

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 143/77

URTEIL

Verkündet am
20. April 1978
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S[REDACTED] Erich Sch[REDACTED] W[REDACTED]- und A[REDACTED] KG,
vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter
Erich Sch[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED], N[REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Klemens Wi[REDACTED], Baugeschäft, N[REDACTED] Straße [REDACTED],
Al[REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. April 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Obenhaus

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 5. Mai 1977 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, ein Bauträgerunternehmen, ließ in den Jahren 1967 - 1969 in N[REDACTED] eine Reihenhaussiedlung erstellen. Die Ausführung der Rohbauarbeiten für 13 Reihenhäuser übertrug sie mit Vertrag vom 4. Oktober 1967 der Beklagten. Nach § 1 des Vertrages ist die Geltung der VOB/B vereinbart. Außerdem ist u.a. bestimmt:

§ 5 Garantie (Gewährleistung)

- 5.2 Alle während dieser Zeit entstehenden Mängel und Schäden, welche auf mangelhafte Arbeit oder Verwendung nicht den Vorschriften entsprechenden Materialien zurückzuführen sind, müssen sofort nach Aufforderung durch den Auftraggeber ausgebessert bzw. ausgewechselt werden.

- 3 -

5.3 Widrigenfalls steht dem Auftraggeber das Recht zu, nach Ablauf einer angemessenen Nachfrist die Mängel auf Kosten des Unternehmers anderweitig beheben zu lassen. ...

....."

Eines der Reihenhäuser veräußerte die Klägerin an die Eheleute P[REDACTED]. Diesen trat sie die Gewährleistungsansprüche gegen die Beklagte und die anderen bei der Erstellung der Häuser beteiligten Bauunternehmer ab.

Am 5. November 1970 schrieb die Klägerin der Beklagten:

"Verschiedene Käufer von Eigenheimen beschwerten sich darüber, daß nachbarliche Geräusche als belästigend empfunden werden.

Da wir verpflichtet sind, die DIN 4109 zu gewährleisten, unterbrechen wir vorsorglich den Gewährleistungsablauf.

Bis zum heutigen Tage ist diesbezüglich kein Verfahren anhängig. Sollte jedoch das Gericht darüber befinden müssen, so werden wir im Zuge eines amtlichen Beweissicherungsverfahrens darauf bestehen, die gemeinsamen Haustrennwände zu öffnen und zu prüfen, ob die Arbeiten nach Leistungsbeschreibung durchgeführt wurden. Wir hoffen nicht, daß diese Maßnahmen ergriffen werden müssen, bestehen aber darauf, daß die Gewährleistung ab sofort unterbrochen wird. ..."

In der Folgezeit gingen die Eheleute P[REDACTED] wegen der mangelhaften Schalldämmung ihres Hauses gerichtlich gegen die Klägerin vor. Der Rechtsstreit endete mit einem außergerichtlichen Vergleich, in dem sich die Klägerin verpflichtete, den Eheleuten P[REDACTED] zur Abgeltung ihrer Ansprüche 5.000 DM zu zahlen.



Die Klägerin behauptet, die mangelhafte Schalldämmung des Hauses der Eheleute P[REDACTED] beruhe auf der schlechten Bauausführung durch die Beklagte. Von dieser verlangt sie deshalb mit der Klage für die an die Eheleute P[REDACTED] gezahlten 5.000 DM sowie für die von ihr in diesem Zusammenhang gezahlten Gerichts-, Anwalts- und Gutachterkosten von zusammen 1.806,63 DM Ersatz in Höhe von insgesamt 6.806,63 DM nebst Zinsen.

Die Beklagte ist demgegenüber der Auffassung, schon weil die Klägerin ihre Gewährleistungsansprüche an die Erwerber abgetreten habe, könne sie nichts von ihr verlangen; in jedem Falle seien derartige Ansprüche aber verjährt.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Klägerin aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch auf den Klagebetrag zustehe.

Die Revision bleibt ohne Erfolg.

A.

Anspruch auf Ersatz der an die Eheleute
P. [REDACTED] gezahlten 5.000 DM

I. Vertragliche Ansprüche

Die Klägerin leitet diesen Zahlungsanspruch aus angeblichen Mängeln der Werkleistungen der Beklagten her, welche die Schalldämmung der Reihenhäuser nicht vertragsgerecht hergestellt haben soll.

