

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 633 Abs. 2 Satz 2; VOB/B § 13 C Nr. 6

- a) Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserungskosten, die den Unternehmer zur Verweigerung der Nachbesserung berechtigt, wird in aller Regel nur anzunehmen sein, wenn ein objektiv geringes Interesse des Bestellers an einer völlig ordnungsgemäßen Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb unangemessener Aufwand gegenübersteht. Ist die Funktionsfähigkeit des Werkes spürbar beeinträchtigt, so kann Nachbesserung regelmäßig nicht wegen hoher Kosten verweigert werden.
- b) Nachbesserungsmehrkosten, die durch den Aufwand für die Erbringung der mangelhaften Leistung oder deren Beseitigung, für die Leistungserbringung außerhalb des normalen Leistungszusammenhangs sowie durch Kostensteigerung infolge von Zeitablauf bedingt sind, gehören zum Erfüllungsrisiko des Unternehmers und können regelmäßig den Einwand der Unverhältnismäßigkeit nicht rechtfertigen.

BGH, Urteil vom 4. Juli 1996 - VII ZR 24/95 - OLG Stuttgart
LG Ulm

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 24/95

Verkündet am:
4. Juli 1996
Werner
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juni 1996 durch die Richter Prof. Dr. Thode, Prof. Quack, Dr. Haß, Hausmann und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird:

1. unter teilweiser Aufhebung und Abänderung des Urteils des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 30. Dezember 1994 der Beklagte zur Zahlung von lediglich 154.768,15 DM verurteilt, und zwar Zug um Zug gegen Beseitigung der in I. 3. des Berufungsurteils sowie in 2. des Revisionsurteils aufgeführten Mängel;

2. auf die Widerklage des Beklagten hin unter Abänderung des Berufungsurteils die Klägerin verurteilt, auf ihre Kosten gemäß den Ausführungen im angefochtenen Urteil (BU 64 u/65 m) sowie den Ausführungen des Sachverständigen S. in der Sitzung des Berufungsgerichtes vom 26. September 1994 (S. 5/6 des Sitzungsprotokolls, GA VI Bl. 996/997 - Anlage zum Tenor) einen auf die tatsächlichen Verhältnisse des Aufzugschachtes im Hotel des Beklagten abgestimmten Fahrkorb außerhalb der Standardbedingungen der Aufzugfirmen zur Größe von 1,00 m x 1,70 m und mit einer Tragkraft von 600 kg, zugelassen für acht Personen, individuell anfertigen zu lassen, unter



Ausbau des bisherigen Fahrkorbes einzubauen und vom TÜV abnehmen zu lassen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben zu tragen:

Die Klägerin 13/20 der Kosten erster Instanz, 4/5 der Kosten zweiter Instanz, 19/20 der Gerichtskosten des Revisionsverfahrens und 14/15 der außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens; der Beklagte 7/20 der Kosten erster Instanz, 1/5 der Kosten zweiter Instanz, 1/20 der Gerichtskosten des Revisionsverfahrens und 1/15 der außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens.

Der Beklagte allein trägt außerdem die außergerichtlichen Kosten der Drittwiderbeklagten in erster Instanz sowie 1/5 der ihr als Streithelferin der Klägerin in zweiter Instanz entstandenen außergerichtlichen Kosten.

Von Rechts wegen

Anlage zum Tenor:

der Aufzug nach Gewicht und Personenzahl nachgerüstet werden kann, ohne daß die Aufzugschachtgröße verändert werden muß:

Der Sachverständige hierzu:

Unter Standardbedingungen (sowohl von dem was von Aufzugsfirmen angeboten wird, als auch von den Normen her) war und ist eine Nachbesserung im Sinne der Vergrößerung des Fahrkorbs nicht möglich. Dagegen außerhalb der Standardbedingungen (in diesem Fall der Standards der Lieferanten) wäre eine Verbesserung möglich, indem der Fahrkorb in der Tiefe zunimmt. Auch kann ich in der Breite etwa 10 cm zugeben (statt 90 cm 1 m). Vielleicht könnte man sogar auf 1,10 m gehen. Dies würde aber voraussetzen, daß der Schacht sehr sauber fluchtet.

