

oder Bräuche im Sinne des § 310 Absatz 1 Satz 2 BGB, wonach es üblich wäre, den Anspruch von Käufern mangelhafter Baumaterialien auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten oder sonstigen Nacherfüllungsaufwendungen zu beschränken, sind nicht ersichtlich. In den hier in Rede stehenden Fällen wird die Rechtsprechung daher aufgrund der Indizwirkung in aller Regel zu dem Ergebnis kommen, dass Klauseln in AGB, die die Haftung des Baustoffhändlers für Nacherfüllungsaufwendungen einschränken oder ausschließen, unwirksam sind. Diese Rechtsfolge ist von den Mitgliedern des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages beabsichtigt. Da dies aber schon durch die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung gewährleistet ist, verzichten sie darauf, eine eigenständige Regelung zur AGB-Festigkeit des Anspruchs auf Ersatz von Nacherfüllungsaufwendungen vorzuschlagen.

Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz ist der Auffassung, dass Handwerker und Bauunternehmer durch das vorgeschlagene Klauselverbot im Zusammenspiel mit der richterrechtlichen Indizwirkung des § 309 BGB effektiv vor Einschränkungen ihres Anspruchs auf Ersatz von Nacherfüllungsaufwendungen geschützt werden. Er bittet daher die Bundesregierung, diesem Aspekt bei der im Gesetzentwurf der Bundesregierung angekündigten Evaluierung besondere Bedeutung beizumessen. Etwaigen Fehlentwicklungen soll rechtzeitig entgegen gewirkt werden.

#### **Zu Nummer 5 (§ 356e BGB-E)**

Es handelt sich um eine redaktionelle Änderung, da zwischenzeitlich § 356d BGB über das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei unentgeltlichen Darlehensverträgen und unentgeltlichen Finanzierungshilfen eingefügt wurde.

#### **Zu Nummer 7 Buchstabe a (§ 439 Absatz 3 BGB-E)**

Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz schlägt vor, den Anwendungsbereich des neuen Anspruchs auf Aufwendungsersatz gegenüber dem Gesetzentwurf zu konkretisieren. Es soll sichergestellt werden, dass dieser Anspruch auch auf solche Fälle Anwendung findet, in denen der Käufer die mangelhafte Sache zwar nicht im Wortsinne in eine andere Sache „eingebaut“, jedoch in vergleichbarer Weise ihrer Art und ihrem Verwendungszweck gemäß mit einer anderen Sache verbunden hat. In den Gesetzeswortlaut einbezogen werden soll daher auch, dass der Käufer die Kaufsache an eine andere Sache „angebracht“ hat. Mit der Einbeziehung des „Anbringens“ wird zum Beispiel verdeutlicht, dass Verwendungen zur Durchführung einer Ersatzlieferung von Baumaterialien auch dann erfasst werden, wenn diese Baumaterialien nicht im Wortsinne in ein Bauwerk eingebaut, sondern an dieses angebracht werden (Dachrinnen, Leuchten, o. ä.). Ebenso werden mangelhafte Farben und Lacke erfasst, die zum Zwecke der Nacherfüllung abgeschliffen und erneut angebracht werden müssen.

Das in § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E vorgeschlagene Wahlrecht des Verkäufers, ob er den Aus- und Einbau der mangelhaften Sache selbst vornehmen oder Wertersatz leisten möchte, wird wegen möglicher Konkurrenzen von Hauptleistungspflichten aus einem Werkvertrag einerseits und Gewährleistungsrechten aus einem Kaufvertrag andererseits, gestrichen. Diese Problematik kann dann auftreten, wenn der Käufer die mangelhafte Kaufsache vor Auftreten des Mangels im Rahmen eines Werkvertrages bei einem Dritten verbaut hatte. In diesen Fällen würde ein Verkäufer, der den Aus- und Einbau selbst vornehmen möchte, zugleich auch in ein fremdes Vertragsverhältnis eingreifen. Ein Recht des Verkäufers, den Aus- und Einbau selbst vorzunehmen, ist auch nicht im Interesse einer Kostenbegrenzung erforderlich. Der Verkäufer wird insoweit hinreichend dadurch geschützt, dass der Käufer nur Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann. Zur Auslegung dieses Begriffs kann auf die Rechtsprechung zum Selbstvornahmerecht des Bestellers eines Werkes nach § 637 BGB zurückgegriffen werden, das ebenfalls einen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen vorsieht (§ 637 Absatz 1, 2 BGB). Erforderlich sind danach Aufwendungen, die ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Auftraggeber aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung für eine vertretbare, d. h. geeignete und Erfolg versprechende Maßnahme zur Mängelbeseitigung erbringen konnte und musste (vgl. BGH, Urteil vom 31. Januar 1991 - VII ZR 63/90, NJW-RR 1991, 789; Palandt/Sprau, BGB, 75. Auflage, § 637 Rn. 7 mit weiteren Nachweisen).

#### **Zu Nummer 10 (§ 475 Absatz 4 Satz 2, Absatz 6 BGB-E)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund des Wegfalls der ursprünglich in § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E vorgeschlagenen zweiten Alternative, dass der Verkäufer den Aus- und Einbau der mangelhaften Sache selbst vornehmen kann.

#### **Zu Nummer 18 (§ 640 Absatz 2 Satz 1 BGB-E)**