

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ~~nein~~ nein

BGB §§ 633, 683, 812

Ein Anspruch des Bestellers auf Ersatz von Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln kann, wenn er nach Werkvertragsrecht nicht begründet ist, auch nicht auf die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung oder über die Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt werden.

BGH, Urt. v. 28. September 1967 - VII ZR 81/65 - OLG Bamberg
LG Würzburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 81/65

URTEIL

Verkündet am

28. September 1967

Jodas,

Justizangestellter

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma Jalousienfabrik C [REDACTED] KG, vertreten durch
ihren persönlich haftenden Gesellschafter Georg C [REDACTED], O [REDACTED]
[REDACTED], C [REDACTED]-P [REDACTED]-Str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma W [REDACTED], W [REDACTED] und R [REDACTED] KG, M [REDACTED]
[REDACTED], L [REDACTED], vertreten durch den persönlich haftenden
Gesellschafter R [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 2 a Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Bamberg vom 26. November 1964 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt Leichtmetalljalousien her. Am 1. Februar 1957 schlossen die Parteien einen schriftlichen Vertrag, in dem die Klägerin der Beklagten das Recht zum alleinigen Vertrieb ihrer Erzeugnisse in bestimmten Gebieten einräumte. Die Beklagte lieferte die Jalousien an ihre Abnehmer in eigenem Namen und für eigene Rechnung. Für die vertraglichen Beziehungen der Parteien waren ferner die "Verkaufsbedingungen" der Klägerin maßgebend. In diesen heißt es unter Ziff. II 3:

"Reklamationen und Beanstandungen aller Art müssen unverzüglich nach Empfang der Ware erfolgen. Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die



Ware als genehmigt. In Fällen unbegründeter Mängelrüge werden wir so schnell als möglich Ersatz liefern. Weitergehende Ansprüche, insbesondere Wandlung, Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung sind ausgeschlossen."

Die Klägerin hat mit der Klage Zahlung von 10.049,12 DM nebst Zinsen verlangt, nämlich die Summe ihrer Wochenrechnungen vom 31. Oktober bis 19. Dezember 1958 abzüglich der darin enthaltenen Beträge über Lieferungen für die Bauten L [REDACTED] und A [REDACTED].

Die Beklagte hat gegen die Klageforderung mit einer Reihe von Schadensersatzansprüchen und sonstigen Gegenforderungen im Gesamtbetrag von 42.777,28 DM aufgerechnet. Die Klägerin hat diese nach Grund und Höhe bestritten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagte verurteilt, der Klägerin 8.271,17 DM nebst Zinsen zu zahlen; im übrigen hat es die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Antrag auf völlige Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die einzelnen Geschäfte der Parteien Werklieferungsverträge über nicht vertretbare Sachen darstellten und daß dafür die Verkaufsbedingungen der Klägerin maßgebend seien. Nach deren Ziff. II 3 sei die Beklagte auf einen Nachbesserungs-

anspruch gemäß dem § 633 Abs. 2 BGB beschränkt gewesen. Im Falle des Verzugs der Klägerin mit Beseitigung der Mängel habe sie nach § 633 Abs. 3 BGB die Mängel selbst beseitigen und Ersatz der dafür erforderlichen Aufwendungen verlangen können.

Die Revision hat diese allgemeinen Ausführungen nicht angegriffen.

Es bedarf keiner Erörterung, ob etwa nach den Verkaufsbedingungen der Klägerin auch Ansprüche der Beklagten aus § 633 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein könnten. Jedenfalls ständen dieser dann Schadensersatzansprüche zu, sofern eine schuldhafte Verletzung der Nachbesserungspflicht vorliegen sollte (vgl. dazu LM Nr. 4 zu § 635 BGB und das zum Abdruck in der Entscheidungssammlung bestimmte Urteil des erkennenden Senats vom 18. September 1967 VII ZR 52/65).

I.

