

PROF. DR. MARTIN SCHWAB

# Schuldrecht: Mängelrechte beim Vertrag über die Erbringung von Winterdiensten

BGB §§ 307, 323, 326, 631, 633, 634, 636, 646

1. Verpflichtet sich der Unternehmer, eine bestimmte Fläche von Schnee- und Eisglätte freizuhalten, ist Werkvertragsrecht anwendbar.
2. Eine solche Leistung ist grundsätzlich nicht abnahmebedürftig, so dass es gerechtfertigt ist, das Mängelrecht der §§ 634 ff. BGB anzuwenden, wenn der Unternehmer die Leistung in Erfüllung seiner gesamten Verbindlichkeit erbracht hat.
3. Eine Formularbestimmung, wonach der Vertragspartner des Verwenders diesem eine Frist zur Nacherfüllung setzen muss, auch wenn eine Fristsetzung gem. §§ 323 II, 326 V, 636 BGB entbehrlich ist, benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil sie von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht.

BGH, Urt. v. 6.6.2013 – VII ZR 355/12, NJW 2013, 3022 = JuS 2013, 1033 (Mäsch)

## Zum Sachverhalt

*B* (der spätere Bkl.) beauftragte *U* (den späteren Kl.) für die Zeit vom 1.11.2010 bis zum 30.4.2011 mit dem Winterdienst für den Gehsteig vor einem ihm gehörenden Hausgrundstück sowie für den Hofeingang und den Weg zum Fahrradständer auf diesem Grundstück. Dem Vertrag lagen die AGB des *U* zu Grunde, in denen es hieß: „4. Der Auftragnehmer erklärt, dass er auf Grund des jeweiligen Straßenreinigungsgesetzes ... die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Schnee- und Eisglättebekämpfung auf den vertraglich vereinbarten Reinigungsflächen übernimmt“, sowie „14. Die Gewährleistungsansprüche der Auftraggeber werden dahingehend beschränkt, dass sie zunächst nur Nachbesserung verlangen können. Lediglich im Fall des wiederholten Fehlschlagens der Nachbesserung kann der Auftraggeber nach seiner Wahl Herabsetzung der Vergütung oder Rückgängigmachung des Vertrags verlangen“. Von der Gesamtvergütung von 800 Euro behielt *B* 400 Euro ein, weil (was zutrifft) an näher bezeichneten Tagen die geschuldeten Schneeräumarbeiten ausgeblieben seien. *U* verlangt nunmehr die Zahlung ebendieser 400 Euro.

## Einführung in die Probleme

Der Fall wirft die Frage auf, ob der Vertrag zwischen *U* und *B* als Dienst- oder als Werkvertrag zu qualifizieren ist. Ist Letzteres zu bejahen, so stellt sich die weitere Frage, ob eine mangelhafte Leistung oder eine teilweise Nichtleistung vorliegt und wie dabei der Umstand zu bewerten ist, dass *B* die Leistung des *U* nicht abgenommen hat. Schließlich ist die Frage zu problematisieren, ob *B*, bevor er auf eventuelle Sekundärrechte übergang, gegenüber *U* eine Nachfrist setzen musste und welche Rolle die AGB des *U* dabei spielen.

## Darstellung und Analyse

*U* könnte gegen *B* einen Anspruch auf Zahlung von weiteren 400 Euro aus § 631 I BGB haben. Voraussetzung ist, dass zwischen *U* und *B* ein Werkvertrag zu Stande gekommen ist. *U* und *B* haben einen Vertrag geschlossen, wonach *U* in der Zeit vom 1.11.2010 bis zum 30.4.2011 den Winterdienst übernimmt. Fraglich ist, ob dieser Vertrag als Dienst- oder Werkvertrag zu qualifizieren ist. Nach der zutreffenden Ansicht des BGH ist Letzteres anzunehmen<sup>1</sup>: Die berechnete Leistungserwartung des *B* ging dahin, dass *U* einen Arbeitserfolg schuldet – das Freihalten der vertraglich vereinbarten Flächen von Schnee und Eis. Nur wenn dies rechtzeitig und fehlerfrei geschah, konnte der eigentliche Zweck der Leistung, Dritte vor Gefahren für Leib und Leben zu bewahren, erreicht werden.

