

Das neue Kaufrecht – ein Überblick

Von Diplom-Jurist Okan Isikay, Bayreuth*

Am 1.1.2018 sind die neuen Regelungen zum Kaufrecht in Kraft getreten. Dabei dienen die Änderungen im Kaufrecht vor allem zwei Zielen. Zum einen sollten dadurch die Vorgaben umgesetzt werden, die der EuGH in der Sache Weber und Putz¹ für eine Nacherfüllung im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs vorgegeben hat. Zum anderen sollten gewisse Interessen von Werkunternehmern gewahrt werden, was auch die Verbindung mit der Einführung des neuen Bauvertragsrechts zeigt, aber auch Auswirkungen auf das Kaufrecht gehabt hat. Den letzten Aspekt sollte man sich verdeutlichen, wenn man sich mit den neuen Regelungen auseinandersetzt. Ziel der Darstellung ist es, neue und alte Aspekte im neuen Kaufrecht hervorzuheben, um so einen Überblick über die relevanten Problembereiche zu erhalten, welche trotz und wegen den Regelungen vorhanden sind.

I. Gang der Darstellung

Im Folgenden werden zunächst die neuen Regelungen im Kaufrecht (II.) dargestellt. Zuvörderst soll dabei auf § 439 Abs. 3 BGB eingegangen werden (1.). Im Anschluss werden die Änderungen zum Regress (2.) und die Änderungen der speziellen, verbraucherrechtlichen Regelungen (3.) beleuchtet. Der Einfachheit halber wird im Folgenden immer nur von Ein- und Ausbau gesprochen und der Begriff der Anbringung insoweit vernachlässigt.² Angemerkt sei jedoch, dass mit der Anbringung vor allem das Auftragen von Farben und Lacke gemeint ist.³

Altbekannte Probleme, welche trotz der Änderungen und Verschiebungen noch weiterhin bestehen, werden in diesem Zusammenhang kurz aufgezeigt. Abschließend folgen ein kurzes Fazit und ein entsprechender Ausblick (III.).

II. Die Neuerungen im Kaufrecht

1. Der neue § 439 Abs. 3 BGB

Mit dem neu eingeführten § 439 Abs. 3 S. 1 BGB wird die EuGH-Rechtsprechung zum Ersatz von Ein- und Ausbaurückstellungen durch den Verkäufer (Rechtssache Weber und Putz)⁴ umgesetzt. Dabei liegt jedoch eine überschießende Umsetzung vor, da diese Regelung nun nicht nur (wie vom EuGH vorausgesetzt) für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs („B2C“) gilt, sondern für sämtliche Kaufverträge, also auch zwischen Unternehmern („B2B“) und Verbrauchern („C2C“).

§ 439 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 442 BGB stellt insoweit einen Ausschlussgrund dar, wonach derjenige, der eine Sache in

Kenntnis des Mangels und damit „bösgläubig“ einbaut, seine Kosten nicht nach § 439 Abs. 3 BGB ersetzt verlangen kann. Dies bedeutet, wer erst nach dem Vertragsschluss (sonst greift § 442 BGB bereits direkt!)⁵ den Mangel entdeckt und trotzdem einbaut, wird mangels Schutzwürdigkeit insoweit „leer“ ausgehen.⁶

Tatbestandlich ist zu beachten, dass § 439 Abs. 3 BGB nicht die Nacherfüllungspflicht nach § 439 Abs. 1 BGB ausschließt, sondern daran anknüpft („der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache“). Die Norm ist damit von ihrem Regelungsgehalt vergleichbar mit der Regelung zur Selbstvornahme im Werkvertragsrecht nach § 637 BGB, indem sie dem Käufer eine eigene Möglichkeit zur Beseitigung des mangelhaften Zustands durch Ausbau (selbst oder mithilfe Dritter) auf Kosten des Verkäufers einräumt. Ähnlich wie für § 439 Abs. 1 BGB ist dabei aber ein berechtigtes Verlangen auf Aufwendungsersatz nach § 439 Abs. 3 BGB nötig. Dafür spricht sowohl die rein systematische Kohärenz als auch der Wortlaut („im Rahmen der Nacherfüllung“). Dabei muss der Einbau der Sache gemäß ihrer Art und ihres Verwendungszwecks erfolgt sein, sodass ein zweckwidriger oder der Art der Sache widersprechender Einbau zu keiner Kostenpflicht des Verkäufers für den Ausbau führt. Die funktionelle Bestimmung der Sache ist diesbezüglich somit eine wichtige Orientierung.⁷

Für die Auswirkungen des neuen Kostenanspruchs ist der Wortlaut des § 439 Abs. 3 BGB genau zu lesen. Die Norm verlangt nämlich nicht, dass die Kaufsache beim Käufer eingebaut worden sein muss, sondern nur, dass der Käufer diese (bei irgendjemanden) eingebaut hat. So unscheinbar diese Formulierung auf den ersten Blick scheinen mag, versteckt sich dahinter letztlich der von Teilen begehrte Werkunternehmerregress. Einer (ohnehin überwiegend verneinten)⁸ Analogie zu den Regressregelungen des Kaufrechts bedarf es somit nicht mehr. Für Werkunternehmer ist damit § 439 Abs. 3 BGB der Schlüssel zum Ersatz ihrer Kosten, denn die Werkunternehmer werden die benötigten Werkstoffe regelmäßig von Dritten einkaufen. Wenn sich dann im Werkvertragsverhältnis etwaige auf der Kaufsache beruhende Mängel gegenüber dem Besteller ergeben, welche der Werkunternehmer nach den §§ 634 ff. BGB tragen muss, kann er die Ein- und Ausbaurückstellungen insoweit an den Verkäufer (verschuldensunabhängig!) nach § 439 Abs. 3 BGB weiterreichen.

* Der Verf. ist Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches & europäisches Wettbewerbsrecht der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – Rs. C-65/09, C-87/09.

² Insoweit sieht BT-Drs. 18/11437, S. 40 den Begriff des Anbringens grundsätzlich nur als Konkretisierung.