Die Beklagte hat im Berufungsverfahren in erster Linie einen Ersatzanspruch in Höhe von 22.320 DM wegen 558 Fällen sog. Schnurreißer bei mehr als 50 verschiedenen Bestellungen geltend gemacht.

Das Berufungsgericht hat den Anspruch im Gegensatz zum Landgericht verneint, weil die vorgelegten Urkunden und die erhobenen Beweise nicht zu der Feststellung genügten, daß die Klägerin mit der Nachbesserung in Verzug gewesen sei, als die Beklagte nach ihrer Darstellung die Mängel selbst beseitigt habe. In den von der Beklagten

vorgelegten Schreiben sei von Beanstandungen wegen Schnurreißern keine Rede. Aus einem Vermerk der Klägerin auf der Rechnung der Beklagten vom 25. November 1958 lasse sich nicht schließen, die Klägerin habe damals gewußt, daß die ihr von der Firma L [REDACTED] gelieferten Teile fehlerhaft und die Ursache von Schnurreißern gewesen seien. Aus dem Rundschreiben der L [REDACTED] vom 22. Mai 1959 könne eine solche Kenntnis der Klägerin erst von diesem Zeitpunkt an gefolgert werden, und es sei nicht bewiesen, daß sie vorher die Beklagte in einer Weise, die als Verweigerung der Nachbesserung angesehen werden müßte, über die Ursache der Schnurreißer getäuscht habe. Die Beklagte habe nach ihren eigenen Behauptungen einen großen Teil der Schnurreißer von Mitte 1958 bis Februar 1959 selbst beseitigt.

Die Angriffe der Revision gegen diese Ausführungen haben keinen Erfolg.

1.) Die Revision verweist auf die Vorschrift des § 637 BGB, nach der die Klägerin sich wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels nicht auf die Beschränkung ihrer Haftung durch die Verkaufsbedingungen berufen könne. Sie meint, Arglist der Klägerin habe bei den durch Schnurreißer entstandenen Schäden ersichtlich vorgelegen, und beruft sich auf die vom Berufungsgericht erwähnte Feststellung des Landgerichts, die Klägerin habe den Mangel gekannt.

Maßgebend für das Revisionsgericht sind aber die eigenen Feststellungen des Berufungsgerichts. Dieses hat sich eindeutig die Feststellungen des Landgerichts nicht

zu eigen gemacht, sondern arglistiges Verschweigen oder Verzug der Klägerin nicht als bewiesen angesehen. Es ist auch rechtlich nicht zu beanstanden, daß es eine Kenntnis der Klägerin von der Ursache der Schnurreißer erst vom Zeitpunkt des Rundschreibens der L. [REDACTED] (22. Mai 1959) an annimmt.

2.) Die Revision rügt die Würdigung der Aussage des Zeugen D. [REDACTED], eines Meisters der Klägerin, durch das Berufungsgericht. Diese Würdigung läßt aber keinen Verstoß gegen § 286 ZPO erkennen. D. [REDACTED] hat bekundet, bei Prüfung der Beanstandungen der Beklagten während eines Zeitraums von 3 - 4 Wochen (im Herbst 1958) habe er in zwei oder drei Fällen einen Fehler der Schnurbremsen als Ursache der Schnurreißer festgestellt, dieser habe leicht in einer halben Minute beseitigt werden können, im übrigen habe es sich um Montagefehler der Leute der Beklagten gehandelt. Das Berufungsgericht konnte hieraus folgern, daß die Klägerin die Schnurreißerbeanstandungen der Beklagten hat nachprüfen lassen, diese aber damals als nach Zahl und Bedeutung ganz unwesentlich ansehen konnte. Unter diesen Umständen brauchte es weder ein arglistiges Verhalten der Klägerin noch Verzug mit ihrer Nachbesserungspflicht oder eine sonstige schuldhaft Verletzung dieser Pflicht als erwiesen anzusehen.

