

19. November 2015

## **Stellungnahme zum Referentenentwurf zur Reform des Bauvertrags- rechtes und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung**

### **I. Generelles**

Unseres Erachtens ist schon der Titel des Gesetzentwurfes missverständlich und in seiner Tragweite irreführend, denn der vorgelegte Entwurf betrifft im BGB nicht nur Bauprodukte, sondern jedwede Kaufsache, die seitens des Käufers gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut worden ist (§ 439 Abs. 3 RefE). Ferner wird mit § 439 Abs. 3 RefE die verschuldensunabhängige Mängelhaftung auf die Aus- und Einbaukosten ausgedehnt und ein unbeschränkter Rückgriff des jeweiligen Verkäufers auf seinen Lieferanten (§§ 445 a und b RefE) bis hin zum Hersteller ermöglicht.

Diese Weiterungen des RefE sind zu weitgehend, wenn man bedenkt, dass laut einer aktuellen statistischen Auswertung von Bauhaftpflichtschäden durch den Bauherrenschutzbund, die Bauhaftpflicht AIA AG und das Institut für Bauforschung in nur sechs Prozent der Fälle Materialfehler ursächlich für den Schaden sind.

Die Bauschadenssumme stieg von 33.000 Euro im Jahr 2002 auf 67.000 Euro in 2013 bei 4.800 ausgewählten Bauhaftpflichtschäden mit einer Gesamtschadenssumme von 215 Millionen Euro.

Planungsfehler schlagen nach dieser Erhebung mit 21 Prozent, jene der Bauleitung mit 25 Prozent und die der Bauausführung mit 45 Prozent zu Buche.

Anders herum formuliert, verursachen in 45 Prozent der Schadensfälle die Handwerker am Bau den Fehler und nicht der Baustoffhersteller.

## **II. Allgemein zum Referentenentwurf**

Mit dem Referentenentwurf ist beabsichtigt, vom bisher geltenden Recht grundlegend abzuweichen.

Die Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf (1999/44/EG) berührt gemäß ihrem Erwägungsgrund Nr. 9 nicht den Grundsatz der Vertragsfreiheit in den Beziehungen zwischen dem Verkäufer, dem Hersteller, einem früheren Verkäufer oder einer anderen Zwischenperson. Die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften bestimmen, gegen wen und wie der Verkäufer Regress nehmen kann.

Dies wurde durch den EuGH mit Urteil vom 16.06.2011 (C-65/09, C-87/09) dort in Rdnr. 58 bestätigt.

Es gibt keine Richtlinie in der EU, die im rein gewerblichen Bereich eine Verschärfung des nationalen Rechtes dahingehend fordert, dass der Unternehmer, der nicht für einen Verbraucher tätig ist, von seinem Materiallieferanten verschuldensunabhängig weiteres als den Ersatz des mangelhaften Materials fordern kann, insbesondere nicht den Ersatz von Aus- /Einbaukosten.

Auch der BGH (VIII ZR 46/13) hat in ständiger Rechtsprechung diese Rechtslage bestätigt und auch nicht auf eine ergänzende Auslegung des Kaufvertragsrechtes abgestellt.

Lediglich im Recht des Verbrauchsgüterkaufs ist schon de lege lata ein Rückgriffsrecht des Unternehmers in § 478 BGB manifestiert.

Es gibt daher keine Notwendigkeit, dieses Rückgriffsrecht de lege ferenda überhaupt und uneingeschränkt auf den rein gewerblichen Bereich auszuweiten.

Daran ändert eigentlich auch die Aussage des Koalitionsvertrages vom 27.11.2013, Seite 25 nichts. Denn der dort verwendete Begriff „zu verantworten hat“ bedeutet nichts anderes als „verschuldet hat“, wie sich aus § 276 BGB ergibt.

Auch der Koalitionsvertrag fordert daher gerade nicht die Erweiterung der verschuldensunabhängigen Mängelhaftung im rein gewerblichen Bereich.

## **III. Einzelne Vorschriften**

### **1. § 439 Abs. 3 RefE**

- a) Die Anwendung dieser Vorschrift wird zu unübersehbar vielen Fällen führen, die von einem so genannten Sachverständigen zu klären sein werden. Gerade für die Baustoffindustrie gibt es nur wenig qualifizierte Sachverständige. Die Gerichte beauftragen viel zu häufig allgemeine Sachverständige für „Schäden am Hochbau“. Es wird zu höchst komplizierten Verfahren kommen, wenn der Sachverständige nicht über die notwendige Produktkenntnis verfügt. Es wird dann auch schwieriger werden, die Anteile am Schaden aufzuteilen zwischen Verkäufer und Hersteller, dem ausführenden Handwerker, Planern und Architekten. Auch die Möglichkeit des Verkäufers, den Schaden im Wege des Selbsteintritts zu regulieren, ist unseres Erachtens sehr kritisch zu betrachten.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, wenn verschiedene Schadenursachen gegeben sind. Wie soll in solchen Fällen dann dem Verkäufer ermöglicht werden, seinen Beseitigungsaufwand oder nach Erfüllungsaufwand auf andere Parteien zu überlagern. Letztlich wird dies dann darauf hinauslaufen, dass zunächst ein Prozess zu führen ist, gegebenenfalls mit selbständigen Beweisverfahren, um die einzelnen Verursachungsbeiträge zu ermitteln.

