

## II. Einfluss des EuGH-Urteils auf Sachverhalte außerhalb des Regelungsbereichs der Richtlinie

Schwieriger ist die Rechtslage bei Verträgen, an denen ein Verbraucher beteiligt ist. Hier gilt die Richtlinie nicht. Es stellt sich aber die Frage, ob die deutschen Verzugsregeln nicht dennoch richtlinienorientiert<sup>27</sup>, also einheitlich auszulegen sind. Andernfalls käme es zu einer sog. „gespaltenen Auslegung“ im deutschen Recht. Eine gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur einheitlichen Auslegung besteht nicht. Auch aus dem nationalen Recht ist eine solche Pflicht nur in Ausnahmefällen abzuleiten.<sup>28</sup> Letztlich ist dies eine Frage der jeweiligen materiellrechtlichen Regelung, wobei in der Literatur teilweise für eine Vermutung zur einheitlichen Auslegung plädiert wird.<sup>29</sup>

Für eine einheitliche Auslegung spricht in vorliegender Konstellation nicht nur die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Vielmehr greift teilweise auch der Schutzzweck der Richtlinie bei Sachverhalten mit Verbraucherbeteiligung (C2C, B2C, C2B). Eine Abschreckungswirkung und der Schutz vor hohem finanziellem Aufwand zur Beitreibung von Forderungen sind bei Forderungen von Verbrauchern mindestens genauso hoch. Die Gefahr der Insolvenz und des Verlusts von Arbeitsplätzen bringt eine verzögerte Zahlung für den Unternehmer unabhängig davon mit sich, ob der Schuldner Verbraucher ist oder nicht.

Der Verbraucher wird durch eine einheitliche Auslegung nicht unangemessen benachteiligt. Denn auch einem Verbraucher ist grundsätzlich bekannt, dass die Bearbeitung einer Überweisung einige Tage in Anspruch nimmt und er daher rechtzeitig die Überweisung veranlassen sollte. Es darf zudem vermutet werden, dass den meisten Laien, zumal, wenn es sich um geschäftsunfahrene Verbraucher handelt, nicht bekannt war, dass sie bei Fälligkeit lediglich die Überweisung abgeben haben mussten.<sup>30</sup> Insofern dürfte eine einheitliche Auslegung der bisherigen laienhaften Vorstellung sogar entgegenkommen.

Im Ergebnis spricht daher Vieles für eine einheitliche Auslegung. Da dies aber zugegebenermaßen nicht zwingend und schon gar nicht durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung abgesichert ist, empfiehlt es sich vorerst, eine ausdrückliche Regelung nach obigem Muster in alle Verträge aufzunehmen. Die Vertragsgestaltung kann somit, unabhängig von der Anwendbarkeit der Verzugs-Richtlinie auf den konkreten Sachverhalt, einen wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit leisten, indem sie den Unsicherheiten der Rechtsanwendung des durch Gemeinschaftsrecht beeinflussten deutschen Rechts durch eine vertragliche Regelung begegnet.

Notarassessor Dr. Torsten Jäger, Pirmasens

<sup>27</sup> Zur Begrifflichkeit MünchKommBGB/Lorenz, 5. Aufl., vor § 474 Rdnr. 5; Jäger, Überschließende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, S. 106 f.; Riehm in Langenbucher (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2. Aufl. 2008, § 4 C. IV. 2. Rdnr. 52 d.

<sup>28</sup> Ausführlich dazu Jäger, Überschließende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, S. 107 ff.; Riehm, GPR 2007, 134.

<sup>29</sup> Insbesondere Jäger, Überschließende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, S. 155.

<sup>30</sup> Wie Fn. 21.

2. BGB §§ 439 Abs. 1, 280 Abs. 1 (*Unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen verpflichtet zum Schadensersatz*)

**Ein unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen des Käufers nach § 439 Abs. 1 BGB stellt eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhafte Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel der Kaufsache nicht vorliegt, sondern die Ursache für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt.**

BGH, Urteil vom 23.1.2008, VIII ZR 246/06

Die Klägerin verkaufte und lieferte im Februar 2003 an die Beklagte eine Lichtrufanlage, mit der von Krankenbetten aus Rufsignale an das Pflegepersonal mittels Leuchtzeichen an der Zimmertür sowie mittels akustischer Zeichen an einzelne Pflegekräfte gesendet werden können. Die Anlage wurde von der Beklagten, die ein Elektroinstallationsunternehmen betreibt, in einem Neubau eines Altenheims eingebaut, wobei auch eine Verbindung zu einer bereits bestehenden Rufanlage im Altbau herzustellen war. Auf eine Störungsmeldung des Altenheims hin überprüfte der Mitarbeiter R. der Beklagten die Installation der Anlage, konnte aber die Störung nicht beseitigen. Daraufhin forderte die Beklagte die Klägerin auf, den von ihr als Ursache der Störung vermuteten Mangel an der gelieferten Lichtrufanlage zu beheben. Der Servicetechniker K. der Klägerin, der die Anlage an Ort und Stelle überprüfte, bezeichnete als maßgebliche Ursache der Störung die Unterbrechung einer Kabelverbindung zwischen der alten und der neuen Rufanlage, die er behob. Für die Überprüfung der Anlage und die Fehlerbeseitigung benötigte er einschließlich der Zeit für die Hin- und Rückfahrt, bei der er insgesamt 424 km mit dem PKW zurücklegte, sechs Arbeitsstunden.

