BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 254/08

Verkündet am:
17. Juli 2009
Lesniak,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

TKG § 76 Abs. 2 Satz 4

Der Netzbetreiber kann die Haftung für die Nachentschädigungsansprüche der Grundstückseigentümer aus § 76 Abs. 2 TKG im Verhältnis zu dem Betreiber der Telekommunikationslinie nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen auf diesen abwälzen.

BGH, Urteil vom 17. Juli 2009 - V ZR 254/08 - OLG Köln
LG Aachen

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Juli 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger, die Richter Dr. Klein und Dr. Schmidt-Räntsch, die Richterin Dr. Stresemann und den Richter Dr. Roth

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 14. März 2008 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin betreibt die Hochspannungsfreileitungen des R. -Konzerns. Das Leitungsnetz wurde beginnend in den 90-er Jahren des vergangenen Jahrhunderts mit Lichtwellenleiter-Kabeln ausgestattet, die eine Vielzahl von Fasern enthalten. Dies erlaubt es, Signale nicht nur zur Steuerung der

Stromversorgung und zur Kommunikation innerhalb des R.-Konzerns zu übertragen, sondern auch zu Zwecken der allgemeinen Telekommunikation.

2 Mit Vertrag vom 19. Dezember 2000 überließ die Rechtsvorgängerin der Klägerin, die R. AG, im Folgenden ebenfalls Klägerin, der Rechtsvorgängerin der Beklagten, im Folgenden ebenfalls Beklagte, gegen ein Entgelt von 520 € pro km und Jahr zwei von 30 bzw. 60 Fasern des 67,57 km langen Lichtwellenleiter-Kabels ihrer Hochspannungsleitung zwischen A. und D. zur Nutzung.

3 In § 3 Abs. 3 des Vertrags heißt es:

> "a. (scil. die Beklagte) stellt R. von allen Ansprüchen frei, die von Dritten gegen R. aufgrund der Nutzung der LWL-Fasern durch a. geltend gemacht werden."

4 Die Klägerin behauptet, das von der Beklagten genutzte Lichtwellenleiter-Kabel führe auf einer Teilstrecke von 48,362 km über Grundstücke, über die bis zur Aufnahme der Nutzung durch die Beklagte keine Signale zu Zwecken der allgemeinen Kommunikation übertragen worden seien. Die Eigentümer dieser Grundstücke hätten sie deshalb auf Ausgleich gemäß § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG a.F., § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG in Anspruch genommen oder könnten dies tun. Mit der Feststellung der Eigentümer, der Prüfung, Abwehr oder Erfüllung dieser Ansprüche sei erheblicher Verwaltungsaufwand verbunden.

5 Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, sie von den Ansprüchen der Grundstückseigentümer freizustellen, soweit diese auf der Nutzung des Lichtwellenleiter-Kabels durch die Beklagte beruhten, hilfsweise festzustellen, dass die Beklagte hierzu verpflichtet sei, und weiter festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet sei, ihr die Aufwendungen zu ersetzen, die ihr

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

durch die Prüfung, Abwehr oder Erfüllung der Ansprüche der Eigentümer entstünden.

6 Das Landgericht hat dem Freistellungsverlangen der Klägerin stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht den Anspruch auf Freistellung abgewiesen und über den insoweit gestellten Hilfsantrag zugunsten der Klägerin erkannt. Die Berufung der Klägerin, mit welcher diese den weiteren Feststellungsantrag weiterverfolgt hat, hat es zurückgewiesen. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage, die Klägerin verfolgt mit ihrer Revision den in den Tatsacheninstanzen zurückgewiesenen Feststellungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

7 Das Berufungsgericht meint, die Klage sei zulässig und begründet, soweit die Klägerin die Feststellung beantrage, dass die Beklagte sie von den Ansprüchen der Grundstückseigentümer auf Nachentschädigung nach § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG a.F, § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG freizustellen habe. Hierzu habe sich die Beklagte durch § 3 Abs. 3 des Vertrages vom 19. Dezember 2000 verpflichtet. Soweit die Klägerin die Feststellung erstrebe, dass die Beklagte ihr die mit der Prüfung der Ansprüche der Eigentümer verbundenen Kosten zu erstatten habe, sei die Klage zwar zulässig, jedoch nicht begründet, weil eine solche Verpflichtung der Beklagten zwischen den Parteien nicht vereinbart sei und auch nicht aus einer Vertragsverletzung der Beklagten folge.

