

# Die kaufvertragliche Nacherfüllung in der Leistungskette – § 439 Abs. 3 BGB n.F.

von Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Universität zu Köln

Die ab dem 01.01.2018 geltenden Änderungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung<sup>1</sup> haben bisher nur begrenzt Aufmerksamkeit gefunden.<sup>2</sup> Sie stehen ganz im Schatten der großen Reform des Bauvertragsrechts. Der nachstehende Beitrag, der auf dem Vortrag der Verfasserin auf den Freiburger Baurechtstagen 2017 beruht, gibt einen Überblick über die Änderungen im Kaufrecht und analysiert die zentrale neue Regelung des § 439 Abs. 3 BGB (Anspruch auf Ersatz der „Aus- und Einbaukosten“) vor dem Hintergrund des bisher geltenden Schuldrechts.

## I. Überblick

Herzstück der Änderungen ist die Einfügung einer neuen Regelung in § 439 Abs. 3 BGB, die eine verschuldensunabhängige Verpflichtung Verkäufers einer mangelhaften Sache statuiert, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder neu gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen. Diese Anordnung einer verschuldensunabhängigen Haftung des Verkäufers für die sog. „Aus- und Einbaukosten“ bedeutet für den Verbrauchsgüterkauf nur eine Kodifikation richtlinienkonformer höchstrichterlicher Rechtsfortbildung.<sup>3</sup> Neu ist dagegen die Ausdehnung des Anwendungsbereichs dieser verschuldensunabhängigen Einstandspflicht des Verkäufers auf alle Kaufverträge, die rechtstechnisch durch ihre systematische Ansiedlung im allgemeinen Kaufrecht realisiert wird. Die vom BGH praktizierte „gespaltene Auslegung“ des § 439 Abs. 1<sup>4</sup> wird damit durch eine nunmehr wieder einheitliche Regelung abgelöst. Entsprechend ausgedehnt wird der Letztverkäuferregress, der bisher in den §§ 478 f. im Kontext der Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf geregelt war, und nunmehr in den §§ 445a, 445b ganz überwiegend ebenfalls im allgemeinen Kaufrecht angesiedelt wird. Ergänzend wird § 309 Nr. 8 b cc so erweitert, dass das Klauselverbot auch den verschuldensunabhängigen Anspruch des Käufers auf Aufwendungsersatz erfasst, der neu in § 439 Abs. 3 aufgenommen wurde.

Eine weitere Kodifikation höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>5</sup> findet sich in § 475 Abs. 4.<sup>6</sup> Ein

Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung wird ausgeschlossen. Im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufvertrages kann der Verkäufer die Nacherfüllung also nur bei relativer Unverhältnismäßigkeit verweigern, wenn also die Kosten der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung im Vergleich zu den Kosten der anderen Art der Nacherfüllung unverhältnismäßig sind. Ist eine Art der Nacherfüllung gem. § 275 oder wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen, fehlt es an einem Bezugspunkt für eine relative Unverhältnismäßigkeit, infolgedessen hat der Verkäufer überhaupt kein Leistungsverweigerungsrecht. Für alle anderen Kaufverträge, insbesondere B2B gilt § 439 Abs. 4: Der Käufer hat ein Leistungsverweigerungsrecht bei relativer und bei absoluter Unverhältnismäßigkeit. Im Hinblick auf das Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers wegen Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung hat also eine Vereinheitlichung nicht stattgefunden. Das Konzept einer „überschießenden Umsetzung“ ließ sich insoweit nicht durchsetzen.<sup>7</sup>

1 Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung BT-Drucks. 18/8486.

2 Zum neuen Kaufrecht ausführlich und im einzelnen Langen/Berger/Dauner-Lieb, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 2017; Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, 2017, Lenkeit, § 7 Kaufrechtliche Mängelhaftung; s.a. Grunewald/Tassius/Langenbach, BB 2017, 1673 sowie die Kommentierung Erman/Grunewald, §§ 438 ff., 2017; zur den Gesetzgebungsprozess begleitenden Diskussion insb. Faust, ZfPW 2017, 250; Langen, BauR 2017, 333; Ulber, JuS 2016, 584; Graf Wolffskeel v. Reichenberg, ZRP 2016, 76; Graf Wolffskeel v. Reichenberg/Jerger, ZRP 2015, 237; Dauner-Lieb, NZBau 2015, 684; v. Westphalen, BB 2015, 2883; vertiefend Wagner aus dem Blickwinkel der ökonomischen Analyse des Rechts, ZEuP 2016, 87; vgl. insoweit bereits Bien, ZEuP 2012, 644.

