

## Entscheidungsanmerkung

### Aufwendungserstattung bei Störungsbeseitigung

#### Der Anspruch auf Ersatz der zu einer Störungsbeseitigung erforderlichen Aufwendungen kann durch einen Abzug „neu für alt“ gemindert sein. (Amtlicher Leitsatz)

BGB §§ 683, 677, 670 und §§ 254, 1004

BGH, Urt. v. 13.1.2012 – V ZR 136/11 (LG Aachen, AG Eschweiler)<sup>1</sup>

#### I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Die der Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhaltskonstellation gehört zu den immer wiederkehrenden Fällen im Nachbarschaftsrecht:<sup>2</sup> Die Klägerin ist Eigentümerin eines Grundstücks. In den Anschlusskanal des Wohnhauses auf dem Grundstück drangen Wurzeln eines von der beklagten Stadt außerhalb gepflanzten und unterhaltenen Baumes ein. Die Klägerin ließ die Schäden am Anschlusskanal zunächst auf eigene Kosten beseitigen. Die Versicherung der Beklagten erstattete ihr einen Teil der Auslagen. Den Rest machte die Klägerin mit der Klage geltend. Die Vorinstanz bejahte einen Anspruch aus auftragsloser Geschäftsführung und kürzte diesen nach dem Grundsatz eines Abzugs „neu für alt“. Der 5. Senat des Bundesgerichtshofs hat die Entscheidung nun bestätigt.

2. Die Streitfrage des Falles ist eingebettet in das Prüfungsschema eines Anspruchs auf Aufwendungserstattung. Der Senat geht im Anschluss an die ständige Rechtsprechung davon aus, dass ein Eigentümer, der Beeinträchtigungen seines Eigentums selbst beseitigt, von dem zur Beseitigung verpflichteten Störer Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann. Dies erfolgt, soweit die Voraussetzungen vorliegen, nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683, 670 BGB), im Übrigen aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (Rn. 6 der Entscheidung). Die eigentliche Brisanz liegt in der Kürzung des Zahlungsanspruches nach dem schadensersatzrechtlichen Prinzip „neu für alt“. Insofern findet sich die Entscheidung im Zentrum eines Meinungsstreits, welcher seit langem als neuralgischer Punkt bei der Abgrenzung zwischen Sachen- und Deliktsrecht gilt.<sup>3</sup> Die negatorischen Ansprüche nach § 1004 BGB werden allgemein als dingliche Ansprüche eingeordnet. Sie zielen auf Aufhebung eines Zustands der Eigentumsbeeinträchtigung und auf Vermeidung künftiger Störungen der Eigentümerstellung. Zusammen mit § 985 BGB konkretisiert § 1004 BGB

so das ausschließliche Recht des Eigentümers.<sup>4</sup> Trotz des dem Grunde nach unbezweifelten dinglichen Charakters des Beseitigungs- und des Unterlassungsanspruchs führt die praktische Anwendung regelmäßig in die erwähnten Untiefen der Abgrenzung. So auch hier. Rechtsprechung und herrschendes Schrifttum erkennen die unterschiedlichen Funktionen von Beseitigung und Schadensersatz ausdrücklich an. Dies hindert allerdings nicht die Handhabung der Beseitigung mit „schadensersatzende[r] Wirkung“. Der Senat hat dies auch nun wieder ausdrücklich festgestellt (Rn. 11 der Entscheidung).

3. Die Anerkennung eines Abzugs „neu für alt“ ist, wie es scheint, ein weiterer Schritt auf dem Weg einer Annäherung von Sachen- und Deliktsrecht. Die Entscheidung hat damit höchste Relevanz für die Praxis, das juristische Studium und das Examen.

#### II. Bedeutung, Anwendung und Würdigung

Die Entscheidung des Senats ist besonders unter zwei Gesichtspunkten interessant. Zunächst offenbart die Argumentation die immer noch ungeklärte dogmatische Divergenz zwischen einem schadensersatzähnlichen Konzept der Beseitigung nach der herrschenden Meinung und dem streng dinglichen Verständnis des Beseitigungsanspruchs in Teilen des Schrifttums. Die Streitfrage spiegelt sich darüber hinaus im unterschiedlichen Verständnis über die Reichweite des Beseitigungsanspruchs.

