

Unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen im Kaufvertrag

Martin Thelen, Bonn*

A. Einleitung

Liefert der Verkäufer eine mangelhafte Kaufsache, so kann der Käufer gem. § 439 I BGB Nacherfüllung in den Alternativen einer Mangelbeseitigung oder einer Nachlieferung verlangen. Was aber passiert, wenn tatsächlich gar kein Mangel vorliegt, der Käufer dennoch Beseitigung des Mangels verlangt und der Verkäufer diesem Verlangen nachkommt? Welche der beiden Parteien muss dann für die entstandenen Kosten aufkommen? Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die verschiedenen Institute, die zur Lösung dieser Fragen angewendet werden können und legt einen Schwerpunkt auf den im Allgemeinen Schuldrecht angesiedelten Lösungsansatz der Rechtsprechung.

B. Der Tatbestand des unberechtigten Nacherfüllungsverlangens

Damit der Käufer vom Verkäufer Beseitigung des Mangels der Kaufsache verlangen darf, muss ein Mangel im Sinne des § 434 BGB vorliegen. Liegt kein Mangel im rechtlichen Sinne vor, so ist das Nacherfüllungsverlangen unberechtigt.¹ Beispielhaft für die Probleme des unberechtigten Nacherfüllungsverlangens steht der sog. Lichttrufanlagenfall²: Ein Elektroinstallationsunternehmen betreibt ein Altenheim und kauft eine Lichttrufanlage³ von einem Händler. Nach dem Einbau der Anlage durch die Käuferin funktioniert diese nicht richtig. Die Käuferin geht von einem Mangel aus und verlangt vom Verkäufer Mangelbeseitigung. Letzterer schickt seinen Servicetechniker, der nach einer kostenaufwendigen Anreise feststellt, dass die Anlage nicht richtig funktioniert, weil die Mitarbeiter der Käuferin die Anlage unsachgemäß eingebaut haben. Ohne Nachfrage bei der Käuferin beseitigt der Servicetechniker den Fehler daraufhin selbst und stellt die volle Funktionsfähigkeit her.

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Der Beitrag ist eine überarbeitete und stark gekürzte Version der ursprünglichen Arbeit, die im Rahmen des Seminars zu „Fragen des Allgemeinen Teils des BGB, des Schuldrechts und des Europäischen Privatrechts“, veranstaltet von den Professoren Köndgen und Roth, im WS 2010/11 entstand. Der Autor dankt Herrn Michael Schur für wertvolle Hinweise und Anregungen.

¹ Zur Abgrenzung wird daher im Folgenden zwischen einem Mangel im Sinne des § 434 BGB und einem Fehler als einer anderweitigen Beeinträchtigung der Kaufsache unterschieden.

² BGH NJW 2008, 1147 = ZIP 2008, 458 = MDR 2008, 373 = BauR 2008, 671.

³ Eine Lichttrufanlage ist ein optisches Signalgerät, welches über Türen montiert wird und dem Pflegepersonal anzeigt, in welchem Zimmer es benötigt wird.

C. Probleme des unberechtigten Nacherfüllungsverlangens

I. Zu untersuchende Fragen

Legt man den Lichttrufanlagenfall als Ausgangspunkt zugrunde, stellen sich insgesamt drei Fragen, die für alle Konstellationen des unberechtigten Mangelbeseitigungsverlangens zu untersuchen sind:

1. Trifft den Käufer eine Untersuchungspflicht, bevor er sein Nacherfüllungsverlangen erklären kann und welchen Umfang soll diese haben?
2. Wer trägt die Kosten für die Untersuchung des Fehlers?
3. Wer trägt die Kosten für die Beseitigung des Fehlers?

Im Folgenden sollen die unterschiedlichen, in der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Lösungsansätze vorgestellt und untersucht werden. Übergeordnete Relevanz kommt der Frage zu, wie eine angemessene Risikoverteilung zwischen Verkäufer und Käufer erreicht werden kann.

II. Lösungsansatz: Schutzpflichtverletzung

Das unberechtigten Nacherfüllungsverlangen könnte auf der vertraglichen Ebene als Schutzpflichtverletzung nach §§ 241 II, 280 I BGB angesehen werden.⁴ Dabei stellt sich dann die Frage, worin die Schutzpflichtverletzung genau liegt und welche Anforderungen an ein Verschulden des Käufers zu stellen sind.

I. Der Anknüpfungspunkt der Pflichtverletzung

Eine Schutzpflichtverletzung liegt vor, wenn der Schuldner eine Pflicht aus der (vertraglichen) Sonderbeziehung ignoriert, bei deren Befolgung die Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen vermieden worden wäre.⁵ Dies kann, wie im Falle des Nacherfüllungsverlangens, auch nachvertraglicher Natur sein.⁶ Als Schutzpflichtverletzung des Käufers kommen hier zwei Handlungen infrage: Zunächst prüft er nicht ausreichend, ob er das für einen Mangel gehaltene Symptom selbst verursacht haben könnte. Anschließend richtet er ein Mangelbeseitigungsverlangen an den Verkäufer, obwohl objektiv gar kein Mangel vorliegt. Der BGH ließ die Frage, worin genau die Pflichtverletzung liegt, in der Lichttrufanlagenscheidung

⁴ BGH NJW 2008, 1147 (1148).

