

HOLGER KALL

Das Unsicherheitsrisiko  
beim Kauf

*Studien zum Privatrecht*

107

---

**Mohr Siebeck**

Studien zum Privatrecht

Band 107





Holger Kall

# Das Unsicherheitsrisiko beim Kauf

Die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten  
bei Unsicherheiten hinsichtlich eines Mangels

Mohr Siebeck

*Holger Kall*, geboren 1992; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Mainz; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Mainz; 2021 Promotion; Rechtsreferendar im OLG-Bezirk Koblenz.

Mainz, Johannes Gutenberg-Universität, Dissertation, 2021.

ISBN 978-3-16-161637-2 / eISBN 978-3-16-161800-0

DOI 10.1628/978-3-16-161800-0

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

*Meiner Familie*



## Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von dem Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen. Am 24.11.2021 wurde die mündliche Prüfung abgelegt. Das Manuskript wurde im September 2021 fertig gestellt.

Ich möchte mich von Herzen bei all jenen bedanken, die während der Entstehungszeit auf die verschiedenste Art und Weise mir haben ihre Unterstützung zuteilwerden lassen.

Dank schulde ich insbesondere meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Peter Huber für die Arbeitsumgebung, die er mir als Doktorand an seinem Lehrstuhl geboten hat. Seine jederzeitige Bereitschaft zur intensiven fachlichen Diskussion bei gleichzeitig mir belassenem großen Freiraum betreffend die inhaltliche Ausrichtung der Arbeit waren für meine Begriffe bester Nährboden. Einen großen Beitrag dazu hat auch mein Kollege Lino Bernard geleistet, der mir stets bereitwillig Zuhörer und Diskussionspartner war. Herrn Prof. Dr. Curt Wolfgang Hergenröder danke ich für die schnelle Zweitbegutachtung. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Haimo Schack und der Studienstiftung *ius vivum* für einen großzügigen Druckkostenzuschuss.

Meiner Familie gebührt schließlich mein größter Dank – für nichts weniger als Unterstützung in jeder Hinsicht.

Mainz, im April 2022

*Holger Kall*



# Inhaltsverzeichnis

|   |     |
|---|-----|
| Vorwort .....   | VII |
| <br>  |     |
| A. Einleitung .....   | 1   |
| B. Vertraglicher Schadensersatz wegen eines unberechtigten<br>Nacherfüllungsverlangens.....   | 5   |
| I. Pflichtverletzung durch ein unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen   | 6   |
| 1. Bestandsaufnahme: Begriffsbestimmungen und Einordnung der<br>Problematik .....   | 7   |
| a) Grundkonzeptionen .....  | 7   |
| b) Abstrakte Schwierigkeiten der Konzeptionen.....  | 9   |
| c) Gegenwärtiger Meinungsstand .....  | 9   |
| d) Parallele zum französischen Recht .....  | 11  |
| e) Konsequenz für das unberechtigte<br>Mangelbeseitigungsverlangen .....  | 11  |
| 2. Alternative: Erfolgsbezogen verstandene<br>Rücksichtnahmepflichten .....   | 12  |
| a) Wortlaut des § 241 Abs. 2 BGB .....  | 14  |
| b) Historie des § 241 Abs. 2 BGB .....  | 15  |
| c) Beweislastrechtliche Überlegungen .....  | 16  |
| aa) Ausgangspunkt: Anwendbarkeit der Beweislastumkehr ..  | 17  |
| bb) Teleologie von Beweislastverteilungen .....   | 17  |
| (1) Regel-Ausnahme-Verhältnis und abstrakte<br>Wahrscheinlichkeiten .....   | 18  |
| (2) Beweislastverteilung nach Sphären .....   | 21  |
| (3) Zwischenergebnis .....  | 22  |
| d) Vergleich mit der deliktischen Lehre vom Erfolgsunrecht .....  | 23  |
| aa) Erfolgsunrecht im Deliktsrecht .....  | 23  |
| bb) Übertragung auf die vertragliche Haftung.....   | 24  |
| e) Entscheidendes Argument für ein verhaltensbezogenes<br>Verständnis: Erfolgsbezogene Rücksichtnahmepflichten im<br>Verhältnis zu verhaltensbezogenen Leistungspflichten ..... | 25  |
| f) Ergebnis .....   | 27  |

|   |    |
|---|----|
| 3. BGH: Pauschale Einordnung als Pflichtverletzung? .....         | 27 |
| a) Entscheidung des 5. Senats aus dem Jahr 2009 .....             | 27 |
| b) Entscheidung des 9. Senats aus dem Jahr 2014 .....             | 30 |
| c) Zusammenfassung zu den Positionen in der Rechtsprechung .      | 31 |
| 4. Einordnung in der Literatur .....                              | 31 |
| 5. Zusammenfassung .....  | 32 |
| II. Die verkehrserforderliche Sorgfalt beim unberechtigten        |    |
| Nacherfüllungsverlangen .....                                     | 32 |
| 1. Aussagen des BGH im Lichtrufanlagenfall .....                  | 32 |
| a) Klarstellung: Prüfpflicht als Hilfsfrage bei der               |    |
| verkehrserforderlichen Sorgfalt .....                             | 33 |
| b) Sorgfaltsmaßstab .....   | 34 |
| aa) Ausgangspunkt .....   | 34 |
| bb) „Im Rahmen seiner Möglichkeiten“ .....                        | 35 |
| cc) „Keine Fachkenntnis“ .....                                    | 37 |
| dd) Zwischenergebnis .....  | 38 |
| c) Gegenstand der Prüfpflicht .....                               | 39 |
| aa) Ziel der Prüfpflicht .....                                    | 40 |
| bb) Zu untersuchender Bereich .....                               | 40 |
| cc) Zwischenergebnis .....  | 42 |
| d) Zusammenfassung der Position im Lichtrufanlagenfall .....      | 42 |
| 2. Aussagen in späteren Entscheidungen .....                      | 43 |
| a) Abkehr von einer Prüfpflicht? .....                            | 44 |
| b) Modifikation des Sorgfaltsmaßstabs? .....                      | 45 |
| c) Zwischenergebnis .....   | 46 |
| 3. Aussagen in der Literatur .....                                | 46 |
| 4. Zentrale Frage: In welcher Gestalt ist eine Entlastung des     |    |
| Käufers angezeigt? .....  | 46 |
| a) Kollision mit Obliegenheiten .....                             | 47 |
| aa) Obliegenheit des Käufers zur Gestattung der                   |    |
| Nacherfüllung .....   | 47 |
| bb) Obliegenheit des Käufers zu einem „unverzüglichen“            |    |
| Nacherfüllungsverlangen .....                                     | 49 |
| b) Wertungen des § 442 BGB .....                                  | 50 |
| c) Prüfpflichten als Suche nach den Mangelursachen .....          | 52 |
| d) Parallelen zur Symptomrechtsprechung .....                     | 54 |
| e) Einseitige Verteilung des Unsicherheitsrisikos zu Lasten des   |    |
| Käufers .....   | 56 |
| aa) Unsicherheitsrisiko .....                                     | 56 |
| bb) Zusammenspiel mit dem Recht zur zweiten Andienung ..          | 58 |
| f) Abschreckungspotential und „Käuferfalle“ .....                 | 59 |
| 5. Zusammenfassung und Plädoyer für einfache Fahrlässigkeit ..... | 62 |

