

Rundschreiben 07/2017

Thema: Nacherfüllungsrecht im Kaufrecht / Kauf- und Baurecht

1. Einleitung

Ziel der Neuregelung des Gesetzgebers war es, den Umfang der Haftung des Verkäufers im Bereich der Nacherfüllung der Haftung des Auftragnehmers gegenüber seinem Auftraggeber anzupassen. Auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr sollte der Verkäufer im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs verschuldensunabhängig für Aus- und Einbaukosten haften, die infolge der Lieferung einer mangelhaften Sache entstanden sind. Nach bisherigem Recht wurde trotz gleichen Wortlauts des Gesetzestextes in § 439 BGB a.F.¹ ein Verbraucher als Käufer gegenüber Unternehmern als Käufer bezüglich des Umfangs seines Nacherfüllungsanspruchs aufgrund der Rechtsprechung bevorteilt. Auf die bisherige Rechtslage wird nachfolgend zum besseren Verständnis noch eingegangen.

Diese divergierende Rechtslage zwischen Haftung des Auftragnehmers und Haftung des Verkäufers sowie die Unterscheidung zwischen Unternehmer und Verbraucher als Käufer wird ab 01.01.2018 geändert.

Diese Änderung des § 439 BGB wird flankiert durch eine Anpassung des § 309 BGB, der es vermeiden soll, dass zumindest im Verkehr mit dem Verbraucher durch Verkaufs-AGB's der neue Umfang des Nacherfüllungsrechtes zu Lasten des Käufers beschnitten wird. Ob und inwieweit der Verkäufer durch Anpassung der Verkaufs-AGB's den Nacherfüllungsanspruch modifizieren kann, wird die Rechtsprechung klären müssen.

2. Inkrafttreten der Neuregelung

Die maßgebliche Bestimmung für das Inkrafttreten des neuen gesetzlichen Werkvertragsrechts ist Art. 229 § 39 EGBGB:

Art. 229, § 39 EGBGB

Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren

Auf ein Schuldverhältnis, das vor dem 1. Januar 2018 entstanden ist, finden die Vorschriften dieses Gesetzes, des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung Anwendung.

¹ = alte Fassung bis 31.12.2017

Gemäß der Übergangsvorschrift findet das **neue Recht** Anwendung, wenn der **Vertrag ab dem 01.01.2018 geschlossen** wurde.

Dies bedeutet, dass das Angebot und/oder die Annahme des Kaufvertrages nach dem 31.12.2017 liegen.

Sofern das Angebot vor dem 01.01.2018 dem Vertragspartner zugegangen ist, die Annahme aber erst am 01.01.2018 oder später erfolgt, ist der Vertrag insgesamt erst in 2018 geschlossen worden. Dies bedeutet, das Schuldverhältnis ist nicht vor dem 1. Januar 2018 entstanden, so dass für den gesamten Vertrag die neuen kaufvertraglichen Regelungen gelten.

Liegt sowohl das Angebot als auch die Annahme vor dem 1. Januar 2018, dann findet auf diesen Vertrag noch das alte Kaufvertragsrecht Anwendung.

Folge für die am Beteiligten wird es sein, dass eine zeitlang eine Zweigleisigkeit der Regelungen besteht. Ältere Verträge vor dem 01.01.2018 müssen auch nach dem Stichtag des 01.01.2018 noch nach dem alten Recht behandelt und abgewickelt werden, die neuen Verträge ab 01.01.2018 nach dem neuen Recht.

Die Beteiligten im Handel müssen darauf achten, die richtigen Verhaltensmuster und Regeln auf das entsprechende Vertragsverhältnis anzuwenden.

Diese Übergangsphase wird sich nicht vermeiden lassen. Es ist darauf zu achten den Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses zu dokumentieren, um später Rechtssicherheit zu haben.

Tipp:

Parteien, die vor dem 31.12.2017 ein Angebot abgeben und die Geltung des neuen Rechtes für diesen Vertrag vermeiden wollen, ist dringend anzuraten, eine ausdrückliche Annahmefrist zu setzen, die vor dem 31.12.2017 endet. Damit ist gewährleistet, dass eine verspätete Annahme nicht dazu führt, dass dieser Vertrag ungewollt bereits unter die Neuregelung des BGB fällt.

Käufer werden dazu tendieren, den Vertragsabschluss ins Jahr 2018 zu verschieben, um die käuferfreundlichen Regelungen nutzen zu können.

Verkäufer werden dazu tendieren, den Vertragsabschluss im Jahr 2017 zu erreichen, um keine zusätzlichen Haftungsrisiken einzugehen.

3. Die Neuregelung im Text

Nachfolgend der Wortlaut der neuen gesetzlichen Bestimmungen:

§ 439 BGB – Nacherfüllung

(1) Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

(2) Der Verkäufer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.

(3) Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen. § 442 Absatz 1 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass für die Kenntnis des Käufers an die Stelle des Vertragsschlusses der Einbau oder das Anbringen der mangelhaften Sache durch den Käufer tritt.

(4) Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt.

(5) Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.

§ 445a BGB – Rückgriff des Verkäufers

(1) Der Verkäufer kann beim Verkauf einer neu hergestellten Sache von dem Verkäufer, der ihm die Sache verkauft hatte (Lieferant), Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Verhältnis zum Käufer nach § 439 Absatz 2 und 3 sowie § 475 Absatz 4 und 6 zu tragen hatte, wenn der vom Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorhanden war.

(2) Für die in § 437 bezeichneten Rechte des Verkäufers gegen seinen Lieferanten bedarf es wegen des vom Käufer geltend gemachten Mangels der sonst erforderlichen Fristsetzung nicht, wenn der Verkäufer die verkaufte neu hergestellte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen musste oder der Käufer den Kaufpreis gemindert hat.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.

(4) § 377 des Handelsgesetzbuchs bleibt unberührt.

§ 445b BGB – Verjährung von Rückgriffsansprüchen

(1) Die in § 445a Absatz 1 bestimmten Aufwendungsersatzansprüche verjähren in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache.

