

## Fachinformation Nr. 3

### Die Kosten der Nacherfüllung bei Lieferverträgen in der Technischen Gebäudeausrüstung (TGA)



Bundesindustrieverband  
Heizungs-, Klima-, Sanitärtechnik/  
Technische Gebäudesysteme e. V.

November 2002

alle Rechte vorbehalten

Bearbeitet von Rechtsanwalt Michael Frerick

#### **A. Die Ausgangslage in der Praxis**

Auch nach der zum 01.01.2002 in Kraft getretenen Novellierung des Schuldrechts des BGB versuchen die Lieferanten (Großhändler, Hersteller) von gebäudetechnischen Produkten und Komponenten bei der Lieferung mangelhafter bzw. defekter Ware die Kosten der anschließenden Ersatzlieferung bzw. Nachbesserung auf den TGA-Anlagenbauer als Käufer der Produkte abzuwälzen. Dies geschieht beispielsweise dadurch, dass die Lieferanten sich in ihren Lieferbedingungen zwar bereit erklären, den Mangel am gelieferten Produkt zu beseitigen (Nachbesserung) bzw. ein mangelfreies Produkt zu liefern (Ersatzlieferung) und die anfallenden Versandkosten zu tragen, den Ersatz weiterer Aufwendungen des Käufers (TGA-Anlagenbauers) – insbesondere auch die Kosten des Aus- und Einbaus des Produkts – jedoch ausschließen.

Da bei der Lieferung mangelhafter bzw. defekter Produkte auf Seiten des TGA-Anlagenbauers als Käufer zum Teil beträchtliche Kosten anfallen können, z. B. für das Auffinden einer Schadensursache, ggf. unter Hinzuziehung eines Sachverständigen, für den Ausbau des bereits installierten mangelhaften Produkts und den Einbau des reparierten bzw. gelieferten mangelfreien Ersatzprodukts usw., stellt sich aus Sicht des TGA-Anlagenbauers die Frage, ob eine derartige Begrenzung und Abwälzung der Kosten einer Nachbesserung bzw. Ersatzlieferung durch den Lieferanten (Verkäufer) zulässig ist und welche Gegenmaßnahmen er erforderlichenfalls ergreifen kann bzw. muss, um seine Rechte als Käufer zu wahren.

Besondere Relevanz erlangt diese Frage seit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform infolge der Verlängerung der Verjährungsfristen für Mängelansprüche des Käufers auf fünf Jahre bei Produkten, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden sind (so genannte Bauteile), und auf zwei Jahre bei sonstigen Produkten (§ 438 Abs. 1 Nr. 2b, Nr. 3 BGB).

**B.  
Die Rechtslage**

**1. Aufwendungen  
für die Nacherfüllung,  
§ 439 Abs. 2 BGB**

Der Käufer kann gem. § 439 Abs. 1 BGB als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels am gelieferten Produkt (Nachbesserung) oder die Lieferung einer mangelfreien Sache (Ersatzlieferung) verlangen. Der Verkäufer (Lieferant) hat dabei die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen (§ 439 Abs. 2 BGB).

Zu den vom Verkäufer, also dem Lieferanten - Großhändler oder Hersteller - zu tragenden Aufwendungen gehören nicht nur die in § 439 Abs. 2 BGB lediglich beispielhaft aufgeführten Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten. Der Verkäufer hat insbesondere nicht nur die bei ihm, sondern auch die beim Käufer, also ggf. dem TGA-Anlagenbauer, im Nacherfüllungsfall entstehenden Aufwendungen zu tragen. Zu den auf Seiten des Käufers im Rahmen der Nacherfüllung anfallenden Aufwendungen können nach der Rechtsprechung z. B. die Kosten für die Demontage des bereits beim Kunden eingebauten Produkts, der Rücksendung dieses mangelhaften Produkts an den Lieferanten sowie die Montage des reparierten bzw. ersatzweise gelieferten mangelfreien Produkts gehören (vgl. BGH, NJW 1996, S. 389, 390).