Aufgrund des Werkvertrages vom 4. Oktober 1967 wäre die Beklagte zur Bezahlung dieses Betrages nur verpflichtet, wenn sie ihn als Ersatz von Fremdnachbesserungskosten (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B) oder als Schadensersatz zum Ausgleich verbleibender mangelbedingter Nachteile (§ 13 Nr. 7 VOB/B) schulden würde. Das Berufungsgericht hat nicht geklärt, ob die geforderten 5.000 DM Ersatz von Nachbesserungskosten oder Schadensersatz sind. Das kann auch dahinstehen. Denn die Beklagte hat zu keiner Zeit der Klägerin oder den Eheleuten P. [REDACTED] Ersatz von Fremdnachbesserungskosten oder Schadensersatz geschuldet. Deshalb kann die Klägerin weder aus eigenem Recht noch etwa im Wege einer entsprechenden Ermächtigung aus dem Recht der Eheleute P. [REDACTED] Zahlung dieses Betrages verlangen. Auf die vom Berufungsgericht verneinte Rückübertragung der Gewährleistungsansprüche auf die Klägerin kommt es daher nicht an, und ebenso ist kein Raum für vom Berufungsgericht behandelte Ansprüche aus Drittschadensliquidation oder aus Vertrag zugunsten Dritter. Schließlich kann mangels einer Mithaftung der Beklagten aufgrund der Zahlung an die Ehe-

leute P[REDACTED] der Klägerin auch ein Ausgleichsanspruch nach § 426 BGB nicht entstanden sein. Deshalb braucht nicht auf die vom Berufungsgericht verneinte und von der Revision aufgegriffene Frage eingegangen zu werden, ob in Fällen der vorliegenden Art Bauträger und Bauunternehmer niemals Gesamtschuldner hinsichtlich der den Erwerbern abgetretenen Gewährleistungsansprüche sein können.

1. Ansprüche auf Ersatz von Fremdnachbesserungskosten gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B und Schadensersatz gemäß § 13 Nr. 7 VOB/B setzen nämlich voraus, daß der Auftraggeber vom Auftragnehmer zunächst Nachbesserung verlangt. Das ist hier in § 5.2 des Werkvertrages nochmals besonders hervorgehoben. Für die Nachbesserung hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer grundsätzlich eine Frist zu setzen. Erst wenn der Auftragnehmer diese Frist ungenutzt hat verstreichen lassen, ist Raum für weitere Ansprüche wie die auf Erstattung der Kosten für die Ersatzvornahme und auf Schadensersatz, welche hier allein in Betracht kommen. An einer solchen Aufforderung zur Nachbesserung fehlt es hier.

2. Daß die Eheleute P[REDACTED] von der Beklagten Nachbesserung verlangt hätten, hat die Klägerin nicht behauptet. Auch sie selbst hat weder im eigenen Namen noch für die Eheleute P[REDACTED] Nachbesserung von der Beklagten verlangt. In ihrem Schreiben an die Beklagte vom 5. November 1970 hat sie zwar darauf hingewiesen, daß sich verschiedene Erwerber über lästige Geräusche beschwert hätten; hierwegen werde man sich möglicherweise an die Beklagte halten müssen. Dieses Schreiben war jedoch keine ordnungsgemäße Aufforderung zur Mängelbeseitigung. Eine solche

Aufforderung muß den Auftragnehmer erkennen lassen, was ihm vorgeworfen und welche Abhilfe von ihm erwartet wird (vgl. die Senatsentscheidungen BGH NJW 1972, 1280, 1281, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 58, 332 ff; BGHZ 62, 293, 295). Diesen Anforderungen genügte das Schreiben der Klägerin nicht. Weder geht aus ihm hervor, bei welchen von den erstellten Reihenhäusern die gerügten Mängel vorlagen, noch enthielt es insbesondere eine Aufforderung zur Abhilfe.

Daß die Klägerin bei anderen Gelegenheiten von der Beklagten Nachbesserung gefordert hätte, hat die Revision nicht dargelegt.

3. Es fehlt im übrigen auch an der Nachfrist für die Beseitigung der Mängel, die nach § 5.3 des Werkvertrages verstrichen sein mußte, bevor der Klägerin das Recht zustand, die Mängel auf Kosten der Beklagten anderweitig beheben zu lassen.

4. Daß Aufforderung zur Mängelbeseitigung und Nachfrist etwa deswegen entbehrlich gewesen wären, weil die Beklagte die Mängelbeseitigung von vorneherein abgelehnt hätte, oder die Beseitigung unmöglich gewesen wäre, stellt das Berufungsgericht nicht fest. Die Revision erhebt insoweit auch keine Rüge.

5. Schon aus diesen Gründen sind Zahlungsansprüche auf Ersatz von Fremdnachbesserungskosten oder auf Schadensersatz gegen die Beklagte nicht entstanden. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob derartige Zahlungsan-

sprüche nicht auch an der von der Beklagten erhobenen Verjährungseinrede scheitern würden.

II.

