

# Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

Stand: 23.11.2015

## **I. Einleitung**

Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels für rund 400.000 selbstständige Unternehmen mit insgesamt drei Millionen Beschäftigten und jährlich 430 Milliarden Euro Umsatz. Der Einzelhandel ist nach Industrie und Handwerk der drittgrößte Wirtschaftszweig in Deutschland. Der HDE hat 100.000 Mitgliedsunternehmen aller Branchen, Standorte und Größenklassen.

Die Stellungnahme des HDE bezieht sich ausschließlich auf die Neuregelung der kaufrechtlichen Mängelhaftung. Kern dieses Teils des Gesetzentwurfs ist eine Regelung, nach der der Verkäufer künftig verpflichtet ist, im Falle eines Mangels an einer zwischenzeitlich eingebauten oder veränderten Sache die Kosten für den Ausbau und Wiedereinbau bzw. für die Wiederherstellung einer vorherigen Veränderung der Sache verschuldensunabhängig zu tragen.

Der HDE lehnt die vorgeschlagene Gesetzesänderung insoweit ab, als sie

- zum einen auch für die Wiederherstellung von Veränderungen der Kaufsache und
- zum anderen nicht nur für Verbrauchergeschäfte, sondern auch für Geschäfte zwischen zwei Unternehmern

gelten sollen. Beides bewirkt eine einseitige Haftungsverlagerung zu Lasten des Handels und geht über das europarechtlich gebotene Maß hinaus. In Bezug auf die durch die Rechtsprechung des EuGH gebotenen Änderungen für Verbraucherverträge hinsichtlich des Aufwendungsersatzes für die Kosten des Aus- und Wiedereinbaus schafft der Entwurf keine Rechtsklarheit, obwohl dies für die Praxis dringend notwendig gewesen wäre. Der HDE hält den Gesetzentwurf daher aus grundsätzlichen Erwägungen für dringend änderungsbedürftig.

## **II. Zu den Regelungen im Allgemeinen**

Der Gesetzentwurf weist richtigerweise auf die Rechtsprechung des EuGH zu den Kosten des Aus- und Wiedereinbaus einer mangelhaften Sache hin.

Nach der Entscheidung des EuGH vom 16.06.2011 (Az. C-65/09) ist der Verkäufer – entgegen der früheren Rechtsprechung des BGH - gegenüber einem Verbraucher verpflichtet, die Kosten für den Ausbau einer mangelhaften Sache und den Einbau der Ersatzsache zu tragen oder diese Arbeiten selbst vorzunehmen, soweit der Verbraucher den Einbau der Kaufsache gutgläubig vor Auftreten des Mangels vorgenommen hat. Dies gilt nach der EuGH-Rechtsprechung grundsätzlich auch, wenn dem Händler dadurch unverhältnismäßige Kosten entstehen. In diesem Fall soll der Anspruch des Verbrauchers auf Kostenerstattung allerdings auf die Übernahme eines

angemessenen Betrags beschränkt werden können. Dabei müsse der Wert der mangelfreien Kaufsache, die Bedeutung des Mangels sowie der Zweck der Richtlinie, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten, berücksichtigt werden. Durch die Herabsetzung dürfe das Recht des Verbrauchers auf Kostenerstattung in der Praxis nicht ausgehöhlt werden.

Der EuGH begründet seine Entscheidung mit dem Wortlaut von Art. 3 der Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantie für Verbrauchsgüter (1999/44/EG).

Der Bundesgerichtshof hat im Anschluss an die Entscheidung des EuGH nach dessen Vorgaben festgestellt, dass § 439 Abs. 1, 2. Alt. BGB (Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache) richtlinienkonform so auszulegen sei, dass die dort genannte Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ auch den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache erfasse (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011, Az. VIII ZR 70/08). Eine Möglichkeit, die Ersatzlieferung wegen unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern, habe der Verkäufer in diesen Fällen nicht. Bei unverhältnismäßigen Kosten für den Ein- und Ausbau bei Ersatzlieferung könne er den Käufer allerdings auf die Kostenerstattung in Höhe eines „angemessenen Betrags“ verweisen. Welche Kostenerstattung angemessen sei, müsse unter Berücksichtigung des Werts der Kaufsache in mangelfreiem Zustand und der Bedeutung des Mangels festgestellt werden, wobei diese Einschränkung nicht zu einer Aushöhlung des Rechts des Käufers auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten führen dürfe. Im konkreten Fall hat der BGH auf dieser Grundlage festgestellt, dass die Höhe des angemessenen Erstattungsbetrags für den Ausbau der mangelhaften Sache maximal 50 Prozent des Kaufpreises betragen dürfe.