3.) Die Revision rügt Nichtbeachtung, eines Vorbringens und Beweiserbietens der Beklagten im Schriftsatz vom 31. Januar 1964 S. 7. Das Berufungsgericht hat diese geprüft (BU 22), brauchte daraus aber nicht auf arglistiges Verhalten der Klägerin zu schließen. Es heißt dort, die Beklagte sei davon überzeugt, daß die ganze Belegschaft

der Klägerin über die Schnurbremsengrate unterrichtet gewesen sei; es fehlt aber an bestimmten tatsächlichen Behauptungen, die darauf schließen lassen sollen. Im übrigen ist in dem Schriftsatz nicht einmal eindeutig zum Ausdruck gebracht, worüber die genannten Personen als Zeugen vernommen werden sollten.

4.) Die Revision führt aus, die Klägerin habe ihre Nachbesserungspflicht schuldhaft verletzt, indem sie weitere Nachbesserung schlechthin abgelehnt habe. Das ist mit der Feststellung des Berufungsgerichts unvereinbar, daß die Klägerin sich der Nachbesserung durch Entsendung des Meisters D. [REDACTED] und anderer Leute unterzogen hat.

In dem Schreiben der Klägerin vom 8. Januar 1959, auf das die Revision verweist, ist im übrigen weder von Schnurreißern die Rede noch ist daraus zu entnehmen, daß die Klägerin Nachbesserungsarbeiten abgelehnt hätte. Die Revision weist sogar selbst darauf hin, daß die Klägerin in diesem Schreiben ihre Haftung auch für versteckte Mängel ausdrücklich anerkannt habe. Die in diesem Zusammenhang von der Revision angeführten Schreiben der Beklagten betreffen ebenfalls keine Schnurreißerfälle, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat (BU 17).

5.) Wenn die Klägerin eine Beseitigung von Mängeln insoweit abgelehnt hat, als es sich auf Grund der Nachprüfung durch ihre Leute um Montagefehler handelte, so hat sie damit den Umständen nach ihre Nachbesserungspflicht nicht schuldhaft verletzt. Dem Vorhandensein fehlerhafter Schnurbremsen brauchte sie, wie bereits erörtert, jedenfalls bis zum Mai 1959 keine nennenswerte Bedeutung beizumessen. Dazu kommt, daß die Beklagte seit

Ende Oktober 1958 überhaupt keine Zahlungen auf die Wochenrechnungen der Klägerin mehr leistete.

6.) Den Beweisantritten der Beklagten im Schriftsatz vom 3. Mai 1962 brauchte das Berufungsgericht schon deshalb nicht nachzugehen, weil die Revision nicht dargelegt hat, daß diese im zweiten Rechtszug wiederholt worden wären (BGHZ 35, 103, 106).

7.) Auf die Frage, ob Ersatzansprüche der Beklagten etwa zum Teil verjährt sind, braucht hiernach nicht eingegangen zu werden, weil das Berufungsgericht die Ansprüche schon aus anderen Gründen ohne Rechtsirrtum verneint hat.

8.) Die Behauptung, die Klägerin sei der Beklagten gegenüber einen selbständigen Garantievertrag mit 5-jähriger Garantiefrist eingegangen, stellt ein in der Revisionsinstanz unzulässiges neues Vorbringen dar. Die Revision hat es auch an allen näheren Angaben über den angeblichen Inhalt und die Rechtsfolgen eines solchen Garantievertrages zwischen den Parteien fehlen lassen.

9.) Die weiteren Rügen der Revision in diesem Abschnitt entsprechen entweder nicht den Anforderungen des § 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO, oder sie sind nach § 561 Abs. 2 ZPO unzulässig oder offenbar unbegründet.

II.

Das Berufungsgericht hat auch einen Anspruch der Beklagten aus einer Direktlieferung der Klägerin an die im Gebiet der Beklagten ansässige Firma H. [REDACTED] für

nicht begründet erachtet, weil sie selbst es abgelehnt habe, diese Firma zu beliefern.