In einer Entscheidung zum alten Recht (§ 476a BGB) hat der Bundesgerichtshof zudem weiter ausgeführt, dass der Lieferant als Verkäufer auch für Schäden bzw. Aufwendungen einstehen muss, die durch die Nachbesserung zwangsläufig an anderen Sachen entstehen. Zu den Mängelbeseitigungskosten würden auch die Aufwendungen für Nebenarbeiten, wie z. B. Montagearbeiten, die zur Durchführung der Nachbesserung erforderlich sind, gehören (vgl. BGH, Betriebsberater 1981, S. 935, 936). Im zu Grunde liegenden Fall hatte der Lieferant defekte Heizkörper an ein Heizungsbauunternehmen geliefert, welches diese undichten Heizkörper in einen Neubau einbaute. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs gehören zu den vom Lieferanten zu ersetzenden Mängelbeseitigungskosten auch die Aufwendungen für die Nebenarbeiten, also den Ausbau der undichten Heizkörper, die Entleerung der Heizungsanlage, der erneute Einbau der reparierten Heizkörper, die erneute Füllung der Heizungsanlage und die Neu-lackierung der Heizkörper. Die für diese Nebenarbeiten anfallenden Kosten seien im Rahmen der Mängelbeseitigung vom Lieferanten der Heizkörper zu tragen (vgl. BGH, a.a.O.).

Des Weiteren gehören zu den Aufwendungen für die Nacherfüllung (Mängelbeseitigung oder Ersatzlieferung) auch die Kosten, welche zum Auffinden einer Schadensursache notwendig sind (BGH, NJW 1991, S. 1604, 1607; Palandt-Putzo, Er-

gänzungsband, 61. Aufl., 2002, § 439 Rz. 11). Erfordert das Auffinden der Schadensursache die Einschaltung eines Sachverständigen, so sind vom Lieferanten eines mangelhaften Produkts im Rahmen der Nacherfüllung auch die Kosten dieser Sachverständigenbegutachtung zu tragen, wenn ein Mangel des gelieferten Produkts festgestellt wird (BGH, NJW – RR 1999, S. 813, 814; Palandt-Putzo, a.a.O.).

Die durch die Schuldrechtsreform neu eingeführte Regelung des § 439 Abs. 2 BGB übernimmt inhaltlich nahezu identisch die bis zum Inkrafttreten der Schuldrechtsreform geltende alte Regelung des § 476a Satz 1 BGB (vgl. Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drucksache 14/6040, S. 231). Die zur alten Regelung des § 476a Satz 1 BGB ergangene Rechtsprechung kann daher auch für § 439 Abs. 2 BGB Geltung beanspruchen.

Somit ergibt sich folgendes Fazit:

Der Lieferant mangelhafter gebäudetechnischer Produkte hat im Rahmen der Nacherfüllung (nach Wahl des Käufers Mängelbeseitigung oder Ersatzlieferung) nicht nur die in § 439 Abs. 2 BGB ausdrücklich aufgeführten Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen, sondern auch die beim TGA-Anlagenbauer ggf. anfallenden Kosten für Nebenarbeiten, die zur Durchführung der Nacherfüllung erforderlich sind. Hierzu gehören insbesondere die Kosten für die Demontage des bereits beim Kunden des TGA-Anlagenbauers eingebauten mangelhaften Produkts sowie die Kosten der erneuten Montage des reparierten oder ersatzweise gelieferten mangelfreien Produkts beim Kunden nebst Fahrtkosten. Auch die beim TGA-Anlagenbauer anfallenden Kosten für das Auffinden der Schadensursache sind vom Lieferanten zu tragen, wenn sich ein Mangel des Produkts herausgestellt hat. Dies schließt erforderlichenfalls sogar die Kosten einer Sachverständigenbegutachtung zum Zwecke des Auffindens der Schadenursache ein. Insgesamt hat der Lieferant (Verkäufer) bei der Lieferung eines mangelhaften Produkts sämtliche beim TGA-Anlagenbauer anfallenden Kosten, die zur Durchführung der Nacherfüllung erforderlich sind, zu tragen. Im Streitfall hat der TGA-Anlagenbauer als Käufer nach Übergabe der gelieferten Sache das Vorhandensein des Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (Auslieferung an den Beförderer oder Übergabe an den Käufer) erforderlichenfalls zu beweisen.

**2. Abwälzung der Nacherfüllungsaufwendungen auf den Käufer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Lieferanten**

Sodann stellt sich die Frage, ob und ggf. inwieweit Lieferanten in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Verpflichtung aus § 439 Abs. 2 BGB, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen, gegenüber dem Käufer einschränken oder gar ganz ausschließen können.

