

---

Newsletter, 3. Quartal 2009

---

# Commercial

---

## **Wirksamkeit eines selbständigen Schuldversprechens bei Erklärung gegenüber einem Dritten**

(Thüringer Oberlandesgericht vom 31. Juli 2008 – 1 U 381/07)

Seite 2

## **Beweislast des Käufers für die Erfolglosigkeit der Nachbesserung**

(BGH vom 11. Februar 2009 – VIII ZR 274/07)

Seite 3

## **Aus der Praxis: Verwalter ist nicht gleich Verwalter**

Abgrenzung Zwangsverwalter/Insolvenzverwalter

Seite 5

## **Keine Begrenzung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters durch die Höhe seiner Provisionsverluste**

(EuGH vom 26. März 2009 – C-348/07)

Seite 6

## **Kein Vertrauensschutz in den Bestand der BGH-Rechtsprechung für AGB-Verwender**

(BGH, Urteil vom 5. März 2008 – VIII ZR 95/07)

Seite 7

## **Wer den Schaden hat ...**

## **Zu den Kosten der Mangelbeseitigung durch den Käufer**

Seite 9

## **Veranstaltungen**

Seite 10

---



# Wirksamkeit eines selbständigen Schuldversprechens bei Erklärung gegenüber einem Dritten

(Thüringer Oberlandesgericht vom 31. Juli 2008 – 1 U 381/07)

## Der Fall

Die Beklagte war Bauträgerin eines Bauvorhabens. Sie beauftragte eine Drittfirma mit der Durchführung verschiedener Arbeiten an dem Bauvorhaben. Diese Drittfirma beauftragte ihrerseits die Klägerin als Subunternehmerin für Sanitär- und Installationsarbeiten an dem Bauvorhaben.

Noch bevor die Klägerin ihre Sanitär- und Installationsarbeiten abgeschlossen hatte, wurde die Drittfirma, also die Auftraggeberin der Klägerin, zahlungsunfähig und stellte einen Insolvenzantrag.

Die Klägerin beabsichtigte aus diesem Grund zunächst, ihre Arbeiten sofort einzustellen. Anlässlich einer Baubesprechung äußerte jedoch der Geschäftsführer der Beklagten gegenüber dem auf der Baustelle eingesetzten Bauleiter, die Klägerin werde in jedem Fall die Vergütung für ihre Leistungen an dem Bauvorhaben in voller Höhe erhalten. Der Bauleiter setzte den Geschäftsführer der Klägerin von dieser Erklärung des Geschäftsführers der Beklagten in Kenntnis. Daraufhin setzte die Klägerin ihre Arbeiten fort und erbrachte die von ihr geschuldeten Werkleistungen vollständig und mangelfrei.

Die Beklagte verweigerte anschließend gegenüber der Klägerin die Bezahlung des von dieser verlangten Werklohns und berief sich darauf, eine Vereinbarung über Direktzahlungen an die Klägerin habe es nicht gegeben. Die Aussage ihres Geschäftsführers gegenüber dem Bauleiter sei wegen fehlender Schriftform rechtlich bedeutungslos.

Die Klägerin beruft sich demgegenüber auf eine direkte Zahlungsverpflichtung der Beklagten aufgrund eines selbständigen Schuldversprechens.

## Die Entscheidung

Das Oberlandesgericht hat in der Berufungsinstanz anders als das Landgericht eine Einstandspflicht der Beklagten für die Zahlung der Werklohnforderungen der Klägerin angenommen. Die Beklagte sei an die Aussage ihres Geschäftsführers gegenüber dem Bauleiter, die Klägerin werde für ihre Werkleistungen in voller Höhe vergütet, gebunden. Die ab-

gegebene Erklärung begründe eine selbständige Zahlungsverpflichtung der Beklagten gegenüber der Klägerin. Die Beklagte habe durch ihren Geschäftsführer ein wirksames selbstständiges Schuldversprechen (§ 780 BGB) abgegeben.

Unerheblich sei insoweit, dass die Erklärung nicht direkt gegenüber der Klägerin bzw. deren Geschäftsführer, sondern gegenüber dem Bauleiter abgegeben wurde. Schließlich sei für den Geschäftsführer der Beklagten erkennbar gewesen, dass der Bauleiter den Geschäftsführer der Klägerin über die Erklärung in Kenntnis setzen werde. In seiner Funktion als Bauleiter sei dieser gerade mit der Koordination sämtlicher Bauarbeiten betraut gewesen und habe den Kontakt mit sämtlichen am Bauvorhaben beteiligten Werkunternehmen gehalten.

Zum anderen stehe der Zahlungsverpflichtung der Beklagten auch nicht die fehlende Schriftform gemäß § 780 BGB entgegen. Auf Seiten der Beklagten stelle das selbstständige Schuldversprechen ein Handelsgeschäft (§ 343 HGB) dar, da die Erklärung im Zusammenhang mit dem von dieser durchgeführten Bauvorhaben abgegeben worden sei. Daher finde die Formvorschrift des § 780 BGB gemäß § 350 HGB keine Anwendung. Für die Wirksamkeit des selbständigen Schuldversprechens genüge daher eine mündliche Erklärung.

