



**ZDH**

ZENTRALVERBAND DES  
DEUTSCHEN HANDWERKS

## Stellungnahme

---

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

## - Die Reform des Mängelgewährleistungsrechts -

Berlin, November 2015

# Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

## Vorbemerkung

Die Große Koalition hat bereits zu Beginn der Legislatur erkannt, dass das Gewährleistungsrecht in seiner gegenwärtigen Fassung zu ungerichteten Haftungsfolgen führt und Änderungen dringend geboten sind. Im Koalitionsvertrag heißt es:

*"Im Gewährleistungsrecht wollen wir dafür sorgen, dass Handwerker und andere Unternehmer nicht pauschal auf den Folgekosten von Produktmängeln sitzen bleiben, die der Lieferant oder Hersteller zu verantworten hat."*

Mit seinem Referentenentwurf nimmt das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) die Umsetzung des Koalitionsprojekts nun in Angriff. Durch gezielte Gesetzesänderungen und Ergänzungen des Gewährleistungsrechts soll laut Gesetzesbegründung die Rechtssituation für Werkunternehmer verbessert werden.

Für das Handwerk und den gesamten verarbeitenden Mittelstand gehört das Koalitionsprojekt zu den wichtigsten rechtspolitischen Vorhaben dieser Legislatur. Alltägliche Gewährleistungsfälle können Handwerker und andere KMU wegen der Rechtslage zu den sog. "Aus- und Einbaukosten" teuer zu stehen kommen. Denn sie und nicht die Verantwortlichen tragen die Folgekosten für Materialfehler. Nicht selten nimmt die Haftung des Handwerkers für Materialfehler ein Ausmaß an, das kleine Betriebe in die Insolvenz führt und damit für Unternehmer und Angestellte existenzbedrohend ist.

Hierbei handelt es sich keineswegs um ein theoretisches Schreckensszenario oder gar um überzogene Einzelfälle. Die Betroffenheit der

Praxis ist groß und Beispielsfälle gibt es genug. So haben allein 45 Prozent aller bayerischen Innungsbetriebe im Maler- und Lackiererhandwerk angegeben, mindestens einmal bereits die Kosten für fremdverschuldete Materialfehler getragen haben zu müssen. Zudem lassen sich zahlreiche Fälle nicht einvernehmlich zwischen Handwerk, Handel und Hersteller klären. Neben den bekannten Entscheidungen des BGH zu Bodenfliesen, Parkettstäbchen und Fensterrahmen müssen sich immer wieder Instanzgerichte mit derart gelagerten Sachverhalten befassen (Beispiele: LG Deggendorf, Urteil vom 3. April 2007, AZ: 3 O 370/06; OLG Celle, Urteil vom 11. November 2010, AZ: 11 U 133/10; OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Juni 2011, AZ: 4 U 34/11; LG Marburg, Urteil vom 14. Juni 2011, AZ: 2 O 48/10; LG Waldshut-Tiengen, Urteil vom 7. September 2012, AZ: 3 O 11/10; LG Potsdam, Urteil vom 21. Mai 2014, AZ: 3 O 86/13).

Eine solche Situation ist weder ordnungspolitisch noch wirtschaftlich tragbar. Gegner der Reform behaupten freimütig, Handwerker seien gegen diese Schäden versichert oder könnten sich auf die Kulanz ihrer Lieferanten verlassen. Einen Beweis ihrer Behauptung bleiben die Wortführer allerdings schuldig. Die tägliche Rechtsberatung der Handwerksorganisationen, die Umfragen und Erfahrung der Praxis zeigen dagegen sehr deutlich ein anderes Bild. Der Gesetzgeber ist deshalb gut beraten, sich nicht durch derart unseriöse Behauptungen beirren zu lassen. Die Praxis kann nicht länger zuwarten, sondern benötigt dringend eine gesetzliche Abhilfe. Der Referentenentwurf markiert hierfür einen wichtigen Schritt und verfolgt die richtigen Ansätze für eine Lösung der unfairen Haftungssituation.