³ BT-Drs. 18/11437, S. 40; dies kritisch und das Gefüge des BGB noch mehr durcheinanderbringend sehend Dauner-Lieb, NZBau 2015, 684 (686).

⁴ EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – Rs. C-65/09, C-87/09.

⁵ Lorenz, Jus 2018, 10 (12).

⁶ Dauner-Lieb, NZBau 2015, 684 (686), wobei aber (zu Recht) gerügt wird, dass die gewählte Verweisungstechnik die Verständlichkeit nicht unbedingt fördert.

⁷ BT-Drs. 18/8486, S. 39 f.

⁸ BGH BeckRS 2013, 15325; vgl. zum alten Recht insoweit Lorenz, in: Münchner Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 478 BGB Rn. 9.

a) Rechtliche Einordnung des § 439 Abs. 3 S. 1 BGB

Interessant an dieser Regelung ist zunächst, dass § 439 Abs. 3 S. 1 BGB nach dem klassischen zivilrechtlichen Verständnis einen Fremdkörper im BGB darstellt, da ein klassisch, vorrangiger Erfüllungsanspruch in natura bezüglich des Ein- und Ausbaus nicht besteht, sondern nur ein Anspruch auf Tragung der insoweit angefallenen Aufwendungen. Dogmatisch lässt sich über den Regelungsgehalt des § 439 Abs. 3 S. 1 BGB nicht zuletzt deswegen viel streiten. Jedoch scheint es jedenfalls naheliegend, ihn entsprechend der Rechtsprechung zu § 439 Abs. 2 BGB⁹ als eigene Anspruchsgrundlage in Bezug auf die getätigten Aufwendungen zu sehen. Die Einführung von § 439 Abs. 3 BGB dürfte weiterhin aber auch an der Einordnung des § 439 Abs. 2 BGB als eigener Anspruchsgrundlage nichts ändern, da beide immer noch unterschiedliche Kosten in der Rechtsfolge umfassen. Eine weitere (konzeptionelle) Besonderheit ist, dass es sich um einen für alle Kaufvertragsverhältnisse geltenden verschuldensunabhängigen Aufwendungsersatzanspruch handelt. Dabei muss beachtet werden, dass die Aufwendungen im Einzelfall durchaus als schadensnah zu qualifizieren sind, sodass die Abkehr vom Verschuldensersatzanspruch, über die Vorgaben des EuGH hinaus für alle Kaufverträge, durchaus als bemerkenswert einzuordnen ist. Bisher wäre, nach dem klassischen Verständnis des Systems im BGB, dafür nach rein nationalem Verständnis ein (verschuldensabhängiger) Schadensersatzanspruch einschlägig gewesen.

b) Ausreichende Umsetzung der Vorgaben?

Trotz allem kann die Frage gestellt werden, ob für den Verbrauchsgüterkauf nun eine ausreichende Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie vorliegt, oder nicht immer noch eine richtlinienkonforme Auslegung bezüglich der Reichweite der Nacherfüllung bei § 439 Abs. 1 BGB vorzunehmen ist. Die Urteilsbegründung¹⁰ des EuGH ließe eine Interpretation in beide Richtungen zu. Dabei wird nämlich durchaus nahegelegt, dass ein solcher Erfüllungsanspruch in natura notwendig ist. Hingegen geben die Leitsätze aber explizit vor, dass der Verkäufer entweder den Ein- und Ausbau vornehmen oder die Kosten dafür tragen muss. Diese doppelte Möglichkeit wird durch die unterschiedlichen sprachlichen Fassungen bestätigt. Weiterhin gibt der EuGH nur das Ergebnis der nationalen Rechtsanwendung vor, auf den Weg dazu darf der EuGH aufgrund der Verfahrensautonomie der Mitgliedsstaaten ohnehin überhaupt keinen Einfluss nehmen. Das Ergebnis muss nur sein, dass für den Verbraucher keine „erheblichen Unannehmlichkeiten“ nach Art. 3 Abs. 3 VerbrGKRL¹¹ bestehen. Ein reiner Aufwendungsersatzanspruch dürfte dann aber genügen. Etwaige Unannehmlichkeiten (z.B. den Verkäufer für die Geltendmachung der Kosten zu kontaktieren und einen Dritten für Ein- und Ausbau zu bestellen) könnten

durchaus hingenommen werden, da diese mangels eigener Kostentragung nicht als „erheblich“ anzusehen wären.

Es erscheint mithin vorzugswürdig, einen Aufwendungsersatzanspruch als ausreichend zu erachten, sodass eine richtlinienkonforme Auslegung nicht mehr nötig ist.

Darüber hinaus könnte künftig aber auch der Gesetzgeberwille, welchen es grundsätzlich zu beachten gilt, einer potentiellen richtlinienkonformen Auslegung bezüglich Ein- und Ausbau entgegenstehen. Denn gegen eine entsprechende Ein- und Ausbaupflicht nach § 439 Abs. 1 BGB im Wege der richtlinienkonformen Auslegung würde sprechen, dass dann eine gespaltene Auslegung in § 439 Abs. 1 BGB bestehen bliebe, welche der Gesetzgeber aber gerade künftig verhindern wollte.¹² Insbesondere der Umstand, dass ein solcher Ein- und Ausbau durch den Verkäufer in einem früheren Gesetzentwurf noch geregelt war und nun gestrichen wurde,¹³ zeigt, dass etwas derartiges gerade nicht gewollt war. Als weiteren Grund dafür lässt sich anführen, dass man den Verkäufer nicht in jedem Fall den Ein- und Ausbau durchführen lassen wollte, gerade wenn eine gewisse Expertise dafür nötig ist.¹⁴ Gerade auch im Interesse der Werkunternehmer wollte man ein entsprechendes Wahlrecht unterbinden und die Ansprüche auf einen reinen Kostenersatz beschränken, unabhängig von der Person, bei der die Kaufsache eingebaut wird. Denn andernfalls würde man Materialverkäufer in das Verhältnis vom Werkunternehmer und Besteller hineinziehen.¹⁵ Darüber hinaus würde es merkwürdig anmuten, wenn (trotz des Ziels der Vereinheitlichung durch die Neuregelung) dem Verbraucherkäufer beim Verbrauchsgüterkauf ein Erfüllungs- und Kompensationsanspruch zustünde, in allen anderen Fällen der Käufer aber auf den Kompensationsanspruch beschränkt bliebe. Die Einheitlichkeit der Gesetzesanwendung würde durch ein derartiges Verständnis nicht gefördert werden. Es lässt sich daher festhalten, dass zumindest Indizien für einen entgegenstehenden Gesetzgeberwillen bestehen.

