

50. Bau- und Vergaberechtstag in Neumünster

Neues Kauf- und Werkvertragsrecht: Ansprüche eines Bauunternehmers gegen den Baustofflieferanten

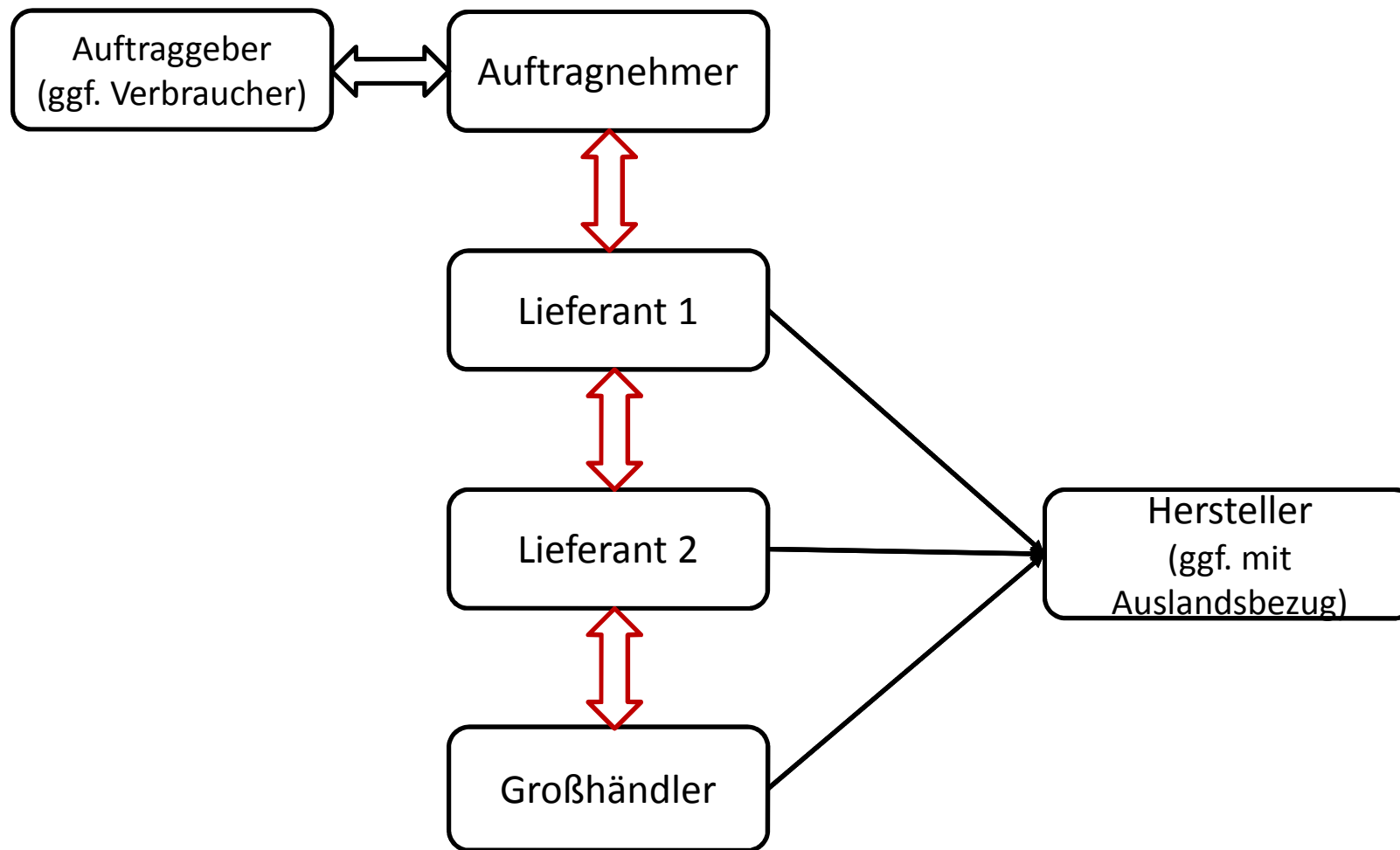
Referent:

Prof. Dr. Hans-Peter Donoth, Kiel

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Lehrbeauftragter an der Fachhochschule Lübeck, Fachbereich Bauwesen

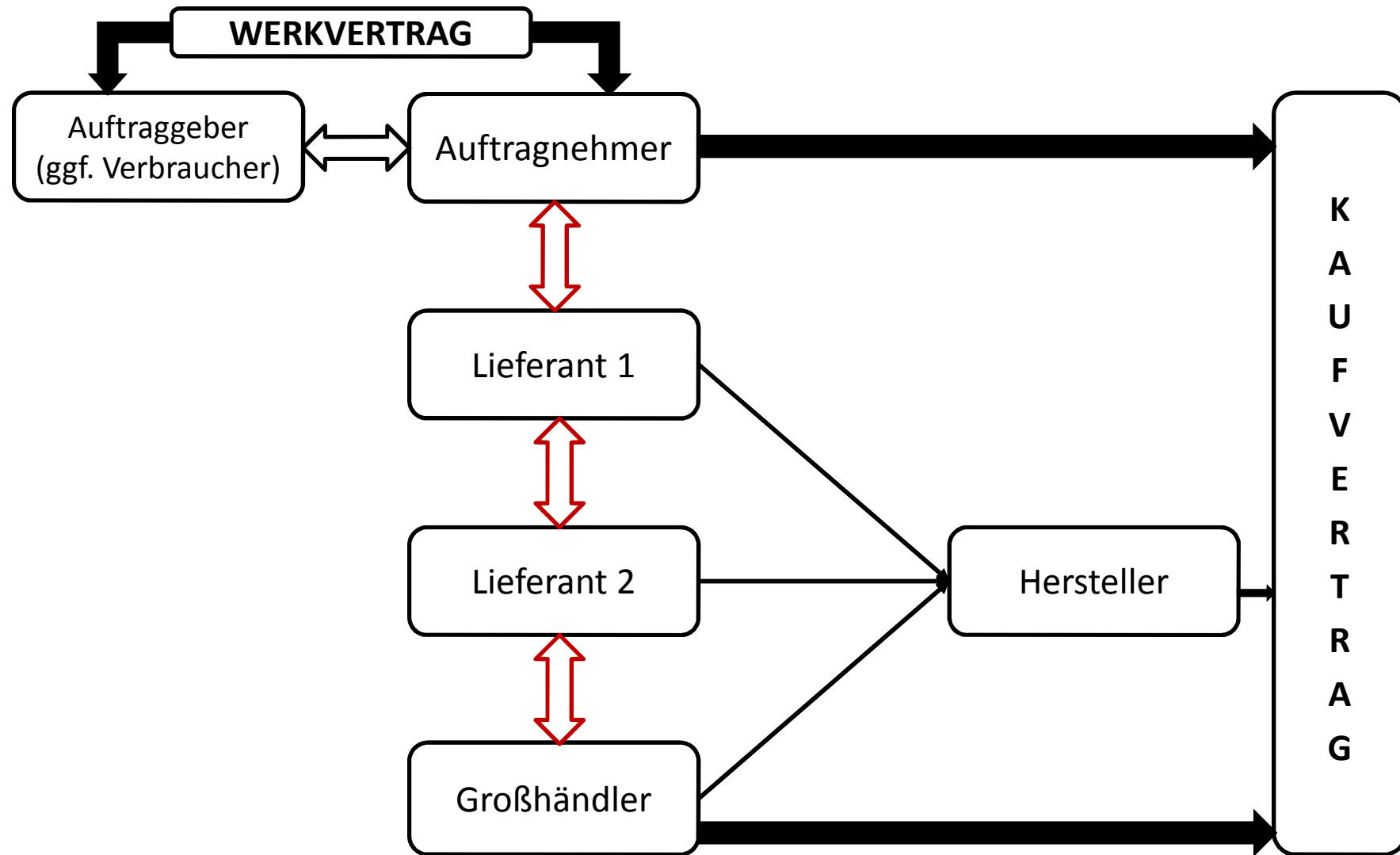
Worum geht es?