Auch sei für ein wirksames selbstständiges Schuldversprechen als einseitig die Beklagte verpflichtender abstrakter Vertrag eine Annahmeerklärung der Klägerin nicht erforderlich gewesen. Vielmehr reiche eine schlüssige Annahme durch die Klägerin aus, die in der im Vertrauen auf die direkte Zahlung des Werklohns durch die Beklagte erfolgten Fortführung der Arbeiten zu erblicken sei.

## Unser Kommentar

Der vom Oberlandesgericht entschiedene Fall gibt Anlass, die praktische Bedeutung des § 350 HGB nochmals hervorzuheben. Dieser hebt unter der Voraussetzung, dass es sich auf Seiten des Erklärenden um ein Handelsgeschäft im Sinne des § 343 HGB handelt, das Schriftformerfordernis bei

Bürgschaftserklärungen (§ 766 BGB), Schuldversprechen (§ 780 BGB) und Schuldanerkenntnissen (§ 781 BGB) auf. Die Schutz-, Warn- und Beweisfunktion des Schriftformerfordernisses wird im kaufmännischen Verkehr also außer Kraft gesetzt. Die Beachtung der gesetzlichen Schriftform des § 126 BGB ist somit nicht erforderlich. Rechtlich bindende Bürgschaftserklärungen, Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnisse können daher auch mündlich, telefonisch oder per Email abgegeben werden.

Das Urteil des Oberlandesgerichts hat den Anwendungsbereich des § 350 HGB nochmals erweitert, indem es auch eine gegenüber einem Dritten (hier: dem Bauleiter) abgegebene Erklärung als ausreichend angesehen hat. Dies ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, da der Geschäftsführer der Beklagten im konkreten Fall erkennbar mit einer Weitergabe seiner Erklärung an die Klägerin bzw. deren Geschäftsführer rechnen musste. Dem Bauleiter kam somit eine Funktion als Erklärungsbote zu.

Die Entscheidung zeigt hingegen nochmals deutlich auf, wie zurückhaltend im kaufmännischen Verkehr mit der Abgabe derartiger Erklärungen umgegangen werden sollte. Schließlich können gerade Bürgschaften, Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnisse häufig erhebliche finanzielle Folgen nach sich ziehen.



**Christian Berger**

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
Düsseldorf  
christian.berger@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (211) 5660 0

## Beweislast des Käufers für die Erfolglosigkeit der Nachbesserung

(BGH vom 11. Februar 2009 – VIII ZR 274/07)

### Der Fall

Die Parteien streiten um Gewährleistungsansprüche der Klägerin gegen die Beklagte im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Kraftfahrzeugs im Juni 2005. Im August und Oktober 2005 befand sich das Fahrzeug bei der Beklagten in Reparatur, nachdem die Klägerin jeweils zuvor bemängelt hatte, dass der elektrische Fensterheber der Fahrertür defekt sei. Unter Hinweis darauf, dass die Fehlfunktion des Fensterhebers zwischenzeitlich erneut aufgetreten sei, erklärte die Klägerin am 6. Dezember 2005 den Rücktritt vom Kaufvertrag und verlangte von der Beklagten die Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich einer Nutzungsentschädigung sowie Schadensersatz.

In der Zeit vom 6. Dezember 2005 bis zum 13. Februar 2006 befand sich das Fahrzeug bei der Beklagten, anschließend wieder bei der Klägerin. Der im Juli 2006 vom Landgericht beauftragte Sachverständige stellte fest, dass sich die Fensterscheibe der Fahrertür aufgrund eines Defekts des Sensors des Einklemmschutzes erst nach mehrfacher Be-

tätigung des Fensterhebers und dann auch nur stückweise schließen ließ. Darüber hinaus stellte der Sachverständige an der Fensterscheibe für einen Einbruchversuch typische Kratzspuren und Absplitterungen fest. Als Ursache für den Defekt des Sensors kamen nach den Feststellungen des Sachverständigen sowohl ein Fertigungsfehler als auch ein Einbruchversuch in Betracht.

Im Verlauf des Rechtsstreits konnte nicht geklärt werden, wann genau der durch den Sachverständigen festgestellte Einbruchversuch stattgefunden hatte. Insbesondere war nicht auszuschließen, dass der Einbruchversuch bereits vor der dritten Beanstandung durch die Klägerin und nicht erst – wie von dieser behauptet – zu einem nach der Rücktrittserklärung liegenden Zeitpunkt, als sich das Fahrzeug vorübergehend wieder bei der Beklagten befand, erfolgte.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin habe das Vorhandensein eines Mangels zum Zeitpunkt ihrer Rücktrittserklärung und damit

einhergehend das Fehlschlagen der Nachbesserung wegen zwei erfolgloser Nachbesserungsversuche gemäß § 440 Satz 2 BGB nicht beweisen können. Das Oberlandesgericht wies die Berufung als unbegründet zurück.