1. Die Rechtsprechung des BGH und das herrschende Schrifttum gründen die Haftung nach § 1004 BGB auf die Kausalität des Störerhaltens. Der Störer ist zur Beseitigung der von ihm verursachten Beeinträchtigungen verpflichtet.<sup>5</sup> Dieser Ansatz wird darum oft als Kausalitätstheorie bezeichnet.<sup>6</sup> Hinsichtlich des Umfangs der zu beseitigenden Beeinträchtigung geht insbesondere die Rechtsprechung des 5. Senats davon aus, dass der Störer nicht nur zur isolierten Beseitigung der Störungsquelle, sondern auch und vor allem zur Herstellung der Wiederbenutzbarkeit verpflichtet sei.<sup>7</sup> Der Eigentümer eines Grundstücks, welches in seiner Benutzbarkeit durch Baumwurzeln beeinträchtigt ist, kann deshalb nicht nur Beseitigung der Wurzeln verlangen, sondern auch die dabei z.B. erforderlichen Reparaturen beeinträchtigter Wasserrohre oder Bodenbeläge.<sup>8</sup> Entgegengesetzte Mindermeinungen im Schrifttum bilden die sogenannte Usurpati-

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de> abrufbar.

<sup>2</sup> Zur sogenannten Wurzelrechtsprechung siehe *Lobinger*, JuS 1997, 981 (982).

<sup>3</sup> Vgl. z.B. BGH NJW 1996, 845 (846: „gehört zu den ungelösten Problemen des § 1004 BGB“); ebenso *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 1999, § 1004 Rn. 134; *Wenzel*, NJW 2005, 241 (243); zuletzt auch *Weick*, NJW 2011, 1702 (1703).

<sup>4</sup> Siehe allgemein z.B. *Baldus*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 1004 Rn. 1; *Fritzsche*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2008, § 1004 Rn. 1; *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 1004 Rn. 1.

<sup>5</sup> Siehe z.B. BGHZ 17, 266 (291); BGHZ 49, 340 (347); BGHZ 59, 378 (380); *Lutter/Overath*, JZ 1968, 347.

<sup>6</sup> Siehe z.B. *Lettl*, JuS 2005, 871 (872).

<sup>7</sup> Vgl. z.B. BGH NJW 1996, 845; ausdrücklich zur sogenannten Wiederbenutzbarkeitstheorie auch *Wenzel*, NJW 2005, 241 (243).

<sup>8</sup> So z.B. in BGHZ 97, 231 (236); BGH NJW 1995, 395 (396); BGH NJW 1997, 2234; BGH NJW-RR 2003, 953; BGH NJW 2004, 603.

onstheorie und die actus contrarius-Theorie. Verfechter des erstgenannten Ansatzes sehen die zu beseitigende Beeinträchtigung in einer Anmaßung von Eigentümerbefugnissen durch den Störer („Usurpation“). Der Beseitigungsanspruch ist stets nur auf die Wiederherstellung einer unbeeinträchtigten Eigentümerstellung gerichtet.<sup>9</sup> Im Ergebnis ähnlich fordert die actus contrarius-Theorie zur Beseitigung eine der Beeinträchtigung entgegengesetzte Handlung durch den Störer („actus contrarius“).<sup>10</sup> Beide Theorien betonen die dingliche Natur der Ansprüche nach § 1004 BGB und deren Einbindung in die Systematik der §§ 985 ff. BGB. Der Unterschied zur herrschenden Ansicht zeigt sich vor allem im praktischen Ergebnis: ein streng dingliches Verständnis des Beseitigungsanspruchs beschränkt den Eigentümer auf die Beseitigung der Beeinträchtigung ohne jegliche darüber hinaus gehende Tätigkeit oder weitere Zuwendungen. Der Störer schuldet dann gerade keine Wiederherstellung des Zustandes vor dem Beginn der Beeinträchtigung.<sup>11</sup> Für den Fall störender Wurzeln bedeutet dies konkret, dass der Störer die Beseitigungspflicht bereits durch schlichtes Abkappen der Wurzeln und die Eigentumsaufgabe an den abgetrennten Wurzelteilen erfüllt hat.<sup>12</sup>

2. In der praktischen Anwendung sind zwei Aspekte von besonderer Bedeutung. Zunächst fällt auf, dass die herrschende Meinung die Frage der Anspruchsgrundlagen nicht streng beurteilt. In der Regel wird lediglich festgestellt, dass ein Anspruch auf Kostenerstattung aus auftragsloser Geschäftsführung oder Kondiktion bestehe. Die Gegenansicht ist hier weit restriktiver. Zudem bestehen erhebliche Unterschiede beim Umfang der Ansprüche.

