

Mangelbedingte Haftung und Regressansprüche im Verhältnis zwischen Hersteller, Händler, Werkunternehmer und Besteller

Konsequenzen aus dem EuGH-Urteil in Sachen Weber und Putz für den Werkunternehmer?

von Prof. Dr. Florian Bien, Universität Würzburg

A. Einleitung

Anlass und Ausgangspunkt meiner heutigen Ausführungen¹ ist das viel beachtete Urteil des EuGH vom 16.06.2011 in den verbundenen Rechtssachen Weber und Putz.² Der EuGH hat darin zum Umfang des in der Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie gewährten Anspruchs des Verbraucherkäufers auf Nacherfüllung Stellung genommen. Der Nacherfüllungsanspruch umfasst danach auch den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der Ersatzsache.

Beide Posten, Aus- und Einbau, spielen in der werkvertraglichen, speziell der baurechtlichen Praxis eine erhebliche Rolle. Ich will das Problem mit zwei kurzen Beispielfällen illustrieren.

I. Granulatfall und Fliesenfall als Beispiele

Ich beginne mit dem aktuell vom BGH entschiedenen *Granulatfall*³:

Die Werkunternehmerin kaufte bei einer Baustoffhändlerin Granulat eines polnischen Produzenten zur Herstellung von Kunstrasenplätzen. Auftraggeberin war eine Gemeinde. Nach dem Einbau stellte sich die Mangelhaftigkeit des Granulats heraus. Die Gemeinde verlangte von der Werkunternehmerin den Austausch des Materials. Die Baustoffhändlerin beschränkte sich darauf, Ersatzgranulat zur Verfügung zu stellen, weigerte sich aber, den Ausbau des mangelhaften und den Einbau des Ersatzgranulats vorzunehmen. Für diese Arbeiten, die ein anderes Unternehmen durchführte, fielen Kosten in Höhe von gut 72 000,- € an.

Der zweite Fall ist eine leichte Abwandlung der vom EuGH diskutierten Rechtssache Wittmer gegen Gebr. Weber (sog. Fliesenfall)⁴:

Es sei unterstellt, der Bauherr Wittmer habe die streitgegenständlichen, durch feine Mikroschleifspuren in ihrem Erscheinungsbild beeinträchtigten

Bodenfliesen nicht selbst im Baumarkt erworben, vielmehr habe der vom Bauherrn beauftragte Werkunternehmer, der Fliesenleger, die Fliesen gekauft. Verantwortlich für die Mikroschleifspuren ist wie im Granulatfall der Hersteller.

Gemeinde und Bauherr können vom beauftragten Unternehmer gemäß §§ 633, 634 Nr. 1, 635 BGB Nacherfüllung verlangen. Diese verschuldensunabhängige Gewährschaftshaftung des Werkunternehmers umfasst nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs u.a. die Entfernung der mangelhaften, Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache sowie deren Einbau.⁵ Ich will hier der Frage nachgehen, welche Ansprüche dem gewährleistungspflichtigen Werkunternehmer gegen den Händler bzw. andere vorgelagerte Glieder der Absatzkette, insbesondere den letztverantwortlichen Hersteller zustehen und unter welchen Voraussetzungen sie geltend gemacht werden können.

1 Es handelt sich um das im Hinblick auf das aktuelle Urteil des BGH v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11 – Granulat-, BeckRS 2012, 24126 (zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) aktualisierte und (unter Mithilfe meines wiss. Mitarbeiters Ulrich Pfeffer) um Fußnoten ergänzte Manuskript meines Vortrags auf den Freiburger Baurechtstagen am 14. und 15.09.2012.

2 EuGH, Urteil v. 16.06.2011 – Rs. C-65/09 und C-87/09 – (Gebr. Weber GmbH und Ingrid Putz), JZ 2011, 110 = BauR 2011, 1490. Besprechungen u.a. von Augenhöfer/Appenzeller/Holm, JuS 2011, 680; Bien, ZEuP 2012, 644; Dietrich/Szalai, DZWIR 2012, 319; Faust, JuS 2011, 744; Greiner/Benedix, ZGS 2011, 489; Harke, ZGS 2011, 536; Höpfner, JZ 2012, 473; Jaensch, NJW 2012, 1025; Kaiser, JZ 2011, 978; Lorenz, NJW 2011, 2241; Maultzsch, GPR 2011, 253; Popescu, BauR 2011, 1734; Purnhagen, EuZW 2011, 626; Rodemann/Schwenker, ZfBR 2011, 634; Schulte-Nölke, ZGS 2011, 289; Stöber, ZGS 2011, 346; Chr. A. Weber, ZGS 2011, 539.

3 BGH, Urteil v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11 – Granulat, BeckRS 2012, 24126 (zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

4 EuGH, Urteil v. 16.06.2011 – Rs. C-65/09 und C-87/09 –, JZ 2011, 110 = BauR 2011, 1490; BGH, Urteil v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08 –, JZ 2012, 468 = BauR 2012, 793.

5 Z.B. BGH, Urteil v. 07.11.1985 – VII ZR 270/83 –, BGHZ 96, 221 = NJW 1986, 922 = BauR 1986, 211.

II. Drei Lösungsvarianten

Hier sind im Wesentlichen drei Antworten möglich. Erstens: Man verneint jeden Anspruch des Käufers auf Vornahme des Aus- und Einbaus bzw. Übernahme der entsprechenden Kosten. Der Käufer resp. Werkunternehmer bleibt dann auf seinem Haftungsschaden sitzen. Zweitens: Man gewährt dem Käufer einen Schadensersatzanspruch. Als Anspruchsgegner kommen der Verkäufer selbst oder der eigentlich verantwortliche Hersteller in Betracht. Drittens: Man gewährt dem Unternehmerkäufer in Fortführung der vom EuGH im Fall Weber und Putz gefundenen Lösung einen Anspruch gegen den Verkäufer auf Vornahme des Aus- und Einbaus bzw. Übernahme der entsprechenden Kosten im Rahmen des § 439 BGB.⁶

Die zuerst genannte Lösung ist nach deutschem Recht bis heute Standard. In Fällen wie den eingangs geschilderten stellte und stellt sich für den Käufer das Problem, dass ihm der Verkäufer entgegenhalten kann, ihn treffe mangels Untersuchungspflicht kein Verschulden an dem Mangel und den dadurch verursachten Schäden. Der Verkäufer hat lediglich den Mangelschaden selbst zu ersetzen. Mangels Reparaturmöglichkeit beschränkt sich in den beiden Beispielfällen der Nacherfüllungsanspruch danach zunächst einmal auf die Lieferung der Ersatzsache (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB).

Auch der Hersteller, der in den hier interessierenden Fällen für den Mangel ja eigentlich verantwortlich ist, haftet dem Werkunternehmer mangels unmittelbarer Vertragsbeziehung nicht aus § 280 Abs. 1 BGB. In Betracht kommt allenfalls eine deliktische Verantwortlichkeit. Sie richtet sich, von Ausnahmen abgesehen, nach § 823 Abs. 1 BGB. Das schließt den Ersatz reiner Vermögensschäden grundsätzlich aus. Dazu gehören insbesondere die vorliegend interessierenden Kosten des Aus- und des Einbaus.

III. Das EuGH-Urteil Weber und Putz als Anlass für eine erneute Beschäftigung mit der Frage der Allokation zusätzlicher Aus- und Einbaukosten

Das erwähnte EuGH-Urteil Weber und Putz vom 16.06.2011 hat erneut den Anstoß gegeben, über die Frage der Risikoverteilung betreffend Aus- und frustrierte Einbaukosten nachzudenken.⁷ Nach der

für die deutschen Gerichte verbindlichen Interpretation der entsprechenden Richtlinien-Bestimmung⁸ durch den EuGH gilt: Der Ausbau der mangelhaften und der Einbau der Ersatzsache sind von dem Anspruch auf Nacherfüllung wie er in der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf definiert ist umfasst. Der für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des BGH unterschied in seinem abschließenden Urteil vom 21.12.2011 – damals⁹ nur betreffend die Ausbauposten – zwischen Verbrauchsgüterkaufverträgen einerseits und sonstigen Kaufverträgen andererseits nicht und übertrug das vom EuGH vorgegebene weite Verständnis des Begriffs Nacherfüllung auf das deutsche Recht.¹⁰ Betreffend den Unverhältnismäßigkeitseinwand (§ 439 Abs. 3 BGB) differenzierte der Senat hingegen sorgfältig zwischen B2B-Geschäften einerseits und B2C-Geschäften andererseits und beschränkte die teleologische Reduktion der Norm explizit auf Verbrauchsgüterkaufverträge (B2C).¹¹

Viele Autoren plädierten in der Folge für eine Übertragung der unionsrechtlich vorgegebenen Auslegung der Nacherfüllung im Verbrauchsgüterkauf auf den B2B-Bereich und damit eine Gleichbehandlung von Kaufverträgen zwischen zwei

6 Hingewiesen sei ferner auf den Vorschlag von Härke, ZGS 2011, 536 ff., der dem (Verbraucher-)Käufer hinsichtlich der Aus- und Einbaukosten einen Aufwendungsersatzanspruch nach dem Vorbild von § 478 Abs. 2 BGB gewähren möchte.