(2) Die Verjährung der in den §§ 437 und 445a Absatz 1 bestimmten Ansprüche des Verkäufers gegen seinen Lieferanten wegen des Mangels einer verkauften neu hergestellten Sache tritt frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Verkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat. Diese Ablaufhemmung endet spätestens fünf Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem der Lieferant die Sache dem Verkäufer abgeliefert hat.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.

§ 309 BGB – Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit

[...]

8. (Sonstige Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzung)

[...]

b) (Mängel) eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen

[...]

cc) (Aufwendungen bei Nacherfüllung) die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen nach § 439 Abs. 2 und 3 oder § 635 Abs. 2 zu tragen oder zu ersetzen;

[...]

4. Inhalt der Neuregelung

4.1. Bisherige Rechtslage

Vielfach stellte sich die Frage, **welche Aufwendungen der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung zu tragen hat, § 439 Abs. 2 BGB, a. F.**

Umstritten war der Umfang des Nacherfüllungsanspruchs. Dazu schienen nach dem Wortlaut des Gesetzes alle erforderlichen Aufwendungen zu gehören. Die Aufzählung war im Gesetz beispielhaft („insbesondere“). Dazu gehörte auch der Aufwand zum Auffinden der Ursache², Sachverständigengutachten und Rechtsanwaltskosten³, Transport- und Versandkosten⁴.

Bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache stellte sich aber die Frage, wer den Ausbau der mangelhaften Kaufsache und den Einbau der fehlerfreien Sache vornehmen muss bzw. wer die Kosten zu tragen hatte.

Diese alltägliche Problematik war in der Literatur umstritten und ging zurück auf die Dachziegel-Entscheidung des BGH⁵, war Gegenstand mehrerer sog. Fliesen-Entscheidungen der OLG⁶ und war durch die Parkettstäbe-Entscheidung des BGH⁷ teilweise höchstrichterlich entschieden worden. Auch die neueste BGH-Entscheidung⁸ zu dem Problem brachte jedenfalls im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs für die Praxis noch keine endgültige Klarheit, da der BGH die Frage der richtlinienkonformen Auslegung des § 439 Abs. 3 BGB a.F. dem EuGH vorgelegt hatte.

Der EuGH hatte mit Urteil vom 16.06.2011, Aktenzeichen Rs. C-65/09 entschieden:

Artikel 3 Abs. 2, 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 99/44/EG ist dahin auszulegen, dass, wenn der vertragsgemäße Zustand eines vertragswidrigen Verbrauchsguts, das vor Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gem. seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, durch Ersatzlieferung hergestellt wird, der Verkäufer verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind. Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen.

Der Sachverhalt war wie folgt:

Ein Bauherr hatte für € 1.382,27 polierte Bodenfliesen bei einem Händler gekauft. Nachdem 2/3 der Fliesen in seinem Haus verlegt waren, wurden auf deren Oberfläche Schattierungen festgestellt. Eine Abhilfe ist nur durch einen Austausch der Fliesen möglich. Das OLG hatte dem Bauherrn unter anderem € 2.122,37 für Ausbau und Entsorgung der mangelhaften Fliesen zugesprochen. Der Händler wehrt sich im Rahmen der Revision gegen diese Entscheidung. Der BGH war der Ansicht, dass diese Kosten nach Deutschem Recht im Rahmen der Nacherfüllung nicht verlangt werden können.

² BGH NJW 1991, 1604 für die Altfassung § 476 BGB

³ BGH NJW-RR 1999, 813

⁴ BGH NJW 2011, 2278

⁵ BGHZ 87, 104

⁶ OLG Karlsruhe ZGS 2004, 432; OLG Köln NJW-RR 2006, 607; OLG Frankfurt RÜ 2008, 352

⁷ BGH, Urt. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, RÜ 2008, 549

⁸ BGH, Beschl. v. 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, RÜ 2009, 142

Weil der BGH Bedenken im Hinblick auf einen etwaigen Anspruch aus Artikel 3 Abs. 2, 3, Verbrauchsgüterkaufrichtlinien 99/44/EG hatte, wurde mit Beschluss vom 14.01.2000 die Frage dem EuGH vorgelegt.

Der EuGH hatte mit Urteil vom 16.06.2011 entschieden, dass § 439 BGB a.F. aufgrund der Europäischen Verbrauchsgüterrichtlinie abweichend auszulegen ist.

Sofern ein Verbraucher als Käufer eine Ware im guten Glauben an ihre Mangelfreiheit gem. ihrer Art und ihres Verwendungszwecks einbaute und feststellen musste, dass diese Ware mangelhaft war, stand ihm ein verschuldensunabhängiger Nacherfüllungsanspruch zu, der sowohl die Kosten des Aus- als auch Einbaus umfasste.

Der EuGH argumentierte, dass wenn im Falle der Ersatzlieferung der Verkäufer die Aus- und Einbaukosten nicht tragen müsste, würden dem Verbraucher zusätzliche Kosten entstehen, die er bei ordnungsgemäßer Erfüllung durch den Verkäufer nicht hätte tragen müssen. Die Ersatzlieferung würde dann entgegen Artikel 3 Abs. 2, 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinien 99/44/EG weder unentgeltlich noch ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen. Die Übernahme der Kosten durch den Verkäufer entsprach dem Zweck der Richtlinie, einen hohen Verbraucherschutz zu gewährleisten. Dieser würde unterlaufen, wenn der Nacherfüllungsanspruch sich lediglich auf die Lieferkosten beziehen würde. Deshalb war § 439 BGB a.F. richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass Aus- und Einbaukosten „zum Zwecke der Nacherfüllung erforderliche Aufwendungen“ sind.