|  |     |
|--|-----|
| III. Folgefragen .....   | 65  |
| 1. Reichweite der Prüfpflicht .....  | 66  |
| a) Konkrete Schlüsse aus kollidierenden Interessen.....                                    | 67  |
| b) Kostenbelastung .....   | 67  |
| aa) Learned-Hand-Formel und Kosten-Nutzen-Analyse.....                                     | 68  |
| (1) Aussagen der Learned-Hand-Formel.....  | 69  |
| (2) Übertragung auf die Überprüfung von<br>Alternativursachen .....                        | 69  |
| (3) Diskussion.....  | 70  |
| (4) Ergebnis .....   | 72  |
| bb) Abschreckungswirkung .....   | 72  |
| (1) Ersatzfähigkeit von Kosten zur Überprüfung von<br>Alternativursachen .....             | 73  |
| (a) § 439 Abs. 2 BGB .....   | 74  |
| (b) § 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB.....   | 77  |
| (c) Geschäftsführung ohne Auftrag .....  | 79  |
| (d) Bereicherungsrecht .....   | 79  |
| (e) Fazit .....  | 79  |
| (2) Definition von Abschreckung .....  | 80  |
| (3) Keine Abhängigkeit von der Leistungsfähigkeit des<br>Käufers.....                      | 80  |
| (4) Abschreckung in Abhängigkeit von der<br>Wahrscheinlichkeit der Alternativursache ..... | 82  |
| (5) Abschreckung in Abhängigkeit vom Kaufpreis.....  | 84  |
| (6) Abschließende Bemerkungen zur „Berechnung“ der<br>Abschreckungsgrenze .....            | 88  |
| cc) Zusammenfassung zur Kostenbelastung.....   | 89  |
| 2. Verbleibende Unsicherheiten .....   | 89  |
| a) Informationspflicht des Käufers über verbliebene<br>Unsicherheiten.....                 | 90  |
| aa) Inhaltliche Begrenzung.....  | 93  |
| bb) Interessenabwägung .....   | 93  |
| cc) Zusammenfassung .....  | 95  |
| b) Schadensersatz bei Verletzung einer Informationspflicht.....                            | 96  |
| c) Zusammenfassung .....   | 96  |
| 3. Unsicherheiten in rechtlicher Hinsicht .....  | 96  |
| a) Allgemeine Einordnung von Rechtsirrtümern .....   | 97  |
| b) Einschränkung: Erkennbarkeit rechtlicher Unsicherheiten.....                            | 101 |
| c) Bedeutung für kaufrechtliche Sachverhalte .....   | 103 |
| aa) Rechtsirrtümer bei der Mangelhaftigkeit .....  | 104 |
| bb) Konsequenz für ein Nacherfüllungsverlangen .....                                       | 105 |
| cc) Keine durchgreifenden Gründe für eine abweichende<br>Handhabung .....                  | 106 |

|  |     |
|--|-----|
| d) Zusammenfassung .....   | 110 |
| 4. Doppelirrtum .....  | 110 |
| IV. Schaden .....  | 111 |
| 1. Untersuchungskosten des Verkäufers .....  | 112 |
| 2. Grundsätzlich kein Ersatz für die Störungsbeseitigung .....   | 114 |
| a) Aussage der Lichtrufanlagenscheidung .....  | 115 |
| b) Beseitigungskosten und Abgrenzung zu Untersuchungskosten 115  |     |
| aa) Keine Ersatzfähigkeit von Beseitigungskosten .....   | 116 |
| bb) Abgrenzung zwischen Beseitigung und Untersuchung ....  | 118 |
| 3. Sonstige Schäden .....  | 119 |
| 4. Zusammenfassung .....   | 121 |
| V. Darlegungs- und Beweislast .....  | 121 |
| 1. Grundbegriffe und Grundregel der Beweislastverteilung .....   | 122 |
| 2. Beweislastverteilung bei verhaltensbezogenen Pflichten .....  | 124 |
| a) Grundlegende Ansätze in der Literatur .....   | 124 |
| aa) Position 1 .....   | 125 |
| bb) Position 2 .....   | 125 |
| cc) Position 3 .....   | 125 |
| dd) Position 4 .....   | 126 |
| ee) Zwischenergebnis und Konsequenz für das unberechtigte<br>Nacherfüllungsverlangen .....               | 126 |
| b) Beweislastverteilung nach Gefahrbereichen .....   | 128 |
| aa) Allgemeine Aussage .....   | 128 |
| bb) Anwendung auf und Klarstellungen für den Fall eines<br>unberechtigten Nacherfüllungsverlangens ..... | 130 |
| (1) Nacherfüllungsverlangen .....  | 130 |
| (2) Mangelfreiheit .....   | 130 |
| (3) Erkennbarkeit von Alternativursachen .....   | 130 |
| (4) Zusammenfassung .....  | 131 |
| c) Sekundäre Darlegungslasten .....  | 131 |
| d) Alternativlösung: Auskunftsanspruch .....   | 133 |
| aa) Voraussetzungen .....  | 135 |
| (1) Ausgangspunkt .....  | 135 |
| (2) Kritik an der Reichweite .....   | 137 |
| (3) Zwischenergebnis .....   | 142 |
| bb) Anwendung bei einem vermuteten Sorgfaltsverstoß .....  | 143 |
| (1) Situation vor Beweis der Mangelfreiheit .....  | 143 |
| (2) Situation nach Beweis der Mangelfreiheit .....   | 143 |
| (3) Zwischenergebnis .....   | 144 |
| e) Anscheinsbeweis .....   | 144 |
| f) Stellungnahme .....   | 145 |
| aa) Dogmatische Grundlagen .....   | 145 |

