

Änderungen im Kauf- und Werkvertragsrecht

Rechtsanwalt Dr. Carsten Harms, Seelig & Preu, Bohlig, Hamburg

I. Die wesentlichen Änderungen des Kaufrechts im Überblick

Das neue Kaufrecht wird wesentlich von der zum 01.01.2002 umzusetzenden Verbrauchsgüterkaufrichtlinie¹ beeinflusst. Der Gesetzgeber hat sich aber nicht darauf beschränkt, die Vorschriften dieser Richtlinie in das nationale Recht umzusetzen. Er hat die Richtlinie vielmehr zum Anlaß genommen, die Vorschriften des Kaufrechts umfassend umzugestalten:

Danach wird die Verschaffung einer mangelfreien Sache Teil der Hauptverpflichtung des Verkäufers². Die Lieferung einer anderen als der geschuldeten Sache oder einer zu geringen Menge steht dem Sachmangel gleich³. Bei der Gewährleistung gibt es keine Unterschiede zwischen Rechts- und Sachmängeln⁴. Der Unterschied zwischen Gattungsschuld und Stückschuld entfällt, der Verkäufer hat grundsätzlich die Pflicht und das Recht zur „Nacherfüllung“⁵. Erst die fehlgeschlagene Nacherfüllung eröffnet dem Käufer die klassischen Gewährleistungsansprüche der Minderung, des Rücktritts⁶ und des Schadenersatzes. Bereits die bloße Fahrlässigkeit des Verkäufers gibt dem Käufer das Recht, Ersatz des sogenannten „Mangelschadens“ zu verlangen. Dieser Anspruch setzte nach bisherigem Recht bekanntlich das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder Arglist voraus. Die Gewährleistungsfrist für Sachmängel wird von 6 Monaten auf 2 Jahre verlängert, die für Rechtsmängel von 30 Jahren auf 2 Jahre verkürzt. Geht es um den Verkauf von Bauwerken oder von Sachen, die „für ein Bauwerk verwendet“ werden, beträgt die Frist 5 Jahre. Auch die Lieferung herzustellender unvertretbarer Sachen richtet sich künftig nach Kaufrecht⁷. Schließlich wird ein besonderes Institut des „Verbrauchsgüterkaufs“ geschaffen⁸ und die besonderen Regeln über den Viehkauf werden ersatzlos gestrichen.

Neben den materiellen Änderungen gibt es erhebliche Strukturänderungen dadurch, daß die mangelfreie Lieferung zur Hauptleistungspflicht wird. Bei Schlechtlieferung liegt somit eine allgemeine Pflichtverletzung vor, die nach allgemeinem Schuldrecht sanktioniert wird.

¹ 1999/44 EG vom 25.05.1999.

² § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB n. F.

³ § 434 Abs. 3 BGB n. F.

⁴ § 437 BGB n. F. spricht einheitlich von der „mangelhaften“ Sache.

⁵ § 439 BGB n. F.: Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache.

⁶ Anstelle der „Wandlung“, die als besonderer Rechtsbehelf abgeschafft wird.

⁷ § 651 BGB n. F.

⁸ In §§ 474 bis 479 BGB n.F.

II. Zu den einzelnen Vorschriften

1. Begriff des Sachmangels, § 434 BGB n. F.

Das Gesetz folgt dem sogenannten „subjektiven Sachmangelbegriff“.

Nach § 434 Abs. 1 n. F. ist die Sache „frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat.“

Soweit es keine Vereinbarung gibt, ist die Sache frei von Sachmängeln „wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet“. Die Abgrenzung dieses Tatbestandsmerkmals zur „Vereinbarung“ der Beschaffenheit ist fließend, wegen der gleichen Rechtsfolgen jedoch irrelevant. Nur soweit die fehlende Beschaffenheit der Sache weder eine vereinbarte Beschaffenheit ist noch unter das Merkmal der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung fällt, kommt es darauf an, ob sich die Sache hinsichtlich dieser Beschaffenheit „für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann“⁹.“ Hierzu gehören „auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann“. Damit wird, der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie folgend, der Schutz des Käufers ausgedehnt. Wenn beispielsweise in der Werbung hervorgehoben wird, daß ein Fahrzeug nur 3 Liter auf 100 km verbraucht, gehört diese Eigenschaft zu dem bei einem Auto-Kauf geschuldeten Merkmalen, bei deren Fehlen ein Sachmangel vorliegt. Geschützt wird der Verkäufer lediglich durch die weitere Bestimmung in § 434 Abs. 1 n. F., wonach er dann für solche „Reklameeigenschaften“ nicht haftet, wenn er „die Äußerung (also die Werbeaussage) nicht kannte und auch nicht kennen mußte.“ In gleicher Weise kann sich der Verkäufer von einer Haftung befreien, wenn er nachweist, daß die Werbeaussage zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses „in gleichwertiger Weise“ berichtigt war oder daß sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

Nach dem Wortlaut scheint der Verkäufer die Beweislast für das Fehlen von Sachmängeln zu haben („ist frei von Sachmängeln, wenn“). Allerdings wird aus § 363 BGB nach wie vor zu schließen sein, daß die Beweislast ab Annahme als Erfüllung beim Käufer liegt. Weist der Käufer den Erhalt des Gegenstandes unter Berufung auf die fehlende Vertragsgemäßheit

⁹ § 434 Abs. 1 Ziff. 2. n. F.

sogleich zurück, ist es Sache des Verkäufers, die Vertragsgemäßheit und damit das Fehlen von Sachmängeln zu beweisen¹⁰.

Gem. § 434 Abs. 2 Satz 1 n. F. ist ein Sachmangel „auch dann gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist“. Gedacht ist nach der Regierungsbegründung hierbei an die Fälle, in denen eine zunächst mangelfreie Sache geliefert wird, die dadurch mangelhaft wird, daß der Verkäufer sie sodann unsachgemäß montiert¹¹. Neu ist die von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgesehene Erweiterung der Haftung für fehlerhafte Montageanleitungen: Nach § 434 Abs. 2 Satz 2 n. F. liegt ein Sachmangel „bei einer zur Montage bestimmten Sache ferner vor, wenn die Montageanleitung mangelhaft ist, es sei denn, die Sache ist fehlerfrei montiert worden“. Das Gesetz knüpft zunächst allein an die Fehlerhaftigkeit der Montageanleitung an. Erst wenn der Verkäufer nachweist, daß es dem Käufer dennoch gelungen ist, den Gegenstand fehlerfrei zusammenzubauen, entfällt eine Sachmängelhaftung.