Nichtsdestotrotz wäre eine entsprechende Auslegung mit Blick auf das Urteil des EuGH dennoch grundsätzlich möglich. Sie würde nicht zwingend an dem vermeintlich entgegenstehenden Gesetzgeberwillen scheitern. Zunächst ist bereits fraglich, ob die Gesetzesbegründung insoweit überhaupt ausreichend ist, den Gesetzgeberwillen darzustellen.¹⁶ Weiterhin ist die in diesem Zusammenhang bereits ergangene Judikatur des BGH zu beachten. Im sog. „Fliesenfall“¹⁷ hatte dieser bereits angenommen, dass eine nicht ausreichende

¹² BT-Drs. 18/11437, S. 1.

¹³ Vgl. BT-Drs. 18/8486, S. 9, wo noch ein entsprechender Entwurf zu § 439 Abs. 3 BGB vorlag.

¹⁴ Daher hat der alte Entwurf zu § 439 Abs. 3 BGB noch vorgesehen, dass der Käufer wegen berechtigten Interesses das Wahlrecht des Verkäufers zwischen Ein- und Ausbau oder Kostenersatz beschränken kann; BT-Drs. 18/8486, S. 9; *Ulber*, JuS 2016, 584 (585).

¹⁵ *Lorenz*, Jus 2018, 10 (11).

¹⁶ Vgl. BVerfGE 1, 299 (312) zum sog. objektiven Gesetzgeberwillen, welcher sich vielmehr (nur) aus dem Gesetz und dessen Sinnzusammenhang ergibt.

¹⁷ BGH NJW 2012, 1073 ff.

⁹ Vgl. BGH NJW 2014, 2351; BGH NJW 2011, 2278 (2281); BGH NJW 2008, 2837 (2839).

¹⁰ EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – Rs. C-65/09, C-87/09, Rn. 47 ff.

¹¹ RL 1999/44/EG (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie).

Umsetzung durch den Gesetzgeber (in der Erwartung sie sei ausreichend) keinen ausreichenden entgegenstehenden Gesetzgeberwillen begründen kann. Denn eine solche planwidrige Unvollständigkeit in Bezug auf die ausreichende Umsetzung kann nicht von der Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers getragen sein.¹⁸

Für den Fall der Annahme einer weiterhin erforderlichen richtlinienkonformen Auslegung von § 439 Abs. 1 BGB wäre aber noch zu beachten, dass dem Verbraucher wegen der Gleichrangigkeit der Möglichkeiten ein Wahlrecht zwischen Kostenkompensation nach § 439 Abs. 3 BGB und Erfüllung in Natura nach § 439 Abs. 1 BGB zuzugestehen wäre, sodass man keinen „Vorrang der Nacherfüllung“ annehmen dürfte. Dieser findet sich ohnehin nicht so im Gesetz und besteht faktisch nur im das Erfordernis der Fristsetzung für die Geltendmachung der übrigen in § 437 BGB genannten Rechte.

c) Einordnung als Aufwundersersatzanspruch

Tatsächlich aber könnte bei der Höhe der Aufwendungen im Einzelfall durchaus eine richtlinienkonforme Auslegung geboten sein. Der Wortlaut von § 439 Abs. 3 BGB spricht insoweit vom Ersatz der „erforderlichen“ Aufwendungen für den Käufer. Die Auslegung soll dabei entsprechend zu § 637 BGB erfolgen.¹⁹ Gerade aber in den Fällen, in denen der Käufer als am Kaufvertrag beteiligter Verbraucher Aufwendungen tätigt, die (z.B. aus Gründen von Zeit, Praktikabilität o.ä.) höher ausfallen als im Normalfall, kann man sich durchaus fragen, ob nicht eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung zugunsten des Verbraucherkäufers vorzunehmen ist. Weiterhin dürfte insoweit auch § 275 BGB (vor allem dessen Abs. 2) eine wichtige Rolle spielen und jedem Verkäufer entsprechende (rechtsvernichtende oder rechtshemmende) Einwendungen gewähren.

Zudem ist zu beachten, dass die Norm nun explizit von Aufwendungen spricht, woran das Gesetz verschiedene Rechtsfolgen knüpft. Zunächst besteht eine Verzinsungspflicht nach § 256 BGB ab dem Zeitpunkt, in dem die Aufwendungen getätigt wurden. Darüber hinaus kann der Käufer auch einen Befreiungsanspruch gegenüber dem Verkäufer nach § 257 BGB geltend machen, wenn er einen Dritten bestellt hat, um den Ein- und Ausbau vorzunehmen. Zuletzt darf sich auch hier wie bei allen anderen Aufwendungen gefragt werden, ob bei professioneller Vornahme nicht auch eine Vergütung durch den Verkäufer analog § 1835 BGB geschuldet ist.²⁰ Sofern der Käufer entsprechende Fähigkeiten besitzt, weil er eine entsprechende gewerbliche Tätigkeit ausübt (z.B. selbst Fliesenleger oder allgemeiner Werkunternehmer ist) und den Ein- und Ausbau der mangelhaften Sa-

che vornimmt, kann eine solche Analogie durchaus erwogen werden. Tendenziell dürfte dies aufgrund einer ähnlichen Interessenlage in solchen Fällen zu bejahen sein, sodass über die Aufwendungskosten auch eine entsprechende Vergütung geschuldet ist. Auch eine Analogie zu § 254 BGB ist im Hinterkopf zu behalten, falls der Käufer beispielsweise durch eigenes ungeschicktes Hantieren beim Versuch des Einbaus/Ausbaus die Aufwendungen in die Höhe treibt. Schließlich ist auch eine Vorteilsanrechnung zu berücksichtigen, falls der Ersatz der Aufwendungen zu einer über die Beseitigung des mangelhaften Zustands hinausgehenden Bereicherung führen würde.

