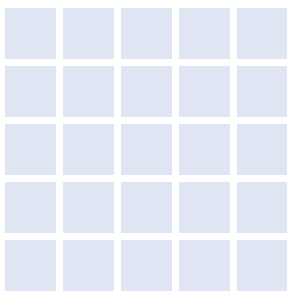


Ausgewählte Neuerungen im BGB

zum Kauf- und Werkvertragsrecht ab 01.01.2018



Mängelhaftung Abnahmefiktion Kündigung aus wichtigem Grund

Mit Synopse zum BGB

Aufgrund des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts
und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

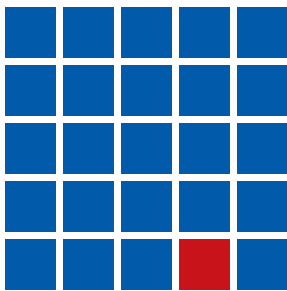
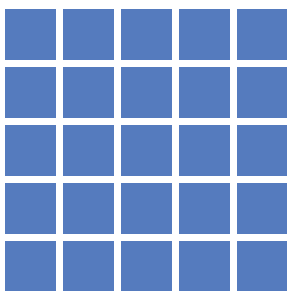
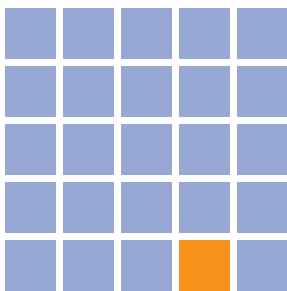


Foto: shutterstock.com



Impressum

Titel:

Ausgewählte Neuerungen im BGB zum Kauf- und Werkvertragsrecht ab 01.01.2018
Mängelhaftung, Abnahmefiktion, Kündigung aus wichtigem Grund. Mit Synopse zum BGB. Aufgrund des
Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

Verfasser:

Rechtsanwalt Prof. Wolfgang Müller, Kanzlei Schlüter Graf Rechtsanwälte PartG mbB in Dortmund;
Fachanwalt für Informationstechnologierecht, Honorarprofessor der Technischen Universität Dortmund
sowie Lehrbeauftragter der Fachhochschule Dortmund im Fachbereich Informatik

Redaktion und Konzept: Martin Bürstenbinder, VAF e.V.

Redaktionsassistenz: Julia Noglik, VAF e.V.

Layout: Uwe Klenner, Layout & Gestaltung, Passau

Lektorat: Stephanie Esser, textschliff, Berlin

Herausgeber:

VAF Bundesverband Telekommunikation e.V.

Otto-Hahn-Str. 16, 40721 Hilden, www.vaf-ev.de

Gerhard Förtsch, 1. Vorsitzender; Martin Bürstenbinder, Geschäftsführer

Copyright: VAF, Mai 2017

Titelbild: shutterstock.com

Der Herausgeber hat dieses Dokument mit größter Sorgfalt erstellt, dennoch übernimmt er keine Haftung für
Druckfehler, sonstige Fehler oder Vollständigkeit. Es wird darauf hingewiesen, dass dieser Text eine allgemeine
Information darstellt, welche auf dem Erkenntnisstand zum Zeitpunkt der Fertigstellung basiert. Die Verant-
wortung für die Nutzung dieser Informationen liegt beim Verwender. Im Einzelfall sind immer die besonderen
Umstände zu würdigen.

Vervielfältigung und Veröffentlichung, auch auszugsweise, bedürfen der vorherigen, schriftlichen Zustimmung
des Herausgebers.

Inhalt

1. Einleitung	S. 4
2. Mängelhaftung	S. 5
3. Fragen und Antworten zur Mängelhaftung	S. 10
4. Abnahmefiktion	S. 13
5. Kündigung aus wichtigem Grund	S. 16
6. Quellenhinweis	S. 18

1. Einleitung

Der Deutsche Bundestag hat am 09.03.2017 in dritter Lesung das »Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung« beschlossen. Damit kommt der Gesetzgeber jahrelangen Anregungen aus Fachkreisen, insbesondere des Baugerichtstages, nach, das Bau- und Architektenrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) spezialgesetzlich und mit einigen Änderungen zu regeln.¹ Zugleich hat der Gesetzgeber einige Änderungen am »klassischen« Werkvertragsrecht, das sich nunmehr im Kapitel 1 des BGB wiederfindet, vorgenommen und die Reform dazu genutzt, auch einige wesentliche Teile der zwischenzeitlich zum Kaufrecht ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) mit umzusetzen.

Am 31.03.2017 erfolgte die Zustimmung durch den Bundesrat. Damit werden die gesetzlichen Neuregelungen des BGB zum 01.01.2018 in Kraft treten.

Sämtliche Neuregelungen abzuhandeln, würde den Rahmen dieses Beitragsformates bei Weitem sprengen, dennoch soll zumindest auf einige, für das angesprochene Fachpublikum im Rahmen seines täglichen Geschäftsbetriebs wesentliche Änderungen eingegangen werden.