### Die Entscheidung

Der BGH hat die Urteile des Land- und des Oberlandesgerichts, mit denen die Klage abgewiesen bzw. die Berufung zurückgewiesen wurde, bestätigt. Die Klägerin sei sowohl für die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs als auch für das Fehlschlagen der Nacherfüllung gemäß § 440 Satz 2 BGB beweisbelastet. Bleibe nach vorausgegangener zweimaliger Nachbesserung ungeklärt, ob das erneute Auftreten eines bereits zuvor festgestellten Mangels auf einer erfolglosen Nachbesserung des Verkäufers oder aber auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache (hier: Einbruchversuch durch einen Dritten) beruhe, so gehe dies zu Lasten des Käufers.

Zur rechtlichen Begründung der Beweislast des Käufers verweist der BGH in seiner Entscheidung auf § 363 BGB sowie die hierin enthaltene Beweislastverteilung für den Fall der Entgegennahme einer als Erfüllung angebotenen Leistung durch den Gläubiger.

Nach Auffassung des BGH greife auch § 440 Satz 2 BGB nicht zu Gunsten der Klägerin ein. Der Umstand, dass nach einer durchgeführten Beweisaufnahme offen bleibe, auf welcher Ursache ein erneut festgestellter Mangel beruhe, sei kein „sonstiger Umstand“ im Sinne des § 440 Satz 2 BGB. Sonstige Umstände im Sinne der vorgenannten Vorschrift seien nach dem BGH allein solche, die Anlass geben können, ein Fehlschlagen der Nachbesserung erst bei mehr oder schon bei weniger als zwei erfolglosen Nachbesserungsversuchen anzunehmen. Derartige Umstände waren indes in dem vom BGH entschiedenen Fall nicht gegeben.

### Unser Kommentar

In der vorliegenden Entscheidung statuiert der BGH den Grundsatz, dass der Käufer nicht nur das anfängliche Vorhandensein eines Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs, sondern darüber hinaus auch dessen Fortbestand zu beweisen hat, sofern der Verkäufer Nachbesserungsversuche vorgenommen und die Kaufsache anschließend wieder an den Käufer ausgehändigt hat. Der Käufer hat somit darzulegen und zu beweisen, dass zwei Nachbesserungsversuche des Verkäufers erfolglos waren und der bereits zuvor festgestellte Mangel fortbestanden hat. Bestehen Zweifel hieran, beispielsweise weil die Ursache des Mangels auch in einer im Anschluss an einen Nachbesserungsversuch erfolgten unsachgemäßen Einwirkung auf die Kaufsache gelegen haben kann, gehen diese Zweifel zu Lasten des Käufers.

Sofern dem Käufer demgegenüber der Nachweis der Erfolglosigkeit zweier Nachbesserungsversuche des Verkäufers gelingt, greift zu seinen Gunsten die Vermutung des § 440 Satz 2 BGB ein, dass die Nachbesserung fehlgeschlagen ist. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass diese Vermutung durch den Verkäufer widerlegt werden kann.

Liegen besondere, durch den Verkäufer darzulegende und zu beweisende, Umstände (z.B. aufgrund der Art des Mangels) vor, können diese im Einzelfall dazu führen, dass die Nachbesserung trotz zweier erfolgloser Nachbesserungsversuche noch nicht als fehlgeschlagen anzusehen ist, sondern dem Verkäufer weitere Nachbesserungsversuche zuzugestehen sind.

Zu beachten ist allerdings, dass der BGH im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs gemäß § 476 BGB zu einem anderen Ergebnis hätte gelangen müssen. Hätte in einem solchen Fall nicht ausgeschlossen werden können, dass ein Einbruchversuch vor Gefahrübergang zu der späteren Fehlfunktion geführt hat, hätte der BGH der Klage stattgeben müssen.



### Benjamin Schwenker

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Düsseldorf  
benjamin.schwenker@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (211) 5660 0

# Aus der Praxis: Verwalter ist nicht gleich Verwalter

## Abgrenzung Zwangsverwalter/Insolvenzverwalter

Unternehmen A ist Mieterin, Unternehmen B Vermieterin einer Gewerbefläche. Über das Grundstück von B wird zunächst die Zwangsverwaltung angeordnet. Rechtsanwalt K wird zum Zwangsverwalter bestellt. Drei Monate später wird über das Vermögen der B das Insolvenzverfahren eröffnet. Rechtsanwalt G wird zum Insolvenzverwalter bestellt.