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten Ersatz der ihr zur Beseitigung des vermeintlichen Mangels entstandenen Kosten nebst Zinsen. Das AG hat der Klage in Höhe eines Teilbetrags von 773,95 € nebst Zinsen stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage.

### Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

#### I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Der Klägerin stehe gegenüber der Beklagten ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1, §§ 249 ff. BGB in Höhe von 773,95 € nebst Zinsen zu. Die Beklagte habe als Käuferin ihre nachvertragliche Pflicht verletzt, die Klägerin durch ungerechtfertigte Mängelbeseitigungsaufforderungen nicht in ihrem Vermögen zu schädigen. Ein Mangel der von der Klägerin gelieferten Anlage i. S. v. § 434 BGB habe nicht vorgelegen. Die Beklagte habe die ungerechtfertigte Inanspruchnahme der Klägerin auch zu vertreten. Selbst wenn entgegen den Feststellungen des AG die Störung ursprünglich nicht auf das Fehlen einer Kabelverbindung zwischen der alten und der neuen Rufanlage, sondern – wie die Beklagte geltend mache – darauf zurückzuführen gewesen sei, dass die Schwestern des Pflegeheims Veränderungen an der Einstellung der Anlage vorgenommen hätten, und der Mitarbeiter R. der Beklagten die Verbindung erst bei Überprüfung der Anlage gelöst sowie danach vergessen habe, den Draht wieder anzuschließen, sei es fahrlässig, dass die Beklagte als Fachfirma für Elektroanlagenbau sowie für Alarm- und Brandmelde-technik vor Inanspruchnahme der Klägerin die nahe liegende Möglichkeit einer Fehlfunktion infolge der Vornahme von Einstellungen durch das Pflegepersonal nicht überprüft habe. Die Klägerin habe deshalb Anspruch auf Erstattung der

entstandenen Kosten in Höhe von 6 Arbeitsstunden à 90 €, weil die Beklagte ihr die Möglichkeit genommen habe, den Zeugen zu diesen Stundensätzen anderweitig einzusetzen (§§ 249, 252 BGB), und auf Ersatz von Fahrtkosten in Höhe von 0,30 € x 424 km zuzüglich 16 % Umsatzsteuer, insgesamt 773,95 €.

## II.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Klägerin von der Beklagten Schadensersatz wegen ihrer Aufwendungen für die Beseitigung der Störung der Rufanlage in Höhe von 773,95 € verlangen kann; denn die Beklagte hat mit ihrer Aufforderung zur Mängelbeseitigung gegenüber der Klägerin schuldhaft eine vertragliche Pflicht verletzt (§ 280 Abs. 1 BGB).

1. Der Beklagten stand ein Anspruch auf Nacherfüllung in Form der Mängelbeseitigung gemäß § 437 Nr. 1, § 439 BGB gegenüber der Klägerin nicht zu. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen und in der Revisionsinstanz nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts wies die von der Klägerin gelieferte Rufanlage keinen Sachmangel i. S. v. § 434 BGB auf.

2. In der Rechtsprechung des BGH ist, wie die Revision zu Recht geltend macht, anerkannt, dass allein in der Erhebung einer Klage oder in der sonstigen Inanspruchnahme eines staatlichen, gesetzlich geregelten Rechtspflegeverfahrens zur Durchsetzung vermeintlicher Rechte weder eine unerlaubte Handlung i. S. d. §§ 823 ff. BGB (BGHZ 74, 9, 16; 95, 10, 18 f.; 118, 201, 206; 154, 269, 271 f.; 164, 1, 6) noch ein Verstoß gegen Treu und Glauben und damit eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung gesehen werden kann (BGHZ 20, 169, 172; BGH, WM 1979, 1288 = NJW 1980, 189, unter I 2, insoweit in BGHZ 75, 1 nicht abgedruckt; BGH, NJW-RR 2005, 315 unter II 2). Für die Folgen einer nur fahrlässigen Fehleinschätzung der Rechtslage haftet der ein solches Verfahren Betreibende außerhalb der schon im Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen grundsätzlich nicht, weil der Schutz des Prozessgegners regelmäßig durch das gerichtliche Verfahren nach Maßgabe seiner gesetzlichen Ausgestaltung gewährleistet wird. Eine andere Beurteilung würde die freie Zugängigkeit der staatlichen Rechtspflegeverfahren, an der auch ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise einengen.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich diese Rechtsprechung auf die außerprozessuale Geltendmachung vermeintlicher Rechte übertragen lässt, wird jedoch nicht einheitlich beantwortet.