7 Siehe nur die vorangegangenen Entscheidungen des BGH, Urteil v. 14.05.1974 – VI ZR 48/73 – Prüfzeichen, NJW 1974, 1503 (Ansprüche gegen Hersteller der mangelhaften Bauteile) und Urteil v. 09.03.1983 – VIII ZR 11/82 – Dachziegel, BGHZ 87, 103 (Ansprüche gegen Verkäufer der mangelhaften Baustoffe).

8 Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. 1999 L 171/12.

9 Mittlerweile hat der BGH, Urteil v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11 – Granulat, 1. Leitsatz, letztlich in einem obiter dictum, die Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ richtlinienkonform dahingehend ausgelegt, dass sie auch den Einbau der Ersatzsache umfasst.

10 Siehe BGH, Urteil v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08 –, JZ 2012, 468 = BauR 2012, 793, Tz. 52.

11 BGH, Urteil v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08 –, JZ 2012, 468 = BauR 2012, 793, Tz. 35.

Unternehmern einerseits und Verbrauchsgüterkaufverträgen andererseits.¹²

B. Internalisierung der Schadensvermeidungskosten beim Hersteller

Erste These: Aus ökonomischer Sicht ist die Haftung des Herstellers für sämtliche adäquat kausal verursachten Schäden des Käufers vorzugswürdig. Sie darf nicht allein daran scheitern, dass der Hersteller seine Produkte nicht selbst, sondern über einen Händler vertreibt.¹³ Technisch-dogmatisch kommt für solche Haftung, wohlgemerkt: des Herstellers!, sowohl ein die Absatzkette überspringender Direktanspruch des Käufers als auch eine nur mittelbare Haftung im Wege des Händlerregresses in Betracht. Erlauben Sie mir, hinsichtlich der ökonomischen Analyse auf meinen Beitrag im jüngsten Heft der ZEuP¹⁴ zu verweisen. Ich beschränke mich hier auf den Hinweis, dass regelmäßig der Hersteller, nicht der Letztkauf den zu erwartenden Schaden mit den geringsten Kosten vermeiden kann, der Hersteller mit anderen Worten *cheapest cost avoider* ist.

Hingewiesen sei aber noch unter dem Gesichtspunkt der Kohärenz auf Folgendes: Erhielte der Käufer Aus- und Einbaukosten sowie weitere durch den Mangel adäquat kausal verursachte reine Vermögensschäden nicht ersetzt, drohte ein Wertungswiderspruch zur Behandlung anderer Mangelschäden.¹⁵ Für reine Vermögensschäden in Form des Mangelschadens selbst haftet der Verkäufer verschuldensunabhängig auf Nacherfüllung (und kann regelmäßig bei den vorgelagerten Gliedern der Vertriebskette Regress nehmen). Für Mangel- folgeschäden an absolut geschützten Rechtsgütern hat der Hersteller unmittelbar nach § 823 Abs. 1 BGB einzustehen. Dabei geht die Rechtsprechung in den Weiterfresserfällen sogar so weit, Schäden an der Kaufsache selbst unter den Schutz des Deliktsrechts zu stellen.

C. Kritik an der Nacherfüllungslösung

Im Folgenden will ich der Frage nachgehen, wie sich die von Teilen der Literatur empfohlene¹⁶ Verallgemeinerung der vom EuGH vorgenommenen richtlinienkonformen Auslegung von § 439 Abs. 1 BGB auf die Position des Werkunternehmers auswirken würde. Seine Stellung unterscheidet sich von derjenigen des Verbraucherkäufers, über die in den Fällen Weber und Putz gestritten wurde, nicht unerheb-

lich. In den eingangs geschilderten Beispielen übernimmt er einerseits die Rolle des Käufers der mangelhaften, nicht vom Händler hergestellten Baumaterialien, andererseits ist er als Werkunternehmer gegenüber dem Besteller, etwa dem Bauherrn, umfassend gewährleistungspflichtig.

I. Kein Ersatzanspruch für sonstige reine Vermögensschäden

Ich komme zu meiner zweiten These: Aus- und Einbaukosten decken nur einen Teil des größeren Problems der Haftung für und der Kompensation von reinen Vermögensschäden in der Absatzkette ab. Sonstige reine Vermögensschäden wären vom Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Aus- und Einbau von vornherein nicht abgedeckt.¹⁷ Zu nennen sind insbesondere Nutzungs-

12 Z.B. Augenhöfer/Appenzeller/Holm, JuS 2011 680, 684; Dietrich/Szalai, DZWIR 2012, 319, 324; Höpfner, JZ 473, 475; Faust, JuS 2011, 744, 748; Jaensch, NJW 2012, 1025, 1027; Rodemann/Schwenker, ZfBR 2011, 634, 639; Stöber, ZGS 2011, 346, 352.

Der BGH hat diesem Lösungsweg in seinem Urteil v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11 – Granulat, zwischenzeitlich eine Absage erteilt: Die „richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist auf den Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) beschränkt und erstreckt sich nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern.“ (2. Leitsatz). Gegen eine Anwendung auf den B2B-Bereich u.a. auch schon S. Lorenz, NJW 2011, 2241, 2244; Maultzsch, GPR 2011, 253, 257. Weitere Nachweise bei BGH, a.a.O., Tz. 17. Auch das Bundesjustizministerium will die Umsetzung der Vorgaben des EuGH auf Verbrauchsgüterkaufverträge beschränken. Das folgt aus dem Vorschlag eines neuen § 474a BGB sowie der entsprechenden Begründung in dem Referentenentwurf eines Gesetzes u.a. zur Änderung des Verbrauchsgüterkaufrechts vom 19.09.2012. Der Entwurf ist abrufbar auf der Internetseite des Bundesjustizministeriums mit Bearbeitungsstand 19.09.2012 unter http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_Umsetzung_Verbraucherrechtrichtlinie.pdf?__blob=publicationFile (14.12.2012). Dazu auch MünchKomm.-H. P. Westermann, BGB, 2012, § 439, Online-Aktualisierung vom 10.12.2012 zu Rdnr. 14.

13 Zu dieser Konstruktion rät konsequenterweise die Praxis, siehe nur Rothermel, GWR 2012, 527: „Händler meiden nach den vorgenannten Überlegungen ihre Haftung, indem sie über Zwischenhändler distribuieren, weil dann die verschuldensabhängige Haftung bereits in der Vertriebskette steckenbleibt.“

14 ZEuP 2012, 644, 656-662. Dort auch Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Auffassung von Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243, und Maultzsch, GPR 2011, 253, 256.

15 Darauf weist Harke, ZGS 2011, 536, 537 f., hin.

16 Siehe die Nachweise oben in Fußn. 12.

17 Insoweit vermag der von Harke (Fußn. 6) vorgeschlagene Aufwendungsersatzanspruch analog § 478 Abs. 2 BGB den von ihm zutreffend beklagten Wertungswiderspruch (Fußn. 15) lediglich abzumildern, nicht aber gänzlich zu beseitigen.

ausfallschäden. Ein Beispiel ist der von *Matthias Weller*¹⁸ kürzlich berichtete englische Fall *Smith v. Johnson*¹⁹ aus dem Jahr 1899. Hier hatte mangelhafter Mörtel den Abriss eines neu errichteten Hauses und seinen anschließenden Wiederaufbau erforderlich gemacht. Der Käufer des mangelhaften Mörtels machte (vor dem High Court erfolgreich) nicht nur sämtliche mit dem Abriss und dem Neubau verbundenen Kosten, sondern auch die entgangenen Mieteinnahmen als zu ersetzenden Schaden geltend.²⁰ Mindestens letztere, die Mieteinnahmen, sind nach derzeitigem Stand des deutschen Rechts mangels Vertretenmüssens des Händlers nicht zu ersetzen.²¹ Das EuGH-Urteil Weber und Putz ändert daran nicht einmal für den Bereich der Verbrauchsgüterkaufverträge etwas. Hinsichtlich Nutzungsausfallschäden verbleibt eine empfindliche Haftungslücke bestehen.