Diese betreffen insbesondere die kaufrechtliche Mängelhaftung sowie im Werkvertragsrecht die Abnahmefiktion und die außerordentliche Kündigung.

■ Kaufrechtliche Mängelhaftung: Erweiterung des Lieferantenrückgriffs auf die Aus- und Einbaukosten

Der Lieferant, von dem der Wiederverkäufer/Werkunternehmer die mangelhafte Ware gekauft hat, hat – neben der Pflicht zur Reparatur oder Neulieferung einer mangelfreien Ware – auch die Aus- und Einbaukosten des Wiederverkäufers/Werkunternehmers zu tragen. Der Lieferant kann wiederum diese bei seinem Vorlieferanten geltend machen usw. **(BGB § 439 i. V. m. insb. § 445a)**

■ Werkvertragsrecht: Abnahmefiktion

In **§ 640 BGB** wird nach Ansicht des Gesetzgebers nunmehr erstmalig eine echte »fiktive Abnahme« geregelt. Die Abnahme wird fingiert, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werkes eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe von Mängeln verweigert hat.

■ Werkvertragsrecht: Kündigung aus wichtigem Grund

In **§ 648a BGB** wird in Konkretisierung der bisherigen Rechtsprechung ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund für alle Werkverträge neu eingefügt. Dies wurde bislang von der Rechtsprechung nur aus anderen Vorschriften in analoger Anwendung abgeleitet. Dabei wird auch ein Anspruch der Parteien auf eine gemeinsame Feststellung des Leistungsstandes vorgesehen, um spätere Streitigkeiten über den Stand der Arbeiten zum Zeitpunkt der Kündigung zu vermeiden.

¹ Hierzu hat der Gesetzgeber den Untertitel 1 »Werkvertrag« des Titels 9 des BGB »Werkverträge und ähnliche Verträge« nunmehr in vier Kapitel unterteilt, nämlich in Kapitel 1 »Allgemeine Vorschriften«, Kapitel 2 »Bauvertrag«, Kapitel 3 »Verbraucherbauvertrag« und ein Kapitel 4 mit der Überschrift »Unabdingbarkeit«.

2. Mängelhaftung

Im Kaufvertragsrecht hat der Gesetzgeber die Stellung des Werkunternehmers im Verhältnis zu seinem Lieferanten vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung und langjährigen Forderungen von Fachverbänden und Praktikern verbessert und die §§ 439 und 440 BGB geändert und die neuen Paragraphen 445a und 445b BGB in das Gesetz aufgenommen. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:



»Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat durch Urteil vom 16. Juni 2011 (C 65/09 und C 87/09) auf Vorlage unter anderem des Bundesgerichtshofs (BGH) entschieden (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 70/08), dass der Verkäufer einer beweglichen Sache im Rahmen einer Nacherfüllung gegenüber dem Verbraucher verpflichtet sein kann, die bereits in eine andere Sache eingebaute mangelhafte Kaufsache auszubauen und die Ersatzsache einzubauen oder die Kosten für beides zu tragen. Im Anschluss daran hat der BGH § 439 Absatz 1 Alternative 2 BGB richtlinienkonform dahingehend ausgelegt, dass der kaufrechtliche Nacherfüllungsanspruch beim Verbrauchsgüterkauf (**B2C-Geschäft**) auch die Kosten für Aus- und Einbau bei Lieferung mangelhafter Sachen umfasst. Für einen Kaufvertrag zwischen Unternehmen (B2B-Geschäft) gilt dies nach der Rechtsprechung des BGH jedoch **nicht** (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR 226/11; Urteil vom 16. April 2013 - VIII ZR 375/11; Urteil vom 2. April 2014 - VIII ZR 46/13). Dies bedeutet für einen Werkunternehmer, der mangelhaftes Baumaterial gekauft und dieses in Unkenntnis des Mangels bei einem Dritten verbaut hat, dass er diesem aus dem geschlossenen Werkvertrag zum Ausbau des mangelhaften und zum Einbau von mangelfreiem Baumaterial verpflichtet ist. Von dem Verkäufer kann der Werkunternehmer dagegen nach geltendem Recht nur die Lieferung des dafür benötigten neuen Baumaterials verlangen. Die Aus- und Einbaukosten muss er - von den Fällen eines schuldhaften Verhaltens des Verkäufers abgesehen - selbst tragen. Im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode ist vorgesehen, die Rechtsposition des Werkunternehmers in diesem Bereich zu verbessern. Es soll dafür gesorgt werden, dass Handwerker und andere Unternehmer nicht pauschal auf den Folgekosten von Produktmängeln sitzen bleiben, die der Lieferant oder Hersteller zu verantworten hat.«

(Anm.: Die Hervorhebungen erfolgten durch den Verfasser)

Vor diesem Hintergrund lautet es nunmehr im Gesetz in den **§§ 439** und **440 BGB**:

(bisher)

(ab 01.01.2018, neuer Text in Rot)

§ 439 Nacherfüllung

- | | |
|--|--|
| (1) Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. | (1) Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. |
| (2) Der Verkäufer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. | (2) Der Verkäufer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. |

- (3) Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt.
- (4) Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.
- (3) **Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß Ihrer Art und Ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen.**
§ 442 Absatz 1 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass für die Kenntnis des Käufers an die Stelle des Vertragsschlusses der Einbau oder das Anbringen der mangelhaften Sache durch den Käufer tritt.
- (4) Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt.
- (5) Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.