Wer ist davon betroffen? (Was geht mich das an?)

- **scheinbar nur der Auftragnehmer**
- **tatsächlich in der Regel auch der Auftraggeber bzw. Bauherr in der Auftragskette**

Wieso kommt es überhaupt zu einem Problem, dass der Gesetzgeber nun regeln musste?



- beide Verträge unterscheiden sich in der Pflicht des Leistungserbringens grundlegend
- während der Auftragnehmer den vertraglich vereinbarten Werkerfolg schuldet, hat der Verkäufer lediglich die Verpflichtung zur Übergabe und Eigentumsverschaffung

Folge dieser unterschiedlichen rechtlichen Einordnungen

Dachziegel-Entscheidung

BGH, Urteil vom 09.03.1983 (VIII ZR 11/82)

– vor der Schuldrechtsreform

BGB § 346, § 467

Der Käufer, der die gekaufte Sache entsprechend dem mit dem Vertrag erkennbar verfolgten Zweck vom Ort der Übergabe an eine andere Stelle geschafft hat, kann nach vollzogener Wandelung von dem Verkäufer die dadurch entstandenen Kosten ebenso verlangen wie diejenigen, die - nach erfolgloser Aufforderung des Verkäufers zur Rücknahme - durch die Rückschaffung der Sache an den Ort der Übergabe verursacht worden sind.

Aus den Gründen:

1.

Der Kl. kann von der Bekl. die Kosten für das Aufbringen der Ziegel auf das Dach und die Grobeindeckung verlangen.

a) [...]

b) [...]

Der Anspruch des Kl. folgt aber aus § **467** S. 2 BGB. Es mag sein, dass mit dem Begriff der „*Vertragskosten*“ in erster Linie die mit dem Vertragsschluss verbundenen Kosten gemeint sind (vgl. H.P: Westermann, in: MünchKomm,

§ 467 Rn. 9). Es ist auch zuzugeben, dass die Absicht des Gesetzgebers, den Käufer bei der Wandelung so zu stellen, als hätte er sich auf den Vertrag nicht eingelassen, nicht in der Form seinen Niederschlag im Gesetz gefunden hat, dass der wandelnde Käufer Ausgleich für alle ihm erwachsenen Schäden verlangen kann. [...] Dies schließt jedoch eine dem Kl. günstige Auslegung des Begriffs der Vertragskosten nicht aus. [...]

2.

Dem Kl. steht auch ein Anspruch auf Ersatz der Kosten für das Abdecken der Dachziegel zu.

a)

Allerdings findet insoweit § BGB § **467** S. 2 BGB keine Anwendung. [...]

b)

Der Ersatzanspruch findet seine Grundlage aber in den § **284** Abs. I, § 286 Abs. I BGB. Die Bekl. war im Rahmen des Wandelungsvollzuges verpflichtet, die Dachziegel wieder abzudecken und wegzuschaffen. [...]

Folge: Die Welt war für den Unternehmer in Ordnung. Aus- und Einbaukosten waren in der Regel zu erstatten.

Folge dieser unterschiedlichen rechtlichen Einordnungen

Parkettstäbe-Entscheidung

BGH, Urteil vom 15.07.2008 (VIII ZR 211/07)

Der Verkäufer mangelhafter Parkettstäbe schuldet im Zuge der Nacherfüllung durch Ersatzlieferung (BGB § 439 Abs. 1) nur die Lieferung mangelfreier Parkettstäbe, d. h. die Verschaffung von Besitz und Eigentum an einer mangelfreien Kaufsache (BGB § 433 Abs. 1); zur Verlegung ersatzweise gelieferter Parkettstäbe ist der Verkäufer im Wege der Nacherfüllung auch dann nicht verpflichtet, wenn der Käufer die mangelhaften Parkettstäbe bereits verlegt hatte.