Der Anspruch des *U* könnte aber in Höhe des hier streitigen Betrags nach §§ 638 IV, 346 I BGB erloschen sein. Indem *B* unter Berufung auf die teilweise ausgefallene Leistung des *U* einen Teil der Vergütung einbehält, erklärte er konkludent die Minderung<sup>2</sup>. Ein Minderungsrecht könnte sich aus § 634 Nr. 3, 638 I BGB ergeben. Voraussetzung ist, dass die Leistung des *U* mangelhaft war. Diese Annahme erscheint nicht ganz zweifelsfrei; man könnte sich ebenso auf den Standpunkt stellen, dass die Leistung des *U* teilweise ausgeblieben sei, mithin in Wirklichkeit eine Teil- und keine Schlechtleistung vorliege. Diese Zweifel überwindet der BGH indes mit Recht unter Berufung auf § 633 II 3 Var. 2 BGB: *U* hat das geschuldete Werk, nämlich die Freihaltung der Vertragsflächen von Schnee und Eis, in zu geringer Menge geliefert<sup>3</sup>. Er hat *B* das Gesamtwerk, nämlich den Winterdienst zwischen dem 1.11.2010 und dem 30.4.2011, als vertragliche Gesamtleistung angedient und ist dabei quantitativ hinter der berechtigten Leistungserwartung des *B* zurückgeblieben.

Die Mängelrechte des Bestellers greifen allerdings grundsätzlich erst dann, wenn der Besteller das Werk abgenommen hat. Indes ist im vorliegenden Fall die Abnahme gem. § 646 BGB nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen. Der BGH formuliert wie folgt:

„(16) Sinn und Zweck des Winterdienstvertrags ist es, dass der Auftragnehmer den Winterdienst versieht, ohne dass der Auftraggeber jedes Einsatzergebnis billigen soll. Der Auftraggeber soll gerade davon freigestellt werden, seinerseits die Witterung im Blick zu behalten und bei Schneefall bzw. Eisglätte am Ort der Winterdienstleistung zu erscheinen. Auch zum Ende der vereinbarten Wintersaison (30. 4. des Jahres) ist das Werk nicht mehr abnahmebedürftig. An einer Abnahme zu diesem Zeitpunkt besteht für den Auf-

1 BGH, NJW 2013, 3022 (Rdnrn. 9 ff.) = JuS 2013, 1033 (Mäsch).

2 BGH, NJW 2013, 3022 (Rdnr. 14) = JuS 2013, 1033 (Mäsch).

3 BGH, NJW 2013, 3022 (Rdnr. 17) = JuS 2013, 1033 (Mäsch).

traggeber kein Interesse mehr. Denn er kann die Leistung nicht mehr mit dem Ziel als nicht vertragsgerecht zurückweisen, dass eine ordnungsgemäße Erfüllung nachgeholt wird“.

Ist aber die Abnahme des Werkes ausgeschlossen, kann sie auch nicht Voraussetzung für die Mängelrechte des Bestellers sein. Vielmehr kommt es stattdessen auf die Vollendung des Werkes an. Das Gesamtwerk des *U* war spätestens mit dem Ende der Winterperiode, also mit Ablauf des 30.4.2011 vollendet.

Das Minderungsrecht besteht mit der Maßgabe, dass der Besteller es ausüben kann, „statt zurückzutreten“. Es müssen also die weiteren Voraussetzungen des Rücktritts erfüllt sein<sup>4</sup>. Zu diesen Voraussetzungen gehört, dass der Besteller dem Unternehmer eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Indes ist die Fristsetzung im vorliegenden Fall entbehrlich. Der *BGH* stützt dieses Ergebnis auf § 323 II Nr. 3 BGB:

„(19) Für die Auftraggeber der Kl. steht im Vordergrund, dass sie bei Bedarf unverzüglich tätig wird. Angesichts des mit einer Nachfristsetzung notwendigerweise verbundenen Zeitverlusts ist es dem Auftraggeber nicht zuzumuten, der Kl. zunächst eine – wenn auch kurze Nachfrist – zu setzen, weil in diesem Zeitraum nicht hinnehmbare Gefahren für die Gesundheit von Anwohnern, Besuchern und anderen Verkehrsteilnehmern entstehen können“.

Nach hier vertretener Ansicht hätte man die Fristsetzung mit eben dieser Begründung auch schon nach § 323 II Nr. 2 BGB für entbehrlich erklären können: In dem Augenblick, in dem sich Schnee- oder Eisglätte bildet, ist Gefahr im Verzug. Der Auftraggeber ist dann kraft Natur der Sache nur dann an der Leistung des Winterdienst-Unternehmers interessiert, wenn dieser die Gefahr unverzüglich beseitigt. Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als der Vertrag nach Ziff. 4 AGB-U ausdrücklich darauf gerichtet war, den Auftraggeber bei der Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Verkehrspflichten zu unterstützen: Der so definierte Vertragszweck schließt in besonderer Weise die unabdingbare Notwendigkeit einer rechtzeitigen Schnee- und Eisglättebekämpfung ein.