|  |            |
|--|------------|
| bb) Wirkungen .....  | 146        |
| (1) Rechtsunsicherheit .....   | 146        |
| (2) Effektivität und unterschiedliche Wirkungsweisen ....  | 149        |
| (3) Zumutbarkeit für den Käufer.....   | 151        |
| (4) Zwischenergebnis und Konsequenzen .....  | 155        |
| (5) Bewertung .....  | 156        |
| 3. Schuldverhältnis und Schaden.....   | 158        |
| 4. Zusammenfassung .....   | 159        |
| <b>C. Verbrauchsgüterkäufe.....</b>  | <b>161</b> |
| I. Pflichtverletzung und Vertretenmüssen bei<br>Verbraucherkonstellationen .....                           | 161        |
| II. Vermutung des § 477 BGB.....   | 162        |
| 1. Kein Gleichlauf zwischen Beweislast und Haftung für ein<br>unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen ..... | 163        |
| 2. § 477 BGB als Wertentscheidung gegen Prüfpflichten .....  | 164        |
| a) § 477 BGB im europarechtlichen Kontext .....  | 164        |
| b) Rückschluss aus der EuGH-Rechtsprechung – Faber.....  | 165        |
| aa) Aussagen des EuGH .....  | 166        |
| bb) Bedeutung jenseits einer Mangelvermutung .....   | 167        |
| cc) Ergebnis .....   | 169        |
| III. Unentgeltlichkeit und keine erheblichen Unannehmlichkeiten .....                                      | 169        |
| IV. Effet utile des Verbraucherschutzes .....  | 170        |
| V. Modifikationen bei der Schadenszurechnung?.....   | 173        |
| 1. Keine allgemeine Modifikation des nationalen Schadensrechts...  | 174        |
| 2. Keine Modifikation im Fall des Transportkostenvorschusses.....  | 176        |
| 3. Zusammenfassung .....   | 177        |
| VI. Zusammenfassung zur Verbraucherkonstellation.....  | 177        |
| <b>D. Handelskäufe .....</b>   | <b>179</b> |
| I. Die Mängelanzeige in Abgrenzung zu einem<br>Nacherfüllungsverlangen .....                               | 180        |
| II. Haftung für eine unbegründete Mängelanzeige.....   | 180        |
| 1. Schädigungspotential als Anknüpfungspunkt für eine<br>Rücksichtnahmepflicht .....                       | 182        |
| 2. Keine grundlegend andere „Herausforderung“ des Verkäufers ....  | 182        |
| 3. Keine andere Beurteilung aufgrund bloßer Obliegenheiten.....  | 184        |
| 4. Konsequenz: Haftung wie beim unberechtigten<br>Nacherfüllungsverlangen .....                            | 185        |
| a) Alternativursachen „anlässlich“ einer<br>Untersuchungsobliegenheit .....                                | 186        |
| b) Begrenzung von Prüfpflichten durch die Rügeobliegenheit ....  | 187        |

|  |     |
|--|-----|
| 5. Zusammenfassung .....   | 189 |
| III. Haftung für ein unbegründetes Nacherfüllungsverlangen beim<br>Handelskauf .....               | 189 |
| 1. Nacherfüllungsverlangen trotz Mangelfreiheit .....  | 190 |
| a) Auswirkungen des § 377 HGB .....  | 190 |
| b) Erweiterte Kooperationspflichten? .....   | 192 |
| 2. Nacherfüllungsverlangen trotz Präklusion .....  | 194 |
| IV. Zusammenfassung der Situation bei Handelskäufen .....  | 196 |
| E. Gerichtliche Rechtsverfolgung als Referenz.....   | 199 |
| I. „Rechtfertigung“ prozessualer Geltendmachung .....  | 200 |
| II. Kritik an dem Haftungsprivileg.....  | 201 |
| 1. Keine zwangsläufige Verkümmerng des Rechtsschutzes durch<br>Abschreckung .....                  | 202 |
| 2. Keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit .....   | 205 |
| a) Abstrakte verfassungsrechtliche Vorgabe .....   | 205 |
| b) Tendenz zu einer Einzelfallbetrachtung .....  | 206 |
| c) Relative Wertigkeit von Rechtsschutz .....  | 207 |
| d) Zwischenergebnis .....  | 208 |
| 3. Kein umfänglicher Schutz des Verfahrensgenegers durch das<br>Prozessrecht .....                 | 209 |
| 4. Rechtshängigkeit als Anknüpfung für eine strengere Haftung ....                                 | 212 |
| 5. Verfehlte Anreizsetzung zu prozessuaem Vorgehen .....   | 213 |
| 6. Kein entscheidender Vorteil durch Rechtsklarheit .....  | 217 |
| 7. Zusammenfassung .....   | 218 |
| III. Stattdessen: grundsätzlich identisches Konzept zur<br>außergerichtlichen Geltendmachung ..... | 218 |
| 1. Prüfpflichten .....   | 219 |
| 2. Sorgfaltsmaßstab und Reichweite.....  | 221 |
| 3. Konsequenz bei verbleibenden Unsicherheiten .....   | 223 |
| IV. Zusammenfassung und abschließende Einordnung .....   | 225 |
| F. Sonstige Ausgleichsmöglichkeiten.....   | 227 |
| I. Vorüberlegung .....   | 227 |
| II. Entschädigung aus einer gesonderten Abrede .....   | 228 |
| 1. Abreden vor Entstehen eines Mangelverdachts .....   | 228 |
| 2. Abreden nach Entstehen eines Mangelverdachts.....   | 231 |
| a) Konkludente Kostenübernahme .....   | 231 |
| aa) Übernahme von Untersuchungskosten .....  | 231 |
| bb) Übernahme von Kosten zur Beseitigung einer<br>Alternativursache.....                           | 232 |

