

**WIDERRUFSRECHT GEGENÜBER VERSANDAPOTHEKEN
(SEITE 1)**

Annette Lieb, LL.M.
Rechtsanwältin

**AM 01.01.2008 IST DIE NEUFASSUNG DES VERSICHERUNGSVERTRAGSGESETZES (VVG) IN KRAFT GETRETEN
(SEITE 3)**

Annette Lieb, LL.M.
Rechtsanwältin

**DAS NEUE GMBH-RECHT
(SEITE 4)**

Dr. Klaus Lieb
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht



**SCHWARZSTAUBABLAGERUNGEN IN DER MIETWOHNUNG („FOGGING“) INFOLGE VERTRAGSGEMÄSSEN GEBRAUCHS DURCH DEN MIETER
BGH URTEIL VOM 28.05.2008 – VIII ZR 271/07
(SEITE 10)**

Dr. Rupert Weinzierl
Rechtsanwalt

**MÄNGELRÜGE UNBERECHTIGT: WERKLOHNANSPRUCH FÜR TROTZDEM DURCHFÜHRTE MÄNGELBESEITIGUNG
(SEITE 11)**

Stefan Förtsch
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Widerrufsrecht gegenüber Versandapotheken

Internetapotheken erfreuen sich großer Nachfrage bei den Verbrauchern. Die Bestellung von Arzneimitteln von zu Hause ist bequem, die Rechnung muss erst mit Erhalt der Ware gezahlt werden. Auch wenn mittlerweile durch Gesetzgebung und Rechtsprechung entscheidende Weichen für den Internetapothekenhandel gestellt worden sind, sind die rechtlichen Grenzen und Bedingungen des Arzneimittelversands noch längst nicht abschließend geklärt, so etwa auch die Frage, ob ein Verbraucher den Bezug von Arzneimitteln gegenüber dem Apotheker widerrufen und den Arzneimittelkauf rückgängig machen kann. Von Internetapotheken werden dazu zum Teil unterschiedliche Ausschlussregelungen in den AGBs getroffen.

Nach einem Urteil des Amtsgericht Köln, das bereits am 31.05.2007 (Az.: 111 C 22/07) ergangen ist, soll Verbrauchern beim Bezug apothekenpflichtiger Arzneimittel über Internetapotheken ein Widerrufsrecht nach § 312d Absatz 1 BGB zustehen. Es hatte über einen Fall zu entschei-

den, in welchem eine Versandapotheke in ihren AGB einen Widerruf von Arzneimittelverkäufen explizit ausgeschlossen hatte.

Ein genereller Ausschluss des gesetzlichen Widerrufsrechts § 312d Abs. 1 BGB ist unwirksam (§ 312 f BGB). Zulässig ist aber die Einschränkung durch gesetzliche Ausnahmetatbestände, auf die der Versandhandel hinweisen muss, wenn er sich auf diese beruft. Die Informierung durch AGB ist möglich.

Bei individuell hergestellten Rezeptur Arzneimitteln, wie auch bei Fertigarznei kommt grundsätzlich ein Ausschluss nach § 312d Abs. 1 Nr. 1 BGB (Lieferung von Waren, die nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind oder die aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind oder schnell verderben können oder deren Verfallsdatum überschritten wurde) in Betracht.

Das Amtsgericht Köln entschied jedoch, dass ein Widerruf nach § 312d Abs. 4 BGB bei Fertigarzneimitteln nicht wirksam ausgeschlossen werden könne.

Dieses verbraucherfreundliche Ergebnis gibt einigen Anlass zu Kritik:

Nach dem Regelungszweck des § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB ist von gewissen Missbrauchsmöglichkeiten und unbilligen Härten für den Verkäufer auszugehen, wenn die zurückgesandte Ware praktisch nicht mehr verkäuflich ist, sei es aufgrund der tatsächlichen Beschaffenheit oder der dem Produkt anhaftenden spezifischen Vertriebsvorschriften. Beides kommt bei Arzneimitteln in Betracht!

Eine Rücksendung als Gegenstand ist zwar auch bei Fertigarzneimitteln grundsätzlich möglich. Die Entscheidung lässt allerdings die Besonderheiten des Arzneimittel- und Apothekenrechts unberücksichtigt. Nicht geprüft wurde, ob eine erneute Abgabe des zurückgenommenen Arzneimittels an andere Kunden überhaupt zulässig ist. Eine gesetzliche Regelung, die eine erneute Abgabe zurück gegebener Arzneimittel generell ausschließt, besteht zwar nicht, Arzneimittel unterliegen aber gewissen Vorgaben und Sicherheitsvorschriften, die aus praktischen Gründen oder ihrem gesetzli-

chen Zweck gegen die erneute Abgabe sprechen.

