Zeitschrift: BauR - Baurecht
Rubrik: Aufsätze
Autoren: Dr. Thomas Schreiner/Dr. Ruben Pisal
Referenz: BauR 2016, 181 - 185 (Heft 2)

Der (verschuldensunabhängige) Regressanspruch des Werkunternehmers bei Materialmängeln – bald endlich geltendes Recht?

von Rechtsanwalt Dr. Thomas Schreiner, Regensburg und Rechtsanwalt Dr. Ruben Pisal, Berlin *

Das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) hat am 28.09.2015 den „Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung" [1] vorgelegt. Darin findet sich eine für die Bauwirtschaft [2] bedeutsame Zielsetzung: der Erstattungsanspruch der Aus- und Einbaukosten soll im Rahmen der Neufassung des § 439 durch Einfügung eines Abs. 3 explizit geregelt werden. Die daraus folgenden Regressansprüche gegen den jeweiligen Lieferanten, die derzeit noch in § 478 BGB geregelt sind und voraussetzen, dass der letzte Vertrag in der Lieferkette ein Kaufvertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer ist, sollen ausweislich der gesetzgeberischen Zielsetzung einerseits auf Konstellationen erweitert werden, in denen der Endabnehmer kein Verbraucher ist. Andererseits soll es nicht mehr darauf ankommen, ob es sich beim letzten Vertrag in der Lieferkette um einen Kaufvertrag, einen Werklieferungsvertrag, einen Kaufvertrag mit Montageverpflichtung oder einen Werkvertrag handelt. Dies dient letztlich dem Ziel, dass nicht nur Verkäufer, sondern auch Werkunternehmer, welche käuflich erworbenes Material bei Dritten einbauen, nicht mehr auf diesen Kosten sitzen bleiben, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei dem letzten Vertrag in der Lieferkette um einen Kauf- oder einen Werkvertrag handelt (was häufig vom Zufall abhängt und nach hier vertretener Auffassung kein taugliches Unterscheidungskriterium für die grundlegende Ungleichbehandlung dieser vergleichbaren Sachverhalte darstellt).

---

*
Der Erstautor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Schwandorf und Lehrbeauftragter an der Technischen Hochschule Regensburg, Fakultät Bauingenieurwesen. Der Zweitautor ist Rechtsanwalt in Berlin.

1
Abrufbar unter
https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/RefE_Reform-Bauvertragsrecht.pdf?__blob=publicationFile
(nachfolgend als „Referentenentwurf" bezeichnet).

2
Vgl. die Presseinfo des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie vom 13.10.2015, abrufbar unter http://www.bauindustrie.de/info-center/presse/pressemitteilungen/_/artikel/bauwirtschaft-zum-gesetzentwurf-bauvertragsrecht/

Schreiner / Pisal: Der (verschuldensunabhängige) Regressanspruch des Werkunternehmers bei Materialmängeln – bald endlich geltendes Recht? - BauR 2016 Heft 2 - 182 **>>**

Die Verfasser haben sich mit dieser Thematik bereits im Jahr 2011 an dieser Stelle befasst. [3] Seinerzeit wurde eine Regelungslücke im Gesetz ausfindig gemacht und eine (doppelt) analoge Anwendung des § 478 Abs. 2 BGB favorisiert. [4] Letztlich sollte der Werkunternehmer einen verschuldensunabhängigen Regressanspruch auf Kostenerstattung [5] gegen seinen Verkäufer haben. Was seitens des BGH [6] und zum Teil auch in der Literatur [7] abgelehnt wurde, soll ausweislich des Referentenentwurfes nunmehr wohl geltendes Recht werden.

© 2016 Wolters Kluwer Deutschland GmbH - JURION, 18.04.2016

Der nachfolgende Beitrag beleuchtet diesen Teilaspekt des Referentenentwurfes und möchte diesem – zusammen mit einem Überarbeitungsappell – im Ergebnis Rückenwind verleihen.