|   |     |
|---|-----|
| b) Ausdrückliche Kostenübernahme .....  | 234 |
| aa) Keine entgegenstehende Aussage in der Rechtsprechung .....                                  | 234 |
| bb) Sonderfall: Verbraucherkäufer und der Schutz des § 476<br>BGB .....                         | 235 |
| (1) Vereinbarung „vor Mitteilung des Mangels“ .....   | 235 |
| (2) Abweichung von Verbraucherschutzvorschriften .....  | 238 |
| c) Zusammenfassung zu Abreden nach Entstehen des<br>Mangelverdachts .....                       | 241 |
| 3. Ergebnis zur Entschädigung aus einer gesonderten Abrede .....                                | 241 |
| III. Geschäftsführung ohne Auftrag .....  | 242 |
| 1. Anwendbarkeit im Kontext eines unberechtigten<br>Nacherfüllungsverlangens .....              | 242 |
| 2. Keine Geschäftsführung ohne Auftrag bei unberechtigtem<br>Nacherfüllungsverlangen .....      | 243 |
| a) Überprüfung der Mangelfreiheit .....   | 244 |
| b) Überprüfung/Beseitigung von Alternativursachen .....   | 244 |
| c) Überprüfung der Rechtsauffassung des Käufers .....   | 246 |
| 3. Ergebnis zur Geschäftsführung ohne Auftrag .....   | 247 |
| IV. (Leistungs-)Kondiktion .....  | 247 |
| 1. Erlangtes Etwas .....  | 248 |
| 2. Durch Leistung des Verkäufers .....  | 249 |
| 3. Ohne Rechtsgrund .....   | 251 |
| 4. Oftmals: Ausschluss bei Kenntnis der Nichtschuld .....                                       | 251 |
| a) § 814 BGB im Anwendungsbereich der Leistungskondiktion .....                                 | 251 |
| b) § 814 BGB im Anwendungsbereich des § 684 S. 1 BGB .....                                      | 253 |
| 5. b2c: Ausschluss durch § 241a BGB .....   | 254 |
| 6. Anspruchsumfang .....  | 256 |
| a) Herausgabe und Wertersatz .....  | 256 |
| b) Wertbestimmung .....   | 257 |
| c) Begrenzung durch § 818 Abs. 3 BGB .....  | 257 |
| 7. (Kein) Wertungswiderspruch zu der vertraglichen Verteilung des<br>Unsicherheitsrisikos ..... | 259 |
| 8. Ergebnis .....   | 260 |
| V. § 91 ZPO analog .....  | 261 |
| VI. Zusammenfassung sonstiger Ausgleichsmöglichkeiten .....                                     | 262 |
| G. Ergebnisse .....   | 265 |
| Literaturverzeichnis .....  | 269 |
| Sachregister .....  | 277 |



## A. Einleitung

Ein Sachverhalt und seine rechtliche Bewertung stehen dann fest, wenn rechtskräftig darüber entschieden wurde. Ansonsten herrscht Unsicherheit. Mit dieser Unsicherheit leben notgedrungen alle Teilnehmer am Rechtsverkehr in sämtlichen Lebenslagen und sie treffen ihre Entscheidungen (bewusst oder unbewusst) auf unsicherer Basis. Damit einher geht ein Risiko: Das Risiko nämlich, dass sich ein Verhalten, eine Forderung als „falsch“ oder tatsächlich unbegründet herausstellt.

Dieses Risiko an sich zu beseitigen, dürfte unmöglich sein. Was das (Privat-) Recht aber bereithalten muss, sind Kriterien für die Verteilung des Unsicherheitsrisikos. Wo nämlich mehrere Rechtssubjekte miteinander in Berührung kommen, erwachsen aus der beschriebenen Unsicherheit zwangsläufig Nachteile für die eine oder andere Person: Der – wie später festgestellt wird – zu Unrecht Verklagte musste Kosten für die Verteidigung aufwenden; der Verkäufer wendet Zeit und Geld für eine Untersuchung der Kaufsache auf, die vom Käufer zu Unrecht als mangelhaft gerügt wurde; der Mieter wehrt sich unter Aufwendung von Zeit und Ressourcen gegen die unbegründete Kündigung.

Diese Nachteile sind „sichtbar“ und es fragt sich, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsordnung diese Nachteile ersatzfähig stellt. Dies ist der einzige unmittelbare Anknüpfungspunkt, den das Privatrecht bereithält. Einer unmittelbaren Verteilung eines Unsicherheitsrisikos hat sich der Gesetzgeber hingegen nicht angenommen – und tatsächlich wäre eine solche Regelung auch schwer vorstellbar in Anbetracht der unzähligen und völlig unterschiedlichen Situationen, in denen Unsicherheiten bestehen und zu Nachteilen führen können.

Die Frage der Ersatzfähigkeit von Nachteilen aus Unsicherheitssituationen heraus hat die Rechtsprechung und das rechtswissenschaftliche Schrifttum deswegen verschiedentlich beschäftigt und Untersuchungen vorwiegend unter den Schlagwörtern schädigender Rechtsverfolgung sowie (materieller) Kostenerstattung hervorgebracht.<sup>1</sup> Zuletzt hat *Derkum* unter dem Titel „Die Folgen der Geltendmachung nicht bestehender vertraglicher Rechte“ den Blick auf das Thema

---

<sup>1</sup> Aus dem Bereich der Monographien etwa *Hopt*, Schadensersatz aus unberechtigter Verfahreseinleitung; *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung; *Konzen*, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien; *Götz*, Schädigende Rechtsverfolgung; *Haertlein*, Exekutionsintervention und Haftung; *Häsemeyer*, Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit; *Demuth*, Schadensersatz nach Verfahreseinleitung; *Derkum*, Geltendmachung nicht bestehender Rechte.

gerichtet, dabei ein allgemeines Haftungskonzept vorgestellt und es exemplarisch auf das Kauf-, Werk- und Mietrecht angewandt.

Diese Arbeit will daran anknüpfen, den Blick aber bewusst verengen und ein – teilweise modifiziertes – Konzept dezidiert anhand kaufrechtlicher Besonderheiten erproben. Dahinter steht die Überlegung, dass die soeben als „sichtbare“ Nachteile beschriebenen Auswirkungen von Unsicherheiten nur eine Seite einer Medaille mit Namen „Unsicherheitsrisiko“ sind. Risiken lähmen – und wer aus Angst vor den (Folgen von) Unsicherheiten untätig bleibt, dem erwachsen daraus ebenfalls Nachteile. Wer aus Angst vor einer Haftung darauf verzichtet, Gewährleistungsrechte einzufordern, begibt sich effektiv seiner Rechte, wenn tatsächlich ein Mangel vorliegt; der kampflos aufgegebene Streit um die mietrechtliche Kündigung entwertet einen Mietvertrag, wenn tatsächlich kein Kündigungsgrund vorlag.

Solche Nachteile sind ungleich schwerer greifbar und weitestgehend „unsichtbar“. Sie müssen in erster Linie nicht kompensiert, sondern von vornherein verhindert werden.

Das einzige, dem Recht zu Gebote stehende Mittel zur Verhinderung solcher Nachteile liegt darin, die Abschreckungswirkung einer Haftung aufgrund von Unsicherheiten ihrerseits zu begrenzen. Haftung und Abwesenheit von Haftung definieren dann die Verteilung des Unsicherheitsrisikos zwischen den Parteien. Dabei zeigt sich aber schnell, dass Kriterien für eine Abschreckung zahlreich und sehr unterschiedlich sein können. Der Verbraucherkäufer wird andere Maßstäbe anlegen als der Unternehmerkäufer. Ein Mieter, dem der Verlust seiner Wohnung als Lebensmittelpunkt droht, bringt andere Aspekte in Anschlag als der Mieter von Gewerberäumen, der womöglich nüchtern kalkulierend Risiken und Nutzen verschiedener Verhaltensweisen abwägt. Insofern stößt ein hoher Abstraktionsgrad eines einheitlichen Haftungskonzepts naturgemäß an Grenzen.