3 BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073, ihnen Umsetzung von EuGH, Urt. v. 16.06.2011 – C-65/09, C-87/09, NJW 2011, 2269 (Weber/Putz).

4 BGH, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, NJW 2013, 220 (Granulat).

5 EuGH, Urt. v. 16.06.2011, NJW 2011, 2269 (Weber/Putz); BGH, Urt. v. 21.11.2011, NJW 2012, 1073.

6 Dazu Erman/Grunewald (Fn. 2), § 475 Rdnr. 8.

7 Zu den Einzelheiten Langen/Berger/Dauner-Lieb (Fn. 2), § 439 Rdnr. 41 ff., § 475 Rdnr. 7 ff.

Schadensersatzansprüche in den §§ 280 ff. verknüpft. § 467 Satz 2 wurde gestrichen. Vor diesem Hintergrund lag es nahe, den Ausbau einer mangelhaften Sache und den Einbau einer mangelfreien Sache bzw. den Ersatz der entsprechenden Kosten nicht als Teil der Nacherfüllung zu begreifen, sondern als Problem des Schadensersatzes nach §§ 280 ff., der freilich Verschulden voraussetzt, an dem es nach der Rechtsprechung des BGH beim Händler mangels Untersuchungspflicht<sup>25</sup> und mangels Zurechnung eines Herstellerverschuldens über § 278<sup>26</sup> im Regelfall fehlt. Völlig konsequent auf dieser Linie entschied daher der BGH in seinem „Parkettstäbe“-Urteil vom 15.07.2008,<sup>27</sup> dass die Kosten des Einbaus der mangelfreien Sache nicht vom Verkäufer zu tragen seien,<sup>28</sup> weil – so der Kern der Begründung – der Nacherfüllungsanspruch des Käufers nicht weitergehen könne als der Erfüllungsanspruch. Der EuGH sah dies anders und interpretierte im „Weber/Putz“-Urteil vom 16.06.2011<sup>29</sup> die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie dahingehend, dass die verschuldensunabhängige Nacherfüllungspflicht des Verkäufers für den Verbrauchsgüterkauf auch die Kosten des Ausbaus der mangelhaften Sache und des Einbaus der mangelfreien Sache umfasst. Der BGH setzte diese Linie durch „richtlinienkonforme Auslegung“ des § 439 um,<sup>30</sup> allerdings beschränkt auf den Verbrauchsgüterkauf.<sup>31</sup> Die Begründung ist bemerkenswert und verdeutlicht die Problematik des neuen § 439 Abs. 3: Eine „überschießende“ Erstreckung der richtlinienkonformen Auslegung des § 439 auf alle Kaufverträge entspreche nicht der Konzeption und dem Willen des deutschen Gesetzgebers, weil die Aus- und Einbaukosten nach der Systematik des nationalen Rechtes nach den allgemeinen Regeln über den Schadens – oder Aufwendungsersatz auszugleichen seien.<sup>32</sup> Aus Respekt vor der Systematik des nationalen Rechtes nahm der BGH eine „gespaltene Auslegung“ des § 439 in Kauf, die nunmehr vom Gesetzgeber beseitigt wird.

## 2. Der Regelungsgehalt von § 439 Abs. 3 n.F.

### a) Ausgangspunkt

Der Anspruch des Käufers gem. § 439 Abs. 3 Satz 1 setzt voraus, dass die mangelhafte Kaufsache (gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck) in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht wird. In dieser weiten Formulie-

rung „in eine andere Sache“ kommt zum Ausdruck, dass es nicht darauf ankommt, ob die Sache, mit der der mangelhafte Kaufgegenstand verbunden wird, dem Käufer gehört oder nicht. Umfasst sind also zunächst einmal die typischen Heimwerker-Konstellationen, in denen ein Verbraucher Baumaterial etc. kauft und die mangelhafte Kaufsache selbst in eigene Gegenstände einbaut. Gleichzustellen sind die Fälle eines Verbrauchsgüterkaufs, in denen im Wortsinne zwar nicht der Käufer die Sache eingebaut hat, der Einbau aber auf Veranlassung des Käufers durch einen Handwerker erfolgt ist. Von der Regelung erfasst sind aber vor allem auch – dem zentralen Regelungsziel des Gesetzgebers entsprechend – die Konstellationen von Kaufverträgen zwischen Unternehmern, in denen der Käufer als Handwerker oder Bauunternehmer den Kaufgegenstand bei seinem Kunden auf werkvertraglicher Basis einbaut oder anbringt. Auch insoweit ist ein Einbau durch einen Dritten auf Veranlassung des Käufers gleichzustellen.