Solange der Gesetzgeber keine positive Regelung zur erneuten Abgabe von Arzneimitteln im Widerrufsfall trifft, ist wohl grundsätzlich von einem Abgabeverbot auszugehen, das einen Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312d Abs. 4 Nr.1 BGB rechtfertigt. Ob dieses Einzelurteil des Amtsgericht Köln künftig „Schule“ macht, bleibt daher abzuwarten.

Der Apotheker unterliegt aber nach § 312c BGB der Informationspflicht und macht sich schadensersatzpflichtig, wenn er auf den Ausschluss des Widerrufsrechts nicht ordnungsgemäß hingewiesen hat. Der Verbraucherschutz geht somit nicht verloren, da der Verbraucher – vorausgesetzt, er wurde ordnungsgemäß informiert – die Wahl hat, ob er den bequemen Weg über das Internet wählt oder nicht doch den Präsenzapotheker seines Vertrauens aufsucht.

Kennen Sie schon unser Medizinrechtsportal www.med-ius.de ? In der Sparte „Fachartikel“ ist auch dieser Beitrag, über den wir hier nur in der gebotenen Kürze informieren können, mit ausführlicheren Hinweisen zu finden.

Annette Lieb, LL.M.
Rechtsanwältin

**Am 01.01.2008 ist die Neufassung
des Versicherungsvertragsgesetzes
(VVG) in Kraft getreten**

Das neue VVG soll für mehr Transparenz gegenüber der Versicherungsgesellschaft sorgen und sieht unter anderem verstärkte Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten gegenüber dem Versicherungsnehmer vor.

Die Versicherungen sind nun verpflichtet, schon vor Antragsstellung des Versicherungsnehmers alle Verbraucherinformationen durch Aushängung der Vertragsbestimmungen zu erteilen. Der Versicherungsnehmer ist umfassend zu beraten. Dies geht soweit, dass Wünsche und Bedürfnisse des Kunden zu erfragen sind. Die Beratungspflicht erstreckt

sich über die gesamte Vertragslaufzeit.

Gleichzeitig ist der Versicherer zur Dokumentation des Beratungsgesprächs angehalten, von der nur dann abgesehen werden kann, wenn auf eine Beratung verzichtet wurde.

Während bislang der Versicherungsnehmer selbst bei leicht fahrlässiger Verletzung seiner vor dem Versicherungsfall zu erfüllenden Obliegenheit den Versicherungsschutz verlieren konnte, erfolgt nunmehr hinsichtlich des Verschuldensgrades eine Abstufung. Bei leichter Fahrlässigkeit bleibt der Versicherungsschutz voll bestehen. Bei grober Fahrlässigkeit erfolgt eine Quote- lung, bei Vorsatz ist der Versicherer leistungsfrei.

Der Versicherungsnehmer muss vor Vertragsschluss nur noch die Umstände anzeigen, nach denen der Versicherer in Textform gefragt hat. Hiermit wird dem bislang bestandenen Risiko der Fehleinschätzung begegnet, das der Versicherungsnehmer zu tragen hatte, wenn es um bestimmte Umstände für das versi-

cherte Risiko ging, deren Erheblichkeit nicht leicht einzuordnen ist.

Der Versicherer kann nur noch im Falle einer grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Anzeigepflichtverletzung den Rücktritt erklären. Die vorvertragliche Anzeigepflicht endet mit Antragstellung.

Für Altverträge (Versicherungsverträge die einschließlich zum 31.12.2007 abgeschlossen wurden) gibt es Übergangsfristen. Tritt bis zum 31.12.2008 ein Versicherungsfall ein, bleibt das alte VVG anwendbar. Für Versicherungsfälle ab dem 01.01.2009 gilt dann das neue VVG.

Die Versicherungen haben zudem bis zum 01.01.2009 Zeit, ihre bisherigen Allgemeinen Versicherungsbedingungen an das neue VVG anzupassen, soweit ihre Bestimmungen von den Vorschriften des VVG abweichen.

Änderungen sind gegenüber dem Versicherungsnehmer allerdings nur dann wirksam, wenn sie dem Versicherungsnehmer unter Kenntlichmachung der Unterschiede in Textform bis spätestens 30.11.2008 mitgeteilt werden. Der Versicherer ist hierfür beweispflichtig. Kann er den

Zugang der Änderungen nicht nachweisen, kann er sich nicht auf die neue Regelung berufen und die ursprüngliche Regelung bleibt unwirksam.