Was unterscheidet einen Zwangsverwalter von einem Insolvenzverwalter? Die Zwangsverwaltung ist neben der Zwangsversteigerung und der Zwangshypothek die dritte Art der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Der Gläubiger des Grundstückseigentümers soll bei dieser Art der Vollstreckung nicht aus dem Objekt, sondern aus den Erträgen des Objekts befriedigt werden. In die bereits bestehenden Mietverhältnisse tritt der Zwangsverwalter ein, wenn die Mietsache dem Mieter vor der Beschlagnahme überlassen worden ist (§ 152 Abs. 2 ZVG). Da die Zwangsverwaltung keine Rechtsnachfolge ist, bleibt der Zwangsvollstreckungsschulder formell Vermieter. Lediglich dessen Aufgaben werden für die Dauer der Zwangsverwaltung vom Zwangsverwalter wahrgenommen.

Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das gesamte Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt wird. Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und hierüber zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 InsO). Der Insolvenzverwalter ist also Rechtsnachfolger des Schuldners.

Nebeneinander laufende Zwangsverwaltungs- und Insolvenzverfahren sind nicht selten. Die vor Insolvenzeröffnung angeordnete Zwangsverwaltung bleibt unberührt (§ 80 Abs. 2 Satz 2 InsO). Aber auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der dinglich gesicherte Gläubiger die Zwangsverwaltung beantragen (§ 49 InsO). Der Insolvenzverwalter kann aber unter bestimmten Umständen die vorläufige Einstellung der Zwangsverwaltung beantragen (§ 153 b Abs. 2 ZVG).

Zurück zum Fall: Beide Verwalter meldeten sich bei A. Der Zwangsverwalter K teilte A mit, dass die Miete mit schuld-

befreiender Wirkung nur noch an ihn gezahlt werden könne und teilte die entsprechende Kontoverbindung mit. Der Insolvenzverwalter G meldete sich wegen einer von A erklärten Aufrechnung im Hinblick auf zurückliegende Zeiträume und teilte im übrigen zutreffend mit, dass ab April 2008 dem Zwangsverwalter die Mietforderungen zustehen.

Infolge der Aufrechnung zahlte A erst im September 2008 wieder Miete. Die Mietzahlungen gingen allerdings versehentlich an den Insolvenzverwalter und nicht an den Zwangsverwalter. Das trat Ende November zutage. Normalerweise wäre in einem solchen Fall der Insolvenzverwalter verpflichtet, den ohne Rechtsgrund erhaltenen Betrag an A zurückzuerstatten. Im vorliegenden Fall hat der Insolvenzverwalter aber am 7. November 2008 bei Gericht Masseunzulänglichkeit angezeigt. Masseunzulänglichkeit liegt vor, wenn zwar die Verfahrenskosten, nicht aber die sonstigen Masseverbindlichkeiten gedeckt sind. Das sind die bei der Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse entstandenen Verbindlichkeiten.

Da die Zahlung der Mieten für September bis November vor dem 7. November 2008 erfolgt war, handelte es sich um sogenannte Alt-Masseverbindlichkeiten. Diese werden nach § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO nachrangig nach den Kosten des Verfahrens und den Neu-Masseverbindlichkeiten befriedigt. Da die Zahlung an den Insolvenzverwalter keine schuldbefreiende Wirkung hatte, musste A die Mieten für September bis November 2008 (erneut) an den Zwangsverwalter zahlen. Es ist daher sehr genau darauf zu achten, an welchen Verwalter gezahlt werden muss.



**Dr. Katrin Haberkamm**

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
Hamburg  
katrin.haberkamm@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (40) 18067 0

# Keine Begrenzung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters durch die Höhe seiner Provisionsverluste

(EuGH vom 26. März 2009 – C-348/07)

## Problemstellung

Nach § 89b Absatz 1 Satz 1 des Handelsgesetzbuchs (HGB) kann der Handelsvertreter von dem Unternehmer (seinem Prinzipal) nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen angemessenen Ausgleich verlangen, wenn und soweit (1.) der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile hat, (2.) der Handelsvertreter infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses Ansprüche auf Provision verliert, die er bei Fortsetzung desselben aus bereits abgeschlossenen oder künftig zustande kommenden Geschäften mit den von ihm geworbenen Kunden hätte, und (3.) die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht.

Während die Provisionsverluste des Handelsvertreters nach dem Wortlaut des § 89b Absatz 1 Satz 1 HGB eine eigenständige Anspruchsvoraussetzung darstellen, deren Nichtvorliegen den Anspruch entfallen lässt, kommt ihnen nach europäischem Gemeinschaftsrecht nur die Bedeutung eines im Rahmen der Billigkeitsprüfung zu berücksichtigenden Umstandes zu. Nach Artikel 17 Absatz 2 Buchstabe a) der Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter hat der Handelsvertreter Anspruch auf einen Ausgleich, wenn und soweit (1.) er für den Unternehmer neue Kunden geworben oder die Geschäftsverbindungen mit vorhandenen Kunden wesentlich erweitert hat und der Unternehmer aus den Geschäften mit diesen Kunden noch erhebliche Vorteile zieht und (2.) die Zahlung eines solchen Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht.