a) Übereinstimmung besteht noch insoweit als der Störer nach allen Ansichten grundsätzlich immer die zur Beseitigung der Beeinträchtigung erforderlichen Kosten zu tragen hat.<sup>13</sup> Dies ist Folge der vom Gesetz statuierten Beseitigungspflicht. Die Einigkeit hat hingegen ein Ende in Fällen, in welchen der in seinem Eigentum Gestörte die Beeinträchtigung im Wege der sogenannten Selbsthilfe beseitigt.

aa) Der Bundesgerichtshof und das herrschende Schrifttum gehen auch in Fällen der Selbsthilfe von einem Kostenerstattungsanspruch aus. Dieser wird vorrangig auf die Vorschriften der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt.<sup>14</sup> Scheitert der Anspruch aus auftragsloser Geschäfts-

führung, soll die Kostenerstattung nach Bereicherungsrecht erfolgen.<sup>15</sup> Zu erstatten sind nach § 818 Abs. 2 BGB diejenigen Aufwendungen, welche der Störer im Falle der eigenen Beseitigung hätte erbringen müssen. Dies umfasst auch die Kosten für die Feststellung der Störungsursache.<sup>16</sup> Vereinzelt wird als einschränkende Voraussetzung für die Geltendmachung eines Kostenerstattungsanspruchs durch den sich selbst helfenden Eigentümer die vorherige Aufforderung zur Beseitigung an den Störer analog § 250 BGB gefordert. Verzichte man auf dieses Erfordernis, komme es zur Ungleichbehandlung des schuldlosen und des schuldhaft handelnden Störers.<sup>17</sup>

bb) Während die Rechtsprechung bei der Feststellung des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen vor allem im Rahmen der §§ 677 ff. BGB oftmals wenig Begründungsaufwand betreibt, verneint eine Mindermeinung im Schrifttum die Erstattung bereits dem Grunde nach: es fehle regelmäßig an dem für eine berechnete auftragslose Geschäftsführung erforderlichen Interesse des Störers (als Geschäftsherrn) an der Beseitigung. Im Übrigen müsse auch die Erstattung nach Kondiktionsgrundsätzen ausscheiden. Gegen die Heranziehung des bereicherungsrechtlichen Ausgleichs spreche, dass in diesem Fall nicht nur die schuldnerschützenden Vorschriften des § 887 ZPO (insbesondere die zwingende vorherige Anhörung) umgangen würden. Darüber hinaus würde ein Ausgleich über die §§ 812, 818 BGB den Wertungen des Leistungsstörungsrechts zuwiderlaufen, dessen Regelungen zur Unmöglichkeit der Leistung abschließend seien. Schließlich müsse der zur Selbsthilfe schreitende Eigentümer zur Beseitigung der Beeinträchtigung gerade seinerseits oftmals in die Substanz der „störenden“ Sache eingreifen, so z.B. bei deren Entfernung von seinem Grundstück. Hierfür fehle es regelmäßig an einem Rechtfertigungsgrund, insbesondere wenn die Voraussetzungen der auftragslosen Geschäftsführung nicht vorlägen.<sup>18</sup>

b) Der Streit über die Rechtsnatur des Beseitigungsanspruchs setzt sich schließlich in der Beurteilung der Rechtsfolgen fort. Hier liegt die maßgebliche Bedeutung der Entscheidung des *Senats*.

aa) Vertreter der Mindermeinung lehnen unter Verweis auf die dingliche Natur des Beseitigungsanspruchs eine ent-

<sup>9</sup> Siehe grundlegend *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972; *Gursky*, JR 1989, 397; *Lobinger*, JuS 1997, 981; *Gursky* (Fn. 3), § 1004 Rn. 151.

<sup>10</sup> So z.B. *Baur*, AcP 160 (1961), 489 f.; im Anschluss auch *Lettl*, JuS 2005, 871 (872). Kritisch zu den Unterschieden der Meinungen aber *Gursky* (Fn. 3), § 1004 Rn. 134.

<sup>11</sup> So z.B. *Gursky* (Fn. 3), § 1004 Rn. 140.

<sup>12</sup> *Gursky*, JZ 1992, 312 (315); *ders.* (Fn. 3), § 1004 Rn. 141; ähnlich *Lettl*, JuS 2005, 871 (878).

<sup>13</sup> Allg. Ansicht; siehe nur *Gursky* (Fn. 3), § 1004 Rn. 152 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

<sup>14</sup> Siehe z.B. RGZ 149, 205 (208); BGH NJW 1966, 1360 (1362); BGHZ 110, 313 (314 f.); *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2 § 86 VI 1e. Zum Teil wird ein Anspruch auf Kostenerstattung bei Selbstvornahme auf eine entsprechende Anwen-

dung der §§ 280, 281 BGB gestützt, so z.B. *Bezenberger*, JZ 2005, 373 (374 f.); kritisch hierzu z.B. *Lettl*, JuS 2005, 871 (874).