A. De lege lata

Nach §§ 634 Nr. 1 , 635 Abs. 1 BGB schuldet der Werkunternehmer dem Besteller – ohne dass es auf ein Verschulden des Werkunternehmers ankäme – die Beseitigung des Mangels oder die Herstellung eines neuen Werkes. Anders als unter dem kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch [8] gem. §§ 437 Nr. 1 , 439 Abs. 1 BGB umfasst der Nacherfüllungsanspruch im Werkvertragsrecht bereits de lege lata unbestritten und verschuldensunabhängig den Ausbau von fehlerhaften (Bau-) Materialien und den Einbau von mangelfreiem Baumaterial, § 635 Abs. 2 BGB . Eine besondere Regressvorschrift fehlt derzeit vollständig. Der Unternehmer, der unerkannt mangelhaftes Material im Rahmen der Erfüllung seiner werkvertraglichen Verpflichtungen verbaut hat, kann seinen Lieferanten nur im Rahmen eines verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruchs in Regress nehmen, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei dem Endabnehmer um einen Verbraucher oder einen Unternehmer handelt.

Derjenige, der nur verkauft, ohne zugleich den Einbau des gelieferten Materials zu schulden, steht zumindest regresstechnisch geringfügig besser da, wenn der letzte Abnehmer in der Lieferkette ein Verbraucher ist. Der frühere Streit [9] , ob die Aus- und Einbaukosten einer mangelhaften Kaufsache vom Verkäufer verschuldensunabhängig im Rahmen der Nacherfüllung als Kosten i.S.d. § 439 Abs. 2 BGB zu erstatten sind, wurde zwischenzeitlich höchstrichterlich geklärt: für den Verbrauchsgüterkauf sind jene Kosten bereits aus europarechtlichen Gründen verschuldensabhängig zu erstatten. [10] Folge ist, dass der Verkäufer von seinem Lieferanten nach § 478 Abs. 2 BGB verschuldensunabhängig den Ersatz der Aus- und Einbaukosten verlangen kann, die er im Verhältnis zum endabnehmenden Verbraucher zu tragen hatte. Steht am Ende der Lieferkette ein Kaufvertrag zwischen Unternehmern (oder ein Werkvertrag), so sind die Aus- und Wiedereinbaukosten nur im Rahmen eines Schadensersatzanspruches nach §§ 437 Nr. 3 , 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig, was bekanntlich ein Vertretenmüssen des Verkäufers voraussetzt [11] , von welchem sich der Verkäufer regelmäßig entlasten kann.

B. De lege ferenda

Da die Kosten des Aus- und Wiedereinbaus von mangelhaften (Bau-) Material nicht selten den Wert des Materials selbst überschreiten, ist der Praxis ein verschuldensunabhängiger und deswegen rechtssicherer Erstattungsanspruch besonders wichtig, und zwar unabhängig davon, ob der Letztabnehmer Verbraucher oder Unternehmer ist und welche Art von Vertrag dem Einbau [12] zugrunde liegt. Folglich ist es erklärtes Ziel des Referentenentwurfes, dass die „Rechtssituation von Werkunternehmern, die mangelhaftes Baumaterial gekauft und im Rahmen eines Werkvertrages verbaut haben" [13] durch einen Erstattungsanspruch verbessert wird.

3
Schreiner/Pisal, BauR 2011, 571 ff.

4
Schreiner/Pisal, BauR 2011, 571 (576) .

5
Und nicht einen Anspruch auf Durchführung des Aus- und Wiedereinbaus, Schreiner/Pisal, BauR 2011, 571 (572) ; Klose, in: Motzke/Bauer/Seewald, Prozesse in Bausachen, 2. Aufl. 2014, § 9 Rdnr. 83 Fn. 18.

6
BGH, Beschl. v. 16.04.2013 – VIII ZR 375/11 .

7
Vgl. etwa Witt, NJW 2014, 2156 (2158).

8
BGH, NJW 2008, 2837 [BGH 15.07.2008 - VIII ZR 211/07] sog. „Parkettstäbeentscheidung".

© 2016 Wolters Kluwer Deutschland GmbH - JURION, 18.04.2016

9
Hierzu Schreiner/Pisal, BauR 2011, 571 (572) m.w.N.

10
EuGH, Urt. v. 16.06.2011 – C-65/09, C-87/09 = NJW 2011, 2269 ff. [EuGH 16.06.2011 - C 65/09] ; BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08 = NJW 2012, 1073 ff.

11
BGH, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11 = NJW 2013, 220 ff.

12
Werkvertrag nach § 633 BGB , Kaufvertrag mit Montageverpflichtung nach § 433 BGB oder Werklieferungsvertrag nach § 651 BGB .