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Lieferanten ist gegenüber Verbrauchern der Ausschluss oder die Beschränkung der Verpflichtung des Lieferanten, die Aufwendungen für die Nacherfüllung zu tragen, unwirksam (§ 309 Nr. 8b, cc BGB). Selbst in Individualvereinbarungen kann bei Verbrauchsgüterkäufen diese Verpflichtung des Lieferanten gegenüber Verbrauchern gem. § 475 Abs. 1 BGB nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Aber auch im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen kann der Lieferant seine Verpflichtung aus § 439 Abs. 2 BGB zum Ersatz der Aufwendungen für die Nacherfüllung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht einschränken oder ausschließen. Eine entsprechende Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Lieferanten stellt auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr eine unangemessene Benachteiligung des Käufers im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB dar und ist daher unwirksam. Denn nach altem Recht verstieß eine solche Klausel gegen § 9 AGBG. Die durch die Schuldrechtsreform neu eingeführte Regelung des § 307 Abs. 1 und 2 BGB ist jedoch mit § 9 AGBG nahezu identisch, so dass die bisherige Rechtsprechung zur alten Regelung – jedenfalls soweit es den Ersatz der Nacherfüllungskosten betrifft – weiterhin Geltung beanspruchen kann (vgl. zum alten Recht: BGH, Betriebsberater 1981, S. 935, 936; BGH, NJW 1996, S. 389, 390; Palandt-Heinrichs, Ergänzungsband, 61. Aufl., 2002, § 309 Rz. 66).

Fazit:

Die Lieferanten (Großhändler, Hersteller) gebäudetechnischer Produkte können in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber den TGA-Anlagenbauern ihre Verpflichtung gem. § 439 Abs. 2 BGB zum Ersatz der für die Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen nicht einschränken oder ausschließen.

<p><b>3. Verweigerung der Nacherfüllung durch den Lieferanten, § 439 Abs. 3 BGB</b></p> <p>a) Begriff der „unverhältnismäßigen Kosten“</p>	<p>Gem. § 439 Abs. 1 BGB hat der Käufer das Wahlrecht zwischen der Nachbesserung des mangelhaften Produkts und der Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache. Der Lieferant (Verkäufer) kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Sind sowohl die Nachbesserung als auch die Ersatzlieferung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden, so kann der Lieferant beide Arten der Nacherfüllung verweigern (§ 439 Abs. 3 BGB). In diesem Fall kann der Käufer vom Vertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern und darüber hinaus ggf. Schadensersatz statt der Leistung geltend machen.</p> <p>Damit stellt sich die Frage, wann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung (Nachbesserung/Ersatzlieferung) den Lieferanten mit unverhältnismäßigen Kosten belastet.</p> <p>§ 439 Abs. 3 BGB lehnt sich nach der ausdrücklichen Absicht des Gesetzgebers an die bisherige werkvertragliche Vorschrift des § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB alter Fassung an (vgl. Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drucksache 14/6040, S. 232). Daher kann auch grundsätzlich auf die zu dieser Vorschrift von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden. Nach der zu dieser bisherigen Vorschrift ergangenen ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung kommt es für die Frage eines unverhältnismäßigen Aufwandes zur Mängelbeseitigung <b>ausschließlich</b> auf die Wertrelation zwischen dem Aufwand und dem Ertrag der Mängelbeseitigung an, also allein auf die Relation zwischen den Mängelbeseitigungskosten und dem durch die Mängelbeseitigung erzielbaren Erfolg. Nicht maßgeblich ist demgegenüber die Wertrelation zwischen den Mängelbeseitigungskosten und dem vereinbarten Werklohn. Das Preis/Leistungsverhältnis hat vielmehr bei der Abwägung außer Acht zu bleiben (vgl. BGHZ 59, S. 365, 367; BGH, NJW 1996, S. 3269, 3270; BGH, Baurecht 1997, S. 638, 639; Baurecht 1995, S. 540, 541).).</p> <p>Demnach kommt es also auch für die Frage der Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Nacherfüllung im Rahmen des neu eingeführten § 439 Abs. 3 BGB ausschließlich auf das Verhältnis zwischen den Kosten der Nacherfüllung und dem durch die Nachbesserung bzw. Ersatzlieferung erzielbaren Erfolg an. Die Wertrelation zwischen den Nacherfüllungskosten und dem Kaufpreis für das mangelhafte Produkt sind demgegenüber auch im Rahmen des § 439 Abs. 3 BGB irrelevant (vgl. Gruber in: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, S. 187, 195 ff.; Huber/Faust, Schuldrechtsreform 2002, S. 329).</p>
--	---

