

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 94/77

### URTEIL

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

in dem Rechtsstreit

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

Klägerin, Berufungsklägerin  
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Alfons S c h [REDACTED], Bauunternehmung,  
E [REDACTED] H [REDACTED]straße [REDACTED] a, N [REDACTED]-E [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 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 9. Februar 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 40 Reihenhäuser übertrug sie mit Vertrag vom 4. Oktober 1967, in welchem die Geltung der VOB/B vereinbart ist, der Beklagten. In diesem Vertrag ist u.a. folgendes 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. ...

....."

Die Klägerin veräußerte die Reihenhäuser. Den Erwerbern 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 Tag ist diesbezüglich kein Verfahren anhängig. Sollte jedoch das Gericht darüber befinden müssen, so werden wir im Zuge eines amtlichen Beweisicherungsverfahrens 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 ist. ..."

In einem weiteren Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 4. August 1972 heißt es:

"Wie Ihnen am 5.11.1970 bereits mitgeteilt ist, ist der Gewährleistungsablauf für das Bauvorhaben ... unterbrochen. Außerdem ist ein Gutachten der Landesgewerbeanstalt erstellt worden, woraus ersichtlich ist, daß gröbliches Verschulden seitens des Bauunter-



nehmers vorliegt. Der Dringlichkeit wegen möchten wir Sie deshalb bitten, am kommenden Dienstag, dem 8.8.1972 um 15 Uhr unter allen Umständen sich bei uns einzufinden, da Ihnen die Tragweite dieser Angelegenheit bewußt sein wird."

In der Folgezeit gingen die Hauserwerber Z■■, Scha■■ und No■■ (im folgenden: die Erwerber) wegen mangelhafter Schalldämmung ihrer Häuser gerichtlich gegen die Klägerin vor. Aufgrund rechtskräftigen Urteils im Falle Scha■■, eines gerichtlichen Vergleichs im Falle No■■ und eines außergerichtlichen Vergleichs im Falle Z■■ zahlte die Klägerin an diese Erwerber insgesamt 25.419,87 DM.

Die Klägerin behauptet, die mangelhafte Schalldämmung der Häuser der Erwerber beruhe auf der schlechten Bauausführung durch die Beklagte. Sie verlangt deshalb von dieser mit der Klage Ersatz für die an die Erwerber geleisteten Zahlungen von 25.419,87 DM sowie für die damit zusammenhängenden Gerichts-, Anwalts- und Gutachterkosten in Höhe von 16.826,89 DM, zusammen also in Höhe von 42.246,76 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 ihre Ansprüche aber verjährt.

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

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Klägerin ein Anspruch auf Zahlung des begehrten Betrages nicht zustehe; in jedem Falle sei ein solcher Anspruch aber verjährt.

Die Revision bleibt ohne Erfolg.

A.

Anspruch auf Ersatz der an die  
Erwerber gezahlten 25.419,87 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 mängelbedingter Nachteile (§ 13 Nr. 7 VOB/B) schulden würde. Das Berufungsgericht hat nicht geklärt, ob die geforderten 25.419,87 DM Ersatz von Nachbesserungskosten oder Schadensersatz sind. Das kann auch dahinstehen. Denn die Beklagte hat zu keiner Zeit der Klägerin oder den Erwerbern Ersatz von Fremdnachbesserungskosten oder Schadens-

ersatz geschuldet. Deshalb kann die Klägerin weder aus eigenem Recht noch etwa im Wege einer entsprechenden Ermächtigung aus dem Recht der Erwerber Zahlung dieses Betrages verlangen. Auf die vom Berufungsgericht offen gelassene Rückübertragung der Gewährleistungsansprüche auf die Klägerin kommt es daher nicht an, und ebenso ist kein Raum für Ansprüche aus Drittschadensliquidation oder aus Vertrag zugunsten Dritter. Schließlich können mangels einer Mithaftung der Beklagten aufgrund der Zahlungen an die Erwerber auch Ausgleichsansprüche 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 Schadensersatzansprüche 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 Erwerber von der Beklagten Nachbesserung verlangt hätten, hat die Klägerin nicht behauptet. Auch sie selbst hat weder im eigenen Namen noch für die Erwerber

Nachbesserung von der Beklagten verlangt. In den Schreiben der Klägerin vom 5. November 1970 und 4. August 1972 ist eine solche Aufforderung nicht enthalten. Im Schreiben vom 5. November 1970 wird lediglich darauf hingewiesen, daß sich verschiedene Erwerber über lästige Geräusche beschwert hätten; hierwegen werde man sich möglicherweise an die Beklagte wenden müssen. Im Schreiben vom 4. August 1972 wird, unter Bezugnahme auf das Schreiben vom 5. November 1970, geltend gemacht, nach einem nunmehr vorliegenden Gutachten sei "gröbliches Verschulden seitens des Bauunternehmers" gegeben; die Beklagte werde deshalb dringend zu einer Besprechung mit der Klägerin gebeten.

Eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung muß für 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 genügten die Schreiben der Klägerin nicht. Weder ging aus ihnen hervor, bei welchen der zahlreichen von der Beklagten erstellten Reihenhäusern die gerügten Mängel vorlagen - das Gutachten betraf lediglich das Haus No. [REDACTED] - noch war vor allem in irgendeiner Weise zum Ausdruck gebracht, ob und welche Abhilfe von der Beklagten erwartet werde.

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 vornherein 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 Zahlungsansprüche nicht auch an der von der Beklagten erhobenen Verjährungseinrede scheitern würden.

## II.

### Außervertragliche Ansprüche

Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob eine Rückübertragung der Gewährleistungsansprüche auf die Klägerin erfolgt ist, nachdem sie die Ansprüche der Erwerber befriedigt hat. Das ist unschädlich. Denn auch wenn unterstellt wird, daß die Klägerin nicht wieder Inhaberin dieser Ansprüche geworden ist und sie mit der Bezahlung der 25.419,87 DM an die Erwerber 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 diesen Zahlungen Geschäfte der Beklagten, also objektiv fremde Geschäfte, 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 der Aufforderung zur Mängelbeseitigung und 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 Erwerber von der Klägerin geleisteten Zahlung von 25.419,87 DM etwa die ihr, der Beklagten, aufgrund der Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegenüber den Erwerbern obliegende Mängelbeseitigung erspart und diese Ersparnis auf Kosten der Klägerin "erlangt" hat (vgl. Senatsurteil vom 23. Februar 1978 - VII ZR 11/76). Allerdings ist bislang nicht geklärt, ob die angeblichen Mängel der Schallisolierung auf Mängeln der Werkleistungen 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 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 die Erwerber abgetretene Gewährleistungsansprüche geht. Auch insoweit müssen die Voraussetzungen des Anspruchs auf Ersatz von Fremdnachbesserungskosten oder Schadensersatz vorliegen. Befriedigt der Auftraggeber nach der Abtretung seiner Gewährleistungsansprüche an die Erwerber deren Mängelansprüche, ohne daß diese Voraussetzungen gegenüber dem Auftragnehmer eingehalten sind, kann er deshalb von diesem nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung das verlangen, was der Auftragnehmer 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 16.826,89 DM

Auch dieser Anspruch scheitert daran, daß die Beklagte von den Erwerbern und von der Klägerin nicht ordnungsgemäß zur Mängelbeseitigung aufgefordert worden ist, sich also damit 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