a) Nach der Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen vom 15.7.2005 (BGHZ 164, 1, 6) bleibt es beim uneingeschränkten deliktischen Rechtsgüterschutz nach § 823 Abs. 1 BGB und § 826 BGB, wenn es an der Rechtfertigungswirkung eines gerichtlichen Verfahrens fehlt. Im Rahmen einer (vor-)vertraglichen Beziehung der Parteien kommt nach einem Urteil des BGH vom 12.12.2006 (NJW 2007, 1458, unter II 1 und 2) auch ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 311 BGB in Betracht, wenn jemand unberechtigt als angeblicher Schuldner außergerichtlich mit einer Forderung konfrontiert wird und ihm bei der Abwehr dieser Forderung Kosten entstehen (ebenso LG Zweibrücken, NJW-RR 1998, 1105; AG Münster, NJW-RR 1994, 1261; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 280 Rdnr. 27).

b) Dagegen wird teilweise die Auffassung vertreten, die außergerichtliche Geltendmachung einer nicht bestehenden Forderung könne nicht anders behandelt werden als die

gerichtliche (KG, Urteil vom 18.8.2005, 8 U 251/04, n. V.; Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen durch BGH, Beschluss vom 7.12.2006, IX ZR 167/05, n. V.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 746, unter 2; OLG Braunschweig, OLGR 2001, 196, 198; *Grüneberg/Sutschet* in Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 241 Rdnr. 54). In bestehenden Schuldverhältnissen gebe es ein Recht, in subjektiv redlicher Weise – wenn auch unter fahrlässiger Verkennung der Rechtslage – Ansprüche geltend zu machen, die sich als unberechtigt erwiesen.

c) Nach Ansicht des Senats stellt jedenfalls ein unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen nach § 439 Abs. 1 BGB eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhafte Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel nicht vorliegt, sondern die Ursache für die von ihm beanstandete Erscheinung in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt (vgl. zum Werkvertragsrecht LG Hamburg, NJW-RR 1992, 1301; a. A. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 746 und LG Konstanz, NJW-RR 1997, 722, 723). Für den Käufer liegt es auf der Hand, dass von ihm geforderte Mängelbeseitigungsarbeiten auf Seiten des Verkäufers einen nicht unerheblichen Kostenaufwand verursachen können. Die innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses gebotene Rücksichtnahme auf die Interessen der gegnerischen Vertragspartei erfordert deshalb, dass der Käufer vor Inanspruchnahme des Verkäufers im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig prüft, ob die in Betracht kommenden Ursachen für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seiner eigenen Sphäre liegen.

Eine solche Verpflichtung hat entgegen der Auffassung der Revision nicht zur Folge, dass Käufer ihr Recht, Mängelbeseitigung zu verlangen, so vorsichtig ausüben müssten, dass ihre Mängelrechte dadurch entwertet würden. Der Käufer braucht nicht vorab zu klären und festzustellen, ob die von ihm beanstandete Erscheinung Symptom eines Sachmangels ist (vgl. Malotki, BauR 1998, 682, 688). Er muss lediglich im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig überprüfen, ob sie auf eine Ursache zurückzuführen ist, die nicht dem Verantwortungsbereich des Verkäufers zuzuordnen ist. Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt, darf der Käufer Mängelrechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt. Da es bei der den Käufer treffenden Prüfungspflicht um den Ausschluss von Ursachen in seinem eigenen Einflussbereich geht, kommt es entgegen der Auffassung der Revision auf besondere, die Kaufsache betreffende Fachkenntnisse nicht an, über die unter Umständen nur der Verkäufer verfügt. Die Annahme einer solchen Prüfungspflicht steht auch nicht im Widerspruch zu der Entscheidung des IX. Zivilsenats vom 7.12.2006 (IX ZR 167/05, n. V.), die eine andere Sachverhaltsgestaltung (fehlerhafte Einschätzung der Rechtslage bei einer vorprozessuellen Zahlungsaufforderung) betrifft.

3. Das Berufungsgericht hat danach eine schuldhafte Vertragsverletzung der Beklagten zu Recht bejaht. Es hat festgestellt, dass entweder die Beklagte die von der Klägerin gelieferte Anlage von vornherein fehlerhaft eingebaut hat, weil sie die erforderliche Kabelverbindung zwischen Alt- und Neubau nicht hergestellt hat, oder dass ihr Mitarbeiter R. bei der Überprüfung der Anlage nicht bemerkt hat, dass das Personal des Pflegeheims die Fehlfunktion durch eine Änderung der Einstellung verursacht hat, und es zudem nach der Überprüfung versäumt hat, die Verbindung zwischen Alt- und Neubau wieder anzuklemmen. Jede dieser in Betracht kommenden, im

eigenen Verantwortungsbereich der Beklagten liegenden Ursachen hätte von ihr bzw. ihren Mitarbeitern (§ 278 BGB) bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkannt werden können und deshalb vor Inanspruchnahme der Klägerin berücksichtigt werden müssen.