Die Darlegungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Die Revision rügt jedoch, das Berufungsgericht habe zu Unrecht den Beweisantritt der Beklagten zurückgewiesen, daß sie der Firma H. nicht eine Lieferung, sondern nur weitere Stundung der Schuld aus früheren Lieferungen verweigert habe.

Die Rüge ist nicht begründet.

Der Zeuge H. hat eindeutig und nach der Überzeugung des Berufungsgerichts glaubwürdig bekundet, die Beklagte habe etwa im November 1958 die Annahme eines Auftrages seiner Firma über die Lieferung von Jalousien verweigert.

Der Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 6. Oktober 1964 steht dem nicht entgegen. Es wird darin lediglich durch das Zeugnis von Rechtsanwälten der Beklagten unter Beweis gestellt, daß sie die der Firma H. gewährte Stundung widerrufen habe, nachdem ihr die Lieferung der Klägerin an diese bekannt geworden sei. Das Berufungsgericht brauchte daraus nicht den Schluß zu ziehen, die Beklagte habe der Firma H. nur weitere Stundung, nicht auch die Annahme einer Bestellung verweigert. Dafür daß ihre Akten nichts über einen zurückgegebenen Auftrag der Firma enthielten, hat die Beklagte keinen Beweis angetreten. Eine nochmalige Vernehmung des Zeugen H. stand im Ermessen des Tatrichters (§ 398 ZPO); dieser konnte sie bei dem einfachen Sachverhalt und dem unzureichenden

neuen Vortrag der Beklagten ohne Ermessensfehler für nicht erforderlich halten.

Es kommt auch nicht, wie die Revision meint, darauf an, ob die Beklagte die Lieferung an H. [REDACTED] zu Recht oder zu Unrecht verweigert hat. Es stand in ihrem Belieben, ob sie diese Firma weiter beliefern wollte oder nicht. Wenn sie aber das nach ihrer Auffassung mit einer Lieferung verbundene Risiko nicht eingehen wollte, kann sie daraus, daß die Klägerin es auf sich genommen hat, nicht auch noch Ansprüche gegen diese herleiten.

Hiernach braucht nicht erörtert zu werden, ob ein Anspruch der Beklagten nicht auch nach den in der Entscheidung IM Nr. 8 zu § 687 BGB dargelegten Grundsätzen zu verneinen wäre.

III.

Die Beklagte hat ferner mit Gegenansprüchen aus Schlechtlieferung der Klägerin für den Bau I. [REDACTED] [REDACTED] aufgerechnet. Auch diese Ansprüche hat das Berufungsgericht ihr nicht zuerkannt.

1.) Die Beklagte hat zunächst einen Schaden von 939,82 DM geltend gemacht, weil die Klägerin ihr anstelle bestellter I. [REDACTED]-Jalousien minderwertigere Sunflex-Jalousien geliefert habe.

Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch hieraus, weil es sich entweder um einen durch die Verkaufsbedingungen der Klägerin ausgeschlossenen Minderungsanspruch oder um den Einwand eines zu hohen Preises für diese Jalousien

handele; ihn könne die Beklagte in diesem Rechtsstreit nicht erheben, weil die Klägerin Ansprüche aus Lieferungen von Jalousien für die Bauten L [REDACTED] und A [REDACTED] hier nicht geltend gemacht habe.

Der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts ist beizutreten. Was die Revision dagegen vorbringt, greift nicht durch. Die Beklagte hat selbst nicht behauptet, daß sie den von ihr geforderten angeblich zu hohen Betrag bereits gezahlt habe; sie kann also insoweit auch keinen Anspruch auf Rückzahlung, etwa aus § 812 BGB, geltend machen.

2.) Bezüglich weiterer von der Beklagten geltend gemachter Posten für Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln der für den Bau L [REDACTED] gelieferten Jalousien hat das Berufungsgericht festgestellt, daß die Beklagte solche Mängel zwar gerügt, die Klägerin aber auch Nachbesserungsarbeiten habe vornehmen lassen. Es hält nicht für bewiesen, daß die Klägerin sich geweigert habe, beanstandete Mängel nachzubessern, oder daß sie damit in Verzug gekommen sei.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Klägerin Nachbesserung abgelehnt habe, ist mit dessen Feststellungen nicht vereinbar.