d) Neue AGB-Regelung und Abdingbarkeit

Die neu eingeführte AGB-Regelung des § 309 Nr. 8 lit. b sublit. cc BGB dürfte eine geringere praktische Relevanz aufweisen.²¹ Etwaige Abweichungen im Verbrauchsgüterkauf von § 439 Abs. 3 BGB sind ohnehin nach dem neuen § 476 Abs. 1 BGB unwirksam. Für Verträge zwischen Unternehmen gilt § 309 BGB unmittelbar nicht, sodass lediglich seine Wertung in gewissen Maßen nach § 310 Abs. 1 S. 2 BGB berücksichtigt werden kann.

Es stellt sich damit die Frage, ob die Regelung des § 439 Abs. 3 BGB bei Kaufverträgen zwischen Unternehmen abbedungen werden kann. Eine Individualvereinbarung erscheint immer möglich, dabei sind aber die Anforderungen, welche praktisch an das Aushandeln gestellt werden, sehr hoch. Folglich ist die Frage aufzuwerfen, ob dies über AGB möglich wäre. § 309 Nr. 8 lit. b sublit. cc BGB wäre als Wertung zu berücksichtigen, aber eben nicht unmittelbar anzuwenden (§ 310 Abs. 1 S. 1 BGB). Entscheidend wäre dann, ob der neu eingeführte § 439 Abs. 3 BGB nun zum Leitbild des Kaufrechts gehört und somit einen wesentlichen Grundgedanken darstellt.²² Die Reichweite der am Verbraucherschutz orientierten Leitbildwirkung ist fraglich.²³ Gerade an diesen Punkten dürften sich die Geister scheiden. Argumentativ dürfte alles vertretbar sein. Jedoch scheint gerade die mit der Einführung dieser Norm verbundene Intention des Gesetzgebers, welcher nun einmal sehr stark den Werkunternehmer im Blick hatte, dafür zu sprechen, dass § 439 Abs. 3 BGB nun als Bestandteil dieses kaufrechtlichen Leitbilds anzusehen ist. Denn andernfalls würde die Neuregelung bei unterstellter (aber durchaus kritisch zu würdigender) Prämisse des „schwachen“ Werkunternehmers gegenüber seinen Verkäufern/Lieferanten praktisch leerlaufen, wenn ein Ausschluss durch AGB möglich wäre. Der Werkunternehmer müsste sich diesen dann beugen und er hätte durch die Neuregelung praktisch nichts gewonnen.

Auf die neu normierten Spezifikationen im Verbrauchsgüterkauf soll unten (II. 3.) eingegangen werden.

¹⁸ BGH NJW 2012, 1073 (1077); insoweit damals aber bereits kritisch und ein Tätigwerden des Gesetzgebers fordernd Lorenz, NJW 2011, 2241 (2244).

¹⁹ BT-Drs. 18/11437, S. 40 mit Verweis auf BGH NJW-RR 1991, 789.

²⁰ Vgl. zu den Gedanken hinter einer analogen Anwendung im Rahmen der berechtigten GoA die Ausführungen von Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 683 Rn. 28.

²¹ Ausführlicher Lorenz, Jus 2018, 10 (12).

²² Dauner-Lieb, NZBau 2015, 684 (686 f.).

²³ Dauner-Lieb, NZBau 2015, 684 (687).

2. Änderung des Regresses, §§ 445a, 445b BGB

Die §§ 478, 479 a.F. BGB wurden inhaltlich weitestgehend in die §§ 445a, 445b BGB verschoben. Dabei ist zunächst zu beachten, dass der selbstständige Regress nun in § 445a Abs. 1 BGB (früher § 478 Abs. 2 BGB) und der unselbstständige in § 445a Abs. 2 BGB (früher § 478 Abs. 1 BGB) geregelt ist. Die Regelungen zur Verjährung und Ablaufnachhemmung nach § 479 a.F. BGB finden sich nunmehr in § 445b BGB. Die Verschiebung in den Bereich des allgemeinen Kaufrechts hat eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs zur Folge, was sich explizit aus dem Wortlaut des § 445a BGB ergibt. Dementsprechend ist nun auch vom „Verkäuferregress“ und nicht mehr nur vom Unternehmerregress die Rede. Folglich kann jeder Verkäufer Regress bei seinem Verkäufer/Lieferanten nehmen. Dabei ist unerheblich, ob Käufer oder Verkäufer zu Beginn der „Kette“ als Verbraucher oder Unternehmer einzuordnen sind. Damit ist auch ein Regress bei einem Kaufvertrag zwischen zwei Unternehmern („B2B“) oder zwei Verbrauchern („C2C“) möglich. Ein Regress entlang der „Kette“ ist insoweit dann aber nach § 445a Abs. 3 BGB (und § 445b Abs. 3 BGB) nur möglich, wenn die jeweiligen Schuldner des regressnehmenden Lieferanten als Unternehmer im Sinne von § 14 BGB zu qualifizieren sind. Ein Verbraucherschuldner in der „Kette“ unterbricht dann aber den Regress. Die übrigen tatbestandlichen Anforderungen an den Regress sind gleichgeblieben.

Dabei ist der selbstständige Regress weiter verschuldensunabhängig ausgestaltet. Durch die Ausweitung des Anwendungsbereichs auf alle Verkäufer wurde damit auch die verschuldensunabhängige Inanspruchnahme ausgedehnt. Dies mag man als Folge des ebenfalls verschuldensunabhängigen § 439 Abs. 3 BGB zwar als konsequent erachten, da so der selbst verschuldensunabhängig haftende Verkäufer die Kosten für Ein- und Ausbau weiterreichen kann. Dennoch darf nicht vergessen werden, dass es sich klassisch eigentlich um Fälle eines (verschuldensabhängigen) Schadensersatzes handeln würde. Diese recht deutliche Abkehr vom Verschuldensprinzip in weiten Teilen des Kaufrechts lässt sich auch nicht mit den Vorgaben des EuGH rechtfertigen, da diese Vorgaben sich nur auf Verbrauchsgüterkäufe als bestimmten Teil des Kaufrechts bezogen haben, sodass ein gewisser konzeptioneller Bruch mit der Ausweitung auf alle Kaufvertragsverhältnisse vorhanden ist.