Derzeit fehlen jedoch eine eindeutige Berechnungsgrundlage und klare Bezugspunkte für die Höhe des „angemessenen Betrages“, so dass die Ermittlung des Erstattungsbetrags vom Händler derzeit und auch nach dem vorliegenden Referentenentwurf unmöglich rechtssicher durchzuführen ist. Aus dieser Rechtsunsicherheit resultieren erhebliche Prozess- und Kostenrisiken für den Händler.

Von der neuen Rechtsprechung sind insbesondere große Teile des Baumarktsortiments betroffen, weil hier der Einbau der Ware regelmäßig durch den Kunden selbst vorgenommen wird. Auch im Elektrobereich werden Probleme im Zusammenhang mit dem Einbau von Elektrogeräten, der Installation von Lichtsystemen und im IT-Bereich registriert, weil auch diese Produkte häufig vom Kunden in eigener Verantwortung eingebaut werden. Im Bereich des Möbelhandels treten Probleme im Discount- und im sogenannten Boutique- und Mitnahmebereich auf, soweit die Möbel oder sonstigen Mitnahmeartikel, wie bspw. Leuchten, Bodenbeläge o. ä., vom Kunden selbst montiert werden.

Besonders hohe Belastungen sind auch im Online- und Versandhandel zu verzeichnen. Insgesamt wird festgestellt, dass die Konsumenten mit kontinuierlich steigender Tendenz ihre neuen Rechte geltend machen.

Die neuen Kostenrisiken muss der Händler in Zukunft bei seiner Preiskalkulation berücksichtigen, sie haben damit tendenziell eine preissteigernde Wirkung. Dabei ist der Händler aber mit dem Problem konfrontiert, dass eine realistische Preiskalkulation praktisch nicht möglich ist. Gegenwärtig fehlen noch statistisch belastbare Zahlen zur Quote von Gewährleistungsfällen im Zusammenhang mit Einbauprodukten. Auch die durchschnittlichen Kosten für den Ein- und Ausbau können in diesen Fällen noch nicht sicher beziffert werden. An den bestehenden Kostenrisiken ändert auch die Tatsache nichts, dass der Händler theoretisch die Möglichkeit hat, seinen Lieferanten gemäß § 445a BGB-E in Regress zu nehmen. Besonders kleinere Händler haben nämlich administrative Schwierigkeiten, ihre Regressansprüche aus gegen den Lieferanten bzw. Hersteller durchzusetzen. Sie verfügen über keinen Außendienst, der den vom Kunden behaupteten Sachverhalt überprüfen könnte. Aber auch bei größeren Händlern werden die Transaktionskosten erheblich steigen, selbst wenn die Regressansprüche im Ergebnis gegen den Lieferanten durchgesetzt werden können.

Neben den Transaktionskosten wird der Händler trotz des bestehenden Regressanspruchs mit weiteren Risiken belastet, die bei der Kalkulation kostenmäßig zu berücksichtigen sind. So trägt der Händler das Risiko, dass der Lieferant nicht mehr solvent ist oder wegen Geschäftsaufgabe nicht mehr in Haftung genommen werden kann. Weiterhin trägt er bei der Durchsetzung der Regressansprüche auch die Beweislast gegenüber dem Hersteller im Hinblick auf die Berechtigung der vom Kunden geltend gemachten Forderung auch der Höhe nach. Hierzu muss er u.a. darlegen, dass der geltend gemachte Mangel vorlag und der von ihm für den Ein- und Ausbau erstattete Betrag erforderlich war. Auch eine mögliche Beschränkung des Aufwendungsersatzanspruches auf die angemessenen Kosten muss er prüfen. Anderenfalls trägt er bereits heute das Risiko, dass sein Lieferant die Erstattung der Kosten im Wege des Regresses mit dem Hinweis darauf verweigert, dass der Händler gegenüber dem Verbraucher höhere Kosten getragen habe, als es erforderlich gewesen sei.

