

29. Jahrgang
Heft 1
6. Januar 2025

Herausgeber:
RA Dr. Bruno M. Kübler, Köln/Dresden †
(Gründungsherausgeber)
Prof. Roland Böttcher, Berlin
RA Peter Depré, Mannheim
Notar a. D. Prof. Dr. Dr. Herbert Gziwotz, Regensburg
Prof. Dr. Wolfgang Lücke, Leipzig
Prof. Dr. Johanna Schmidt-Rantsch, Berlin
Notar Prof. Dr. Maximilian Zimmer, Wernigerode

Herausgeberbeirat:
Notar Dr. Jörn Heinemann, Neumarkt i. d. OPf.
RA Dr. Gerold M. Jaeger, Frankfurt/M.
Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M., Regensburg
RAin Dr. Juliane Reichelt, Stuttgart
Prof. Wolfgang Schneider, Berlin
Prof. Dr. Wolfgang Servatius, Regensburg
Präsident des BFH a. D. Dr. h.c. Wolfgang Spindler, München

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

<i>Lucas Bliesze, München</i> <i>Magnus Reiner, München</i>	Der Erwerb eines Miteigentumsanteils – rechtlich lediglich vorteilhaft? . . .	1
<i>Johannes Niegemann, Düsseldorf</i> <i>Eva Neubusch, Düsseldorf</i>	Mieterdienstbarkeit – das Spannungsverhältnis der Mieterinteressen und des VDP-Standards	11

Rechtsprechung

Vertragsrecht

BGH 22. 8. 2024 – VII ZR 68/22 +	Geltendmachung eines Kostenvorschussanspruchs durch den Besteller nach bereits erklärter Minderung des Vergütungsanspruchs (m. Anm. <i>Thomas Hildebrandt/Malte Ernestus</i> , S. 20)	17
----------------------------------	---	----

Sachen- und Grundbuchrecht

OLG München 8. 10. 2024 – 34 Wx 234/24 e	Voreintragung der GbR im Gesellschaftsregister bei Löschung von zugunsten der GbR eingetragenen Rechten (hier: Grunddienstbarkeit) (m. Anm. <i>Elfi Schroetter</i> , S. 24)	21
--	---	----

Wohnungseigentumsrecht

BGH 20. 9. 2024 – V ZR 195/23	Ungültigerklärung eines Beschlusses über Jahresabrechnung nur bei Auswirkungen eines Fehlers auf Zahlungspflicht des (hier umsatzsteuerpflichtigen) Wohnungseigentümers (m. Anm. <i>Rüdiger Fritsch</i> , S. 28)	26
BGH 20. 9. 2024 – V ZR 235/23 +	Beschlusskompetenz und Wirksamkeit eines Zweitbeschlusses über Vorschüsse aufgrund des Wirtschaftsplans auch bei Eigentümerwechsel (m. Anm. <i>Wolfgang Lücke</i> , S. 35)	30

Rechtsprechung

Tatbestand und Gründe der Entscheidungen werden regelmäßig ungekürzt veröffentlicht. Ausnahmsweise gekürzte oder von der Redaktion zum besseren Verständnis umformulierte oder selbst verfasste Tatbestände werden durch die Überschrift „Zum Sachverhalt“ kenntlich gemacht. Die Gründe (Entscheidungsgründe) werden ebenfalls nur ausnahmsweise gekürzt. Geringfügige Auslassungen werden jeweils durch Punkte (...) gekennzeichnet. Bei umfangreicheren Kürzungen wird den Gründen statt der Überschrift „Gründe“ oder „Entscheidungsgründe“ die Überschrift „Aus den Gründen“ vorangestellt. Hinzufügungen der Redaktion sind *kursiv* gesetzt. Entscheidungen der unteren und mittleren Instanzen werden als „nicht rechtskräftig“ gekennzeichnet, wenn nach Kenntnis der Redaktion ein Rechtsmittel eingelegt wurde oder die Berufungs- oder Revisionsfrist noch nicht abgelaufen ist. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Rechtsmittel möglicherweise ausgeschlossen ist. Entscheidungen, bei denen nach Kenntnis der Redaktion innerhalb der Rechtsmittelfrist – einerlei, ob überhaupt zulässig – kein Rechtsmittel eingelegt wurde, werden als „rechtskräftig“ gekennzeichnet. Entscheidungen, die mit einem „+“ versehen sind, sind für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen.