Hier soll deswegen dezidiert die Situation im Rahmen der wohl häufigsten Vertragsform, des Kaufvertrags, in den Blick genommen werden. Dabei ist zweifelsohne die Mangelhaftigkeit einer Kaufsache der zentrale Quell von Unsicherheiten. Ziel der Untersuchung ist deswegen die Klärung der Frage, ob und unter welchen Rahmenbedingungen die gegenwärtige Rechtslage eine adäquate Verteilung des Unsicherheitsrisikos im Kontext der Mangelhaftigkeit einer Kaufsache erreicht.

Im Fokus steht dabei eine vertragliche Schadensersatzhaftung, der sich ein Käufer möglicherweise aussetzt, wenn er zu Unrecht Nacherfüllung verlangt (B.). Verbrauchsgüterkäufe warten mit besonderen Wertungsentscheidungen auf und fordern deswegen eine gesonderte Analyse (C.). Ebenfalls gesondert zu untersuchen sind Handelskäufe (D.). Die insoweit getroffenen Feststellungen zur Verteilung des Unsicherheitsrisikos mithilfe eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs müssen sich auch daran messen lassen, ob sie im Einklang mit der Situation einer prozessualen Geltendmachung stehen, oder ob nicht vielmehr Modifikationen bei der Schadensersatzhaftung vorzunehmen sind (E.). Ebenso

wie vertragliche Schadensersatzansprüche oder deren Abwesenheit zu einer bestimmten Verteilung eines Unsicherheitsrisikos führen, tun dies auch sonstige Ansprüche, so sie denn gegeben sind. Abschließend sind deswegen Ausgleichsmöglichkeiten jenseits des Schadensersatzes zu beleuchten, um zu einer endgültigen Verteilung des Unsicherheitsrisikos zu gelangen (F.).



## B. Vertraglicher Schadensersatz wegen eines unberechtigten Nacherfüllungsverlangens

Von Zeit zu Zeit findet sich ein Käufer in der Situation, dass die erworbene Kaufsache nicht „das tut, was sie soll“. Dahinter wird der Käufer einen Mangel vermuten und sich deswegen an den Verkäufer wenden. Nur: Der Kühlschrank etwa, der nicht kühlt, ist nicht zwangsläufig mangelhaft. Vergisst der Käufer, das Gerät an die Stromversorgung anzuschließen, so kühlt der Kühlschrank zwar nicht und ist dennoch nicht mangelhaft. Ebenso wenig und vielleicht etwas realitätsnäher ist auch eine elektrische Säge, die nicht anläuft, mangelhaft, wenn der Käufer nur vergessen hat, eine Schnittsicherung zu entfernen. Gerade bei potentiell gefährlichen Maschinen mit Sicherheitsvorkehrungen ist es denkbar, dass die Benutzung durch den Käufer die Ursache für eine vermeintliche Mangelerscheinung ist. Man denke an einen Gabelstapler, dessen Bremse sich nicht öffnen lässt solange ein Drucksensor unter dem Fahrersitz keinen Fahrer registriert; ein Auto mit Software für selbstständiges Fahren, welches eine Bremsung einleitet, wenn der Fahrer für längere Zeit die Hände vom Lenkrad nimmt; Fräsmaschinen, die Sicherheitsabfragen für die feste Verspannung des Werkstücks erfordern, bevor sie das eigentliche Fräsen zulassen.

In derlei Fällen ist nicht ein Mangel Grund des Problems, sondern ein anderer Umstand, der nur ein Mangelsymptom hervorgerufen hat. Diese Umstände sollen im Folgenden als „Alternativursachen“ bezeichnet werden. Der Verkäufer wird gleichwohl durch ein Nacherfüllungsverlangen zum Tätigwerden „genötigt“. Er nimmt Kosten für Anfahrt und Untersuchungen auf sich und klärt letztlich eine Alternativursache auf, also einen Umstand, der kein Mangel ist. Seinen Aufwand möchte er vom Käufer, der – wie nun in der Rückschau klar ist – zu Unrecht Nacherfüllung verlangt hat, ersetzt haben.

So geschehen im sog. Lichtrufanlagenfall, der die Diskussion um die Behandlung unberechtigter Nacherfüllungsverlangens 2008 neu entfacht hat.<sup>1</sup> Ein Elektroinstallationsunternehmen hatte eine Lichtrufanlage gekauft, mit der beispielsweise Krankenhauspatienten eine Pflegekraft alarmieren können. Diese Anla-

---

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 23. Jan. 2008 – VIII ZR 246/06 = NJW 2008, 1147; siehe aus der wissenschaftlichen Rezeption *Herrler*, MittBayNot 6/2008, 471; *Haertlein*, MDR 1/2009, 1; *Lange/Widmann*, ZGS 9/2008, 329; *Sutschet*, JZ 2008, 637; *Lorenz*, FS Medicus zum 80. Geburtstag, S. 265; *Lorenz*, LMK 2008, 258620; *Faust*, JuS 2008, 746; *Thole*, AcP 209 (2009), 499; *Kaiser*, NJW 2008, 1709.

ge installierte der Käufer in dem Neubaustrakt eines Altenheims und verkabelte sie mit der alten Lichtrufanlage. Auf eine Störungsmeldung des Altenheims hin überprüfte zunächst ein Mitarbeiter des Käufers die Anlage, konnte aber die Ursache nicht ausmachen. Ein Servicetechniker des Verkäufers musste anreisen (sechs Arbeitsstunden, 424 km). Dieser fand und behob das banale Problem einer gelösten Steckerverbindung zwischen alter und neuer Anlage. Der Kaufgegenstand war also nicht mangelbehaftet, sondern wurde schlicht „falsch bedient“.

Der Verkäufer klagte mit Erfolg Ersatz für seine erlittenen Schäden aus § 280 Abs. 1 BGB ein.<sup>2</sup> Nicht ohne Grund steht diese Anspruchsgrundlage im Mittelpunkt des Problems der adäquaten Verteilung eines Unsicherheitsrisikos. Sie ist nämlich, wie noch zu zeigen sein wird, durch ihre vertragliche Basis vielen Wertungsfragen zugänglich, die ihren Ursprung in den Besonderheiten der zugrundeliegenden Vertragsform haben. Daneben erlaubt das Verschuldenskriterium eine tendenziell flexible Lösung, derer es – ohne Ergebnisse vorwegnehmen zu wollen – aller Voraussicht nach für eine überzeugende Lösung bedürfen wird.