Die Vereinbarung des Koalitionsvertrags zielt darauf ab, denjenigen die Kosten für Materialfeh-

ler tragen zu lassen, der die Mängel zu verantworten hat. Ein solches verantwortungsgerechtes Gewährleistungsrecht kann in der Praxis aber nur dann verwirklicht werden, wenn die richtigen Ansätze und Maßnahmen des Referentenentwurfs konsequent zu Ende geführt werden. So genügt es nicht, Handwerkern und anderen KMU einen Anspruch auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten einzuräumen, wenn diese Ansprüche von marktmächtigen Vertragspartnern per AGB ausgeschlossen werden können. Dasselbe gilt für Händler, deren Regressansprüche gegen den Hersteller ins Leere laufen, wenn der Hersteller die Ansprüche in seinen AGB ausschließt. Im Ergebnis bliebe damit alles beim Alten. Das Koalitionsziel wäre verfehlt. Denn hat der Hersteller den Materialfehler verursacht und zu verantworten, würde diese Verantwortung durch geschickte Vertragsgestaltung einseitig auf das schwächste Glied in der Lieferkette abgewälzt werden können. Dies widerspricht eklatant der Koalitionsvereinbarung. Der Koalitionsvertrag ist diesbezüglich unmissverständlich und muss vollständig umgesetzt werden.

Zudem müssen die praktischen Folgen der vorgesehenen Maßnahmen stärker berücksichtigt werden. Dies gilt insbesondere für das Recht des Verkäufers, zu entscheiden, ob er den Aus- und Einbau selbst vornimmt oder dem Käufer die Kosten für den Aus- und Einbau erstattet. Entschieden sich z.B. der Verkäufer von mangelhaften Fliesen, die er einem Handwerker verkauft hat, diese beim Kunden des Handwerkers selbst herauszureißen und neue fehlerfreie Fliesen zu verlegen, liegen die Probleme auf der Hand: Denn der Kunde hat ausschließlich mit dem Handwerker einen Vertrag. Muss der Kunde des Handwerkers also die Selbstvornahme durch den Verkäufer dulden oder hat er einen Anspruch darauf, dass der Handwerker den Aus- und Einbau durchführt? Wer haftet dem Kunden gegenüber, wenn der Aus- und Einbau durch den Verkäufer nicht sachgemäß erfolgt? Unge-

achtet dieses absehbaren Haftungschaos, bestehen erhebliche Zweifel, ob das Wahlrecht des Verkäufers mit den Vorgaben des Europarechts vereinbar ist.

Der in seiner Ausrichtung gelungene Referentenentwurf muss vor diesem Hintergrund in drei Punkten ergänzt bzw. geändert werden:

- ***Der Käufer (Handwerker) und nicht der Verkäufer (Händler) muss wählen können, ob der Verkäufer den Aus- und Einbau durchführen soll oder ob er den Aus- und Einbau selbst vornimmt und die Kosten vom Verkäufer erstattet bekommt.***
- ***Der Anspruch des Käufers auf Ersatz der Ein- und Ausbauposten muss für Verbraucher und Unternehmer gleichermaßen AGB-fest ausgestaltet sein.***
- ***Der Regressanspruch des Verkäufers gegen seine Lieferanten oder den Hersteller muss ebenfalls AGB-fest sein.***

Im Einzelnen:

### **I. Gewährleistungsanspruch gemäß § 439 Abs. 3 BGB**

#### ***- Der richtige Ansatz des Referentenentwurfs***

Der Referentenentwurf sieht eine Ergänzung des Gewährleistungsrechts vor. Gegenwärtig schulden Verkäufer ein mangelfreies Produkt und müssen im Gewährleistungsfall die Aufwendungen tragen, die erforderlich sind, um die mangelhafte Ware zu reparieren oder gegen ein mangelfreies Produkt auszutauschen. Dies können unter anderem Transport-, Versand- oder Verpackungskosten sein. Künftig tragen Verkäufer zusätzlich die Kosten, die erforderlich sind, um ein mangelhaftes Produkt, das vom Käufer ord-

nungsgemäß verarbeitet oder eingebaut wurde, auszubauen und ein neues mangelfreies Produkt einzubauen.