Rechtsprechung zum Vertragsrecht

BGB § 634 Nr. 2, 3, §§ 637, 638

Geltendmachung eines Kostenvorschussanspruchs durch den Besteller nach bereits erklärter Minderung des Vergütungsanspruchs

BGH, Urt. v. 22. 8. 2024 – VII ZR 68/22 (OLG Celle) +

Leitsatz des Gerichts:

Die Minderung des Vergütungsanspruchs nach § 634 Nr. 3, Fall 2, § 638 BGB schließt einen Kostenvorschussanspruch nach § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB wegen des Mangels, auf den die Minderung gestützt wird, nicht aus.

Tatbestand:

[1] 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.

[2] Aufgrund Vertrags vom 10. 12. 2012 errichtete die Klägerin für die Beklagten auf deren Grundstück ein Einfamilienhaus. Die Abnahme erfolgte am 14. 10. 2013.

[3] Die Klägerin erstellte unter dem 21. 2. 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 – u. a. gestützt auf ihre erklärte Minderung – beantragt, die Klägerin zur Rückzahlung überzahlter Vergütung i. H. v. 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“.

[4] 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.

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

[6] 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.

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

Entscheidungsgründe:

[8] Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg.

[9] I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

[10] Die Beklagten seien nicht gehindert, ihr Begehren teilweise von einem Minderungsanspruch auf einen Kostenvorschussanspruch umzustellen. Nach der Rechtsprechung des BGH 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.

[11] Der Kostenvorschussanspruch gem. § 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.

[12] Soweit die Klägerin die Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung gem. § 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 Mangelbeseitigung als unverhältnismäßig erscheine.

[13] II. Die zulässige Revision ist nicht begründet.

[14] 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 selbstständige 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.

[15] 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.

[16] 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.

[17] 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).

[18] 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.

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

[20] Die Befugnis des Bestellers auf Selbstvornahme und der Anspruch auf Kostenvorschuss sind nach § 637 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Unternehmer zu Recht die Nacher-

füllung verweigert. Nach § 635 Abs. 3 BGB kann der Unternehmer die Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Unverhältnismäßig i. S. d. § 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, Urt. v. 24. 4. 1997 – VII ZR 110/96, BauR 1997, 638, juris Rz. 13).

[21] 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.

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

[23] 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.

[24] 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.

[25] 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).

[26] 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.

[27] **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, Urt. v. 22. 2. 2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 = *ZfIR 2018*, 305 (m. Anm. Reichelt, S. 312), Rz. 48 ff.). 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, Urt. v. 22. 2. 2018 – VII ZR 46/1, BGHZ 218, 1 = *ZfIR 2018*, 305 (m. Anm. Reichelt, S. 312), Rz. 51).

[28] **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, Urt. v. 22. 2. 2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1, *ZfIR 2018*, 305 (m. Anm. Reichelt, S. 312), Rz. 38, 41, 44). Das hindert ihn aber nicht, sich noch für eine Beseitigung des Mangels zu entscheiden und deshalb einen Kostenvorschussanspruch hierfür geltend zu machen (BGH, Urt. v. 22. 2. 2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 = *ZfIR 2018*, 305 (m. Anm. Reichelt, S. 312), Rz. 48 – 51).

[29] **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.