Rechtssicher können Händler ihre Regressansprüche gegenüber dem Hersteller bzw. Lieferanten also derzeit nur geltend machen, wenn die Berechtigung des Kundenanspruchs zuvor gerichtlich festgestellt wurde. Dies erhöht für den Händler den Verwaltungs- und Kostenaufwand abermals erheblich.

Problematisch ist auch, dass der Händler gegebenenfalls nachweisen muss, dass er seiner Schadensminderungspflicht nachgekommen ist und nur die objektiv notwendigen Arbeiten zur Mangelbeseitigung veranlasst hat. Dies kann eine schnelle Beseitigung des Mangels erfordern. Ist der Sachmangel aber nicht

gerichtlich festgestellt worden, kann der Hersteller bzw. Lieferant jedoch behaupten, der Händler habe ohne Rechtsgrund geleistet, weil tatsächlich kein Sachmangel vorgelegen habe.

Um solche rechtlichen Auseinandersetzungen mit dem Lieferanten zu vermeiden und die Abwicklung im Schadensfall zu erleichtern, vereinbaren Händler und Hersteller daher zwar häufig eine pauschale Abgeltung etwaiger Regressansprüche im Rahmen ihrer Konditionenvereinbarungen. Weil gegenwärtig aber keine gesicherten Erkenntnisse vorliegen, welche Höhe hierzu überhaupt angemessen wäre, ist die Verhandlungsposition für den Händler außerordentlich schlecht. Bei den Nachverhandlungen der Konditionen stehen die Glieder der Lieferkette daher vor einer nicht sachgerecht lösbaren Aufgabe, weil der Händler am Ende dem Risiko ausgesetzt ist, dass die vereinbarte Pauschalleistung sein wirtschaftliches Risiko nicht angemessen abbildet.

Das Risiko einer Regressfalle ist für die Händler seit den Entscheidungen von EuGH und BGH daher stark gestiegen und wird durch den vorliegenden Referentenentwurf nicht gemindert. Die vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vorgeschlagene doppelte Ausweitung des Anwendungsbereichs dieser Rechtsprechung auf Kaufverträge im B2B-Verhältnis sowie auf alle Veränderungen einer Kaufsache verschärft im Gegenteil die bereits bestehende Problematik für die Händler in hohem Maße. Für kleinere Händler, auch im Online-Handel, kann dies existenzbedrohende Ausmaße annehmen.

Nicht nachzuvollziehen ist angesichts des bereits heute hohen Verwaltungs- und Transaktionsaufwandes bei der Abwicklung der Ansprüche auf Erstattung der Aus- und Wiedereinbaukosten im B2C-Verhältnis die auf Seite 32 im zweiten und dritten Absatz getroffene Feststellung, dass ein Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft nicht zu erwarten sei, weil die Belastung zwischen den Unternehmen lediglich verschoben werde. Richtig ist, dass sowohl die Ausweitung des subjektiven Anwendungsbereichs auf Geschäfte zwischen Unternehmen, als auch die Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs auf alle veränderten Produkte zu einer massiven Steigerung der Verwaltungs- und Transaktionskosten bei allen Unternehmen entlang der Lieferkette führen würde. Daher würde auch der Erfüllungsaufwand für die Unternehmen steigen.

### **III. Zu den Regelungen im Einzelnen**

#### **1. § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E**

§ 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E regelt, dass der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet ist, nach seiner Wahl den Aus- und Wiedereinbau einer

mangelhaften Sache vorzunehmen oder dem Käufer die hierfür erforderlichen Kosten zu erstatten.

a) *Ausdehnung auf B2B-Geschäfte*

Mit dem Regelungsstandort in § 439 BGB wird eine Regelung für alle Kaufverträge geschaffen, die nicht auf Verbraucherverträge beschränkt ist, sondern auch zwischen Unternehmern gelten soll. Die Entscheidung des EuGH bezog sich jedoch lediglich auf die von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erfassten Verbrauchergeschäfte.

Die Einbeziehung der B2B-Geschäfte wird damit begründet, dass die derzeit restriktive Handhabung des Nacherfüllungsanspruchs vor allem zu Lasten der Handwerker und Bauunternehmer gehe.