§ 440 Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz

Außer in den Fällen des § 281 Abs. 2 und des § 323 Abs. 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. Eine Nachbesserung gilt nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.

Außer in den Fällen des § 281 Abs. 2 und des § 323 Abs. 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung **gemäß § 439 Absatz 4 verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung** fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. Eine Nachbesserung gilt nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.

In der Gesetzesbegründung, die im Rahmen der späteren praktischen Anwendung stets zur Auslegung der Rechtsvorschrift herangezogen wird, heißt es dann weiter:



»§ 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E bestimmt, dass der Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung nach § 439 Absatz 1 auch den Ausbau der gekauften mangelhaften und den Einbau der nachzubessernden oder als Ersatz zu liefernden Sache umfasst, wenn der Käufer die gekaufte Sache ihrer Art und ihrem Verwendungszweck gemäß in eine andere Sache eingebaut hat. Durch die Regelung wird die ausdehnende Anwendung des Nacherfüllungsanspruchs durch den EuGH für sämtliche Kaufverträge und für beide Arten der Nacherfüllung (Beseitigung des Mangels und Lieferung einer mangelfreien Sache) umgesetzt.

Die derzeitige restriktive Handhabung des Nacherfüllungsanspruches entsprechend der geltenden Rechtslage geht vor allem zu Lasten der Handwerker und Bauunternehmer. Sie schulden ihrem Auftraggeber im Rahmen der werkvertraglichen Nacherfüllung regelmäßig den Ausbau des mangelhaften Baumaterials und den Einbau des mangelfreien Ersatzmaterials. Die Kosten dafür können sehr hoch sein. Von dem Verkäufer des Baumaterials kann der Werkunternehmer dagegen nach geltendem Recht häufig nur die Lieferung einer neuen Kaufsache verlangen. Die Kosten für den Ausbau und den erneuten Einbau der mangelfreien Sache muss er selbst tragen, wenn die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches mangels eines Verschuldens des Verkäufers nicht erfüllt sind. Die Aus- und Einbaukosten können die dem Handwerker aus dem Werkvertrag zustehende Vergütung bei weitem übersteigen. Besonders hohe Aus- und Einbaukosten können entstehen, wenn Materialien an schwer zugänglichen Stellen verbaut wurden oder verwendete Kleinteile von geringem Wert wegen Mängeln ausgetauscht werden müssen. In solchen und ähnlichen Fällen führt die Regelung des § 439 Absatz 3 BGB-E und deren weite Anwendbarkeit auf alle Kaufvertragsverhältnisse (auch außerhalb eines Verbrauchsgüterkaufs) zu einer Entlastung der Handwerker und der anderen Unternehmer. Diese können den Verkäufer mangelhaften Materials künftig auch dann wegen der Aus- und Einbauleistungen in Anspruch nehmen, wenn der Verkäufer die Mangelhaftigkeit nicht zu vertreten hat und daher ein Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB nicht gegeben ist.

Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob eine mangelhafte Kaufsache, die der Käufer vor Auftreten eines Mangels gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck verbaut hat, ausgebaut werden muss, um eine neu gelieferte mangelfreie Sache zu verbauen oder aber ob eine solche Sache ausgebaut werden muss, um den Mangel beseitigen zu können und sodann wieder sach- und fachgerecht zu verbauen. Bei beiden Alternativen der Nacherfüllung würden den Käufer weitere Kosten des Ein- und Ausbaus treffen, die er bereits einmal aufgewandt hat und die er bei mangelfreier Erfüllung des Vertrags nicht noch ein weiteres Mal zu tragen hätte.«

(Anm.: Die Hervorhebungen erfolgten durch den Verfasser)

Die neu eingefügten §§ 445a und 445b BGB lauten:

(bisher)

(ab 01.01.2018, neuer Text in Rot)

§ 445a Rückgriff des Verkäufers

- (1) Der Verkäufer kann beim Verkauf einer neu hergestellten Sache von dem Verkäufer, der ihm die Sache verkauft hatte (Lieferant), Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Verhältnis zum Käufer nach § 439 Absatz 2 und 3 sowie § 475 Absatz 4 und 6 zu tragen hatte, wenn der vom Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr durch den Verkäufer vorhanden war.
- (2) Für die in § 437 bezeichneten Rechte des Verkäufers gegen seinen Lieferanten bedarf es wegen des vom Käufer geltend gemachten Mangels der sonst erforderlichen Fristsetzung nicht, wenn der Verkäufer die verkaufte neu hergestellte Sache als Folge Ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen musste oder der Käufer den Kaufpreis gemindert hat.
- (3) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.
- (4) § 377 des Handelsgesetzbuchs bleibt unberührt.

