

42. Zur Feststellung des Begriffs des unverhältnismäßigen Aufwandes im Sinne des § 633 Abs. 2 und des Mangels im Sinne des § 634 Abs. 3 B.G.B.

III. Zivilsenat. Urt. v. 31. Mai 1907 i. S. Gemeinde W. (Pl.) w. Gebr. H. (Bekl.). Rep. III. 483/06.

- I. Landgericht Saargemünd.
- II. Oberlandesgericht Colmar.

Durch Vertrag mit der Gemeinde W. hatten die Beklagten für den Neubau der Kirche zu W. neben den Abbruch-, Erd- und Pflasterarbeiten die Mauer- und Steinhauerarbeit gegen bestimmte Vergütung

übernommen. Zur Herstellung des Mauerwerks verwandten sie Kocherner Steine anstatt der ausbedungenen Mackweilerer Steine. Als dasselbe drei Meter hoch gebracht war, erhob die Bestellerin Klage auf Beseitigung des Mangels, in zweiter Reihe auf Rückgängigmachung des Vertrages und in letzter Reihe auf Herabsetzung der Vergütung. Das Landgericht gab dem ersten Antrage statt. Auf eingelegte Berufung erkannte das Oberlandesgericht, nachdem die Beklagten die Beseitigung wegen unverhältnismäßigen Aufwandes verweigert hatten, in Abänderung des angefochtenen Urteils und unter Zurückweisung des Anspruchs auf Wandelung auf Preisminderung. Die von der Klägerin eingelegte Revision hatte den Erfolg, daß, unter Ablehnung des Prinzipalantrags, dem in zweiter Reihe gestellten Antrag gemäß erkannt, und die Beklagten verurteilt wurden, in die Wandelung des Bauvertrages einzuwilligen, aus nachstehenden Gründen:

„Das Berufungsgericht hat den Beklagten die Berechtigung, die Beseitigung des in der Ausführung des Mauerwerks mit Kocherner Steinen anstatt Mackweilerer Steinen, deren Verwendung bei dem Kirchenbau ausbedungen war, beruhenden Mangels zu verweigern, ohne Rechtsirrtum zugestanden. Unverhältnismäßig im Sinne des § 633 Abs. 2 Satz 2 B.G.B. ist der vom Unternehmer zu leistende Aufwand unter der Voraussetzung, daß der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem Besteller gewährt, gegen den für die Beseitigung erforderlichen Aufwand an Kosten und Arbeit so geringwertig ist, daß Vorteil und Aufwand in offensichtlichem Mißverhältnis stehen, die Beseitigung solchergestalt sich nicht lohnt. Diese Voraussetzung ist nach den tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils im vorliegenden Falle gegeben. Der Umbau des Mauerwerks, der erforderlich ist, um die Kocherner Steine durch Mackweilerer Steine zu ersetzen, bedingt einen Kostenaufwand von mehr als 20000 *M.*, während der Vorteil, den die Einbauung von Mackweilerer Steinen bietet, sich nur auf 8000 *M.* beziffert. Der Angriff, den die Revision gegen die Zulassung der Einrede des erforderlichen unverhältnismäßigen Aufwandes erhebt, erweist sich daher als unbegründet.

Zutreffend dagegen ist die Rüge der Abweisung des eventuell gestellten Antrages auf Verurteilung der Beklagten zur Einwilligung

in die Wandelung des abgeschlossenen Bauvertrages. Das Berufungsgericht verurteilt den Wandelungsanspruch mit der Ausführung, daß der durch die Verwendung der Kocherner Steine gegebene Mangel den Wert und die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindere, und daher die Wandelung nach § 634 Abs. 3 B.G.B., unbeschadet des Umstandes, daß der Mangel in dem Nichtvorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft bestehe, ausgeschlossen sei. In diesem letzten Teile kann der Ausführung nicht beigetreten werden. Wird zunächst der Wortlaut des § 634 Abs. 3 B.G.B. in Betracht gezogen, so kann nicht zugegeben werden, daß dieser der Auslegung des Berufungsgerichts mehr entspricht, als der gegenteiligen Ansicht, nach welcher der Ausschluß der Wandelung auf das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften sich nicht bezieht. Der Mangel des Werkes, den der Unternehmer nach § 633 B.G.B. zu vertreten hat, besteht entweder in dessen Behaftetsein mit Fehlern, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben bzw. mindern, oder in dem Nichtvorhandensein der zugesicherten Eigenschaften ohne Rücksicht auf dadurch bewirkte Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit des Werkes. Das Gesetz macht nach § 634 Abs. 3 B.G.B. den Ausschluß abhängig von der Wirkung des Mangels auf den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes dem Grade nach; die Annahme, daß der Ausschluß sich lediglich bezieht auf die erstgenannte Art der Mängel, die in der Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit ihren Grund haben, im Gegensatz zu der zweitgenannten Art, die ohne Rücksicht auf Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit vorhanden sind, liegt danach, unbeschadet des Umstandes, daß beide Arten, wie in § 633, so auch in § 634 Abs. 1 und 2 mit dem Ausdruck „Mangel“ bezeichnet werden, mindestens ebenso nahe als die im angefochtenen Urteil vertretene Annahme. Es kann daher jedenfalls nur Zweideutigkeit des Ausdrucks zugegeben werden; ist das aber der Fall, dann bleibt entscheidend, daß innere Gründe dagegen sprechen, die Wirkung des in dem Nichtvorhandensein der zugesicherten Eigenschaften bestehenden Mangels des Werkes auf den Wandelungsanspruch ausschließlich nach der Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit zu bestimmen, und den Wandelungsanspruch trotz Nichtvorhandenseins der zugesicherten Eigenschaften bloß deshalb zu verurteilen, weil die Vertragswidrigkeit der