⁵ Ernst, in: MüKo-BGB, § 280 Rn. 13; Lange/Widmann, ZGS 2008, 329 (331).

⁶ Ernst, in: MüKo-BGB, § 280 Rn. 13.

offen.⁷ Ob bereits das Vernachlässigen einer Prüfungspflicht durch den Käufer allein eine Pflichtverletzung darstellt, erscheint fraglich. Eine Schutzpflichtverletzung liegt erst dann vor, wenn die Rechtsgüter und Interessen der anderen Partei verletzt werden.⁸ Dies ist aber erst der Fall, wenn der Käufer mit einem Nacherfüllungsverlangen an den Verkäufer herantritt.⁹ Daher muss von einem zweigliedrigen Tatbestand ausgegangen werden: Zunächst kommt der Käufer seiner Prüfungspflicht nicht nach und anschließend verlangt er, in das Vorliegen eines Mangels vertrauend, Mangelbeseitigung.

a) Die Verletzung der Prüfungspflicht durch den Käufer

Der BGH bestimmte nicht klar, wie weit die Prüfungspflicht des Käufers gehen soll bzw. welche Anforderungen an das Käuferverhalten zu stellen sind.¹⁰

aa. Die „Evidenzkontrolle“

Grundsätzlich wird der Käufer durch den Kaufvertrag nicht verpflichtet, die Kaufsache bei Übergabe zu untersuchen.¹¹ Nach Ansicht der Rechtsprechung und der Literatur muss der Käufer grundsätzlich nur einer Prüfungsobliegenheit nachkommen.¹² Allerdings verlangen Literatur und Rechtsprechung, dass den Käufer dann eine Prüfungspflicht treffen muss, wenn er den Verkäufer belastende Rechte aus der Kaufsache ableiten will.¹³ Verwiesen wird auf den Informationsvorsprung des Käufers: Da sich die Kaufsache in der Regel in seiner Nähe befinde, könne er diese besser als der Verkäufer kontrollieren. Ihm stünden mehr also Zugriffsmöglichkeiten offen als dem Verkäufer. Rechtsprechung und Literatur setzen den Umfang der Prüfungspflicht des Käufers insgesamt niedrig an und sprechen von einer „Evidenzkontrolle“¹⁴ oder „Plausibilitätskontrolle“¹⁵. Der Käufer sei lediglich dazu verpflichtet, naheliegende Umstände zu untersuchen und mögliche Gründe, die für ihn voraussehbar sind, auszuschließen.¹⁶ Er müsse über keine besonderen Fachkenntnisse verfügen. Da das Gesetz dem Verkäufer die Pflicht zuweise, mangelfrei zu erfüllen, trage dieser das Prüfungsrisiko. Könne der Verkäufer Indizien, die für einen Mangel sprechen, nicht ausschließen, so sei dieser, nicht jedoch der Käufer, verpflichtet dem nachzugehen. Allerdings ist diese Handhabung durch die Rechtsprechung und die Literatur nicht unproblematisch. Muss der Käufer

nämlich erst einer – wenn auch geringen – Prüfungspflicht nachkommen, um sich vom Vorwurf des grundlosen Nacherfüllungsverlangens zu befreien, wird er nicht mehr unbeschwert Nacherfüllung verlangen können. Er wird immer die Gefahr sehen, selbst schadensersatzpflichtig zu werden. Nimmt er selbst eine Mangelbeseitigung vor, so bleibt er nach der h.M. auf den Kosten sitzen.¹⁷ Es bedarf daher im Interesse des Käufers einer klaren Absteckung seines Prüfungsumfanges für Symptome aller Art.¹⁸ Da dies durch die Rechtsprechung bisher nicht geschehen ist, wird in der Literatur vor allem der – im Folgende darzustellende – Alternativvorschlag einer ökonomischen Betrachtungsweise diskutiert.¹⁹

bb. Ökonomische Betrachtung

Eine Ansicht²⁰ in der Literatur plädiert für eine ökonomische Betrachtung der Situation, um die Frage des Prüfungsumfanges zu klären. So soll immer diejenige Partei zur Untersuchung verpflichtet sein, für die die Kosten der Untersuchung niedriger sind.²¹ Grundsätzlich sei damit der Käufer verpflichtet, mögliche Ursachen, die seinem Verantwortungsbereich entspringen, zu untersuchen. Dies ergebe sich daraus, dass er die Kaufsache in der Regel im Besitz habe. Erst, wenn der Käufer die Ursache nicht klären könne, dürfe er sich an den Verkäufer wenden. Zur Begründung wird auch hier angeführt, dass der Käufer einen Informationsvorsprung gegenüber dem Verkäufer habe.²² Zudem entspräche es der rein ökonomischen Vernunft, nicht denjenigen besonders zu belasten, der mehr Zeit und Aufwand in die Untersuchung investieren müsse.²³ Dahinter stehen der Gedanke des „cheapest cost avoider“ und eine „Sphärentheorie“. Es müsse verhindert werden, dass der Käufer völlig haltlose Behauptungen aufstelle. Ferner sei es ökonomisch nicht sinnvoll, denjenigen, der sich eines Anspruchs berühme, von seiner Prüfungspflicht umfassend freizustellen, da auf diese Weise nur unnötige Kosten entstünden und Ressourcen verschwendet würden. Es wird deshalb vorgeschlagen, die Prüfungspflicht abhängig von der Art des geltend gemachten Anspruchs und der von ihr ausgehenden Belastung zu bestimmen. Je belastender ein Anspruch sei, desto höhere Anforderungen seien zu stellen. Für das Mangelbeseitigungsverlangen bleibt es auch nach dieser Ansicht bei einem niedrigen Prüfungsmaßstab, da der Käufer nur naheliegende Umstände zu prüfen hat.