Der Gedanke hinter dieser Regelung ist rechtlich wie ökonomisch richtig. Wie der EuGH zutreffend betont, sind Käufer so zu stellen, als wäre das gekaufte Material von Beginn an mangelfrei gewesen. Es gibt keinen überzeugenden Grund, weshalb der Käufer die Kosten dafür tragen soll, dass zum Zweck der Nacherfüllung das mangelhafte Material ausgebaut und neues Material eingebaut werden muss. Die Aus- und Einbaukosten sind lediglich ein Annex der Gewährleistungshandlung und damit folgerichtig zunächst vom gewährleistungspflichtigen Verkäufer zu tragen.

Der Referentenentwurf bestimmt mit dem neuen Absatz 3 in § 439 BGB, dass der Gewährleistungsanspruch des Käufers die Aus- und Einbaukosten umfasst. Darüber hinaus wird mit der Regelung klargestellt, dass der Gewährleistungsanspruch auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten unterschiedslos für alle Käufer gilt. Der Referentenentwurf verfolgt damit den inhaltlich richtigen Ansatz und schafft gleich in verschiedener Hinsicht wichtige Rechtssicherheit. Zum einen besteht Rechtsklarheit hinsichtlich des Umfangs des Gewährleistungsanspruchs. Zum anderen finden die Gewährleistungsvorschriften künftig wieder einheitlich auf Verbraucher und Unternehmer Anwendung. Die von der Rechtsprechung entgegen dem Wortlaut des Gesetzes entwickelte – und von der Rechtswissenschaft zu Recht kritisierte – Differenzierung zwischen Verbrauchern und Unternehmern wird vom Referentenentwurf korrigiert. Die Gewährleistung ist Pflicht des Verkäufers. Diese Pflicht besteht unabhängig davon, ob der Käufer eine Sache als Verbraucher oder als Unternehmer erwirbt. Die einheitliche Anwendung von § 439 BGB vermindert die Regelungskomplexität, vermeidet Auslegungsschwierigkeiten und bietet

damit Verkäufern und Käufern ein praxisgerechteres und anwendungsfreundlicheres Recht.

#### **- Einheitliche Anspruchsvoraussetzungen schaffen**

Der neu eingefügte Absatz 3 unterscheidet zwei Fälle. Satz 1 betrifft Situationen, in denen die mangelhafte Kaufsache in eine andere Sache eingebaut wurde. Satz 2 erfasst dagegen den Fall, dass die mangelhafte Kaufsache verändert wurde. Die beiden Tatbestandsalternativen werden an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft. So muss der Käufer im ersten Fall die mangelhafte Sache „gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck“ in eine andere Sache eingebaut haben. Maßgeblich sind demnach die Art und der Verwendungszweck der Kaufsache und damit objektiv zu bestimmende Kriterien. Im zweiten Fall muss der Käufer dagegen die mangelhafte Sache „gemäß ihrer nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung verändert“ haben. Hier richtet sich der Tatbestand nach der von den Vertragsparteien subjektiv bestimmten Verwendung. Objektive Kriterien spielen keine Rolle.

Der Grund für diese Unterscheidung erschließt sich nicht aus dem Regelungskontext. Auch der Gesetzesbegründung lässt sich diesbezüglich kein Hinweis entnehmen. Es bleibt damit unklar, weshalb die erste Regelungsalternative allein nach objektiven und die zweite Alternative ausschließlich nach subjektiven Aspekten bestimmt wird.