### b) Einbauen/Anbringen

Die zentralen (und problematischsten) Tatbestandsmerkmale der neuen Regelung sind Einbauen/Anbringen. Im Kern geht es sicher um die Verarbeitung von Bauprodukten und Baustoffen im Rahmen von Baumaßnahmen.<sup>33</sup> Sie waren Gegenstand der einschlägigen, vorangegangenen Rechtsprechung und standen daher auch im Mittelpunkt der wissenschaftlichen Diskussionen. Auch der Gesetzgeber hat in erster Linie die Interessen und Bedürfnisse der Baubranche im Blick.<sup>34</sup> Freilich sind auch jenseits von Baumaßnahmen Konstellationen eines Einbaus im Sinne von „Einfügen“ denkbar: So kann etwa eine Klimaanlage oder ein Navigationsgerät in ein Kfz „eingebaut“ werden. „Anbringen“ bedeutet laut Duden „an einer bestimmten Stelle festmachen“;

25 Siehe nur BGH, NJW 2009, 2674.

26 Siehe schon BGH, NJW 1967, 1903.

27 BGH, Urt. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2837.

28 Der Verkäufer erstattete freiwillig die Kosten des Ausbaus und der Entsorgung der mangelhaften Ware.

29 Nachweis Fn. 10.

30 BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073.

31 BGH, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, NJW 2013, 220 „Granulat“.

32 BGH (a.a.O.), Rdnr. 24 f.

33 Langen, BauR 2017, 333 (337).

34 Siehe nur BT-Drucks. 18/8486, Problem und Ziel, S. 1.

auch insoweit geht es also im Kern darum, dass die mangelhafte Sache mit einer anderen Sache „verbunden“ wird. Die Alternative des Anbringens wurde erst auf Anregung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz eingefügt, um klarzustellen, dass die Regelung auch anwendbar ist, wenn Baumaterialien – wie Dachrinnen und Leuchten – nicht im Wortsinne in ein Bauwerk eingebaut, sondern an diesem in anderer Weise „angebracht“ werden. Außerdem sollten Maler und Lackierer erfasst werden, die mangelhafte Farben oder Lacke gekauft und verwendet haben. „Angebracht“ im Wortsinne werden jenseits der Baubranche freilich etwa auch Verkehrszeichen oder Vignetten. Die Worte „Einbauen/Anbringen“ reichen also schon vom natürlichen Sprachgebrauch weit über die Baubranche hinaus. Andererseits erfassen sie auch rechtlich und wirtschaftlich mit Baumaßnahmen vergleichbare Konstellationen nicht: Pflanzte etwa eine Gärtnerei bei der Gestaltung des Gartens eines Kunden mangelhafte Pflanzen ein, die sie im Großhandel erworben hat, dann würde man bei natürlichem Sprachgebrauch kaum sagen, dass diese Pflanzen im Garten des Kunden „eingebaut oder angebracht“ wurden. Dennoch erscheint es naheliegend, diese wirtschaftlich völlig parallel liegende Fallgestaltung den typischen Einbaufällen gleichzustellen.

### c) Sonstige Veränderungen/Verwendungen

Damit lautet die Kernfrage, ob und in welchem Umfang die neue Regelung über den natürlichen Wortsinn hinaus auch auf andere Veränderungen und Verwendungen der mangelhaften Kaufsache anzuwenden ist.<sup>35</sup> Sie wurde bereits im Gesetzgebungsverfahren intensiv diskutiert, mit Tendenz zu einem weiten Verständnis.<sup>36</sup> Letztlich blieb die Klärung des Anwendungsbereichs aber der höchstrichterlichen Rechtsprechung überlassen, mit der Konsequenz erheblicher Rechtsunsicherheit.<sup>37</sup> Die maßgeblichen Argumente lassen sich nach derzeitigem Diskussionsstand wie folgt zusammenfassen: Zwar ist der Wortlaut letztlich eng und deutlich auf die Baubranche zugeschnitten, schon die systematische Stellung im allgemeinen Kaufrecht spricht aber für eine darüberhinausgehende Anwendung auf alle Fälle der bestimmungsgemäßen Verwendung, Verarbeitung oder Veränderung. Dafür sprechen auch Gleichbehandlungsgründe: Es ist schwer zu legitimieren, den Verkäufer von mangelhaften Baustoffen und Baumaterialien mit Folge-