[30] **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 BGH, dass mit der Erklärung der Minderung der Nacherfüllungsanspruch (§ 634 Nr. 1 BGB) ausgeschlossen ist (BGH, Urt. v. 19. 1. 2017 – VII ZR 235/15, BGHZ 213, 319 = *ZfIR 2017*, 350 (m. Anm. Grötschmeder, S. 354), Rz. 45). Zudem bringt der Besteller zum Ausdruck, das Werk trotz des Mangels behalten zu wollen, so dass nach der Rechtsprechung des BGH ein Rücktritt vom Vertrag (§ 634 Nr. 3 Fall 1 BGB) wegen des Mangels, auf den die Minderung gestützt wird, grundsätzlich ausgeschlossen ist (BGH, Urt. v. 19. 1. 2017 – VII ZR 235/15, BGHZ 213, 319 = *ZfIR 2017*, 350 (m. Anm. Grötschmeder, S. 354), Rz. 55). 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, Urt. v. 9. 5. 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, Urt. v. 19. 1. 2017 – VII ZR 235/15, BGHZ 213, 319 = *ZfIR 2017*, 350 (m. Anm. Grötschmeder, S. 354), Rz. 49 ff.; vgl. zudem BGH, Urt. v. 9. 5. 2018 – VIII ZR 26/17, BGHZ 218, 320, Rz. 43, 62).

[31] **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.

[32] 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, Urt. v. 9. 5. 2018 – VIII ZR 26/17, BGHZ 218, 320, Rz. 62). 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, Urt. v. 22. 2. 2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 = *ZfIR 2018*, 305 (m. Anm. Reichelt, S. 312), Rz. 46), 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, Urt. v. 22. 2. 2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 = *ZfIR 2018*, 305 (m. Anm. Reichelt, S. 312), Rz. 46).

[33] Dem Unternehmer ist kein schützenswertes Interesse zuzubilligen, nach einer einmal erfolgten Minderung der Vergü-

tung 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.

[34] 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 gem. § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1 BGB in vollem Umfang durchzusetzen.

[35] Steht dem Besteller danach die Befugnis zur Selbstvornahme auch nach erklärter Minderung weiterhin zu, kann er vom Unternehmer gem. § 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.

[36] cc) Soweit die Revision unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des BGH (Urt. v. 9. 5. 2018 – VIII ZR 26/17, BGHZ 218, 320, Rz. 22 ff.) 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, Urt. v. 9. 5. 2018 – VIII ZR 26/17, BGHZ 218, 320, Rz. 62).

[37] 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.

[38] III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Anmerkung von Thomas Hildebrandt/Malte Ernestus

1. Der BGH befasst sich erneut mit Fragen der Minderung und des Vorschussanspruchs bei Mängeln an einem Bauwerk, insbesondere solche Mängel, die keine direkten Auswirkungen auf den Verkehrswert haben. Das Gericht bestätigt das Urteil des Berufungsgerichts, welches dem Auftraggeber, der zuvor einen Minderungsanspruch geltend gemacht hatte, parallel einen Anspruch auf Kostenvorschuss zusprach.

Die Klägerin, eine Bauunternehmerin, hatte die Errichtung eines Einfamilienhauses für die Beklagten übernommen. Nach der Abnahme stellte sie eine Restforderung aus, welche durch die Beklagten bestritten wurde, weil sie überhöhte Vergütung aufgrund von Mängeln geltend machten. Der BGH erkennt

im Wesentlichen die Geltendmachung eines Kostenvorschusses an und bekräftigt dabei die funktionale Bedeutung des Schallschutzes. Die Revision blieb erfolglos, was die Rechtslage weiter präzisiert: Auch Mängel, die keine Auswirkung auf den Verkehrswert haben, bleiben ein zentraler Bestandteil der geschuldeten Bauqualität.

2. Wie bereits im Urteil vom 22. 8. 2018 (BGH – VII ZR 46/17, ZfIR 2018, 305 (m. Anm. Reichelt, S. 312) = NJW 2018,1463) behandelt, stellt sich die Frage, ob durch die Gestaltungswirkung der Minderung andere Mängelrechte ausgeschlossen werden. Weder § 634 BGB noch die §§ 637, 638 BGB geben eine klare Auskunft darüber, in welchem Verhältnis diese Rechte zueinanderstehen. Nachdem zunächst das Landgericht die Widerklage bezüglich der Mängel, welche keinen Einfluss auf den Verkehrswert des Grundstücks haben, abgewiesen hatte, stellte die Beklagte im Berufungsverfahren ihren Anspruch hinsichtlich dieser Mängel auf Zahlung eines Kostenvorschusses um. Hierbei wurde von der Klägerin die Auffassung vertreten, dass die Minderung als Gestaltungsrecht den Vertrag dahingehend ändere, dass der Leistungsanspruch nunmehr auf die geminderte Leistung gerichtet sei, wodurch die ursprünglich geltend gemachten Mängelansprüche entfallen sollten und folglich kein Anspruch auf Kostenvorschuss mehr bestehen könne (OLG Celle v. 9. 3. 2022 – 14 U 105/21).