Unverständlich ist die Unterscheidung zudem deshalb, weil sie regelmäßig zu unsachgemäßen Ergebnissen führen würde. So scheidet der Ersatzanspruch des Käufers im ersten Fall selbst dann aus, wenn die Parteien einen konkreten Verwendungszweck vereinbart haben, sich die Kaufsache ihrem objektiven Verwendungszweck nach aber dafür nicht eignet. Empfiehlt z.B. ein Händler einem Verbraucher zur Streichung der

Hausaußenfassade eine Farbe, die ihrem objektiven Verwendungszweck aber nur für Innenräume geeignet ist, entfällt der Anspruch des Verbrauchers nach § 434 Abs. 3 S. 1 BGB. Es kommt hier nicht auf das subjektiv vereinbarte, sondern allein auf den objektiven Verwendungszweck der Farbe an. Umgekehrt verhält es sich im zweiten Fall. Eine Schneiderin kauft Stoff von einem Händler und vereinbart den Verwendungszweck nicht vertraglich. Erweist sich der Stoff nach seiner Verarbeitung zum Kleid als mangelhaft, scheidet der Anspruch der Schneiderin nach § 439 Abs. 3 S. 2 BGB aus, obwohl sich der Stoff seinem objektiven Verwendungszweck nach für die Verarbeitung als Kleidungsstück eignet. Die Beispiele verdeutlichen, dass die ausschließliche Bestimmung nach objektiven oder subjektiven Kriterien nicht sachgerecht ist und zu unhaltbaren Ergebnissen führt. Es ist offensichtlich, dass dies vom Gesetzgeber nicht intendiert sein kann und es sich hierbei um einen redaktionelle Ungenauigkeit handelt, die zu beheben ist.

Die Notwendigkeit einer Korrektur gilt umso mehr, als beide Regelungsalternativen des § 439 Abs. 3 BGB nicht mit den Kriterien zur Bestimmung der Sachmangelfreiheit gemäß § 434 Abs. 1 BGB korrespondieren. Hiernach ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn:

- sie die vereinbarte Beschaffenheit hat.
- wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet.
- wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Diese dreistufige Bestimmung der Sachmangelfreiheit umfasst sowohl objektive als auch sub-

jektive Elemente. Diese bewährten Kriterien sollten – nicht zuletzt auch zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsordnung – für beide Regelungsalternativen des § 349 Abs. 3 BGB maßgeblich sein.

#### **- Selbstvornahmerecht des Verkäufers**

Steht dem Käufer ein Anspruch nach § 439 Abs. 3 BGB zu, soll der Verkäufer nach dem Referententwurf entscheiden, ob er den Aus- und Einbau bzw. die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands selbst vornimmt oder die hierfür erforderlichen Kosten ersetzt. Die Gesetzesbegründung stützt das Wahlrecht des Verkäufers auf zwei Punkte. Zunächst sei das Wahlrecht des Verkäufers „*Ausprägung des Rechts der zweiten Andienung*“. Dies ist wenig überzeugend, da die zweite Andienung nach § 439 Abs. 1 BGB nach Wahl des Käufers und eben nicht nach Wahl des Verkäufers erfolgt. Der Anspruch auf Aus- und Einbau ist Teil des Gewährleistungsanspruchs des Käufers gegen den Verkäufer. Eine Unterscheidung zwischen Neulieferung/Reparatur der Kaufsache einerseits und Aus- und Einbau andererseits stellt eine künstliche und rechtssystematisch inkonsistente Aufspaltung des Nacherfüllungsanspruchs dar. Die Wahl der Nacherfüllung muss deshalb auch die Erfüllung des Anspruchs auf Aus- und Einbau erfassen.

Davon abgesehen ist zu bezweifeln, dass ein Wahlrecht des Verkäufers mit den Vorgaben des Europarechts vereinbar ist. Gemäß Art. 3 Abs. 3 S. 1 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie „*kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen*“. Das Wahlrecht steht demzufolge zwingend dem Käufer zu, wenn dieser Verbraucher ist. Da § 439 BGB in der vorgesehenen Fassung bewusst und umfassend keine Unterscheidung zwischen Unternehmern und Verbrauchern in ihrer Eigen-

schaft als Käufer trifft und alle Käufer gleich behandelt, ist ein Wahlrecht des Verkäufers mit Blick auf das Europarecht zweifelhaft.