cc. Zusammenfassung und Stellungnahme

Rechtsprechung und ökonomische Betrachtung verfolgen unterschiedliche Ziele: Die ökonomische Ansicht will primär verhindern, dass der Käufer mehr verlangt, als

⁷ Zur Kritik: *Hau*, LMK 2009, 278712; *Lange/ Widmann*, ZGS 2008, 329 (331).

⁸ *Ernst*, in: MüKo-BGB, § 280 Rn. 13; *Lange/ Widmann*, ZGS 2008, 329 (331).

⁹ *Lange/ Widmann*, ZGS 2008, S. 329 (331).

¹⁰ Zur Kritik siehe: *Faust*, JuS 2009, 1146.

¹¹ *Tonner*, in: Kommentar zum Vertragsrecht, § 433 Rn. 40.

¹² *BGH NJW* 2008, 1147 (1148); *Kaiser*, *NJW* 2008, 1709 (1712); *Klöhn*, *EWiR* 2008, 267 (268).

¹³ So und im Folgenden: *Kaiser*, *NJW* 2008, 1709 (1712).

¹⁴ *Kaiser*, *NJW* 2008, S. 1709 (1712).

¹⁵ *BGHZ* 179, 238 = *BGH NJW* 2009, 1262.

¹⁶ *BGH NJW* 2008, 1147; So und im Folgenden: *Kaiser*, *NJW* 2008, 1709 (1712).

¹⁷ *BGHZ* 162, 219.

¹⁸ *Kaiser*, *NJW* 2008, 1709 (1713).

¹⁹ Zur Kritik an der Rspr.: *Lange/ Widmann*, ZGS 2008, 329 (332).

²⁰ *Thole*, *AcP* 2009, 499 (531 ff); *Baumann*, *RNotZ* 2007, 297.

²¹ *Klöhn*, *EWiR* 2008, 267 (268); *Thole*, *AcP* 2009, 499 (531).

²² *Thole*, *AcP* 2009, 499 (531).

²³ *Klöhn*, *EWiR* 2008, 267 (268); So und im Folgenden: *Thole*, *AcP* 2009, 499 (531 ff).

er rechtlich darf, ohne besondere Konsequenzen fürchten zu müssen. Dagegen will die Rechtsprechung vor allem verhindern, dass der Käufer sein Recht, Nacherfüllung zu verlangen, nicht mehr ausübt, weil er Angst hat, aufgrund unzureichender Prüfung schadensersatzpflichtig zu werden. In diesem Spannungsverhältnis sollte eines der wesentlichen Ziele des Nacherfüllungsverlangens bedacht werden: Durch die Nacherfüllung soll dem Verkäufer die Möglichkeit gegeben werden, nachzuprüfen, ob der vom Käufer behauptete Mangel der Kaufsache auch tatsächlich vorliegt.²⁴ Nur wenn dies der Fall ist, ist er zur Nacherfüllung verpflichtet. Damit verteilt das Gesetz das Risiko der Nacherfüllung eindeutig zulasten des Verkäufers.²⁵ Diese Wertung muss auch beim unberechtigten Nacherfüllungsverlangen gewahrt werden. Daher ist der Rechtsprechung in ihrer „Evidenzkontrolle“ zuzustimmen, auch wenn deren Umfang (noch) nicht klar bestimmt ist und somit Rechtsunsicherheit generiert. Falls der Käufer über besondere Kenntnisse bezüglich der Kaufsache verfügt, sollten diese, wie es die ökonomische Betrachtung fordert, in die Beurteilung des Prüfungsumfanges des Käufers einfließen. Damit wird verhindert, dass der Käufer wider besseres Wissens handelt und überflüssige Kosten verursacht.