II.

8 A. Revision der Beklagten

9 Die Revision der Beklagten hat Erfolg.

10 1. Entgegen ihrer Auffassung ist die Klage allerdings mit den Feststellungsanträgen zulässig.

11 a) Soweit es um die Feststellung der Freistellungsverpflichtung geht, ergibt sich das Feststellungsinteresse daraus, dass die Beklagte eine dahin gehende Verpflichtung leugnet. Der Zulässigkeit steht es auch nicht entgegen, dass einzelne Grundstückseigentümer die Klägerin gerichtlich oder außergerichtlich in Anspruch genommen haben, so dass sie insoweit eine - grundsätzlich vorrangige - Leistungsklage erheben könnte. Sie ist nämlich nicht genötigt, den von ihr geltend gemachten Anspruch aufzuspalten, sondern bleibt befugt, ihn einheitlich im Wege der Feststellungsklage zu verfolgen (vgl. BGH, Urt. v. 4. Dezember 1986, III ZR 205/85, NVwZ 1987, 733; Urt. v. 21. Februar 1991, III ZR 204/89, VersR 1991, 788, 789).

12 Dem Antrag fehlt es entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht an der notwendigen Bestimmtheit. Anders als bei einer Leistungsklage müssen bei der beantragten Feststellung einer Freistellungsverpflichtung die Gläubiger der Ansprüche, von denen die Klägerin Freistellung verlangt, nicht namentlich benannt werden. Ausreichend ist, dass die Ansprüche bestimmbar sind und somit der Umfang der Freistellungsverpflichtung nicht im Unklaren bleibt. Das ist hier der Fall, da der Antrag den Grund des Anspruchs bezeichnet und die Grundstücke, deren Eigentümer Nachabfindungsansprüche geltend machen könnten, einzeln aufführt. Angesichts dieser Konkretisierung bedarf es auch nicht der Angabe der Höhe der Ansprüche, von denen freigestellt werden soll.

Ziel des Antrags ist es, Freistellung in jedweder Höhe zu erreichen, in der Grundstückseigentümer Nachabfindungsansprüche erheben.

13 b) Soweit die Klage die Feststellung einer Aufwendungsersatzverpflichtung betrifft, ermangelt sie entgegen der Auffassung der Beklagten ebenfalls nicht der notwendigen Bestimmtheit. Der Antrag muss nicht die einzelnen in Betracht kommenden Aufwendungen aufzählen. Es genügt, wenn deutlich wird, in welchem Zusammenhang die Aufwendungen, um deren Ersatzverpflichtung es geht, stehen müssen. Danach ist der Klageantrag zulässig. Er konkretisiert die Aufwendungen nach Zweck und Anlass, nämlich dahin, dass sie der Überprüfung, Abwehr und/oder Erfüllung der Ansprüche dienen.

14 2. Die Revision macht aber zu Recht geltend, dass die Feststellungen des Berufungsgerichts die Verurteilung der Beklagten zur Freistellung nicht tragen.

15 a) Nicht zu beanstanden ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass die Bestimmung in § 3 Abs. 3 des Vertrages grundsätzlich die Ansprüche erfasst, die Gegenstand der Klage sind. Es geht um Ansprüche Dritter gegen den Netzbetreiber wegen der Nutzung der LWL-Fasern. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist der in § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG a.F. bestimmte Ausgleichsanspruch nämlich auch dann gegeben, wenn eine bisher nur zur betriebsinternen Kommunikation dienende Leitung für die allgemeine Kommunikation geöffnet wird (BGHZ 145, 16, 32 ff.; Urt. v. 17. Juni 2005, V ZR 202/04, NJW-RR 2005, 1683; Urt. v. 16. September 2005, V ZR 242/04, NJW-RR 2006, 384). Daran ist festzuhalten, zumal dieses Verständnis der Norm der heutigen Regelung in § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG zugrunde liegt und die Beklagte keine Gesichtspunkte aufzeigt, die zu einer anderen Beurteilung führen könnten.