kosten zu belasten, den Verkäufer sonstiger Stoffe aber bei ansonsten gleichgerichteter Interessenlage von dem Risiko fehlgeschlagener Verarbeitung freizustellen.<sup>38</sup> Der Wille des Gesetzgebers spricht trotz der Entscheidung für eine einschränkende Formulierung letztlich für eine ausdehnende Auslegung; jedenfalls wird die höchstrichterliche Rechtsprechung vom Gesetzgeber entsprechend legitimiert. Die Rechtsprechung wird ihrerseits bei der Anwendung der neuen Regelung, wie auch schon bisher, Art. 3 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Auge behalten müssen, der sich in seinem Postulat der unentgeltlichen Herstellung eines vertragsgemäßen Zustands gerade nicht auf Baumaterialien oder Bauprodukte beschränkt, sondern sich auf alle Verbrauchsgüter bezieht. Gegen eine am Wortsinn haftende enge Auslegung der neuen Regelung sprechen daher auch gewichtige europarechtliche Bedenken.<sup>39</sup> Eine weite Auslegung erscheint schließlich auch mit Blick auf Sinn und Zweck der neuen Regelung geboten: Die Haftungsfalle, von der der Käufer entlastet werden soll, der eine mangelhafte Sache im Rahmen seiner unternehmerischen Aktivitäten weiterverwendet, existiert unabhängig davon, ob die Sache eingebaut, angebracht oder in einer anderen Form verarbeitet wurde. Letztlich ist es daher nur konsequent, die neue Vorschrift auf die gesamte Palette denkbarer Verwendung, Verarbeitung und Veränderung mangelhafter Kaufgüter auszudehnen.<sup>40</sup>

### d) Anwendung ohne Nacherfüllung?

Der Verkäufer hat Ersatz für die i.S.v. § 439 Abs. 3 Satz 1 zu leistenden Aufwendungen „im Rahmen der Nacherfüllung“ zu leisten. Über diesen Wortlaut hinausgehend ist die Regelung aber aus systematischen und teleologischen Gründen auch auf Konstellationen anwendbar, in denen der Käufer eine mangelhafte Kaufsache erworben und verbaut hat, es aber gar nicht erst zu einer Nacherfüllung durch den Verkäufer kommt. Dies ist einmal dann

35 Siehe dazu insb. Faust, ZfPW 2017, 250 (254); Langen, BauR 2017, 333 (337 f.); vgl. schon Dauner-Lieb, NZBau 2015, 684 (686).

36 Ausführlich dazu und mit weiteren Nachweisen Langen/Berger/Dauner-Lieb (Fn. 2), § 439 Rdnr. 19 f.

37 Zurecht kritisch Langen, BauR 2017, 333 (337).

38 Überzeugend Langen, BauR 2017, 333 (337).

39 Sehr eindringlich Faust, ZfPW 2017, 250 (254 f.).

40 So auch Langen, BauR 2017, 333 (337 f.); Faust, ZfPW 2017, 250 (254 f.).

der Fall, wenn der Käufer wegen Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 sofort vom Kaufvertrag zurücktritt und damit die sofortige Rückabwicklung nach Maßgabe der §§ 346 ff. auslöst. Zu einer Nacherfüllung kommt es aber auch dann nicht, wenn die Vertragswidrigkeit weder durch Nachbesserung noch durch Ersatzlieferung zu beseitigen ist, weil bezüglich beider Arten der Nacherfüllung Unmöglichkeit (sog. qualitative Unmöglichkeit) vorliegt. In diesen Konstellationen steht zwar der Einbau einer nunmehr mangelfreien Sache nicht zur Debatte, durchaus denkbar ist aber, dass der Käufer trotz Unmöglichkeit einer Nacherfüllung die mangelhafte Sache wieder loswerden will. Beispiel: Bezüglich der mangelhaften eingebauten Dachziegel ist weder Nachbesserung noch mangelfreie Nachlieferung möglich. Das Dach muss dementsprechend mit ganz anderen Dachziegeln gedeckt werden, die nicht Gegenstand des Kaufvertrags waren. Dafür müssen aber zunächst einmal die mangelhaften Dachziegel wieder abgedeckt werden. Die typische Haftungsfälle, die sich aus der weitreichenden werkvertraglichen Gewährleistung des § 635 ergibt, droht unabhängig davon, ob es zu einer Nacherfüllung durch den Verkäufer kommt oder nicht.

### e) Rechtsfolge

Als Rechtsfolge gewährt § 439 Abs. 3 Satz 1 dem Käufer einen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder neu gelieferten mangelfreien Sache. Der Verkäufer hat kein Wahlrecht, ob er zahlen oder selbst ausbauen und einbauen will.<sup>41</sup> Das ihm in der Schuldrechtsreform grundsätzlich gewährte „Recht zur zweiten Andienung“, dass es ihm ermöglicht, die Nacherfüllung selbst vorzunehmen, wird insoweit nicht gewährt; insoweit hat der Käufer dann auch ein Recht zur Selbstvornahme ohne Fristsetzung.<sup>42</sup> Liegt ein Verbrauchsgüterkauf vor, dann kann der Käufer nach § 475 Abs. 4 Vorschuss verlangen.