In Deutschland suchten Rechtswissenschaft und -praxis den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts durch eine „richtlinienkonforme“ Auslegung des § 89b Absatz 1 Satz 1 HGB Rechnung zu tragen, nach der die Provisionsverluste des Handelsvertreters dessen Ausgleichsanspruch nur noch

im Rahmen der Billigkeitsprüfung beschränken oder negativ beeinflussen sollten. Dabei führte die Billigkeitsprüfung nach bisheriger Praxis stets zu einer Begrenzung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters auf die Höhe seiner Provisionsverluste, auch wenn die dem Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses verbleibenden Vorteile höher zu bewerten waren.

## Die Entscheidung

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hat diese Praxis nun durch Urteil vom 26. März 2009 – Aktenzeichen C-348/07 – für unvereinbar mit Artikel 17 Absatz 2 Buchstabe a) der Richtlinie erklärt. Zur Begründung führt der EuGH aus, der Gestaltungsspielraum, über den die Mitgliedstaaten verfügen, um den dem Handelsvertreter bei Vertragsbeendigung zustehenden Ausgleich aus Billigkeitsgründen gegebenenfalls anzupassen, könne nicht dahin ausgelegt werden, dass dieser Ausgleich ausschließlich nach unten angepasst werden darf. Denn eine solche Auslegung von Artikel 17 Absatz 2 Buchstabe a) der Richtlinie, die es ermöglicht, jede Erhöhung dieses Ausgleichs von vornherein auszuschließen, wäre eine Auslegung zum Nachteil des Handelsvertreters (dessen Schutz gegenüber dem Unternehmer die Richtlinie bezweckt). Artikel 17 Absatz 2 Buchstabe a) der Richtlinie sei deshalb dahin auszulegen, dass er nicht erlaubt, dass der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters von vornherein durch seine Provisionsverluste infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses begrenzt wird, auch wenn die dem Unternehmer verbleibenden Vorteile höher zu bewerten sind.

Nach dem Urteil des EuGH kann der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters also künftig wesentlich höher sein als seine Provisionsverluste, falls die dem Unternehmer verbleibenden Vorteile höher zu bewerten sind als die Provisionsverluste des Handelsvertreters. Letzteres wird zwar selten der Fall sein, weil die Provisionsverluste des Handelsvertreters dem Wert der dem Unternehmer verbleibenden Vorteile häufig betragsmäßig entsprechen. Darüber hinaus verbleibt es bei der – sowohl nach § 89b Absatz 2 HGB als auch nach Artikel 17 Absatz 2 Buchstabe b) der Richtlinie

bestimmten – Begrenzung des Ausgleichsanspruchs auf den Betrag der nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre berechneten Jahresprovision des Handelsvertreters.

### Auswirkungen für die Praxis

Die praktischen Auswirkungen des vorliegenden Urteils auf die künftige Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters sind dennoch nicht zu unterschätzen. Während die von dem Unternehmer aus dem verbleibenden Kundenstamm gezogenen Vorteile nach bisheriger Praxis nur dann für die Höhe des Ausgleichs bestimmend waren, wenn der Unternehmer nachweisen konnte, dass sie geringer waren als die ansonsten maßgeblichen Provisionsverluste des Handelsvertreters, soll es nach dem Urteil des EuGH nur noch auf die Vorteile des Unternehmers und die Billigkeit der Zahlung eines solchen Ausgleichs ankommen. Wie die Vorteile des Unternehmers künftig zu berechnen sind und ob der Handelsvertreter die für die Berechnung erforderlichen

Informationen von dem Unternehmer verlangen kann, hat der EuGH offen gelassen.

Es bleibt daher abzuwarten, ob und gegebenenfalls welche neuen Grundsätze die Rechtsprechung, nach der die Beweislast für die Vorteile des Unternehmers beim Handelsvertreter liegt, für die Berechnung der Höhe der dem Unternehmer verbleibenden Vorteile entwickeln wird.



### Dr. Hans-Peter Hufschlag

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Düsseldorf  
hans-peter.hufschlag@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (211) 5660 0

## Kein Vertrauensschutz in den Bestand der BGH-Rechtsprechung für AGB-Verwender

(BGH, Urteil vom 5. März 2008 – VIII ZR 95/07)

### Der Sachverhalt

Der BGH hatte über die Wirksamkeit einer AGB-Klausel zu entscheiden. Im konkreten Fall handelte es sich um die in einem Standard-Mietvertrag enthaltene „Quotenabgeltungsklausel“ für Schönheitsreparaturen.