In § 434 Abs. 3 n. F. ist die Gleichstellung von Sachmangel mit Aliud oder zu geringer Menge geregelt. Dabei wird bewußt davon abgesehen, eine Unterscheidung zwischen genehmigungsfähigen und nicht genehmigungsfähigen Abweichungen zu schaffen. § 378 HGB wird konsequenterweise aufgehoben, so daß auch beim Handelskauf nicht mehr nach der Genehmigungsfähigkeit einer Abweichung zu fragen ist. Künftig muß also der Käufer, der einen Kühlschrank bestellt, aber eine Waschmaschine geliefert erhält, dies innerhalb der – ja deutlich längeren – Gewährleistungsfrist geltend machen, will er nicht auf der Waschmaschine sitzen bleiben.

2. Begriff des Rechtsmangels

In § 435 Satz 1 n. F. wird definiert, wann die Sache frei von Rechtsmängeln ist, nämlich „wenn Dritte in bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können“. Dies entspricht weitgehend dem bisherigen § 434 BGB¹². Geändert wird die Beweislast: nach altem Recht hatte der Käufer gem. § 442 BGB a. F. stets einen Mangel im Rechte zu beweisen. Durch Aufhebung des § 442 BGB a. F. gilt künftig dieselbe Regel wie bei Sachmängeln: bis zur Annahme als Erfüllung trägt der Verkäufer, danach der Käufer die Beweislast.

¹⁰ Siehe Begründung BT Drucksache 14/6040, Seite 217 linke Spalte.

¹¹ BT Drucksache 14/6040 Seite 215. (Zur damaligen Fassung des Gesetzentwurfes).

¹² Siehe im einzelnen hierzu Begründung, Drucksache 14/6040 Seite 217.

3. Umfassende Neuregelung der Gewährleistungsansprüche

§ 437 BGB n. F. enthält als bloße „Verteilernorm“ die Ausgangsvorschrift für Gewährleistungsansprüche. Aufgelistet sind die einzelnen Rechtsbehelfe, die der Käufer im Falle eines Sachmangels oder im Falle eines Rechtsmangels hat. Er kann Nacherfüllung verlangen (Ziff. 1.), von dem Vertrag zurücktreten (Ziff. 2.) oder den Kaufpreis mindern (Ziff. 2.) und Schadenersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen (Ziff. 3.). Es handelt sich dabei ausdrücklich um Rechtsgrundverweisungen.

a. Nacherfüllung gem. § 437 Ziff. 1 i. V. m. § 439 BGB n. F.

§ 439 Abs. 1 n. F. paßt das neue Kaufrecht an die Vorschriften der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie an¹³: „Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.“ Durch diese Regelung wird der Unterschied zwischen Stückkauf und Gattungskauf obsolet. Nach der Begründung wird durch sie das geltende Recht „wieder an die Rechtswirklichkeit“ herangeführt, weil der Käufer „beim Auftreten eines Mangels regelmäßig nicht die Rückgängigmachung des Vertrages oder die Herabsetzung des Kaufpreises wünscht, sondern die Reparatur oder den Umtausch“¹⁴. Gem. § 439 Abs. 2 n. F. wird klargestellt, daß der Verkäufer „die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten“ zu tragen hat¹⁵, allerdings nicht unbegrenzt, denn nach § 439 Abs. 3 BGB n. F., kann der Verkäufer die vom Käufer verlangte Art der Nacherfüllung „unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3“ verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen der Unverhältnismäßigkeit zu verweigern, bleibt unberührt. Der Hinweis auf § 275 Abs. 2 und 3 n. F. soll in Erinnerung rufen, daß die Nacherfüllung auch „unmöglich“ sein kann und daß die allgemeinen Vorschriften des Unmöglichkeitrechts neben § 439 n. F. anwendbar bleiben. Gemäß § 439 Abs. 4 n. F. hat der Käufer die mangelhafte Sache nach Rücktrittsvorschriften zurückzugeben, wenn die Nacherfüllung in der Lieferung einer neuen mangelfreien Sache besteht.

¹³ Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

¹⁴ BT Drucksache 14/6040 Seite 230 unten.

¹⁵ Entspricht Art. 3 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

b. Rücktritt gem. § 437 Ziff. 2. i. V. m. §§ 440, 323, 326 Abs. 5 BGB n. F.

Nach § 323 n. F. kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten, wenn bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbracht hat. Eine mangelhafte Sache ist „nicht vertragsgemäß“. Weitere Voraussetzung ist, daß der Gläubiger dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Die Fristsetzung braucht keine Ablehnungsandrohung zu enthalten. § 323 Abs. 2 BGB n. F. regelt Fälle, in denen eine Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich ist. § 440 BGB n. F. schafft für den Bereich der Mängelgewährleistung weitere Fälle der entbehrlichen Fristsetzung: Wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 3 n. F. 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“¹⁶.

Ein Rücktrittsrecht besteht für den Käufer nur, wenn der Mangel eine gewisse Erheblichkeit erreicht hat. Dies folgt aus § 323 Abs. 5 Satz 2 n. F.: „Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung (also die mangelhafte Leistung) unerheblich ist.“

Auch im Bereich der Sachmängelhaftung gilt § 323 Abs. 6 n. F.: Danach ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.

Nach § 326 Abs. 5 n. F. kann der Gläubiger zurücktreten, wenn der Schuldner von seiner Primärleistungspflicht wegen „Unmöglichkeit“ gem. § 275 Abs. 1 bis 3 n. F. freigeworden ist. Muß also der Verkäufer weder nachliefern noch nachbessern, weil beides „unmöglich“ im Sinne von § 275 n. F. ist, kann der Käufer wegen des Mangels ebenfalls vom Vertrag zurücktreten. Einer Fristsetzung bedarf es in diesem Falle naturgemäß nicht¹⁷.

c. Minderung gem. § 437 Ziff. 2 i. V. m. § 441 BGB n. F.

Das Recht zur Minderung wird durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer ausgeübt. Es handelt sich um ein Gestaltungsrecht¹⁸. Deshalb regelt § 441 Abs. 2 n. F., daß bei Beteiligung mehrerer Käufer- und/oder Verkäufer die Minderung nur von allen oder gegen alle erklärt werden kann.

¹⁶ § 440 Satz 2 BGB n. F.

¹⁷ Siehe § 326 Abs. 5 zweiter Halbsatz n. F.

¹⁸ Ebenso wie das Rücktrittsrecht.

Auch die Minderung setzt – wenn nicht einer der Ausnahmefälle gegeben ist – ein Nachbesserungs- oder Nachlieferungsverlangen des Käufers voraus. Denn § 441 Abs. 1 n. F. beginnt mit den Worten „statt zurückzutreten ...“. Nur wenn ein Rücktrittsrecht besteht, besteht auch wahlweise das Recht zur Minderung. Mindern darf der Käufer allerdings auch dann, wenn der Mangel „unerheblich“ ist¹⁹.

d. Schadenersatz gem. § 437 Ziff. 3 i. V. m. §§ 440, 280, 281, 283 und 311 a BGB n. F.