Bereits bei der Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie ging der deutsche Gesetzgeber zulasten des Handels und zugunsten von Handwerk und Bauunternehmen einseitig über europäische Vorgaben hinaus. Dadurch sind dem Handel die Vereinbarung längerer Zahlungsziele zur teilweisen Kompensation der ihm jetzt mit dem aktuellen GE auferlegten Lasten abgeschnitten. Die Gesetzesbegründung beschreibt auf S. 39 zwar, dass Handwerk und Bauunternehmen entlastet werden. Sie lässt aber nur verhalten anklingen, dass diese erneute Besserstellung des Handwerks und der Bauindustrie vollumfänglich zulasten der Verkäufer geht, und bleibt Argumente für diese wiederholte einseitige Bevorzugung schuldig. Indem die Begründung des Gesetzentwurfs die bisherige Handhabung der Nacherfüllung im B2B-Bereich als "restriktiv" bezeichnet, verkennt sie den Rechtsgrundsatz der Verschuldensabhängigkeit der Haftung. Dem Verkäufer würde durch die beabsichtigten Änderungen eine sachlich nicht gerechtfertigte Garantiehaftung auferlegt. Aus Sicht des HDE ist der Gesetzentwurf insoweit einseitig und unausgewogen.

Der HDE lehnt die mit dem Referentenentwurf bezweckte Ausdehnung von Verbraucherschutzvorschriften auf vermeintlich schutzbedürftige Unternehmen daher entschieden ab.

Die durch die EuGH-Entscheidung begründeten Kostenrisiken des Handels (s.o. unter II.) werden dadurch unnötig weiter erhöht. Eine solche Maßnahme ist europarechtlich nicht geboten. Die Rechtsprechung, welche den Einzelhändler verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen bei Lieferung einer mangelhaften Sache die Kosten für den Ein- und Ausbau der Ware zu tragen, resultiert aus den Vorgaben der europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Diese ist ausschließlich auf das Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher anwendbar. Auch der Bundesgerichtshof hat bereits klargestellt, dass der Anspruch auf Erstattung der Ein- und Ausbaurkosten bei Lieferung einer

mangelhaften Sache grundsätzlich nur im Verhältnis zum Verbraucher, nicht aber bei Verträgen zwischen Unternehmern in Betracht kommt (BGH vom 02.04.2014, Az. VIII ZR 46/13).

Die Einführung einer dem deutschen Recht bisher nicht bekannten verschuldensunabhängigen Haftung des Verkäufers auch gegenüber Unternehmern ist daher aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen nicht geboten und würde auch deutlich über die europäischen Vorgaben hinausgehen. Entsprechende gesetzliche Änderungen verstießen damit gegen die Vereinbarung im Koalitionsvertrag, nach der im Bereich des Wirtschaftsrechts europäische Vorgaben immer nur eins zu eins umgesetzt werden sollen, auch um unnötige Regulierungen und Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt zu vermeiden (Deutschlands Zukunft gestalten: Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 15).

Eine solche gesetzliche Änderung wäre auch nicht sachgerecht, denn sie würde bestimmte Stufen der Lieferkette von üblichen betrieblichen Risiken zu Lasten anderer Unternehmer befreien, nur weil sie am Ende der Lieferkette stehen. So ist es z.B. nicht nachvollziehbar, warum ein Handwerker das Recht erhalten sollte, im Haftungsfall die Risiken der Solvenz des Herstellers – der den Mangel an der Ware verschuldet hat - auf seinen Lieferanten abzuwälzen. Dies ist auch deshalb völlig unangemessen, weil der Händler den Mangel ebenso wenig wie der Handwerker erkennen konnte – beide den Schaden also nicht zu vertreten haben – und der Händler nur die Lieferung einer mangelfreien Kaufsache schuldet, der Handwerker sich aber vertraglich zur Ablieferung eines mangelfreien Werks verpflichtet hat und damit schuldrechtlich umfangreichere Vertragspflichten übernommen hat, für deren Erfüllung er eben auch gerade stehen muss.