16 Entgegen der Auffassung der Revision kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Vertragsparteien dieses Verständnis ihrer Regelung nicht zugrunde gelegt und damit solche Ansprüche übereinstimmend ausgeklammert haben. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses waren nämlich die wesentlichen Gründe des Urteils jedenfalls durch eine Presseerklärung der Öffentlichkeit bekannt. Zudem ist in der Fachöffentlichkeit die Frage der Nachentschädigungspflicht auch zuvor schon diskutiert worden (vgl. die Nachweise in dem Urteil des Senats vom 7. Juli 2000, aaO S. 30 ff.), so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass den Parteien bei Vertragsschluss das Problem nicht vor Augen gestanden hat. Die gewählte weite Fassung - Freistellung "von allen Ansprüchen" - lässt danach kein Verständnis dahin zu, dass Nachentschädigungsansprüche ausgenommen sein sollten.

17 b) Zu Recht wendet sich die Revision aber gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Vertragsklausel sei unabhängig davon wirksam, ob es sich dabei um einen Bestandteil Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) der Klägerin handelt oder nicht.

18 aa) Zutreffend ist diese Auffassung nur, wenn es sich bei der Klausel um eine Individualvereinbarung handelt. Hinsichtlich geltend gemachter Nachentschädigungsansprüche haften Netzbetreiber und Nutzer der Telekommunikationslinien gesamtschuldnerisch. Den Ausgleich im Innenverhältnis können sie in den Grenzen der §§ 138, 242 BGB frei gestalten. In diesem Rahmen begegnet eine Regelung, wonach die Lasten nicht aufgeteilt, sondern von einem der Gesamtschuldner zu tragen sind, keinen Bedenken.

19 bb) Das Berufungsgericht geht, ohne allerdings dahin gehende Feststellungen getroffen zu haben, davon aus, dass der Vertrag zwischen den Parteien auf der Grundlage von der Klägerin vorgegebener Allgemeiner Geschäftsbedin-

gungen zustande gekommen ist. Legt man dies zugrunde, hält die Klausel einer Wirksamkeitskontrolle nicht stand.

20 Insoweit kann dahin gestellt bleiben, ob Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB dazu geführt hat, dass die Frage nach der Wirksamkeit der Einbeziehung einer Klausel und ihrer Wirksamkeit für vor dem 1. Januar 2002 zustande gekommene Dauerschuldverhältnisse seit dem 1. Januar 2003 nach § 305c Abs. 1, 307 BGB zu bestimmen sind, oder ob diese Fragen für das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien weiterhin nach §§ 3, 9 AGBG zu beantworten ist. Hierauf kommt es nicht an, weil §§ 305c Abs. 1, 307 Abs. 1, 2 BGB und §§ 3, 9 AGBG, soweit hier von Interesse, inhaltlich übereinstimmen.

21 Nicht entschieden zu werden braucht ferner, ob § 3 Abs. 3 des Vertrags als überraschende Klausel nicht Vertragsbestandteil geworden ist. Sie ist jedenfalls unwirksam, weil sie die Beklagte entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, § 9 Abs. 1 AGBG, § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

22 (1) Auszugehen ist von dem gesetzlichen Leitbild des Ausgleichsverhältnisses von Gesamtschuldnern. Denn die Klägerin als Eigentümerin des Leitungsnetzes und die Beklagte als Netzbetreiberin haften den Grundstückseigentümern als Gesamtschuldner, § 76 Abs. 2 Satz 4 TKG, § 421 BGB. Das Leitbild ergibt sich aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB und ist, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, durch einen Ausgleich zu gleichen Teilen gekennzeichnet. Eine anderweitige Bestimmung kann sich aus dem zwischen den Schuldnern bestehenden Rechtsverhältnis ergeben und ebenso aus der Natur der Sache (BGH, Urt. v. 11. Juni 1992, IX ZR 161/91, NJW 1992, 2286, 2287 m.w.N.).