II. Leerlaufen des Regressanspruchs des Werkunternehmers wegen der in § 439 Abs. 3 BGB dem Händler eröffneten Einrede der Unverhältnismäßigkeit

Dritte These: Insbesondere im B2B-Bereich wären nicht einmal die Aus- und Einbaukosten mit der von EuGH und BGH für den Verbrauchsgüterkaufvertrag gefundenen Lösung ausreichend abgedeckt. Dem Händler steht gegenüber dem Unternehmer nämlich die Einrede der Unverhältnismäßigkeit gemäß § 439 Abs. 3 BGB zu. Danach kann der Händler die Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist verglichen mit dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand sowie der Bedeutung des Mangels. In dem vom BGH endgültig entschiedenen Fliesenfall Wittmer gegen Gebr. Weber war diese Grenze bereits überschritten. Dem Materialwert i.H.v. knapp 1200,- € standen ca. 5000,- € an Kosten für den Aus- und Einbau gegenüber.²² Hinzu kam, dass die Fliesen lediglich (geringfügige) optische Mängel aufwiesen, ihre Funktion hingegen nicht beeinträchtigt war. Überträgt man das auf meine eingangs geschilderte Abwandlung des Falls, stellt sich die Situation folgendermaßen dar: Der Fliesenleger ist im Rahmen der werkvertraglichen Nacherfüllungspflicht zum vollständigen Austausch der Fliesen verpflichtet. Unterstellt, ihm stünde ein Regressanspruch à la Weber und Putz gegen den Händler zu, könnte dieser sich auf die Einrede des § 439 Abs. 3 BGB berufen. Eine

Beteiligung des Händlers an den Kosten des Aus- und des erneuten Einbaus könnte der Fliesenleger nicht erreichen.²³ Ihm stünde auch weiterhin nur der Anspruch auf Lieferung mangelfreier Fliesen zu.

III. Leerlaufen des Nacherfüllungsanspruchs in Fällen der persönlichen Leistungspflicht des Werkunternehmers

Vierte These: Das Leerlaufen eines etwaigen, dem Werkunternehmer zustehenden Nacherfüllungsanspruchs gemäß § 439 Abs. 1 BGB in den hier interessierenden Konstellationen²⁴ drohte auch unterhalb der Schwelle des § 439 Abs. 3 BGB. Zu Denken ist an Fälle, in denen der Besteller darauf besteht, dass der Werkunternehmer die gemäß § 635 BGB geschuldete Nacherfüllung selbst vornimmt. Das kann er, wenn der Werkunternehmer zu persönlicher Leistung verpflichtet ist, also ohne Zustimmung des Bestellers keine Subunternehmer einschalten darf. Ob das der Fall ist, lässt sich pauschal nicht sagen. Entscheidend ist die Vereinbarung zwischen den Parteien. Soweit sich die Parteien auf die Geltung der VOB/B geeinigt haben, bedarf der Werkunternehmer für die Einschaltung von Subunternehmern²⁵ grundsätzlich der schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers. Das folgt aus § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B. Im Übrigen gilt es, den

18 GPR 2012, 173.

19 16 Times Law Rep. [1899], 179, zit. nach Weller, GPR 2012, 173, 175 Fußn. 28.

20 Hintergrund ist das englische Konzept einer verschuldensunabhängigen Schadensersatzhaftung (strict liability) des Verkäufers; vgl. Peel, in: Treitel, The Law of Contract, 2007, S. 839, Rdnr. 17-065; Smith, Atiyah's Introduction to the Law of Contract, 2005, S. 167 f.

21 Wegen § 439 Abs. 3 BGB gilt das wohl auch für die Kosten des Abrisses und des Neubaus des Hauses (s.u.).

22 BGH, Beschluss v. 14.01.2009 – VIII ZR 70/08 –, JZ 2009, 310 = BauR 2009, 812, Tz. 1.

23 Gegenüber Verbrauchern hat der Händler diese Einrede nach dem Urteil des EuGH nicht, er kann den Verbraucherkäufer unter denselben Bedingungen (§ 439 Abs. 3 BGB) aber mit einem „angemessenen Beitrag zu den Kosten des Aus- und Einbaus“ abspeisen. In den Worten des EuGH (Urteil v. 16.06.2011 – Rs. C-65/09 und C-87/09 –, JZ 2011, 110 = BauR 2011, 1490, 2. Leitsatz) sind Maßstab einerseits der „Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre“, und andererseits die „Bedeutung der Vertragswidrigkeit“. Zusätzlich ist nach dem Urteil des EuGH, a.a.O., Rdnr. 76, zu beachten, dass das Recht des Verbrauchers auf Kostenerstattung in der Praxis nicht ausgehöhlt wird.

24 Ich würde von heterogenen Absatzketten mit einem Werkunternehmer als vorletztem Glied sprechen.

25 Die VOB/B spricht hier von „Nachunternehmern“.

Vertrag auszulegen.²⁶ Hat sich der Besteller aufgrund von Referenzwerken dafür entschieden, einen bestimmten Unternehmer zu beauftragen, könnte das etwa für die persönliche Verpflichtung des Werkunternehmers sprechen.²⁷

Gelangt man zu dem Ergebnis, dass der Besteller berechtigterweise auf einer Leistung durch den beauftragten Werkunternehmer selbst besteht, dürfte der etwaige Regress des Werkunternehmers gegen den Händler häufig daran scheitern, dass dieser gerade nicht zur Kostenübernahme verpflichtet ist. Hinsichtlich der Art und Weise der Erfüllung des Nacherfüllungsanspruchs hat der BGH in seinem Urteil vom 21.12.2011 dem Händler vielmehr ein Wahlrecht eingeräumt. Er kann den Aus- (und Einbau) entweder selbst vornehmen oder die dafür anfallenden Kosten übernehmen.²⁸ Der Händler könnte daher einwenden, der Werkunternehmer habe ihm die Nacherfüllung durch Selbstvornahme unmöglich gemacht.

IV. Erfordernis einer Abstimmungslawine mit den vorgeschalteten Gliedern der Vertriebskette

Nebenbei hätte das dem Verkäufer vom BGH zugestandene Wahlrecht die Konsequenz, dass der jeweils zur Nacherfüllung Verpflichtete gut beraten wäre, vor Übernahme der Kosten des Aus- und Einbaus bei dem in der Absatzkette vor ihm stehenden Kettenglied nachzufragen, ob dieses ebenfalls bereit ist, die Kosten zu erstatten. Andernfalls drohte wiederum die Gefahr, dass ihm von seinem Regressgegner vorgehalten wird, die Nacherfüllung in natura sei ihm unmöglich gemacht worden.

V. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Der vom EuGH gewiesene und vom BGH für den Verbrauchsgüterkauf ins deutsche Recht umgesetzte Lösungsweg betreffend den Ersatz von Aus- und Einbaukosten vermöchte insbesondere für das Verhältnis zwischen Werkunternehmer und Baustoffhändler kaum zu befriedigen. Ich erinnere noch einmal an die identifizierten Probleme:

1. Aus- und Einbaukosten sind nur ein Teil der denkbaren reinen Vermögensschäden aufgrund Lieferung einer mangelhaften Kaufsache. Auch von einem weit verstandenen Anspruch auf Nacherfüllung nicht erfasst sind insbesondere

Nutzungsausfallschäden wie etwa die Mietausfälle im oben erwähnten Fall *Smith v. Johnson*.