### 3. Entsprechende Ausdehnung des Letztverkäuferregresses

Durch die Neuregelung des § 439 Abs. 3 Satz 1 hat die Gefahr, dass Letztverkäufer gegenüber ihren Käufern verschuldensunabhängig für die Kosten haften müssen, die diese ihrerseits für die

Herstellung eines vertragsgemäßen Zustandes im Wege von Ausbau und Einbau aufzuwenden haben, erheblich zugenommen. Die auf der Hand liegende Ursache ist zunächst die Ausdehnung des Aufwendungsersatzanspruches auch auf Verträge zwischen Unternehmern, die ja im Mittelpunkt des gesetzgeberischen Interesses stehen. Dies liegt aber vor allem daran, dass Aus- und Einbaukosten als Folge von Mängeln des Kaufgegenstandes bei kaufenden Unternehmern viel häufiger anfallen als bei Verbraucherkunden. Da ein Verbraucher Gegenstände, die er gekauft hat, ganz überwiegend unverändert nutzt und gerade nicht typischerweise einbaut, verarbeitet und verändert, fallen hier Aus- und Einbaukosten nur ausnahmsweise an, vor allem in Heimwerkerkonstellationen. Dagegen wird ein Unternehmer, wenn er nicht selbst Händler ist, Kaufverträge typischerweise mit dem Ziel abschließen, mit der Kaufsache irgendetwas im Rahmen seines Geschäftsmodells zu tun, sie also einzubauen, zu verarbeiten, zu verändern. Wer als Unternehmer etwas verkauft, was vom Käufer nicht unverändert genutzt werden soll, muss nunmehr mit § 439 Abs. 3 rechnen. Der Gesetzgeber hat das Problem zumindest im Ansatz gesehen und geht davon aus, dass die Verkäufer „von Baumaterialien und anderen Gegenständen weitaus häufiger als derzeit Ansprüchen auf Ersatz von Aus- und Einbaukosten und anderen Aufwendungsersatzansprüchen ausgesetzt sein“<sup>43</sup> werden. Ein Ausgleich soll dadurch erreicht werden, dass auch die Regressvorschriften zugunsten des Verkäufers ausgeweitet werden. Auf diese Weise soll erreicht werden, dass Letztverkäufer und Zwischenhändler Aufwendungen, die ihnen bei der Erfüllung von Nacherfüllungspflichten entstehen, über Regressvorschriften in der Lieferkette möglichst bis zum Verursacher des Mangels weiterreichen können.<sup>44</sup> Rechtstechnisch wird dies dadurch erreicht, dass die bisher auf die Fälle des Verbrauchsgüterkaufs beschränkten Regelungen zum Letztverkäuferre-

41 Zu den Einzelheiten der Diskussion im Gesetzgebungsverfahren Langen/Berger/Dauner-Lieb (Fn. 2), § 439 Rdnr. 30; zur Frage ob der Käufer statt einer Geldzahlung vom Verkäufer Ausbau und Einbau in Natur verlangen kann Grunewald/Tassius/Langenbach, BB 2017, 1673.

42 Dazu insb. Grunewald/Tassius/Langenbach, BB 2017, 1673.

43 Nachweis Fn. 4.

44 BT-Drucks. 18/8486, S. 41.

gress gem. §§ 478, 479 nunmehr verallgemeinert auf alle Kaufverträge ausgedehnt und dementsprechend ebenfalls in den §§ 445a, 445b im allgemeinen Kaufrecht angesiedelt werden.

#### 4. Abdingbarkeit

Für den Verbrauchsgüterkauf scheidet eine Abbedingung der neuen Regelung des § 439 Abs. 3 Satz 1 bereits an § 476 Abs. 1 Satz 1. Regelungen, die in den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie fallen, sind wegen Art. 7 zwingend. Da der Anspruch auf Ersatz der Ausbau – und Einbaukosten nach der Systematik der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in ihrer Interpretation durch den EuGH (anders als nach der Konzeption der Schuldrechtsreform) zu den Pflichten des Verkäufers im Rahmen der Nacherfüllung gehört, ist die Ausnahmeregelung des § 476 Abs. 3 für Schadensersatzansprüche nicht einschlägig. Für eine Anwendung der §§ 305 ff. ist daher von vorneherein weder Bedarf noch Raum. Infolgedessen ist die Einfügung des neuen Klauselverbots in § 309 Nr. 8 b cc für den Verbrauchsgüterkauf überflüssig<sup>45</sup> und sogar irreführend. Endet eine Lieferkette mit einem Verbrauchsgüterkauf, dann können auch die Regressvorschriften zugunsten des Letztverkäufers nicht abbedungen werden, wenn diesem kein gleichwertiger Ausgleich eingeräumt wird, § 478 Abs. 2. Dies gilt entsprechend rückwärts in der Lieferkette für alle vorgelagerten B2B-Kaufverträge.