13
Vgl. nur die Ausführungen unter „B. Lösung" des Referentenentwurfs.

Schreiner / Pisal: Der (verschuldensunabhängige) Regressanspruch des Werkunternehmers bei Materialmängeln – bald endlich geltendes Recht? - BauR 2016 Heft 2 - 183 **<< >>**

I. Der kaufrechtliche Nacherfüllungs- und Regressanspruch nach dem Referentenentwurf

Durch die Einfügung des neuen § 439 Abs. 3 BGB und der Folgeregelung in § 445a BGB soll dieses Problem auch für den Werkunternehmer gelöst werden. [14] In § 439 Abs. 3 BGB -E findet sich insoweit die Regelung, dass der Verkäufer einer mangelhaften Kaufsache, soweit diese gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut wurde, einem Käufer gegenüber nach seiner (des Verkäufers) Wahl entweder die Erstattung der Aus- und Einbaukosten schuldet oder aber den Aus- und Wiedereinbau selbst durchzuführen hat. Die Regelung deckt somit einerseits den Fall ab, dass der Käufer Letztabnehmer ist und die mangelhafte Sache entweder selbst (so ausdrücklich § 439 Abs. 3 BGB-E) oder durch einen Dritten (zwar nicht ausdrücklich in § 439 Abs. 3 BGB -E erwähnt, aber wohl ebenfalls umfasst) in eine andere Sache einbaut. Sie deckt damit nach ihrem Wortlaut aber auch den bisher nicht geregelten Fall ab, dass der Käufer nicht der Letztabnehmer, sondern ein Werkunternehmer ist, der die mangelhafte Sache in Erfüllung eines Werkvertrages beim Besteller verbaut.

§ 445a BGB -E regelt dann – entsprechend dem bisherigen § 478 BGB –, dass der Verkäufer gegen seinen Lieferanten einen Regressanspruch hinsichtlich dieser Aus- und Einbaukosten hat, der weiterhin verschuldensunabhängig ist, für den es – entsprechend dem derzeitigen § 478 Abs. 1 BGB – nach § 445a Abs. 2 BGB -E keiner Fristsetzung bedarf und der unabhängig davon besteht, ob es sich bei seinem Abnehmer bzw. bei dem Letztabnehmer um einen Verbraucher oder einen Unternehmer handelt.

Während es ausdrücklich zu begrüßen ist, dass der Referentenentwurf zum einen den Ersatz der Aus- und Einbaukosten nunmehr verschuldensunabhängig sowie unabhängig davon ausgestaltet, ob es sich bei dem letzten Vertrag in der Lieferkette um einen Kauf- oder einen Werkvertrag handelt und es zum anderen für den Regressanspruch des zum Ersatz der Aus- und Einbaukosten Verpflichteten zumindest dem Grunde nach nicht mehr darauf ankommt, ob am Ende der Lieferkette ein Verbrauchsgüterkauf steht, fügt sich das Wahlrecht des Verkäufers in § 439 Abs. 3 BGB -E in die Interessenlage der Beteiligten noch nicht nahtlos ein.

II. Das „Mehr" des Nacherfüllungsanspruches des Käufers

§ 439 Abs. 3 BGB -E überlässt es – entgegen dem derzeit geltenden Grundsatz des § 439 Abs. 1 BGB – der Wahl des Verkäufers, ob dieser dem Käufer lediglich die Kosten des Aus-und Wiedereinbaus erstattet oder den Aus- und Wiedereinbau selbst durchführt. [15] Man denke insoweit an den altbekannten „Dachziegelfall" [16] : ein Werkunternehmer verbaut Dachziegel, welche der Besteller mittels eines separaten Vertrages selbst käuflich erworben hat. Nach § 439 Abs. 3 BGB -E könnte der Verkäufer nunmehr wählen, die mangelhaften Dachziegel selbst auszubauen und neue, mangelfreie Dachziegel – nach entsprechender Wahl des Käufers – liefern und diese auch einbauen. Insoweit stellt sich die Frage, ob es einem Käufer zuzumuten ist, dass der Verkäufer – und nicht sein vertrauensvoll ausgewählter Werkunternehmer und eigentlicher Vertragspartner für die Bauarbeiten – nunmehr über seine ursprüngliche Pflicht, mangelfreie Dachziegel zu übergeben

 © 2016 Wolters Kluwer Deutschland GmbH - JURION, 18.04.2016

und zu übereignen (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB), ihm gegenüber Werkleistungen erbringt. [17] Dieser Widerspruch lässt sich freilich auch dann nicht ausräumen, wenn der Käufer die Kaufsache selbst eingebaut hat.