### Anmerkung:

Gerade beim Bauträgervertrag kommt es nicht selten vor, dass der Vertragspartner die Zahlung der letzten Rate mit dem Verweis auf (angebliche) Baumängel und einen daraus resultierenden Nacherfüllungsanspruch verweigert (§ 635 BGB i. V. m. § 320 BGB), obwohl das Bauwerk mangelfrei errichtet wurde und demgemäß keine Gewährleistungsansprüche bestehen. Die vorliegende Entscheidung des BGH, die im unberechtigten Mängelbeseitigungsverlangen grundsätzlich eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung sieht (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB), schafft für den Leid geplagten Bauträger Abhilfe. Denn dessen Vertragspartner, der erkennt oder erkennen muss, dass gar kein Mangel i. S. v. § 633 Abs. 2 BGB vorliegt, weil die Ursache der Mängelercheinung in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt, und dennoch seinen vermeintlichen Nacherfüllungsanspruch dem Verlangen nach Zahlung der letzten Rate entgegenhält, läuft nach Ansicht des BGH Gefahr, nicht nur den Restkaufpreis, sondern darüber hinaus die Kosten der Untersuchung des Bauwerks auf Mängel und etwaige Kosten für die Beseitigung der Mängelercheinung<sup>1</sup> bezahlen zu müssen. Auf diese Weise wird der Bauträger wirkungsvoll vor einer offenkundig unberechtigten Zahlungsverweigerung bzw. – nach erfolgter Zahlung – vor einem offenkundig unberechtigten Mängelbeseitigungsverlangen geschützt. Die Entscheidung ist zu begrüßen, da sie die missbräuchliche Ausübung einer vermeintlichen Rechtsposition jedenfalls im Grundsatz angemessen mit einer Schadensersatzpflicht sanktioniert. Allerdings ist – auf der Tatbestandsseite – in weitgehender Übereinstimmung mit dem BGH stets darauf zu achten, dass die Überprüfungspflicht des Vertragspartners hinsichtlich der Mängelursache nicht zu weit gefasst wird, um dessen Mängelrechte nicht zu entwerten. Auf der Rechtsfolgenseite geht die Entscheidung hingegen zu weit, indem sie die Schadensersatzpflicht auch auf die Kosten für die Beseitigung der Mängelercheinung ausdehnt. Wenig überzeugend ist zudem die in einem *obiter dictum* angedeutete Differenzierung danach, ob die unberechtigte Geltendmachung eines Anspruchs auf einer fehlerhaften Einschätzung der Tatsachenlage oder der Rechtslage beruht.<sup>2</sup> Im letztgenannten Fall soll regelmäßig schon keine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB vorliegen.<sup>3</sup>

### 1. Rechtfertigungsgrund der prozessualen Inanspruchnahme

In der Rechtsprechung ist allgemein anerkannt, dass die unberechtigte *gerichtliche* Geltendmachung eines Anspruchs – bei subjektiver Redlichkeit – weder eine schadensersatzpflichtige (vor-)vertragliche Pflichtverletzung i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB noch eine unerlaubte Handlung i. S. d. §§ 823 ff. BGB darstellt. Denn der Prozessgegner werde durch die im

Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen, insbesondere die Kostentragungspflicht des Unterlegenen nach § 91 ZPO, grundsätzlich ausreichend und abschließend geschützt. Dies soll auch für den Fall gelten, dass ihm über die erstattungsfähigen Verfahrenskosten hinausgehende Aufwendungen entstanden sind.<sup>4</sup> Andernfalls würde die verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsweggarantie unangemessen eingeschränkt.<sup>5</sup>

### 2. Unberechtigte außerprozessuale Geltendmachung eines Anspruchs

Für die unberechtigte *außergerichtliche* Geltendmachung von Ansprüchen besteht hingegen kein vergleichbarer Rechtfertigungsgrund, da die Kostentragungsregeln der §§ 91 ff. ZPO weder direkt noch analog anwendbar sind.<sup>6</sup> Ein Schadensersatzanspruch auf (vor-)vertraglicher oder auervertraglicher Grundlage kommt demnach grundsätzlich in Betracht. Dennoch war die Rechtsprechung bis zur vorliegenden Entscheidung mit der Bejahung einer Schadensersatzpflicht desjenigen, der sich unberechtigter Weise eines Anspruchs berühmt, sehr zurückhaltend.<sup>7</sup> Denn es gehöre zum allgemeinen Lebensrisiko, mit unberechtigten Ansprüchen konfrontiert zu werden. Etwas anderes gelte nur dann, wenn die Voraussetzungen einer speziellen Haftungsnorm vorliegen.<sup>8</sup> Mit vorliegendem Urteil hat der BGH nunmehr einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bei unberechtigter Geltendmachung eines Nacherfüllungsanspruchs bejaht und gleichzeitig die Anforderungen an eine Pflichtverletzung i. S. v. § 241 Abs. 2 BGB konkretisiert sowie die Reichweite der Haftung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB festgelegt.