§ 445 b Verjährung von Rückgriffsansprüchen

- (1) Die in § 445a Absatz 1 bestimmten Aufwendungsersatzansprüche verjähren in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache.
- (2) Die Verjährung der in den §§ 437 und 445a Absatz 1 bestimmten Ansprüche des Verkäufers gegen seinen Lieferanten wegen des Mangels einer verkauften neu hergestellten Sache tritt frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Verkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat. Diese Ablaufhemmung endet spätestens fünf Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem der Lieferant die Sache dem Verkäufer abgeliefert hat.
- (3) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.

In der Gesetzesbegründung heißt es dann weiter:



§ 445a Absatz 1 BGB-E entspricht inhaltlich dem bisherigen Recht beim Verbrauchsgüterkauf nach § 478 Absatz 2. Die zuvor in § 478 Absatz 1 enthaltene Definition des Lieferanten wurde ergänzt. Die Regelung des § 445a Absatz 1 BGB-E gibt dem (Letzt-)Verkäufer, der vom Käufer im Wege der Nacherfüllung in Anspruch genommen wurde, gegen seinen Lieferanten einen Anspruch auf Ersatz der Nacherfüllungsaufwendungen, die der (Letzt-)Verkäufer nach §§ 439 Absätze 2 und 3, 475 Absätze 4 und 6 BGB-E im Verhältnis zum Käufer zu tragen hatte, wenn der vom Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorhanden war. Es handelt sich hierbei um eine eigene Anspruchsgrundlage, das heißt um einen selbständigen Regressanspruch. Der bislang auf das Recht des Verbrauchsgüterkaufs beschränkte Anwendungsbereich des § 478 Absatz 2 wird damit auf alle Kaufverträge, die neu hergestellte Sachen zum Gegenstand haben, ausgeweitet. Ein unmittelbarer Regressanspruch auf Aufwendungsersatz - unabhängig von dem sonst zu beachtenden Vorrang der Nacherfüllung - besteht nunmehr auch dann, wenn es sich bei dem letzten Kaufvertrag in der Lieferkette um einen solchen zwischen zwei Unternehmen handelt.«

(Anm.: Die Hervorhebungen erfolgten durch den Verfasser)

3. Fragen und Antworten zur Mängelhaftung

(a) Wie lässt sich die wesentliche Neuerung im Lieferantenrückgriff zusammenfassen?

Im Kaufvertragsrecht hat der Gesetzgeber die Stellung des Werkunternehmers im Verhältnis zu seinem Lieferanten vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung und langjähriger Forderungen von Fachverbänden und Praktikern verbessert.

In der Vergangenheit blieb der Werkunternehmer als Wiederverkäufer im Fall der Mängelhaftung für ein verkauftes Produkt in der Regel auf den Ausbaurkosten der mangelhaften Ware und den Wiedereinbaukosten einer neugelieferten oder reparierten Ware sitzen.

Die Neuregelungen bestimmen nunmehr, dass der Lieferant, von dem der Wiederverkäufer die mangelhafte Ware gekauft hat, neben der Pflicht zur Reparatur oder Neulieferung einer mangelfreien Ware, auch die Aus- und Einbaukosten des Wiederverkäufers zu tragen hat.

Sofern der Lieferant nicht selbst der Hersteller des mangelhaften Produkts ist, steht dem Lieferanten wiederum der Rückgriff auf seinen Vorlieferanten zu. Schlussendlich nimmt der Gesetzgeber über den hier skizzierten Weg in der Lieferkette den Hersteller der mangelhaften Ware in die Pflicht, im Rahmen der Nacherfüllung (§ 439 BGB) verursachungsgerecht auch die Aus- und Einbaukosten zu tragen.

(b) Wie ist der Begriff der »Aus- und Einbaukosten« zu verstehen?

In § 439 Abs. 2 BGB heißt es zunächst: »Der Verkäufer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.«

Dies wird dann durch § 439 Abs. 3 BGB ergänzt, der ausführt, dass, wenn der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht hat, der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet ist, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen.