Aber auch wirtschaftliche Gründe sprechen gegen eine Verlagerung der Haftpflichten auf den Handel: Anders als der Händler verkauft der Handwerker die Ware vor dem Einbau mit einer erheblichen Spanne an den Verbraucher. Es besteht eine Vertragsbeziehung zum Verbraucher, in deren Rahmen der Einbau der mangelhaften Ware gegen Entgelt vom Handwerker vorgenommen wird. Die Gewinnspanne bei der Weiterveräußerung der Ware und bei der Bemessung des Werklohns ermöglicht dem Handwerker, das Risiko der Mangelhaftigkeit der von ihm verbauten Materialien einzupreisen. Will er dies vermeiden, kann er dem Verbraucher empfehlen, die zu verbauende Ware selbst beim Handel einzukaufen, sodass der Verbraucher im Fall der Mangelhaftigkeit die Erstattungsansprüche für den Ein- und Ausbau in vollem Umfang direkt gegenüber dem Händler geltend machen kann. Wenn er auf dieses Vorgehen verzichtet, weil er sich die aus dem Weiterverkauf resultierende Marge sichern will, hat er auch konsequenter Weise die damit verbundenen Risiken zu tragen.

Die Rechtsprechung des EuGH darf daher nicht auf das B2B-Verhältnis angewandt werden. Es sollte bei der Rechtslage verbleiben, die von allen Wirtschaftsbranchen seit Jahren akzeptiert wurde. Nur so wird auch dem deutschen Rechtsgrundsatz genügt, nach dem für Schäden grundsätzlich nur verschuldensabhängig gehaftet wird und sich Nacherfüllungsansprüche nur auf die vertraglich geschuldeten Gegenstände beziehen können. Wenn Verbraucher diesbezüglich durch die europäische Rechtssetzung privilegiert werden, kann dies keinen Grund darstellen, auch noch einzelnen Wirtschaftsbranchen entsprechende Privilegien zu übertragen.

Anstelle einer Regelung in § 439 BGB sollte die Vornahme des Aus- und Wiedereinbaus bzw. die Erstattung der dafür erforderlichen Kosten zur Umsetzung des EuGH-Urteils und zur Herstellung von Rechtsklarheit in den Vorschriften für den Verbrauchsgüterkauf geregelt werden.

#### *b) Wahlrecht des Verkäufers*

Unabhängig vom subjektiven Anwendungsbereich der Vorschrift ist das Wahlrecht des Verkäufers, ob er den Aus- und Wiedereinbau selbst vornimmt oder ob er die erforderlichen Aufwendungen erstattet, unerlässlich.

Der EuGH sieht in seinem Urteil vom 16.6.2011 die Selbstvornahme durch den Verkäufer ausdrücklich als eine Möglichkeit zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes der Kaufsache im Rahmen der Nichterfüllung an.

Auch um die Kosten im Zusammenhang mit den neuen verschuldensunabhängigen Haftpflichten des Händlers im Interesse aller Parteien in Grenzen zu halten, muss dieser jedenfalls nach seiner Wahl immer die Möglichkeit bekommen, den Ein- und Ausbau der Ware selbst vorzunehmen. Der Händler kann sich dann entscheiden, den Ein- und Ausbau der Ware ohne Einschränkungen selbst vorzunehmen, wenn er diese Leistungen selbst oder mit eigenen Subunternehmern günstiger bewerkstelligen kann. Durch das Wahlrecht erhält der Händler die Möglichkeit, die für ihn günstigste Variante zu wählen und wird vor einem unverhältnismäßigen Kostenaufwand im Zusammenhang mit dem Ein- und Ausbau geschützt, ohne dass Verbraucherinteressen beeinträchtigt werden.

Das Wahlrecht des Verkäufers ist auch aus rechtssystematischen Gründen unverzichtbar, wenn die verschuldensunabhängige Haftung für die Kosten des Ein- und Ausbaus als Teil des Nacherfüllungsanspruchs ausgestaltet werden soll. Denn auch beim auf die Kaufsache selbst bezogenen Nacherfüllungsanspruch erbringt der Verkäufer die Leistung in aller Regel selbst, er kann sich aber selbstverständlich auch eines Dritten zur Erfüllung des Anspruchs bedienen.

Würde die Möglichkeit der Selbstvornahme des Aus- und Wiedereinbaus durch den Verkäufer ausgeschlossen und auf den Ersatz von Kosten für die Arbeit eines Dritten beschränkt, würde die Schwelle zu den Sekundärleistungsansprüchen, in diesem Fall dem Schadensersatz, überschritten und das Prinzip des Vorrangs der Nacherfüllung unterlaufen.

## 2. § 439 Absatz 3 Satz 2 BGB-E

Durch die Regelung des § 439 Absatz 3 Satz 2 BGB-E soll die Rechtsprechung des EuGH zu den Kosten des Aus- und Wiedereinbaus der Kaufsache auch auf jede nach dem Vertrag vorausgesetzte Veränderung übertragen werden. Auch diese Regelung soll künftig für Kaufverträge zwischen Unternehmen gelten.