Annette Lieb, LL.M.
Rechtsanwältin

Das neue GmbH-Recht

Das Bundeskabinett hat am 23.05.2007 den Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) beschlossen. Das Gesetz beinhaltet die größte GmbH-Reform seit Einführung des Gesetzes im Jahre 1892. Das Gesetzgebungsverfahren soll im Verlaufe des Jahres 2008 abgeschlossen sein. Ursache für die geplante Gesetzesänderung sind zum einen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, die die Niederlassungsfreiheit für alle Gesellschaften in allen EU-Staaten beinhalten. Nach dem bisherigen Recht ist es einer GmbH nicht gestattet, den Sitz in Deutschland zu belassen und die Verwaltung ins Ausland zu verlegen. Zum anderen soll mit dem Gesetz der Gefahr vorgebeugt werden, dass inländische Gründer auf

stammkapitalfreie ausländische Gesellschaften, etwa der Limited ausweichen, wenn das inländische Recht nicht vergleichbare Rechtsformen bereithält. Schließlich will das neue GmbH-Recht den Gläubigerschutz ausbauen.

1. Sitz der Gesellschaft

Derzeit ist der satzungsmäßige Sitz entweder am Ort der Verwaltung oder einer Betriebsstätte zu nehmen. Nach dem künftigen Recht muss der Verwaltungssitz nicht mehr notwendig mit dem Sitzungssitz übereinstimmen. Damit können beispielsweise ausländische Tochtergesellschaften künftig in der Rechtsform der GmbH geführt werden. Freilich müssen Gesellschaften mit einem Auslandssitz zumindest eine inländische Geschäftsanschrift im Register anmelden und tatsächlich unterhalten.

2. Stammkapital, Geschäftsanteile

Nach dem Gesetzesentwurf wird das Mindeststammkapital von bislang € 25.000,00 auf € 10.000,00 herabgesetzt.

Der Nennbetrag des Geschäftsanteils beträgt nach dem neuen Recht mindestens einen Euro. Die bisherige Teilbarkeitsregel, wonach ein Geschäftsanteil durch 50 dividierbar sein muss, wird gestrichen. Mit Hilfe dieser Änderungen wird die Teilung und Abtretung von Geschäftsanteilen deutlich erleichtert.

Ferner wird das Verbot der Übernahme mehrerer Stammeinlagen bei Gründung aufgehoben. Dies soll die Übertragung von Geschäftsanteilen an Dritte erleichtern.

3. Gründung ohne notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags

Der Abschluss eines GmbH-Gesellschaftsvertrages bedarf nach derzeitigem Recht ausnahmslos der notariellen Beurkundung. Dieser Formzwang wird für Gesellschaftsgründer gelockert, die sich der dem Gesetz beigefügten Mustersatzung bedienen. Die Gesellschafter haben den Namen der Firma, das Stammkapital, die Nennbeträge der Geschäftsanteile sowie den Unternehmensgegenstand zu bestimmen. Jede weitere Modifizierung macht die notarielle Beurkundung zur Ver-

meidung der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages erforderlich.

Die Gründung ohne notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages setzt weiter voraus, dass es sich um eine Bargründung handelt und maximal drei Gesellschafter beteiligt sind.

4. Schnellerer Registereintrag

Nach dem neuen Gesetz hängen Anmeldung und Eintragung der GmbH beim Betrieb eines staatliche Genehmigung voraussetzenden Unternehmensgegenstandes (z. B. Bauträger, Gaststättenbetrieb) nicht mehr davon ab, dass die Genehmigungsurkunde bei der Eintragung im Register vorliegt.

Auch die Gründungsprüfung durch das Registergericht soll vereinfacht werden. Nachweise zum ordnungsgemäß eingebrachten Kapital sind nur bei erheblichem Zweifel zu erbringen. Bei Sacheinlagen beschränkt sich die Kontrolle des Registergerichts darauf, ob Sacheinlagen nicht unwesentlich überbewertet wurden. Die Prüfung hat sich dabei auf die Plausibilitätskontrolle zu beschränken.