b) Das Nacherfüllungsverlangen als Pflichtverletzung

Dass der Käufer seiner Prüfungspflicht nicht nachkommt, reicht – wie bereits erwähnt – für eine Schutzpflichtverletzung für sich genommen noch nicht aus. Denn erst wenn die Interessen einer anderen Partei berührt werden, liegt eine Pflichtverletzung vor.²⁶ Neben die Verletzung der Prüfungspflicht tritt damit die Erklärung des Käufers, dass ein Mangel vorliege und er Nacherfüllung verlange. Erst wenn die Nacherfüllung verlangt wird, werden die Interessen des Verkäufers berührt, da er aufgefordert wird, den Mangel zu beheben.²⁷ Falls ein solcher aber tatsächlich gar nicht besteht, berührt sich der Gläubiger schädigend eines Anspruchs, der nicht existiert.²⁸ Damit stellt erst die Erklärung des Nacherfüllungsverlangens den entscheidenden Eingriff in die Sphäre der anderen Partei dar. An dieses Resultat schließt sich sogleich eine Folgefrage an: Stellt allein das Erklären des Nacherfüllungsverlangens eine Pflichtverletzung dar oder bedarf es weiterer verhaltensbezogener Elemente, die ebenfalls zu berücksichtigen sind? Während der BGH in der Entscheidung zum Lichttrufanlagenfall hierzu keine klare Aussage machte, stellte er in einer späteren Entscheidung klar, dass sich die Schutzpflichtverletzung rein objektiv bestimmt, dass also allein das unberechtigte Berufen auf einen Anspruch oder die Ausübung eines tatsächlich nicht existierenden Gestaltungsrechts ausreicht.²⁹ Dadurch werden alle subjektiven Elemente auf die Ebene des

Verschuldens verlagert. Folglich reicht es aus, dass der Käufer nach einer unzureichenden Evidenzkontrolle sein Nacherfüllungsverlangen erklärt. Damit begründet allein diese Erklärung eine (objektive) Schutzpflichtverletzung.

c) Ausnahme: Die anhaltende Unklarheit über den Mangel

Eine besondere Situation stellt sich, wenn selbst nach der Prüfung eines Fehlers durch den Käufer weiterhin Unklarheit herrscht. Hat der Käufer in diesem Fall alles Erforderliche getan, um den Fehler zu untersuchen, so darf dies nicht einseitig zu seinen Lasten gehen. In einem solchen Fall räumen Rechtsprechung und Literatur dem Käufer das Recht zur Ausübung des Nacherfüllungsverlangens ein.³⁰ Stellt sich später heraus, dass tatsächlich gar kein Mangel vorlag, so ist das Nacherfüllungsverlangen zwar *unbegründet*, aber nicht *unberechtigt* und damit pflichtwidrig gewesen.³¹ Dass sich der Käufer auf eine für ihn günstige Rechtsposition beruft, darf ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden.³² Dies bedeutet, dass in Ausnahmefällen auch dann Nacherfüllung verlangt werden darf, wenn objektiv kein Mangel vorliegt.

2. Das Vertretenmüssen

Weitere Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 I 2, 241 II BGB bildet das Vertretenmüssen, §§ 280 I 2, 276 BGB.³³ Vertretenmüssen bedeutet, dass der Schädiger den Umstand, der die Pflichtwidrigkeit auslöste, zu verantworten hat.³⁴ Dies bemisst sich grundsätzlich am Maßstab von Vorsatz und Fahrlässigkeit, § 276 BGB.³⁵ Der BGH ließ die Frage des Vertretenmüssens im Lichttrufanlagenfall weitgehend offen.³⁶ Es sind verschiedene Konstellationen nach Grad des Verschuldens zu unterscheiden.

a) Die vorsätzliche Pflichtverletzung

Der Gläubiger handelt vor allem dann vorsätzlich, wenn er ein Recht zweckwidrig ausnutzt oder es auf einem den Schuldner belastenden Weg geltend macht, also rechtsmissbräuchlich handelt.³⁷ Weiß er bei Erklärung des Nacherfüllungsverlangens, dass kein Mangel vorliegt und nimmt dies billigend in Kauf, um sich einen Vorteil zu verschaffen, ist das Vertretenmüssen unproblematisch gegeben.

b) Die fahrlässige Pflichtverletzung

Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, § 276 II BGB. Entscheidend ist, ob der Schädiger die Gefahr der Verwirklichung

²⁴ Kaiser, NJW 2008, 1709 (1712).

²⁵ Kaiser, NJW 2008, 1709 (1712).

²⁶ Ernst, in: MüKo-BGB, § 241 Rn. 90 ff.

²⁷ Lange/Widmann, ZGS 2008, 329 (331).

²⁸ Thole, AcP 2009, 499 (531).

²⁹ BGHZ 179, 238 = BGH NJW 2009, 1262.

³⁰ BGH NJW 2009, 1262 (1264); Kaiser, NJW 2008, 1709 (1711).

³¹ Kaiser, NJW 2008, 1709 (1711); Thole, AcP 2009, 499, (533).

³² Thole, AcP 2009, S. 499 (533).

³³ Ernst, in: MüKo-BGB, § 280 Rn. 20 ff.

³⁴ Ernst, in: MüKo-BGB, § 280 Rn. 20.

³⁵ Ernst, in: MüKo-BGB, § 280 Rn. 20 und 25.

³⁶ Deckenbrock, NJW 2009, 1247 (1248).