Da die mangelfreie Lieferung Vertragspflicht des Verkäufers ist, verletzt er eine Pflicht aus einem Schuldverhältnis i. S. v. § 280 BGB n. F., wenn die gelieferte Sache mangelhaft ist. Schadenersatz setzt Vertretenmüssen des Verkäufers voraus, wobei der Verkäufer insoweit die Beweislast trägt²⁰. § 281 n. F. regelt den Schadenersatzanspruch „statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung“. Nicht „wie geschuldet erbracht“ ist eine Lieferung des Verkäufers, die unter einem Mangel leidet. Der Schadenersatz „statt“ der mangelfreien Lieferung umfaßt damit den Schaden, der in der Mangelhaftigkeit der Kaufsache selbst liegt, also den bislang sogenannten „Mangelschaden“, während § 280 BGB n. F. die Ansprüche erfaßt, die bislang unter die PVV subsumiert wurden. Die wesentliche Änderung gegenüber dem bisherigen Recht besteht darin, daß nicht nur bei Arglist oder Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, sondern auch dann ein Ersatz des Mangelschadens gewährt wird, wenn der Verkäufer den Mangel nur leicht fahrlässig zu vertreten hat.

Voraussetzung für den Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens ist eine erfolglose Fristsetzung zur Nacherfüllung²¹. Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruches rechtfertigen²². § 440 n. F. erweitert die Fälle, in denen eine Fristsetzung bei Mängeln der Kaufsache entbehrlich ist: Einer Fristsetzung bedarf es auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung (Nachlieferung oder Nachbesserung) verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. Auch hier gilt eine Nachbesserung nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen.

¹⁹ Denn es heißt in § 441 Abs. 1 Satz 2 n. F.: „Der Ausschlußgrund des § 323 Abs. 5 Satz 2 findet keine Anwendung.“

²⁰ § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB n. F.

²¹ Gem. § 281 Abs. 1 Satz 1 n. F.

²² § 281 Abs. 2 n. F.

Gem. § 281 Abs. 1 Satz 1 n. F. kann der Käufer den Ersatz des Schadens verlangen, der in der Mangelhaftigkeit der Sache liegt. Er behält die Sache und bekommt einen Ausgleich in Geld. Der Käufer kann aber auch im Wege des Schadenersatzes die gekaufte Sache zurückgeben und somit den sogenannten „großen Schadenersatz“ verlangen. Im Gleichlauf zu den Rücktrittsvorschriften besteht dieses Recht aber nur dann, wenn es sich um einen erheblichen Mangel handelt: „Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadenersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.“²³

Die gleiche Rechtsfolge wie beim großen Schadenersatz erreicht der Käufer, wenn er wegen eines Mangels vom Vertrag zurücktritt und nur im übrigen Schadenersatz verlangt. Denn nach § 325 BGB n. F. ist das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadenersatz zu verlangen, durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen.

§ 283 n. F. regelt den Fall, daß der Verkäufer gem. § 275 Abs. 1 bis 3 n. F. (Unmöglichkeit und Unvermögen) leistungsfrei ist, also nicht mehr nachzubessern braucht. Hat der Verkäufer dies zu vertreten, kann der Käufer Ersatz des Mangelschadens gem. § 283 n. F. verlangen.

Als letztes verweist § 437 Ziff. 3 BGB n. F. auf § 311 a n. F. § 311 a betrifft das anfängliche Unvermögen oder die anfängliche Unmöglichkeit und gibt dem Gläubiger einen besonderen Schadenersatzanspruch, es sei denn, der Schuldner kannte das Leistungshindernis bei Vertragsschluß nicht und hat seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten. Der Verkäufer haftet gem. § 311a. n. F. für den Nichterfüllungsschaden.

e. Ersatz vergeblicher Aufwendungen gem. § 437 Ziff. 3 i. V. m. § 284 BGB n. F.

Nach § 284 BGB n. F. kann der Käufer einer mangelhaften Sache anstelle des Schadenersatzes Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der (mangelfreien) Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte. Unter diese Vorschrift fallen beispielsweise die Vertragskosten, die der Käufer bislang nach § 467 Satz 2 BGB a. F. verschuldensunabhängig infolge der Wandlung ersetzt verlangen konnte. Diese Vertragskosten gibt es nach neuem Recht allerdings nur ersetzt, wenn der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat.

²³ § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB n. F.

4. Kenntnis des Käufers vom Mangel

Nach § 442 n. F. sind Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluß den Mangel kennt. Dies entspricht § 439 Abs. 1 BGB a. F. für Rechtsmängel und § 460 Satz 1 BGB a. F. für Sachmängel. Ist dem Käufer ein Mangel „infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben“, kann er Rechte wegen dieses Mangels gem. § 442 Abs. 1 Satz 2 n. F. nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Dies ist nichts als die alte Regelung des § 460 Satz 2 BGB a. F., wobei der Begriff der „Zusicherung“ durch den Begriff der „Garantie“ ersetzt wird. Neu ist allerdings, daß § 442 Satz 2 n. F. – anders als § 460 Satz 2 a. F. – auch für Rechtsmängel gilt. Auch der grob fahrlässig bei Vertragsschluß vom Käufer nicht erkannte Rechtsmangel führt also zu einem Gewährleistungsausschluß, es sei denn, der Verkäufer handelte arglistig oder hat eine Garantie übernommen.

5. Garantie

§ 443 n. F. regelt die sogenannte Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantie. § 443 n. F. regelt im wesentlichen, daß der Verkäufer oder ein Dritter eine Garantie für die Beschaffenheit oder für eine bestimmte Haltbarkeit einer Sache übernehmen kann und daß der Käufer im Garantiefall die Rechte aus der Garantie zu den in der Garantieerklärung „und der einschlägigen Werbung“ angegebenen Bedingungen geltend machen kann. Die Garantierechte bestehen unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche. Bei einer Haltbarkeitsgarantie wird vermutet, daß ein während ihrer Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie begründet.

6. Verjährung der Gewährleistungsansprüche, § 438 BGB n. F.

§ 438 BGB n. F. gilt für alle Gewährleistungsansprüche des Käufers, egal, ob es um Mangelschäden oder Mangelfolgeschäden, um Rechtsmängel oder Sachmängel geht. Die Verjährungsfrist beginnt gem. Abs. 2 bei Grundstücken mit der Übergabe, im übrigen mit der Ablieferung der Sache.

§ 438 Abs. 1 Ziff. 1 a. n. F. dient dem Erhalt des Regreßanspruches gegen den Hehler. Der Käufer einer abhanden gekommenen Sache ist 30 Jahre lang dem Herausgabeanspruch des Eigentümers ausgesetzt. Dann soll er auch 30 Jahre lang Zeit haben, von seinem Verkäufer Nacherfüllung oder Schadenersatz zu verlangen. 30 Jahre beträgt die Verjährungsfrist auch,

wenn der Mangel in einem sonstigen Recht besteht, das im Grundbuch eingetragen ist (§ 438 Abs. 1 Ziff. 1 b. n. F.).