<sup>15</sup> Siehe z.B. RGZ 138, 327 (328 f.); BGH NJW 1964, 1365; BGH NJW 1995, 395 (396).

<sup>16</sup> BGH NJW 2004, 603 (604). Schließlich soll subsidiär zum Bereicherungsrecht ein Anspruch analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB in Betracht kommen. Siehe ebenfalls ausdrücklich BGH NJW 2004, 603 (605).

<sup>17</sup> So z.B. *Lettl*, JuS 2005, 871 (874); im Ergebnis ähnlich über eine entsprechende Anwendung der §§ 280, 281 BGB: *Bezenberger*, JZ 2005, 373 (376 f.).

<sup>18</sup> Ausführlich *Gursky*, NJW 1971, 782; *ders.*, JZ 1992, 312 (314); *ders.* (Fn. 3), § 1004 Rn. 153; kritisch auch *Bezenberger*, JZ 2005, 373 (374 f.). Aus der untergerichtlichen Rechtsprechung ähnlich z.B. LG Bonn NJW-RR 1987, 1421.

sprechende Anwendung schadensersatzrechtlicher Normen ab. Aufgrund seines Inhalts und seiner systematischen Stellung im BGB sei der negatorische Beseitigungsanspruch einer Modifikation nicht zugänglich. Kurz: er kann nur ganz oder gar nicht gewährt werden.<sup>19</sup> Demgegenüber lässt die Rechtsprechung im Rahmen der Beseitigungshaftung des Störers nicht nur eine analoge Anwendung des § 251 Abs. 2 BGB zu, sondern erlaubt auch die Kürzung des Anspruchs bei Mitverursachung durch den gestörten Eigentümer entsprechend § 254 BGB.<sup>20</sup> Der Störer dürfe schließlich bei schuldhaftem Handeln nicht besser stehen als bei schuldloser Verursachung der Beeinträchtigung.<sup>21</sup> Bei der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB kommt es allerdings nicht auf ein Verschulden des Eigentümers an. Im Kontext der verschuldensunabhängigen Vorschrift des § 1004 BGB dürfe für beide Seiten ausschließlich auf die Mitverursachung abgestellt werden.<sup>22</sup> Der Einwand der Mitverursachung kann sowohl im Hinblick auf den Anspruch auf Beseitigung als auch für den Anspruch auf Kostenerstattung in Ansatz gebracht werden.<sup>23</sup> Da im Rahmen eines Streits um die Beseitigung allerdings kaum je eine gemeinsame und anteilige Beseitigung durch den Eigentümer und Störer tenoriert werden kann, muss die Mitverursachung auf Seiten des Eigentümers im Prozess um die tatsächliche Beseitigung demnach in Form einer Kostenbeteiligung im Verhältnis seiner Haftungsquote berücksichtigt werden.<sup>24</sup> Praktisch erfolgt dies durch Verurteilung des Störers zur Beseitigung Zug-um-Zug gegen anteilige Kostenübernahme durch den Eigentümer.

bb) In der Konsequenz einer Annäherung des Beseitigungsanspruchs an den Schadensersatzanspruch ist seit einiger Zeit insbesondere auch ein Abzug „neu für alt“ in der Diskussion.<sup>25</sup> Dem hat sich der *Senat* nun ausdrücklich angeschlossen. Dies erfolgt (erneut) unter Hinweis auf das grundsätzlich weit zu fassende Verständnis der Eigentumsbeeinträchtigung und die von der Rechtsprechung entsprechend ausgedehnte Pflicht zur Beseitigung. Der *Senat* betont zwar auch hier wieder die grundsätzlich abweichende Funktion der Ansprüche auf Störungsbeseitigung und auf Schadensersatz, verweist jedoch zugleich auf die jedenfalls teilweise „schadensersatzende Wirkung“ des Beseitigungsanspruchs (Rn. 11 der Entscheidung). Demnach sei es nur folgerichtig, dass die schadensersatzbegrenzenden Vorschriften und Grundsätze auch auf den Beseitigungsanspruch und den Folgeanspruch auf Kostenerstattung anzuwenden seien.