³⁷ Thole, AcP 2009, 499 (531).

einer Pflichtverletzung erkennen und diese vermeiden konnte und musste.³⁸ Dies bestimmt sich objektiv.³⁹ Auch im Rahmen des Vertretenmüssens sind die Anforderungen für eine Entlastung des Schuldners nicht klar abgesteckt. Daher schlägt eine Ansicht⁴⁰ auch hier eine ökonomischen Betrachtung vor: Fahrlässigkeit soll dann vorliegen, wenn das Produkt aus Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe höher ist als die Vermeidungskosten. Unterlässt der Anspruchssteller also billige Maßnahmen, die einen viel teureren Schadenseintritt verhindern würden, so soll ihn der Vorwurf der Fahrlässigkeit treffen. Daraus ergibt sich, dass zuallererst der Käufer einige Prüfungsmaßnahmen durchführen muss. Denn er ist näher an der Kaufsache und kann diese billiger einer Prüfung unterziehen als der Verkäufer, der extra anreisen müsste. Erst wenn es dem Käufer aufgrund eines Fehlens an Fachkenntnissen und übrigen Ressourcen nicht mehr möglich wäre, den Mangel sicher zu bestimmen, könnte er sich an den Verkäufer wenden. Damit wäre das Recht des Käufers, Nacherfüllung zu verlangen, allerdings stark eingeschränkt. Nur in besonderen Fällen, in denen die Komplexität der Kaufsache den Käufer vor eine nicht zu bewältigende Prüfung stellt, könnte er sich direkt an den Verkäufer wenden. Dies stünde jedoch im Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH, wonach der Gläubiger (hier also der Käufer) nur Störungen, die auf Ursachen aus seinem Verantwortungsbereich zurückzuführen sind, zu prüfen habe.⁴¹ Damit wandte der BGH sich gegen eine zusätzliche Belastung des Käufers, der richtigerweise nicht vor der Geltendmachung seiner Rechte abgeschreckt werden soll. Diese Risikoverteilung zulasten des Verkäufers steht im Einklang mit dem Telos der Nacherfüllung, wonach der Verkäufer prüfen muss, ob ein Mangel überhaupt vorliegt.⁴² Eine ökonomische Betrachtung ist daher abzulehnen. Richtigerweise sollte deshalb dem BGH gefolgt werden und die Fahrlässigkeit des Käufers dann bejaht werden, wenn er solche möglichen Ursachen eines Fehlers, die für ihn in seiner Sphäre erkennbar waren, nicht prüft.

3. Die Höhe des Schadensersatzes bei Mangelbeseitigung

Der durch eine Schutzpflichtverletzung nach §§ 280, 241 II BGB verursachte Schaden ist ein Schaden „neben der Leistung“. Der Geschädigte, hier der Verkäufer, wird nicht in seinem Äquivalenzinteresse, sondern in seinem Integritätsinteresse verletzt.⁴³ Im Falle des unberechtigten Nacherfüllungsverlangens stellt sich die Frage, welche Kosten genau ersatzfähig sind.

a) Der Ersatz der Untersuchungskosten des Verkäufers

Fordert der Käufer den Verkäufer zur Mangelbeseitigung auf, so umfasst die Nacherfüllungspflicht des Verkäufers

zunächst die Untersuchung dieses Mangels.⁴⁴ Auf diese Weise soll Klarheit geschaffen werden, ob es sich bei dem gerügten Symptom wirklich um einen vom Verkäufer zu beseitigenden Mangel handelt.⁴⁵ Diese Untersuchungskosten sind dem Verkäufer grundsätzlich nicht zu ersetzen.⁴⁶ Dies ergibt sich aus § 439 II BGB, wonach der Verkäufer alle Aufwendungen, die er im Rahmen der Nacherfüllung tätigt, selbst zu tragen hat.⁴⁷ Denn die Untersuchung gehört zur Nacherfüllung, vergewissert sich der Verkäufer doch erst durch sie, dass ein Mangel vorliegt. Die Untersuchung bildet somit die entscheidende Weichenstellung für das Pflichtenprogramm des Verkäufers und wird maßgeblich vom Willen des Verkäufers getragen, seinen Mängelgewährleistungspflichten nachzukommen.⁴⁸ Die Aufwendungen sind dem Verkäufer allerdings dann zu ersetzen, wenn der Käufer, wie im Lichtrufanlagenfall geschehen, eine zu vertretende Pflichtverletzung begangen hat und somit der Schaden einen eigenen Posten bildet.⁴⁹ Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus dem Recht der Leistungsstörungen: Wenn der Schuldner gemäß §§ 280 I und III, 281, 283 BGB das Haftungsrisiko für die nicht vertragsgemäße Erfüllung trägt, dann müssen den Gläubiger umgekehrt alle Nachteile treffen, die entstehen, weil er mehr fordert, als er vertraglich fordern darf.⁵⁰ Abzustellen ist ferner auf den Rechtsgedanken des § 254 BGB, wonach der Käufer sich im Falle eines Mitverschuldens an den Kosten der Nacherfüllung zu beteiligen hat.⁵¹ Nur im Fall einer vom Käufer zu vertretenden Pflichtverletzung darf der Verkäufer folglich Schadensersatz für die Untersuchung des Fehlers fordern. Andernfalls bleibt er auf den Untersuchungskosten sitzen.