Noch schwerer darstellbar wird es, wenn ein Werkunternehmer, der für die Zwecke des § 439 Abs. 3 BGB -E zugleich Käufer ist, seinem Besteller vermitteln müsste, dass sein Lieferant sich dazu entschlossen hat, den Aus- und Wiedereinbau selbst durchzuführen und deshalb Zugang zum Werk begehrt. Der Besteller müsste in diesem Fall die Einbeziehung eines Dritten in das Gewährleistungsrechtsverhältnis zwischen ihm und dem Werkunternehmer dulden.

Abgesehen davon, dass es ihm kaum zumutbar sein dürfte, einem Dritten Nicht-Werkunternehmer, mit dem er bislang in keinerlei Beziehung steht, zum Zwecke der Mängelbeseitigung Zugang

---

14
So zumindest das ausweislich der Einleitung gesetzte Ziel des Referentenentwurfes.

15
Der EuGH hatte offen gelassen, ob das Wahlrecht dem Verkäufer oder dem Käufer zusteht: EuGH, Urt. v. 16.06.2011 – C-65/09, C-87/09 (Rdnr. 62) = NJW 2011, 2269 (2273) [EuGH 16.06.2011 - C 65/09] .

16
BGH, NJW 1983, 1479 [BGH 09.03.1983 - VIII ZR 11/82] .

17
Hierzu auch Schreiner/Pisal, BauR 2011, 571 (572) ; Klose, in: Motzke/Bauer/Seewald, Prozesse in Bausachen, 2. Aufl. 2014, § 9 Rdnr. 83 Fn. 18.

zum Werk zu gewähren, wirft diese Konstellation auch gewährleistungsrechtliche Fragestellungen auf: Beschädigt der Verkäufer im Zuge des Aus- und Wiedereinbaus beim Besteller das im Übrigen mangelfreie Werk oder Gegenstände, die nicht Gegenstand des Werkvertrages zwischen Besteller und Werkunternehmer sind, steht dem Besteller mangels vertraglicher Beziehung zum Verkäufer zumindest kein vertraglicher Anspruch auf Schadensersatz zu. Dieser richtet sich allenfalls gegen den Werkunternehmer, wenn man den Verkäufer als dessen „Nacherfüllungsgehilfen" ansehen und hierauf § 278 Satz 1 BGB anwenden möchte. Voraussetzung für die Annahme der Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe ist jedoch neben dem Tätigwerden im Pflichtenkreis des Schuldners, dass das Tätigwerden des Dritten zumindest dem Grunde nach dem Willen des Schuldners entspricht. [18] Davon wird man gerade aufgrund des Wahlrechtes des Verkäufers grundsätzlich nicht ausgehen können. Es entspricht vielmehr regelmäßig dem Interesse des Werkunternehmers, die Nacherfüllung wie in § 635 Abs. 1 BGB zwingend vorgesehen selbst vorzunehmen und vom Verkäufer die Erstattung der hierfür aufgewandten Kosten zu verlangen. Folge wäre, dass vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den Werkunternehmer sowohl bei einem endgültigen Scheitern der Nacherfüllung als auch bei Beschädigung zuvor mangelfreier Teile der Werkleistung ausscheiden. Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer könnten nur im Hinblick auf die Beschädigung zuvor mangelfreier Teile der Werkleistung oder sonstiger Gegenstände, die mit der Werkleistung in keinem Zusammenhang stehen, geltend gemacht werden, nicht jedoch wegen eines Scheiterns der Nacherfüllung, da über § 823 Abs. 1 BGB nur das Integritäts- und nicht das Äquivalenzinteresse des Geschädigten geschützt wird. [19] Da der Besteller aber nie ein mangelfreies Werk erhalten hat, ist sein Integritätsinteresse in der Regel nicht tangiert. Ein Ausweg wäre nur über die Grundsätze der Drittschadensliquidation [20] möglich.