Auf Frage der Sachverständige:

Die diskutierte Möglichkeit einer Verstärkung des bestehenden Fahrstuhls auf 525 kg ist auch aus meiner Sicht denkbar. Das bringt beim Fahrkorb nichts, bringt nur eine höhere Tragfähigkeit. Das ist dann ein technisches Problem im Bereich des Motors bzw. der Pumpe. Auch ein Aufwand von 6.000 DM (in etwa, wie ihn die Fa. Aupperle benannt haben soll), läge im Rahmen des Denkbaren.

Zu den Kosten einer individuellen Lösung:

Da taucht das praktische Problem auf, wer das überhaupt übernimmt. Es kann hier nicht vernünftig montiert werden, die Türen sitzen möglicherweise nicht an der richtigen Stelle und anderes. Falls letztes der Fall ist, muß praktisch alles raus und dann von Grund auf ein neuer Aufzug hineingebaut werden. Ein ähnlicher Fall lag mir vor etwa 1/4 Jahr vor (Juli 1994). Auf die Ausschreibung ergaben sich drei Angebote mit 115.000 DM, 140.000 DM und 131.000 DM jeweils netto, also brutto im Schnitt rund 150.000 DM.

Auf weitere Frage des Klägervertreters:

In der DIN-15306 war bereits als geringste Größe 400 kg vorgesehen. Bei einer Breite von 1,10 m. Die Breite von 1,10 m war sozusagen die geringste sinnvolle Breite nach damaliger Vorstellung. So ist es bis heute. Der eingebaute Aufzug mit 90 cm Breite entsprach also schon früher nicht der "Norm".

Auf zusätzliche Frage:

Theoretisch ist es evtl. auch möglich, ohne Änderung des Aufzugsschachts einen Standardaufzug mit einer Breite von 1,10 m einzubauen. Dies aber setzt voraus, daß der Aufzugsschacht absolut genau fluchtet, so daß die Toleranzen in vollem Maße genutzt werden können. Ob dies der Fall ist, weiß ich nicht. Das müßte überprüft werden. Ich selber würde das Risiko nicht übernehmen, sondern mir Angebote von Aufzugfirmen hierzu geben lassen.

Nachdem keine weiteren Fragen mehr an den Sachverständigen sind, erklärt dieser auf Frage, ihm brauche das selbst Diktierte und das in seinem Beisein vom Richter diktierte, hinsichtlich seiner Angaben nicht erneut vorgespielt werden. Er genehmige seine Angaben.

Der Sachverständige wird um 11.05 Uhr entlassen.

Der Sachverständige W. wird hervorgerufen.

Er erklärt zur Person:

Ulrich W., Sachverständige für Hochbau, wohnhaft N., mit den Parteien nicht verwandt oder verschwägert.

Tatbestand:

Die Parteien sind Partner eines Generalunternehmervertrags über einen Hotelausbau für rund 2 Mio. DM pauschal.

Von dem Streit der Parteien ist in der Revisionsinstanz nur noch der von der Klägerin eingebaute Aufzug von Interesse. Dieser weist nur die Hälfte der vereinbarten Tragfähigkeit aus und ist auch wesentlich kleiner als geschuldet. Der Beklagte verlangt insoweit in der Revisionsinstanz nur noch, daß dieser Aufzug unter Erhöhung der vom Berufungsgericht allein zugesprochenen Minderung durch Anhebung der Tragfähigkeit und Anpassung an die Verhältnisse des Aufzugschachtes nachgebessert werden solle.

Das Landgericht hat der Widerklage insoweit stattgegeben. Es hat nämlich den vollen vertragsgemäßen Neueinbau des Aufzugs nach Maßgabe des Widerklageantrages des Beklagten ausgesprochen. Das Oberlandesgericht hat die Nachbesserung für unverhältnismäßig gehalten und lediglich eine Minderung von 80.000 DM zugesprochen.

Mit der Revision begehrt der Beklagte Nachbesserung in dem von dem Berufungsgericht als modifizierte Nachrüstung bezeichneten Umfang zuzüglich einer Minderung von insgesamt 100.000 DM.