b) Die Kosten für die Beseitigung der Störung

Die Rechtsprechung bejahte im Lichtrufanlagenfall auch die Ersatzfähigkeit der Kosten für die Mangelbeseitigung.⁵² Dies traf auf erhebliche Bedenken seitens der Literatur.⁵³ Zunächst wird angeführt, dass die Prüfung der Ursache eines möglichen Mangels nur dazu diene, Ursachen, die aus dem Verantwortungsbereich des Verkäufers stammten, auszuschließen.⁵⁴ Dies bedeute aber im Umkehrschluss, dass dem Verkäufer auch nur solche Aufwendungen zu ersetzen seien, die er tätige, um festzustellen, dass die Ursachen im Bereich des Käufers liegen.⁵⁵

⁴⁴ *Suschet*, JZ 2008, 637 (639); *Thole*, AcP 2009, 499 (540).

⁴⁵ *BGH NJW* 2006, 1195; *Lange/Widmann*, ZGS 2008, 329, 330.

⁴⁶ *Westermann*, in: *MüKo-BGB*, § 439 Rn. 15 f.

⁴⁷ *Lange/Widmann*, ZGS 2008, 329 (330).

⁴⁸ *Kaiser*, „Schadensersatz wegen fahrlässiger Rechtsanmaßung“, in: *FS Canaris I*, 2007, S. 531 (534).

⁴⁹ *Lange/Widmann*, ZGS 2008, 329 (330); *Kaiser*, *NJW* 2009, 1709 (1711).

⁵⁰ *Kaiser*, „Schadensersatz wegen fahrlässiger Rechtsanmaßung“, in: *FS Canaris I*, 2007, S. 531 (535).

⁵¹ *Kaiser*, *NJW* 2008, 1709 (1711).

⁵² *BGH NJW* 2008, 1147 (1148).

⁵³ *Kaiser*, *NJW* 2008, 1709 (1712); *Suschet*, JZ 2009, 637 (639); *Klöhn*, *EWiR* 2008, 267 (268).

⁵⁴ *Suschet*, JZ 2009, 637 (639).

⁵⁵ *Suschet*, JZ 2009, 637 (639); *Thole*, AcP 2009, 499 (540).

³⁸ *Grundmann* in *MüKo-BGB* § 276 Rn. 53 ff.

³⁹ *Ernst*, in: *MüKo-BGB*, § 280 Rn. 20, 146 ff.

⁴⁰ So und im Folgenden: *Thole* AcP 2009, 499 (531 ff).

⁴¹ *BGHZ* 179, 238 = *BGH NJW* 2009, 1262.

⁴² *Kaiser*, *NJW* 2008, 1709 (1711).

⁴³ *Mansel* in: *Jauernig*, § 241 BGB Rn. 10.

Des Weiteren unterbreche der Verkäufer durch die eigenmächtige Mangelbeseitigung den Zurechnungszusammenhang zwischen unberechtigtem Verlangen und aufgewendeten Kosten, weil er eine Leistung erbringe, zu der er dem Käufer gegenüber weder verpflichtet war noch hinreichend dazu aufgefordert worden war.⁵⁶ Vom unberechtigten Verlangen des Käufers sei keine Gefahr mehr ausgegangen, als der Verkäufer die wahre Ursache erkannte. Diese Ursache dennoch zu beseitigen, habe auf einem freien Entschluss des Verkäufers gefut. Die entstanden Kosten fielen daher nicht mehr in den Schutzbereich der verletzten Schutzpflichten aus § 241 II BGB.⁵⁷

Zuletzt wird ein Vergleich mit der Selbstvornahme der Mangelbeseitigung durch den Käufer gezogen. In diesen Fällen entschied die Rechtsprechung, dass der Käufer die Kosten für die Behebung des Mangels nicht ersetzt bekommt.⁵⁸ Wenn der Käufer schon nicht die Kosten auf den Verkäufer abwälzen dürfe, dann könne dies umgekehrt nicht für den Verkäufer gelten, der die Beseitigungskosten auf den Käufer abwälzen wolle.⁵⁹

Die Argumentation der Literatur ist einleuchtend. Hat der Verkäufer durch die Untersuchung erkannt, dass kein Mangel vorliegt, geht keine Gefahr mehr vom Nacherfüllungsverlangen aus. In diesem entscheidenden Moment realisiert der Verkäufer, dass ihn keine weitere Verpflichtung trifft. Dass er trotzdem auf eigene Initiative hin handelt, kann dem Käufer nicht mehr zum Vorwurf gemacht werden. Der Verkäufer beginnt eigenverantwortlich einen ganz neuen Handlungsabschnitt. Diese Verantwortung muss sich konsequenterweise in der Kostenverteilung zu seinen Lasten niederschlagen.

III. Weitere Lösungsvorschläge aus der Literatur

In der Literatur werden neben der Lösung über eine Schutzpflichtverletzung weitere Lösungswege diskutiert.