Soweit es Ansprüche der Beklagten wegen Mängeln der Unterschienen abgelehnt hat, weil die Aufwendungen hierfür nicht spezifiziert seien, hat die Revision das Urteil nicht angegriffen.

3.) Den Anspruch der Beklagten wegen Umarbeitung von Türoberschienen hat das Berufungsgericht abgelehnt, weil die Beklagte trotz Hinweises im Aufklärungsbeschuß vom 14. Mai 1964 hierzu keinen Beweis angetreten habe.

Auch die dagegen gerichtete Rüge der Revision hat keinen Erfolg. Die Beklagte hat im Schriftsatz vom 19. Oktober 1964 S. 3 nicht nur keinen Beweis angetreten; auch ihr Vortrag an dieser Stelle ist unzureichend. Daraus, daß die Klägerin seit Februar 1959, nachdem die Beklagte seit Ende Oktober 1958 nichts mehr gezahlt hatte, die Durchführung weiterer Arbeiten ablehnte, ist keine schuldhaftige Verletzung der Nachbesserungspflicht zu folgern. Da der Grund des Anspruchs nicht schlüssig dargelegt ist, brauchte das Berufungsgericht über die Höhe der Aufwendungen keinen Beweis zu erheben.

IV.

Die Beklagte hat ferner geltend gemacht, daß die Klägerin die Länge der Jalousien nicht wie branchenüblich bei waagerechter, sondern bei senkrechter Lamellenstellung gemessen habe. Dadurch sei es gekommen, daß sie der Klägerin auf 3.750 gelieferte Jalousien insgesamt 7.762,50 DM zuviel bezahlt habe.

Das Berufungsgericht hat der Beklagten auch daraus keine aufrechenbare Gegenforderung zugebilligt. Es hat dazu u.a. ausgeführt, der Beklagten sei beim Nachmessen der gelieferten Jalousien und bei einem Vergleich mit den von ihr in der Bestellung angegebenen Maßen sofort erkennbar gewesen, daß die Klägerin anders als sie bei senkrech-

ter Lamellenstellung maß und danach den Preis berechnete. Dadurch, daß die Beklagte dies bei der ersten derartigen Lieferung nicht gerügt, sondern ohne Rüge weiterbestellt habe, habe sie sich schlüssig damit einverstanden erklärt, daß die Klägerin die Preise nach ihrer Weise berechnete.

Dem ist beizutreten. Die Klägerin konnte das Einverständnis der Beklagten mit ihrer Meßweise und Preisberechnung daraus herleiten, daß die Beklagte dagegen im Laufeder Geschäftsverbindung keine Einwendungen erhoben hat, obwohl ihr der Unterschied erkennbar war. Diese Würdigung des Parteiverhaltens durch den Tatrichter ist rechtlich nicht zu beanstanden und bindet daher das Revisionsgericht.

Was die Revision dagegen vorträgt, überzeugt nicht. Sie hat jedenfalls zu diesem Punkt nicht mit Hilfe einer eindeutigen Verfahrensrüge auf einen Sachvortrag der Beklagten hingewiesen, den das Berufungsgericht nicht berücksichtigt haben soll. Die bloße Bemerkung, die Differenz sei gerügt worden, die weder Umstände noch Zeitpunkt der Rüge erkennen läßt, genügt im Hinblick auf die Vorschrift des § 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO nicht. Im übrigen hat die Beklagte eine diesbezügliche Beanstandung nach ihrem Vortrag und den vorgelegten Schreiben erst im Dezember 1958, also kurz vor der endgültigen Einstellung der Lieferungen durch die Klägerin, erhoben; sie hat also bei den ganzen früheren Lieferungen der Klägerin deren Meßweise und Preisberechnung ohne Widerspruch hingenommen.