Der Senat hat die Revision nur in diesem Umfang angenommen. Im übrigen hat er die weitergehenden Revisionen der Klägerin und des Beklagten nicht angenommen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat im Umfang der Annahme Erfolg. Sie führt in diesem Umfang zur Verurteilung der Klägerin nach Maßgabe der Revisionsanträge.

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der eingebaute Aufzug weiche erheblich von den vertraglichen Vorgaben ab. Es sei jedoch eine Nachbesserung im Sinne dieser Vorgaben wegen zu befürchtender Schädigung des Gebäudes, aber auch wegen zu hoher Kosten nicht möglich. Hingegen komme eine modifizierte Nachbesserung nach Maßgabe der Vorschläge des Sachverständigen S. an sich in Frage. Die dafür erforderlichen Kosten von 150.000 DM seien jedoch unverhältnismäßig, weshalb die Klägerin diese Form der Nachbesserung verweigern könne. Mit dem zugesprochenen Minderungsbetrag von 80.000 DM könne der Beklagte die Tragfähigkeit des Aufzugs auf 525 kg erhöhen, was etwa 20.000 DM koste, mit den restlichen 60.000 DM sei die verbleibende Wertdifferenz mit einem Hotel mit vertragsgemäßigem großzügigen Aufzug abgedeckt.

II.

Dagegen wendet sich die Revision der Klägerin mit Erfolg.

a) Nach § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB, § 13 Nr. 6 VOB/B kann der Unternehmer die Beseitigung eines Mangels verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Nach der Senatsrechtsprechung (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1972 - VII ZR 181/71 = BGHZ 59, 365, 367 = BauR 1973, 112 = NJW 1973, 138) ist das der Fall, wenn mit der Nachbesserung der in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielbare Erfolg oder Teilerfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür erforderlichen Geldaufwandes steht.

Danach wird Unverhältnismäßigkeit in aller Regel nur anzunehmen sein, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer völlig ordnungsgemäßen Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht. Hat der Besteller hingegen objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages, was vor allem anzunehmen ist, wenn die Funktionsfähigkeit des Werks spürbar beeinträchtigt ist (MünchKomm/Soergel, 2. Aufl., § 633 Rdn. 136), so kann ihm regelmäßig nicht wegen hoher Kosten die Nachbesserung verweigert werden.

Die danach anzustellenden Abwägungen haben nichts mit dem Preis/Leistungsverhältnis des Vertrages zu tun. Ohne

Bedeutung ist auch das Verhältnis von Nachbesserungsaufwand und den zugehörigen Vertragspreisen, ebenso wenig allein das Verhältnis von Nachbesserungsaufwand und der dadurch zu erreichenden Wertsteigerung (BGH, Urteil vom 23. Februar 1995 - VII ZR 235/93 = BauR 1995, 540 = ZfBR 1995, 197 = NJW 1995, 1836). Dem Besteller kann der Anspruch auf ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages in aller Regel nicht mit dem Argument abgeschnitten werden, diese sei zu teuer oder unwirtschaftlich. Vielmehr ist der Einwand der Unverhältnismäßigkeit nur dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäßer Vertragserfüllung sich mit Rücksicht auf das objektive Interesse an ordnungsgemäßer Erfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände als Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1972 - VII ZR 181/71 = BGHZ 59, 365, 367 = BauR 1973, 112 = NJW 1973, 138; BGH, Urteil vom 23. Februar 1995 - VII ZR 235/93 = BauR 1995, 540 = ZfBR 1995, 197 = NJW 1995, 1836). Bei der danach gebotenen Abwägung ist unter anderem auch zu berücksichtigen, ob und in welchem Ausmaß der Unternehmer den Mangel verschuldet hat (BGH, Urteil vom 23. Februar 1995 - VII ZR 235/93 = BauR 1995, 540 = ZfBR 1995, 197 = NJW 1995, 1836).