2. Auch hinsichtlich der Aus- und Einbaukosten drohte häufig ein Leerlaufen des erweiterten Nacherfüllungsanspruchs. Grund ist in erster Linie das dem Verkäufer in § 439 Abs. 3 BGB gewährte Verweigerungsrecht im Fall der Unverhältnismäßigkeit.
3. Wirkungslos bliebe der Anspruch auf Nacherfüllung auch dann, wenn der Besteller auf persönlicher Leistungserfüllung durch den beauftragten Werkunternehmer bestehen kann. Hier könnte der Händler dem Werkunternehmer entgegenhalten, dieser habe durch Selbstvornahme die gemäß § 439 Abs. 1 BGB eigentlich geschuldete Nacherfüllung unmöglich gemacht.

D. Kohärente Lösung der identifizierten Probleme durch Gewährung eines echten Schadensersatzanspruchs des Käufers

Fünfte These: Zur Lösung der genannten Probleme bietet sich ein Schadensersatzanspruch des geschädigten Käufers (hier: des Werkunternehmers) an.²⁹ Er richtet sich entweder gegen den Händler oder direkt gegen den letztverantwortlichen Hersteller. Mindestens ersteres, eine verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers, scheint auch ein verbreiteter europäischer Standard zu sein. Diesen Nachweis hat jüngst *Weller*³⁰ in dem bereits erwähnten Aufsatz geführt. Er weist nicht nur auf

26 Im Dienstvertragsrecht findet sich mit § 613 BGB eine entsprechende Auslegungsregel. Im Werkvertragsrecht dürfte die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung hingegen eher die Ausnahme sein, vgl. MünchKomm.-Busche, BGB, 2012, § 631 Rdnr. 71; von Rintelen, in: Messerschmidt/Voit, Privates Bau-recht, 2012, § 631 Rdnr. 88.

27 Vgl. MünchKomm.-Busche, BGB, 2012, § 631 Rdnr. 71. Aber auch außerhalb der Pflicht des Werkunternehmers zur persönlichen Leistungserbringung dürfte es gewisse Mindestanforderungen geben, die der Besteller an die Qualifikation des vom Werkunternehmer eingeschalteten Subunternehmers stellen darf. Eine Parallelität mit entsprechenden Ansprüchen, die der Werkunternehmer an die Qualifikation der vom Händler für den Aus- und Einbau eingeschalteten Arbeiter stellen dürfte, ist nicht sicher. Damit drohte ein Leerlauf des Werkunternehmerregresses selbst in Fällen, in denen er gegenüber dem Besteller nicht zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet ist.

28 BGH, Urteil v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08 –, JZ 2012, 468 = BauR 2012, 793, Tz. 27.

29 Für solche Lösung tritt auch Chr. A. Weber, ZGS 2011, 539, 541, ein. Er nimmt einen „unionsrechtlich modifizierten Haftungsmaßstab“ an und verzichtet daher auf die Anwendung von § 278 BGB.

30 GPR 2012, 173.

die strict liability des Verkäufers nach englischem Recht hin. (Das für einen deutschen Juristen bemerkenswerte, nämlich in vollem Umfang der Klage des Käufers stattgebende Urteil des High Court im Mörtel-Fall habe ich bereits erwähnt.) Daneben findet sich eine verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung des Verkäufers (mit lediglich engen Befreiungsmöglichkeiten) auch im Wiener Kaufrecht³¹, den PECLs³², dem DCFR³³ oder dem Kommissions-Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht³⁴.

Einen Direktanspruch gegen den Hersteller (sowie gegen weitere vorgelagerte Glieder der Absatzkette), der vertraglichen, nicht deliktischen Grundsätzen folgt, anerkennt etwa das französische Recht mit seiner Action directe dans les chaînes de contrats.³⁵ Auch der österreichische Oberste Gerichtshof³⁶ hat sich für eine Haftung des Warenherstellers (S) gegenüber entfernten Gliedern (D) der Absatzkette nach Vertragsgrundsätzen entschieden. Er misst dem zwischen Hersteller und Händler geschlossen Kaufvertrag drittschützende Wirkungen zugunsten der weiter unten in der Absatzkette stehenden Gliedern bei.

I. Vorteile der Schadensersatzlösung

Was wären die Vorteile bzw. Konsequenzen der hier empfohlenen Schadensersatzlösung?

Sämtliche vom Käufer erlittenen Schäden, einschließlich Aus- und Einbaukosten sowie Nutzungsausfallschäden würden kompensiert. Mindestens mittelbar, nämlich auf dem Regressweg, käme es letztlich zu einer Haftung des Herstellers. Die Einschaltung eines Zwischenhändlers vermöchte an diesem Befund nichts zu ändern. Der Hersteller hätte damit einen wesentlich stärkeren Anreiz, entsprechende Anstrengungen zur Schadensvermeidung zu unternehmen.

1. Das Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 439 Abs. 3 BGB wäre obsolet. Ich sehe nicht, weshalb die für den verschuldensunabhängigen Anspruch auf Nacherfüllung geltende Regel in § 439 Abs. 3 BGB auf den unter erhöhten Anforderungen³⁷ stehenden Schadensersatzanspruch ausstrahlen sollte. In der von mir gebildeten Abwandlung des Fliesenfalls würde also gelten: Anders als nach der Lösung des BGH über § 439 BGB (mit der Einrede in Abs. 3 der Vorschrift) könnte der Verkäufer auf der Grundlage des von mir vorgeschlagenen Schadensersatzanspruchs

die Erstattung der vom Werkunternehmer aufgewendeten Aus- und Einbaukosten nicht verweigern.

2. Als weiterer Vorteil sei ergänzend angemerkt, dass es unter Geltung eines Schadensersatzregimes auch dogmatisch einfacher wäre, ein eventuelles Mitverschulden des Käufers (hier der Werkunternehmer³⁸) zu berücksichtigen.³⁹ Es

31 Art. 45 Abs. 1 lit. b CISG: verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers mit engen Befreiungsmöglichkeiten in Art. 79 Abs. 1 CISG, vgl. BGH, Urteil v. 24.03.1999 – VIII ZR 121/98 –, BGHZ 141, 129 (Ausfälle von mit mangelhaftem Wachs behandelten Weinreben), sowie OLG Hamm, Urteil v. 09.06.1995 – 11 U 191/94 –, NJW-RR 1996, 179 (Kosten des Aus- und Einbaus von zunächst mangelhaft gelieferten Fenstern).

32 Art. 8:101 Abs. 1, 108 Abs. 1 und Art. 9:501 Principles of European Contract Law (PECL); siehe auch Lando, RabelsZ 2003, 231, 239.

33 Art. III. – 3:701 und Art. III. – 3:104 Draft Common Frame of Reference (DCFR).

34 Art. 87 Abs. 1 lit. c, Art. 88, Art. 91 lit. c, Art. 106 Abs. 1 lit. e und Art. 159 Abs. 1 GEKR (Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10.2011, KOM (2011) 635 endg.).

35 Grundlegend Cass. civ. 25.01.1820, Sirey 1820, 1, 171, in der dem Zweitkäufer die garantie d'éviction (Art. 1626 Code civil) gegen den Erstverkäufer zugesprochen wurde. Später wurde die Action directe auf die Garantie des vices cachés ausgedehnt (Cass. 12.11.1884, D. 1885, 1, 357 = S. 1886, 1, 149).

36 Grundlegend OGH, Urteil v. 04.02.1976 – 1 Ob 190/75 –, JBl. 1977, 146. Die Produzentenhaftung erfolgt gegenüber dem Endverbraucher nicht nur nach deliktischen Grundsätzen, sondern aufgrund entsprechender Interpretation des Kaufvertrages zwischen Hersteller (S) und Händler (G) als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

37 Vertretenmüssen (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB); ggf. Fristsetzungserfordernis etwa gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB.

