

Mit der vorgeschlagenen Änderung des Regelungstextes wird ein Vorschlag des Bundesrates umgesetzt. § 309 Nummer 8 Buchstabe b BGB enthält Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit im Rahmen der Mängelgewährleistung bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen (d. h. Kaufverträge, Werklieferungsverträge und Werkverträge). § 635 Absatz 2 BGB enthält für das Werkvertragsrecht die Entsprechung zu § 439 Absatz 2 und 3 BGB-E, wonach die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen vom Unternehmer zu tragen sind. § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB in der Fassung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zählt nunmehr § 439 Absatz 2 und 3 BGB-E explizit als Normen auf, von denen im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) nicht abgewichen werden darf, nimmt aber nicht Bezug auf § 635 Absatz 2 BGB. Der Vollständigkeit und Klarheit halber ist § 635 Absatz 2 BGB in die Aufzählung des § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E aufzunehmen, da ansonsten der Eindruck vermittelt wird, dass dieses Klauselverbot künftig nur noch bei Kauf- und Werklieferungsverträgen, aber nicht mehr bei Werkverträgen gelten soll.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sah vor, dass der Verkäufer den neuen erweiterten Nacherfüllungsanspruch auch erfüllen kann, indem er die erforderlichen Aus- und Einbauleistungen selbst vornimmt (§ 439 Absatz 3 Satz 1 Alternative 1 BGB-E). Um diese rechtliche Möglichkeit auch in das Klauselverbot des § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB einzubeziehen, war im Regierungsentwurf die Überschrift des Klauselverbots dahingehend ergänzt worden, dass neben den „Aufwendungen“ auch „Leistungen“ bei Nacherfüllung genannt werden. Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz schlägt nunmehr eine Streichung des Rechts des Verkäufers vor, die Aus- und Einbauleistungen selbst vorzunehmen (siehe unten zu Nummer 7 Buchstabe a). Es kann daher bei der bisherigen Überschrift des Klauselverbots „Aufwendungen bei Nacherfüllung“ verbleiben.

Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz hat sich mit der Frage befasst, ob der Anwendungsbereich des Klauselverbots nach § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E ausdrücklich auch auf Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) erstreckt werden sollte, die gegenüber Unternehmern verwendet werden. Dabei ist auch erörtert worden, die Anwendung des Klauselverbots nur auf AGB, die gegenüber kleinen und mittleren Unternehmer verwendet werden, zu erweitern, weil diese Unternehmer als besonders schutzwürdig anzusehen seien.

Nach eingehender Prüfung und Beratung ist der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz der Ansicht, dass eine solche Regelung mit Blick auf die Rechtsprechung zur Indizwirkung der Klauselverbote für den unternehmerischen Bereich nicht erforderlich ist. § 309 BGB findet zwar auf AGB, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, keine unmittelbare Anwendung (§ 310 Absatz 1 Satz 1 BGB). Solche Geschäftsbedingungen unterliegen aber der Inhaltskontrolle nach § 307 Absatz 1 und 2 BGB, und zwar auch insoweit, als dies zur Unwirksamkeit von Vertragsbestimmungen führt, die in § 309 BGB aufgeführt sind; dabei ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Bräuche angemessen Rücksicht zu nehmen (§ 310 Absatz 1 Satz 2 BGB). Die Tatsache, dass eine Klausel in AGB bei ihrer Verwendung gegenüber Verbrauchern unter eine Verbotsnorm des § 309 BGB fällt, stellt nach der Rechtsprechung des BGH ein Indiz dafür dar, dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB führt und daher unwirksam ist. Etwas anderes kann gelten, wenn die Klausel wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden kann (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 19. September 2007 – VIII ZR 141/06, BGHZ 174, 1-6; BGH, Urteil vom 8. März 1984 – VII ZR 349/82, BGHZ 90, 273, 278; BGH, Urteil vom 19. Juni 2013 – VIII ZR 183/12).

Der Rechtsausschuss ist schon im Jahr 2001 bei der Übernahme des Klauselverbots in § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E aus dem AGB-Gesetz davon ausgegangen, dass dieses Klauselverbot auch Indizwirkung für AGB hat, die gegenüber Unternehmern verwendet werden (Drucksache 14/6040, Seite 157 f.). Er ist davon überzeugt, dass die Rechtsprechung diese Indizwirkung auch dem neu gefassten und erweiterten Klauselverbot des § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E beimessen wird. Hinsichtlich der Frage, ob die Indizwirkung eines Verstoßes gegen ein Klauselverbot erschüttert ist, berücksichtigt die Rechtsprechung auch eine besondere Lage des Vertragspartners (BGH, Urteil vom 26. Februar 2016 – V ZR 208/14, Rn. 34). Beim Kauf von Baumaterialien ist ein Handwerker oder kleiner Bauunternehmer dem Baustoffhändler in der Regel strukturell so stark unterlegen, dass er das Material entweder zu den Bedingungen des Baustoffhändlers kaufen oder von einem Kauf bei diesem Händler absehen muss. Der Handwerker oder kleine Bauunternehmer ist nicht in der Lage, von den AGB des Händlers abweichende Vereinbarungen auszuhandeln. Handelsgewohnheiten

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)