I. Vertragsauslegung

Ein Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Bezahlung für die Mangelbeseitigung könnte sich durch eine Vertragsauslegung ergeben, §§ 133, 157 BGB.⁶⁰ Infrage kommt ein selbständiger Werkvertrag, den Käufer und Verkäufer über die Mangelbeseitigung geschlossen haben, § 631 BGB. Der Abschluss eines Werkvertrages richtet sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 145 ff BGB und setzt die Abgabe zweier inhaltlich korrespondierender Willenserklärungen voraus.⁶¹ Problematisch wird es, einen Vertragsschluss dann zu konstruieren, wenn der Käufer ausschließlich sein Nacherfüllungsverlangen erklärt und der Verkäufer daraufhin den Mangel, selbst wenn er ihn nicht verursacht hat, behebt.

Gemäß § 133 BGB ist bei der Auslegung von Willenserklärungen auf den wirklichen Willen des

Erklärenden abzustellen.⁶² Untersucht man diesen bei Erklärung des Nacherfüllungsverlangens stellt sich die Frage, inwieweit der Käufer an eine eigene Kostentragung gedacht hat. Erklärt er sein Nacherfüllungsverlangen, so glaubt er daran, dass die Gewährleistungsvorschriften des Kaufrechts greifen werden. Diese normieren wiederum, dass der Verkäufer gemäß § 433 II BGB alle Aufwendungen, die er zur Nacherfüllung tätigen muss, selbst zu tragen hat. Davon geht der Käufer selbst dann aus, wenn er seiner Prüfungspflicht nicht voll nachkommt. Dass er selbst an diesen Kosten beteiligt werden will, wird also allein durch die Erklärung des Nacherfüllungsverlangens ausgeschlossen. Der reine Wille des Käufers spricht also gegen ein Angebot. Bei der Auslegung von Willenserklärungen ist jedoch auch auf den objektivierten Empfängerhorizont abzustellen, § 157 BGB.⁶³ Danach ist zu fragen, wie ein verständiger Empfänger die Willenserklärung des Käufers verstehen konnte und durfte.⁶⁴ Erklärt der Käufer sein Nacherfüllungsverlangen in Form der Mangelbeseitigung, kann der Verkäufer nur verstehen, dass er diesen Mangel zu untersuchen und anschließend zu beseitigen hat. Dem steht entgegen, dass der Verkäufer bei der Untersuchung erkennt, dass es sich um gar keinen Mangel handelt. Es muss ihm nämlich im Moment der Feststellung klar werden, dass er seine Nacherfüllungspflicht, die sich insoweit nur auf die Untersuchung des Symptoms bezog, erfüllt hat. Legt er dann die Willenserklärung des Käufers aus, muss er zu dem Schluss kommen, dass dieser sein Verlangen nur auf solche Mängel bezog, die der Verkäufer auch verursacht hatte. Auch ein verständiger Dritte käme zum Schluss, dass er nicht mehr leisten müsse, als auf Grundlage vertraglicher Pflichten von ihm verlangt werden kann. In diesem Fall liege ein Handeln des Verkäufers auf eigene Gefahr vor, § 254 I BGB.⁶⁵

Nur wenn Verkäufer oder Käufer ausdrücklich auf die jeweiligen Umstände der Mangelbeseitigung Bezug nehmen, lässt sich folglich ein Vertragsschluss über die Untersuchung und die Beseitigung annehmen. In allen anderen Fällen muss man diesen verneinen.

2. Geschäftsführung ohne Auftrag

Ein Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer für den Ersatz der Beseitigungskosten (Aufwendungsersatz) könnte sich jedoch aus den Grundsätzen der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben, §§ 670, 677, 683 I BGB.⁶⁶ Beseitigt der Verkäufer einen Fehler und stellt den Normalzustand her, ist dies als ein Geschäft anzusehen. Da der ursprüngliche Vertrag erfüllt worden ist, liegt auch kein Auftrag oder eine andere Beziehung vor.

a) Fremdheit des Geschäfts und Fremdgeschäftsführungswille

Die Beseitigung des Fehlers muss ein für den Verkäufer fremdes Geschäft darstellen. Ein fremdes Geschäft kann

⁵⁶ Thole, AcP 2009, 499 (540).

⁵⁷ Klöhn, EWIR 2008, 267 (268).

⁵⁸ Vgl. BGHZ 162, 219; Kaiser, NJW 2009, 1709 (1712).

⁵⁹ Kaiser, NJW 2008, 1709 (1711); Lange/ Widmann, ZGS 2008, 329 (330).

⁶⁰ Lange/ Widmann, ZGS 2008, 329 (330).

⁶¹ Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 4. Auflage 2010, § 32 Rn. 632.

⁶² Wendetland, in: Bamberger/Roth § 133 BGB Rn. 22 ff.

⁶³ Busche, in: MüKo-BGB, § 157 Rn. 3.

⁶⁴ Busche, in: MüKo-BGB, § 133 Rn. 12; Busche, in: MüKo-BGB, § 157 Rn. 3.

⁶⁵ Kaiser, NJW 2008, 1709 (1711).