Der HDE lehnt eine Übertragung der Rechtsprechung des EuGH zu den Kosten des Aus- und Wiedereinbaus der Kaufsache auf nach dem Vertrag vorausgesetzte Veränderungen ab.

Wie in der Begründung der Vorschrift richtig festgestellt wird, stellt die Regelung eine starke - nach Ansicht des HDE völlig unverhältnismäßige - Ausweitung der verschuldensunabhängigen Haftung des Verkäufers dar.

Von der Regelung wäre ein breites Sortiment aus unterschiedlichen Branchen betroffen. Darunter fallen zum Beispiel

- der gesamte Markt der Mitnahmemöbel, die vom Verbraucher selbst aufgebaut oder veredelt (z.B. lackiert) werden,
- Teile des Techniksoriments (z.B. das Einrichten des Computers oder Handys),
- vom Verbraucher selbst geänderte Kleidungsstücke und gekürzte Gardinen,
- Pflanzen, z.B. ein selbst zurückgeschnittener Baum,
- teilweise Produkte aus dem Bereich des Kreativ- und Künstlerbedarfs.

Diese Aufzählung beinhaltet nur einige Produktsegmente, zeigt aber dennoch die wirtschaftliche Bedeutung eines Erstattungsanspruchs für alle vom Vertrag vorausgesetzte Veränderungen der Kaufsache. Auch diese Erweiterung der Rechtsprechung des EuGH wird nicht zuletzt durch Bürokratie- und Transaktionskosten zu weiteren zusätzlichen Belastungen des Handels führen. Aus Sicht des Einzelhandels sollte die Anpassung des Kaufrechts an die Rechtsprechung des EuGH daher auf das absolut erforderliche Mindestmaß beschränkt bleiben.

Sollte dennoch an der Regelung festgehalten werden, schafft die Beschränkung der Regelung auf eine vom Vertrag vorausgesetzte Verwendung ein

unerlässliches Mindestmaß an Vorhersehbarkeit der Haftung. Dennoch werden die Haftungsrisiken in der Praxis kaum kalkulierbar sein.

Dringend erforderlich ist weiterhin eine ausdrückliche Klarstellung, dass es sich bei „Veränderungen“ ausschließlich um Änderungen an der Kaufsache selbst und nicht um eine bestimmte Nutzung der Sache zusammen mit anderen Gegenständen handeln soll. Anderenfalls müsste beispielsweise der Verkäufer einer mangelhaften Lichterkette den Weihnachtsbaum neu schmücken. Zudem sollte klargestellt werden, dass Verarbeitungen und Vermischungen nicht vom Anwendungsbereich des § 439 Absatz 3 BGB erfasst sind. Bei Verarbeitungen und Vermischungen wird ein ganz neues Produkt geschaffen. Zumindest diese Fälle müssen einem verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch vorbehalten bleiben.

### 3. § 309 Nummer 8 b) cc) BGB-E

§ 309 Nummer 8 b) cc) BGB soll nach dem Referentenentwurf so geändert werden, dass auch jeder Ausschluss oder Beschränkung der Aufwendungen für die Ein- und Ausbaukosten bzw. die Wiederherstellung einer vorgenommenen Veränderung von dem Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit erfasst ist. Die Erweiterung der Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit in Zusammenhang mit der AGB-Kontrolle wird dazu führen, dass auch im B2B-Verhältnis die Aufwendungsersatzansprüche nicht ausgeschlossen werden können. Ein Ausschluss durch Individualvereinbarung ist für den Einzelhandel keine praktikable Lösung. De facto wird damit ohne Not die Vertragsfreiheit im B2B-Bereich weiter eingeschränkt.

Diese Lösung berücksichtigt nicht die sehr unterschiedlichen Kräfteverhältnisse der beteiligten Unternehmen. Der Anwendungsbereich geht weit über das Verhältnis von Handwerker und Baustoffhändler hinaus und betrifft faktisch die gesamte deutsche Wirtschaft. Die Zementierung der materiell-rechtlichen Regelung des § 439 Absatz 3 BGB-E privilegiert damit auch die Großkonzerne gegenüber den mittelständischen Lieferanten ebenso wie das große Bauunternehmen gegenüber dem kleinen Baustoffhändler.