23 (2) Sieht man von der Klausel ab, um deren Wirksamkeit es geht, so lässt sich dem Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, einem Vertrag mit Miet-

rechtscharakter (Spindler/Imping, Vertragsrecht der Kommunikationsanbieter, S. 429; Schäfer/Giebel ZfIR 2004, 661, 662; Lisch MMR 2007, 89), keine Regelung des Ausgleichsverhältnisses entnehmen. Zu berücksichtigen sind daher aus der Natur der Sache folgende Umstände.

24 (aa) Ein hälftiger Ausgleich erscheint - mangels anderweitiger Bestimmung - sachgerecht, wenn einem Netzeigentümer nur ein Netzbetreiber gegenüber steht, der berechtigt ist, sämtliche Leitungen zu benutzen. Denn dann teilen sich Eigentümer und Betreiber die Nutzungsmöglichkeiten, der eine durch Vermietung, der andere durch Betreiben des Netzes. Es entspricht dann auch der Billigkeit, dass sie sich die Lasten, also die Befriedigung von Nachentschädigungsansprüchen, hälftig teilen, so wie es der Gesetzgeber als Modell im Gemeinschaftsrecht vorgesehen hat (§§ 742, 743, 748 BGB).

25 Anders ist es indes, wenn mehrere Netzbetreiber in Betracht kommen. Dann stehen der Nutzung, die der Eigentümer durch Vermietung des gesamten Netzes ziehen kann, nur einzelne Nutzungsmöglichkeiten der Netzbetreiber in dem ihnen vertraglich gezogenen Rahmen gegenüber. Hier entspricht es nicht der Billigkeit, dass ein Netzbetreiber, etwa der erste, sich die Lasten mit dem Eigentümer hälftig teilt. Entsprechend dem Gedanken, dass die Lasten in demselben Umfang zu tragen sind wie Nutzungen gezogen werden dürfen (vgl. §§ 743, 748 BGB), ist Maßstab für die Beteiligung im Innenverhältnis an der Nachentschädigungsverpflichtung die dem Netzbetreiber zugewiesene Nutzungsbefugnis. Nur in diesem Umfang ist eine hälftige Aufteilung zwischen Netzeigentümer und Netzbetreiber gerechtfertigt.

26 So ist es hier. Die Beklagte nutzt nur 2 der 30 bzw. 60 Fasern des Lichtwellenleiter-Kabels der Klägerin für Telekommunikationszwecke. Dem gesetzlichen Leitbild entspricht dann im Innenverhältnis zu der Klägerin eine Beteili-

gung der Beklagten von 1/30 bzw. 1/60 der den Grundstückseigentümern geschuldeten Nachentschädigungen, vorausgesetzt alle Fasern können für Zwecke der Telekommunikation genutzt werden.

27 (bb) Von diesem Leitbild weicht die Vertragsklausel in einer Weise ab, die mit dem Gebot von Treu und Glauben nicht im Einklang steht. Statt eines geringen Anteils soll die Beklagte alle Kosten der Nachentschädigung tragen. Das ist nicht nur wegen dieses Umfangs unbillig, sondern auch deswegen, weil sich die Klägerin auf diese Weise zugleich die Möglichkeit verschafft, allen weiteren Netzbetreibern Fasern ohne die Gefahr der Inanspruchnahme wegen einer Nachentschädigung zur Verfügung zu stellen. Denn der Anspruch auf Nachentschädigung entsteht nur einmal, nämlich bei der ersten erweiterten Nutzung der Telekommunikationslinien. Sie verbessert damit ihre Marktchancen auf Kosten der Beklagten.

28 Eine solche Vertragsgestaltung läuft darüber hinaus dem Zweck des Telekommunikationsgesetzes zuwider, den Telekommunikationsmarkt rasch zu öffnen (Schuster in Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., § 1 Rdn. 7 ff.). Jeder Mieter einzelner Lichtwellenleiter eines Kabels hätte Anlass, die Aufnahme des von ihm mit der Anmietung beabsichtigten Betriebs zu verzögern, bis ein anderer Mieter ihm vorangegangen und damit die Entschädigungspflicht zu tragen hätte. Das blockiert den Markt und öffnet ihn nicht. Auch dies widerspricht dem Gebot von Treu und Glauben. Denn die verfolgte Öffnung des Marktes fördert zugleich den Wettbewerb, während die Vertragsgestaltung der Klägerin den ersten Netzbetreiber, der von ihr Fasern mietet, hier also die Beklagte, in diesem Wettbewerb benachteiligt.

