der Sachverständige sein Gutachten mündlich erläutert. Daraus ergebe sich, dass hinsichtlich der „Lüfter“ die nach dem Bebauungsplan bestehenden Anforderungen nicht erfüllt seien. Das gelte auch für den Schallschutz der „Abwasseranlage“, der nichts damit zu tun habe, ob es sich um ein Ein- oder Mehrfamilienhaus handele. Soweit es den „Trittschall“ betreffe, habe der Sachverständige ebenfalls einen Mangel festgestellt. Die Beklagten könnten deshalb voraussichtliche Kosten für die Mängelbeseitigung hinsichtlich der „Lüfter“ von 4.873,05 €, hinsichtlich der „Abwasseranlage“ von 3.784,20 € und hinsichtlich des „Trittschalls“ von 10.223,11 € als Vorschuss verlangen. Daraus errechneten sich Vorschusskosten in Höhe von insgesamt 18.880,36 €. Dieser Betrag sei im Umfang von 2.150 € aufgrund der von der Klägerin erklärten Hilfsaufrechnung mit einem unstreitigen restlichen Vergütungsanspruch erloschen.

Soweit die Klägerin die Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung gemäß § 635 Abs. 3 BGB einwende, bliebe dies ohne Erfolg. Entgegen dem Vorbringen der Klägerin könne den Beklagten ein objektives berechtigtes Interesse an der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung nicht abgesprochen werden. Die Schallschutzmängel seien nicht gänzlich belanglos und vernachlässigbar. Daran ändere der Umstand, dass sich die Mängel nicht auf den Wert des Hauses auswirkten, nichts. Vielmehr müssten die Beklagten andernfalls mit den Mängeln leben und die daraus folgenden Beeinträchtigungen ertragen. Zudem seien die prognostizierten Kosten nicht derartig hoch, dass deshalb die Mängelbeseitigung als unverhältnismäßig erscheine.

II.

Die zulässige Revision ist nicht begründet.

Die Erwägungen des Berufungsgerichts halten im Ergebnis einer rechtlichen Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat zu Recht für jeden der drei geltend gemachten Schallschutzmängel („Lüfter“, „Abwasseranlage“, „Trittschall“), die selbständige Streitgegenstände darstellen, zugunsten der Beklagten die Voraussetzungen für einen Kostenvorschussanspruch bejaht. Die deshalb bestehenden Kostenvorschussansprüche können die Beklagten geltend machen, obwohl sie für diese Schallschutzmängel zuvor die Minderung nach § 634 Nr. 3 BGB erklärt haben.

1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts stehen den Beklagten wegen jedes gerügten Schallschutzmangels Kostenvorschussansprüche aus § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1, 3 BGB gegen die Klägerin zu.

a) Der Schallschutz der „Lüfter“, der „Abwasseranlage“ und des „Trittschalls“ entspricht nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht der vereinbarten Beschaffenheit, so dass drei Sachmängel gegeben sind.

Soweit die Revision die Feststellungen des Berufungsgerichts zur „Abwasseranlage“ und zum „Trittschall“ mit Verfahrensrügen angreift, hat der Senat diese geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die die Revision nicht angreift, müssen die Beklagten für die Beseitigung des Mangels an den „Lüftern“ 4.873,05 €, für die Beseitigung des

Mangels der „Abwasseranlage“ 3.784,20 € und für die Beseitigung des „Trittschalls“ 10.223,11 € aufwenden.

c) Diese Ansprüche sind nicht nach § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1, § 635 Abs. 3 BGB ausgeschlossen.

Die Befugnis des Bestellers auf Selbstvornahme und der Anspruch auf Kostenvorschuss sind nach § 637 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Unternehmer zu Recht die Nacherfüllung verweigert. Nach § 635 Abs. 3 BGB kann der Unternehmer die Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Unverhältnismäßig im Sinne des § 635 Abs. 3 BGB sind die Kosten für die Beseitigung eines Mangels dann, wenn der damit in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür geltend gemachten Geldaufwandes steht. Unverhältnismäßigkeit wird in aller Regel anzunehmen sein, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung unter Abwägung aller Umstände ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht (vgl. BGH, Urteil vom 24. April 1997 – VII ZR 110/96, BauR 1997, 638, juris Rn. 13).

Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts sind diese Voraussetzungen nicht gegeben. Zum einen liegen Schallschutzmängel vor, die für die Qualität des Wohnens von nicht unwesentlicher Bedeutung sind. Zum anderen sind die Aufwendungen, mit denen die Beklagten einen vertragsgerechten Schallschutz herstellen können, keinesfalls unangemessen.

Soweit die Revision die Feststellungen des Berufungsgerichts mit Verfahrensrügen angreift, hat der Senat diese geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

2. Diese Kostenvorschussansprüche sind nicht deswegen ausgeschlossen, weil die Beklagten wegen der Mängel, die zu diesen Ansprüchen führen, zunächst die Minderung der Vergütung erklärten, § 634 Nr. 3 Fall 2, § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB.

a) Eine gesetzliche Regelung, wonach die Geltendmachung eines Kostenvorschussanspruchs ausgeschlossen ist, wenn der Besteller die Minderung des Werklohns erklärt hat, existiert nicht. Weder § 634 BGB noch §§ 637, 638 BGB regeln, in welchem Verhältnis das Recht des Bestellers auf Minderung der Vergütung (§ 634 Nr. 3 Fall 2, § 638 BGB) und die ihm zustehende Befugnis zur Selbstvornahme sowie sein Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses (§ 634 Nr. 2, § 637 BGB) stehen. Nach dem Gesetzeswortlaut ist vielmehr davon auszugehen, dass diese Rechte nebeneinander bestehen können.

b) Aus der Begründung des Gesetzentwurfs zur Modernisierung des Schuldrechts (BT-Drucks. 14/6040) ergibt sich nichts Anderes. Es war dem Gesetzgeber in Abgrenzung zum alten Schuldrecht vielmehr ein Anliegen, die Wahrnehmung von Mängelrechten sowohl im Kauf- als auch im Werkvertragsrecht flexibler zu gestalten und Käufer sowie Besteller mehr Möglichkeiten zur Wahrnehmung ihrer berechtigten Interessen einzuräumen (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 226, 263).

c) Diese gesetzgeberische Absicht spricht grundsätzlich dafür, dass die Geltendmachung eines Mängelrechts andere Mängelrechte nicht ausschließt. So hat der Gesetzgeber nur für den Fall des Schadensersatzes statt der Leistung (§ 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 BGB) ausdrücklich geregelt, dass der Anspruch auf Nacherfüllung (§ 634 Nr. 1 BGB) erlischt, sobald der Besteller Schadensersatz statt der Leistung verlangt (§ 634 Nr. 4, § 281 Abs. 4 BGB). Diese Regelung dient nach der Absicht des Gesetzgebers dem Schutz des Unternehmers, der sich darauf einstellen können soll, nicht mehr einem Anspruch auf Nacherfüllung ausgesetzt zu sein, nachdem der Besteller Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 140). Damit wird dem Unternehmer beispielsweise eine sicherere Einsatzplanung der von ihm vorgehaltenen und auf seinen Baustellen einzusetzenden

Produktionsmittel gewährleistet, da er nicht parallel auf Schadensersatz und Nacherfüllung in Anspruch genommen werden kann.