Die Beklagten waren Mieter einer Wohnung des Klägers, die bei Auszug aus der Wohnung die aus Sicht des Vermieters erforderlichen Renovierungsmaßnahmen nicht durchgeführt haben. Nach § 8 Ziffer 2 des Mietvertrags hatten die Mieter die Verpflichtung, Schönheitsreparaturen nach einem Fristenplan auf eigene Kosten auszuführen bzw. ausführen zu lassen. Bei Vertragsende waren die Mieträume in einem Zustand zurückzugeben, „in dem sie sich bei regelmäßiger Vornahme der Schönheitsreparaturen – vgl. § 8 Ziffer 2 – befinden müssen, wobei aufgelaufene Renovierungsintervalle – vgl. § 8 Ziffer 2 – vom Mieter zeitanteilig zu entschädigen (sein)“.

Der Kläger nahm die Beklagten nach Beendigung des Mietverhältnisses auf Kostenerstattung wegen nicht vorgenommener Schönheitsreparaturen in Anspruch. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen und betrachteten die entscheidende Klausel des Standard-Mietvertrags als unwirksam.

Der Vermieter berief sich in seiner Klage unter anderem darauf, dass die Vertragsklausel zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags vom BGH noch als zulässig angesehen worden war. Bei einem lang laufenden Vertrag wie einem Mietvertrag, müsse die Rechtsprechung Vertrauensschutz gegenüber einer zwischenzeitlich erfolgten Änderung der Rechtsprechung gewähren.

Der BGH hat auf die Revision des Klägers hin die Entscheidungen der Untergerichte im Ergebnis bestätigt und damit die auf die umstrittene AGB-Klausel gestützte Klage endgültig abgewiesen.

### Die Entscheidungsgründe

Nach Ansicht des BGH hat das vorinstanzliche Landgericht im Ergebnis zutreffend einen auf die Abgeltungsklausel gestützten Zahlungsanspruch des Klägers verneint. Die Abgeltungsklausel benachteilige nach Auffassung des BGH den Mieter unangemessen, weil sie im Hinblick auf die konkrete Berechnung des vom Mieter als „zeitanteilige Entschädigung aufgelaufener Renovierungsintervalle“ geschuldeten Betrags nicht hinreichend klar und verständlich sei. Die Klausel sei insbesondere wegen Intransparenz unwirksam, da ihr nicht entnommen werden könne, was unter einem „aufgelaufenen Renovierungsintervall“ zu verstehen sei und wie das für die konkrete Berechnung der Abgeltungsquote maßgebliche Intervall ermittelt werden solle.

Ihre über den konkreten Einzelfall hinausreichende Bedeutung erlangt diese Entscheidung dann allerdings durch folgende Erwägung des BGH, die für alle AGB-Klauseln und Standardverträge Geltung beansprucht. Diese erstreckt die Relevanz dieses Urteils von der wirtschaftlich doch sehr überschaubaren Streitigkeit zwischen einem Vermieter und seinem Mieter selbst auf größte Projekte im kaufmännischen Geschäftsverkehr und auf Investitionen aller Größenordnungen:

Entgegen dem Argument des Klägers und Klauselverwenders sei die Abgeltungsklausel auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes als wirksam zu behandeln. Dies gelte auch dann, wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung in früheren Entscheidungen vergleichbare Regelungen als zulässig angesehen hat und der Klauselverwender die Vertragsgestaltung bei einer lang laufenden Vereinbarung im Vertrauen auf die bei Vertragsschluss geltende Rechtsprechung des BGH ausgerichtet habe. Das Risiko, dass eine zunächst unbeanstandet gebliebene Klausel nach einer Änderung der Rechtsprechung – und sei es nur wegen der personellen Neubesetzung des zuständigen Senats beim BGH – in späteren höchstrichterlichen Entscheidungen als unwirksam beurteilt wird, trage grundsätzlich der Klauselverwender. Wer über die gesetzliche Regelung hinaus zur Erweiterung seiner Rechte den Weg der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wähle, werde nach dem BGH nicht dadurch in seinem schutzwürdigen Vertrauen beeinträchtigt, dass eine Klausel geraume Zeit unbeanstandet geblieben ist und erst nach Jahren gerichtlich für unwirksam erachtet wird.

### Bedeutung für die Praxis

Rechtstechnisch nachvollziehbar ist diese Entscheidung. Wirtschaftlich ist sie dagegen hoch problematisch.

Das Urteil verdeutlicht einmal mehr, wie wichtig es ist, Allgemeine Geschäftsbedingungen regelmäßig auf ihre Wirksamkeit nach der aktuellen Rechtsprechung zu überprüfen, um vor unliebsamen Überraschungen gefeit zu sein. Höchststrichterliche Urteile erzeugen keine dem Gesetzesrecht vergleichbare Bindungswirkung. Das Vertrauen eines Verwenders Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Bestand der BGH-Rechtsprechung ist selbst nach Auffassung des BGH in der Regel nicht schutzwürdig. Das Risiko einer möglichen Rechtsprechungsänderung trägt somit der AGB-Verwender.