V.

Die Beklagte hat ferner Ersatzansprüche wegen ⁴Mängeln der Jalousien für das A [REDACTED]-Haus geltend gemacht.

1.) Das Berufungsgericht hat einen Teil davon als begründet anerkannt, nämlich einen Betrag von 1.100 DM. Es hat aber Anwaltskosten in Höhe von 28,39 DM abgesetzt, die der Beklagten dadurch entstanden sind, daß sie mit den Preisnachlaßverhandlungen mit der A [REDACTED] einen Anwalt beauftragt hatte. Es ist der Auffassung, es sei kein Grund für die Notwendigkeit dieser Kosten im Rahmen des Nachbesserungsanspruchs der Beklagten ersichtlich.

Die Revision meint, der Anspruch auf Erstattung der Anwaltskosten sei gerechtfertigt, weil sonst mit einem größeren Preisnachlaß zu rechnen gewesen wäre. Es ist aber kein Rechtsfehler des Berufungsgerichts darin zu finden, daß es nach Lage der Sache die Zuziehung eines Anwalts nicht als erforderlich angesehen hat.

2.) Eine Gegenforderung der Beklagten wegen ihrer Aufwendungen für das Auswechseln zu kurzer Schnüre der Jalousien beim A [REDACTED]-Haus hat das Berufungsgericht nicht für begründet erachtet. Es hat dazu ausgeführt, auch wenn man davon ausgehe, daß es sich insoweit um einen Herstellungsfehler der Klägerin und nicht um einen Montagefehler der Beklagten handle, habe die Beklagte keinen Ersatzanspruch, weil nicht bewiesen sei, daß die Klägerin mit ihrer Nachbesserungspflicht in Verzug gekommen sei. Die von ihr vorgelegten Schreiben enthielten keine diesbezügliche Rüge. Ihr Vorbringen und Beweiserbieten im Schriftsatz vom 19. Oktober 1964 seien als verspätet zurückzuweisen.

Die Revision beruft sich auch zu diesem Punkt der bereits erwähnten Feststellung des Berufungsgerichts zu-

wider darauf, die Klägerin habe sich selbst in Verzug gesetzt, indem sie "alles abgelehnt habe". Auch der Zeuge Sch[REDACTED], auf den sie hinweist, hat bekundet, die Klägerin habe sich mit einem Verlängern der Jalousien befaßt.

Das Berufungsgericht konnte das Vorbringen im Schriftsatz vom 19. Oktober 1964, 3 Tage vor der letzten mündlichen Verhandlung, als verspätet zurückweisen, zumal es mit seinem Beschluß vom 14. Mai 1964 die Frist zur Stellungnahme zu den von ihm gestellten Fragen auf 4 Wochen bemessen hatte.

3.) Einen Posten von 157 DM für Selbstanfertigung einer Jalousie für den A[REDACTED]-Bau hat das Berufungsgericht der Beklagten nicht zuerkannt, weil es sich hierbei nicht um eine Ersatzforderung wegen unterbliebener Nachbesserung handele, sondern darum, daß die Beklagte insoweit ihre Schuld gegenüber der Klägerin aus den A[REDACTED]-Lieferungen leugne. Das könne sie hier nicht geltend machen, weil die Forderung der Klägerin aus den Lieferungen für die A[REDACTED] nicht Gegenstand dieses Rechtsstreits sei.

Auch dem ist beizutreten. Zur Begründung braucht lediglich auf die Ausführungen unter III 1 verwiesen zu werden.

VI.

Das Berufungsgericht hat auch eine Gegenforderung der Beklagten auf Erstattung von Montagekosten in Höhe von 470 DM nicht anerkannt, weil sie für ihren im Laufe

des Rechtsstreits geänderten Sachvortrag hierzu keinen Beweis angetreten habe. Zudem könnte die Beklagte eine solche Erstattung nur beanspruchen, soweit die Klägerin ihr in ihren Rechnungen Montagekosten berechnet habe; das habe die Beklagte aber selbst nicht behauptet.