Eine Abweichung von § 439 Absatz 3 BGB-E sollte in B2B-Verträgen grundsätzlich möglich sein, jedenfalls aber, wenn dem Käufer pauschal ein angemessener Ausgleich, z.B. bei den Einkaufskonditionen, eingeräumt wird. Daher sollte der Referentenentwurf zumindest um eine dem § 478 Absatz 4 Satz 1 BGB vergleichbare Vorschrift ergänzt werden. Auf diese Weise könnten die Bürokratielasten des Gesetzes für die Unternehmen wirksam gesenkt werden.

Dieser Gedanke sollte zudem in der Gesetzesbegründung berücksichtigt werden. Wir schlagen daher vor, den dritten Absatz der Gesetzesbegründung zu Nummer 3 (Änderung des § 309), Buchstabe a wie folgt zu ergänzen:

*„Für das Verhältnis zwischen Unternehmen bedeutet dies in der Praxis, dass § 309 Nr. 8 b) cc) BGB-E nicht anwendbar ist und die Vorschriften zur Mängelhaftung abbedungen werden können, wenn dem Käufer gleichzeitig in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Ausgleich für die abbedungenen Ansprüche eingeräumt wird.“*

#### **4. § 445a BGB-E**

Der HDE begrüßt, dass mit dem neuen § 445a BGB-E der Regressanspruch gegen den Lieferanten, der bisher nur für Verbrauchergeschäfte geregelt war, auf alle Kaufverträge ausgeweitet werden.

Da der Händler den Mangel in aller Regel nicht zu vertreten hat, wäre es unbillig, wenn er letztlich die Kosten der Nacherfüllung tragen müsste. Da der Gesetzentwurf eine starke Ausweitung der Gewährleistungsansprüche auch im B2B-Verhältnis vorsieht, ist es folgerichtig und unerlässlich, dass dem Händler auch ein entsprechender Anspruch gegenüber seinem Lieferanten eingeräumt wird.

Keinesfalls schützt dieser Lieferantenregress aber den Händler vollständig für den Fall eines von ihm nicht zu vertretenden Mangels. Denn die Regeln zum Unternehmerregress entlasten den Händler nicht von folgenden Kostenrisiken:

- Der Händler trägt das Solvenzrisiko seines Lieferanten.
- Er trägt das Risiko, dass er wegen Geschäftsaufgabe des Lieferanten seine Ansprüche nicht mehr durchsetzen kann.
- Bei Nichtbeachtung der Verpflichtungen beim Handelskauf gemäß § 377 HGB (sofortige Prüfung der Ware) entfällt der Regressanspruch.
- Der Händler trägt das Risiko und die Beweislast, dass der von ihm geleistete Kostenerstattungsanspruch tatsächlich dem Grunde und der Höhe nach bestand.
- Er trägt das Risiko, dass er bei internationalen Lieferverträgen keinen Regressanspruch hat oder diesen nicht durchsetzen kann.
- Fünf Jahre nach Ablieferung der Sache beim Händler entfällt der Regressanspruch trotz der Regelungen zur Ablaufhemmung.

In jedem Fall trägt der Händler die Transaktionskosten (s.o. unter II.).

## 5. § 475 Absatz 4 Satz 3 BGB-E

Richtig ist, dass der Gesetzentwurf – wie der EuGH in seinem Urteil vom 16.6.2011 – die Möglichkeit vorsieht, den Aufwendungsersatz nach § 439 Absatz 2 Satz 1 und 2 auf einen angemessenen Betrag zu begrenzen. Als Kriterien werden der Wert der mangelfreien Sache und die Bedeutung des Mangels genannt.

Es fehlt allerdings eine Konkretisierung dieser Regelung, die für die Praxis heute schon für die Ansprüche von Verbrauchern auf Ersatz der Aufwendungen für den Aus- und Wiedereinbau dringend erforderlich wäre. Stattdessen soll nach dem Referentenentwurf die Bemessung des angemessenen Betrages der Rechtsprechung anhand des Einzelfalls überlassen bleiben. Angesichts der Ausweitung der Aufwendungsersatzansprüche in § 439 Absatz 3 BGB-E wird die heute schon bestehende Rechtsunsicherheit noch vergrößert, ohne dass eine im Massengeschäft handhabbare Vorschrift geschaffen würde.