Die Rechtsprechung des EuGH wurde durch den BGH umgesetzt. Die Leitsätze der Entscheidung lauteten⁹:

1. *§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die dort genannte Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ auch den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache erfasst (im Anschluss an EuGH ... NJW 2011, 2269...).*
2. *Das in § 439 Abs. 3 S. 3 BGB dem Verkäufer eingeräumte Recht, die einzig mögliche Form der Abhilfe wegen (absolut) unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern, ist mit Art. 3 der Richtlinie nicht vereinbar... . Die hierdurch auftretende Regelungslücke ist bis zu einer gesetzlichen Neuregelung durch eine teleologische Reduktion des § 439 Abs. 3 BGB für Fälle des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 1 BGB) zu schließen. Die Vorschrift ist beim Verbrauchsgüterkauf einschränkend dahingehend anzuwenden, dass ein Verweigerungsrecht des Verkäufers nicht besteht, wenn nur eine Art der Nacherfüllung möglich ist oder der Verkäufer die andere Art der Nacherfüllung zu Recht verweigert.*
3. *In diesen Fällen beschränkt sich das Recht des Verkäufers, die Nacherfüllung in Gestalt der Ersatzlieferung wegen unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern, auf das Recht, den Käufer bezüglich des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache und des Einbaus der als Ersatz gelieferten Kaufsache auf die Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrags zu verweisen. Bei der Bemessung dieses Betrags sind der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen. Zugleich ist zu gewährleisten, dass durch die Beschränkung auf eine Kostenbeteiligung des Verkäufers das Recht des Käufers auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten nicht ausgehöhlt wird.*

Es wurde dann noch längere Zeit kontrovers diskutiert, ob diese Rechtsprechung des BGH auch im unternehmerischen Verkehr gilt. Der BGH hat diesen Meinungsstreit zu Lasten des

⁹ BGH Urteil vom 21.12.2011 – VIII ZR 70/08

Käufers, der Unternehmer ist, entschieden. Nach Auffassung des BGH war zwischen dem Käufer als Verbraucher und dem Käufer als Unternehmer zu differenzieren¹⁰.

Im Ergebnis war die bisherige Rechtslage dadurch gekennzeichnet:

Der Verkäufer hat seine Pflicht zur Nacherfüllung erfüllt, wenn er mangelfreies Material nachliefert. Die Aus- und Einbaukosten muss dagegen der Verkäufer nur übernehmen, wenn der Käufer ein „Verbraucher“ ist, nicht jedoch wenn der Käufer ein Unternehmer ist.

Der Aus- und Wiedereinbau wird vom Nacherfüllungsanspruch nach § 439 Abs. 1 BGB a.F. dann nicht umfasst, wenn es sich bei dem Vertrag nicht um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 Abs. 1 BGB handelt, sondern um einen Kaufvertrag im geschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmern oder im privaten Bereich zwischen Verbrauchern.

Lediglich, wenn der Verkäufer den Mangel zu vertreten hatte, was im Zwischenhandel kaum der Fall war, waren diese Aufwendungen im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs erstattungsfähig.

Im Ergebnis trug der Verkäufer bei mangelhaftem Material kein Risiko der wirtschaftlich nicht unbedeutenden Ein- und Ausbaukosten, es sei denn der Käufer war Verbraucher.

4.2. Die neue Rechtslage

Nach der neuen Rechtslage wird die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers erheblich ausgeweitet. Diese Ausweitung hat auch wirtschaftliche Bedeutung, da meistens Ein- und Ausbaukosten höher sind als der Preis des mangelhaften Materials selbst.

Gemäß § 439 Abs. 3 BGB ist die Haftung für Aus- und Einbaukosten davon abhängig, dass der Kaufgegenstand **eingebaut** bzw. **angebracht** wurde. Die Formulierung „Anbringen“ wurde vom Gesetzgeber bewusst gewählt, um auch Sachverhalte zu erfassen, in denen die Kaufsache nicht klassisch „eingebaut“ wurde.

Beispiel:

Anbringen von Dachrinnen, Leuchten oder ähnlichem und zum Zweck der Nacherfüllung abzuschleifende, erneut anzubringende mangelhafte Farben und Lacke¹¹.

Im Ergebnis werden davon Sachverhalte erfasst, in denen der Kaufgegenstand mit anderen Sachen in vergleichbarer Weise, wie bei einem Einbau, verbunden wird.

Gem. § 439 Abs. 3 Satz 1 BGB wird zudem ein Einbau oder ein Anbringen der mangelhaften Sache gem. „**ihrer Art und ihrem Verwendungszweck**“ verlangt. Nach der Begründung ist der art- und verwendungszweckmäßige Einbau (bzw. das Anbringen) der Sache grundsätzlich objektiv zu beurteilen. Diese Terminologie verdeutlicht, dass die Änderung nicht nur Sachverhalte im Bauvertragsrecht betrifft, sondern generell im Kaufrecht Anwendung findet. Der Gesetzgeber hat über den eigentlichen Anlass der Reform hinaus, d.h. den „Bausachverhalten“, bei denen besonders das Handwerk auf den Aufwendungen der Ein- und Ausbaukosten sitzen geblieben ist, allgemein eine kaufrechtliche Regelung getroffen, was dem Handel bewusst werden muss.

Die ähnlich klingende Formulierung des § 439 BGB ist nicht zu verwechseln mit der Bestimmung des § 438 Abs. 1 Nr. 2b BGB bezüglich der Verjährungsfristen. Danach gibt es statt der 2jährigen Verjährungsfrist eine 5jährige Verjährungsfrist „bei einer Sache, die

¹⁰ BGH Urteil vom 17.10.2012 AZ: VIII ZR 226/11

¹¹ Vgl. BT-Drs. 18/11437, 46

entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat". Dort wurde also bei ähnlich klingender Formulierung eine Ausnahme für „Bauwerke“ geschaffen. Die beiden Normen haben aber unterschiedliche Regelungsinhalte und dürfen nicht miteinander verwechselt werden.

Der Gesetzgeber hat allgemein im Kaufrecht den Umfang des Nacherfüllungsanspruchs ausgeweitet, die Verjährungsvorschriften aber insoweit unberührt gelassen. Dies bedeutet bei Bausachverhalten, wenn die Sache für ein Bauwerk verwendet wurde, gilt eine längere Verjährungsfrist von 5 Jahren. Ist dies nicht der Fall, bleibt es grundsätzlich bei der 2jährigen Verjährungsfrist.

Im Gegensatz zum Werkvertragsrecht hat der Verkäufer im Kaufrecht bei einem mangelhaften Kaufgegenstand **sofort einen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen**. Im Werkvertragsrecht hat der Auftraggeber erst nach einem fruchtlosen Fristablauf zur Nacherfüllung einen auf Geldzahlung gerichteten Mangelanspruch.