⁶⁶ Klöhn, EWIR 2008, 267 (268); ablehnend Thole, AcP 499 (540 f).

in drei Formen vorliegen: Dem objektiv fremden, dem subjektiv fremden und dem „auch fremden“.⁶⁷ Ein „auch fremdes“ Geschäft liegt vor, wenn der Geschäftsführer sowohl im eigenen wie auch fremden Interesse handelt.⁶⁸ Dies lässt sich für die Untersuchung des Mangels bejahen, da der Verkäufer hier sowohl ein eigenes, wie auch ein fremdnütziges Interesse verfolgt.⁶⁹ Beseitigt der Verkäufer anschließend das Symptom auch noch, so deutet dies stark darauf hin, dass er zumindest auch für den Käufer handeln will. In der Mangelbeseitigung ist daher zumindest ein „auch fremdes“ Geschäft zu sehen. Dies hat zur Folge, dass der Fremdgeschäftsführungswille (nach der h.M.⁷⁰) zu vermuten ist. Aber auch ohne eine solche Vermutung wird ein entsprechender Wille des Verkäufers in der Regel vorliegen. Dies ergibt sich daraus, dass ein störender Fehler besser schnell beseitigt werden sollte, damit die Kaufsache endlich vollfunktionstüchtig ist und genutzt werden kann. Nimmt der Verkäufer zudem keine weiteren Maßnahmen an ihr vor, handelt es insoweit auch im alleinigen Interesse des Käufers.

b) Berechtigung durch den Geschäftsherrn

Ferner muss der Verkäufer als Geschäftsführer mit der Berechtigung des Käufers gehandelt haben, § 683 S. 1 BGB. Diese Berechtigung ist erst durch den wirklichen, geäußerten Willen des Geschäftsherrn zu erschließen und erst wenn dieser nicht nachweisbar ist, darf auf den mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn zurückgegriffen werden.⁷¹ Erklärt der Käufer ausdrücklich, dass der Verkäufer einen Mangel kostenlos beseitigen solle, so kann dieser nicht einfach davon ausgehen, ein sich nicht als Mangel herausstellendes Symptom einfach beseitigen zu dürfen. Vielmehr muss dem Verkäufer bewusst sein, dass dies nicht mehr im Sinne des Käufers ist und er insoweit unberechtigt handelt, § 683 BGB.⁷² Aber selbst dann, wenn der Käufer keine ausdrückliche Erklärung

abgibt, darf der Verkäufer nicht voreilig Schlüsse ziehen. Vielmehr ist es ihm in der Regel möglich, sich mit dem Käufer abzusprechen, bevor er zur Beseitigung eines Fehlers schreitet. Auf einen mutmaßlichen Willen kann der Verkäufer sich daher nicht berufen, sodass es auch hier an einer Berechtigung fehlt. Damit scheidet ein Anspruch auf Aufwendungsersatz aus §§ 670, 677, 683 I aus.

4. Ungerechtfertigte Bereicherung

Zuletzt wird in der Literatur diskutiert, ob der Käufer durch die vom Verkäufer geleistete Reparatur ungerechtfertigt bereichert worden ist.⁷³ Als Anspruchsgrundlage kommt § 812 I 1 Alt. 1 BGB in Betracht. Zwar sind dessen Voraussetzungen mit der Reparatur durch den Verkäufer erfüllt, doch ist der Anspruch in der Regel durch § 814 I BGB ausgeschlossen.⁷⁴ Erkennt der Verkäufer nach der Untersuchung des Symptoms, dass er zu keiner weiteren Handlung verpflichtet ist weiß er um den Mangel des Rechtsgrundes.

D. Zusammenfassung

Das unberechtigte Nacherfüllungsverlangen wirft eine Vielzahl von Problemen auf, lässt sich aber am besten mit dem Ansatz der Rechtsprechung, also als Schutzpflichtverletzung lösen. Letztlich stellt sich bei allen diskutierten Lösungsansätzen die Frage, wie eine angemessene Verteilung der Risiken über die Kostentragung zwischen dem unberechtigt auffordernden Käufer und dem Verkäufer gefunden werden kann. Um dem Käufer sein Recht, Nacherfüllung zu verlangen, nicht vollkommen zu versagen, sind an seinen Prüfungsumfang und sein Verschulden grds. niedrige Anforderungen zu stellen. Für den Verkäufer gilt, dass er die Untersuchungskosten vom Käufer ersetzt verlangen kann, wenn dieser seiner Prüfungspflicht nicht nachkommt. Für die Kosten der Mangelbeseitigung gilt hingegen, dass der Verkäufer sie selbst tragen muss, wenn er erkennt, dass er nicht zur Nacherfüllung verpflichtet ist. Dies entspricht auch den Wertungen der übrigen Lösungsansätze.

⁶⁷ Hey, JuS 2009, 400 (402).

⁶⁸ BGHZ 70, 389 (396); Hey, JuS 2009, 400 (403).

⁶⁹ Thole, AcP 2008, 499 (541).

⁷⁰ BGH NJW 2008, 683 (685).

⁷¹ Hey, JuS 2009, 400 (404).

⁷² OLG Düsseldorf NJW-RR 2008, 331 (333).

⁷³ Faust, JuS 2009, 1146 (1147); Klöhn, EWiR 2008, 267 (268).

⁷⁴ Schwab, in: MüKo-BGB, § 814 Rn. 12.