d) aa) Der Senat hat es aber abgelehnt, diese ausschließlich § 634 Nr. 1 BGB betreffende Rechtsfolge auf die Befugnis zur Selbstvornahme und damit den Anspruch auf Kostenvorschuss nach § 634 Nr. 2, § 637 BGB zu erstrecken (BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 Rn. 48 ff., BGHZ 218, 1). Diese Rechtsprechung beruht auf dem Wortlaut von § 281 Abs. 4 BGB, der gesetzgeberischen Absicht und dem Sinn und Zweck des Kostenvorschussanspruchs. Dieser dient dazu, dem Besteller die Nachteile und Risiken abzunehmen, die mit einer Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung einhergehen. Wählt der Besteller Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes, kann er den Mangel beseitigen und die damit verbundenen Aufwendungen als Schaden von dem Unternehmer erstattet verlangen. Durch die Wahl des Schadensersatzes statt der Leistung anstelle der Selbstvornahme soll der Besteller aber nicht schlechter gestellt werden. Ein umfassender Ausgleich des verletzten Leistungsinteresses ist deshalb nur gewährleistet, wenn der Besteller – auch nach Wahl des Schadensersatzes statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes – weiterhin Vorschuss verlangen kann (BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 Rn. 51, BGHZ 218, 1).

bb) Der Besteller kann daher nach seiner Erklärung, Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes zu verlangen, den Mangel zunächst nicht beseitigen und den Schaden beispielsweise in Anlehnung an die in § 634 Nr. 3 Fall 2, § 638 BGB geregelte Minderung bemessen (BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 Rn. 38, 41, 44, BGHZ 218, 1). Das hindert ihn aber nicht, sich noch für eine Beseitigung des Mangels zu entscheiden und deshalb einen Kostenvorschussanspruch hierfür geltend zu machen (BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 Rn. 48-51, BGHZ 218, 1).

e) Diese Erwägungen zum Verhältnis des Schadensersatzes statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes, § 634 Nr. 4, § 281 BGB, zum Kostenvorschussanspruch, § 634 Nr. 2, § 637 BGB, gelten entsprechend für das Verhältnis der Minderung, § 634 Nr. 3 Fall 2, § 638 BGB, zum Kostenvorschussanspruch. Wählt also der Besteller zunächst das Mängelrecht der Minderung, steht es ihm ebenfalls grundsätzlich frei, zu einem späteren Zeitpunkt den Mangel zu beseitigen und zur Finanzierung der Aufwendungen einen Kostenvorschussanspruch geltend zu machen. Die Rechtsnatur der Minderung steht dem nicht entgegen.

aa) Mit der Erklärung, die Vergütung zu mindern, bringt der Besteller zum Ausdruck, keine Beseitigung des Mangels durch den Unternehmer zu wollen. Es entspricht deshalb der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass mit der Erklärung der Minderung der Nacherfüllungsanspruch (§ 634 Nr. 1 BGB) ausgeschlossen ist (BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 235/15 Rn. 45, BGHZ 213, 319). Zudem bringt der Besteller zum Ausdruck, das Werk trotz des Mangels behalten zu wollen, so dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Rücktritt vom Vertrag (§ 634 Nr. 3 Fall 1 BGB) wegen des Mangels, auf den die Minderung gestützt wird, grundsätzlich ausgeschlossen ist (BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 235/15 Rn. 55, BGHZ 213, 319). Das Gleiche gilt für den Schadensersatzanspruch statt der Leistung (§ 634 Nr. 4, § 281 BGB) in Form des großen Schadensersatzes, mit dem die Rückgängigmachung des Vertrags verlangt wird (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 2018 – VIII ZR 26/17, BGHZ 218, 320 zum Kaufrecht). Dagegen ist der Besteller nach erklärter Minderung der Vergütung nicht gehindert, Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes (§ 634 Nr. 4, § 281 BGB) geltend zu machen (BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 235/15 Rn. 49 ff., BGHZ 213, 319; vgl. zudem BGH, Urteil vom 9. Mai 2018 – VIII ZR 26/17 Rn. 43, 62, BGHZ 218, 320).

bb) Ausgehend von dieser Rechtsprechung kann der Besteller auch nach erklärter Minderung den Mangel beseitigen und die dafür getätigten Aufwendungen als Schadensersatz statt der Leistung (§

634 Nr. 4, § 281 BGB) von dem Unternehmer erstattet verlangen. Dies ist dem Besteller weder nach der Gesetzessystematik noch aufgrund der Gestaltungswirkung der Minderung verwehrt.