5. Geschäftsanschrift

Das neue Recht verlangt als zusätzliches Erfordernis nunmehr stets die Mitteilung einer inländischen Geschäftsanschrift. Über die erstmalige Anmeldung hinaus ist die Anschrift ständig zu aktualisieren. Dies erleichtert die Zustellung von Schriftstücken. Ist die GmbH führungslos, kann nach dem neuen Gesetz die Zustellung auch an einen Gesellschafter erfolgen.

6. Unternehmergesellschaft („deutsche Limited“)

Zur Vermeidung einer Flucht in die Limited gestattet das neue Recht die Gründung einer mit einem geringeren Stammkapital als € 10.000,00 ausgestatteten Unternehmergesellschaft. Die Unternehmergesellschaft kann mit einem Kapital von einem Euro bis € 9.999,00 gegründet werden. Die Einbringung von Sacheinlagen ist hier verboten. Die Gründung einer solchen Unternehmensgesellschaft kann sich etwa zur Durchführung eines einzelnen, besonders riskanten Geschäfts empfehlen. Zur Stärkung der Eigenkapitalausstattung hat die Unternehmergesellschaft allerdings eine

gesetzliche Rücklage in Höhe von einem Viertel des Jahresüberschusses zu bilden. Eine Begrenzung der Rücklagenbildung nach Erreichen des Mindeststammkapitals von € 10.000,00 sieht das Gesetz bislang nicht vor. Wird der Gewinn entgegen der Rücklageverpflichtung ausgeschüttet, begründet der Gesetzesverstoß Rückzahlungsansprüche gegen die Gesellschafter. Auch der Geschäftsführer macht sich durch eine Mitwirkung an der Auszahlung schadensersatzpflichtig.

7. Kapitalaufbringung

Nach bisheriger Rechtsprechung ist in den Konstellationen einer Hin- und Herzahlung, wenn also der Einlagebetrag als Darlehen an den Gesellschafter zurückfließt, die Einlagepflicht nicht erfüllt, weil es an einer Zahlung zur endgültig freien Verfügung des Geschäftsführers fehlt. Nach dem neuen Recht soll die Einlageschuld trotz der Hin- und Herzahlung bereits mit der Hinzahlung erfüllt sein, wenn der Zahlungsanspruch gegen den Gesellschafter vollwertig ist. Folglich ist eine Verwendungsabrede, die wirtschaftlich eine Rückgewähr der Einlageleistung an den Gesellschafter bedeu-

tet, unter dem Blickwinkel der Kapitalaufbringung und –erhaltung künftig unschädlich. Die neue Regelung gilt auch für in der Vergangenheit liegende Sachverhalte, über die noch keine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung ergangen ist.

Das neue GmbH-Recht kehrt damit zu einer rein bilanziellen Betrachtungsweise zurück. Folglich sind Vermögensabflüsse aus dem Stammkapital, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückerstattungsanspruch gegen den Gesellschafter aufgewogen werden, zulässig. Maßgeblich für die Bewertung der Vollwertigkeit des Gegenleistungsanspruchs ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Rückzahlung an den Gesellschafter. Spätere nicht vorhersehbare negative Entwicklungen der Forderung gegen den Gesellschafter und bilanzielle Abwertungen führen nicht nachträglich zu einer verbotenen Auszahlung.

Die bisher geltenden Rechtsprechungsregeln zur Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Darlehens werden aufgegeben. Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen wird künftig auf eine rein insolvenz-

und anfechtungsrechtliche Basis gestellt. In der Insolvenz sind die Gesellschafterdarlehen nachrangig, ihre Rückzahlung im Vorfeld der Insolvenz kann nicht angefochten werden.

8. Änderungen der Insolvenzordnung

Nach neuem Recht ist jedes Gesellschafterdarlehen auch bei fehlendem Rangrücktritt bei Eintritt der Insolvenz nachrangig zu befriedigen. Der Nachrang von Gesellschafterforderungen gilt rechtsformneutral für alle Gesellschaften, die keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter haben (GmbH, AG, Genossenschaft, KGaA sowie KG und oHG).

Die Insolvenzanfechtung von Gesellschafterdarlehen wird in § 135 InsO geregelt. Danach sind Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen in dem fraglichen Zeitraum von einem Jahr unabhängig von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stets anfechtbar. Ferner werden Rechtshandlungen für die Dauer von zehn Jahren anfechtbar gestellt, durch die ein außenstehender Dritter für eine Forderung gegen die GmbH

Befriedigung erlangt hat, falls ein Gesellschafter für die Forderung eine Sicherheit eingegangen war. In diesem Fall richtet sich der Erstattungsanspruch gegen den durch die Leistung von Sicherheit freigeordneten Gesellschafter.