Als zweites Argument für das Wahlrecht des Verkäufers führt die Gesetzesbegründung eine wirtschaftliche Betrachtung an. Hiernach soll das Wahlrecht dem Verkäufer einen wirtschaftlichen Vorteil bieten, „*wenn er sach- und fachgerechte Aus- und Einbauleistungen günstiger selbst durchführen oder beauftragen kann, als dies dem Käufer möglich ist*“. Diese wirtschaftliche Betrachtung greift entschieden zu kurz. So werden zunächst die verschiedenen rechtlichen und vertraglichen Beziehungen bei Aus- und Einbau-Fällen außer Betracht gelassen. Der Verkäufer schließt mit dem Käufer (z.B. einem Handwerker) einen Kaufvertrag. Die Kaufsachen (z. B. Wärmedämmplatten) werden vom Handwerker entsprechend dem mit einem Verbraucher geschlossenen Werkvertrag im Haus des Verbrauchers eingebaut. Verbraucher und Händler stehen in keiner rechtlichen Beziehung zu einander. Stellt sich im Nachgang zum Einbau der Wärmedämmplatte ihre Mangelhaftigkeit heraus, hat der Verbraucher einen Anspruch auf Nacherfüllung gegen den Handwerker. Wählt nun der Händler die Selbstvornahme, müsste der Händler oder eine von ihm beauftragte Person das Dämmmaterial beim Verbraucher ausbauen und neues Material einbauen. Dies setzt allerdings faktisch wie rechtlich voraus, dass der Verbraucher die Nacherfüllung durch eine andere Person als seinen Vertragspartner duldet. Dies ist bei einer realistischen Betrachtung der Praxis überaus unwahrscheinlich. Der Verbraucher hat seinen Handwerker ausgewählt und mit dem Einbau der Dämmplatten beauftragt. Er hat nachvollziehbar kein Interesse daran, den Auftrag de facto einen Dritten ausüben zu lassen, den er weder kennt noch ausgewählt und beauftragt und über dessen fachliche Qualifikation er keine Informationen hat. Verbraucher und gewerbliche Kunden werden Dritten, zu denen

weder ein Vertrags- noch ein Vertrauensverhältnis besteht, den Zutritt zur Baustelle oder sogar in die Privatwohnung verwehren. Dem Verkäufer wird es demzufolge bereits faktisch und rechtlich nicht möglich sein, das Selbstvornahmerecht auszuüben.

Wie stellt sich in diesen Situationen die Rechtslage dar? Der Verbraucher verweigert eine Nacherfüllung durch den Verkäufer und verlangt die Nacherfüllung durch den vom ihm beauftragten Handwerker. Der Handwerker ist aus dem Werkvertrag zur Nacherfüllung verpflichtet. Führt der Handwerker den Aus- und Einbau durch und erfüllt damit nach, kann der Lieferant seinerseits nicht mehr sein derzeit vorgesehene Wahlrecht ausüben. Der Händler, der dem Handwerker das mangelhafte Material verkauft hat, kann infolge der Nacherfüllungsleistung des Handwerks nicht mehr wählen, ob er selbst die Aus- und Einbauleistung durchführen oder die Kosten übernehmen möchte. Der Handwerker erfüllt seine Pflicht aus dem Werkvertrag und beschneidet hierdurch zwangsläufig das Wahlrecht des Verkäufers aus dem Kaufvertrag gemäß § 439 Abs. 3 BGB. Dies wäre eine gesetzeswidrige angemessene Selbstvornahme. Der Handwerker würde durch die Vertragserfüllung aus dem Werkvertrag zum Rechts- und Vertragsbruch gezwungen werden. Zudem müsste er in diesem Fall die Kosten für den Aus- und Einbau tragen. Dies konterkariert den Zweck der Reform und kann vom Gesetzgeber ersichtlich nicht intendiert sein.