Da die vom EuGH hierfür vorgesehenen Kriterien auch in der Literatur als „diffus“ bezeichnet werden (Stefan Lorenz: Ein- und Ausbauverpflichtungen des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung, NJW 2011, S. 2241, 2244), sollte im Gesetz die Höhe der „angemessene Beteiligung“ des Unternehmers eindeutig definiert werden. Praktikabel ist hierzu eine Orientierung am Endverbraucherabgabepreis. Hierzu kann auf die Rechtsprechung des BGH zurückgegriffen werden. Dieser hat bei einem Kaufpreis von ca. 1.200,00 Euro einen Erstattungsanspruch für die Ausbaurkosten (ohne Kosten für den Einbau) in Höhe von maximal 600,00 Euro für angemessen gehalten. Damit liegt es nahe, dass der Kostenerstattungsanspruch für den Ein- und Ausbau der mangelhaften Sache der Höhe nach auf jeweils maximal 50 Prozent des Werts der mangelfreien Sache beschränkt wird. Ein nicht unwesentlicher Teil der Stimmen in der Literatur hält in Bezug auf die Unverhältnismäßigkeit des allgemeinen Nacherfüllungsanspruchs (§ 439 Abs. 3 BGB) die Grenze von 100 Prozent für angemessen. Eine solche Lösung würde im Ergebnis in modifizierter Form der Anregung von Pfeiffer folgen, der ebenfalls den Kaufpreis als Obergrenze für die Nacherfüllungsansprüche vorgeschlagen hat (Pfeiffer, LMK 2011, 321439). Auch Huber hält mit Hinweis auf die bestehenden Minderungs- und Rücktrittsrechte des Verbrauchers einen Anspruch von höchstens 100 Prozent beim schuldlos handelnden Verkäufer für angebracht (Huber, NJW 2002, S. 1004, 1008).

Fälle, in denen die Kaufsache einen besonders niedrigen Wert hat, aber verhältnismäßig hohe Ein- und Ausbaurkosten verursacht, könnten berücksichtigt werden, wenn die Vorschrift als Regelbeispiel ausgestaltet würde.

Die Begründung sollte dahingehend konkretisiert werden, dass bei rein ästhetischen Mängeln, die die Funktionsfähigkeit nicht berühren, in der Regel ein

Kostenbetrag als angemessen anzusehen ist, der unter dem Wert der Kaufsache liegt. Der letzte Satz des ersten Absatzes auf Seite 47 sollte daher wie folgt geändert werden:

*„Bei Vorliegen eines rein ästhetischen Mangels kann auch ein Kostenbeitrag als angemessen anzusehen sein, der unter dem Wert der ursprünglichen Kaufsache liegt (vgl. zu einem solchen Fall: BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011 – VIII ZR 70/08). In der Regel wird in diesen Fällen ein Kostenbeitrag oberhalb des Kaufpreises als unangemessen hoch zu gelten haben.“*

#### **IV. Fazit**

Der HDE lehnt die vorgeschlagene Gesetzesänderung insoweit ab, als sie zum einen auch für die Wiederherstellung von Veränderungen der Kaufsache und zum anderen nicht nur für Verbrauchergeschäfte, sondern auch für Geschäfte zwischen zwei Unternehmern gelten sollen. Damit bewirkt der Gesetzentwurf eine einseitige Haftungsverlagerung zu Lasten des Handels und geht über das europarechtlich gebotene Maß hinaus.

In Bezug auf die durch die Rechtsprechung des EuGH gebotenen Änderungen für Verbraucherverträge hinsichtlich des Aufwendungsersatzes für die Kosten des Aus- und Wiedereinbaus schafft der Entwurf keine Rechtsklarheit, obwohl dies für die Praxis dringend notwendig gewesen wäre. Dies sollte in einem geänderten, auf die Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH beschränkten Gesetzentwurf berücksichtigt werden, um eine für die Praxis handhabbare Rechtslage zu schaffen.

#### Rückfragen bitte an:

Dr. Peter J. Schröder  
Telefon: 030/726250-46  
E-Mail: [schroeder@hde.de](mailto:schroeder@hde.de)

Georg Grünhoff  
Telefon: 030/726250-38  
E-Mail: [gruenhoff@hde.de](mailto:gruenhoff@hde.de)