Die Mangelbeseitigung kann nach Maßgabe von § 439 Abs. 3 BGB vom Käufer selbst oder von einem vom Käufer bestimmten Dritten durchgeführt werden. Hierbei steht dem Käufer das Wahlrecht zu. Einen Anspruch des Käufers darauf, dass der Verkäufer die Mangelbeseitigung vornimmt, besteht nicht.

Verkäufer sollen nur die **erforderlichen Aufwendungen** des Käufers tragen müssen, was aber praktisch eher kaum haftungsrechtlich einschränkend wirken wird.

Beispiele für mögliche Aufwendungen:

- Anfahrtskosten zum Käufer
- Fehlersuche zur Verifizierung des Mangels
- Ausbau/Demontage der mangelhaften Sache
- Abwicklung des Umtausches gegen eine mangelfrei Sache oder Zurücksendung der mangelhaften Sache (zur Nachbesserung oder zur Rückgabe)
- Anfahrtskosten für den Wiedereinbau (soweit sich der Mangel nicht sofort beheben ließ)
- Anpassung des neu gelieferten mangelfreien Bauteils bzw. des nachgebesserten Bauteils (z. B. Parametrierung oder Programmierung)
- Wiedereinbau/erneute Montage der mangelfreien Sache
- Funktionsproben und Änderung der Dokumentation
- Aufwendungen für die Abwicklung (Sachbearbeitung für die Abwicklung des Mangelgewährleistungsfalles, sonstige Administrationskosten)

Gem. der bisherigen Rechtsprechung¹² wird der Verkäufer auch das „Prognoserisiko“ tragen.

„Der Auftraggeber kann Erstattung der Fremdnachbesserungskosten verlangen, die er als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr im Zeitpunkt der Beauftragung des Dritten für angemessen halten durfte, wobei es sich um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln muss. Hat er sich sachkundig beraten lassen, kann er regelmäßig die Fremdnachbesserungskosten verlangen, die ihm aufgrund dieser Beratung entstanden sind. Das mit der sachkundig begleitenden Beurteilung einhergehende Risiko einer Fehleinschätzung trägt der Auftragnehmer. Dieser hat deshalb die Kosten selbst dann zu erstatten, wenn sich die zur Mängelbeseitigung ergriffenen Maßnahmen im Nachhinein als nicht erforderlich erweisen.“

¹² BGH, Urteil vom 07.03.2013, Az.: VII ZR 119/10

Berücksichtigt man dies, so wird deutlich erkennbar, dass der Begriff der „erforderlichen Aufwendungen“ den Umfang der Nacherfüllung zwar einschränkt, dennoch aber für den Verkäufer risikobehaftet ist.

Tipp Verkäufer:

Verkäufer können das Haftungsrisiko reduzieren, wenn sie die Art- und Verwendungsweise der Kaufsache definieren. Eine abweichende Verwendung würde dazu führen, dass die damit verbundenen Ein- und Ausbaurkosten nicht zu erstatten wären. Der Verkäufer hat es also im Rahmen der eigenen „Produktbeschreibung“ der Kaufsache beispielsweise durch Definition des Verwendungsbereichs oder Verarbeitungshinweisen in der Hand, wenn auch nur begrenzt, das Haftungsrisiko zu steuern.

Tipp Käufer:

1. Käufern ist zu empfehlen, bei möglicherweise abweichender Verwendung dies mit dem Verkäufer zu klären und die Art und Weise der beabsichtigten Verwendung vertraglich festzulegen. Damit setzt sich der Käufer später keinen Diskussionen darüber aus, ob die von ihm vorgenommene Verwendung dem Verwendungszweck entspricht oder nicht. Wenn dieser vertraglich festgelegt wurde, ist der Verkäufer in der Haftung.
2. Käufer sollten ihre Aufwendungen im Eigeninteresse sorgfältig dokumentieren, um eigene Ansprüche auch durchsetzen zu können.

Zusammenfassung in Leitsätzen

1. Die neuen kaufrechtlichen Regelungen gelten nicht nur im Bereich des Baurechts, sondern allgemein im Kaufrecht. Es sei nur an die Anwendungsfelder im Handel und im Maschinenbau erinnert, in denen häufig Einzelkomponenten in andere Produkte bzw. Anlagen eingebaut werden. Dies zeigt auf, dass der verschuldensunabhängige Nacherfüllungsanspruch erhebliche Ein- und Ausbaurkosten verursachen kann.
2. Das erhöhte Haftungsrisiko kann sowohl durch Verkäufer und Käufer im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen, zumindest aber verkäuferseitig bei der Produktbeschreibung „gesteuert“ werden.

Der Gesetzgeber hat in den §§ 445a und 445b BGB eine eigenständige Anspruchsgrundlage geschaffen, um dort die Regressansprüche zu regeln in der „Lieferkette“. Dieser Anspruch gilt nur für neu hergestellte mangelhafte Sachen.

In § 445b Abs. 1 BGB werden eigenständige Verjährungsregelungen für den Aufwendungsersatzanspruch vorgesehen. § 445b Abs. 2 BGB enthält eine die Ansprüche des Käufers gem. §§ 437, 445a Abs. 1 BGB betreffende Ablaufhemmung gem. Satz 2 von 5 Jahren, die ab Ablieferung der Sache durch den Lieferanten an den Verkäufer zu laufen beginnt.

Ziel ist es zu verhindern, dass der Letztverkäufer, der die Ansprüche des Käufers befriedigt, seine Regressansprüche gegen den Lieferanten nicht mehr durchsetzen kann.

Eintreten kann die Verjährung allerdings frühestens 2 Monate nach Erfüllung der Ansprüche des Käufers durch den Verkäufer.

5. Haftungseinschränkungen

Die neue gesetzliche Regelung darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass unabhängig von diesen Regelungen, der Käufer zwei Dinge beachten muss:

- **Verjährungsfristen**
- **kaufmännische Rüge nach § 377 HGB**

5.1. Verjährungsfristen

In 5 Jahren verjähren auch die Ansprüche **wegen des Mangels an einer Sache**, die entsprechend ihrer **üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist** und dessen Mangelhaftigkeit **verursacht** hat. Diese Bestimmung führt zu einschneidenden Änderungen für die Baubranche.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 438 Abs. 1 Satz 2b BGB ist damit zweierlei:

- Die Sache muss zum einen nach ihrer **üblichen Verwendungsweise** für ein Bauwerk verwendet worden sein.