Das kann im Lichte der Entscheidungen des EuGH (C 65/09 und C 87/09) sowie der Motive des Gesetzgebers, die zu dieser Änderung geführt haben und die sich auch in der amtlichen Begründung widerspiegeln (s. o.), nur bedeuten: Es sind alle erforderlichen Aufwendungen, also sämtliche Ausbau- und Einbaukosten, die erforderlich und geboten sind, um einen mangelfreien Zustand herbeizuführen, ersatzfähig und damit auch zu ersetzen. Ob dies bei den im Einzelfall geltend gemachten Kosten dann der Fall war, wird in der Rechtspraxis sicherlich auch das ein oder andere Mal im Rahmen eines Folgerechtsstreits durch ein gerichtliches Sachverständigen-gutachten geklärt werden (müssen).

(c) Ist der Aufwand der Fehlersuche beispielsweise in Software Teil der Ausbaurkosten?

Nach Auffassung des Autors ist zwar grundsätzlich der Aufwand, der dem Verkäufer für die Suche eines Fehlers beispielsweise in einem ITK-System oder in einer Software entsteht, als Teil des Nacherfüllungsaufwands zu sehen, allerdings nur, sofern es sich zum einen bei dem Fehler auch um einen Sachmangel handelt und zum anderen der betriebene Aufwand tatsächlich erforderlich gewesen ist.

In der alltäglichen Geschäftspraxis dürfte allerdings, ohne das Vorliegen einer weiteren Spezifikation, mit dem Kriterium der Erforderlichkeit das Risiko einhergehen, dass die Parteien unterschiedliche Auffassungen beispielsweise dazu vertreten, welcher Zeitaufwand und welche Fachqualifikation für eine Fehlersuche erforderlich gewesen wären.

Um diesen unter Umständen kaum oder nur durch Hinzuziehung eines Sachgutachters aufzulösenden Kontroversen vorzubeugen, dürfte es sich insbesondere bei Software für Hersteller bzw. Vorlieferanten und Wiederverkäufer typischerweise empfehlen, rechtskonform im Vorfeld bzw. im Kaufvertrag geeignete und damit auch möglichst konkrete Regelungen zu diesen Fragen zu treffen.

(d) Muss der Wiederverkäufer dem Vorlieferanten vor Durchführung des Aus- und Wiedereinbaus ein Wahlrecht einräumen?

Nein! Das im ersten Gesetzesentwurf noch vorgesehene Wahlrecht des Verkäufers/Vorlieferanten, den Aus- und Einbau selbst vorzunehmen (bzw. durch einen von ihm beauftragten Dritten vornehmen zu lassen), anstelle dem Käufer die entsprechenden Kosten zu ersetzen, ist nach Anhörungen im Ausschuss und aufgrund von Bedenken des Bundesrates fallengelassen worden.

Es erschien als für den Endkunden nicht zumutbar, im Rahmen der Nacherfüllung das Tätigwerden eines Dritten, der mit dem vorhergehenden Einbau nicht das Geringste zu tun gehabt hat und auf dessen Auswahl auch vom Endkunden bzw. Verkäufer/Werkunternehmer kein Einfluss genommen werden könnte, diesen hier nunmehr erstmalig in das Vertragsgefüge/Gewerk der beiden unmittelbar Beteiligten eingreifen zu lassen.

Des Weiteren würde dadurch auch nicht unerheblich in die im Übrigen auch weiterhin bestehende Gewährleistungspflicht des Verkäufers/Werkunternehmers gegenüber dem Endkunden eingegriffen, weil dann ja gelten würde: Der Verkäufer/Werkunternehmer müsste sich vom Endkunden auch möglicherweise weitere, bei der ursprünglichen Mangelbeseitigung erfolgte mangelhafte Arbeiten des vom Verkäufer/Vorlieferanten mit der Mangelbeseitigung beauftragten Dritten entgegenhalten lassen.

(e) Allgemeinen Geschäftsbedingungen: Was ist zulässig hinsichtlich der Fristverkürzung der Mängelhaftung?

Unverändert gilt, wie weithin bekannt sein dürfte, dass bei der Lieferung neu hergestellter Sachen oder Werkleistungen gemäß § 309 Nr. 8 ff i. V. m. § 310 Abs. 1 S. 2 BGB im Geschäft zwischen Unternehmen (**B2B**) die Frist für die Nacherfüllungspflichten aus der kaufrechtlichen Mängelhaftung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Verkäufers nicht rechtswirksam unter 12 Monate verkürzt werden kann und im Geschäft mit Verbrauchern (**B2C**) gemäß § 475 BGB nicht unter 24 Monate.

Dementsprechend kann der jeweilige Vorlieferant gegenüber seinem Käufer als Wiederverkäufer gemäß den neu eingeführten Bestimmungen (§ 445a) in seinen AGB gerade nicht rechtswirksam bestimmen, dass der Vorlieferant für einen Teil seiner Nacherfüllungspflichten (d. h. hier: die »Aus- und Einbaukosten«) im Rahmen der Rückgriffsrechte lediglich mit einer weiter verkürzten Frist gegenüber seinem Käufer haften wolle.