38 Der im Übrigen § 377 HGB zu beachten hat.

39 Darauf weist auch Chr. A. Weber, ZGS 2011, 539, 543, hin.

bedarf keiner analogen Anwendung von § 254 BGB⁴⁰ bzw. der Heranziehung von § 242 BGB.⁴¹

II. Zurechnung des Herstellerverschuldens

Im deutschen Recht ließe sich eine verschuldens-unabhängige Haftung des Verkäufers auf Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 BGB dadurch umsetzen, dass man dem Verkäufer ein etwaiges Herstellerverschulden gemäß § 278 BGB zurechnet. Nach überzeugender, wenngleich immer noch überwiegend bestrittener Ansicht ist der Hersteller Erfüllungsgehilfe des Verkäufers im Hinblick auf dessen erfolgsbezogene Pflicht, eine mangelfreie Kaufsache zu liefern (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB).⁴² Ich kann das hier nicht weiter ausführen, verweise insoweit auf meine demnächst erscheinende Habilitationsschrift.⁴³

III. Vertragsähnliche Direkthaftung des Herstellers

Ähnlich kurz muss ich mich hinsichtlich der zweiten Lösungsmöglichkeit, einem vertragsähnlichen Direktanspruch des Käufers gegen den letztverantwortlichen Hersteller fassen. Technisch-dogmatisch ließe sich dieses Postulat umsetzen, indem man wiederum die Vorschrift § 280 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage heranzieht. Als Schuldverhältnis im Sinne dieser Vorschrift müsste man gemäß § 311 Abs. 3 Satz 1 BGB die den geschädigten Käufer und den entfernten Hersteller verbindende Absatzkette qualifizieren. Aus ihm resultieren die in § 241 Abs. 2 BGB genannten Schutzpflichten. Ihre Verletzung, vorliegend durch den schuldhaft handelnden Hersteller, löst den genannten Ersatzanspruch des Käufers (hier des Werkunternehmers) aus.

E. Inhalt, Art und Umfang der Schadensersatz- bzw. Gewährleistungsansprüche des Käufers

Ich komme zum letzten Teil meiner Ausführungen: Es geht um die Frage nach Inhalt, Art und Umfang der Schadensersatz- bzw. Gewährleistungsansprüche in der vom Besteller über den Werkunternehmer und den Händler bis zum Hersteller verlaufenden Absatzkette.

I. Vier Varianten der Schadensersatzleistung

Vier mögliche Varianten sind zu erörtern:

– Erste Variante: Das jeweils verpflichtete Ketten-

glied stellt selbst den vertragsgemäßen Zustand, etwa durch Ausbau der mangelhaften und Einbau der Ersatzsache her.

- Zweitens ist der Ersatz der Kosten denkbar, die für die tatsächlich durchgeführte Herstellung des vertragsgemäßen Zustands anfallen.
- Eine dritte Variante ist die Erstattung der lediglich fiktiven Herstellungskosten.
- Schließlich kommt bloßer Wertersatz in Betracht. Wie im Fall fiktiver Herstellungskosten wird auch hier der vertragsgemäße Zustand nicht hergestellt, der Berechtigte allerdings (lediglich) für den eingetretenen Wertverlust entschädigt.

⁴⁰ Das erwägen etwa Faust, in Bamberger/Roth, BGB, 2012, § 439 Rdnr. 20, und MünchKomm.-H. P. Westermann, BGB, 2012, § 439 Rdnr. 16. Vorbild ist der werkvertragliche Nacherfüllungsanspruch. Hier kann der Werkunternehmer im Fall der Mitverursachung durch den Besteller verlangen, dass dieser Sicherheit für eine Beteiligung an den Kosten leistet, Palandt/Sprau, BGB, 2012, § 635 Rdnr. 7. Zwischen der Mitverursachung im Werkvertragsrecht und der vorliegenden Konstellation bestehen allerdings gewichtige Unterschiede. Der Käufer hat lediglich eine Schadensminderungsobliegenheit verletzt, damit also keine Rechtspflicht, die einem andern oder der Allgemeinheit gegenüber besteht, sondern eine Verhaltensanforderung im eigenen Interesse. Er hat nämlich nicht alle zumutbaren Anstrengungen unternommen, um den Schaden so gering wie möglich zu halten. Die „Mitverursachung“ ist daher geringer zu veranschlagen als im Werkvertragsrecht, wo man davon auszugehen hat, dass der Besteller, etwa durch eine fehlerhafte Anweisung, an der Produktion des mangelhaften Werkes beteiligt war.

⁴¹ Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Zuschuss zu den Kosten des Aus- und Einbaus, vgl. Stöber, ZGS 2011, 346, 350f.

Der EuGH verlangt Gutgläubigkeit des Käufers, der Nacherfüllung in Form des Aus- und Einbaus verlangt. Das dürfte auf ein etwas grobschlächtiges Alles-oder-Nichts-Prinzip hinauslaufen.

⁴² Insbesondere Schröter, JZ 2010, 495, 497.

⁴³ Bien, Haftungskoordination in der arbeitsteiligen Pflichtenkette – Zugleich ein Beitrag zum Dogma von der Relativität der Schuldverhältnisse, Tübingen 2013 (Veröffentlichung in Vorbereitung), Viertes Kapitel D.

Optimisten mögen das Granulat-Urteil des VIII. Zivilsenats dahingehend deuten, dass die Bundesrichter die Tür in Richtung Anerkennung der Zurechnung des Herstellerverschuldens gemäß § 278 BGB wieder ein Stück weit aufgestoßen haben. Der Senat stellt fest, die Pflichtverletzung in Form der mangelhaften Lieferung habe die bekl. Händlerin „nach den tatrichterlichen Feststellungen“ nicht zu vertreten. Dies habe die Revision „hingegenommen“ (BGH, Urteil v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11 – Granulat, BeckRS 2012, 24126, Tz. 11). Vielleicht sollte ein künftiger Revisionskläger das nicht tun und den Senat an seine Formel im Urteil v. 21.06.1967 – VIII ZR 26/65 – TRE-VIRA, BGHZ 48, 118, 120, erinnern: „Der Revision ist zuzugeben, daß diese Einengung des Anwendungsbereichs des § 278 BGB unter Umständen zu Ergebnissen führt, die im Einzelfall wenig billig erscheinen können.“

Gewährt man einen Anspruch auf Schadensersatz, bedeutet das grundsätzlich, dass der Geschädigte nicht nur gemäß § 249 Abs. 1 BGB Naturalherstellung durch den Schädiger (erste Variante), sondern gemäß § 250 BGB – nach Ablauf einer angemessenen Frist – auch den dafür erforderlichen Geldbetrag verlangen darf (zweite Variante).⁴⁴ Nach der von der Rechtsprechung dem Geschädigten zugebilligten Dispositionsfreiheit ist die tatsächliche Wiederherstellung keine Voraussetzung.⁴⁵ Häufig kommt es im Rahmen des Schadensersatzes daher – dritte Variante – zum Ersatz bloß fiktiver Herstellungskosten.⁴⁶ Auf den unter Umständen deutlich geringeren Wertersatz gemäß § 251 Abs. 1 BGB – das entspräche der vierten Variante – kann der Schädiger den Geschädigten nur in Ausnahmefällen, nämlich bei Unverhältnismäßigkeit verweisen (§ 251 Abs. 2 Satz 1 BGB).⁴⁷

Gewährte man dem Besteller *Wittmer* in dem eingangs geschilderten Bodenfliesenbeispiel daher einen Schadensersatzanspruch gegen den Fliesenleger, könnte er – nach entsprechender Fristsetzung (§ 250 BGB) – die mangelhaften Fliesen auf dem Fußboden belassen und gleichzeitig den für ihren Austausch erforderlichen Geldbetrag (knapp 1200,- € Materialwert plus ca. 5000,- € Aus- und Einbaukosten) anderweitig verwenden.⁴⁸

Die werk- und kaufvertragliche Mängelgewährleistung geht nicht so weit. Der Besteller bzw. Käufer hat grundsätzlich nur einen Anspruch auf Nacherfüllung in Form des tatsächlichen Austausches der Fliesen (§ 635 bzw. 439 BGB in seiner erweiterten Auslegung durch den BGH). Entsprechend kann er im Fall der – tatsächlichen⁴⁹ – Selbstvornahme ggf. Kostenersatz verlangen (§ 637 BGB).