Bei Kaufverträgen zwischen Unternehmen besteht im Hinblick auf das Gewährleistungsrecht im theoretischen Ausgangspunkt Vertragsfreiheit. Dementsprechend könnte der neue § 439 Abs. 3 abbedungen oder modifiziert werden, wenn am Ende der Lieferkette ein Unternehmer steht. AGB sind freilich der Inhaltskontrolle nach § 307 unterworfen. Wegen der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung angenommenen „Indizwirkung“ der Klauselverbote der §§ 308, 309 entfaltet nun das neue Klauselverbot des § 309 Nr. 8 b cc hier überhaupt erst rechtliche Wirkung. Es führt über die Brücke des § 307 zu einer Anwendung im unternehmerischen Geschäftsverkehr und zwar überhaupt nur dort. Dies ist vom Gesetzgeber auch beabsichtigt. So wird sehr ausführlich auf die höchstrichterliche Praxis der Anwendung der Klauselverbote im kaufmännischen Verkehr im Rahmen der Generalklausel über die Figur der „Indizwirkung“ hingewiesen. Ein formulärmäßiger

Ausschluss der Verpflichtung des Verwenders zum Ersatz der Ausbau – und Einbaukosten werde aufgrund der vorgeschlagenen Ergänzung des § 309 grundsätzlich wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders der AGB i.S.v. § 307 unwirksam sein.<sup>46</sup> Da es bis heute keine nennenswerten Fälle gibt, in denen die höchstrichterliche Rechtsprechung die Anwendung eines Klauselverbots im Rahmen der Generalklausel wegen der besonderen im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche abgelehnt hätte,<sup>47</sup> ist davon auszugehen, dass einer Abweichung von § 439 Abs. 3 Satz 1 in AGB im absoluten Regelfall einer Inhaltskontrolle nicht standhalten wird.<sup>48</sup> Berücksichtigt man außerdem, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung an das „Aushandeln“ als Voraussetzung einer Individualvereinbarung fast unüberwindbar hohe Anforderungen stellt,<sup>49</sup> dann ist die Schlussfolgerung erlaubt, dass der neuen Regelung auch im unternehmerischen Verkehr kaum noch zu entkommen ist. Dementsprechend wird man aber auch in einer Verkürzung der Regressmöglichkeiten nach §§ 445a, 445b eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 zu sehen haben. Auch in diesem Kontext wird man freilich eine Abbedingung gegen „gleichwertigen Ausgleich“ i.S.v. § 478 Abs. 2 zulassen müssen. De facto gibt es also in der Frage der Abdingbarkeit von § 439 Abs. 3 zwischen Verbrauchsgüterkaufverträgen und B2B – Verträgen keine nennenswerten Unterschiede.

#### 5. Zwischenfazit

In der Gesamtschau erweist sich die neue verschuldensunabhängige Einstandspflicht des Verkäufers für die Aus- und Einbaukosten als weitreichender und einschneidender, als man auf den ersten Blick meinen könnte: Sie erfasst nicht nur ein Einbauen/Anbringen von Baumaterialien im Wortsinne, sondern deckt – jenseits der Baubranche – die gesamte Palette denkbarer Verarbeitung oder sonstiger Veränderungen mangelhafter Kaufgegenstände ab. Sie gilt für alle Kaufverträge, also nicht nur

45 Ebenso Faust, ZfPW 2017, 250 (256).

46 BT-Drucks. 18/8486, S. 36 f.

47 Ausführlich dazu Dauner-Lieb/Axer, ZIP 2010, 309.

48 Ebenso Langen, BauR 2017, 333 (341); Faust, ZfPW 2017, 250 (256); zu den Diskussionen im Gesetzgebungsverfahren vgl. Langen/Berger/Dauner-Lieb (Fn. 2), § 439 Rdnr. 36.