Zu beachten ist, dass im Bereich **B2B** in Individualvereinbarungen auch abweichende Vereinbarungen getroffen werden können. Dabei ist jedoch ebenso zu beachten, dass gegenüber einer Mehrzahl von Käufern verwendete und vom Verkäufer nicht zur Verhandlung gestellte Bedingungen bzw. Klauseln/Konditionen regelmäßig von den Gerichten nicht als Individualvereinbarung, sondern als AGB gewertet werden – ungeachtet dessen, an welcher Stelle im Vertragswerk oder unter welchem Titel die Bedingungen aufgeführt sind.

(f) Ist hinsichtlich der Mängelhaftung eine gesetzliche Unterscheidung zwischen Hard- und Software zu beachten?

Die Pflicht für einen Verkäufer, dem Käufer eine mangelfreie Ware zu liefern, sowie die damit verbundenen Nacherfüllungspflichten im Fall der Lieferung einer mangelhaften Ware gelten gleichermaßen für physische Güter (Hardware) wie für nichtphysische Güter (dazu gehört auch Software). Ob beispielsweise die landläufig auftauchende Aussage: »Fehlerfreie Software gibt es nicht.« stimmt oder nicht stimmt oder u. U. auch als eher interessengeleitet zu verstehen ist, will der Autor dieses Textes weder beurteilen, noch ist es für die hier behandelten Fragen der kaufvertragsrechtlichen Mängelhaftung maßgeblich. Auf jeden Fall aber birgt eine derartige Formulierung gegenüber Juristen stets auch den Anschein der »Mangelhaftigkeit« in sich, sodass sie schon aus diesem Grund tunlichst vermieden werden sollte.

4. Abnahmefiktion

Zwei weitere erwähnenswerte Änderungen sind im **Werkvertragsrecht**, dort im Bereich des nunmehrigen 1. Kapitels hinsichtlich der **Abnahme der Leistung** und der **Kündigung aus wichtigem Grund** erfolgt.

In **§ 640 BGB** wird nach Ansicht des Gesetzgebers nunmehr erstmalig eine echte fiktive Abnahme geregelt. Die Abnahme wird fingiert, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werkes eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe von Mängeln verweigert hat.

Es heißt jetzt in **§ 640 BGB**:

<i>(bisher)</i>	<i>(ab 01.01.2018, neuer Text in Rot)</i>
§ 640 Abnahme	
(1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.	(1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.
(2) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.	(2) Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.
	(3) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

In der Gesetzesbegründung heißt es dann weiter zu **§ 640 BGB**:



»Die Regelungen des Werkvertragsrechts zur Abnahme haben sich zwar grundsätzlich bewährt, als unzureichend wird jedoch die durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330) in § 640 Absatz 1 Satz 3 eingefügte Regelung zur fiktiven Abnahme empfunden. Sie sieht vor, dass es der Abnahme gleichsteht, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Die Vorschrift hatte das Ziel, das Abnahmeverfahren zu beschleunigen, indem es dem Unternehmer ermöglicht wird, zeitnah Rechtsklarheit über die Frage der Abnahme herbeizuführen und damit die Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung nach § 640 Absatz 1 herzustellen. In der Praxis haben sich jedoch Schwächen dieser Regelung gezeigt. Verweigert der Besteller nach Fristsetzung durch den Unternehmer die Abnahme, ohne die von ihm beanstandeten Mängel zu benennen, greift die Fiktion des Absatzes 1 Satz 3 zunächst nicht, wodurch die Fälligkeit der Werklohnforderung des Unternehmers hinausgeschoben wird. Häufig kann erst nach Ablauf einer längeren Zeit im Rahmen eines Gerichtsverfahrens geklärt werden, ob im Zeitpunkt des Abnahmeverlangens tatsächlich wesentliche Mängel vorlagen, die den Besteller zur Abnahmeverweigerung berechtigt hätten oder ob dies nicht der Fall war und er zur Abnahme verpflichtet gewesen wäre.

Die Möglichkeit einer fiktiven Abnahme soll erhalten bleiben, da sie ein wichtiges Instrument zur Herbeiführung der Abnahmewirkungen bei unberechtigter Abnahmeverweigerung des Bestellers darstellt. Sie soll allerdings effektiver ausgestaltet werden und dabei die Interessen, Risiken und Belastungen zwischen den Parteien gerecht verteilen. Eine missbräuchliche Verweigerung der Abnahme soll weitgehend ausgeschlossen werden. Um die Fiktion zu zerstören, soll es nicht mehr genügen, lediglich die Abnahme zu verweigern. Vielmehr muss der Besteller künftig Mängel angeben. Eine Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln wird dabei nicht vorgenommen, da diese Unterscheidung im Einzelfall schwierig ist und oftmals erst im gerichtlichen Verfahren festgestellt werden kann. Damit würde erneut Unklarheit über den Eintritt der Abnahmefiktion entstehen. Gibt der Besteller nur offensichtlich nicht bestehende oder eindeutig unwesentliche Mängel an, kann dies allerdings rechtsmissbräuchlich sein.