Im Falle der Führungslosigkeit einer Gesellschaft wird der einzelne Gesellschafter verpflichtet, im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft einen Insolvenzantrag zu stellen, sofern er positive Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit bzw. der Überschuldung und der Führungslosigkeit der Gesellschaft besitzt.

9. Gesellschafterliste

Nach dem neuen Recht hat der Geschäftsführer bei jeder Änderung im Gesellschafterbestand eine neue von ihm unterschriebene Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Sofern der Notar an einer Änderung der Beteiligungsverhältnisse mitwirkt, hat er für die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste Sorge zu tragen.

Die Eintragung und Aufnahme der Liste in das Handelsregister sind

auch nach neuem Recht keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Erwerb eines Gesellschaftsanteils. Allerdings ist der neue Gesellschafter ohne Eintragung in die Gesellschafterliste außerstande, seine Mitgliedschaftsrechte in der GmbH auszuüben. Die Liste stellt somit den alleinigen Legitimationsausweis für die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte dar.

Abweichend vom bisherigen Rechtszustand ermöglicht das neue Gesetz den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen. Das Vertrauen in die Richtigkeit der Gesellschafterliste ist dann nicht geschützt, falls die Unrichtigkeit dem wahren Rechtsinhaber nicht zurechenbar und die Liste hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig ist.

10. Haftung des Geschäftsführers

Das neue Gesellschaftsrecht verschärft die Haftung des Geschäftsführers. Im Besonderen zu nennen sind:

- Einreichung fehlerhafter Gesellschafterliste,
- Leistungen aus Stammkapital an Gesellschafter,
- Verursachung der Zahlungsunfähigkeit,
- Intransparenzhaftung.

Zur Insolvenzverursachungshaftung ist anzumerken, dass der Geschäftsführer aufgrund der Neufassung des § 64 Satz 3 GmbH außerdem für Zahlungen an Gesellschafter haften soll, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dass dies aus Sicht eines sorgfältigen Geschäftsführers nicht erkennbar war. Die Ersatzpflicht setzt selbstverständlich die Kausalität der Handlung für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit voraus. Hier wird gefordert, dass sich mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 % klar abzeichnet, dass die Gesellschaft unter normalem Verlauf der Dinge ihre Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann.

Die vom Bundesrat angeregte Intransparenzhaftung begründet eine Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers gegenüber Gläubigern bei schwerwiegenden Verstößen gegen die Pflicht zur unternehmensinternen Dokumentation von

Geschäftsvorgängen, insbesondere bei gänzlichem Fehlen oder schwerer Mangelhaftigkeit der vorhandenen Buchführung (Waschkorbblage).

Dr. Klaus Lieb
Rechtsanwalt
FA für Handels- und Gesellschaftsrecht

**Schwarzstaubablagerungen in der Mietwohnung ("Fogging") infolge vertragsgemäßen Gebrauchs durch den Mieter
BGH Urteil vom 28.05.2008 – VIII ZR 271/07**

Die Klägerin ist Mieterin einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus der Beklagten in Berlin. In der Wohnung traten Ende 2002 plötzlich sog. Schwarzstaubablagerungen ("Fogging") auf. Diese beschränkten sich zunächst auf die Küche, das Bad und die Zimmer der Wohnung und waren lediglich in geringem Umfang vorhanden.

Bis Februar 2003 verbreiteten sich die Ablagerungen auf sämtliche Decken und Wände der klägerischen Wohnung. Die Klägerin forderte die Beklagten erfolglos zur Beseitigung der Verfärbungen auf. Mit der Klage vor dem Amtsgericht Schöneberg verlangte die Klägerin

sodann die Zahlung eines Vorschusses für die Kosten der Beseitigung der Schwarzverfärbungen in Höhe von € 5.423,00. Dieser Betrag entsprach dem Kostenvoranschlag durch einen Fachbetrieb.

Das Amtsgericht hat die Klage mit Urteil vom 19. September 2006 abgewiesen (Az.: 11 C 303/03). Auf die Berufung der Klägerin hat das Landgericht Berlin die Beklagten mit Urteil vom 14. September 2007 (Az.: 63 S 359/06) antragsgemäß verurteilt.

Der unter anderem für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten zurückgewiesen. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass der Klägerin ein Anspruch auf Vorschuss in Höhe der voraussichtlich zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten zusteht. Das Berufungsgericht hat in den plötzlich aufgetretenen Verfärbungen zu Recht einen Mangel der Mietsache im Sinne des § 536 BGB gesehen. Dessen Beseitigung schulden die Beklagten als Vermieter gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB unabhängig davon, ob die Ursache des Mangels in ihrem eigenen oder

im Gefahrenbereich der Klägerin zu suchen ist.