Gleichwohl stellen sich aber etliche Fragen bei dem Versuch, die Norm für das hier untersuchte Problem fruchtbar zu machen. Von zentraler Bedeutung sind dabei die Fragen, worin überhaupt eine Pflichtverletzung des Käufers liegt (I.) und wie ein Vertretenmüssen abgesteckt werden kann (II.). Daraus erwachsen verschiedene Folgefragen (III.). Der von § 280 Abs. 1 BGB als ersatzfähig gestellte Schaden (IV.) bestimmt die Verteilung des Unsicherheitsrisikos letztlich ebenso mit wie die Beweislastverteilung (V.).

### *I. Pflichtverletzung durch ein unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen*

Ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB erfordert die Verletzung einer vertraglichen Pflicht. Die Pflicht, welche durch ein unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen möglicherweise verletzt wird, erblickt der BGH in einer Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB.<sup>3</sup>

Ob und wann eine solche Rücksichtnahmepflicht besteht und wann sie verletzt wird, ist allerdings umstritten. Dies liegt nicht an der Lichtrufanlagenentscheidung des BGH zu der konkreten Frage einer Rücksichtnahmepflichtverletzung durch ein unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen. Vielmehr wurzelt der Streit in der grundlegenden Frage, ob beziehungsweise wann Pflichtverletzungen erfolgsbezogen und wann sie verhaltensbezogen zu bestimmen sind.

Die Thematik erfordert eine vorangestellte Bestandsaufnahme (1.), bevor der Versuch einer erfolgsbezogenen Herangehensweise bei Rücksichtnahmepflichten unternommen wird (2.). Vor diesem Hintergrund sind spätere BGH-Entscheidungen zu analysieren, die möglicherweise pauschale Einordnungen der unberechtigten Geltendmachung von Rechten als Pflichtverletzung vornehmen (3.). Unter

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 23. Jan. 2008 – VIII ZR 246/06 = NJW 2008, 1147, unter II.3.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 23. Jan. 2008 – VIII ZR 246/06 = NJW 2008, 1147, unter II.2.c).

Einbeziehung von Literaturansichten (4.) ist eine Zusammenfassung für das hier untersuchte Problem des unberechtigten Nacherfüllungsverlangens möglich (5.).

### *1. Bestandsaufnahme: Begriffsbestimmungen und Einordnung der Problematik*

Das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung in § 280 BGB ist rein objektiver Natur. Dies geht unmissverständlich bereits aus den Gesetzgebungsmaterialien hervor<sup>4</sup> und entspricht der einhelligen Auffassung.<sup>5</sup> Dies besagt aber nur, dass die Pflichtverletzung nach objektiven Maßstäben aus dem Schuldverhältnis heraus zu entwickeln ist und für subjektive, den konkreten Schuldner betreffende Erwägungen unzugänglich ist.

Ebenfalls unbestritten ist, dass die Pflichtverletzung grundsätzlich von der Frage des Vertretenmüssens zu trennen ist.<sup>6</sup> § 280 BGB widmet bereits sprachlich Absatz 1 Satz 1 der Pflichtverletzung und – davon getrennt – Satz 2 dem Vertretenmüssen. Die Pflichtverletzung meint das Abweichen von dem objektiv nach dem Vertrag Geschuldeten; das Vertretenmüssen befasst sich hingegen mit den Gründen der Pflichtverletzung, die für die Zurechnung zu dem Schädiger relevant sind.<sup>7</sup>

Klar ist somit im Ausgangspunkt, dass eine Pflichtverletzung objektiv und getrennt vom Vertretenmüssen zu untersuchen ist. Dies ist im Übrigen kein Selbstzweck, sondern aufgrund der unterschiedlichen Beweislastverteilung geboten: Der Geschädigte trägt nämlich nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast dafür, dass eine Pflichtverletzung vorliegt. Für das Vertretenmüssen folgt aus der negativen Formulierung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB hingegen eine Beweislastumkehr. Das Vertretenmüssen wird mit anderen Worten aufgrund der Pflichtverletzung vermutet und der Schädiger muss sich exkulpieren.<sup>8</sup>

Probleme tun sich bei der Folgefrage auf, was genau eine Pflichtverletzung meint.

#### *a) Grundkonzeptionen*

Was genau eine Pflichtverletzung ist, stellt heute eine Auslegungsfrage dar. Im Vorfeld der Schuldrechtsmodernisierung hingegen war es eine konzeptionelle und begriffliche Debatte, in deren Lichte die Problematik auch heute noch zu sehen ist. Der Reformgesetzgeber wählte letztlich die „Pflichtverletzung“ als das zentrale Merkmal der vertraglichen Schadensersatzhaftung. Der Gegenvor-

---

<sup>4</sup> BT-Drs. 14/6040, 135.

<sup>5</sup> Statt vieler BeckOGK BGB 2021/Riehm, § 280 Rn. 5.

<sup>6</sup> BT-Drs. 14/6040, 135; BeckOK BGB E59/Lorenz, § 280 Rn. 11.

<sup>7</sup> BeckOK BGB E59/Lorenz, § 280 Rn. 11.

<sup>8</sup> Zu der grundsätzlichen Beweislastverteilung bei § 280 BGB siehe statt aller BeckOK BGB E59/Lorenz, § 280 Rn. 11.

schlag bestand darin, eine „Nichterfüllung“ als Grundkategorie zu verwenden.<sup>9</sup> Entschieden wurde letztlich aufgrund begrifflicher Erwägungen zugunsten der Pflichtverletzung.<sup>10</sup> Eine inhaltliche Schlussfolgerung kann hingegen aus der Entscheidung nicht gezogen werden, weil der Reformgesetzgeber der Ansicht war, es bestünde „kein Unterschied in der Sache, sondern ein Unterschied in der Terminologie“.<sup>11</sup>

Die Literatur hat demgegenüber sehr wohl auch inhaltliche Unterschiede zwischen den denkbaren Konzeptionen erkannt.<sup>12</sup> Nach einem verhaltensorientierten Verständnis (oder „Pflichtverletzungskonzeption“) besteht das, woran die vertragliche Haftung anknüpft<sup>13</sup>, stets in einem Verhalten des Schuldners. Eine Pflicht wird verstanden als das Gebot alles Nötige zu tun oder zu unterlassen, um etwas zu erreichen. Entsprechend der eingangs erläuterten Beweislast muss der Gläubiger darlegen und beweisen, dass der Schuldner dieses Verhalten nicht an den Tag gelegt hat.

Ein erfolgsorientiertes Verständnis (oder „Nichterfüllungskonzeption“) interpretiert demgegenüber schlicht den Nichteintritt eines geschuldeten Erfolges als Pflichtverletzung. Dem Schädiger obliegt es, zu seiner Exkulpation darzulegen und zu beweisen, dass er die verkehrserforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

Zur Veranschaulichung kann eine Eigentumsverschaffungspflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB dienen. Bleibt der Eigentumsübergang aus, fehlt es also an dem geschuldeten Erfolg, so erblickt ein erfolgsorientiertes Verständnis bereits darin eine Pflichtverletzung.