Faktisch wird es vor allem im werkvertraglichen Bereich häufig zu einer dem Wertersatz i.S. von § 251 Abs. 1 BGB vergleichbaren Lösung kommen: Der – regelmäßig nicht vorleistungspflichtige – Besteller behält einen Teil des versprochenen Werklohns ein. Der Werkunternehmer wird diese faktische Minderung in vielen Fällen akzeptieren, jedenfalls wenn der Aufwand der Nacherfüllung größer als der einbehaltene Werklohnanteil ist. Entscheidend ist der Unterschied zur richterrechtlich gewährten Dispositionsfreiheit im Fall von § 250 BGB. Legt man die Gewährleistungsbefehle des Bestellers bzw. Käufers zugrunde, kann er maximal, nämlich im Wege der Nacherfüllung, die tat-

sächliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands erlangen. Über den für die Herstellung erforderlichen Geldbetrag kann er nicht frei verfügen. In der Praxis dürfte er sich häufig, insbesondere bei bloß optischen Beeinträchtigungen, im Wege der Minderung mit einem geringeren Betrag, diesmal freilich zur freien Verfügung, zufrieden

⁴⁴ Siehe auch Chr. A. Weber, ZGS 2011, 539, 542.

⁴⁵ BGH, Urteil v. 16.11.1953 – GSZ 5/53 –, BGHZ 11, 156, 163; OLG Düsseldorf, Urteil v. 19.12.1997 – 22 U 83-97 –, NJW-RR 1998, 1716. Zustimmung die überwiegende Literatur, siehe nur MünchKomm.-Oetker, BGB, 2012, § 250 Rdnr. 12 m.w.N. A.A. Lange, in: Lange/Schiemann, Schadensrecht, 2003, § 5 Abs. 5 Satz 1, S. 233 f. m.w.N.

⁴⁶ Im englischen Recht ist umstritten, ob die tatsächliche Vornahme der Herstellung Voraussetzung dafür ist, dass der Geschädigte Reparaturkosten behalten darf. Siehe die Wiedergabe des Meinungsstands bei Schrewe, Der Abhilfeanspruch des Käufers, 2010, S. 65 Fußn. 299.

⁴⁷ Es bedarf eines Vergleichs zwischen den Kosten der Naturalrestitution (Reparaturkosten bzw. Wiederbeschaffungswert) und dem Wert der (unbeschädigten) Sache. Zu Vergleichen sind der Herstellungsaufwand und der Wert der beschädigten Sache (Schubert, in: Bamberger/Roth, BGB, 2012, § 251 Rdnr. 14). Bei Palandt/Grüneberg, BGB, 2012, § 251 Rdnr. 6, finden sich folgende Beispielsfälle, in denen die Rechtsprechung die Unverhältnismäßigkeit bejaht hat: Optische Beeinträchtigung einer Marmortreppe mit einer Wertminderung von 1900,- DM bei Kosten von 16 600,- DM (OLG Düsseldorf, Urteil v. 18.12.2000 – 22 U 166/99 –, MDR 2000, 885); Rotweinflecken auf Teppich und Sofa in Form einer Wertminderung von 7000,- DM, Kosten von 30 000,- DM (OLG Hamm, Urteil v. 13.02.2001 – 27 U 183/00 –); Beschädigung von Fliesen: vollständige Neuverfliesung 6050,- DM, Ersatz der beschädigten durch ähnliche kostet nur 2570,- DM plus Wertminderung i.H.v. 1400,- DM, zusammen also 3970,- DM (LG München, Urteil v. 14.02.2005 – 1 T 14345/04 –, NJW-RR 2005, 1546). Siehe außerdem OLG Hamm, Urteil v. 12.01.1995 – 27 U 144/94 –, NZV 1995, 355: Anspruch nur auf Ersatz der Kosten der Teilreparatur einer beschädigten Scheunenwand plus Ersatz des merkantilen Minderwerts, wenn vollständige Neuverkleinerung viermal so teuer wäre, sowie OLG Düsseldorf, Urteil v. 18.02.2000 – 22 U 166/99 – rechtskräftig, BeckRS 2000 30097040: Leichte optische Beeinträchtigung von Carrara-Marmorplatten durch tropfenden Apfelsaft: Nur 15 Prozent von ca. 16 000,- € Neuverlegungs- einschließlich Aus- und Einräumkosten geschuldet.

⁴⁸ Etwas anderes gilt nur, wenn ein Fall der Unverhältnismäßigkeit i. S. von § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB vorliegt (siehe die Beispiele in der vorangehenden Fußn.).

⁴⁹ Palandt/Sprau, BGB, 2012, § 637 Rdnr. 6.

geben.⁵⁰ In der Sache läuft das auf eine Art bloßen Wertersatzes hinaus.

II. Bewertung der vier Varianten

Wie sind die vier unterschiedlichen Varianten an Behelfen des Käufers oder Bestellers rechtspolitisch zu bewerten?

Die vom BGH im Rahmen von § 250 BGB gewährte Dispositionsfreiheit ist aus ökonomischen Überlegungen abzulehnen. Sie zwingt den Hersteller dazu, ineffizient hohe Schadensvermeidungskosten aufzuwenden. Für sie müssen letztlich die am Ende der Absatzkette stehenden Glieder bezahlen. Die Kosten werden auf die jeweils nachfolgenden Glieder der Absatzkette abgewälzt.

Weshalb sind die Schadensvermeidungskosten ineffizient hoch?

Für Durchschnittsbauherrn ist die Einbuße durch Mikroschleifspuren wie im Beispielsfall Wittmer sehr gering. Der Wiederverkaufswert des Hauses, in dem entsprechend mangelhafte Fliesen verlegt wurden, sinkt lediglich minimal. Kostenersatz für die lediglich hypothetischen Aufwendungen des Bauherrn für Aus- und Einbau der Fliesen würde hier über das Ziel einer Kompensation des tatsächlich erlittenen Schadens weit hinausschießen. Es käme zu einer Bereicherung des Geschädigten. Angemessen wäre in den meisten Fällen allein ein Anspruch auf Wertersatz.

III. Aufgabe der Dispositionsfreiheit

Das Schadensrecht bedarf daher einer Korrektur:⁵¹ Die Dispositionsfreiheit des Geschädigten ist aufzugeben. Damit kann der Geschädigte nur noch die tatsächliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands verlangen. Das macht den Weg frei für eine Verhandlungslösung zwischen den Parteien. Sie könnte darin bestehen, dass der Geschädigte einerseits auf die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands verzichtet, sich den durch den Mangel eingetretenen Vermögensschaden aber kompensieren lässt. In der Sache ähnelte das dem Wertersatz gemäß § 251 Abs. 1 BGB bzw. dem Ergebnis, das sich regelmäßig einstellt, wenn der Käufer bzw. Besteller auf der einen und der Verkäufer bzw. Werkunternehmer auf der anderen Seite vor dem Hintergrund eines Gewährleistungsanspruchs auf Nacherfüllung über die Abwicklung des Schadensereignisses verhandeln (bargaining in the shadow of

law). In letzterem Fall, der kauf- bzw. werkvertraglichen Gewährleistung, besteht faktisch (wie ausgeführt) schon jetzt die von mir präferierte Alternativität zwischen der tatsächlichen Herstellung des vertragsgemäßen Zustands und der Minderung als Äquivalent zum Wertersatz.

F. Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung als ungelöstes Problem

Ein weiteres Problem bleibt zunächst ungelöst. Wie soeben ausgeführt mag die Minderung des Werklohns besonders in Fällen, in denen das vom Werkunternehmer eingebaute Baumaterial lediglich ästhetische Mängel aufweist, in vielen Fällen für alle Beteiligten, insbesondere den Besteller, Werkunternehmer und den letztverantwortlichen Hersteller des mangelhaften Baustoffs die wirtschaftlich günstigste Option sein. In dieser Situation droht ein etwaiger, notwendigerweise auf Geld gerichteter Regressanspruch des Werkunternehmers wiederum leerzulaufen. Das gilt gleichermaßen für den Fall, dass man dem Unternehmerkäufer einen weit verstandenen Nacherfüllungsanspruch oder einen Anspruch auf Schadensersatz gegen seinen Vertragspartner gewährt.