Aus den Gründen:

Der BGH verneint einen Anspruch aus § **439** Abs.2 BGB auf Übernahme der „zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen *Aufwendungen*“ durch den Verkäufer. [...] Der Bauherr verlangt jedoch vom Holzhändler **nicht mehr Nacherfüllung** durch Lieferung neuer mangelfreier Parkettstäbe, sondern die Kosten für die Verlegung neuer, von einem Dritten zu liefernder Parkettstäbe. Das ist keine Nacherfüllung i.S.d. des § **439** Abs. 1 BGB. Der Bauherr macht damit vielmehr **Schadens- und Aufwendungsersatz** nach §§ **437** Nr. 3, **280**, **281**, **284** BGB geltend. [...] Er würde voraussetzen, dass der Holzhändler im Zuge der Nacherfüllung verpflichtet gewesen wäre, neue Parkettstäbe nicht nur zu liefern, sondern auch zu verlegen oder auf seine Kosten verlegen zu lassen. [...]

Die **Ersatzlieferung** erfordert daher eine **vollständige Wiederholung der Leistungen**, zu denen der Verkäufer nach § **433** Abs. 1 BGB verpflichtet ist, aber auch nicht mehr. Die Verlegung der ersatzweise zu liefernden Parkettstäbe schuldete der Holzhändler im Rahmen der Nacherfüllung ebenso wenig wie bei der ursprünglichen Lieferung.

Die weite Auslegung des Begriffs der Vertragskosten im Sinne des § 467 Satz 2 BGB a.F. in **BGHZ 87, 104** nicht zur Auslegung des Umfangs der Verpflichtung des Verkäufers zur Nacherfüllung gemäß § **439** BGB herangezogen werden kann.

Folge: Der Auftragnehmer hatte nun plötzlich keinen Haftungspartner für den oft wesentlichen Teil der Mängelbeseitigungskosten mehr.

Beispielsfall: mangelhafte Dachdämmung

Folge dieser unterschiedlichen rechtlichen Einordnungen

Die Rettung für den Verbraucher:

EuGH, Urteil vom 16.06.2011 (Rs. C-65/09)

Art. 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 gemäß 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.

Aus den Gründen:

Der EuGH stellt entscheidend darauf ab, dass die **Unentgeltlichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts** durch den Verkäufer ein **wesentlicher Bestandteil des durch die Richtlinie gewährleisteten Verbraucherschutzes** ist. Wenn im Falle der Ersatzlieferung der Verkäufer die Aus- und Einbaukosten nicht übernehmen müsste, würde der Verbraucher mit **zusätzlichen Kosten** belastet, die er bei **ordnungsgemäßer Erfüllung durch den Verkäufer nicht hätte tragen müssen**. Die Ersatzlieferung würde dann entgegen Art. 3 Abs. 2, 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 99/44/EG weder unentgeltlich noch *"ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher"* erfolgen.

Folge:

- **gespaltene Rechtslage Verbraucher/Unternehmer**
- **Keine Regressmöglichkeiten des Verkäufers in der Lieferkette!**

Folge dieser unterschiedlichen rechtlichen Einordnungen

Versuch einer Ausdehnung auf den Unternehmerkauf

BGH, Urteil vom 17.10.2012 (VIII ZR 226/11)

1.

§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die Nacherfüllungsvariante "Lieferung einer mangelfreien Sache" neben dem Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache auch den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache erfasst (im Anschluss an EuGH, Urteil vom 16.06.2011 - Rs. C-65/09 und C-87/09, IBR 2011, 400; Senatsurteil vom 21.12.2011 - VIII ZR 70/08, IBR 2012, 201).

2.