Für die Abgrenzung zum neuen Werkunternehmerregress nach § 439 Abs. 3 BGB ist zu beachten, dass § 445a BGB (wie § 478 a.F. BGB) voraussetzt, dass in allen Verhältnissen ein Kaufvertrag vorliegen muss (anders als § 439 Abs. 3 BGB). Dementsprechend wird § 445a BGB einem Werkunternehmer selten etwas nützen.

Für den Regress sollte man immer auf Spezifikationen des Verbraucherrechts in § 478 BGB achten. Insbesondere aufgrund des § 478 Abs. 1 BGB (wie § 478 Abs. 3 a.F. BGB), welcher die Beweislastumkehr bezüglich der Mangelhaftigkeit bei Gefahrenübergang nach § 477 BGB (früher § 476 BGB) in die Regresskette erweitert. Dementsprechend ist der Regress für Verkäufer von Verbrauchsgüterkäufen vereinfacht, da gerade der Nachweis dieser Mangelhaftigkeit

zum relevanten Zeitpunkt praktisch eines der größeren Probleme darstellt.

Letzteres kann zu der kuriosen Situation führen, dass der Verkäufer für Mängel innerhalb einer (größeren) Lieferung unterschiedlich haftet und damit auch der Regress auseinanderfällt, je nachdem, wer etwas von ihm kauft. Nehmen wir an, dass er aus derselben Lieferung an Unternehmer und Verbraucher verkauft. Dann können Verbraucher ihren Mängelrechten aufgrund von § 477 BGB leichter Geltung verschaffen, sodass der Verkäufer dann aufgrund von § 445a i.V.m. § 478 Abs. 1 BGB erleichtert Regress nehmen kann. Hingegen müsste im Verhältnis zum Unternehmerkäufer dieser (bei theoretisch angenommen gleicher Mangelhaftigkeit) zunächst den Mangel beweisen und dann muss der Verkäufer im Rahmen des Regresses beweisen, dass der Mangel nicht erst bei ihm aufgetreten ist. Dementsprechend würden zwei (fast) gleiche Sachverhalte rechtlich in der Folge gänzlich unterschiedlich behandelt werden. Dies erscheint in der Form aber richtig, da das BGB nicht für Verbraucherrecht konzipiert wurde und etwaige Regelungen oft zu Brüchen führen. Denn gerade die letzte Konstellation mit dem Unternehmerkäufer ist als Archetyp im BGB so vorgesehen. Die Erleichterungen für den Verbrauchsgüterkauf sind unionsrechtlich vorgesehen und die Beweiserleichterungen führen damit nun einmal zu einer unterschiedlichen Behandlung. Die Weitergabe dieser Beweiserleichterung an den Regress nehmenden Verkäufer ist insoweit nur eine Wahrung der Interessen des Verkäufers, da er meist selbst nicht in der Lage sein wird, die Mangelhaftigkeit bei Gefahrenübergang zu widerlegen.²⁴ Hingegen muss der Unternehmerkäufer zunächst erstmal nachweisen, dass der Mangel beim Verkäufer aufgetreten ist. In diesem Fall ist der Verkäufer durch die Verteilung der Beweislast geschützt, im anderen eben durch den erleichterten Regress. Es soll lediglich sichergestellt werden, dass der Mangelverursacher die Kosten dann schlussendlich trägt. Ob dies dann auch beweistechnisch gelingt und zur Zielerreichung nicht lieber vereinheitlicht werden sollte, ist eine andere (Wertungs-)Frage.

Überdies ist in solchen Fällen daneben meist auch eine Minderung (§ 441 BGB), bei Erheblichkeit des Mangels nach § 323 Abs. 1, 5 S. 2 BGB auch ein Teilrücktritt und ein kleiner Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 Abs. 1 BGB) für den Verkäufer gegenüber seinen Lieferanten (bei einheitlicher aber abtrennbarer Lieferung) bezüglich der an den Verbraucher verkauften mangelhaften Waren möglich. Will der Verkäufer dann aber vom gesamten Vertrag mit dem Lieferanten zurücktreten, muss er mit der wohl überwiegenden Auffassung²⁵ – entgegen der Gesetzesbegründung²⁶ – einen Interessenfortfall nach § 323 Abs. 5 S. 1 BGB vorweisen.

²⁴ Insoweit aber kritisch *Lorenz*, *Jus* 2018, 10 (13), welcher die Ausgangslage des „schwächeren“ Händlers gegenüber seinen Lieferanten bezweifelt.

²⁵ Dies wird aufgrund der Ähnlichkeit zur Teilleistung bejaht, *Looschelders*, in: *Beck'scher Online-Großkommentar*, Stand: 15.10.2017, § 323 Rn. 26 m.w.N.

²⁶ BT-Drs. 14/6040, 187 bezieht sich explizit auf das Kriterium der Erheblichkeit.

Dies wird aufgrund der Beweislast jedoch schwierig, da der Verkäufer oft auch nicht nachweisen kann, dass die Lieferung überwiegend mangelhaft ist und nicht nur der an den Verbraucher verkaufte Teil. Meist wird er sich auf Stichproben verlassen müssen. Somit wird es schwer zu beweisen, dass er an der übrigen Leistung kein Interesse mehr hat. Ähnliches gilt für den Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 Abs. 1 S. 2 BGB, wo auch ein Interessenfortfall darzulegen ist.²⁷ Dies ist aber eine grundsätzliche Problematik, welche unter dem Begriff der „Teilschlechtleistung“ läuft und mit dem neuen Regress direkt nicht zusammenhängt. Diese Thematik könnte sich lediglich aufgrund der Ausweitung des Regresses (und bestehender unterschiedlicher Beweislastverteilung/-erleichterung im Verbrauchsgüterkauf) für den Verkäufer gegenüber seinen Lieferanten verschärfen. Wenn die Verkäufer über einen Regress nachdenken, könnten auch andere Rechte insoweit verstärkt wahrgenommen werden. Auch im Regress sind § 256 BGB und § 257 BGB als auch § 254 BGB analog zu berücksichtigen.