<p><u>Beispiel:</u></p>	<p>Ein bedeutender Gesichtspunkt zur Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten ist der Grad der Funktionsbeeinträchtigung der gelieferten Sache. Ist die Funktionsfähigkeit des Produkts nicht nur unerheblich beeinträchtigt, so kann der Lieferant grundsätzlich die Nachbesserung bzw. Ersatzlieferung nicht wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigern (vgl. zu § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB a.F.: BGH, Baurecht 1996, S. 858, 859; Mandelkow, Baurecht 1996, S. 656, 657; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 9. Aufl., Rz. 1576, Palandt-Sprau, BGB, 60. Aufl 2001 § 633 Rz. 7). Nur wenn die Funktions- oder Gebrauchsfähigkeit des gelieferten Produkts nicht oder nur ganz unerheblich beeinträchtigt wird, kann eine Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten in Betracht kommen (vgl. Münchner Kommentar – Soergel, Schuldrecht BT III, 1997, § 633 Rz. 136; Mandelkoff, a.a.O.).</p> <p>Die Rechtslage bezüglich der Verweigerung der Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten stellt sich daher wie folgt dar:</p> <p>Wird infolge eines Mangels des gelieferten Produkts dessen Funktionsfähigkeit beeinträchtigt, so kann der Lieferant die Nachbesserung bzw. Ersatzlieferung nicht wegen damit vermeintlich verbundener unverhältnismäßiger Kosten verweigern. Das Wertverhältnis zwischen den Kosten einer Nacherfüllung einschließlich sämtlicher Nebenkosten und dem Kaufpreis für das gelieferte Produkt ist in diesem Zusammenhang völlig unerheblich.</p> <p>Ein Lieferant liefert dem TGA-Anlagenbauer eine Heizungspumpe zum Preis von 150,- Euro, die sich nach der Montage und Inbetriebnahme beim Kunden des TGA-Anlagenbauers innerhalb der Verjährungsfrist für Mängelansprüche als defekt herausstellt. Die beim TGA-Anlagenbauer anfallenden Kosten für den Ausbau der defekten und Einbau einer mangelfreien Heizungspumpe, jeweils einschließlich An- und Abfahrtskosten, sowie Versand- und Transportkosten betragen 350,- Euro. Da durch den Defekt der Heizungspumpe deren Funktionsfähigkeit und in der Folge darüber hinaus die Funktions- und Gebrauchsfähigkeit der gesamten Heizungsanlage beeinträchtigt wird, kann sich der Lieferant vorliegend nicht auf die Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 3 BGB berufen.</p>
-------------------------	--