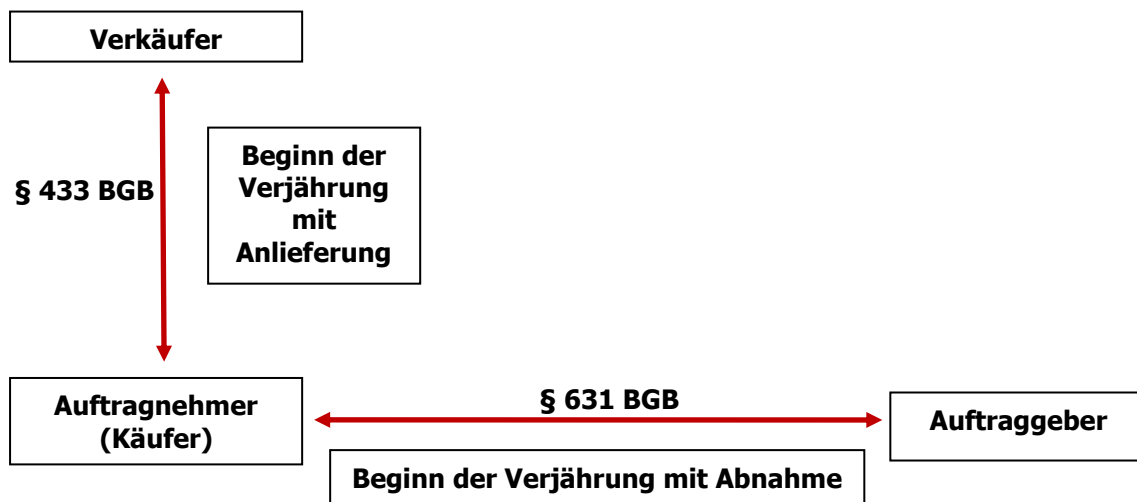
Der Begriff „entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise“ zwingt zu einer objektiven Betrachtungsweise. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Verkäufer im Einzelfall von der konkreten Verwendung Kenntnis hat.

Die Bezugnahme auf die „übliche“ Verwendung bezweckt darüber hinaus eine Beschränkung des Anwendungsbereichs. Nicht erfasst sind Sachen, deren bauliche Verwendung außerhalb des üblichen liegt. Hinsichtlich der Frage, ob eine Sache „für ein Bauwerk verwendet“ worden ist, kann auf die zu der bisherigen § 638 Abs. 1 BGB a. F. entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden. Danach ist ein Bauwerk eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache. Erfasst sind nicht nur Neuerrichtungen, sondern auch Erneuerungs- und Umbauarbeiten an einem bereits errichteten Bauwerk, wenn sie für Konstruktion, Bestand, Erhaltung oder Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind und wenn die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden werden.

- Zum anderen muss die Mangelhaftigkeit der Sache **ursächlich** sein für die Mangelhaftigkeit des Bauwerks.

Liegt der Mangel in der Einbauleistung und nicht in der Fehlerhaftigkeit des Baumaterials, greift die lange Verjährungsfrist nicht.

Grundsätzlich ist somit die Verjährungsfrist für den Auftragnehmer am Bau auch im Verhältnis zum Verkäufer bei 5 Jahren. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass die 5jährige Gewährleistungsfrist des Werkvertragsrechts mit Abnahme beginnt, währenddessen die 5jährige Gewährleistungsfrist im Kaufrecht mit der Anlieferung beginnt. Es gibt somit ein zeitliches Delta, was erheblich sein kann.



Tipp Käufer:

Käufer sollten darauf achten, sowohl die Anlieferung als auch die Abnahme zu dokumentieren, um den jeweiligen Ablauf der Gewährleistungsfristen zu kennen. Ein gewisses zeitliches Delta wird sich nicht vermeiden lassen, da Anlieferung und Abnahme zeitlich nie identisch sein werden. Längere kaufrechtliche Verjährungsfristen für Mängelrechte dürften in der Praxis mit Lieferanten kaum durchsetzbar sein. Wenn möglich, wäre dies eine Lösung. Umgekehrt ist eine Verkürzung der Verjährungsfristen für Mängelrechte beim Auftraggeber zum einen nicht durchsetzbar, zum anderen nur eingeschränkt möglich (Einbeziehung der VOB/B insgesamt im unternehmerischen Verkehr).

5.2. Haftungsausschluss gemäß § 377 HGB

Schon vor der Schuldrechtsreform galt wie beim Kaufvertrag bei einem Werklieferungsvertrag die kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht des § 377 HGB, wenn es sich für beide Vertragsparteien um einen Handelskauf handelte.

Handelsgeschäfte sind nach § 343 HGB alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören. Jedoch enthält § 344 Abs. 1 HGB eine gesetzliche Vermutung, nach der die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig sind. Diese Vermutung gilt zunächst auch dann, wenn der Kaufmann den Gegenstand ausschließlich für rein private Zwecke erwirbt. Will der Käufer - zum Beispiel weil der Verkäufer sich auf die Verletzung der Untersuchungs- und Rügepflicht des § 377 HGB beruft - widerlegen, dass ein Handelsgeschäft vorliegt, muss er nicht nur den Erwerb des Gegenstandes für ausschließlich private Zwecke darlegen und beweisen, sondern darüber hinaus auch, dass die andere Vertragspartei den privaten Charakter des Geschäfts kannte oder kennen musste¹³.

Gegenstand der Untersuchungs- und Rügepflicht**a) Mängel**

Der Mangelbegriff des § 377 HGB umfasst unstreitig Sachmängel im Sinne von § 434 BGB. Hierzu gehören neben dem Fehlen einer vereinbarten Beschaffenheit, der fehlenden Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung oder die gewöhnliche Verwendung, nach § 434 Abs. 2 BGB auch eine unsachgemäß durchgeführte Montage oder, wenn der Verkäufer die Montage nicht selbst schuldet, eine mangelhafte Montageanleitung.