3. Der Meinungsstreit entzündet sich vordergründig an der dogmatischen Einordnung der *actio negatoria*. Im Kern geht es aber um die schlichte Verteilung der Kosten von Eigentumsbeeinträchtigungen. Zu klären ist, wer die Folgen eines Eindringens in den fremden Rechtskreis zu tragen hat – der Eigentümer oder der schuldlose Außenstehende. Bei genauer Betrachtung liefert das Gesetz einen deutlichen Hinweis. Wenn selbst ein rechtmäßiger und zu dulddender Eingriff in fremde Rechtskreise nach den §§ 904 S. 2 und 906 Abs. 2 S. 2 BGB eine Ausgleichspflicht nach sich zieht, sollte dies doch erst recht für einen nicht zu dulddenden Eingriff gelten. Jedenfalls spricht dies gegen die Beschränkung auf eine Beseitigung der Usurpation oder auf den *actus contrarius*.<sup>26</sup> Selbstverständlich erweitert die Rechtsprechung mit ihrer Lösung den Kreis der Tatbestände einer verschuldensunabhängigen Kausalhaftung.<sup>27</sup> Dies ist jedoch kein systematischer Wertungswiderspruch und führt nicht zu dogmatischen Verwerfungen. Zwar ist es grundsätzlich bedenklich, wenn die Trennlinie zwischen Sachen- und Deliktsrecht nur noch schwer auszumachen ist. Dies riskiert Rechtsunsicherheit bei der Abgrenzung von „Eigentumsbeeinträchtigung“ und „Schaden“. Jedenfalls insoweit ist der kritischen Mindermeinung eine dogmatische Stringenz nicht abzusprechen. Sie trennt Sachen- und Deliktsrecht penibel. Dennoch bleibt auch die Mindermeinung hinter den eigenen Ansprüchen einer klaren Abgrenzung zurück. Was ein „Zurückziehen hinter die Grenzen seines Rechtskreises“<sup>28</sup> in der konkreten Anwendung bedeutet ist in der Praxis keinesfalls immer eindeutig zu ermitteln. Zudem vermengt dieser Ansatz Unterlassung und Beseitigung durch die unzulässige Gleichbehandlung beider Fälle.<sup>29</sup> Drastisch zeigt sich dieses Problem an der praktischen Entwertung des Beseitigungsanspruchs durch die Mindermeinung. Versagt man dem Eigentümer z.B. in Konstellationen einer Bodenverseuchung durch eingedrungene Substanzen einen Anspruch auf Aushub und Entsorgung der Altlast oder verweist man ihn in den Wurzelfällen lediglich auf die Kappung oder Entfernung der Wurzeln ohne anschließende Sanierung von Rohren oder Bodenbelägen, verbleibt vom Beseitigungsanspruch lediglich eine leere Hülle<sup>30</sup>.

Prof. Dr. Tim W. Dornis, Lüneburg

<sup>19</sup> So ausführlich und pointiert *Gursky* (Fn. 3), § 1004 Rn. 151; ebenso *Picker* (Fn. 9), S. 158 f.

<sup>20</sup> Vgl. z.B. BGH NJW 1995, 395 (396); BGH NJW 1997, 2234 (2235).

<sup>21</sup> BGH NJW 1997, 2234 (2235).

<sup>22</sup> *Lettl*, JuS 2005, 871 (877).

<sup>23</sup> BGH NJW 1997, 2234 (2235).

<sup>24</sup> BGH NJW 1997, 2234 (2235); ausführlich auch *Lettl*, JuS 2005, 871 (878).

<sup>25</sup> So z.B. LG Düsseldorf BeckRS 2008, 09737; BayObLGZ 1968, 76 (84 f.); offen gelassen in OLG Zweibrücken NVwZ-RR 2004, 11 (12); ausführlich *Wolf*, LM § 254 [Bb] BGB Nr. 13 Bl. 5 f.; *Wenzel*, NJW 2005, 241 (243).

<sup>26</sup> So zutreffend *Wolf*, LM § 254 [Bb] BGB Nr. 13 Bl. 5 f.

<sup>27</sup> *Wolf*, LM § 254 [Bb] BGB Nr. 13 Bl. 5 f. Kritisch zur Erweiterung der Haftung in diesem Fall vor allem *Lobinger*, JuS 1997, 981 (984).

<sup>28</sup> *Picker* (Fn. 9), S. 157.

<sup>29</sup> So auch BGH NJW 1996, 845 (846).

<sup>30</sup> So zutreffend *Wenzel*, NJW 2005, 241 (243) gegen *Gursky* (Fn. 3), § 1004 Rn. 138 und *Picker* (Fn. 9), S. 32, 88.