Für §§ 445a, 445b BGB lässt sich ebenfalls die Frage nach der Abdingbarkeit, ähnlich wie zu § 439 Abs. 3 BGB, aufwerfen.²⁸ Hier ließe sich jedoch im Vergleich zu oben weniger mit der Schutzwürdigkeit von Werkunternehmern argumentieren. Entscheidend wäre die allgemeine Frage, ob der vermeintlich schwächere Verkäufer gegenüber seinen Lieferanten eine derartige Schutzwürdigkeit verdient, sodass der Regress als wesentlicher Grundgedanke zu werten wäre. Zwar erscheint die Prämisse bereits zweifelhaft, aber unter ihrer Zugrundelegung müsste man wohl auch dies bejahen. Dafür spräche auch, dass gewollt war, dass der Regress bis zum Mangel verursachenden Unternehmer weiterreichen soll.²⁹ Würde ein Ausschluss durch AGB zugelassen, würde dies genau dieser Idee widerstreben.

3. Änderungen im Verbrauchsgüterkauf, §§ 474 ff. BGB

a) Allgemein

Viele Änderungen im Verbrauchsgüterkauf sind nur kosmetischer Natur. § 474 a.F. BGB wurde aufgeteilt in §§ 474, 475 BGB. § 475 a.F. BGB wurde in § 476 BGB verschoben. Die Beweislastumkehr nach § 476 a.F. BGB findet sich nun in § 477 BGB. Der neue § 478 BGB weist wie bereits dargestellt spezielle Aspekte für den Verkäuferregress auf. Die Sonderbestimmung für Garantien wurde aus § 477 a.F. BGB in § 479 BGB verschoben.

b) Neue Regelungen in § 475 BGB

Die wichtigsten Änderungen stellen insoweit § 475 Abs. 4-6 BGB dar. Diese sind wieder die Folge der Umsetzung der Vorgaben aus der Weber-Putz-Entscheidung, welche diesmal nur in dem vorgegebenen Bereich des Verbrauchsgüterkaufs umgesetzt wurden.

aa) § 475 Abs. 4 und 5 BGB

§ 475 Abs. 4 S. 1 BGB setzt dabei die Vorgabe des EuGH um, dass eine absolute Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung im Verbrauchsgüterkauf nicht möglich ist. Die Regelungen in § 475 Abs. 4 S. 1 BGB führt dazu, dass eine gespaltene Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB nun wegfällt. Die Wirkungen des § 475 Abs. 4 BGB bleiben aber entgegen den Forderungen des Bundesrats weiterhin auf den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs beschränkt.³⁰ Dies vermag aber künftige Änderungen insoweit nicht zwangsläufig auszuschließen.

Sofern die andere Art der Nacherfüllung aber unverhältnismäßige Kosten nach § 439 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB produzieren würde, kann der Unternehmer den Aufwendungsersatz (nach § 439 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB) diesbezüglich auf einen angemessenen Betrag beschränken. Tatbestandlich wird es insoweit der Rechtsprechung aufgebürdet werden dürfen, zum einen die Unverhältnismäßigkeit der Kosten nach § 439 Abs. 2 und Abs. 3 BGB tendenziell zu bestimmen, zum anderen aber auch die Angemessenheit des Betrags festzustellen. Die Orientierungspunkte nach § 475 Abs. 4 S. 3 BGB lassen dabei (ähnlich wie zu § 439 Abs. 4 S. 2 BGB) sehr viel Argumentationsspielraum und dürften ohne klare Ausarbeitung durch konkrete Fälle vorerst keine große Hilfe bieten. Dementsprechend wurde zwar die EuGH-Vorgabe umgesetzt, aber die konkrete Handhabung bleibt weiterhin unklar. Dabei sei hervorgehoben, dass es nicht um die Kosten der Nachbesserung oder Nachlieferung geht, welche beschränkt werden sollen, denn dies wäre unionsrechtswidrig.³¹ Es wird lediglich der Ersatz für die Ein- und Ausbaurkosten insoweit als beschränkbar erachtet.³²

Dogmatisch ist die Einordnung des § 475 Abs. 4 S. 2 BGB schwierig. Das Wörtchen „kann“ ließe auf eine Einrede des Verkäufers hindeuten. Allerdings wäre eine solche Einrede als Teilverweigerungsrecht bzw. beschränktes Leistungsverweigerungsrecht zu sehen, was insoweit merkwürdig anmuten würde, dem BGB aber nicht ganz fremd ist.³³ Es wäre demnach eine Art modifizierter § 275 Abs. 2 BGB. Andererseits könnte es aber auch als Gestaltungsrecht gesehen werden, welches der Verkäufer ausüben muss, sodass der Aufwendungsersatzanspruch des Käufers insoweit erlöschen würde. Jedoch scheint die Wortwahl der Norm aufgrund des „kann“ und der Begrifflichkeit des „beschränken“ anstatt eines „erlöschen“ (wie z.B. in §§ 362, 389 BGB) auf eine rechtshemmende Einwendung hinzudeuten. Auch zeigt die gesetzgeberische Intention deutlich, dass es sich um eine Einrede handeln sollte.³⁴ Der Diskussionsbedarf diesbezüglich dürfte damit gering ausfallen. In jedem Fall aber dürfte

²⁷ Ernst, in: Münchner Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 281 Rn. 156.

²⁸ Dauner-Lieb, NZBau 2015, 684 (687 f.).

²⁹ BT-Drs. 18/8486, S. 37, 41.