Diese richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist auf den Verbrauchsgüterkauf (BGB § 474) beschränkt und erstreckt sich nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern.*)

Aus den Gründen:

Zunächst verneint der Senat einen Schadensersatzanspruch aus §§ **280, 281** BGB, weil L als Zwischenhändlerin die Mangelhaftigkeit des Granulats nicht habe erkennen können; ein Verschulden des Herstellers habe sie nicht zu vertreten, weil dieser nicht ihr Erfüllungsgehilfe im Sinne des § **278** BGB sei. Eine darüberhinausgehende Verpflichtung der L zum **Ausbau** und zum **Einbau** verneint der BGH. Diese Leistungen seien **vom Nacherfüllungsanspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache nicht umfasst**, da es sich bei dem Vertrag **nicht um einen Verbrauchsgüterkauf** im Sinne des § **474** Abs. 1 BGB handle (beide Parteien waren Unternehmer im Sinne von § **14** BGB). Bei richtlinienkonformer Auslegung dieser Richtlinie **beschränke sie sich auf ihren Anwendungsbereich**, somit den **Verbrauchsgüterkauf**. Denn nach den Vorstellungen des deutschen Gesetzgebers seien wegen Deckungsgleichheit des Nacherfüllungsanspruchs und des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs anstelle der gelieferten mangelhaften Sachen lediglich mangelfreie Kaufsachen zu liefern. Hieraus folge, dass die richtlinienkonforme (erweiternde) Auslegung des § **439** Abs. 1 Alt. 2 BGB auf den Verbrauchsgüterkauf zu beschränken sei.

Folge:

- **Rechtsspaltung zwischen Verbrauchsgüterkauf und Unternehmerkauf endgültig;**
- **Verschulden in der Lieferkette in der Regel nicht nachzuweisen**
- ***In dieser Linie: BGH, Urteil vom 02.04.2014 (VIII ZR 46/13)***
- ***In dieser Linie: OLG Zweibrücken, Urteil vom 13.08.2015 (U 92/14)***

Rettung durch den Gesetzgeber

§ 439 III und IV BGB:

§ 439 Nacherfüllung

(1) ...

(2) ...

(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.

Rettung durch den Gesetzgeber

§ 439 III und IV BGB:

§ 439 Nacherfüllung

(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) ...

Rettung durch den Gesetzgeber

§ 439 III und IV BGB:

- gilt für alle Materialkäufe (Verbraucher/ Unternehmer)
- Aus- und Wiedereinbaukosten aufgrund gesetzlicher Regelung erstattungsfähig
- *„erforderliche Aufwendungen“*
- Unverhältnismäßigkeitseinwand möglich
- Kein Verschulden des Verkäufers erforderlich!

Rechtsfolgen des § 439 III BGB

- **alle zur Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen**
- **keine Pflicht und kein Recht zur Selbstvornahme des Verkäufers!**
- **auch Aufwendungen des Käufers muss Verkäufer grundsätzlich ersetzen**

Ende gut, alles gut?

- Regelung ist zwingend beim Verbrauchsgüterkauf (§§ 474, 476 BGB, Verbrauchsgüterrichtlinie)
hier: besonderes Risiko des Verkäufers im Verhältnis zu seinem Vorlieferanten (Hersteller)
- im Bereich B2B kann der Anspruch eingeschränkt oder ausgeschlossen werden

Ende gut, alles gut?

- wenn Verkäufer Verwender von AGB ist, verbietet § 309 Nr. 8 b) cc) eine Abänderung des § 439 III BGB (§§ 310 I, 307 BGB)

NZBau 2/2018 – Huber, Das neue Kaufrecht

„ ... Der Gesetzgeber geht dabei – gemäß der gängigen Praxis der Rechtsprechung – davon aus, dass die Klauselverbote des § 309 BGB grundsätzlich auch im Rahmen der für gegenüber Unternehmern verwendeten AGB geltend allgemeinen Inhaltskontrolle des § 307 BGB berücksichtigt werden und ggf. sogar Indizwirkung haben können. ...“

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Hans-Peter Donoth, Kiel

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Lehrbeauftragter an der Fachhochschule Lübeck, Fachbereich Bauwesen