Absatz 2 Satz 1 sieht nunmehr vor, dass die Abnahmefiktion immer dann greift, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe von Mängeln verweigert hat. Die Fiktion tritt also ein, wenn der Besteller sich entweder überhaupt nicht zu dem Abnahmeverlangen äußert oder wenn er die Abnahme ohne Benennung von Mängeln verweigert.

Dem Besteller obliegt es bei der Abnahmeverweigerung allerdings nicht, alle Mängel anzugeben oder die Mängel im Detail darzulegen. Es genügt, wenn er beispielsweise dem Unternehmer mitteilt, wo das Werk aus seiner Sicht nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Weitere Mängel, die der Besteller zunächst nicht angegeben hat, können gleichwohl bei der anschließenden Bewertung der Abnahmereife berücksichtigt werden.

Im Gegensatz zur derzeitigen Rechtslage führt ein Schweigen oder Nichtbenennen von Mängeln auch dann zur fiktiven Abnahme, wenn wesentliche Mängel vorhanden sind. Diese Rechtsfolge ist unter Abwägung der Interessen der beiden Vertragspartner gerechtfertigt, da sie vom Besteller jederzeit durch die Angabe von Mängeln verhindert werden kann. Durch diese Vorschrift werden die Parteien angehalten, sich im Falle der Abnahmeverweigerung über die Gründe dafür auszutauschen und der Unternehmer hat zeitnah die Möglichkeit, tatsächlich bestehende Mängel zu beseitigen.

Ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen wird als Voraussetzung für die fiktive Abnahme die Fertigstellung des Werks. Durch die Einführung dieses neuen Kriteriums soll ein zu frühes Andienen des Werks unterbunden und damit ein missbräuchlicher Einsatz des Instruments der fiktiven Abnahme insbesondere auch gegenüber Verbrauchern verhindert werden. Von einer Fertigstellung im Sinne der Vorschrift ist dann auszugehen, wenn das Werk nach der vertraglichen Vereinbarung der Parteien als »fertig« anzusehen ist. Dies ist der Fall, wenn die im Vertrag genannten Leistungen abgearbeitet beziehungsweise erbracht sind - unabhängig davon, ob Mängel vorliegen oder nicht. Insofern unterscheidet sich der Begriff der Fertigstellung in § 640 Absatz 2 Satz 1 BGB-E von dem Begriff der vollständigen Fertigstellung in § 3 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV), der voraussetzt, dass sämtliche Arbeiten erbracht und alle wesentlichen Mängel behoben worden sind und damit Abnahmereife der Werkleistung voraussetzt {vgl. Mareks, MaBV, 9. Auflage 2014, § 3 Rn. 42; BGH, Urteil vom 30. April 1998, VII ZR, 47/97, NJW 1998, 2967}. Besteller, die Verbraucher sind, sollen nach Absatz 2 Satz 2 vom Unternehmer über die Möglichkeit der fiktiven Abnahme informiert werden. Von einem Verbraucher kann nicht erwartet werden, dass er sich über die Rechtsfolgen im Klaren ist, wenn er sich auf die Fristsetzung des Unternehmers, mit der dieser eine fiktive Abnahme erreichen will, nicht erklärt oder die Abnahme ohne Angabe von Mängeln verweigert. Der neu eingefügte Absatz 2 Satz 2 sieht daher vor, dass der Unternehmer den Verbraucher zusammen mit der Fristsetzung zur Abnahme nach Absatz 2 Satz 1 in Textform darüber aufzuklären hat, dass eine ohne Angabe von Mängeln verweigerte Abnahme oder ein Schweigen die Fiktion der Abnahme herbeiführt. Informiert der Unternehmer den Verbraucher nicht entsprechend, tritt die Fiktion nicht ein. Durch § 650n BGB-E wird diese Vorschrift zwingend ausgestaltet.«

(Anm.: Die Hervorhebungen erfolgten durch den Verfasser)



Die Wirkungen dieser Neuregelung werden nach Auffassung des Autors vom Gesetzgeber erheblich überschätzt. Die bisherigen Erfahrungen zeigen, dass in der Regel die zur Abnahme verpflichteten Besteller nicht schweigen, sondern alle möglichen bestehenden, vermeintlichen oder auch nur mutwillig behaupteten Mängel anführen, um einer Abnahme, der damit verbundenen Zahlungspflicht sowie dem Beginn der Verjährungsfrist zu entgehen. Dann ist es wiederum am Auftragnehmer nachzuweisen, dass die behaupteten Mängel nur unwesentlich sind, und dies ggf. mit Sachverständigengutachten zu belegen.