Anders wäre es nur dann, wenn die Klägerin die Entstehung des Mangels zu vertreten hätte. Das ist hier jedoch nicht der Fall. Nach dem vom Landgericht Berlin eingeholten Sachverständigengutachten kommen als Ursache der Ablagerungen zwar lediglich Maßnahmen der Klägerin in Betracht, nämlich die Ausstattung der Wohnung mit einem handelsüblichen Teppich, das Streichen der Wände mit handelsüblicher Farbe und das Reinigen der Fenster im Winter. Diese Maßnahmen stellen sich jedoch sämtlich als vertragsgemäßer Gebrauch der Mietsache dar, dessen Folgen der Mieter nicht zu vertreten hat (§ 538 BGB).

Quelle: Pressemitteilung des BGH Nr. 98/08 vom 28.05.2008

Dr. Rupert Weinzierl
Rechtsanwalt

Mängelrüge unberechtigt: Werklohnanspruch für trotzdem durchgeführte Mängelbeseitigung

Sachverhalt

Der Auftragnehmer (AN) verlangt vom Auftraggeber (AG) Vergütung für durchgeführte Arbeiten wegen unberechtigter Mängelrüge. Der AG beauftragte den AN als Subunternehmer mit der Lieferung und Montage von Sonnenschutzanlagen. Nach Abnahme rügte der Bauherr Mängel. Die Mängelrüge leitete der AG an den AN weiter. Dieser erklärte sich bereit, berechnete Gewährleistungsansprüche zu erfüllen. Gleichzeitig wies er daraufhin, dass er seine Kosten in Rechnung stellen werde, sofern es sich nicht um eine berechnete Reklamation handeln sollte. Nach Überprüfung der Anlage stellten Mitarbeiter des AN fest, dass die Anlage mangelfrei erstellt worden war.

Entscheidung

Nach Auffassung des LG Kassel kann ein Unternehmer die für die Untersuchung eines behaupteten Mangels und für die anschließende Mängelbeseitigung anfallenden Aufwendungen ersetzt verlangen.

Vor Tätigwerden muss er ausdrücklich erklären, dass er für den Fall, dass die Mängelursache nicht aus seinem Verantwortungsbereich herrührt, eine Kostenerstattung verlangt. Ferner muss der Unternehmer vor Beginn seiner Tätigkeit unmissverständlich darauf hinweisen und seine Tätigkeit davon abhängig machen, dass im Falle der Feststellung der Mangelfreiheit seines Gewerkes seine Kosten zu erstatten sind. In einem solchen Fall liegt ein konkludenter Abschluss eines Werkvertrages über die Prüfung der Mängelursache vor.

Praxishinweis

Nicht selten kommt es am Bau vor, dass der Unternehmer unberechtigt zur Mängelbeseitigung aufgefordert wird. Die Frage der Vergütungspflicht wird nicht einheitlich beantwortet. Zuletzt entschied der BGH für das Kaufrecht, dass ein unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen eine zum Schadenersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung darstellt. Jedoch muss der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt haben, dass ein Mangel nicht vorliegt. Hier handelt es sich aus Sicht des Unternehmers um ein unsicheres Kriterium. Um einen Vergü-

tungsanspruch sicher durchsetzen zu können, ist dem Unternehmer dringend anzuraten, vor Beginn seiner Arbeiten den AG darauf hinzuweisen, dass er Kostenerstattung verlange, wenn eine mangelfreie Leistung festgestellt wird.

Stefan Förtsch
Rechtsanwalt
FA für Bau- und Architektenrecht

BAUMGARTNER UND KOLLEGEN

/ NÜRNBERGER STRASSE 71
91052 ERLANGEN
FON +49 (0)9131 305300
FAX +49 (0)9131 3053030
WWW.BAUMGARTNER-KOLLEGEN.DE

LIEB. RECHTSANWÄLTE

/ APOTHEKERGASSE 2
91054 ERLANGEN
FON +49 (0)9131 63007 3
FAX +49 (0)9131 63007 77
WWW.LIEB-ONLINE.COM

/ LORENZER STRASSE 31
90402 NÜRNBERG
FON +49 (0)911 2179090
FAX +49 (0)911 21790999
WWW.LIEB-ONLINE.COM