An der Entbehrlichkeit der Fristsetzung ändert nach der zutreffenden Ansicht des *BGH* auch Ziff. 14 AGB-U nichts. Zwar ist darin vorgesehen, dass ein Minderungsrecht nur nach wiederholtem Fehlschlagen der Nachbesserung bestehen soll. Diese Klausel schlösse, wenn sie gelten würde, die Berufung des Bestellers auf § 323 II BGB aus. Indes ist die Klausel aus ebendiesem Grunde nach § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam<sup>5</sup>, denn die Vorschriften, welche eine Fristsetzung für entbehrlich erklären – §§ 281 II, 323 II, 326 V, 636 BGB – beruhen sämtlich auf wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung. Im Fall des § 326 V BGB besteht dieser Grundgedanke darin, dass bei unmöglichen Leistungen eine Fristsetzung schlicht sinnlos ist, weil sie nicht geeignet ist, den Schuldner zur Erfüllung anzuhalten. In den Fällen der §§ 281 II, 323 II, 636 BGB besteht dieser Grundgedanke darin, dass es dem Gläubiger in den dort aufgeführten Fällen unzumutbar ist, die Primärleistung des Schuldners entgegenzunehmen und das Vertragsverhältnis mit ihm fortzusetzen<sup>6</sup>.

Die von *B* erklärte Minderung greift mithin durch. Der Anspruch des *U* auf Zahlung weiterer 400 Euro ist erloschen.

## Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

1. Die Frage, ob ein Dienst- oder ein Werkvertrag vorliegt, erlangt immense praktische Bedeutung, wenn sich der Auftraggeber gegen den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers mit der Begründung wehrt, der Auftraggeber habe schlecht geleistet. Ein Minderungsrecht wegen mangelhafter Leistung gibt es nur beim Werk-, nicht aber beim Dienstvertrag. Das ist gerade für (angehende) Juristen wichtig: Der Honoraranspruch eines Rechtsanwalts kann nämlich nicht allein mit der Begründung gemindert werden, der Anwalt habe fehlerhaft geleistet<sup>7</sup> – eben weil es sich beim Anwaltsvertrag um einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter handelt. Der Mandant kann allenfalls mit gegenläufigen Schadensersatzansprüchen aufrechnen – wenn ihm denn infolge der fehlerhaften anwaltlichen Beratung ein Schaden entstanden ist.

2. Im hier gegebenen Fall hätte man freilich selbst dann zu einer Minderung der Vergütung gelangen müssen, wenn man den Vertrag als Dienstvertrag eingestuft hätte. Spätestens in diesem Fall hätte man sich nämlich der Einsicht nicht verschließen können, dass *U* nicht etwa fehlerhaft, sondern an einem Teil der Schnee- und Eistage *überhaupt nicht* geleistet hat. In diesem Fall hätte man eine *Teilleistung* des *U* annehmen und *B* bezüglich der ausgefallenen Tage einen *teilweisen Rücktritt vom Vertrag* zubilligen müssen – und zwar abermals gem. § 323 II Nr. 3 BGB ohne Fristsetzung. Die Gesamtvergütung hätte sich dann analog § 441 III BGB gemindert<sup>8</sup>.

**Zur Vertiefung:** *Teichmann*, in: *Schwab/Witt*, Examenswissen zum neuen SchuldR, 2. Aufl. (2003), S. 256 ff., zum Werkvertragsrecht allgemein; *Eichel*, JuS 2011, 1064, zum Verhältnis zwischen Minderung und „kleinem“ Schadensersatz.

4 Statt vieler *Teichmann*, in: *Schwab/Witt*, Examenswissen zum neuen SchuldR, 2. Aufl. (2003), S. 256, 278 f.  
 5 *BGH*, NJW 2013, 3022 (Rdnr. 20) = JuS 2013, 1033 (*Mäsch*).  
 6 Näher *Schwab*, AGB-Recht, 2. Aufl. (2014), Rdnrn. 816 ff.  
 7 *BGH*, NJW 2004, 2817; *OLG Koblenz*, NJW-RR 2006, 1358 (1361).  
 8 Vgl. dazu *Soergel/Gsell*, BGB, 13. Aufl. (2005), § 323 Rdnr. 185.