In fünf Jahren verjähren gem. § 438 Abs. 1 Ziff. 2 n. F. Ansprüche „bei einem Bauwerk“ (a.) und „bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat“ (b.).

Mit der in Ziff. 2 a. genannten Regelung wird der Gleichklang zwischen Kauf- und Werkvertrag herbeigeführt. Während bislang schon der Kauf eines neu hergestellten Bauwerks Werkvertragsrecht und damit einer gesetzlichen fünfjährigen Gewährleistungsfrist unterstellt²⁴ wurde, gilt jetzt ohne diesen Kunstgriff beim Kauf eines Bauwerkes stets die fünfjährige Verjährungsfrist. Sie gilt insbesondere auch für den Erwerb von gebrauchten Häusern (= Bauwerken). Die Regel in Ziff. 2 b. soll den Regreß des Handwerkers erleichtern. Die Vorschrift löst das alte Dilemma, daß der Bauhandwerker 5 Jahre lang gegenüber dem Besteller Gewähr leisten muß, während er bislang gegen den Baustofflieferanten nur Gewährleistungsansprüche hatte, die binnen 6 Monaten verjährten. Daß die Fristen nach wie vor nicht deckungsgleich sind, weil die Ansprüche gegen den Werkunternehmer erst mit der Abnahme seiner Leistung zu verjähren beginnen, wird vom neuen Gesetz hingenommen²⁵. Die Vorschrift gilt nicht nur zugunsten des kaufenden Werkunternehmers, sondern zugunsten aller Erwerber in der Lieferkette. Es ist nicht erforderlich, daß einer der Lieferanten weiß, daß die Sache letztlich für ein Bauwerk verwendet werden wird. Wann eine Sache „für ein Bauwerk verwendet“ wurde, soll sich nach der Gesetzesbegründung unter Anwendung der bislang zu § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. entwickelten Kriterien entscheiden lassen. Erfasst sind danach nicht nur Sachen, die zur Neuerrichtung eines Bauwerks verwendet werden, sondern auch solche, die zu Erneuerungs- und Umbauarbeiten an einem bereits bestehenden Bauwerk verwendet wurden, wenn sie für „Konstruktion, Bestand, Erhaltung oder Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind und wenn die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden werden.“²⁶

Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, verjähren gem. § 438 Abs. 3 n. F. die Gewährleistungsansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt gem. § 195 BGB n. F. drei Jahre. Sie beginnt nicht bereits mit der Übergabe der Kaufsache, sondern erst mit dem Schluß des Jahres, in dem der Käufer von dem

²⁴ BGHZ 68, 372; NJW 1987, 2373 und, für den Erwerb von frisch sanierten Häusern BGHZ, 100, 391, 396.

²⁵ BT Drucksache 14/6040, Seite 227.

²⁶ BT Drucksache 14/6040 Seite 227 unten rechts.

Mangel Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müßte²⁷. Weil dies bei frühzeitiger Kenntnis des Käufers zu einer Frist führen kann, die kürzer ist, als die fünfjährige Verjährungsfrist bei Bauwerken, regelt § 438 Abs. 3 Satz 2 n. F., daß „im Fall des Abs. 1 Nr. 2 ... die Verjährung ... jedoch nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist ... eintritt.“

In § 438 Abs. 4 und Abs. 5 n. F. wird daran erinnert, daß das Rücktritts- und Minderungsrecht als Gestaltungsrecht der Verjährung nicht unterliegt²⁸. Vielmehr gilt § 218 BGB n. F., wonach der Rücktritt oder die Minderung unwirksam ist, wenn der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft. Wie nach bisherigem Recht kann aber der Käufer, der noch nicht voll gezahlt hat, die Zahlung trotz Unwirksamkeit des Rücktritts oder der Minderung insoweit verweigern, als er aufgrund des Rücktritts oder der Minderung hierzu berechtigt sein würde. Damit der Käufer dann wegen der Unwirksamkeit des Rücktritts nicht Geld und Sache behält, regelt jetzt § 438 Abs. 4 Satz 3 n. F., daß in einem solchen Falle der Verkäufer seinerseits vom Vertrag zurücktreten kann. Dann muß der Käufer die Sache zurückgeben.

Daß Rücktritt und Minderung Gestaltungsrechte sind, hat für die Verjährung eine weitere Konsequenz: Beide Rechte können bis zum letzten Tag der Gewährleistungsfrist erklärt werden. Der mit der Gestaltungserklärung entstehende Anspruch des Käufers auf (Teil-) Rückzahlung des Kaufpreises aus § 346 BGB n. F. (Rücktritt) oder aus § 441 Abs. 4 BGB n. F. (Minderung) unterliegt dann der regelmäßigen Verjährungsfrist nach §§ 195 ff. BGB n. F. Nach der Erklärung der Minderung oder des Rücktritts hat der Käufer also bis zum 31.12. des dritten Folgejahres Zeit, bevor er Maßnahmen gegen die ablaufende Verjährung ergreifen muß.

7. Eigentumsvorbehalt

Hierzu werden die Vorschriften des § 455 BGB a. F. weitgehend unverändert in § 449 BGB n. F. übernommen. Neu ist, daß die Auslegungsregel, wonach der Verkäufer bei Verzug des Käufers zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt ist, entfällt. Nach neuem Recht kann der Verkäufer nur unter den allgemeinen Rücktrittsvoraussetzungen zurücktreten, was unter anderem eine Nachfristsetzung erforderlich macht. Der Verkäufer darf nach § 449 Abs. 2 BGB n. F. aufgrund des Eigentumsvorbehalts die Sache nur dann herausverlangen, wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist²⁹.

²⁷ § 199 Abs. 1 BGB n. F.

²⁸ Der Verjährung unterliegen nur Ansprüche, § 194 BGB n. F.

²⁹ Dies soll klarstellen, daß auch künftig die gleichlautenden Grundsätze der Entscheidung BGHZ 54, 214 Anwendung finden, siehe BT Drucksache 14/6040, Seite 241.

8. Verbrauchsgüterkauf

a. Begriff

Ein Verbrauchsgüterkauf liegt gem. § 474 BGB n. F. vor, wenn ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft. Ausgenommen von den besonderen Vorschriften für den Verbrauchsgüterkauf sind Verkäufe von gebrauchten Sachen, die in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden, an der der Verbraucher persönlich teilnehmen kann.

Der Begriff des Verbrauchers und der des Unternehmers sind in §§ 13 und 14 BGB geregelt³⁰. Die Definition entspricht im wesentlichen der der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Nach deutschem Recht liegt über das europäische Recht hinausgehend allerdings auch dann ein Verbrauchsgüterkauf vor, wenn eine Person zu einem Zweck kauft, der ihrer unselbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann³¹.