Sachgerecht kaum lösbare Fragen stellen sich auch dann, wenn der Verkäufer den Aus- und Einbau beim Kunden des Handwerks selbst vornimmt, hierbei jedoch die Werkleistung mangelhaft ausführt. In diesem Fall kumulieren verschiedene Ansprüche des Verbrauchers aus Vertrag gegen den Handwerker sowie deliktische Ansprüche gegen den Verkäufer. Der Handwerker hat seinerseits einen Anspruch auf erneute Nacherfüllung. Hinzu kommen schwierige

ge Beweisfragen über die Ursachen der Mängel des Materials und der Nacherfüllungshandlung. Diese unübersichtliche Rechtslage ist für die Praxis unzumutbar und für sämtliche Beteiligte von Nachteil. Insbesondere hat jedoch der Verkäufer durch seine Selbstvornahme ein Haftungsrisiko geschaffen, dass sich durch die mangelhafte Durchführung realisiert hat.

Angesichts des Haftungsrisikos des Verkäufers erschließt sich der von der Gesetzesbegründung in Aussicht gestellte wirtschaftliche Vorteil für den Verkäufer nicht. Insgesamt zeigt sich, dass das Wahlrecht des Verkäufers rechtssystematisch inkonsequent ist, wohl nicht europarechtskonform ist, zu erheblichen rechtlichen Folgeproblemen führt und dem Verkäufer keinen Vorteil bietet. Es ist deshalb dringend angezeigt, das Wahlrecht dem Käufer zu überlassen.

## II. AGB-Festigkeit der Ansprüche

Die erweiterten Gewährleistungsansprüche nach § 439 Abs. 3 BGB werden entsprechend dem neu eingefügten § 309 Nr. 8 b) cc) BGB einem Klauselverbot unterstellt. Damit dürfen Verkäufer keine abweichenden Vertragsregelungen per AGB vorgeben. Das Klauselverbot nach § 309 BGB gilt jedoch nur für AGB, die gegenüber einem Verbraucher vorgegeben werden. Gewerbliche Käufer genießen den unmittelbaren Schutz des konkreten Klauselverbots nicht. Dies legt auch die Gesetzesbegründung (S. 36) ausdrücklich dar.

Laut Gesetzesbegründung soll Handwerkern und anderen gewerblichen Käufern von Baumaterial allerdings ein ausreichender Schutz zukommen. In diesem Zusammenhang verweist die Gesetzesbegründung auf die Rechtsprechung des BGH und führt aus, dass die Klauselverbote des § 309 BGB ein Indiz dafür seien, dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen

Benachteiligung führen. Hieraus schließt die Gesetzesbegründung, dass ein „*formularmäßiger Ausschluss oder eine formularmäßige weitreichende Beschränkung der Verpflichtung des Verwenders, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen, Ein-, Ausbau und Wiederherstellungsleistungen zu erbringen oder hierfür Aufwendersersatz zu leisten, [...] grundsätzlich wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders der AGB unwirksam sein*“ wird.

Die Einschätzung, wonach Unternehmer durch die von der Rechtsprechung entwickelte Ausstrahlungswirkung des Klauselverbots ausreichend geschützt sein sollen, trägt jedoch den tatsächlichen Marktumständen sowie den unternehmerischen Kräfteverhältnissen der Praxis nicht ausreichend Rechnung.

Die vom BGH entwickelte Ausstrahlungswirkung der konkreten Klauselverbote ist lediglich ein Indiz, das in die allgemein anzustellende Abwägung (§ 307 BGB) einfließt. Ob die von der Rechtsprechung in jedem Einzelfall vorzunehmende Abwägung dazu führt, dass ein Ausschluss der Aus- und Einbaukosten eine unverhältnismäßige Benachteiligung des Käufers darstellt und damit unwirksam ist, ist stets von einer Gesamtschau sämtlicher Umstände des Einzelfalls abhängig. Der BGH betont dies ausdrücklich. So besteht grundsätzlich die Indizwirkung, „*es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interesse und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden*“ (BGH, NJW 2007, 3774).

Somit ist stets von einem Gericht zu klären, ob ein Haftungsausschluss oder eine Einschränkung per AGB unwirksam ist oder nicht.