Diese Auffassung hat der BGH jedoch abgelehnt. Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich nicht, dass die genannten Rechte grundsätzlich nicht nebeneinander bestehen können. Minderung und Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes dienen dem Zweck, das verletzte Leistungsinteresse des Bestellers zu kompensieren, der das mangelhafte Werk behalten möchte (BT-Drucks. 14/6040, S. 140). Die Gestaltungswirkung der Minderung beschränkt sich dabei ausschließlich auf die Nacherfüllungsrechte, weil der Besteller durch die Minderung lediglich zum Ausdruck bringt, dass er eine Beseitigung des Mangels durch den Unternehmer ablehnt und das Werk jedoch weiterhin behalten möchte.

Im Gegensatz dazu stehen der Rücktritt oder der Schadensersatz statt der Leistung in Form des großen Schadensersatzes. Hierfür habe der Gesetzgeber ausdrücklich geregelt, dass der Anspruch auf Nacherfüllung erlischt, sobald der Besteller Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 634 Nr. 4, 281 Abs. 4 BGB verlangt (vorstehend Rz. 26). Die Gestaltungswirkung der Minderung beschränkt sich, wie der BGH ausführt, auf die Mängelrechte der Nacherfüllung, des Rücktritts und des großen Schadensersatzes statt der Leistung Form von Rückgängigmachung des Vertrags, nimmt dem Besteller jedoch nicht das Recht, das mangelhafte Werk zu behalten und sein Leistungsinteresse durch Selbstvornahme mit Kostenerstattung durch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes durchzusetzen. Daher bleibt dem Besteller grundsätzlich das Recht zur Selbstvornahme, wodurch er vom Unternehmer die dafür benötigten Mittel als Vorschuss verlangen kann (vorstehend Rz. 34).

3. Der BGH knüpft an seine Grundsatzentscheidung vom 22. 2. 2018 (BGH – VII ZR 46/17, ZfIR 2018, 305 (m. Anm. Reichelt, S. 312) = NJW 2018,1463) zum Verhältnis des Scha-

denersatzes statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes zur Minderung an und erweitert diese nun auf das Verhältnis der Minderung zum Kostenvorschussanspruch. Ein Ausschluss der beiden Rechte Minderung und Kostenvorschuss sei nicht gegeben. Diese Entscheidung ist zu begrüßen, weil sie das Leistungsinteresse des Bestellers im Hinblick auf den Mangel umfassend schützt, insbesondere dann, wenn, wie im vorliegenden Fall, der Mangel keinen wesentlichen Einfluss auf den Wert des Werks als Ganzes hat. Zur Begründung verweist der BGH u. a. auf die Begründung des Gesetzes, wonach es dem Gesetzgeber ein Anliegen war, die Wahrnehmung der Mängelrechte flexibler zu gestalten (BT-Drucks. 14/6040, S. 263). Ohne diese Klarstellung wäre der Besteller in der Situation, mit einem nicht beseitigten Mangel leben zu müssen, sofern eine Minderung wegen eines fehlenden Minderwerts nicht in Betracht käme. Der Anspruch auf Kostenvorschuss bestehe darüber hinaus auch nach bereits erklärter Minderung unabhängig davon, ob ein durchsetzbares Minderungsrecht vorliegt (vorstehend Rz. 37).

Diese Entscheidung stellt eine Erweiterung der BGH-Rechtsprechung aus dem Jahr 2018 (BGH – VII ZR 46/17; ZfR 2018, 305 (m. Anm. Reichelt, S. 312) = NJW 2018, 1463) dar, mit der der BGH die Berechnung des Schadens durch fiktive Mängelbeseitigungskosten abgelehnt hat. Die neue Entscheidung ist aus dieser Perspektive besonders sinnvoll, weil sie auch bei Mängeln, die keinen Minderungshöchstbetrag erreichen, dem Besteller einen praktikablen Weg eröffnet, seine Rechte durchzusetzen. Es wäre unzumutbar gewesen, dem Besteller im Vorfeld der Geltendmachung von Ansprüchen eine

Entscheidung darüber abzuverlangen, auf welchen Anspruch er sich letztlich stützen möchte. Letztendlich wurde so ein angemessener Ausgleich geschaffen, da die fiktive Berechnung von Mängelbeseitigungskosten ausgeschlossen ist.

