

# **Gewährleistung und Garantie**

## **Bericht**

3. Februar 2016

**Projektgruppe der Verbraucherschutzministerkonferenz  
und Justizministerkonferenz**

## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Einführung</b>	<b>3</b>
<b>II. Zusammenfassung</b>	<b>4</b>
<b>III. Neubeginn der Verjährung nach Nacherfüllung</b>	<b>7</b>
1. Problem	7
2. Anhörung	8
3. Handlungsbedarf	10
4. Lösungsansätze	14
5. Regelungsvorschlag	20
<b>IV. Gefahrtragung während der Nacherfüllung</b>	<b>20</b>
1. Problembeschreibung	20
2. Anhörung	21
3. Handlungsbedarf aus Sicht der Projektgruppe	23
4. Lösungsansätze	27
5. Vorschlag zur Gesetzgebung	29
<b>V. Gewährleistung und Garantie</b>	<b>30</b>
1. Einführung / Problemdarstellung	30
2. Zusammenfassung der Ergebnisse der Anhörung	38
3. Verbraucher-/Rechtspolitischer Handlungsbedarf / Schlussfolgerungen	39
4. Lösungsvorschläge	42
<b>VI. Nutzungsausfall bei Nacherfüllung</b>	<b>46</b>
1. Problem	46
2. Anhörung	47
3. Handlungsbedarf	51
4. Ergebnis	59
<b>VII. Gesetzgebungsvorschlag</b>	<b>62</b>
<b>Anhang I</b>	<b>64</b>
<b>Anhang II</b>	<b>66</b>

## I. Einführung

Die Verbraucherschutzministerkonferenz (VSMK) und die Justizministerkonferenz (JuMiKo) haben sich im Jahr 2013 mit verbraucherpolitischen Ansätzen zur Fortentwicklung des Gewährleistungsrechts beim Verbrauchsgüterkauf befasst. Auf Grundlage der Beschlüsse der beiden Ministerkonferenzen wurde eine Projektgruppe eingerichtet, die folgende Aspekte des Gewährleistungsrechts beim Verbrauchsgüterkauf untersucht hat:

- Neubeginn der Verjährung nach Nacherfüllung
- Gefahrtragung während der Nachbesserung
- Gewährleistung und Garantie
- Nutzungsausfall bei der Nacherfüllung.

Die Projektgruppe hat ihre Arbeit im Frühjahr 2014 aufgenommen. Dem vorliegenden Bericht sind vier Arbeitssitzungen, mehrere Telefonkonferenzen und eine breit angelegte schriftliche und mündliche Anhörung von Verbänden und Interessenvereinigungen, der gerichtlichen Praxis und ausgewählter Rechtswissenschaftler vorausgegangen (Liste der Beteiligten im Anhang I). Der Anhörung lag ein Arbeitspapier der Projektgruppe zugrunde, das zu den untersuchten Problemfeldern eine vertiefte Darstellung der bestehenden Rechtslage, Lösungsansätze und einen Fragenkatalog enthielt (Fragenkatalog siehe Anhang II).

Kurz vor Abschluss der Arbeiten der Projektgruppe legte die Europäische Kommission am 9. Dezember 2015 einen Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren (COM [2015] 635) vor. Der Richtlinienvorschlag kann für im Fernabsatz geschlossene Verbrauchsgüterkaufverträge Auswirkungen auf das Bürgerliche Gesetzbuch haben und die Gestaltungsspielräume des deutschen Gesetzgebers aufgrund des Vollharmonisierungsansatzes einschränken. Die von der Projektgruppe entwickelten Empfehlungen für Änderungen im deutschen Recht bleiben davon grundsätzlich unberührt, für das Segment der Fernabsatzverträge sind sie als Verhandlungsziele bei der Beratung und Verabschiedung der von der Kommission vorgeschlagenen EU-Richtlinie zu verstehen, insbesondere wenn es zu einer Vollharmonisierung kommt.

In der Projektgruppe waren die Länder Baden-Württemberg, Brandenburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen Schleswig-Holstein, Thüringen und Bayern vertreten. Rheinland-Pfalz hatte sich 2014 beteiligt, die weiteren Arbeiten jedoch nicht mehr aktiv begleitet. Der Bund nahm als Gast an den Sitzungen der Projektgruppe teil. Den Vorsitz hatte Bayern (Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz).

## II. Zusammenfassung

Die Projektgruppe sieht grundsätzlich Handlungsbedarf zum Neubeginn der Verjährung nach Nacherfüllung, zur Gefahrtragung während der Nachbesserung und zur Vermeidung von rechtlichen Nachteilen bei Inanspruchnahme einer Garantie in Bezug auf die gesetzlichen Gewährleistungsrechte. Der Nutzungsausfall während der Nacherfüllung ist dagegen in der Mehrheit der Fälle vom Verbraucher entschädigungslos hinzunehmen, wenngleich die rechtliche Situation bei Gütern, auf die der Verbraucher besonders angewiesen ist und deren Nutzung er längere Zeit entbehren muss, aus Verbraucherschutzsicht unbefriedigend ist.