<p>b) Klauseln über die Unverhältnismäßigkeit von Nacherfüllungskosten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Lieferanten</p>	<p>Mitunter wird von Lieferanten der Versuch unternommen, in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen ihre Verpflichtung zum Ersatz der Nacherfüllungskosten gem. § 439 Abs. 2 BGB dadurch zu begrenzen, dass die dem Käufer zu erstattenden Nacherfüllungskosten lediglich bis zu einem bestimmten Prozentsatz des Kaufpreises für das gelieferte Produkt, z. B. 130 %, ersetzt werden. Da solche Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den Ersatz der Nacherfüllungskosten seitens des Lieferanten einschränken, durchweg auch solche mangelhaften Produkte betreffen, deren Funktionsfähigkeit beeinträchtigt ist mit der Folge, dass sich der Lieferant – wie dargelegt – nicht auf eine Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten gem. § 439 Abs. 3 BGB berufen kann, verstoßen solche Klauseln gegen § 307 Abs. 1 BGB, da sie eine unangemessene Benachteiligung des Käufers darstellen. Entsprechende Klauseln sind daher auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr unwirksam.</p>
<p>c) Nacherfüllung durch den Lieferanten und dessen Verweigerung weiteren Aufwendersatzes</p>	<p>Schließlich ist in der Praxis zu beobachten, dass Lieferanten (Großhändler, Hersteller) – jedenfalls im unternehmerischen Geschäftsverkehr – in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen das an sich gem. § 439 Abs. 1 BGB dem Käufer im Rahmen der Nacherfüllung zustehende Wahlrecht zwischen der Nachbesserung der mangelhaften Sache und der Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache abbedingen und dieses Wahlrecht zwischen beiden Formen der Nacherfüllung sich selbst – dem Lieferanten – einräumen (vgl. VDMA-Lieferbedingungen für Maschinen, Stand: März 2002, Ziff. VI.1.; ZVEI-Lieferbedingungen für Erzeugnisse und Leistungen in der Elektroindustrie, Stand: Januar 2002, Ziff. VIII.1.).</p> <p>Wird von einem TGA-Anlagenbauer gegenüber dem Lieferanten die Lieferung eines mangelhaften Produkts reklamiert, so wird der Lieferant unter Berufung auf das in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ihm eingeräumte Wahlrecht über die Art der Nacherfüllung häufig zwar zu einer kostenlosen Ersatzlieferung eines mangelfreien Produkts und ggf. noch zur Übernahme der diesbezüglich anfallenden Versandkosten bereit sein, den Ersatz weiterer im Rahmen der Nacherfüllung anfallender Aufwendungen jedoch ablehnen.</p> <p>Unabhängig von der Frage, ob im unternehmerischen Geschäftsverkehr das gem. § 439 Abs. 1 BGB dem Käufer eingeräumte Wahlrecht zwischen beiden Arten der Nacherfüllung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen des Lieferanten überhaupt auf diesen verlagert werden kann, ist die Weigerung des Lieferanten, trotz der von ihm z.B. gewählten Ersatzlieferung als Nacherfüllungsvariante die weiteren im Rahmen der Ersatzlieferung beim Käufer anfallenden Aufwendungen</p>

zu tragen, mit seiner gesetzlichen Verpflichtung gem. § 439 Abs. 2 BGB nicht zu vereinbaren und findet daher im Gesetz keine Stütze. Entscheidet sich der Lieferant auf der Grundlage eines in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ihm eingeräumten Wahlrechts zwischen beiden Arten der Nacherfüllung beispielsweise für eine Ersatzlieferung, so ist er – wie bereits dargelegt – gem. § 439 Abs. 2 BGB verpflichtet, die im Rahmen dieser Ersatzlieferung anfallenden Aufwendungen inkl. sämtlicher – auch beim Käufer anfallenden – Nebenkosten zu tragen. Hat der Lieferant dieses Wahlrecht ausgeübt, d.h. sich für eine der beiden Varianten der Nacherfüllung, in der Regel die Ersatzlieferung, entschieden, so kann er nicht mehr den Ersatz der weiteren, im Rahmen dieser Nacherfüllung anfallenden Kosten, insbesondere der beim Käufer anfallenden Aus- und Einbaukosten unter Hinweis auf eine angeblich unverhältnismäßige Kostenbelastung gem. § 439 Abs. 3 BGB verweigern.

Denn bei dem gesetzlichen Wahlrecht des Käufers zwischen beiden Arten der Nacherfüllung, also Nachbesserung der mangelhaften Sache und Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache, handelt es sich um ein Gestaltungsrecht, welches bedingungsfeindlich und nach seiner Erklärung gegenüber dem Lieferanten unwiderruflich ist (vgl. Palandt-Putzo, Ergänzungsband, 61. Aufl., 2002, § 439 Rz. 7). Wenn dies für das gesetzliche Wahlrecht des Käufers gem. § 439 Abs. 1 BGB gilt, so ist kein Grund ersichtlich, das vertraglich auf den Lieferanten verlagerte Wahlrecht anders zu behandeln. Der Lieferant kann sich daher also nicht beispielsweise zur Ersatzlieferung bereit erklären, aber den Ersatz der im Rahmen der Ersatzlieferung anfallenden Kosten einschließlich Aus- und Einbau verweigern. Ein solches Verhalten liefe auf eine partielle Ersatzlieferung, also eine bedingte Ausübung des Wahlrechts hinaus, welche das Gesetz nicht kennt. Eine partielle, teilweise Verweigerung der selbst gewählten Art der Nacherfüllung sieht das Gesetz nämlich nicht vor. Hält der Lieferant eine oder ggf. auch beide Formen der Nacherfüllung für eine unverhältnismäßige Kostenbelastung im Sinne des § 439 Abs. 3 BGB, so kann er – falls diese Voraussetzungen auch tatsächlich vorliegen – ggf. beide Varianten der Nacherfüllung verweigern, insofern also sein Leistungsverweigerungsrecht im Ganzen ausüben und eine Nachbesserung sowie Ersatzlieferung ablehnen. Akzeptiert er eine Form der Nacherfüllung, beispielsweise eine Ersatzlieferung gegenüber dem Käufer und übt ein ihm vertraglich eingeräumtes Wahlrecht entsprechend aus, so ist er hieran gebunden und hat die sich dann aus dieser Entscheidung ergebenden weiteren Folgen – Ersatz sämtlicher erforderlicher Nachbesserungskosten – zu tragen. Dies ergibt sich daraus, dass es sich bei der Verweigerung der Nacherfüllung in einer oder ggf. auch beiden Varian-