Das Urteil verdeutlicht, dass der BGH der praktischen Gebrauchstauglichkeit von Gebäuden im Kontext des Schallschutzes eine hohe Bedeutung beimisst. Der Vorschussanspruch zur Mängelbeseitigung erweist sich als sachgerechtes Mittel, den Bauherrn nicht nur finanziell zu entlasten, sondern auch den ordnungsgemäßen Zustand des Gebäudes wiederherzustellen, anstatt lediglich eine Wertdifferenz durch Minderung zu kompensieren.

Insgesamt ist die Entscheidung des BGH zu begrüßen, weil sie verdeutlicht, dass vertraglich zugesicherte Qualitätsstandards, wie beispielsweise der Schallschutz, nicht allein anhand eines möglichen Verkehrswertverlusts beurteilt werden dürfen. Vielmehr müssen konkrete bauliche Korrekturmaßnahmen ergriffen werden, wenn diese für die ordnungsgemäße Nutzung des Bauwerks erforderlich sind. Dies bedeutet jedoch auch für Bauunternehmer, dass sie Kostenvorschussansprüche stärker berücksichtigen müssen, da abzusehen ist, dass diese zukünftig eine größere Rolle bei Mängeln spielen werden, die nicht von der Minderung erfasst sind.

Dr. Thomas Hildebrandt, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Fachanwalt für Vergaberecht, Partner bei Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB/Malte Ernestus, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB, beide in Hamburg

Rechtsprechung zum Sachen- und Grundbuchrecht

GBO § 19, 22, 47; EGBGB Art. 229 § 21
Voreintragung der GbR im Gesellschaftsregister bei Löschung von zugunsten der GbR eingetragenen Rechten (hier: Grunddienstbarkeit)

OLG München, Beschl. v. 8. 10. 2024 – 34 Wx 234/24 e (AG Ingolstadt)

Leitsätze des Gerichts:

1. Auch im Falle der Löschung eines zugunsten einer GbR eingetragenen Rechts bedarf es gem. § 47 Abs. 2 GBO i. V. m. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB der Voreintragung der GbR im Gesellschaftsregister und der anschließenden Eintragung der eGbR im Grundbuch.

2. Eine teleologische Reduktion der Eintragungsvorschriften ist in diesem Fall wegen des abschließenden Charakters der in Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB enthaltenen Ausnahmeregelungen nicht vorzunehmen.

3. Aufgrund der Aufhebung des § 899a BGB und der Neufassung des § 47 Abs. 2 GBO zum 1. 1. 2024 kann der Nachweis der Bewilligungsbefugnis nur noch aufgrund der Eintragung im Gesellschaftsregister erbracht werden.

Gründe:

I. Der Beteiligte zu 1) ist in Blatt 2 als Eigentümer zweier Flurstücke im Grundbuch eingetragen. In Abt. II unter laufenden Nr. 1 und 3 ist unter Bezugnahme auf eine Bewilligung vom 16. 11. 1927 bezüglich beider Flurstücke ein Bauverbot für den jeweiligen Eigentümer von Flst. Nr. ... 9/28 eingetragen.

Ziffer VII. der Urkunde v. 16. 11. 1927 lautet wie folgt:

„Die Eheleute B. übernehmen zugunsten der bahneigenen Fl. Nr. ... 9/28 der Steuergemeinde I. als dingliche Last auf Fl. Nr. ... 9/18 und ... 9/19, dass auf diesen Grundstücken keinerlei Gebäulichkeiten errichtet werden dürfen. Die Vertragsteile bewilligen und beantragen die Eintragung einer Grunddienstbarkeit vorstehenden Inhaltes im Grundbuch.“