- b) Der in § 439 Abs. 3 RefE verwendete Begriff „Sache“ wird nicht eingeschränkt, so dass die Definition des § 90 BGB gilt. Das heißt, erfasst werden alle körperlichen Gegenstände, sie müssen nur im Sinne des § 439 Abs. 3 RefE einbaufähig sein.
- c) Der Begriff „einbauen“ ist nicht näher definiert. Daher ist nicht nur das durch Bauarbeiten eingefügte oder hergestellte, eingesetzte oder montierte gemeint. Vielmehr könnte bei dieser weiten Formulierung auch das Wechseln einer Leuchtstoffröhre „Einbau“ sein.

## 2. § 445 a RefE

- a) Eine Sache kann sich im Verlauf der Lieferantenkette selber verändern, nämlich durch Beschränkung oder Erweiterung der vereinbarten oder sich sonst wie ergebenden Beschaffenheit, auch unter Berücksichtigung des erweiterten Sachmangelbegriffes des § 434 BGB, z. B. in ihrer Konsistenz durch äußere Einflüsse oder durch sonst der Sache selber nicht anhaftende Beschaffenheit der Sache. § 445 a RefE versucht insoweit eine gewisse Abschottung durch den Gefahrübergang, übersieht jedoch, dass dieser allenfalls beim klassischen, der Sache selber anhaftenden Mangel geeignet sein kann, nicht jedoch bei Eigenschaftserklärungen u.ä.m. Diese können sich im Laufe der Zeit ändern, während die Sache beim Händler schon lange auf Lager liegt.
- b) Nicht jeder Handwerker ist auch Kaufmann im Sinne des HGB. Der so genannte Kleingewerbetreibende, also ein solcher, der nach Art und Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb nicht erfordert, ist nach § 1 Abs. 2 HGB zwar kein Kaufmann, aber im Sinne des § 14 BGB „Unternehmer“. Hier weist der Referentenentwurf eine Regelungslücke auf, weil es an einer für den Verbraucher einschlägigen Regelung, wie § 377 für den Kaufmann, mangelt und § 442 Abs. 1 BGB dies mit der dort sanktionierten Folge der durch grobe Fahrlässigkeit bedingten Unkenntnis eines Mangels nicht auffängt.

## IV. Regelungsvorschläge

### 1. § 433 Abs. 3 neu

*„Der Käufer hat nach Abnahme der Sache diese unverzüglich auf sichtbare Mängel zu untersuchen und, sollten sich solche unmittelbar oder später zeigen, konkret und schriftlich gegenüber dem Verkäufer unverzüglich zu rügen und nach Erkennen eines Mangels einen eventuellen Einbau der Sache zu unterlassen. Erfolgt keine ordnungsgemäße Mängelrüge, gilt die Sache als genehmigt.“*

## 2. § 433 Abs. 4 neu

*„Will der jeweilige Verkäufer im Falle einer ihm übermittelten Mängelrüge sich den Rückgriff bei seinem Vorlieferanten (§§ 445 a, 478 RefE) offenhalten, hat er unverzüglich schriftlich die Mängelrüge seines Käufers und die Einzelheiten des Kaufvertrages dem Vorlieferanten und soweit dieser nicht der Hersteller der Sache ist, zugleich auch dem ihm bekannten Hersteller mitzuteilen.“*

Die unter IV. 1. und 2. vorgeschlagenen Regelungen schließen die Regelungslücke des § 445 a RefE.

## 3. § 433 Abs. 5 neu

*„Der Käufer hat bei einem eventuellen Einbau der Sache gesetzliche oder sonstige Vorschriften sowie Montageanleitungen, Verlege- und sonstige Hinweise des Herstellers der Sache sowie des Verkäufers zu beachten. Sofern für den Käufer leicht auffindbar, können derartige Hinweise auch auf der Website hinterlegt werden.“*

Ein Hersteller, und in seiner Folge jeder Verkäufer der Lieferantenkette, muss grundsätzlich von Jedem, also auch von einem Verbraucher, die Vorgaben z. B. von Montageanleitungen, Einbau- und Verlegehinweisen, Normen und dergleichen mehr verlangen können. Gleiches gilt auch für strikte Vorgaben zum Transport und zur Lagerung von Produkten.