#### a) Umfang der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB

Ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB setzt eine bestehende vertragliche oder vorvertragliche (§ 311 Abs. 2 BGB) Sonderverbindung voraus, welche stets gegeben ist, wenn die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten in Rede steht. Maßgeblich ist somit die Reichweite der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB. Zu Recht weist der BGH darauf hin, dass es für den Käufer ersichtlich sei, dass durch sein Mängelbeseitigungsverlangen auf Seiten seines Vertragspartners ein nicht nur unerheblicher Kostenaufwand ausgelöst werden kann. Deshalb müsse er vor Geltendmachung des Nacherfüllungsverlangens sorgfältig prüfen, ob die Ursache der von ihm beanstandeten Abweichung des Vertragsgegenstands von der geschuldeten Beschaffenheit in seinem Verantwortungsbereich liegt.<sup>9</sup>

Entscheidende Bedeutung kommt damit der Frage zu, wie weit diese Prüfungspflicht reicht. Anders als bei Leistungs-

<sup>4</sup> BGH, NJW 2005, 3141, 3142 m. w. N.

<sup>5</sup> BGH im hier besprochenen Urteil unter II 2; den Rechtfertigungsgrund der prozessualen Inanspruchnahme mit guten Gründen ablehnend Kaiser in FS Canaris, 2007, S. 531 ff.; dies., NJW 2008, 1709, 1710 f.

<sup>6</sup> BGH, NJW 1988, 2032, 2033 f.

<sup>7</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 7.12.2006, IX ZR 167/05 (n. V.) m. w. N. So im Grundsatz auch noch BGH, NJW 2007, 1458. Lediglich im Sonderfall der unberechtigten Verwarnung aus Immaterialeigentümern hatte der BGH einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs angenommen, BGH, NJW 2005, 3141, 3142 ff.

<sup>8</sup> BGH, NJW 2007, 1458, 1459; zustimmend Ahrens, NJW 1982, 2477, 2478; Habscheid, NJW 1958, 1000, 1001.

<sup>9</sup> BGH im hier besprochenen Urteil unter II 2 c.

<sup>1</sup> So ausdrücklich der BGH im hier besprochenen Urteil unter II („... Schadensersatz wegen ihrer Aufwendungen für die Beseitigung [Hervorhebung durch Verfasser] der Störung ...“).

<sup>2</sup> BGH im hier besprochenen Urteil unter II 2 c.

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 7.12.2006, IX ZR 167/05 (n. V.) m. w. N.

pflichten steht bei der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs 2 BGB der Pflichtenumfang nicht *ex ante* fest. Vielmehr ist das Pflichtenprogramm situationsabhängig zu bestimmen, wobei die berechtigten, schutzwürdigen Interessen der Beteiligten zu berücksichtigen sind (individuell-typisierender Maßstab).<sup>10</sup> Durch die einzelfallbezogene Konkretisierung des Pflichtenprogramms kommt der Kategorie des Verschuldens keine eigenständige Bedeutung mehr zu.<sup>11</sup> Wird die Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB bejaht, hat der Schuldner diese auch zu vertreten (vgl. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB).

aa) Für die Bestimmung der Reichweite der Prüfungspflicht des Käufers oder Werkbestellers nach § 241 Abs. 2 BGB vor Geltendmachung eines Mängelbeseitigungsverlangens sind die folgenden Umstände von Bedeutung: Keinesfalls darf diese Nebenpflicht so weit gehen, dass der Käufer oder Werkbesteller aufgrund des Haftungsrisikos seinem Nacherfüllungsanspruch nur noch sehr eingeschränkt geltend macht und dadurch die gesetzlichen Mängelrechte entwertet werden.<sup>12</sup> In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass derjenige Käufer oder Werkbesteller, der aus Vorsicht den Mangel selbst beseitigt, die dafür aufgewandten Kosten selbst dann nicht erstattet erhält, wenn sich herausstellt, dass es sich um einen Sachmangel i. S. d. §§ 434, 633 Abs. 2 BGB handelt.<sup>13</sup> Das fehlende Selbstvornahmerecht bzw. die Obliegenheit des Käufers oder Werkbestellers, dem anderen Vertragsteil Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, um die Gewährleistungsrechte nicht zu verlieren,<sup>14</sup> führt aber in Verbindung mit einer weitreichenden Untersuchungspflicht dazu, dass die Ungewissheit über die Ursache einer negativen Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes einseitig zulasten des Käufers oder Werkbestellers ginge. Deshalb gilt es, die Anforderungen an die Erforschung der Mängelursache eng zu begrenzen.<sup>15</sup> Während der BGH eine Haftung bereits dann annehmen möchte, wenn der Käufer oder Werkbesteller hätte erkennen können (*einfache Fahrlässigkeit*), dass die Ursache der Mängelerscheinung in seinem Verantwortungsbereich liegt,<sup>16</sup> erscheint es überzeugender, eine Pflichtverletzung nur dann anzunehmen, wenn sich dem Käufer oder Werkbesteller dieser Umstand zumindest aufdrängen musste (*bloße Evidenzkontrolle*). Anzulegen ist hier ein objektiv-typisierender Maßstab, d. h. ein Unternehmer (§ 14 BGB) hat höhere Sorgfaltsanforderungen zu erfüllen als ein Verbraucher (§ 13 BGB).