Die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf betreffen lediglich Verträge über bewegliche Sachen. Verkäufe von Gas und Wasser, sofern nicht in begrenztem Volumen oder bestimmter Menge abgefüllt, sowie Verkäufe von Strom werden vom Geltungsbereich der Richtlinie ausdrücklich³² ausgenommen. Nach deutschem Rechtsverständnis³³ sind Gas, Wasser und Strom – sofern nicht in abgrenzbaren Behältern befindlich – ohnehin begrifflich schon keine Sachen und fallen bereits deshalb nicht unter die Vorschriften der §§ 474 ff. BGB n. F.

Die europäische Richtlinie gilt explizit auch nicht für Sachen, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden³⁴. Hierzu findet sich deshalb keine entsprechende Regelung im neuen BGB, weil § 806 ZPO ohnehin die Gewährleistungsansprüche des Erwerbers ausschließt, wobei es auch nach neuem Recht bleibt.

³⁰ Und zwar durch das Gesetz vom 27.06.2000 BGBl. I. Seite 897.

³¹ Siehe Beispiele hierzu in BT Drucksache 14/6040 Seite 243.

³² Art. 1 Abs. 2 b.

³³ Jedenfalls nach dem Rechtsverständnis in der Gesetzesbegründung, siehe BT Drucksache 14/6040, Seite 243, die übersieht, daß §§ 433 ff BGB jedenfalls „entsprechend“ auf Stromlieferungen Anwendung finden. Vgl. Palandt-Putzo, 60. Auflage, § 433 Rnr. 4.

³⁴ Siehe Art. 1 Abs. 2 b.

Nach § 651 n. F. finden auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, die Vorschriften über den Kauf Anwendung. Also auch diejenigen über den Verbrauchsgüterkauf. Damit wird Art. 1 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umgesetzt, wonach als Kaufverträge im Sinne der Richtlinie auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter gelten.

b. Besondere Regelungen des Verbrauchsgüterkaufs

Auf einen Verbrauchsgüterkauf finden gem. § 474 Abs. 2 BGB n. F. die §§ 445 und 447 n. F. keine Anwendung. § 445 n. F. regelt die Haftungsbegrenzung bei öffentlichen Versteigerungen, § 447 n. F. den vorgezogenen Gefahrübergang beim Versandkauf. Bei der Versteigerung bleibt es also bei der vollen Sachmängelhaftung des Veräußerers, soweit neue Sachen versteigert werden oder der Verbraucher nicht persönlich bei der Versteigerung anwesend sein kann (§ 474 Abs. 1 Satz 2 n. F.). Beim Versandkauf bleibt es dabei, daß die Gefahr erst auf den Verbraucher übergeht, wenn dieser die Sache erhält.

Gem. § 476 BGB n. F. wird vermutet, daß ein Sachmangel bereits bei Gefahrübergang vorhanden war, wenn sich der Mangel innerhalb von 6 Monaten seit diesem Zeitpunkt gezeigt hat. Es sei denn „diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar“.

§ 477 BGB n. F. enthält Sonderbestimmungen für Garantien. Danach muß eine Garantieerklärung „einfach und verständlich“ abgefaßt sein und bestimmte Angaben enthalten. Der Verbraucher kann verlangen, daß ihm die Garantieerklärung in Textform mitgeteilt wird. Besondere Sanktionen sieht das Gesetz bei einem Verstoß des Unternehmers nicht vor.

c. Unabdingbarkeit

Die praktisch bedeutsamste Regelung des Verbrauchsgüterkaufs findet sich in § 475 BGB n. F. Danach kann sich der Unternehmer auf Vereinbarungen, die vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer getroffen wurden, nicht berufen, soweit diese eine Abweichung von den Vorschriften der §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443 sowie von den Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf enthalten. Sämtliche wesentlichen Vorschriften des Kaufrechts sind danach unabdingbar, insbesondere die Vorschriften über die Gewährleistungsverpflichtung des Verkäufers. Die Verjährung kann vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden, wenn die Vereinbarung zu einer kürzeren Frist als zwei

Jahre, bei gebrauchten Sachen als einem Jahr, führt. Erst im letzten Moment ist Abs. 3 des § 475 BGB n. F. in den Gesetzesentwurf eingefügt worden: Danach gilt die in Abs. 1 und Abs. 2 ausgesprochene Beschränkung der Vertragsfreiheit nicht für den Ausschluß oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadenersatz. Abs. 3 stellt aber klar, daß die gesetzlichen Beschränkungen der §§ 307 bis 309 BGB n. F. (ehemals AGBG) auch für die Beschränkung des Schadenersatzanspruches Geltung behalten. Sehr viel Spielraum bleibt dem Unternehmer also nicht.

d. Rückgriff des Unternehmers, §§ 478 und 479 BGB n. F.

§ 478 BGB n. F. schafft hierzu nur in Abs. 2 eine eigene Anspruchsgrundlage: Der Unternehmer kann beim Verkauf einer neu hergestellten Sache von seinem Lieferanten Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Verhältnis zum Verbraucher nach § 439 Abs. 2 BGB n. F. zu tragen hatte, wenn der vom Verbraucher geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Unternehmer vorhanden war. Der Verkäufer kann also von seinem Lieferanten die eigenen Nachbesserungskosten ersetzt verlangen. Im übrigen sichert § 478 n. F. in den Abs. 1, 3 und 4 nur die ohnehin bestehenden kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche innerhalb der Lieferkette. Wichtigste Vorschrift ist Abs. 4, wonach eine vertragliche Haftungsbeschränkung innerhalb der Lieferantenkette in gleicher Weise unwirksam ist wie eine Haftungsbeschränkung gegenüber dem Endverbraucher. Nur der Anspruch auf Schadenersatz kann, wie auch gegenüber dem Verbraucher, im Rahmen der sonstigen Gesetze, insbesondere des § 307 BGB n. F., beschränkt oder ausgeschlossen werden. Die in § 478 Abs. 4 BGB n. F. genannten zwingenden kaufrechtlichen Vorschriften können allerdings zwischen den Unternehmern insoweit abbedungen werden, als „ein gleichwertiger Ausgleich“ eingeräumt wird. Wie dieser aussehen kann, regelt das Gesetz nicht. Es dürfte darauf ankommen, daß der Verkäufer im Ergebnis finanziell so gestellt wird, als hätte er einen vollen Regreßanspruch gegen seinen Lieferanten. Dies kann möglicherweise dadurch geschehen, daß dem Verkäufer ein direkter Anspruch gegen den ursprünglichen Hersteller unter Überspringung seines Lieferanten eingeräumt wird.