## 4. § 439 Abs. 1 Satz 2 und 3

*„Sofern die Sache bereits eingebaut ist, hat der Verkäufer das Recht, die Nacherfüllung zu verweigern, wenn der Mangel keine Relevanz für die Gebrauchstauglichkeit der Sache hat, in welche die verkaufte Sache eingebaut worden ist. Ist ein Mangel von untergeordneter Relevanz für die Gebrauchstauglichkeit bzw. die Optik der Sache, kann der Verkäufer anstelle der vom Käufer gewünschten Nachbesserung auch einen insofern angemessenen finanziellen Ausgleich wählen.“*

Ein Hersteller weiß häufig nicht, wofür sein Produkt konkret eingesetzt wird. Manche Produkte haben trotz ihres relativ geringen Preises dennoch eine hohe Haftungsrelevanz. Daher wird hier eine Begrenzung vorgeschlagen.

## 5. § 439 Abs. 2

*„Der Verkäufer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen; solche betreffen die ortsüblichen Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten für die Nachbesserung der Sache selbst bzw. deren Ersatzlieferung frei Einbaustelle und für deren Aus- und Einbau sowie für die Wiederherstellung des Umgebungsbereiches der mangelhaften Sache in den ursprünglichen Zustand. Weitergehende Verpflichtungen bestehen nicht.“*

Durch eine klare Definition der Ein- und Ausbaurkosten bzw. der daraus korrespondierenden Aufwendungen solle eine weitere Klarstellung erreicht werden.

## 6. § 439 Abs. 3 RefE, neuer Satz 4

*„Die Haftung des Verkäufers gegenüber dem Käufer ist summenmäßig beschränkt auf das zehnfache des Bruttoverkaufspreises der mangelhaften Sache, insgesamt jedoch auf maximal fünf Millionen Euro.“*

Eine maximale Haftung durch einen Faktor bezogen auf den Preis und auf die tatsächlich eingebauten mangelhaften Produkte bei einer insgesamt summenmäßig maximalen Haftungsbegrenzung erscheint zweckmäßig, auch im Hinblick auf mögliche zu findende Versicherungslösungen.

## 7. § 445 a RefE, neuer Abs. 5

*„Der Hersteller ist berechtigt, selber unmittelbar die Mängelhaftungsansprüche, insbesondere auch den Nacherfüllungsanspruch des letzten Käufers in der Lieferkette zu befriedigen. Im Falle seiner Leistungsfähigkeit tritt der Hersteller gegenüber diesem Käufer anstelle dessen Lieferanten als Anspruchsgegner des Mängelhaftungsanspruches, sobald er dem Käufer gegenüber schriftlich erklärt hat, dass er in vollem Umfang für den eventuellen Mangel der Sache einsteht. Wechselseitige Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer der Sache und der weiteren Käufer/Verkäufer in der Lieferkette wegen eines eventuellen Mangels der Sache sind dann ausgeschlossen.“*

Dem Hersteller wird ohne die hier vorgeschlagene Ergänzung des § 445 a RefE lediglich eine Rechnung der „Aufwendungen“ präsentiert, ohne in den Prozess der Bearbeitung der Mängelrüge überhaupt in irgendeiner Form eingreifen zu können, sei es zunächst auch nur durch eigene Inaugenscheinnahme. Es ist denkbar, dass ein zeitnah informierter Hersteller die Mängelrüge für gerechtfertigt erachtet. Dann muss er aber auch die Möglichkeit eines Selbsteintrittsrechtes hinsichtlich der Nacherfüllung haben, zum einen um zu einer schnellen Lösung zu gelangen, zum anderen aber auch um die „Aufwendungen“ niedrig halten zu können.

## 8. § 474 RefE, neuer Abs. 3

*„Von den besonderen Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufes sind ausgenommen solche Sachen, welche der Hersteller auf der Sache selber, auf deren Verpackung oder sonst wie deutlich ausdrücklich als nicht geeignet für den Verkauf an einen Verbraucher bezeichnet hat.“*

Manche bei oder nach dem Einbau festgestellten Mängel entstehen bekanntlich erst durch Verwendung erkennbar ungeeigneter Produkte, u.a. wegen mangelnder Sachkunde. Da nicht jedes Produkt für jede einbauende Person geeignet ist, muss dem Hersteller für bestimmte Produkte erlaubt sein, einen ausdrücklichen schriftlichen Hinweis zu geben, um dieses Produkt vom Verbrauchsgüterkauf auszuschließen.

## 9. § 478 RefE, neuer Abs. 5

*„§ 445 Abs. 5 gilt entsprechend.“*

Folgeregelung zu IV. Nr. 7.