bb) Angesichts dessen, dass die Überprüfungspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB auf der „Nähe“ des Käufers oder Werkbestellers zum Vertragsgegenstand basiert und auf diese Weise der Informationsvorsprung des Käufers ausgeglichen werden soll, sind die Anforderungen an die Erforschung der Mängelursache andererseits *weiter* zu fassen, als der BGH dies vorgesehen hat. Entscheidend ist nicht, dass der Käufer oder Werkbesteller erkennt oder sich ihm aufdrängen muss, dass

<sup>10</sup> *Grigoleit* in FS Canaris, S. 275, 277 f.

<sup>11</sup> *Canaris*, JZ 2001, 499, 512; *S. Lorenz*, NJW 2005, 1889, 1890.

<sup>12</sup> So auch der BGH im hier besprochenen Urteil unter II 2 c.

<sup>13</sup> *Kaiser*, NJW 2008, 1709, 1710. Zum fehlenden Selbstvornahmerecht des Käufers vgl. BGHZ 162, 219, 224 ff. = NJW 2005, 1348, 1349 ff.; BGH, NJW 2005, 3211, 3212. Für das Werkvertragsrecht sind die Aufwendungen für eine Selbstvornahme nach § 637 BGB grundsätzlich nur nach vorherigem Mängelbeseitigungsverlangen erstattungsfähig.

<sup>14</sup> BGH, NJW 2006, 1195, 1197.

<sup>15</sup> So auch *Kaiser*, NJW 2008, 1709, 1710.

<sup>16</sup> BGH im hier besprochenen Urteil unter II 2 c.

die Mängelursache in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt. Vielmehr kommt es darauf an, dass sie jedenfalls nicht seinem Vertragspartner zuzurechnen ist und deshalb aufgrund fehlenden Mangels i. S. d. §§ 434, 633 Abs. 2 BGB keine Gewährleistungsansprüche bestehen.<sup>17</sup>

Nach Auffassung des BGH scheidet eine Schadensersatzpflicht in den Fällen aus, in denen nach pflichtgemäßer Prüfung Unklarheit darüber herrscht, worauf die Mängelerscheinung zurückzuführen ist. Auch diese Aussage bedarf einer Präzisierung. Sofern der Käufer oder Werkbesteller nach sorgfältiger Prüfung die Mängelursache nicht erkennen kann, liegt in der Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs keine Pflichtverletzung. Ergibt die Untersuchung hingegen, dass möglicherweise Umstände aus der eigenen Sphäre oder der Sphäre eines Dritten für die Mängelerscheinung ursächlich sind, müssen diese Zweifel dem Vertragspartner offen gelegt werden.<sup>18</sup> Andernfalls droht trotz der Unklarheit über die Mängelursache eine Schadensersatzpflicht nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.

### b) Sonderbehandlung fehlerhafter rechtlicher Würdigung?

Im vorliegenden Urteil erörtert der BGH ausschließlich die Prüfungspflicht des Käufers oder Werkbestellers hinsichtlich der *tatsächlichen* Grundlagen eines Nacherfüllungsanspruchs. Unterläuft Letzterem insoweit eine mindestens (grob) fahrlässige Fehleinschätzung, so haftet er seinem Vertragspartner nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Zur Frage, ob eine schadensersatzbewehrte Prüfungspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB ebenso im Hinblick auf die *rechtlichen* Grundlagen des geltend gemachten Anspruchs besteht, äußert sich der BGH nicht ausdrücklich. In einem *obiter dictum* deutet der erkennende Senat aber an, dass die von ihm konkretisierten Rücksichtnahmepflichten nicht ohne weiteres auf die *fehlerhaften Einschätzung der Rechtslage* übertragbar sind<sup>19</sup> und er insoweit nicht von der Rechtsprechung des IX. Senats<sup>20</sup> abweichen möchte.

Eine kategoriale Unterscheidung zwischen tatsächlicher und rechtlicher Fehleinschätzung überzeugt jedoch aus mehreren Gründen nicht. In beiden Fällen ist für den Anspruchsteller gleichermaßen erkennbar, dass sein Verlangen auf Seiten seines Vertragspartners nicht nur unerhebliche Kosten auslösen kann, sei es durch Untersuchung der behaupteten tatsächlichen Umstände, sei es infolge der Überprüfung der Rechtslage durch einen Fachmann. Insoweit unterscheidet sich die Interessenlage nicht. Zwar wird der Laie regelmäßig eher die Sach- als die Rechtslage beurteilen können. Dies rechtfertigt jedoch nicht die völlige Verneinung einer Prüfungspflicht in rechtlicher Hinsicht, sondern hat lediglich für den anzulegenden Sorgfaltsmaßstab Bedeutung. Auf diese Weise können die ggf. geringeren individuellen Prüfungsmöglichkeiten berücksichtigt werden.