I. Erweitertes Recht zur zweiten Andienung

In ersterem Fall könnte der Händler sich gegenüber dem Werkunternehmer auf sein Recht zur zweiten Andienung berufen. Es liegt nahe anzunehmen, dass die von EuGH und BGH in den Rechtssachen Weber und Putz judizierte Erweiterung der Nacherfüllungspflicht des Verkäufers spiegelbildlich sein Recht zur zweiten Andienung erweitert. Man mag darin eine Kompensation für die Ausweitung des Pflichtenkatalogs des Verkäufers sehen. Im Ergeb-

⁵⁰ Selbst ein Rücktritt durch den Besteller bzw. eine einvernehmliche Vertragsaufhebung mit der Folge des vollständigen Verlusts des Werklohnanspruchs (Schulz, in: Hk-BGB, 2012, § 346 Rdnr. 9: Befreiungswirkung des Rücktritts) dürfte für den Werkunternehmer in vielen Fällen günstiger sein als die Vornahme der Nacherfüllung. Um sich den Werklohn nämlich noch zu verdienen, müsste der Werkunternehmer nicht nur die ursprünglich geschuldete Leistung ein zweites Mal erbringen, sondern zusätzlich das mangelhafte Werk beseitigen (hier: die mangelhaften Fliesen ausbauen). Zudem dürften Besteller eine Herabsetzung des Werklohns einem vollständigen Rücktritt häufig vorzuziehen, da sie andernfalls zur Rückgabe des Werks (§ 346 Abs. 1 BGB) verpflichtet wären.

⁵¹ Siehe dazu neben Lange, in: Lange/Schiemann, Schadensrecht, 2003, § 5 Abs. 5 Satz 1, S. 233 f. (m.w.N.), auch die eingehenden Überlegungen von C. Halfmeier, BauR 2013, 320 (im selben Heft).

nis führte das dazu, dass der Werkunternehmer im Rahmen seiner Fristsetzungsobliegenheit abzuwarten hätte, ob der Händler nicht nur Ersatz für den mangelhaften Baustoff, etwa die Fliesen, verschafft, sondern die mangelhaften Fliesen außerdem noch im Haus des Bestellers ausbaut und die neuen Fliesen dort verlegt.

II. Entfallen des Fristsetzungserfordernisses

Die Vorschrift § 440 Satz 1 Var. 3 BGB stünde dem Recht des Verkäufers zur zweiten Anwendung nicht entgegen. Ihre Anwendung dürfte vorliegend am Erfordernis der Unzumutbarkeit der dem Käufer (hier: Werkunternehmer) zustehenden Art der Nacherfüllung scheitern. Regelmäßig hat sich der Werkunternehmer, der seinerseits von seinem Recht zur zweiten Andienung keinen Gebrauch macht, den vom Besteller ausgeübten Rechtsbehelf Minderung (bzw. Rücktritt) nämlich mindestens zum Teil auch selbst zuzuschreiben.

Helfen würde dem Werkunternehmer in dieser Situation eine Regelung wie § 478 Abs. 1 BGB. Auch sie dispensiert den Gewährleistungspflichtigen von einem Fristsetzungserfordernis gegenüber dem eigenen Verkäufer. Mindestens unmittelbar griffe sie aber nicht zugunsten des Werkunternehmers ein. Die Norm ist zwar auf die besondere Problematik der Gewährleistung in Absatzketten zugeschnitten. Ihr Anwendungsbereich ist aber schon in sachlicher Hinsicht eingeschränkt. Sie gilt nur, wenn die Minderung oder die Rücknahme⁵² der Ware im Rahmen eines zwischen dem Gewährleistungspflichtigen und dem Gewährleistungsberechtigten geschlossenen Kaufvertrages erfolgt ist. Eine entsprechende Anwendung ist ausdrücklich nur für den Werklieferungsvertrag angeordnet (§ 651 BGB), nicht aber zugunsten von Werkunternehmern, die im Rahmen echter Werkverträge Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt sind. In Betracht käme aber möglicherweise eine analoge Anwendung auf Absatzketten, an deren Ende ein Werkvertrag mit Eigentumsverschaffungspflicht steht. Das ließe sich dogmatisch damit rechtfertigen, dass der einheitliche Werkvertrag mit Eigentumsverschaffungspflicht jedenfalls in den hier interessierenden Fällen häufig genauso gut in einen Kaufvertrag über den Baustoff einerseits und einen Werkvertrag über dessen Einbau andererseits aufgespalten werden könnte, die Unterscheidung in

der Praxis auch gar nicht immer einfach, häufig ohnehin entbehrlich ist.⁵³

Die hier erwogene Analogie in sachlicher Hinsicht, also die Anwendung der Vorschrift auch in Fällen, in denen der Unternehmer mit dem Letzt-abnehmer eine werkvertragliche Verbindung eingegangen ist, hülfe allerdings noch nicht über die Begrenzungen des persönlichen Anwendungsbereichs von § 478 BGB hinweg. Die Bestimmung greift nach herrschender Meinung⁵⁴ nur ein, wenn am Ende der Absatzkette ein Verbraucher, nicht aber ein Unternehmer steht.

III. Fristsetzungserfordernis auch im Fall der Schadensersatzlösung

Die hier vorgeschlagene Gewährung eines Schadensersatzanspruchs des gewährleistungspflichtigen Werkunternehmers aus § 280 Abs. 1 BGB vermöchte das Problem nur geringfügig zu entschärfen. Das Recht des Händlers zur zweiten Andienung träte bei dieser Lösung spätestens in Gestalt des in § 250 BGB niedergelegten Erfordernisses einer Fristsetzung (mit Ablehnungsandrohung!) in verschärfter Form wieder hervor.⁵⁵ Die Fristsetzung gilt hier zwar unter denselben Voraussetzungen als entbehrlich wie in § 281 Abs. 2 BGB geregelt.⁵⁶ Möglicherweise könnte man sogar so weit gehen zu sagen, eine sofortige Geltendmachung des Schadensersatzes sei schon dann gerechtfertigt, „wenn

52 Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 2012, § 478 Rdnr. 17, weist zutreffend darauf hin, dass die Formulierung „zurücknehmen musste“ in § 478 Abs. 1 BGB missglückt ist. Es kann nicht darauf ankommen, ob der Verkäufer zur Rücknahme der mangelhaften Sache verpflichtet ist. Entscheidende Voraussetzung ist vielmehr, ob der Käufer, der einen entsprechenden Rechtsbehelf ausgeübt hat, seinerseits die Sache dem Verkäufer zurückgeben musste. Bei eingebauten Baumaterialien wird es hierzu praktisch nur selten kommen. Vgl. schon H. P. Westermann, NJW 2002, 241, 253.

53 Beachte in diesem Zusammenhang auch die im Referentenentwurf (oben Fußn. 12) vorgesehene Einfügung von § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB-Entw.: „Um einen Verbrauchsgüterkauf handelt es sich auch bei einem Vertrag, der neben dem Verkauf einer beweglichen Sache die Erbringung einer Dienstleistung durch den Unternehmer zum Gegenstand hat.“

54 Saenger, in: Hk-BGB, 2012, §§ 478, 479 Rdnr. 4; Faust, Bamberger/Roth, BGB, 2012, § 478 Rdnr. 5. Eine analoge Anwendung vorsichtig bejahend hingegen H. P. Westermann, NJW 2002, 241, 252. Darstellung des Streitstands bei Jacobs, JZ 2004, 225 f.

55 Zum Verhältnis des Fristsetzungserfordernisses gemäß § 250 BGB einerseits und gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB andererseits MünchKomm.-Oetker, BGB, 2012, § 250 Rdnr. 2 und 6.

56 Schieman, in: Staudinger, BGB, 2005, § 250 Rdnr. 7 m.w.N.

der Schaden in der Praxis üblicherweise im Wege des Geldersatzes ausgeglichen wird.⁵⁷ Mangels einschlägiger Erfahrungswerte mit dem bislang nicht anerkannten Schadensersatzanspruch dürfte dieser Ansatz vorliegend aber kaum weiterhelfen. Erwägenswert erscheint es jedoch, den in § 478 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken eines vereinfachten Regresses desjenigen, der – unverschuldet – für Leistungsstörungen in der Absatzkette gewährleistungspflichtig wird⁵⁸ in Konstellationen wie der vorliegenden auch auf das in § 250 BGB aufgestellte Fristsetzungserfordernis ausstrahlen zu lassen.⁵⁹

IV. Umgang der Praxis mit dem Fristsetzungserfordernis

Unterstellt, man gewährte dem Unternehmerkäufer einen Regressanspruch gegen den Verkäufer, dürfte es in der Praxis bis zu einer endgültigen (höchstrichterlichen) Klärung des Umfangs des Rechts zur zweiten Andienung bei folgender transaktionskostenträchtigen Lösung bleiben: Der gewährleistungspflichtige Werkunternehmer täte gut daran, sich mit dem etwa regresspflichtigen Kettenglied (z.B. dem Baustoffhändler) abzustimmen, bevor er sich im Verhältnis zum Besteller auf die Minderungslösung einlässt. Wie ausgeführt⁶⁰ drohte er, auf diese Weise eine „Abstimmungslawine“ loszutreten, die entsprechend den Regressansprüchen in der Absatzkette bis hinauf zum letztverantwortlichen Hersteller führte.