49 Ausführlich Dauner-Lieb, AnwBl. 2013, 845.

für Verbrauchsgüterkaufverträge, sondern – dem zentralen Regelungsziel des Gesetzgebers entsprechend – vor allem auch für Verträge zwischen Unternehmern. Durch diese Ausdehnung auf den B2B-Bereich bekommt die Pflicht zum Ersatz der Aus- und Einbaukosten erstmals nennenswerte praktische Bedeutung. Der typische Verbrauchsgüterkauf zielt nicht auf Einbau und Verarbeitung der Kaufsache; die Einbau-Ausbaukonstellation ist der seltene Ausnahmefall. Dagegen kauft ein Unternehmer, der nicht selbst Händler ist, eine Sache regelmäßig, um sie im Rahmen seines Geschäftsmodells einzubauen, zu verarbeiten, zu verändern. Wer etwas verkauft, das nicht vom Käufer unverändert genutzt wird, muss jetzt für jeden Vertragsschluss eine Haftung nach § 439 Abs. 3 mit einkalkulieren. Über eine entsprechende Ausdehnung des Letztverkäuferregresses gilt dies für alle Kaufverträge in der gesamten Lieferkette, also auch für Verträge zwischen Hersteller und Händler und zwischen zwei Händlern. Eine vertragliche Abbedingung ist (ohne gleichwertigen Ausgleich i.S.v. § 478 Abs. 2) regelmäßig nicht möglich.

#### IV. Die Neuregelung des § 439 Abs. 3 im System des geltenden Schuldrechts

Vor diesem Hintergrund lassen sich die praktischen und dogmatischen Herausforderungen einer Integration der neuen Regelung in das geltende Schuldrecht<sup>50</sup> präzisieren: Das geltende nationale Schuldrecht deutet den Nacherfüllungsanspruch als Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruches, der infolgedessen nicht weitergehen könne als der Erfüllungsanspruch selbst.<sup>51</sup> Die Aus- und Einbaukosten gehören in diesem System nicht zu der vom Verkäufer geschuldeten Nacherfüllung, sondern können nur nach den Regeln über den Schadens- und Aufwendungsersatz nach §§ 280 ff. ausgeglichen werden. Daher ist die vom EuGH postulierte und vom BGH für den Verbrauchsgüterkauf richtlinienkonform umgesetzte verschuldensunabhängige Einstandspflicht des Verkäufers im geltenden nationalen Schuldrecht ein Fremdkörper. Sieht man einmal davon ab, dass eine „gespaltene Auslegung“ ein und derselben Norm methodisch und „rechtsdidaktisch“ nicht unproblematisch ist, bedeutete dies bisher aber nur eine „lokale Irritation“, weil der Endverbraucher Kaufverträge in der Regel nicht abschließt, um den Kaufgegenstand einzubauen, zu verarbeiten oder zu verändern, sodass der praktische Anwendungs-

bereich dieses Systembruchs überschaubar blieb. Mit der neuen Regelung des § 439 Abs. 3 ändert sich dies nun dramatisch. Von ihrem Anwendungsbereich potenziell erfasst werden alle Kaufverträge, soweit die Kaufsache nicht am Ende der Lieferkette unverändert genutzt oder verbraucht wird, was im B2B-Bereich eher eine Ausnahme ist. Legitimiert wird dies – in Anklang an die Terminologie der ökonomischen Analyse des Rechts – mit der Erwägung, die Kosten der Mangelhaftigkeit einer Sache sollten vom Verursacher der Mangelhaftigkeit getragen werden.

Gerade diese Erwägung passt ihrerseits – jedenfalls in undifferenzierter Verallgemeinerung – nicht ohne weiteres in das geltende System des Schuldrechts. Im Ausgangspunkt herrscht im Schadensersatzrecht das Verschuldensprinzip, das hat die Schuldrechtsreform ausdrücklich bekräftigt.<sup>52</sup> Im Deliktsrecht zeichnen sich zwar seit langem gewisse Tendenzen zur Abmilderung und Relativierung des Verschuldensprinzips ab, als dogmatische Vehikel dienen etwa die Entwicklung von Verkehrssicherungspflichten oder die Umkehr der Beweislast im Bereich der deliktischen Produzentenhaftung. Dabei geht es jedoch ganz überwiegend um die haftungsrechtliche Erfassung von Sicherheitsmängeln, die zu Schäden an absoluten Rechtsgütern führen, nicht dagegen um den Ersatz reiner Vermögensschäden als Folge von Qualitätsmängeln. Das System des vertraglichen Schadensersatzes war und ist ohnehin verschuldensunabhängig und ebenfalls restriktiv im Hinblick auf den Ersatz reiner mangelbedingter Vermögensschäden: Vor der Schuldrechtsreform waren auf der Grundlage der höchstrichterlich entwickelten positiven Vertragsverletzungen vor allem Schäden an absoluten Rechtsgütern ersatzfähig; dagegen wurde Schadensersatz für Vermögensschäden als Folge von Qualitätsmängeln regelmäßig nur bei zugesicherte Eigenschaft gewährt. Als Folge der Integration des Kaufrechts in das allgemeine Gewährleistungsrecht kam es in der Schuldrechtsreform über den Begriff der Pflichtverletzung in § 280 zu der zentralen sachlichen Änderung im Kaufrecht, nämlich

50 Siehe dazu schon oben unter II 3.

51 Siehe nur BGH, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, NJW 2013, 220 (Granulat); Erman/Grünwald (Fn. 2), § 439 Rdnr. 1.