Handwerkern und anderen kleinen marktschwachen Vertragspartnern nützt diese rechtstheoretische Wirkung bei Vertragsverhandlungen in der Praxis nichts. Marktstarke Vertragspartner geben ihre AGB vor und schließen die Haftung für sich aus oder schränken diese zumindest erheblich ein. Es ist realitätsfern, anzunehmen, dass sich Handwerker hiergegen unter Berufung auf die Rechtsprechung zur Wehr setzen. Davon abgesehen, dass Handwerksbetriebe über keine Rechtsabteilung verfügen, der die jeweils aktuelle Einzelfallrechtsprechung zur Indizwirkung bekannt ist, stärkt die Berufung auf die Rechtsprechung keineswegs die Verhandlungsposition des Handwerkers. Die Rechtsprechung besagt lediglich, dass im Rahmen einer allgemeinen Abwägung das Klauselverbot als Indiz heranzuziehen ist. Jegliches Gewicht verliert die Berufung auf die Rechtsprechung durch den Hinweis, dass nicht das Klauselverbot, sondern die Gesamtschau sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls maßgeblich ist.

Infolgedessen läuft der vom Referentenentwurf beabsichtigte AGB-Schutz für Handwerker und andere mittelständische Käufer in der Praxis absehbar ins Leere. Es ist damit nach wie vor der Einbauende, der im Ergebnis die Folgekosten für Materialfehler trägt.

Das Ziel eines verantwortungsgerechten Gewährleistungsrechts kann nur erreicht werden, wenn auch die Ansprüche von Unternehmern einem ausdrücklichen gesetzlichen AGB-Schutz unterliegen. Dies sollte durch einen entsprechenden Verweis in § 310 Abs. 1 BGB auf das konkrete Klauselverbot des § 309 Nr. 8 b) cc) BGB erfolgen.

Gegen die AGB-Festigkeit spricht auch nicht, dass die Vertragsfreiheit im Geschäftsverkehr bestehen bleiben muss und nicht eingeschränkt werden darf. Die Vertragsfreiheit wird durch eine Anwendung von § 309 Nr. 8 b) cc) BGB auf den

Geschäftsverkehr allerdings nicht tangiert. Geschäftspartner sind nach wie vor uneingeschränkt berechtigt, im Wege fairer und gleichberechtigter Vertragsverhandlungen von den gesetzlichen Ansprüchen des § 439 BGB abzuweichen. Dort, wo allerdings marktschwache oder gar wirtschaftlich abhängige Vertragspartner dazu genötigt werden können sollen, auf ihre Gewährleistungsrechte zu verzichten, geht es nicht um den Schutz der Vertragsfreiheit. Eine solche Forderung zielt allein auf das Recht des Stärkeren und ist ordnungs- und rechtspolitisch unhaltbar.

Die gesetzliche Haftung für Ein- und Ausbaurkosten darf auch im Geschäftsverkehr nicht per AGB eingeschränkt oder ausgeschlossen und damit weiterhin dem Schwächsten in der Warenlieferkette zugewiesen werden. Dies würde sämtliche Reformbemühungen ad absurdum führen und die Marktmacht der handelnden Akteure zum Entscheidungskriterium für eine Haftung erheben. Handwerksbetriebe, Verbraucher sowie kleine, marktschwache Händler – ergo der gesamte Geschäftsverkehr mit Ausnahme der Hersteller und marktmächtiger Händler – hätten absehbar das Nachsehen. Die AGB-Festigkeit steht deshalb keineswegs allein im Interesse des Handwerks und muss Einzug in die Reform halten.

### III. Regress

Für kleine und mittelständische Verkäufer ist es entscheidend, im Wege des Regresses die Aus- und Einbaukosten an den verantwortlichen Hersteller weiterreichen zu können. Dabei darf es keinen Unterschied machen, ob am Ende der Warenlieferkette ein Verbraucher oder ein Unternehmer steht. Es ist deshalb richtig, dass der Referentenentwurf mit den §§ 445a, 445b BGB entsprechende Regressvorschriften für den Geschäftsverkehr vorsieht.