In § 478 Abs. 1 n. F. wird geregelt, daß es einer in den kaufrechtlichen Vorschriften etwa geforderten Fristsetzung des Unternehmers bei Geltendmachung seiner Ansprüche gegen seinen Lieferanten nicht bedarf, wenn (a.) - der Unternehmer die verkaufte neu hergestellte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen mußte oder (b.) - der Verbraucher den Kaufpreis gemindert hat. § 478 Abs. 3 n. F. überträgt die Beweisregel des § 476 n. F. auf den Regreß: Zeigt sich innerhalb der ersten 6 Monate nach Übergabe der Sache an den

Verbraucher ein Mangel, so gilt auch innerhalb der Lieferantenkette dieser als jeweils vor Gefahrübergang eingetreten. Dies kann für den ursprünglichen Lieferanten eine erhebliche Belastung bedeuten. Denn er wird viele Jahre später³⁵ kaum in der Lage sein, die gesetzliche Vermutung, schon bei ihm sei der Mangel vorhanden gewesen, zu widerlegen. § 478 Abs. 5 n. F. erstreckt die Regelungen, die im Verhältnis zwischen Letztverkäufer und seinem Lieferanten gelten auf sämtliche Kaufverträge in der Lieferantenkette, soweit es sich beim jeweiligen Verkäufer um einen Unternehmer handelt (was fast stets der Fall sein wird). § 478 Abs. 6 n. F. stellt klar, daß § 377 HGB unberührt bleibt. Nachdem im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens frühere Fassungen des § 478 BGB n. F. zu Mißverständnissen³⁶ geführt hatten, soll jetzt deutlich werden, daß die Rügeobliegenheit beim Handelskauf nach wie vor besteht. Der Unternehmer in der Lieferantenkette, der entgegen § 377 HGB nicht ordnungsgemäß untersucht und einen Mangel nicht unverzüglich anzeigt, verliert also seine Rechte wegen dieses Mangels gegen den Lieferanten. § 478 Abs. 1 bis 5 BGB n. F. ändern daran nichts.

§ 479 BGB n. F. sichert den aus den Kaufverträgen herrührenden Regreßanspruch und den besonderen Aufwendungsersatzanspruch des § 478 Abs. 2 BGB n. F. gegen die Verjährung. Zunächst wird der Aufwendungsersatzanspruch nach § 478 Abs. 2 n. F. einer zweijährigen Verjährungsfrist ab Ablieferung der Sache unterworfen (§ 479 Abs. 1 n. F.). Sodann gibt § 479 Abs. 2 Satz 1 n. F. demjenigen, der seinem Käufer etwas leisten mußte, mindestens zwei Monate Zeit: Die Verjährung der Ansprüche des Unternehmers gegen seinen Lieferanten wegen des Mangels einer an einen Verbraucher verkauften neu hergestellten Sache tritt frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Unternehmer die Ansprüche des Verbrauchers erfüllt hat. Dies gilt gem. § 479 Abs. 3 n. F. auch für die Regreßansprüche innerhalb der Lieferkette. Für den Hersteller und denjenigen, der weit vorn in der Lieferantenkette steht, ergibt sich durch das Zusammenspiel von § 478 und § 479 BGB n. F. jedenfalls für Mängel, die gem. § 377 HGB nicht bereits zu rügen waren, ein Haftungsrisiko für erhebliche Zeit. § 479 Abs. 2 Satz 2 n. F. bestimmt daher, daß spätestens fünf Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem der Lieferant die Sache dem Unternehmer abgeliefert hat, die in Satz 1 genannte Ablaufhemmung endet. Mit anderen Worten: Jeder Hersteller und Lieferant neuer Sachen, die – wie sehr häufig – letztlich für den Endverbraucher bestimmt sind, hat sich auf eine Verjährungsfrist von fünf Jahren einzustellen und hat auch während dieses Zeitraums etwaige Beweise zu sichern, um auch dann noch die Vermutung widerlegen zu können, ein

³⁵ Dazu sogleich bei § 479 BGB n. F.

³⁶ Siehe Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf BR Drucksache 338/01 [Beschluß] Seite 85 Nr. 149 sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung hierzu Seite 79 und, zusammenfassend, die Begründung des Rechtsausschusses in BT Drucksache 14/7052 Seite 199 (Internetfassung).

innerhalb von sechs Monaten nach Übergabe an den Letztverbraucher aufgetretener Mangel sei bereits bei ihm vorhanden gewesen.

III. Die wesentlichen Änderungen des Werkvertragsrechts im Überblick

Anders als das Kaufrecht ist das Werkvertragsrecht im großen und ganzen unverändert geblieben. Die wichtigste materielle Änderung liegt in der völligen Neugestaltung der Verjährungsvorschriften. Insbesondere gibt es bei der Verjährung keinen Unterschied mehr zwischen Ansprüchen wegen „Mangelfolgeschäden“ und „entfernteren Mangelfolgeschäden“, die bislang entweder nach sechs Monaten (§ 635 BGB a. F.) oder 30 Jahren (PVV) verjährten. Wie beim Kaufvertrag werden Rechts- und Sachmängel gleichbehandelt. Aliud und zu geringe Menge werden dem Sachmangel gleichgestellt³⁷. Die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen wird künftig stets dem Kaufrecht unterliegen, allerdings mit teilweiser ergänzender Anwendung des Werkvertragsrechts. Sämtliche notwendigen Fristsetzungen erfüllen ihren Zweck auch ohne die bislang erforderliche Ablehnungsandrohung. Die Ersatzvornahme (jetzt Selbstvornahme genannt) setzt keinen Verzug und damit kein Verschulden des Unternehmers mehr voraus. Das Recht, die Bezahlung wegen eines Mangels nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zu verweigern, hängt nicht mehr von einer Mängelanzeige in unverjährter Zeit ab³⁸. Schließlich wird in § 632 Abs. 3 BGB n. F. klargestellt, daß ein Kostenanschlag im Zweifel nicht zu vergüten ist.

Obwohl materielle Änderungen gering sind, wird das gesamte System der Gewährleistung umgestellt und entsprechend dem Kaufrecht weitgehend dadurch geregelt, daß sich die Rechtsbehelfe aus dem allgemeinen Schuldrecht ergeben. Der „subjektive Mangelbegriff“ wird auch in das Werkvertragsrecht eingeführt. Dabei wird die Mangeldefinition weitgehend in Übereinstimmung mit dem Kaufrecht vorgenommen. Minderung und Wandlung (nach neuer Diktion Minderung und Rücktritt) sind wie auch im Kaufrecht künftig Gestaltungsrechte.

³⁷ Siehe § 633 Abs. 1 i. V. m. § 634 BGB n. F. und § 633 Abs. 2 letzter Satz BGB n. F.

³⁸ Siehe § 634 a Abs. 4 BGB n. F.