§ 377 Abs. 1 HGB bestimmt, dass der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer zu untersuchen, soweit dies nach ordnungsgemäßigem Geschäftsgang tunlich ist, und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen hat.

Der Begriff "unverzüglich" wird sowohl was den Beginn der Untersuchung angeht als auch den Zeitpunkt der Mängelrüge (Anzeige) entsprechend der Klammerdefinition zur Rechtzeitigkeit der Anfechtung in § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB als "ohne schuldhaftes Zögern" definiert¹⁴.

Die Ablieferung bestimmt zunächst den Beginn der Untersuchungsfrist, jedoch mit der Einschränkung durch das Merkmal der "Tunlichkeit" im ordnungsgemäßen Geschäftsgang. Abgeliefert ist die Ware immer dann, wenn sie dem Käufer übergeben wird, wobei die Erlangung des unmittelbaren Besitzes nicht Voraussetzung für die Ablieferung ist. Es ist ausreichend, dass der Verkäufer die Ware durch einseitige Handlung in Erfüllungsabsicht aus

¹³ BGH, WM 1976, 424, 425; OLG Köln, MDR 1972, 865; Oetker/Koch, HGB, Vor §§ 373 - 381, Rz. 9

¹⁴ MüKo-Grünwald, HGB, 3. Auflage, § 377 Rz. 29; Baumbach/Hopt, HGB, 34. Auflage, § 377 Rz. 23; Oetker/Koch, HGB, § 377 Rz. 61

seiner Verfügungsgewalt entlässt und sie so in den Machtbereich des Käufers gelangt, dass er sie an dem Ort, an dem sie sich dann befindet, untersuchen kann¹⁵.

Hat der Auftraggeber Mängel gerügt und der Auftragnehmer als Nacherfüllung eine neue Sache geliefert, stellt die Übergabe der Ersatzsache eine erneute Ablieferung im Sinne von § 377 Abs. 1 HGB dar, für den Auftraggeber beginnt erneut die Überprüfungs- und Rügefrist¹⁶.

Bei Nacherfüllung durch Mängelbeseitigung (BGB § 439 Abs. 1 1. Alt.), stellt der Abschluss der Nachbesserung die erneute Ablieferung dar, wenn die Mängelbeseitigungsarbeiten im Machtbereich des Auftraggebers erfolgen¹⁷, oder das Zurückbringen der reparierten Sache zum Auftraggeber¹⁸.

b) Umfang der Untersuchung

Die Untersuchung ist so auszurichten, dass Mängel bei einer mit verkehrsüblicher Sorgfalt durchgeführten Überprüfung der Ware sichtbar werden. Es gilt der Standard von § 347 Abs. 1 HGB. Hat sich hinsichtlich Art und Umfang der Untersuchung im jeweiligen Geschäftszweig ein Handelsbrauch oder eine Handelsübung herausgebildet, geben diese das Maß des Untersuchungsumfangs vor; sie können den Käufer aber nicht von jeder Untersuchungsobliegenheit entbinden¹⁹. Wie weit diese Prüfungsobliegenheit geht, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Entscheidend kommt es darauf an, welche Kontrollmaßnahmen technisch möglich, zumutbar und üblich sind, wobei allerdings "branchenübliche Schlampereien" nicht zum Maßstab gemacht werden dürfen²⁰.

Man wird vom Auftraggeber auch erwarten müssen, dass er die Verpackung angelieferter Ware entfernt, um sie insgesamt in Augenschein zu nehmen. Lediglich bei der Lieferung von Massengütern wird die Entnahme von Stichproben, sofern diese repräsentativ sind, für ausreichend gehalten²¹, oder bei Zwischenhändlern, wenn die Ware nur in Originalverpackung weiterverkauft wird²².

Die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nach § 377 HGB trifft auch den Zwischenhändler. Insoweit sind jedoch weniger strenge Anforderungen zu stellen als an einen Verarbeiter. Insbesondere kann die Branchenüblichkeit von Untersuchungen bei Zwischenhändlern anders zu beurteilen sein als die Branchenüblichkeit derselben Untersuchungen desselben Produkts im verarbeitenden Gewerbe²³.

Der Käufer ist zu weitergehenden Untersuchungen verpflichtet, wenn sich bei einer Prüfung der Ware Verdachtsmomente für Mängel ergeben²⁴. Auch wenn zunächst keine über eine Sichtüberprüfung des Materials hinausgehenden Untersuchungen vom Fachunternehmer zu verlangen sind, muss er dann gegebenenfalls auch Laboruntersuchungen durchführen lassen, wenn er aufgrund seiner Inaugenscheinnahme den Verdacht haben muss, die Zusammensetzung des Materials entspreche nicht der vereinbarten Beschaffenheit²⁵.

¹⁵ Oetker/Koch, HGB, § 377 Rz. 7; BGH, NJW 1985, 1333; BGH NJW 2000, 1415

¹⁶ MüKo-Grunewald, HGB, 2. Auflage, § 377 Rz. 87; LG Düsseldorf, IBR 2007, 1159 – nur online

¹⁷ Oetker/Koch, HGB, § 377 Rz. 19

¹⁸ OLG Saarbrücken, IBR 2011, 80

¹⁹ Oetker/Koch, HGB, § 377 Rz. 38)

²⁰ Kniffka/Schmitz, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 30.09.2011, § 651 Rz. 44

²¹ vgl. BGH NJW 1977, 1150; OLG Frankfurt NJW-RR 1986, 838

²² Oetker/Koch, HGB, § 377 Rz. 45

²³ OLG Nürnberg IBR 2010, 263, 264

²⁴ Oetker/Koch, HGB, § 377 Rz. 41

²⁵ BGH, Urteil vom 10.01.2006 - X ZR 58/03

Die Kosten der Untersuchung trägt der Käufer, da es sich um Kosten der Abnahme im Sinne von § 448 Abs. 1 BGB handelt²⁶. Zeigen sich bei der Prüfung allerdings Mängel, die der Verkäufer zu vertreten hat, muss er die Untersuchungskosten gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB erstatten²⁷.

c) Mangelanzeige

Zeigt sich bei der Untersuchung der Ware ein offener Mangel oder entdeckt der Käufer später einen verdeckten Mangel, hat er diesen dem Verkäufer nach § 377 Abs. 1 bzw. Abs. 3 1. Halbs. HGB unverzüglich anzuzeigen, damit er nicht mit seinen Rechten präkludiert wird.