Außervertragliche Ansprüche

Auch wenn mit dem Berufungsgericht davon ausgegangen wird, daß die Klägerin nach der Befriedigung der Ansprüche der Eheleute P. nicht wieder Inhaber der abgetretenen Gewährleistungsansprüche geworden ist, und auch wenn unterstellt wird, daß die Klägerin mit der Bezahlung der 5.000 DM an die Eheleute P. auch deren Ansprüche gegen die Beklagte hat befriedigen wollen, können Ansprüche der Klägerin aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 683 BGB und aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 BGB nicht bejaht werden.

1. Die Klägerin mag mit dieser Zahlung ein Geschäft der Beklagten, also ein objektiv fremdes Geschäft, mitbesorgt haben (vgl. BGHZ 65, 354, 357 und Senatsurteil vom 23. Februar 1978 - VII ZR 11/76). Da die Beklagte jedoch weder zum Ersatz von Fremdnachbesserungskosten noch zum Schadensersatz, also nicht zu einer Zahlung, verpflichtet war, scheitert ein Anspruch der Klägerin auf Aufwendungsersatz gemäß § 683 BGB schon daran, daß diese Geschäftsführung weder dem wirklichen noch dem mutmaßlichen Willen der Beklagten entsprach. Das war auch für die Klägerin nach dem Inhalt des von ihr maßgeblich bestimmten Werkvertrages mit der Beklagten, wonach Zahlungsansprüche erst nach Aufforderung zur Mängelbeseitigung und darüber hinaus erst nach fruchtlosem Ablauf einer Nachfrist entstehen, leicht erkennbar.

2. In Frage kommen könnten danach nur noch Bereicherungsansprüche gemäß §§ 684, 267, 812 BGB, weil die Beklagte - wegen der zur endgültigen Abfindung der Eheleute P. von der Klägerin geleisteten Zahlung von 5.000 DM - etwa die ihr (der Beklagten) aufgrund der Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegenüber den Eheleuten P. obliegende Mängelbeseitigung erspart und diese Ersparnis auf Kosten der Klägerin "erlangt" hätte (vgl. Senatsurteil vom 23. Februar 1978 - VII ZR 11/76). Allerdings ist bislang nicht geklärt, ob die angeblichen Mängel der Schallisolierung auf Mängel der Werkleistung der Beklagten beruhen, die diese nach entsprechender Aufforderung hätte beseitigen müssen. Das kann aber auch offen bleiben, weil die Klägerin vorliegend einen Bereicherungsanspruch nicht geltend machen könnte. Die Gewährleistungsbestimmungen des Werkvertragsrechtes und der VOB/B stellen eine abschließende Sonderregelung dar. Hat der Auftraggeber die Voraussetzungen für den vertraglichen Anspruch auf Ersatz der Fremdnachbesserungskosten oder auf Schadensersatz nicht erfüllt, kann er insoweit auch keinen Anspruch aus Bereicherung geltend machen (BGHZ 46, 242, 246; BGH NJW 1963, 806; 1966, 39, 40; 1968, 43).

Das gleiche gilt, wenn es - wie hier - um vom Auftraggeber an einen Erwerber abgetretene Gewährleistungsansprüche geht. Auch insoweit müssen die Voraussetzungen für den Anspruch auf Ersatz von Fremdnachbesserungskosten oder auf Schadensersatz vorliegen. Befriedigt der Auftraggeber nach der Abtretung seiner Gewährleistungsansprüche an den Erwerber dessen Mängelansprüche, ohne daß diese Voraussetzungen gegenüber dem Auftragnehmer eingehalten sind, kann er von diesem nicht aus ungerechtfertig-

8

tigter Bereicherung das verlangen, was dieser an Mängelbeseitigungskosten erspart. Denn anderenfalls wäre der Auftraggeber bei Abtretung seiner Gewährleistungsansprüche besser gestellt, als wenn sie ihm selbst zustünden. Dafür fehlt jegliche Berechtigung (vgl. Senatsurteil vom 23. Februar 1978 - VII ZR 11/76).

B.

Anspruch auf Ersatz der Gerichts-,
Rechtsanwalts- und Gutachterkosten
von 1.806,36 DM

Auch dieser Anspruch scheitert daran, daß die Beklagte von den Eheleuten P. und von der Klägerin nicht ordnungsgemäß zur Mängelbeseitigung aufgefordert worden ist, sich somit nicht in Verzug befand. Sie war nicht zum Ersatz von Fremdnachbesserungskosten, zum Schadensersatz oder zu sonstigen Zahlungen verpflichtet. Auch wegen der der Klägerin entstandenen Gerichts-, Anwalts- und Gutachterkosten besteht deshalb hier keine Ersatzverpflichtung der Beklagten aus Vertragsverletzung. Außervertragliche Ansprüche kommen insoweit ebenfalls nicht in Betracht.

C.

Die Revision ist nach alledem mit der Kostenfolge
aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Obenhaus