29 cc) Die danach nichtige Klausel fällt nach § 306 Abs. 1 BGB, § 6 AGBG ersatzlos weg. Es gilt die gesetzliche Regelung, da eine ergänzende Ver-

tragsauslegung vorliegend nicht in Betracht kommt (vgl. BGH, Urt. v. 16. Juni 2009, XI ZR 145/08, Rdn. 37 f. m.w.N., zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

30 3. Soweit die Revision der Beklagten reicht, unterliegt das angefochtene Urteil der Aufhebung. In diesem Umfang ist der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif, § 563 Abs. 1 und 3 ZPO. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

31 a) Die Klägerin rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht ohne Berücksichtigung ihres dem entgegenstehenden Vortrags davon ausgegangen ist, dass das AGB-Gesetz bzw. die Vorschriften der §§ 305c, 307 BGB auf den Vertrag zwischen den Parteien anzuwenden sind. Dem wird das Berufungsgericht nachzugehen haben. Die Darlegungs- und Beweislast obliegt der Beklagten, die eine ihr günstige Rechtsfolge daraus ableitet, dass die Regelungen des Vertrages zwischen den Parteien von der Klägerin im Sinne Allgemeiner Geschäftsbedingungen vorgegeben worden seien.

32 b) Auch wenn die Prüfung ergeben sollte, dass die umstrittene Klausel nicht Bestandteil Allgemeiner Geschäftsbedingungen der Klägerin ist, steht die Freistellungsverpflichtung der Beklagten nicht fest. Die Beklagte rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht ihren unter Beweis gestellten Vortrag (Zeugnis Dr. W.) unberücksichtigt gelassen hat, wonach bereits vor ihr ein anderer Kommunikationsdienstleister, die Fa. Ar. , die Telekommunikationslinie zu Zwecken der allgemeinen Kommunikation genutzt hat. Dieser Vortrag ist entscheidungserheblich. Denn der Nachentschädigungsanspruch wird durch die erste erweiterte Nutzung ausgelöst (s.o.). Die Beklagte haftete also im Außenverhältnis nicht nach § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG a.F. bzw. jetzt nach § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG, wenn ihr Vortrag zutrifft. Das bedeutet ferner, dass auch die Frei-

stellungsklausel nicht greift. Sie ist nämlich dahin auszulegen (§§ 133, 157, 242 BGB), dass die Beklagte die Klägerin nur dann von Nachentschädigungsansprüchen freizustellen hat, wenn sie selbst ebenfalls auf Nachentschädigung in Anspruch genommen werden kann. Anderenfalls fehlt es an jedem Bezugspunkt für eine Verpflichtung der Beklagten. Auch dieser streitige Sachverhalt bedarf der Aufklärung, wobei die Darlegungs- und Beweislast bei der Klägerin liegt, weil es um eine Voraussetzung für das Entstehen des Freistellungsanspruchs geht. Eine Beweisaufnahme ist entgegen der Meinung der Klägerin nicht deshalb entbehrlich, weil sie ein von dem Zeugen unterzeichnetes Schreiben der Ar. vom 21. Oktober 2005 und dessen Anlage vorgelegt hat; in welcher die von Ar. gemieteten, jedoch "nie beschalteten" Abschnitte der streitgegenständlichen Telekommunikationslinie im Einzelnen aufgeführt sind. Die Richtigkeit dieser Aufstellung hat die Beklagte substantiiert bestritten.

33 B. Revision der Klägerin

34 Die Revision der Klägerin, mit der sie sich gegen die Abweisung ihres Antrags wendet, eine Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz von Aufwendungen im Zusammenhang von Prüfung, Abwehr und Erfüllung von Nachentschädigungsansprüchen festzustellen, hat keinen Erfolg. Die auch insoweit zulässige (s. o.) Klage hat das Berufungsgericht zu Recht als unbegründet erachtet.