Ein verhaltensorientiertes Verständnis bewertet das Verhalten des Schuldners. Um dies zu ermöglichen muss zunächst ein Konkretisierungsschritt vorgenommen werden. Es muss geklärt werden, welches konkrete Verhalten dem Schuldner abverlangt war.<sup>14</sup> Sinnvollerweise kann dem Schuldner nur das abverlangt werden, was im Verkehr erforderlich ist. Mit anderen Worten wird unter Zuhilfenahme der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ein Verhaltensprogramm für den Schuldner definiert. Eine Pflichtverletzung liegt dann vor, wenn dieses nicht eingehalten wurde.

<sup>9</sup> Huber, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, S. 647, 699 ff., siehe auch BT-Drs. 14/6040, 134.

<sup>10</sup> BT-Drs. 14/6040, 135.

<sup>11</sup> BT-Drs. 14/6040, 133. Siehe auch BeckOGK BGB 2021/Riehm, § 280 Rn. 5; Looschelders, FS Canaris zum 80. Geburtstag, S. 403, 403 ff.; Riehm, FS Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. I, S. 1079, 1084.

<sup>12</sup> Vgl. für die folgende Darstellung BeckOGK BGB 2021/Riehm, § 280 Rn. 2; siehe auch Looschelders, FS Canaris zum 80. Geburtstag, S. 403, 403 ff.; Riehm, FS Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. I, S. 1079, 1082 ff.; MünchKomm BGB/Ernst, § 280 Rn. 11 ff.

<sup>13</sup> Also das, was letztlich „Pflichtverletzung“ genannt wurde.

<sup>14</sup> Vgl. BeckOGK BGB 2021/Riehm, § 280 Rn. 2.

### b) Abstrakte Schwierigkeiten der Konzeptionen

Beide Konzeptionen bringen gleichermaßen Schwierigkeiten mit sich, sobald sie für eine praktische Aussage fruchtbar gemacht werden sollen. Der Unterschied besteht lediglich darin, bei welchen Konstellationen die Probleme auftreten.

Der nach einem verhaltensorientierten Verständnis nötige Konkretisierungsschritt setzt die verhaltensorientierte Herangehensweise der Kritik aus, dass sie die Frage der Pflichtverletzung mit derjenigen des Vertretenmüssens vermengt. Die verkehrsbübliche Sorgfalt, die bemüht wird, um das Pflichtenprogramm des Schuldners zu konkretisieren, ist nämlich ein vom Gesetz selbst verwendeter Begriff, der zum Vertretenmüssen gehört: Zu vertreten hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB) und Fahrlässigkeit definiert § 276 Abs. 2 BGB gerade als das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Die Prüfung der Pflichtverletzung würde sich also inhaltlich weitgehend decken mit dem Vertretenmüssen.<sup>15</sup>

Andererseits führt aber der erfolgsbezogene Ansatz zu keinem Ergebnis, wenn die Pflicht nicht erfolgsbezogen ist. Paradebeispiel ist der Dienstvertrag, bei dem lediglich ein Tätigwerden geschuldet ist. Es liegt in der Natur des Dienstvertrages – im Unterschied zum Werkvertrag –, dass kein Erfolg geschuldet ist.<sup>16</sup> In einer solchen Konstellation kommt eine erfolgsbezogene Konzeption der Pflichtverletzung ebenfalls nicht umhin, einen Konkretisierungsschritt vorzunehmen, um überhaupt eine Pflichtverletzung konstruieren zu können: Bei Behandlungsverträgen beispielsweise lassen sich Behandlungsmethoden *lege artis* definieren.<sup>17</sup> Wenn ein Bewachungsunternehmen vertraglich verpflichtet ist, nachts das Betriebsgelände zu bewachen, so ist auch dies nicht unmittelbar subsumtionsfähig. Die verkehrserforderliche Sorgfalt wird aber – abhängig von den Umständen des Falles – beispielsweise stündliche Kontrollgänge fordern.<sup>18</sup>

### c) Gegenwärtiger Meinungsstand

Der gegenwärtige Meinungsstand spiegelt diese Probleme wider und zeigt, dass in den weitesten Teilen Einigkeit besteht.<sup>19</sup> Der Begriff der Pflichtverletzung habe keinen subsumtionsfähigen Inhalt, sondern sei ein Sammelbegriff, der in verschiedenen Konstellationen unterschiedlich ausgefüllt werden müsse<sup>20</sup>:

---

<sup>15</sup> BeckOGK BGB 2021/*Riehm*, § 280 Rn. 2; MünchKomm BGB/*Ernst*, § 280 Rn. 18; *Medicus/Lorenz*, SchuldR I AT, Rn. 328.

<sup>16</sup> BeckOGK BGB 2021/*Maties*, § 611 Rn. 9; MünchKomm BGB (7. A.)/*Müller-Glöge*, § 611 Rn. 22; MünchKomm BGB/*Busche*, § 631 Rn. 11; BeckOK BGB E59/*Baumgärtner*, § 611 Rn. 10.

<sup>17</sup> Zum ganzen *Looschelders*, FS Canaris zum 80. Geburtstag, S. 403, 407 f.

<sup>18</sup> Beispiel entlehnt *Looschelders*, FS Canaris zum 80. Geburtstag, S. 403, 407.

<sup>19</sup> So auch *Looschelders*, FS Canaris zum 80. Geburtstag, S. 403, 404.

<sup>20</sup> BeckOGK BGB 2021/*Riehm*, § 280 Rn. 6; *Looschelders*, FS Canaris zum 80. Geburtstag, S. 403, 406; MünchKomm BGB/*Ernst*, § 280 Rn. 10.

Erfolgsbezogene Leistungspflichten ziehen nach einhelliger Meinung auch ein erfolgsbezogenes Pflichtverletzungsverständnis nach sich.<sup>21</sup> Tritt also ein vertraglich geschuldeter Erfolg nicht ein, so liegt eine Pflichtverletzung vor – unabhängig vom Verhalten des Schuldners.