Schließlich ist die Unterscheidung zwischen tatsächlicher und rechtlicher Fehleinschätzung wertungsmäßig nicht durchwegs überzeugend. Angenommen, im der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Sachverhalt hätte das Altenheim die Lichtrufanlage direkt bei der Klägerin gekauft, die Beklagte mit der Installation beauftragt und anschließend – nach Auf-

<sup>17</sup> *Kaiser*, NJW 2008, 1709, 1712 f.

<sup>18</sup> Zutreffend *Kaiser*, NJW 2008, 1709, 1712.

<sup>19</sup> Im hier besprochenen Urteil unter II 2 c.

<sup>20</sup> Zuletzt BGH, Beschluss vom 7.12.2006, IX ZR 167/05 (n. V.); vgl. BGHZ 118, 201, 206; 74, 9, 14 f.; NJW 1980, 189, 190.

treten der Mängelerscheinungen – vom Verkäufer deren Beseitigung verlangt, in dem Glauben, die verkaufte Lichtrufanlage selbst sei mangelhaft. Hierbei handelt es sich um eine *tatsächliche Fehleinschätzung*, welche jedenfalls im Grundsatz eine Schadensersatzpflicht nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auslösen kann. Hätte das Altenheim als Käufer hingegen erkannt, dass die Mängelerscheinung auf der mangelhaften Elektroinstallation durch das hierfür zuständige Unternehmen beruht, wäre jedoch davon ausgegangen, dass Verkäufer und Installateur für Fehler des jeweils anderen verantwortlich sind (*rechtliche Fehleinschätzung*), würde nach den Vorgaben des BGH eine Schadensersatz begründende Pflichtverletzung von vornherein ausscheiden. Richtigerweise kann es aber keinen Unterschied machen, ob der Anspruchsteller sorgfaltswidrig die tatsächlichen Umstände falsch einschätzt oder – auf zutreffender Tatsachengrundlage – eine fehlerhafte rechtliche Schlussfolgerung zieht.

Aus den genannten Gründen kommt eine Schadensersatzpflicht auch dann in Betracht, wenn vermeintliche Ansprüche aufgrund fehlerhafter Beurteilung der Rechtslage geltend gemacht werden. Voraussetzung ist wiederum, dass der Anspruchsteller weiß oder sich ihm aufdrängen muss, dass der geltend gemachte Anspruch nicht besteht. Bei fehlerhafter rechtlicher Würdigung ist allerdings darauf zu achten, dass der Sorgfaltsmaßstab nicht überspannt wird. Ebenso kommt der Schadensminderungsobligation des Anspruchsgegners nach § 254 BGB wesentliche Bedeutung zu. Insbesondere bei einem unberechtigten Zahlungsverlangen kann der Anspruchsgegner gehalten sein, vor Einschaltung eines Rechtsanwalts beim Anspruchsteller nachdrücklich anzufragen, ob die Rechnungsstellung auf einem Versehen beruht.<sup>21</sup>

### c) Umfang der Schadensersatzpflicht

Nach Ansicht des BGH kann ein unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen dazu führen, dass der Anspruchsteller die dadurch entstandenen Mängelbeseitigungskosten zu ersetzen hat.<sup>22</sup> Richtigerweise beschränkt sich der Schadensersatzanspruch auf diejenigen Aufwendungen, die für die *Feststellung* der Mängelursache angefallen sind. Stellt der Verkäufer oder Werkunternehmer nämlich fest, dass die Mängelerscheinung keinen Mangel i. S. v. §§ 434, 633 Abs. 2 BGB begründet, ist er nicht nach §§ 434 ff., 634 ff. BGB zu deren Beseitigung verpflichtet.<sup>23</sup> Eine gleichwohl (auf eigene Rechnung) durchgeführte Reparatur unterbricht den Kausalzusammenhang mit dem sorgfaltswidrigen Mängelbeseitigungsverlangen. Die hierfür angefallenen Aufwendungen stellen keinen ersatzfähigen Schaden dar.<sup>24</sup>

## 3. Fazit

Nicht nur die unberechtigte Geltendmachung eines Nacherfüllungsverlangens, sondern jegliche unberechtigte außerge-

<sup>21</sup> Eine zu weitreichende Haftung kann im Übrigen durch die Kausalitäts- und Zurechnungsanforderungen (vgl. hierzu *Palandt/Heinrichs*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 249 Rdnr. 54 ff.) hinsichtlich des entstandenen Schadens vermieden werden.

<sup>22</sup> BGH im hier besprochenen Urteil unter II.

<sup>23</sup> Gleichermaßen gilt – außerhalb des Anwendungsbereichs des § 476 BGB – auch dann, wenn die Mängelursache nicht geklärt werden kann oder wenn der Verkäufer oder Werkunternehmer im Vertrauen auf die Angaben seines Vertragspartners dem Nacherfüllungsverlangen Folge leistet, *Kaiser*, NJW 2008, 1709, 1711.