Der von mir ebenfalls vorgeschlagene die Absatzkette überspringende Direktanspruch des gewährleistungspflichtigen Werkunternehmers (oder gar Bestellers) auf Ersatz seines Schadens vermöchte den Aufwand zu vermindern. Er ermöglichte eine Konzentration der erforderlichen Abstimmung über die Art und Weise, in der Schadensersatz bzw. Nacherfüllung geleistet werden – Naturalherstellung oder Geldersatz –, auf wenige, im Idealfall sogar nur zwei Beteiligte.

G. Zusammenfassung

1. Anzustreben ist eine Internalisierung der Schadenskosten beim Hersteller. Dieses rechtspolitische Ziel lässt sich nicht nur über einen die Absatzkette überspringenden Direktanspruch, sondern auch auf dem Regressweg erreichen.

2. Die Urteile von EuGH und BGH in Sachen *Weber und Putz* weisen daher in die richtige Richtung. Der erweiterte Nacherfüllungsanspruch erlaubt es, die Regresskette in Richtung Hersteller häufiger als bisher anzustoßen.

3. Der Ansatz, die Aus- und Einbaukosten in den kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch gemäß § 439 BGB einzubeziehen, bleibt aber auf halber Strecke stehen. Sonstige reine Vermögensschäden wie Nutzungsausfallschäden sind von dieser Lösung nicht erfasst.

4. Einer Verallgemeinerung dieser Lösung hat der BGH im aktuellen Granulat-Urteil zu Recht eine Absage erteilt. Sie erweist sich als besonders unzulänglich im Fall heterogener Absatzketten, an deren Ende kein weiterer Kaufvertrag, sondern ein Werkvertrag mit seinen umfangreichen Gewährleistungspflichten zu Lasten des Werkunternehmers steht. Es drohte aus verschiedenen Gründen ein Leerlaufen des Werkunternehmerregresses. Erinert sei an die Einrede der Unverhältnismäßigkeit gemäß § 439 Abs. 3 BGB und die Fälle einer persönlichen Leistungspflicht des Werkunternehmers.

5. Vorzugswürdig gegenüber der von EuGH und BGH für den Verbrauchsgüterkauf kreierten Lösung über einen kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch ist die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs. In Betracht kommen sowohl ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den unmittelbaren Vertragspartner als auch ein die Absatzkette überspringender Direktanspruch gegen den letztverantwortlichen Hersteller bzw. weitere zwischengeschaltete Glieder der Vertragskette.

6. Dieser Schadensersatzanspruch ist allerdings um die so genannte Dispositionsfreiheit des Geschädigten zu bereinigen. Damit hätte der Geschädigte einen Anreiz, sich gegenüber dem Schadensereignis ressourcenschonend zu verhalten. So könnte er sich mit dem Schädiger darauf einigen, dass an die Stelle der kostenträchtigen tatsächlichen Herstellung ein

57 MünchKomm.-Oetker, BGB, 2012, § 250 Rdnr. 7 m.w.N.

58 Andere Autoren wie z.B. MünchKomm.-Lorenz, BGB, 2012, § 478 Rdnr. 1, betonen einen engeren Normzweck des § 478 Abs. 1 BGB, nämlich die Kompensation der strengen Haftung des Unternehmers gegenüber dem Verbraucherkäufer.

59 Vgl. schon H.P. Westermann, NJW 2002, 241, 252.

60 Oben Ziff. C IV.

– selbstverständlich geringer zu veranschlagender – bloßer Entschädigungsanspruch tritt.

7. Zu erwägen ist schließlich eine entsprechende Anwendung von § 478 Abs. 1 BGB auf sämtliche Absatzkettensachverhalte, in denen der Letztveräu-

ßerer (einschließlich des zur Eigentumsverschaffung verpflichteten Werkunternehmers) wegen eines vom Hersteller (oder von einem sonstigen vorgeschalteten Kettenglied) verschuldeten Mangels der Kaufsache Gewährleistungspflichtig wird.

Anerkannte Regeln der Technik und Gebäudeschallschutz

von Prof. Rainer Pohlenz, Aachen

Seit über dreißig Jahren wird in Deutschland in unregelmäßigen Abständen über den werkvertraglich geschuldeten Schallschutz diskutiert und vor Gerichten gestritten; belegt durch eine Vielzahl von – zum Teil höchstrichterlichen – Urteilen und ungezählte Veröffentlichungen von Technikern, Juristen und Journalisten. Immer wieder ging und geht es dabei um die Frage, ob die diesbezüglichen Ausführungen der Norm DIN 4109 die Grundlage für werkvertraglich geschuldete Leistungen bilden und/oder ob andere Regelwerke hierfür in Anspruch genommen werden können oder sogar müssen. Es sind in dieser Hinsicht für die Praxis sehr wohl brauchbare Hinweise erarbeitet worden. Leider führen aber auch von wirtschaftlich begründeten Interessen geleitete Diskussionsbeiträge immer wieder in die Irre oder geben nicht ausreichend differenziert zitierte bzw. nicht ausreichend kritisch hinterfragte Leitsätze von Gerichts-urteilen falsche Impulse [24], eine Tatsache, die auch in früheren Zeiten bereits gerügt wurde [14].

Nachfolgend¹ soll ein weiterer Versuch unternommen werden, die Schallschutznormen und -regelwerke in Bezug zu den allgemein anerkannten Regeln der Technik zu stellen. Unter diesem Aspekt sollen folgende Themenbereiche erörtert werden:

- Anforderungen an den Gebäudeschallschutz
- Nachweis des Gebäudeschallschutzes
- Beurteilung des nachgewiesenen Schallschutzes

A. Kriterium: Sachmängelfreiheit

Sowohl gemäß BGB § 633 als auch gemäß VOB/B § 13 wird ein sachmängelfreies Werk geschuldet. Das Kriterium der Sachmängelfreiheit ist selbstver-

ständlich auch auf den Schallschutz von Gebäuden anzuwenden. Seit vielen Jahren vertritt der Verfasser dieser Ausführungen die Auffassung, dass sich unter Bezug auf die Kriterien der Sachmängelfreiheit eine Regelung für die Festlegung des geschuldeten Schallschutzes eindeutig herleiten lässt [26]–[30]. Er findet sich in seiner Auffassung durch die Veröffentlichung des sogenannten „Dreistufigen Prüfungsschemas für die Festlegung des Schallschutzes“ von Locher-Weiß und der Deutschen Gesellschaft für Akustik DEGA [15] in vollem Umfang bestätigt. Auch entsprechende Darlegungen von Liebheit [23] und Wirth [34] zum Thema „Funktionaler Mangelbegriff“ zielen in die gleiche Richtung.

Sachmängelfreiheit im Sinne von BGB und VOB/B liegt vor, wenn die fünf nachfolgend genannten Kriterien umgesetzt wurden:

1. Eine vereinbarte Konstruktion oder Bauweise muss die damit bei fehlerfreier Ausführung erzielbare Schallschutzqualität erreichen.

Dies bedeutet, dass hier gegebenenfalls ein Schallschutz erfüllt werden muss, der über den Anforderungen der DIN 4109, möglicherweise auch über dem üblichen oder gar erhöhten Schallschutz liegt, weil dies die vereinbarte Konstruktion eben zu leisten vermag.

Es ist natürlich auch denkbar, dass der mit der vereinbarten Konstruktion verbundene Schallschutz hinter einer üblichen Qualität vergleichbarer Gebäude zurückbleibt oder unter der vom Nutzer

¹ Erstveröffentlichung Tagungsband Aachener Bausachverständigentage 2009, Vieweg-Teubner-Verlag; überarbeitete Fassung.