Diese Auslegung ergibt sich aus der vertraglichen Risikoverteilung. Der Unternehmer trägt grundsätzlich das Erfüllungsrisiko für die versprochene Leistung, und zwar ohne Rücksicht auf den dafür erforderlichen Aufwand. Er kann dagegen nicht einwenden, dieser sei höher, oder auch unverhältnismäßig höher, als der vereinbarte Preis. Vielmehr ist er grundsätzlich bis an die Grenze des Wegfalls der Ge-

schäftsgrundlage zu jedem erforderlichen Aufwand verpflichtet. Diese Risikoverteilung wird nicht dadurch verändert, daß der Unternehmer mangelhaft leistet. Deshalb können im Regelfall weder die für die mangelhafte Leistung aufgewandten Kosten, noch auch der etwa für ihre Beseitigung erforderliche Aufwand, noch ferner die Mehrkosten für die Erbringung außerhalb des normalen Leistungszusammenhangs noch schließlich auch Kostensteigerungen durch Zeitablauf eine Rolle spielen. Alle diese Umstände, die den Nachbesserungsaufwand erhöhen können, gehören grundsätzlich zum Erfüllungsrisiko des Unternehmers. Es darf auch keinen Unterschied machen, ob der Unternehmer, wozu er verpflichtet ist, Fehler des Werkes aus freien Stücken nachbessert oder ob er es darauf ankommen läßt, eine fehlerhafte Leistung abzuliefern, um sich dann auf Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung zu berufen.

b) Das hat das Berufungsgericht nicht beachtet und den Sachverhalt nur unvollständig gewürdigt.

Das Interesse des Beklagten an einer ordnungsgemäßen Erfüllung muß als sehr hoch eingeschätzt werden. Das ergibt sich schon daraus, daß ein unzulänglicher Aufzug in einem Hotel dessen Funktionsfähigkeit beeinträchtigt. Ein Aufzug, der lediglich eine Person mit Gepäck befördern kann, ist für die Zwecke eines Hotels weitgehend unbrauchbar. Er führt zu für die Gäste unzumutbaren Wartezeiten in den Stoßzeiten am Morgen (Frühstück und Abreise). Daß beispielsweise nicht einmal ein Ehepaar mit Gepäck den Aufzug gemeinsam benutzen kann, können Hotelgäste berechtigterweise als unzumutbar empfinden. Eine derart mangelhafte Auf-

zugsleistung ist ein deutlicher Komfortmangel der Gesamtanlage. Sie wirkt sich wertmindernd auf die Gesamtinvestition aus. Die vom Sachverständigen vorgeschlagene Nachbesserung kann zwar die Nutzbarkeit nicht auf das vertraglich geschuldete Maß erhöhen, sie kann sie aber spürbar verbessern und deshalb einen wesentlichen Teilerfolg in Richtung auf eine vertragsgemäße Leistung bewirken.

Gegenüber der Beeinträchtigung der Gesamtinvestition sind die Kosten der nach Sachlage allein möglichen Nachrüstung nach Maßgabe der Vorschläge des Sachverständigen eher als gering und deshalb keinesfalls als unverhältnismäßig einzuordnen. Hinzu kommt noch, daß die unzureichende Größe des Aufzugs auf einer Planabweichung beruht, die nicht ohne Verschulden des Beklagten zustande gekommen sein kann.

Auch nach der Nachrüstung ist die Anlage als im Vergleich zur vertragsgemäßen Leistung deutlich wertgemindert einzuschätzen, weil die dann mögliche Nutzung immer noch erheblich hinter der vertraglich geschuldeten Nutzbarkeit zurückbleibt, sich also weiterhin als Komfortmangel des Hotels auswirkt. Danach kann die Klägerin neben den Nachbesserungskosten für den verbleibenden Mangel Minderung jedenfalls im geltend gemachten Umfang von weiteren 20.000 DM verlangen.

III.

Die Sache ist nach alledem auch entscheidungsreif. Weitere Aufklärung ist nicht zu erwarten.

Somit hat die Klägerin den Aufzug im Sinne der Nachbesserung der vom Sachverständigen S. vorgeschlagenen "modifizierten" Nachrüstung nachzubessern. Für die verbleibende Wertminderung kann der Beklagte die geforderte Minderung beanspruchen.

Thode

Quack

Haß

Hausmann

Wiebel