IV. Zu den einzelnen Vorschriften

1. Mangelbegriff, § 633 BGB n. F.

Nach § 633 n. F. hat der Unternehmer dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Abs. 2 definiert den Sachmangel wortgleich mit der oben kommentierten Regelung des Kaufrechts in § 434 n. F. Regeln über die „Montageanleitung“ und die „Reklameeigenschaft“, die im Kaufrecht wegen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie notwendig wurden, fehlen im Werkvertragsrecht.

2. Gewährleistung

§ 634 BGB n. F. ist die „Verteilernorm“ mit Rechtsgrundverweisungen auf die allgemeinen und besonderen Vorschriften zu den einzelnen Rechtsbehelfen, ist also selbst keine Anspruchsgrundlage. § 634 n. F. nennt in Ziff. 1 die sogenannte Nacherfüllung. Diese richtet sich nach § 635 BGB n. F. Ist das Werk mangelhaft, so kann der Besteller Nacherfüllung verlangen. Dies geschieht durch Nachbesserung oder Herstellung eines neuen Werkes, wobei, anders als im Kaufrecht, der Unternehmer das Wahlrecht hat, welche der beiden Nacherfüllungsmethoden zur Anwendung kommen soll. § 635 Abs. 2 n. F. stellt klar, daß der Unternehmer die zur Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen hat. Gem. Abs. 3 kann der Unternehmer die Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Auch wegen „Unmöglichkeit“ im Sinne von § 275 Abs. 2 und Abs. 3 n. F. darf der Unternehmer die Nacherfüllung verweigern³⁹. § 634 Ziff. 2 n. F. verweist auf § 637 n. F. Danach kann der Besteller wegen eines Mangels des Werkes nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Die Selbstvornahme ist nichts anderes als die bisherige Ersatzvornahme, setzt allerdings keinen Verzug und somit kein Verschulden des Unternehmers voraus. Das Recht zur Selbstvornahme entfällt, wenn der Unternehmer bereits die Nacherfüllung zu Recht verweigert hat (§ 637 Abs. 1 n. F. am Ende). Damit ist die Verweigerung aufgrund unverhältnismäßiger Kosten oder wegen „Unmöglichkeit“ im Sinne von § 635 Abs. 3 n. F. und § 275 Abs. 2 und Abs. 3 n. F. gemeint⁴⁰. Der Besteller soll nicht über den Umweg der Selbstvornahme den Unternehmer zwingen können, eine nur mit unverhältnismäßigen Kosten mögliche Selbstvornahme zu finanzieren. Die Fristsetzung ist

³⁹ § 635 Abs. 3 n. F.

⁴⁰ So Bericht des Rechtsausschusses BT Drucksache 14/7052 Seite 205 (Internetfassung) und Stellungnahme des Bundesrats BR Drucksache 338/01 [Beschluß] Seite 76 Nr. 132.

gem. § 637 Abs. 2 n. F. entbehrlich, wenn eine der Voraussetzungen des § 323 Abs. 2 n. F. vorliegt (ernsthafte und endgültige Verweigerung der Leistung durch den Unternehmer, vereinbarter Fixtermin, besondere Umstände) und wenn „die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist“. Gem. § 637 Abs. 3 n. F. kann der Besteller einen Vorschuß für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen verlangen⁴¹. § 634 Ziff. 3 n. F. verweist auf die Möglichkeit des Rücktritts und der Minderung. Der Rücktritt richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des § 323 und des § 326 Abs. 5 BGB n. F. Als Sondervorschrift regelt § 636 n. F., daß es auch dann einer Fristsetzung nicht bedarf, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung gem. § 635 Abs. 3 n. F. verweigert oder wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist. Die Anzahl der erlaubten Nachbesserungsversuche wird nicht geregelt. Statt zurückzutreten (also unter den gleichen Voraussetzungen wie zum Rücktritt) kann der Besteller gem. § 638 BGB n. F. die Vergütung durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer mindern. Der Ausschlußgrund des § 323 Abs. 5 Satz 2 n. F. findet keine Anwendung. Die Minderung ist also, wie im Kaufrecht, auch bei einer unerheblichen Pflichtverletzung des Schuldners (also bei einem unerheblichen Mangel) zulässig. Wie im Kaufrecht kann die Minderung bei mehreren Beteiligten nur durch alle oder gegen alle erklärt werden⁴². Schließlich kann der Besteller gem. § 634 Ziff. 4 n. F. nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 280, 281, 283 und 311a n. F. Schadenersatz oder nach § 284 n. F. Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. Gem. § 636 n. F. bedarf es einer Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung gem. § 635 Abs. 3 n. F. verweigert oder wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist.

Die Rechte nach § 634 Ziff. 2, 3 und 4 n. F. setzen also allesamt eine Fristsetzung verbunden mit einem Nacherfüllungsverlangen voraus, wenn nicht einer der Ausnahmetatbestände vorliegt.

3. Verspätete Herstellung

Der Verzögerungsschaden ist, ohne daß es eines besonderen Verweises hierzu in den Werkvertragsvorschriften bedürfte, nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 280 Abs. 3, 286 n. F. zu ersetzen. Leistet der Unternehmer nicht fristgerecht, kann der Besteller nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB n. F. nach erfolgloser Fristsetzung Schadenersatz „statt der Leistung“ (also nach alter Diktion „wegen Nichterfüllung“) verlangen. Der Unternehmer darf und muß dann nicht mehr selbst tätig werden⁴³. „Großen“ Schadenersatz unter Rückgabe des halbfertigen Werkes

⁴¹ Was der bisherigen Rechtsprechung entspricht.

⁴² § 638 Abs. 2 n. F.

⁴³ § 281 Abs. 4 BGB n. F.

darf der Besteller nur fordern, wenn er „an der Teilleistung kein Interesse“ hat⁴⁴ Das Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 1 BGB n. F. steht dem Besteller bei nicht fristgerechter Leistung des Unternehmers ebenfalls zu. Hat der Unternehmer bereits teilweise geleistet, beschränkt sich das Rücktrittsrecht auf den noch nicht geleisteten Teil. Vom „ganzen Vertrag“ kann der Besteller nur zurücktreten, „wenn er an der Teilleistung kein Interesse“ hat⁴⁵.