**C.  
Empfehlung für  
TGA-Anlagenbauer**

ten wegen unverhältnismäßiger Kosten um die Geltendmachung einer Einrede und die Ausübung eines Gestaltungsrechts handelt, welches – bezogen auf die jeweilige Art der Nacherfüllung – nur im Ganzen ausgeübt werden kann. Auch bei der Verweigerung der Nacherfüllung handelt es sich nämlich um ein bedingungsfeindliches und nach der Erklärung gegenüber dem Käufer unwiderrufliches Gestaltungsrecht (vgl. Palandt-Putzo, a.a.O., § 439 Rz. 16).

Mit anderen Worten: Ein „Ja-Aber“ in dem Sinne, dass der Lieferant zwar eine kostenlose Ersatzlieferung, aber ohne Ersatz der weiteren Nacherfüllungskosten wählt, ist nicht möglich. Er muss sich vielmehr im Ganzen an seiner Wahl, etwa der Ersatzlieferung, festhalten lassen und dann auch sämtliche Nacherfüllungsaufwendungen tragen.

Abschließend ist den TGA-Anlagenbauern dringend zu empfehlen, beim Einkauf und der Bestellung ihrer Produkte und Materialien gegenüber ihren Lieferanten, Großhändlern und Produktherstellern die vom BHKS herausgegebenen und empfohlenen, aktualisierten Einkaufsbedingungen (Stand: 19.06.2002) zu Grunde zu legen, also bei den Einkäufen und Bestellungen gegenüber dem Lieferanten etc. ausdrücklich auf die BHKS-Einkaufsbedingungen zu verweisen und diese sicherheitshalber der Bestellung sodann auch beizufügen. Auf diese Weise kann zwar nicht unbedingt sichergestellt werden, dass die eigenen BHKS-Einkaufsbedingungen auch Bestandteil des Vertrages mit dem Lieferanten (Großhändler, Hersteller) werden; es wird in diesem Fall jedoch verhindert, dass etwaige Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Lieferanten, soweit sie den vom TGA-Anlagenbauer beigefügten BHKS-Einkaufsbedingungen widersprechen, Bestandteil des Liefervertrages werden.

Haben TGA-Anlagenbauer und Lieferant im Rahmen einer ständigen Geschäftsbeziehung eine Rahmenvereinbarung getroffen, wonach für sämtliche Lieferungen seitens des Lieferanten dessen Lieferbedingungen gelten sollen, so scheidet eine Einbeziehung der BHKS-Einkaufsbedingungen in den Liefervertrag durch den TGA-Anlagenbauer ohne vorherige Kündigung der Rahmenvereinbarung aus. Im Falle einer solchen Rahmenvereinbarung gelten dann die Lieferbedingungen des Lieferanten, allerdings nur insoweit, als diese Lieferbedingungen wirksam in den Liefervertrag einbezogen und nicht wegen Verstoßes gegen die Regelungen der §§ 305 ff. BGB unwirksam sind. Da Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Lieferanten, durch welche dessen Verpflichtung

	<p>zum Ersatz der zur Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen eingeschränkt oder ausgeschlossen wird – wie dargelegt – unwirksam sind, ist den TGA-Anlagenbauern in einem solchen Fall zu empfehlen, gegenüber ihren Lieferanten auf deren gesetzlicher Verpflichtung gem. § 439 Abs. 2 BGB zum Ersatz sämtlicher erforderlicher Nacherfüllungskosten zu beharren und diese Verpflichtung – sofern im Einzelfall opportun – erforderlichenfalls auch durchzusetzen.</p>
--	---