**Martin Schröder**

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Köln

[martin.schroeder@luther-lawfirm.com](mailto:martin.schroeder@luther-lawfirm.com)

Telefon +49 (221) 9937 0

## Wer den Schaden hat ... Zu den Kosten der Mangelbeseitigung durch den Käufer

Es ist ein Dauerbrenner in Zulieferbeziehungen, wann und unter welchen Voraussetzungen der Kunde, etwa ein Hersteller von Pkw, Mängel der gelieferten Ware selbst und auf Kosten des Zulieferers beseitigen darf. Die Vorgaben des deutschen Kaufrechts sind dabei im Ausgangspunkt recht klar – allerdings nicht immer ganz praxistauglich bei arbeitsteiliger industrieller Fertigung. Danach muss der Belieferte dem Zulieferer in jedem Fall zunächst Gelegenheit zur Nacherfüllung geben, also ihm eine angemessene Frist zur Neulieferung oder zur Reparatur der mangelhaften Teile einräumen. Erst wenn der Lieferant mit der Nacherfüllung in Verzug gerät, die Nacherfüllung fehlschlägt oder er die Nacherfüllung insgesamt verweigert – etwa weil er seine Lieferung als vertragskonform ansieht – kann der Belieferte auf Kosten des Zulieferers eine Selbstvornahme durchführen. Weil dies in Lieferbeziehungen, in denen der Grundsatz „time is of the essence“ gilt, oft nicht beachtet wird, entstehen häufig Konflikte, wer die entstandenen Kosten zu tragen hat – und zwar selbst dann, wenn sich die Mängel der Lieferung eindeutig nachweisen lassen.

Dem Belieferten kann in diesem Fall zugute kommen, dass eine Nacherfüllung durch den Lieferanten in bestimmten Konstellationen von vornherein unmöglich oder für den Käufer unzumutbar war. Dies kann etwa bei echter Just-in-time-Belieferung der Fall sein, wenn die Fehler noch vor oder während der Fertigung entdeckt werden („Null-Kilometer-Fehler“). Die Lieferung von Teilen in eine bestimmte Fertigung kann eben am Folgetag nicht mehr nachgeholt werden. Dies setzt aber voraus, dass diese Fertigungseinheit nicht mehr nachgeholt werden kann und auch nicht mehr nachgeholt wird. Ähnlich mag dies sein, wenn die Fehler erst auftreten, nachdem die fehlerhaften Zulieferteile verbaut wurden und sich das Endprodukt bereits beim Kunden befindet. Hier wird es dem Zulieferer sowohl am flächendeckenden After-sales-Netzwerk als auch am Know-how hinsichtlich des beim Kunden befindlichen Endprodukts fehlen.

Eine weitere Argumentationslinie, mit welcher Käufer, die eine vorschnelle Selbstvornahme unternommen haben, ihre Regressansprüche mitunter noch retten konnten, ist vom BGH in einer aktuellen Entscheidung (Urteil vom 20. Januar

2009 – X ZR 45/07) nochmals eingeschränkt worden: Die Berufung darauf, dass der Verkäufer seine Nacherfüllungspflicht ernsthaft und endgültig verweigert habe, und zwar durch sein Bestreiten des Mangels im Prozess über die Kostenübernahme. Der BGH hat hierzu entschieden, dass das nachträgliche Verhalten des Verkäufers, wie etwa das Bestreiten des Mangels vor Gericht, nur dann als eine solche ernsthafte und endgültige Verweigerung behandelt werden darf, wenn dieses nachträgliche Verhalten den sicheren Schluss zulässt, dass der Verkäufer schon vor der Beseitigung des Mangels durch den Käufer die Nacherfüllung endgültig verweigert hat. Dies dürfte in vielen Fällen schwierig sein. Der Käufer sollte daher in keinem Fall darauf verzichten, dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zu setzen, und erst dann selbst Kosten auslösen, wenn der Verkäufer mit der Nacherfüllung in Verzug ist.



**Volker Steimle, Partner**

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Köln

[volker.steimle@luther-lawfirm.com](mailto:volker.steimle@luther-lawfirm.com)

Telefon +49 (221) 9937 0

## Veranstaltungen

<b>Termin</b>	<b>Thema/Referent</b>	<b>Veranstalter/Ort</b>
08.10.2009	Recht für Führungskräfte (Christian Berger, Benjamin Schwenker)	WSF Wirtschafts- seminare, Frankfurt
17./18.11.2009	Vertragsrecht für Nichtjuristen (Volker Steimle, Ingo Erberich)	FAZ-Institut, Frankfurt
03.12.2009	Recht für Führungskräfte (Christian Berger, Benjamin Schwenker)	WSF Wirtschafts- seminare, Düsseldorf

Weitere Informationen zu den Veranstaltungen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH finden Sie auf unserer Homepage unter dem Stichwort „Termine“.