Von besonderer Bedeutung für den Bauvertrag wird § 323 Abs. 4 BGB n. F. sein. Danach darf der Besteller bereits vor Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn „offensichtlich ist, daß die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.“

4. Anwendung des Kaufrechts, § 651 BGB n. F.

Kaufrecht findet Anwendung auf Verträge, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand haben. Auch für die Herstellung und Lieferung nicht vertretbarer beweglicher Sachen gilt also Kaufrecht⁴⁶. Dem reinen Werkvertragsrecht unterfallen daher künftig im wesentlichen die Herstellung von Bauwerken, Reparaturarbeiten und die Herstellung nicht körperlicher Werke, wie z. B. die Planung durch einen Architekten oder die Erstellung von Gutachten⁴⁷. Auf Anregung und Bitten des Bundesrates⁴⁸ ist § 651 n. F. allerdings in Satz 3 wie folgt ergänzt worden: „Soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen um nicht vertretbare Sachen handelt, sind auch die §§ 642, 643, 645, 649 und 650 mit der Maßgabe anzuwenden, daß an die Stelle der Abnahme der nach den §§ 446 und 447 maßgebliche Zeitpunkt tritt.“ Nach dem Wortlaut⁴⁹ finden diese Vorschriften neben den kaufrechtlichen Vorschriften Anwendung, sie ersetzen sie weder ganz noch teilweise.

5. Haftungsausschluß nach § 651 Satz 2 BGB n. F.

Nach dieser Vorschrift sind die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Dies entspricht Art. 2 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, in der für diesen Fall ein Mangel verneint wird. Der

⁴⁴ § 281 Abs. 1 Satz 2 BGB n. F.

⁴⁵ § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB n. F.

⁴⁶ Entsprechend Art. 1 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

⁴⁷ So wörtlich die Begründung Drucksache 14/6040, Seite 268.

⁴⁸ Stellungnahme des Bundesrates BR Drucksache 338/01 [Beschluß] Seite 79 Nr. 137; Bericht des Rechtsausschusses BT Drucksache 14/7052 Seite 205 (Internetfassung).

⁴⁹ Und auch nach der Begründung des Rechtsausschusses BT Drucksache 14/7052 Seite 205 (Internetfassung).

Geltungsbereich dieser neuen Regelung ist auf Verträge nach § 651 BGB beschränkt, erstreckt sich also insbesondere nicht auf andere Werkverträge, auch nicht auf Bauverträge⁵⁰.

6. Verjährung der Mängelansprüche, § 634 a BGB n. F.

Gem. Ziff. 1 verjähren Ansprüche in zwei Jahren ab Abnahme bei einem Werk, dessen Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht. Gem. Ziff. 2 verjähren Ansprüche in fünf Jahren ab Abnahme bei einem Bauwerk. Gem. Ziff. 3 verjähren Ansprüche wegen sonstiger Werke („im übrigen“) in der regelmäßigen Verjährungsfrist, also innerhalb von drei Jahren ab dem Schluß des Jahres, in dem der Besteller Kenntnis von dem Mangel und der verpflichteten Person erhält oder ohne grobe Fahrlässigkeit erhalten haben müßte (§ 199 Abs. 1 BGB n. F.)⁵¹. Die regelmäßige Verjährungsfrist ist gedacht für Mängel an unkörperlichen Werken, etwa Gutachten, weil diese, so die Begründung, einer Dienstleistung sehr nahe stünden⁵² und weil es bei unkörperlichen Arbeitsergebnissen für den Besteller tendenziell schwieriger sei, etwaige Mängel festzustellen. Bei körperlichen Werken hingegen sei es gerechtfertigt, an den objektiven Zeitpunkt der Abnahme anzuknüpfen, denn hier ließen sich etwaige Mängel leichter feststellen⁵³. Im ursprünglichen Entwurf des neuen § 634 a⁵⁴ unterfielen auch Planungs- und Überwachungsleistungen von Architekten der allgemeinen Verjährungsfrist. Hierzu hat der Bundesrat mit Recht bemängelt, daß dann bei später Entdeckung Ansprüche gegen den Architekten noch nicht verjährt seien, während der Werkunternehmer, der ebenfalls für den Mangel verantwortlich sei, sich mit Erfolg auf Verjährung berufen könne. Werde dann der Architekt auf Schadenersatz in Anspruch genommen, könne er im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs vom Werkunternehmer Regreß verlangen, was im Ergebnis dazu führe, daß in vielen Fällen der Werkunternehmer einer deutlich längeren Haftung als ursprünglich vorgesehen ausgesetzt sei⁵⁵. Der Rechtsausschuß hat sich dieser Auffassung angeschlossen und mit der jetzigen Fassung des Gesetzes dafür gesorgt, daß parallele Ansprüche von Planern und Überwachern in gleicher Zeit verjähren wie Ansprüche gegen den Werkunternehmer, der das körperliche Werk hergestellt hat. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung, wonach Ansprüche gegen den Architekten eines Bauwerks ebenfalls in fünf Jahren verjähren⁵⁶: Nach der aktuellen Fassung des § 634 a Ziff. 1 n. F. verjähren deshalb auch Ansprüche wegen eines Werkes, das in der Erbringung von

⁵⁰ Eine dem § 13 Nr. 3 VOB/B entsprechende Regelung fehlt also im BGB-Werkvertragsrecht nach wie vor.

⁵¹ Mit den Höchstgrenzen nach § 199 Abs. 2 bis 4 n. F.

⁵² Siehe § 631 Abs. 2 BGB, der unverändert bleibt.

⁵³ BT Drucksache 14/6040, Seite 284.

⁵⁴ Der, der mit BT-Drucksache 14/6040 veröffentlicht wurde.

⁵⁵ BR Drucksache 338/01 [Beschluß] Seite 73, Nr. 126.

⁵⁶ Siehe BGHZ 37, 340, 344; BGH NJW 1999, 2434.

Planungs- und Überwachungsleistungen besteht, in zwei Jahren, wenn es sich bei dem Werk um die Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache handelt. Gem. Ziff. 2 gilt für ein Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen für ein Bauwerk besteht, eine fünfjährige Verjährungsfrist. Wann diese Fristen gegen den Planer oder Überwacher beginnen, wird nicht besonders geregelt. Es bleibt bei der Regelung in Abs. 2, wonach die Verjährung mit der Abnahme beginnt. Man wird hier an die bisherige Rechtsprechung zu Planungs- und Überwachungsleistungen anknüpfen können⁵⁷.

Gem. § 634 a Abs. 3 n. F. verjähren auch die Ansprüche nach Abs. 1 Ziff. 1 und 2 in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Im Falle eines Bauwerkes oder einer Planung für ein Bauwerk tritt die Verjährung jedoch nicht vor Ablauf der 5-Jahresfrist seit der Abnahme ein. § 634 Abs. 3 n. F. entspricht § 438 Abs. 3 n. F. § 634 a Abs. 4 und 5 verweisen in gleicher Weise wie § 438 Abs. 4 und 5 n. F. für die Gestaltungsrechte der Minderung und des Rücktritts auf § 218 n. F. Auf die Anmerkungen zu § 438 Abs. 3, 4 und 5 sei verwiesen.

fr\brak\AUFSÄTZE\Änderungen im Kauf und Werkvertragsrecht-ENDFASSUNG-05.12-2001.doc

⁵⁷ Vgl. Palandt-Sprau 60. Auflage, § 638 Rnr. 13.