³⁰ BT-Drs. 18/8486, S. 9, wonach sonst eine zu hohe Belastung der Verkäuferseite durch faktische Abschaffung der absoluten Unverhältnismäßigkeit drohen würde; Ulber, JuS 2016, 584 (586).

³¹ BT-Drs. 18/8486, S. 44; Dauner-Lieb, NZBau 2015, 684 (688).

³² BT-Drs. 18/8486, S. 44.

³³ So zum Beispiel in Fällen von § 320 Abs. 2 BGB oder § 273 BGB mit teilweiser Beschränkung wegen § 242 BGB.

³⁴ BT-Drs. 18/8486, S. 44.

man § 475 Abs. 4 S. 2 BGB nur als Verteidigungsmittel des Verkäufers sehen, ohne daraus entsprechende Ansprüche unmittelbar ableiten zu können.

§ 475 Abs. 5 BGB schließlich führt nach erfolgter Beschränkung des Aufwendungsersatzes durch den Verkäufer dazu, dass der Käufer diesbezüglich erleichtert (ohne Fristsetzung) vom Vertrag zurücktreten (§ 323 Abs. 1 BGB) oder vom Verkäufer Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB) verlangen kann.

bb) § 475 Abs. 6 BGB

In § 475 Abs. 6 BGB wurde bezüglich der Aufwendungen nach § 439 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB ein expliziter Vorschussanspruch des Käufers geregelt. Die Rechtsprechung nahm bisher immer nur an, dass für (und aus) § 439 Abs. 2 BGB im Rahmen von Verbrauchsgüterkäufen ein solcher Anspruch besteht.³⁵ Durch die Normierung eines solchen Anspruchs im Verbrauchsgüterkauf ergibt sich nun explizit durch Umkehrschluss, dass außerhalb dieses Bereichs ein Vorschussanspruch ausgeschlossen bleibt. Der Vorschuss als solcher muss dann zweckentsprechend und innerhalb einer gewissen (zumutbaren) Zeit genutzt werden.

Zu fragen bleibt dann nur noch, wie hoch die praktischen Anforderungen an den Vorschuss gestellt werden. Gerade die Fälle zum Vorschuss nach § 439 Abs. 2 BGB zeigen, dass faktisch ein irgendwie gearteter Verdacht der Mangelhaftigkeit (wohl wegen der Geltung von § 477 BGB [§ 476 a.F. BGB] in diesen Fällen) ausreicht, um einen solchen Vorschuss zu begründen. Dementsprechend muss der Verkäufer schon zahlen, ohne die Sache begutachten zu können. Zwar kann im Einzelfall der Verdacht der Mangelhaftigkeit einen Mangel begründen, muss es aber nicht in jedem Fall. Diese Probleme hängen dann aber meist auch mit Streitigkeiten um den Nacherfüllungsort zusammen, wo es dann häufig um erhebliche Transport-/Anfahrtskosten ging.³⁶ Wie hoch oder gering die konkreten Anforderungen an einen Vorschuss für § 439 Abs. 3 i.V.m. § 475 Abs. 6 BGB formuliert werden, bleibt abzuwarten. Im Interesse des Verkäufers sollte aber nicht jedes Gebaren oder jede Behauptung des Käufers als ausreichend erachtet werden. Gewisse Anhaltspunkte die einen Verdacht stützten sollten insoweit gefordert werden dürfen. Die praktischen Folgen dürften aber in den meisten Fällen nicht zu disruptiv sein.

Interessant bleibt noch, worin man einen Rückzahlungsanspruch dieses Vorschusses erblicken will. Man stelle sich nur vor, nachträglich stellt sich heraus, dass der Käufer zu viel verlangt hat, ein etwaiger Rechtausschluss vorlag (z.B. § 439 Abs. 3 S. 2 BGB), der Vorschuss nicht zweckentsprechend oder nicht rechtzeitig genutzt wurde³⁷ oder aus anderen Gründen die Nacherfüllung nicht hätte erfolgen können/dürfen. Einen solchen Anspruch kann man mittels konkludenter vertraglicher Vereinbarung begründen, mittels Analo-

gie zu § 667 BGB³⁸ oder über § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondition),³⁹ wenn man § 439 Abs. 2/3 i.V.m. § 475 Abs. 6 BGB als Rechtsgrund des Vorschusses sieht. Für die Rückzahlung des Vorschusses im Rahmen von § 637 Abs. 3 BGB hat der BGH insoweit einen Anspruch aus Treu und Glauben und damit wohl aus § 242 BGB begründet, wobei er jedoch nur auf einen aus „Treu und Glauben entwickelte[n] Anspruch aus dem Vertragsverhältnis“ rekurriert, ohne § 242 BGB überhaupt zu erwähnen.⁴⁰ Die Rechtsprechung ließe sich aber in jedem Fall adaptieren.

III. Fazit & Ausblick

Die Änderungen im Kaufrecht kodifizieren die Vorgaben des EuGH und nehmen ansonsten nur wenige Veränderungen vor.⁴¹ Dabei ging es nicht primär darum, den Verbraucherschutz zu stärken, denn der Verbraucher steht faktisch rechtlich kaum anders dar als vor Kodifizierung der bereits vorher bestehenden Grundsätze.⁴² Die wesentliche Neuerung ist die Ausweitung der Anwendungsbereiche des Ersatzes von Ein- und Ausbaurückstellungen sowie des Verkäuferregresses.⁴³ Nichtsdestotrotz ist die Rechtslage nun nicht viel klarer und unproblematischer, als sie es vorher war.⁴⁴ Man kann die Probleme nun lediglich am Gesetz festmachen und muss nicht mehr auf den Wortlaut der Gerichtsentscheidungen rekurrieren. Jedenfalls hat aber weder die Übersichtlichkeit, noch Verständlichkeit des Gesetzes viel gewonnen, vielmehr scheint das Ideal einer mit Hilfe der Methodenlehre stimmigen und aus sich heraus verständlichen Kodifikation immer weiter in die Ferne zu rücken.⁴⁵

Ebenso ist die nun gegebene höhere Belastung der (vermeintlich stärkeren?) Lieferanten rechtspolitisch durchaus fragwürdig.⁴⁶ Eine derartige Ausweitung von speziellen – ursprünglich für den Verbrauchsgüterkauf entwickelten – Grundsätzen auf alle Kaufverträge könnte über das Ziel hin-

³⁸ So zur Rückzahlung eines Vorschusses bei der Selbstvornahme im Werkvertragsrecht, *Voit*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 43. Ed., Stand: 1.2.2017, § 637 Rn. 16.