Leistung auf den objektiven Wert oder die Tauglichkeit keinen oder nur unerheblichen Einfluß hat. Es erscheint nicht gerechtfertigt, dem Besteller die Rechtsbefugnis zu versagen gegen den Unternehmer, der seine Vertragspflicht durch Nichtachtung der bezüglich der Eigenschaften des Werkes getroffenen Vereinbarungen absichtlich oder unabsichtlich verletzt, die ihm gegen den Unternehmer zusteht, der ein Werk liefert, das mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit nicht unerheblich mindern. Die Gesetzesmaterialien führen zu solcher Versagung so wenig, daß sie im Gegenteil für die Annahme sprechen, daß der Gesetzgeber im § 634 Abs. 3 B.G.B. die Wandelung allein da ausgeschlossen hat, wo ein positiver Fehler dem Werke anhaftet, und nicht auch da, wo mangels zugesicherter Eigenschaft das Werk als vertragswidrig sich erweist. Einerseits verweisen die Motive, indem sie die Nichteinräumung des Rücktrittsrechts regeln, auf § 382 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs, jetzt § 459 Satz 2, und damit auf eine Vorschrift, welche der Sache anhaftende positive Fehler im Gegensatz zu zugesicherten Eigenschaften zum Gegenstande hat. Andererseits rechtfertigt auch die vorausgehende, vom Berufungsgericht den Motiven entnommene Ausführung, daß die Unterstellung eines Garantieversprechens zwar bei dem Kaufe einer individuell bestimmten Sache, nicht aber bei der Übernahme der Herstellung eines erst noch zu beschaffenden Werkes begründet sei, und daß der Unternehmer, der hierfür bestimmte Eigenschaften zusichere, dabei regelmäßig nur eine gewöhnliche Leistungspflicht übernehme, die nach den allgemeinen Regeln über die Folgen der Nichtleistung zu beurteilen sei, nicht die Folgerung, daß das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften ohne Zutritt erheblicher Wertminderung zum Wandelungsanspruch nicht hat berechtigen sollen. Um so weniger ist dies anzunehmen, als dieselbe sich lediglich gegen den Standpunkt richtet, der die Vorschriften über die Haftung des Veräußerers in Veräußerungsfällen allgemein zum Vorbilde und zur Richtschnur nimmt, und als sie zu dem Schluß gelangt, daß es sich empfiehlt, die an die Vertragspflicht des Unternehmers sich knüpfenden Rechtsfolgen nach Rücksichten praktischer Zweckmäßigkeit durch spezielle Vorschriften zu regeln. Somit erscheint die Auslegung geboten, daß durch § 634 Abs. 3 B.G.B. die Wandelung allein unter der Voraussetzung ausgeschlossen ist, daß das Werk mit einem positiven Fehler behaftet ist, der den Wert oder die Tauglichkeit des

Wertes nur unerheblich mindert.<sup>1</sup> Die Vertragswidrigkeit der Leistung durch Verwendung der Kocherner Steine anstatt der ausbedungenen Mackweilerer Steine ist ohne Rechtsverstoß festgestellt. In Abänderung des angefochtenen Urteils ist daher dem eventuellen Antrage auf Wandelung stattzugeben.“ . . .

---

<sup>1</sup> Übereinstimmend: Oertmann, Recht der Schuldverh. 2. Aufl. Bem. zu § 634; Pand, 3. Aufl. Bem. zu § 634; v. Staubinger, 2. Aufl. Bem. zu § 634 O.G.B.; Urt. des Kammergerichts vom 19. November 1903 (Rechtspr. d. O.G.B. Bd. 7 S. 477).  
D. E.