Die Revision meint, es sei darauf abzustellen, wer in diesem Falle die Montage zu leisten hatte, nach der Behauptung der Beklagten habe sie der Klägerin obgelegen. Die Klägerin müsse den ihr günstigen Vertragsinhalt beweisen; das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Beklagte für beweispflichtig gehalten.

Auf diese Darlegungen der Revision kommt es nicht an.

Die Beklagte verlangt den Betrag von 470 DM von der Klägerin als Kosten der Tätigkeit des von ihr entsandten Monteuro D. (Schriftsatz vom 3. Mai 1962 S. 4). Im Schriftsatz vom 13. Oktober 1959 S. 15 hat die Beklagte aber selbst vorgetragen, sie habe diese Kosten übernommen. Den Ersatzanspruch hat sie damals daraus hergeleitet, daß die Klägerin sie nicht rechtzeitig auf die wirkliche Ursache der Schnurreißer aufmerksam gemacht habe, die den Grund zu der Entsendung von D. gegeben hätten. Da aber in dieser Beziehung nach den Ausführungen unter I der Klägerin kein vertragswidriges, sie zum Ersatz verpflichtendes Verhalten zur Last fällt, muß es bei der Übernahme der Kosten durch die Beklagte verbleiben.

VII.

Von weiteren vier Einzelforderungen der Beklagten hat das Berufungsgericht zwei anerkannt, die beiden anderen aber abgelehnt.

1.) Einen Anspruch auf Zahlung von 823,41 DM wegen der behaupteten Rückgabe von Mustern hätte die Beklagte nach der Auffassung des Berufungsgerichts nur, wenn die Klägerin ihr die Muster nicht unentgeltlich zur Verfügung gestellt, sondern die Beklagte sie seinerzeit bezahlt hätte. Das habe die Beklagte aber nicht behauptet.

Die Revision macht geltend, die Klägerin habe ihrerseits sich nicht darauf berufen, daß sie die Muster nicht in Rechnung gestellt habe.

Die Rüge ist unbegründet.

Die Darlegungs- und Beweislast zur Rechtfertigung des von ihr geltend gemachten Anspruchs trägt die Beklagte. Ihr Vortrag im Schriftsatz vom 13. Oktober 1959 S. 13, die Klägerin habe ihr die Muster "zur Verfügung gestellt", konnte das Berufungsgericht sehr wohl zu der Annahme bringen, dies sei unentgeltlich geschehen. Es wäre daher Sache der Beklagten gewesen, das Gegenteil ausdrücklich zu behaupten. Es hätte auch nahegelegen, daß sie im Falle des käuflichen Erwerbs der Muster in ihrer Rechnung vom 2. Oktober 1958 auf die frühere Rechnung der Klägerin über diese Sachen Bezug genommen hätte, schon um so die Höhe ihrer Forderung zu rechtfertigen.

2.) Die Behauptungen der Beklagten zur Begründung einer weiteren Forderung von 170,36 DM wegen Rückgabe einer Jalousie hat das Berufungsgericht als in sich widerspruchsvoll und deshalb nicht schlüssig bezeichnet. Sie habe vorgetragen, sie habe die von ihrem früheren Verkäufer bestellte Jalousie zurückgegeben, weil dieser nicht

zur Bestellung berechtigt gewesen sei; dagegen habe sie nach dem Text ihrer der Klägerin zugesandten Rechnung vom 23. Dezember 1958 die Jalousie der Klägerin zur Verfügung gestellt, weil diese sie nicht richtig geändert habe.

Die Revision rügt, wenn das Berufungsgericht meine, die Jalousie sei zur Verfügung gestellt worden, weil sie nicht richtig geändert worden sei, hätte es prüfen müssen, ob das richtig sei oder ob die Klägerin die Rücknahme der Jalousie abgelehnt habe.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält aber dem Angriff der Revision stand. Ein Anspruch, der widerspruchsvoll begründet wird, ist nicht schlüssig vorgetragen.