Denn sowohl Minderung als auch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes sind ihrem Inhalt nach darauf gerichtet, das verletzte Leistungsinteresse des Bestellers, der das mangelhafte Werk behält, auszugleichen. Diese Mängelrechte schließen sich nicht aus, sondern ergänzen sich (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 2018 – VIII ZR 26/17 Rn. 62, BGHZ 218, 320). Um einen möglichst umfassenden Ausgleich des Leistungsinteresses zu gewährleisten, ist es gerechtfertigt, dem Besteller ergänzend einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung (kleinen Schadensersatz) zuzubilligen, wenn ein über den Minderungsbetrag hinausgehender Schaden entsteht. Dieser kann auch nach erklärter Minderung in – über den Betrag der durch die Minderung ersparten Vergütung hinausgehenden – aufgewandten Mängelbeseitigungskosten, die der Besteller bei verständiger Würdigung für erforderlich halten durfte (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 Rn. 46, BGHZ 218, 1), bestehen. Er durfte sich zu diesen Aufwendungen aufgrund des Verhaltens des Unternehmers, der die ihm vom Gesetz eingeräumte Möglichkeit, sein mangelhaft abgeliefertes Werk nachzubessern (Nacherfüllung), nicht wahrgenommen hat, nach wie vor herausgefordert fühlen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 Rn. 46, BGHZ 218, 1).

Dem Unternehmer ist kein schützenswertes Interesse zuzubilligen, nach einer einmal erfolgten Minderung der Vergütung nicht mehr auf die Kosten einer Mängelbeseitigung in Anspruch genommen werden zu können. Es besteht nach der Konzeption der Mängelrechte durch die Schuldrechtsreform kein Grund, über das Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs hinaus die Dispositionsfreiheit des Bestellers zugunsten des Unternehmers einzuschränken. Es ist vielmehr der Unternehmer, der in doppelter Weise vertragswidrig gehandelt hat, indem er weder ein mangelfreies Werk herstellte noch seiner Pflicht zur Nacherfüllung nachkam.

Die Gestaltungswirkung der Minderung beschränkt sich – wie dargestellt – auf die Mängelrechte der Nacherfüllung, des Rücktritts und des großen Schadensersatzes in Form der Rückgängigmachung des Vertrags, nimmt dem Besteller, der das mangelhafte Werk behält, jedoch nicht das Recht, sein Leistungsinteresse durch Selbstvornahme mit Kostenerstattung im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung (kleiner Schadensersatz), § 634 Nr. 4, § 281 BGB, oder gemäß § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1 BGB in vollem Umfang durchzusetzen.

Steht dem Besteller danach die Befugnis zur Selbstvornahme auch nach erklärter Minderung weiterhin zu, kann er vom Unternehmer gemäß § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB einen Kostenvorschuss für die für die Selbstvornahme benötigten Mittel verlangen, die über die durch die Minderung ersparte Vergütung hinausgehen.

cc) Soweit die Revision unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 9. Mai 2018 – VIII ZR 26/17 Rn. 22 ff., BGHZ 218, 320) geltend macht, die unumkehrbare Bindungswirkung der Minderungserklärung, die das Äquivalenzinteresse von Leistung und Gegenleistung wiederherstelle, stehe der Geltendmachung eines Kostenvorschussanspruchs entgegen, ist das aus den vorstehenden Gründen unzutreffend (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 2018 – VIII ZR 26/17 Rn. 62, BGHZ 218, 320).

dd) Ist damit der Kostenvorschussanspruch durch die Erklärung der Minderung nicht ausgeschlossen, kommt es auf die Erwägung des Berufungsgerichts nicht an, der Besteller könne nach erklärter Minderung zum Kostenvorschussanspruch wechseln, wenn tatsächlich kein Minderwert vorhanden sei.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.