---

### Impressum

**Verleger:** Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 (221) 9937 0, Telefax +49 (221) 9937 110, [contact@luther-lawfirm.com](mailto:contact@luther-lawfirm.com)

**V.i.S.d.P.:** Ole-Jochen Melchior, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Gildehofstraße 1, 45127 Essen, Telefon +49 (201) 9220 0, Telefax +49 (201) 9220 110, [ole.melchior@luther-lawfirm.com](mailto:ole.melchior@luther-lawfirm.com)

**Grafische Gestaltung/Art Direction:** Vischer & Bernet GmbH, Agentur für Marketing und Werbung, Mittelstraße 11/1, 70180 Stuttgart, Telefon +49 (711) 23960 0, Telefax +49 (711) 23960 49, [contact@vischer-bernet.de](mailto:contact@vischer-bernet.de)

**Druck:** Zarbock GmbH & Co. KG, Sontraer Straße 6, 60386 Frankfurt a. M., Telefon +49 (69) 420903 0, Telefax +49 (69) 420903 50, [team@zarbock.de](mailto:team@zarbock.de)

**Copyright:** Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

Falls Sie künftig keine Informationen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail an [unsubscribe@luther-lawfirm.com](mailto:unsubscribe@luther-lawfirm.com)

---

### Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

## Unsere Büros in Deutschland

### Berlin

Friedrichstraße 71  
10117 Berlin  
Telefon +49 (30) 52133 0  
berlin@luther-lawfirm.com

### Dresden

Radeberger Straße 1  
01099 Dresden  
Telefon +49 (351) 2096 0  
dresden@luther-lawfirm.com

### Düsseldorf

Graf-Adolf-Platz 15  
40213 Düsseldorf  
Telefon +49 (211) 5660 0  
dusseldorf@luther-lawfirm.com

### Eschborn/Frankfurt a. M.

Mergenthalerallee 10 – 12  
65760 Eschborn / Frankfurt a. M.  
Telefon +49 (6196) 592 0  
frankfurt@luther-lawfirm.com

### Essen

Gildehofstraße 1  
45127 Essen  
Telefon +49 (201) 9220 0  
essen@luther-lawfirm.com

### Hamburg

Gänsemarkt 45  
20354 Hamburg  
Telefon +49 (40) 18067 0  
hamburg@luther-lawfirm.com

### Hannover

Sophienstraße 5  
30159 Hannover  
Telefon +49 (511) 5458 0  
hanover@luther-lawfirm.com

### Köln

Anna-Schneider-Steig 22  
50678 Köln  
Telefon +49 (221) 9937 0  
cologne@luther-lawfirm.com

### Leipzig

Grimmaische Straße 25  
04109 Leipzig  
Telefon +49 (341) 5299 0  
leipzig@luther-lawfirm.com

### Mannheim

Theodor-Heuss-Anlage 2  
68165 Mannheim  
Telefon +49 (621) 9780 0  
mannheim@luther-lawfirm.com

### München

Karlstraße 10 – 12  
80333 München  
Telefon +49 (89) 23714 0  
munich@luther-lawfirm.com

### Nürnberg

Forchheimer Straße 2  
90425 Nürnberg  
Telefon +49 (911) 9277 0  
nuremberg@luther-lawfirm.com

### Stuttgart

Augustenstraße 7  
70178 Stuttgart  
Telefon +49 (711) 9338 0  
stuttgart@luther-lawfirm.com

## Unsere Auslandsbüros

### Brüssel

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Avenue Louise 240  
1050 Brüssel  
Telefon +32 (2) 6277 760  
brussels@luther-lawfirm.com

### Budapest

Gobert, Fest & Partners Attorneys at Law  
Roosevelt Square 7 – 8  
H-1051 Budapest  
Telefon +36 (1) 270 9900  
budapest@luther-lawfirm.com

### Istanbul

Luther Karasek Köksal Consulting A.Ş.  
Sun Plaza  
Ayazağa Mah. Dereboyu Sokak  
No.24, 12th Floor  
Maslak-Şişli  
34398 Istanbul  
Telefon +90 212 276 9820  
mkoksal@lkk-legal.com

### Shanghai

Luther Attorneys  
21/F ONE LUJIAZUI  
68 Yincheng Middle Road  
Pudong New Area, Shanghai  
P.R. China  
200121 Shanghai  
Telefon +86 (21) 5010 6580  
shanghai@luther-lawfirm.com

### Singapur

Luther LLP  
10 Anson Road  
#09-24 International Plaza  
079903 Singapur  
Telefon +65 6408 8000  
singapore@luther-lawfirm.com

Ihren lokalen Ansprechpartner finden Sie auf unserer Homepage unter [www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com)

[www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com)

Die Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther gehört dem internationalen Kanzleiverbund PMLG und Taxand, dem weltweiten Netzwerk unabhängiger Steuerberatungspraxen, an.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Nürnberg, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai, Singapur