Die Frist, innerhalb der der Käufer den Mangel anzeigen muss, richtet sich danach, welchen Zeitraum ein Kaufmann für die Abwicklung der eigenen, eiligen Geschäftskorrespondenz benötigt²⁸. Hierbei wird man ihm eine Frist von maximal 1 bis 2 Tagen zubilligen können²⁹.

Nach § 377 Abs. 4 HGB genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige. Der Käufer soll von der Gefahr der Verzögerung des Zugangs der Anzeige auf dem Beförderungsweg freigestellt werden, wenn er die Mängelanzeige rechtzeitig abgesandt hat³⁰. Dennoch ist die Mängelanzeige empfangsbedürftig. Der Käufer trägt das Risiko, dass die Anzeige auf dem Postweg verloren geht und er ist für den Zugang beweispflichtig³¹.

Für den Inhalt der Mängelanzeige gelten die Grundsätze, die der BGH in seiner Symptomrechtsprechung aufgestellt hat. Die Rüge muss Art und Umfang der Mängel mindestens in allgemeiner Form benennen, nicht nur allgemeine Beanstandungen aussprechen. Die Mängelursache muss der Käufer in seiner Anzeige nicht substantiieren³².

Rechtsfolgen der unterlassenen oder verspäteten Rüge

Nach § 377 Abs. 2, 3 HGB gilt die Ware in Ansehung des nicht gerügten Mangels als genehmigt; es handelt sich insoweit um eine Genehmigungsfiktion³³.

Der Käufer verliert hinsichtlich der nicht gerügten Mängel sämtliche in § 437 BGB genannten Rechte, dies sind der Anspruch auf Nacherfüllung (BGB §§ 437 Nr. 1, 439), das Recht zum Rücktritt (BGB § 437 Nr. 2, 440, 323) oder zur Minderung (BGB §§ 437 Nr. 2, 441), den Anspruch auf Schadensersatz statt Leistung (BGB §§ 437 Nr. 3, 440, 281, 280) sowie auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen (BGB §§ 437 Nr. 3, 284 BGB) und den Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 BGB auf Ersatz von Schäden, die nicht durch die Nacherfüllung in Form der Nachbesserung oder Ersatzlieferung beseitigt werden können³⁴. Ausgeschlossen sind auch Ansprüche aus verschuldensunabhängiger Schadensersatzhaftung wegen Fehlens einer Beschaffenheit- oder Haltbarkeitsgarantie im Sinne des § 443 BGB³⁵.

²⁶ MüKo-Westermann, BGB, 5. Auflage, § 448 Rz. 9

²⁷ Oetker/Koch, HGB, § 377 Rz. 36

²⁸ BGH, Urteil vom 10.01.2006 - X ZR 58/03

²⁹ OLG Koblenz NJW-RR 2004, 1553

³⁰ BGH NJW 1985, 1333

³¹ BGH NJW 1987, 2235

³² Oetker/Koch, HGB, § 377 Rz. 98

³³ vgl. Mock, a.a.O., S. 55 ff m.w.N.

³⁴ Oetker/Koch, HGB, § 377 Rz. 117 m.w.N.

³⁵ Oetker/Koch, HGB, a.a.O.

Da der Anspruch auf Nacherfüllung entfällt, hat der Käufer auch kein Leitungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB³⁶. Soweit Ansprüche auf Vertragsstrafe mit den nicht gerügten Sachmangel zusammenhängen, entfallen auch diese³⁷.

Deliktische Ansprüche des Käufers aus § 823 BGB oder § 1 Abs. 1 ProdHaftG infolge von Schäden, die er durch die mangelhafte Ware erlitten hat, werden vom Ausschluss in § 377 Abs. 2 und 3 HGB nicht umfasst³⁸.

Für das Vorliegen eines beiderseitigen Handelsgeschäfts ist der Verkäufer beweispflichtig³⁹, allerdings wird wegen der Vermutungswirkung des § 344 Abs. 1 HGB zunächst der Beweis ausreichen, dass es sich beim Käufer um einen Kaufmann handelt. Ebenso ist der Verkäufer für die Ablieferung der Kaufsache beweispflichtig⁴⁰, bei Teillieferungen für jede einzelne Lieferung⁴¹.

Tipp Käufer:

Diese ausführliche Darstellung der Rüge- und Untersuchungspflicht soll Käufer davor warnen, dass die erweiterte Haftung des Verkäufers nur greift, wenn der Käufer seine Pflichten – wie bisher - nach § 377 HGB nachkommt. Ansonsten bleibt der Ersatz der Aufwendungen für Ein- und Ausbaurkosten ein „Wunschtraum“ des Käufers.

Zusammenfassung in Leitsätzen

1. Trotz der Verbesserung der Rechte des Käufers darf nicht übersehen werden, dass die Haftung durch andere Faktoren eingeschränkt ist. Dies betrifft den unterschiedlichen Beginn der Verjährungsfristen und insbesondere den häufig unterschätzten § 377 HGB.
2. Käufern ist zu empfehlen, möglichst zeitnah an den Verkäufer heranzutreten, damit die Verjährung gegen den Verkäufer noch gehemmt werden kann.
3. Käufern ist zu empfehlen, eine Eingangskontrolle für Waren im Unternehmen vorzusehen, die geeignet ist, die strengen Anforderungen des § 377 HGB zu erfüllen.

6. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Im Hinblick auf die Möglichkeiten im Wege einer Änderung der AGB's, die Situation zu Gunsten des Käufers oder Verkäufers zu ändern, dürfte die Spielräume eng sein.

Käufer

Der Käufer wird durch die gesetzliche Neuregelung begünstigt. Insofern gibt es dort kaum Handlungsbedarf. Es empfiehlt sich, die eigenen Einkaufsbedingungen dahingehend zu überprüfen, ob diese Einschränkungen enthalten, die eventuell die Möglichkeit eines weitergehenden umfangreichen Nacherfüllungsanspruches einschränken. Ein Verweis auf das gesetzliche Haftungssystem dürfte ausreichend sein, ist aber einzelfallabhängig.