Weniger klar ist der Meinungsstand bei verhaltensbezogenen Leistungspflichten. Vielfach wird die Pflichtverletzung verhaltensbezogen definiert, also als Zurückbleiben der *Tätigkeit* hinter einem objektiven Leistungsstandard.<sup>22</sup> Nach einer anderen Definition erfasst die Pflichtverletzung *jegliche* Beeinträchtigung des positiven Leistungsinteresses.<sup>23</sup>

In letzter Konsequenz dürfte allerdings auch hier Einigkeit bestehen: Die zweitgenannte Definition stellt auf das positive Leistungsinteresse ab. Dies kann bei verhaltensbezogenen Pflichten nur in einem Verhalten bestehen, welches durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) ermittelt werden muss. Dann ist aber auch das positive Interesse genau dann beeinträchtigt, wenn das vom Schuldner an den Tag gelegte *Verhalten* hinter dem geschuldeten zurückbleibt. Das geschuldete Verhalten wird in aller Regel einem objektiven Leistungsstandard entsprechen, weil die Vertragsauslegung anhand des objektiven Empfängerhorizontes erfolgt.<sup>24</sup> Folglich dürften die beschriebenen Ansichten zu identischen Ergebnissen kommen.

Letztlich präsentieren sich Rechtsprechung und Literatur geschlossen bei der Einordnung von Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB: Schutz- und Rücksichtnahmepflichtverletzungen seien verhaltensbezogen zu bestimmen.<sup>25</sup> Es ist demzufolge also im Rahmen der Pflichtverletzung zu klären, welches konkrete Verhalten dem Schuldner abverlangt war und ob der Schuldner dieses Verhalten an den Tag gelegt hat oder nicht.

Vervollständigt man diese Einordnungen mithilfe der oben beschriebenen Beweislastverteilung zu einem Bild, ist Folgendes festzuhalten: Bei erfolgsbezogenen Leistungspflichten sind Darlegung und Beweis der Pflichtverletzung tendenziell einfach. Es geht dabei nur um den Nichteintritt des geschuldeten Erfolges. Die Haftungsfrage ist dann abhängig vom Vertretenmüssen. Die Darlegungs- und Beweislast dafür liegt beim Schädiger. Dieser muss im Rahmen des Vertretenmüssens darlegen und beweisen, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt an den Tag gelegt hat.

<sup>21</sup> *Looschelders*, FS Canaris zum 80. Geburtstag, S. 403, 406 f.; BeckOGK BGB 2021/*Riehm*, § 280 Rn. 14; BeckOK BGB E59/*Lorenz*, § 280 Rn. 12; MünchKomm BGB/*Ernst*, § 280 Rn. 13; *Benicke/Hellwig*, NJW 2014, 1697, unter III.1.

<sup>22</sup> BeckOK BGB E59/*Lorenz*, § 280 Rn. 12; BeckOGK BGB 2021/*Riehm*, § 280 Rn. 16; *Looschelders*, FS Canaris zum 80. Geburtstag, S. 403, 407 f.; *Wilhelm*, JZ 2004, 1055, 1059.

<sup>23</sup> MünchKomm BGB/*Ernst*, § 280 Rn. 13.

<sup>24</sup> Statt aller BeckOK BGB E59/*Wendtland*, § 157 Rn. 8.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 28. Apr. 2005 – III ZR 399/04 = NJW 2005, 1937, 1938; *Riehm*, FS Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. I, S. 1079, 1091; MünchKomm BGB/*Ernst*, § 280 Rn. 18; 409 BeckOGK BGB 2021/*Riehm*, § 280 Rn. 17; *Looschelders*, FS Canaris zum 80. Geburtstag, S. 403.

## Sachregister

- Abschreckung 59–65, 72–89
  - Kaufpreis 84
  - Leistungsfähigkeit 80
  - Wahrscheinlichkeit 82
- Allgemeine Geschäftsbedingungen 229, 240 f.
  - Klauselkontrolle 229
- Anscheinsbeweis 144
- Aufklärungspflicht 70, 90–96, 192 f.
- Aufwendungsersatz 228, 245 f.
- Auskunftsanspruch 133–144
  
- Behandlungsvertrag 26
- Bereicherungsrecht 79, 247–261
- Bereicherungsumfang 256–259
- Beweislastumkehr 16–22, 125–131, 145–157
- Beweissicherungsinteresse 183, 232
- Blue-pencil-test 240
  
- Doppelirrtum 110
  
- Effet utile 170–174, 176
- Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 212
- Entreicherung 212, 257
- Erfolgs-/Handlungsunrecht 23
- Erfüllungsgarantie 18 f., 29
- EuGH – Faber 165–169
  
- Geltungserhaltende Reduktion 240
- Geschäftsführung ohne Auftrag 79, 242–247, 253
  - (Auch-)Fremdes Geschäft 244, 246
  - Anwendbarkeit 242
  
- Handelskauf 179–197
  
- Integritätsinteresse 12–19, 25 f., 77
  
- Kenntnis der Nichtschuld 251 ff.
  
- Kondiktion 247–261
- Kooperationspflichten 192
- Käuferfalle 59
- Kündigung 102
  
- Learned-Hand-Formel 68–72
- Lichtrufanlagenfall 5, 11, 28, 32–43
  
- Mangelvermutung 162 f., 166 f., 169 f.
- Mängelanzeige 180–189
  
- Nacherfüllungsort 75 f., 120, 171 f., 248 f.
  
- Obliegenheit
  - Gestattung der Nacherfüllung 47
  - Nacherfüllungsverlangen 49
  - § 377 HGB 184
  
- Pflichtverletzung 6–32
  - erfolgsbezogen 7 ff.
  - verhaltensbezogen 7 ff., 121, 124–127, 144
- Präklusion 194
  
- Recht auf Irrtum *siehe* Rechtfertigung  
prozessualer Geltendmachung
- Recht zur zweiten Andienung 56, 58 f., 75 f., 93
- Rechtfertigung prozessualer  
Geltendmachung 200–226
- Rechtsanwaltskosten 108, 120, 196
- Rechtsirrtum 74, 96–111, 125, 127, 195 f., 248, 250
- Rechtsverkümmern 72, 140, 223, 259
- Reparaturvertrag 117, 232, 251
- Risikohaftung 100, 261
- Rücksichtnahmepflicht
  - erfolgsbezogen 12–27, 29
- Rügeobliegenheit 184–192

- Schadensminderungsobliegenheit 107, 110, 196
- Sekundäre Darlegungslast 125, 127, 131 ff., 137, 145–157
- Selbstvornahmrechtsprechung 58, 116 f.
- Sorgfaltsmaßstab
- des Kaufmanns 185 f., 190, 195
  - *diligentia quam in suis* 36
  - Evidenzkontrolle 45 f., 56
  - grobe Fahrlässigkeit 46, 49 f., 56
  - Plausibilitätskontrolle 43
  - Vertretbarkeit 46
- Symptomrechtsprechung 52, 54
- Transportkostenvorschuss 173 f., 176 f., 248 f., 254, 256, 258, 260
- Unbestellte Leistungen 254
- Verbrauchsgüterkauf 161–178
- Vertretenmüssen 32–65
- Ökonomische Analyse des Rechts *siehe* Learned-Hand-Formel