5. Kündigung aus wichtigem Grund

In § 648a BGB wird in Konkretisierung der bisherigen Rechtsprechung ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund für alle **Werkverträge** neu eingefügt. Dies wurde bislang von der Rechtsprechung nur aus anderen Vorschriften (bspw. VOB/B) in analoger Anwendung abgeleitet. Dabei wird auch ein Anspruch der Parteien auf eine gemeinsame Feststellung des Leistungsstandes vorgesehen, um spätere Streitigkeiten über den Stand der Arbeiten zum Zeitpunkt der Kündigung zu vermeiden.

Es heißt jetzt in dem neu eingefügten § 648a BGB:

(bisher)

(ab 01.01.2018, neuer Text in Rot)

§ 648 a Kündigung aus wichtigem Grund

- (1) Beide Vertragsparteien können den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.
- (2) Eine Teilkündigung ist möglich; sie muss sich auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks beziehen.
- (3) § 314 Absatz 2 und 3 gilt entsprechend.
- (4) Nach der Kündigung kann jede Vertragspartei von der anderen verlangen, dass sie an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes mitwirkt. Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung oder bleibt sie einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstands fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat.
- (5) Kündigt eine Vertragspartei aus wichtigem Grund, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt.
- (6) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.

Nach dem Gesetz besteht nunmehr also auch beim Werkvertrag ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund.

Problematisch bleibt aber – wie immer beim Recht zur Kündigung aus wichtigen Grund – ob, wann und warum ein solches Recht gegeben ist. Der Gesetzgeber arbeitet hier, wie an anderer Stelle auch, mit sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffen, indem er einen wichtigen Grund daran knüpft, das dem kündigenden Teil »*unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls*« und »*unter Abwägung der beiderseitigen Interessen*« die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werkes »*nicht zugemutet*« werden kann. Ein dreifaches »**Hipp, hipp, hurra!**« demjenigen juristischen Laien, der in einer naturgemäß ohnehin schon angespannten Situation objektiv und rechtlich treffend beurteilen kann, ob die dementsprechenden Voraussetzungen vorliegen.

Also **Vorsicht** mit Kündigungen aus wichtigem Grund!. Hilfreich wäre es insoweit, wenn zumindest im dem Vertragsverhältnis zugrundeliegenden Vertrag der eine oder andere für die Parteien wirklich wichtiger Grund als solcher schon einmal definiert wäre.

Sinnvoll wäre es gewesen, wenn der Gesetzgeber der Klarstellung halber noch aufgenommen hätte, ob oder ob nicht in der außerordentlichen Kündigung durch den Auftraggeber/Besteller auch zugleich bei Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes eine sog. »freie« Kündigung angenommen werden kann. Damit hätte nämlich dem jahrelangen und zulasten der Rechtssuchenden ausgetragene Streit zwischen unterschiedlichen Senaten des Bundesgerichtshofs ein Ende bereitet werden können.

Ferner wäre es auch für eine freie Kündigung wünschenswert gewesen, den Parteien ein wechselseitiges Recht auf Feststellung des Leistungsstandes zu gewähren, da hier identische Streitigkeiten auftreten können wie bei der Kündigung aus wichtigem Grund, wenn nämlich das Gewerk noch nicht fertiggestellt ist und z. B. bei einem (Detail-)Pauschalvertrag unterschieden werden muss zwischen der Abrechnung für die bereits erbrachten und noch nicht erbrachten Leistungen, die voneinander abzugrenzen sind.

Auf die Wiedergabe der ausführlichen Passagen in der Gesetzesbegründung sowie die weitergehende Vertiefung der juristisch differenzierten Diskussion wird im Rahmen dieser für den Praktiker bestimmten Publikation verzichtet.

6. Quellenhinweis

Bürgerliches Gesetzbuch BGB

Die zum Zeitpunkt der Schlussredaktion dieses Dokuments im April 2017 noch in Kraft befindliche Fassung des BGB kann auf der vom Bundesjustizministerium betriebenen Internetseite www.gesetze-im-internet.de gefunden werden. Von einer Aktualisierung durch die Fassung des BGB, die ab 01.01.2018 in Kraft tritt, ist auszugehen. Der Zeitpunkt für die Textaktualisierung auf der benannten Internetseite ist dem Autor dieses Dokuments zum gegenwärtigen Zeitpunkt jedoch nicht bekannt.

Die hier behandelten Neuerungen des BGB, welche ab dem 01.01.2018 in Kraft treten, erfolgen durch das am 09.03.2017 vom Deutschen Bundestag beschlossene »Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung«; siehe auch Bundestag Drucksache 18/8486. Die Zustimmung des Bundesrats erfolgte am 31.03.2017, siehe auch Bundesrat Plenarprotokoll 956 und BR Drucksache 199/17.



VAF Bundesverband Telekommunikation e.V.
Otto-Hahn-Str. 16, 40721 Hilden
www.vaf-ev.de