35 1. Ist die Vertragsklausel unwirksam oder greift sie mangels Haftung der Beklagten im Außenverhältnis nicht ein, ist die Beklagte nicht zur Freistellung verpflichtet. Es besteht dann auch kein Anspruch auf Aufwendungsersatz.

36 2. Ein Aufwendungsersatz besteht aber auch dann nicht, wenn die Beklagte, jedenfalls zu einem Anteil, der Klägerin die Freistellung von Nachentschädigungsansprüchen schuldet.

37 a) Aus der Vertragsklausel ergibt sich ein solcher Anspruch entgegen der Auffassung der Klägerin nicht. Der Freistellungsschuldner kann seine Verpflichtung nur erfüllen, wenn der Freistellungsgläubiger ihn über die Grundlagen, die Höhe und die Einwendungen und Einreden gegen die Forderungen, die Gegenstand der Freistellung sein sollen, unterrichtet. Den Gläubiger trifft daher die Nebenpflicht, den Schuldner mit den für die Freistellung notwendigen Kenntnissen auszustatten (vgl. BGH, Urt. v. 19. Januar 1993, IVa ZR 116/81, NJW 1983, 1729, 1730). Die damit verbundenen Kosten trägt er folglich selbst. Die Parteien einer Freistellungsvereinbarung können das zwar anders regeln. Es muss sich dann aber, weil es vom Normalfall abweicht, mit ausreichender Deutlichkeit aus der Abrede ergeben. Daran fehlt es im vorliegenden Fall, und zwar unabhängig davon, ob die Freistellungsklausel Bestandteil Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist oder individuell ausgehandelt wurde. Sie enthält, worauf das Berufungsgericht zu Recht abstellt, keinen Hinweis darauf, dass die Beklagte selbst die Gläubiger von Nachentschädigungsansprüchen ausfindig machen und Grundlagen und Höhe der Ansprüche ermitteln sollte.

38 Der Einwand der Revision der Klägerin, das Berufungsgericht habe ihren Antrag missverstanden bzw. nicht interessegerecht ausgelegt, führt zu keiner anderen Beurteilung. Ihrer Auffassung nach ist der Antrag nur auf die Feststellung gerichtet, dass die Beklagte zum Ersatz der Kosten verpflichtet sei, die ihr zur Ermittlung der Anspruchsberechtigten und deren Ansprüchen tatsächlich entstanden seien bzw. entstünden. Das kann als zutreffend unterstellt werden, hat auf das Ergebnis aber keinen Einfluss. Kosten, die der Klägerin entstanden sind oder entstehen werden, um die Beklagte in die Lage zu versetzen, die Be-

rechtigung der von den Grundstückseigentümern gegen die Klägerin erhobenen Forderungen zu prüfen und eine Inanspruchnahme der Klägerin abzuwehren, fallen im Verhältnis der Parteien zueinander nicht der Beklagten zur Last.

39 b) Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Schadensersatzverpflichtung. Zwar kann die pflichtwidrige und schuldhafte Nichterfüllung einer Freistellungsverpflichtung, etwa auch ein Leugnen einer solchen Verpflichtung, Schadensersatzansprüche auslösen, § 280 BGB (vgl. Senat, Urt. v. 19. April 2002, V ZR 3/01, NJW 2002, 2382). Die Kosten, um deren Ersatz es der Klägerin geht, gehören aber nicht zu dem ersatzfähigen Schaden. Ersatzfähig sind nur die durch die pflichtwidrige Weigerung, die Klägerin von Nachentschädigungsansprüchen freizustellen, entstehenden Kosten. Einen solchen Schaden macht die Klägerin nicht geltend. Sie verlangt Ersatz von Kosten, die - wie ausgeführt - von der Klägerin im Vorfeld der Freistellung zu tragen sind und dazu dienen, die Beklagte in den Stand zu

setzen, ihrer Freistellungsverpflichtung nachzukommen. Diese Kosten sind nicht Folge einer vertragswidrigen Erfüllungsverweigerung.

Krüger Klein Schmidt-Räntsch

Stresemann Roth

Vorinstanzen:
LG Aachen, Entscheidung vom 25.07.2007 - 42 O 207/05 -
OLG Köln, Entscheidung vom 14.03.2008 - 15 U 154/07 -