<sup>24</sup> Ebenso *Kaiser*, NJW 2008, 1709, 1711. Unter Umständen besteht insoweit aber ein Anspruch wegen Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) oder ein Bereicherungsanspruch (§§ 812 ff. BGB).

richtliche Geltendmachung eines Anspruchs kann eine Schadensersatzpflicht des Anspruchstellers nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auslösen, wenn dieser die anspruchsgrundende Sachlage entgegen der Auffassung des BGH nicht nur einfach fahrlässig, sondern zumindest grob fahrlässig falsch beurteilt hat. Gleichermaßen sollte bei einer fehlerhaften Einschätzung der Rechtslage gelten, wobei insoweit die Sorgfaltspflichten nicht überspannt werden dürfen. Im Falle einer Schadensersatzpflicht ist erstattungsfähig, was zur Ermittlung der Mängelursache bzw. zur Klärung der Rechtslage zu rechenbar aufgewandt wurde. Auf diese Weise wird jeder Vertragsteil dazu angehalten, in zumutbarer Weise auf die berechtigten Interessen des jeweils anderen Teils Rücksicht zu nehmen, ohne ihn in der Geltendmachung seiner Rechte unzumutbar einzuschränken.

Notarassessor Sebastian Herrler, Hof

### 3. BGB § 311 Abs. 2 (Kein Vergaberecht bei Veräußerung öffentlicher Grundstücke)

**Die auf der Grundlage des Vergaberechts zu den Pflichten eines Ausschreibenden entwickelten Grundsätze können auf ein für den Verkauf des Grundstücks von einem Träger der öffentlichen Verwaltung gewähltes „Bieterverfahren“ nicht ohne weiteres übertragen werden.**

BGH, Urteil vom 22.2.2008, V ZR 56/07; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Der beklagte Bezirk war Eigentümer eines Grundstücks in M. Das Grundstück war mit Gebäuden bebaut, die zum Betrieb einer Klinik gedient hatten. Die Klinik war verlagert worden; Grundstück und Gebäude benötigte der Beklagte nicht mehr. Deshalb entschloss er sich zum Verkauf des Grundstücks mit dem Ziel der Neubebauung. Der Wert des Grundstücks war in einem Sachverständigengutachten mit 8.900.000 € ermittelt worden. Dieser Betrag sollte aus dem Verkauf des Grundstücks mindestens erzielt werden.

Im Frühjahr 2003 beauftragte der Beklagte die P. mit dem Nachweis eines Käufers. P. erstellte ein Exposé. In diesem wurde das Grundstück für 8.900.000 € angeboten. Es sollte etwa Juni 2003 übergeben werden, die Bebaubarkeit war entsprechend einem Vorbescheid der Lokalbaukommission mit 57% der Geschossfläche als Wohnzwecken dienend angegeben. P. versandte das Exposé an 34 Interessenten und trug diesen ihre Dienste als Maklerin an. Acht der Angeschriebenen bekundeten Interesse an einem Erwerb, darunter die Klägerin und die B.

Mit Schreiben vom 14.5.2003 informierte P. die Klägerin davon, dass die Beräumung des Grundstücks erst am 1.10.2003 möglich sein werde, und davon, dass das Grundstück nach einer mündlichen Auskunft der Lokalbaukommission auch vollständig zu Wohnzwecken genutzt werden könne. Zugleich bat P. im Hinblick „auf die anwachsende Zahl der positiven Reaktionen“ bis zum 28.5.2003, 12.00 Uhr um ein schriftliches Kaufpreisangebot. Spätere Gebote könnten nicht mehr berücksichtigt werden. Hierauf teilte die Klägerin mit, „den Wert des baureifen Grundstücks ohne Beeinträchtigung für Wohnen bei 9 Mio. € zu sehen“.

Am 25.6.2003 stimmte der Bezirksausschuss des Beklagten einem Verkauf des Grundstücks „an die meistbietende Firma über dem geforderten Mindestkaufpreis von 8.900.000 €“ zu. Gebote unter diesem Preis sollten nicht berücksichtigt werden. Der Beschluss wurde den Interessenten bekannt gegeben. Weil die abgegebenen Gebote teilweise unter Vorbehalt standen, forderte P. mit Schreiben vom 10.7.2003 den verbliebenen „kleinen Kreis von Mitbewerbern“ um das Grundstück auf, bis spätestens 18.7.2003, 12.00 Uhr die bekannte Erwerbsbereitschaft ohne Vorbehalt zu erklären. B. erklärte sich fristgerecht zum Kauf des Grundstücks für 8.900.000 € bereit. Die Klägerin erklärte, „aufgrund einer Feinkalkulation ... zu einem Kaufpreis von 8.221.083 € zu kommen“ und bat, „trotz unseres jetzt niedrigeren Gebotes in jedem Falle mit uns zu sprechen“.