52 BT-Drucks. 14/6040, S. 131.

der Schadensersatzhaftung des Verkäufers für den „eigentlichen Mangelschaden“ schon bei bloßer Fahrlässigkeit, die auch den sog. Nutzungsausfall-schaden mitumfasst. Es blieb aber bei einer klaren Trennung zwischen verschuldensabhängiger Schadensersatzhaftung und verschuldensunabhängiger Verpflichtung zur Nacherfüllung.

Als Sprengsatz in diesem System erwies sich letztlich die Entscheidung der Schuldrechtsreform, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie „überschiessend“ als Basisregelung der kaufrechtlichen Gewährleistung für alle Kaufverträge umzusetzen. Möglicherweise hatte man die Überzeugungskraft des eigenen dogmatischen Systems überschätzt und die Innovationsbereitschaft und Verbraucherfreundlichkeit des EuGH unterschätzt. Die Interpretation der Verkaufsgüterkaufrichtlinie durch den EuGH entwickelte eine stürmische Eigendynamik, seine Linie für den Verbrauchsgüterkauf nahm auf das nationale Prinzip der Trennung zwischen Nacherfüllung und Schadensersatz keine Rücksicht, möglicherweise auch deshalb, weil die Richtlinie das Thema eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs nicht adressiert. Damit gab es für den nationalen Gesetzgeber nur zwei Optionen: Er konnte das bisher geltende System bewahren, um den Preis der zunehmenden Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher;<sup>53</sup> genau diese Entwicklung hatte man aber in der Schuldrechtsreform durch die Entscheidung für eine „große Lösung“ vermeiden wollen. Die andere Alternative bestand darin, unter Inkaufnahme erheblicher Brüche mit dem eigenen System die Ansätze des EuGH auf alle Kaufverträge auszudehnen. Der Gesetzgeber hat mit der Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung im Rahmen der Reform des Bauvertragsrechts den zweiten Weg gewählt, allerdings dabei die teleologische Grundlage ausgewechselt und dabei – möglicherweise unbewusst, aber jedenfalls insoweit ohne ausreichende Begründung und Vertiefung – das Verschuldensprinzip als tragende Säule des Schadensersatzrechtes grundsätzlich in-

frage gestellt. Selbst wenn man die Formel, dass die „Kosten der Mangelhaftigkeit“ vom Verursacher der Mangelhaftigkeit getragen werden sollen, nicht undifferenziert beim Wort nimmt, stellen sich schwierige Folgefragen, insbesondere die Frage nach einer tragfähigen Grenzziehung zwischen verschuldensabhängiger und verschuldensunabhängiger Ersatzpflicht. Warum soll der Verkäufer von mangelhaften Dachziegeln zwar die Kosten von Ausbau und Wiedereinbau mangelfreier Dachziegel verschuldensunabhängig tragen, nicht dagegen die möglicherweise viel einschneidenderen Schäden, die ein mangelbedingtes Durchregnen verursacht hat. Beide Schäden würde man in der Praxis wohl als „Folgeschäden“ der Mangelhaftigkeit bezeichnen, über deren Kalkulierbarkeit und Versicherbarkeit seit jeher gestritten wird.

## V. Ausblick

Der erste Überblick über die neue Regelung der Nacherfüllung und den derzeitigen Diskussionsstand hat gezeigt, dass es sich bei der Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung um deutlich mehr handelt als um eine kleine Anpassung im Windschatten der großen Reform des Werkvertragsrechts. Die neue Regelung bildet einen Sprengkörper im geltenden Schuldrecht, der letztlich eine Erosion der Differenzierung zwischen der Verletzung von absoluten Rechtsgütern und reinen Vermögensschäden, zwischen Sicherheitsmängeln und Qualitätsmängeln, sowie einer weiteren Relativierung des Verschuldensprinzips im Schadensersatzrecht auslösen könnte. Damit könnte die kleine Änderung des Kaufrechts sachlich mehr verändern und bewirken, als die große Schuldrechtsreform vor fünfzehn Jahren, der es auch gar nicht um inhaltliche Veränderungen ging, sondern um Verbesserungen des dogmatischen Fundaments.

53 Siehe schon Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983.