Das Regelungsziel, dem Verkäufer einen effektiven Rückgriff auf seinen Lieferanten einzuräumen, wird jedoch in der Praxis nicht gelingen. Zwar lehnen sich die §§ 445a und 445b BGB weitgehend an die bewährte Regressvorschriften beim Verbrauchsgüterkauf an. Es handelt sich hierbei im Kern lediglich um eine Erweiterung der bewährten Praxis auf den Geschäftsbereich. Dies vereinfacht zusätzlich die Abwicklung, dass es für den Regress künftig in der Sache grundsätzlich keinen Unterschied macht, ob das mangelhafte Material am Ende der Warenlieferkette einem Verbraucher oder einem Unternehmer verkauft wurde. Der einzige Unterschied besteht darin, dass die neu eingefügten Regelungen – anders als der Verbrauchsgüterregress – keine AGB-Festigkeit anordnet. Folge ist, dass marktmächtige Hersteller sowie marktstarke Händler ihre Haftungsverantwortung in der Regresskette per AGB ausschließen und dem schwächsten Glied in der Warenlieferkette – und damit kleinen und mittelständischen Händlern – zuweisen können.

Ziel der Reform muss es bleiben, dass derjenige die Haftung für Materialfehler trägt, der die Mängel zu verantworten hat. Eine Haftungszuweisung, die sich nach der Größe der Marktmacht der beteiligten Akteure richtet, lehnt das Handwerk ab.

Ein umfassender gesetzlicher AGB-Schutz sowohl für Käufer als auch für Verkäufer im Regress ist dringend geboten und dient dem gesamten Geschäftsverkehr:

- Verbrauchern, weil Handwerker die Aus- und Einbaukosten nicht zu tragen und deshalb keine Liquiditätspässe oder gar eine Insolvenz zu befürchten hat. Die Mangelbeseitigung kann ungefährdet durchgeführt werden und wirkt sich positiv auf die Kundenbeziehung aus.

- Allen materialverarbeitenden Betrieben aus Industrie und Handwerk, weil sie nicht länger für Produktfehler in Haftung genommen werden, die sie weder verursacht, noch zu verantworten haben. Das schafft Rechtssicherheit und wirtschaftliche Stabilität, die nicht zuletzt für Investitionen und die Gewährung von Bankkrediten entscheidend sind.
- Händlern, weil sie sich auch gegenüber mächtigen Vertragspartnern schadlos halten können und die Aus- und Einbaukosten an den Verursacher des Produktfehlers und damit den tatsächlich Verantwortlichen weitergeben können.

### Fazit

Der Referentenentwurf setzt mit der Ausweitung des Gewährleistungsanspruchs und der Einführung spezieller Regressvorschriften für den Unternehmensbereich die richtigen Akzente. Jedoch steht und fällt der Erfolg der Reform mit ihrer Wirkung in der Geschäftspraxis. Ein verantwortungsgerechtes Gewährleistungsrecht setzt voraus, dass gesetzlich gewährte Rechte auch tatsächlich durchgesetzt werden können. Verbraucher und kleine Betriebe benötigen deshalb einen klar im Gesetz verankerten AGB-Schutz, damit ihre berechtigten Ansprüche auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten nicht von marktmächtigen Unternehmen ausgeschlossen werden können. Zudem muss die Reform Rechtsunsicherheit vermeiden. Durch das vorgesehene Wahlrecht des Unternehmers bezüglich der Nacherfüllung werden zwangsläufig rechtliche Folgeprobleme geschaffen, die in der Praxis absehbar zu Rechtsunsicherheit und Konflikten zwischen Verkäufern, Handwerkern und deren Kunden führen.

Die Chancen des Referentenentwurfs müssen genutzt und die guten Ansätze konsequent zu Ende geführt werden. Das Handwerk unterstützt

die Bundesregierung in ihrer Absicht, das Gewährleistungsrecht verantwortungsgerechter zu gestalten und erkennt in dem Referentenentwurf einen wichtigen Schritt zur Erreichung dieser Zielsetzung.