Eine weitergehende Verbesserung, etwa Modifizierung der Beweislast oder eine Abmilderung des § 377 HGB sind kaum möglich. Es werden diesbezüglich Leitgedanken des Gesetzes geändert, so dass der Spielraum hierfür nicht oder nur minimal vorhanden sein dürfte.

³⁶ MüKo-Grünwald, HGB, § 377 Rz. 89; Oetker/Koch, HGB, § 377 Rz. 118

³⁷ MüKo-Grünwald, HGB, § 377 Rz. 89; Ebenroth/Boujong/Joost/Müller, HGB, 2. Auflage § 377 Rz. 159; Oetker/Koch, § 377 Rz. 118

³⁸ BGH NJW 1988, 52; Ebenroth/Boujong/Joost/Müller, HGB, 2. Auflage, § 377 Rz. 205 ff; Oetker/Koch, HGB, § 377 Rz. 5 und 135

³⁹ BGH NJW 1995, 3381

⁴⁰ BGH NJW 1985, 1333

⁴¹ OLG Düsseldorf IBR 1990, 351

Verkäufer

Verkäufern wäre zu empfehlen, ihre Verkaufsbedingungen zu prüfen und gegebenenfalls abzuändern. Es ist allerdings fraglich, inwieweit dies rechtlich haltbar ist.

Gegenüber dem Verbraucher (B2C) ist eine formularmäßige Einschränkung des Nacherfüllungsanspruches bezüglich Ein- und Ausbaurkosten nicht möglich. § 309 Nr. 8b) cc) BGB verbietet dies ausdrücklich.

Fraglich ist, ob diese Einschränkung auch im unternehmerischen Verkehr (B2B) gilt. Diese Problematik wurde im Gesetzgebungsverfahren kontrovers diskutiert. Die Norm des § 309 BGB findet im unternehmerischen Verkehr keine unmittelbare Anwendung, vgl. § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB. Solche Geschäftsbedingungen unterliegen aber einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB und zwar auch insoweit, als dies zur Unwirksamkeit von Vertragsbestimmungen führt, die in § 309 BGB aufgeführt sind. Dabei ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Bräuche angemessen Rücksicht zu nehmen, vgl. § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Nach der Rechtsprechung kommt den Klauselverboten, die im Verbraucherbereich in § 309 BGB gelten, eine gewisse Indizwirkung zu. Dies bedeutet vereinfacht formuliert, dass eine Regelung die gegenüber den Verbrauchern ausdrücklich nach dem Gesetz unwirksam ist, grundsätzlich auch gegenüber den Unternehmern unwirksam ist. Etwas anderes kann gelten, wenn die Klausel wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden kann⁴².

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde auf ein generelles ausdrückliches Verbot abweichender Regelungen verzichtet. Angeblich genügt aufgrund der vorstehend genannten Rechtsprechung zur Indizwirkung der Schutz des Käufers im unternehmerischen Verkehr. Insbesondere gegenüber kleineren Unternehmern soll dieser Schutz ausreichend sein.

Es erscheint fraglich, ob diese Vorstellung des Gesetzgebers durch die Rechtsprechung künftig geteilt wird. Das Abgrenzungskriterium „kleines“ bzw. „großes“ Unternehmen ist bereits schillernd und in dieser pauschalierten Aussage von der bisherigen Rechtsprechung nicht ausdrücklich als alleiniger Maßstab der „besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs“ gebilligt worden.

Der Gesetzgeber hat damit die Regelung nicht AGB-fest gemacht. Letztlich soll die Rechtsprechung klären, in welchen Ausnahmefällen eine abweichende Formulierung, beispielsweise eine Einschränkung des Umfangs der Nacherfüllung möglich ist.

In der Praxis ist damit zu rechnen, dass insbesondere von Verkäuferseite daher versucht wird, in den Verkaufsbedingungen diese Regelungen einzuschränken. Käufer werden sich auf die Indizwirkung berufen, so dass der Verkäufer die Ausnahmesituation darstellen und beweisen muss. Man wird die Entwicklung der Rechtsprechung abwarten müssen.

Zusammenfassung in Leitsätzen

1. Käufer sollten ihre Einkaufsbedingungen überprüfen, damit diese die Mängelrechte mit dem erweiterten Umfang des Nacherfüllungsrechtes nicht unbewusst einschränken. Ein weitergehender Handlungsbedarf im Hinblick auf § 377 HGB ist denkbar, aber auch nur eingeschränkt möglich.
2. Verkäufer werden im Bereich des Verbraucherkaufvertrags (B2C) keine Möglichkeit der Einschränkung haben. Verkäufer sollten erwägen, ob sie ihre Verkaufsbedingungen im unternehmerischen Verkehr (B2B) modifizieren, um den Umfang des Nacherfüllungsrechtes einzuschränken.

⁴² BGH, Versäumnisurteil vom 19.09.2007, Az.: VIII ZR 141/06; BGH, Urteil vom 08.03.1984, Az.: VII ZR 349/82; BGH, Urteil vom 19.06.2013, Az.: VIII ZR 183/12

7. Zusammenfassung

Die vorstehende Darstellung zeigt, dass, obwohl lediglich eine rudimentäre Änderung im Bereich des Kaufrechts erfolgt ist, die Auswirkungen ab 01.01.2018 wirtschaftlich nicht zu unterschätzen sind. Ein- und Ausbaurkosten überschreiten häufig den Materialwert der mangelhaften Kaufsache. Eine mangelhafte kleine Schraube, ein kleiner Bolzen oder ein mangelhafter Lack an einer Maschine – eventuell noch auftragsgemäß in ein fernes Land geliefert – können Aufwendungen provozieren, die ein vielfaches des Materialwertes betragen. Verkäufer und Käufer müssen sich auf die neue Situation einstellen, die Risiken versichern bzw. kalkulatorisch in den Preisen berücksichtigen. Ebenfalls überprüft werden sollten die Einkaufsbedingungen sowie die Verkaufsbedingungen im Hinblick auf mögliche Änderungen.