³⁹ *Wendehorst* in *ihrer* Anm. zu BGH NJW 2017, 2758 (2761) bezüglich der Rückzahlung eines Vorschusses nach § 439 Abs. 2 BGB; wobei der BGH NJW 2010, 1192 (1193), dies für eine Rückzahlung eines nicht zweckgerecht verwendeten Vorschusses nach § 637 Abs. 3 BGB explizit ablehnt.

⁴⁰ BGH NJW 2010, 1192 (1193); vgl. BGH NJW 2010, 1195 (1196); vgl. BGH NJW 1985, 2325 (2326).

⁴¹ Vgl. aber *Dauner-Lieb*, NZBau 2015, 684, wonach die Änderungen ein langsamer Schritt zum Projekt des gemeinsamen europäischen Kaufrechts sind.

⁴² So auch *Dauner-Lieb*, NZBau 2015, 684 (689).

⁴³ Vgl. *Dauner-Lieb*, NZBau 2015, 684 (689).

⁴⁴ Ähnlich *Ulber*, JuS 2016, 584 (586 f.), welcher aber zumindest den Versuch der unionsrechtskonformen Umsetzung und damit überhaupt das Tätigwerden als solches durch den Gesetzgeber als lobenswert erachtet.

⁴⁵ *Dauner-Lieb*, NZBau 2015, 684 (689).

⁴⁶ Kritisch *Ulber*, JuS 2016, 584 (586); ebenso *Lorenz*, JuS 2018, 10 (13).

³⁵ BGH NJW 2017, 2758 (2760); BGH NJW 2011, 2278 (2281).

³⁶ Vgl. nur den Sachverhalt von BGH NJW 2017, 2758.

³⁷ Vgl. *Lorenz*, JuS 2018, 10 (12).

ausgeschossen sein.⁴⁷ Viele der Anwendungsfälle dürften über die (überwiegend) im Blick gehabte Bauwirtschaft hinausgehen.⁴⁸ Gerade die praktischen Auswirkungen können daher mit Freude erwartet werden.

Aber auch für die juristische Ausbildung sind die Änderungen bedeutsam. Viele altbekannte und neue Probleme warten auf die Studenten und können in einer Klausur abgeprüft werden. Die Prüfungsrelevanz dieser Probleme kann aufgrund der Normierung der Rechtsprechung als erhöht eingeschätzt werden.⁴⁹ Bei einzelnen Aspekten rund um § 439 Abs. 3 BGB und den Vorschuss nach § 475 Abs. 6 BGB mag es aufgrund der konzeptionellen und wertungsmäßigen Nähe dann hilfreich sein, sich an § 637 BGB zu orientieren. Rund um § 439 Abs. 3 BGB ist neben der allgemeinen Erweiterung des Anwendungsbereichs zu beachten, dass nun ein Werkunternehmerregress möglich ist und dass die Einordnung als Aufwendersersatzanspruch gewisse, in einer Klausur durchaus zu beachtende Probleme wie die Analogie zu § 1835 Abs. 3 BGB oder § 254 BGB mit sich bringen kann. § 439 Abs. 3 BGB kann dabei als eigene Anspruchsgrundlage angesehen werden, sodass § 439 BGB nun in seinen ersten drei Absätzen je einen Anspruch aufweist.

Für die Regressmöglichkeiten verbleibt inhaltlich alles weitestgehend beim status quo, lediglich die Erweiterung des Anwendungsbereichs ist zu berücksichtigen, sodass eine Prüfung der §§ 445a, 445b BGB häufiger vorkommen kann.

Bei den Modifikationen im Rahmen des § 475 BGB dürfte es genügen, die dort gelagerten Probleme zu (er-)kennen. Bezüglich der unverhältnismäßigen Kosten und eines angemessenen Betrags nach § 475 Abs. 4 BGB ist zu beachten, dass gute Klausuren den Sachverhalt insoweit eindeutig formulieren werden. Falls dennoch einmal eine eigene Einschätzung gewollt ist, kann bei ausreichender Argumentation (unter Zuhilfenahme von § 475 Abs. 4 S. 3 BGB) vieles vertretbar sein. Hierbei ist eine Einordnung des § 475 Abs. 4 S. 2 BGB als reines Verteidigungsmittel vorzugswürdig.

Für den relevanten Rückzahlungsanspruch eines Vorschusses nach § 475 Abs. 6 BGB kann (ausreichende Argumentation vorausgesetzt) vieles als vertretbar erachtet werden. Bei der Arbeit mit älteren Aufsätzen oder Kommentaren zu den übrigen, inhaltlich gleichgebliebenen Regelungen des Verbrauchsgüterkaufs ist die Neu Nummerierung der Vorschriften zu berücksichtigen. Inwieweit sich mit den dogmatischen und strukturellen Konsequenzen für das Kaufrecht auseinandergesetzt wird, bleibt dabei jedem selbst überlassen. Dabei darf nicht vernachlässigt werden, dass ein entsprechendes Verständnis, gerade auch in Bezug auf die Dogmatik und Struktur des Gesetzes hilfreich ist, selbst wenn es nur die Argumentation im konkreten Einzelfall erleichtert.

⁴⁷ Damit dürfte die von *Dauner-Lieb*, NZBau 2015, 684 (685) befürchtete Sprengung der nach nationalem Recht bisher zwingenden Grenzziehung zwischen Nacherfüllung und Schadensersatz erfolgt sein.

⁴⁸ *Dauner-Lieb*, NZBau 2015, 684 (686).

⁴⁹ Ähnliche Einschätzung bei *Ulber*, JuS 2016, 584 (586).