Die weiteren Ausführungen der Revision zu diesem Posten sind unzureichend; es ist nicht zu erkennen, auf welches Vorbringen der Beklagten in den Tatsacheninstanzen sie Bezug nehmen und worauf sie hinzielen.

VIII.

Die Revision rügt schließlich noch, das Berufungsgericht hätte die Ansprüche der Beklagten auch unter den rechtlichen Gesichtspunkten der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag prüfen müssen.

Der erkennende Senat hat in seinem Urteil vom 11. Oktober 1965 NJW 1966 S. 39 ausgesprochen, daß der § 13 Nr. 5 VOB (B) eine abschließende Regelung des Anspruchs des Bauherrn auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten

enthält und daß daneben ein Bereicherungsanspruch nicht in Betracht kommt.

Dasselbe muß im Bereich der §§ 633 ff BGB und des in der Rechtsprechung entwickelten Schadensersatzanspruchs bei schuldhafter Verletzung der Nachbesserungspflicht gelten. Wenn die Voraussetzungen für solche Ansprüche nicht vorliegen, kann grundsätzlich nicht auf die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung oder diejenigen über die Geschäftsführung ohne Auftrag zurückgegriffen werden.

Das vorbezeichnete Urteil des Senats stellt zwar in seiner Begründung zum Teil auf Besonderheiten der durch die VOB geregelten Vertragsverhältnisse ab. Die wesentlichen von ihm angeführten Gesichtspunkte gelten aber auch für Werkverträge, die ausschließlich nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches zu beurteilen sind. Insbesondere würde auch bei diesen die Zulassung von Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag zu Unklarheiten und Schwierigkeiten führen, die die Vorschriften für den Werkvertrag gerade ausschließen sollen. Da die Mängel schon beseitigt sind, würde eine zuverlässige Nachprüfung ihres Umfangs und ihrer Schwere sowie der Angemessenheit der behaupteten Beseitigungskosten oft nicht mehr möglich sein.

In dem Urteil vom 11. Oktober 1965 ist ferner darauf hingewiesen worden, daß gerade die Gewährleistungsvorschriften bei Kauf- und Werkvertrag nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs (vgl. die dortigen Hinweise) auch sonst vielfach gewisse allgemeine Rechtsbehelfe ausschließen.

§ 633 Abs. 3 BGB unterscheidet sich von § 13 Ziff.5 VOB (B) insofern, als die erstgenannte Vorschrift den Kostenerstattungsanspruch davon abhängig macht, daß der Unternehmer mit der Mängelbeseitigung in Verzug gekommen ist, während die VOB darüber hinaus eine vorherige Fristsetzung erfordert. Diesem Unterschied kommt für die hier zu entscheidende Frage keine wesentliche Bedeutung zu.

Gegen die Zulassung von Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag, die regelmäßig erst in 30 Jahren verjähren würden, spricht ferner besonders, daß das mit den im Werkvertragsrecht geltenden kurzen Verjährungsfristen (§ 638 BGB) und mit deren Sinn und Zweck unvereinbar wäre.

Dieses Ergebnis rechtfertigt sich - anders ausgedrückt - aus der Erwägung, daß die Regelung des Werkvertragsrechts den rechtlichen Grund für den Rechtsverlust des Bestellers darstellt, der selbst zur Mängelbeseitigung geschritten ist, ohne vorher den Unternehmer in Verzug zu setzen. Ferner läßt sich in aller Regel nicht sagen, daß die voreilige Beseitigung der Mängel durch den Besteller selbst dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Unternehmers entspricht (§ 683 BGB).

Hiernach hat die Revision auch mit ihrem Hinweis auf die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag keinen Erfolg.

IX.

Nach alledem erweist sich die Revision der Beklagten in vollem Umfang als unbegründet. Sie ist daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Vogt

Finke