III. Das Wahlrecht des Verkäufers in § 439 Abs. 3 Satz 1 BGB -E

Vor diesem Hintergrund wäre es wünschenswert, wenn das Wahlrecht des Verkäufers in § 439 Abs. 3 BGB -E im Zuge des weiteren Gesetzgebungsprozesses und der Ausschussarbeit noch einmal genauer unter die Lupe genommen und zugunsten eines reines Kostenerstattungsanspruchs des Käufers aufgegeben wird. [21] Letztlich dürfte das einzig das BMJV bewegende wirtschaftliche Interesse des Verkäufers, kostengünstiger

 © 2016 Wolters Kluwer Deutschland GmbH - JURION, 18.04.2016

den Aus- und Wiedereinbau selbst vorzunehmen [22] , die vorstehend aufgezeigten dogmatischen Hürden nicht überwiegen. Denn selbst ein differenzierter Ansatz dahingehend, dass § 439 Abs. 3 BGB -E dann nicht gilt, wenn es sich bei dem letzten Vertragsverhältnis in der Vertragskette um einen Werkvertrag handelt, bei welchem der Werkunternehmer entsprechend § 635 Abs. 1 BGB den Ausbau der mangelhaften Sache und den Wiedereinbau der mangelfreien Sache selbst vornehmen muss, ändert an der vergleichbaren Misere in der reinen Kaufvertragskette nichts.

Die Kosten, welche dem Werkunternehmer beim Aus- und Wiedereinbau der mangelhaften Kaufsache gem. § 635 Abs. 1 BGB entstehen, könnte dieser dann über einen auf einen Kostenerstattungsanspruch beschränkten § 439 Abs. 3 BGB -E von seinem Verkäufer regressieren, der sich wiederum über § 445a BGB-E, bei seinem Verkäufer schadlos halten könnte.

C. Fazit

Dem Referentenentwurf ist – jedenfalls soweit im Rahmen dieser Untersuchung von Relevanz – zuzustimmen. Es wird Zeit, per gesetzlicher Regelung die bei einer Nacherfüllung entstehenden Kosten auf denjenigen abzuwälzen, aus dessen Sphäre der Mangel stammt, und zwar unabhängig davon, ob der Letztabnehmer ein Verbraucher oder ein Unternehmer ist und unabhängig davon, ob es sich um einen Kauf- oder einen Werkvertrag handelt. [23]

18
MünchKomm.-Grundmann, BGB, 7. Aufl. 2016, § 278 Rdnr. 43 m.w.N.

19
MünchKomm.-Wagner, BGB, 6. Aufl. 2013, § 823 Rdnr. 191 m.w.N.

20
Welche für die vorliegende Konstellation nicht gelten dürften, Schreiner/Pisal, BauR 2011, 571 (573) .

21
So im Ergebnis auch Dauner-Lieb, NZBau 2015, 684 (685) und die Empfehlung des Deutschen Baugerichtstages e.V. in der Stellungnahme zum Referentenentwurf (S. 11), abrufbar unter http://www.baugerichtstag.de .

22
Vgl. Referentenentwurf S. 40.

23
Dauner-Lieb, NZBau 2015, 684 (689), plädiert hingegen dafür, eine solche Regelung aufgrund dogmatischer Bedenken im B2B-Bereich nicht zu schaffen.

Schreiner / Pisal: Der (verschuldensunabhängige) Regressanspruch des Werkunternehmers bei Materialmängeln – bald endlich geltendes Recht? - BauR 2016 Heft 2 - 185 **<<**

Nacherfüllungswürdig bleibt jedoch das Wahlrecht des Verkäufers hinsichtlich der Art der Nacherfüllung. Es lässt sich nur schwerlich nachvollziehen, dass ein Käufer, der sich ursprünglich für den Einbau ausdrücklich gegen den Verkäufer entschieden hat, diesen bzw. dessen Lieferanten nunmehr als Werkunternehmer akzeptieren muss. Außer in einem – im privaten Baurecht kaum entscheidenden – Kaufvertrag mit Montageverpflichtung dürfte dies dem Käufer nicht zuzumuten sein.

Zu bedauern ist, dass diese für die gesamte Bauwirtschaft so notwendige Regelung mit einer Kodifizierung des Bauvertrages verbunden wurde, so dass hierwegen an eine schnelle Umsetzung wohl nicht zu denken ist. [24]

24
So auch die Befürchtungen der Bauwirtschaft, vgl. die Presseinfo des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie vom 13.10.2015, abrufbar unter

© 2016 Wolters Kluwer Deutschland GmbH - JURION, 18.04.2016

http://www.bauindustrie.de/info-center/presse/pressemitteilungen/_/artikel/bauwirtschaft-zum-gesetzentwurf-bauvertrag
.

© 2016 Wolters Kluwer Deutschland GmbH - JURION, 18.04.2016