Wenn der Verbraucher im Rahmen der Gewährleistung (Nacherfüllung) für die defekte Kaufsache eine neue erhält oder die Ware repariert wird und danach wieder ein Defekt auftritt, ist nach geltendem Recht nicht eindeutig geregelt, ob und in welchem Umfang die Verjährung nach der Abhilfemaßnahme neu zu laufen beginnt und wie lange der Verbraucher wegen des neuen Defekts Ansprüche gegen den Verkäufer geltend machen kann. Diese Unsicherheit ist vor allem für den Verbraucher von Nachteil, der die berechtigte Erwartung hat, dass der Verkäufer für den Erfolg seiner Abhilfemaßnahme während eines angemessenen Zeitraums einzustehen hat.

Die Projektgruppe schlägt daher aus Gründen eines effektiven Gewährleistungsschutzes, der Rechtssicherheit und der Streitvermeidung eine gesetzliche Regelung vor, nach der die Verjährung bei Ersatzlieferung vollumfänglich und im Falle der Nachbesserung für diejenigen Mängel, die Gegenstand der Nachbesserung waren bzw. in ihrem Rahmen beseitigt werden sollten, neu beginnt. Die im geltenden Recht verankerten Instrumente des Verjährungsneubeginns bei Anerkenntnis nach § 212 BGB und der Verjährungshemmung bei Verhandlungen über den Anspruch nach § 203 BGB sind mit Unsicherheiten behaftet, die vor allem zu Lasten des Käufers gehen, und werden daher als nicht ausreichend angesehen.

Um eine endlose Kettengewährleistung auszuschließen, sollte die Gewährleistungsfrist auf höchstens das Doppelte der geltenden Gewährleistungsfrist verlängert werden. Damit würden unter Zugrundelegung der geltenden Verjährungsfristen die Gewährleistungsansprüche spätestens nach vier Jahren ab Ablieferung der Sache beim Käufer endgültig verjähren. Die Beweiserleichterung des § 476 BGB sollte ausdrücklich auf die Ersatzlieferung erstreckt werden, während für die Nachbesserung in § 476 BGB eine Vermutung aufgenommen werden sollte, dass ein innerhalb von sechs Monaten nach Rückgabe der nachgebesserten Kaufsache auftretender Mangel der ursprüngliche, zur Nachbesserung führende Mangel war (Identitätsvermutung).

Eine weitere Lücke im Gewährleistungsrecht besteht dann, wenn die Kaufsache wegen eines Mangels dem Verkäufer übergeben oder übersandt wird und sie beim Transport oder während der Reparatur zufällig, d.h. ohne Verschulden des Verkäufers, beschädigt wird.

Die Gefahr von Beschädigungen der Kaufsache während der Nachbesserung sollte nach Auffassung der Projektgruppe grundsätzlich der Verkäufer tragen. Ausnahmen hiervon sollten beispielsweise dann gelten, wenn der Käufer, etwa bei der Auswahl der Transportperson oder der Verpackung der Kaufsache für den Rückversand, nicht die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten beobachtet hat. Die bestehenden gesetzlichen Regelungen, insbesondere § 437 BGB und § 280 BGB schützen den Käufer nicht ausreichend vor Schäden, für die die Mangelhaftigkeit der Kaufsache eine Ursache gesetzt hat und deren Folgen gerechter Weise vom Verkäufer zu tragen sind. Der Regelungsvorschlag der Projektgruppe sieht vor, dass die Verantwortung des Verkäufers mit dem Empfang der Kaufsache bzw. im Falle einer Versendung mit der Übergabe an die Transportperson beginnt und mit der Rückgabe an den Käufer endet. Wird die Sache während dieses Zeitraums beschädigt, soll der Käufer die Rechte aus § 437 BGB geltend machen können. Der erweiterte Anspruch aus § 437 BGB soll in zwei Jahren nach Rückgabe verjähren, um eine wesentliche Schlechterstellung gegenüber der dreijährigen Verjährung eines etwaigen Schadensersatzanspruchs nach § 280 BGB zu vermeiden.

Wendet sich der Käufer wegen eines Mangels an den Verkäufer, geschieht es nicht selten, dass der Verkäufer ihn an den Hersteller verweist, wenn dieser eine Garantie für das Produkt gegeben hat. Die Inanspruchnahme der Garantie kann einerseits für den Käufer vorteilhaft sein, wenn sie weiter als die gesetzlichen Gewährleistungsrechte reicht. Sie kann aber auch die Situation des Käufers verschlechtern, wenn die Abhilfe im Rahmen der Garantie nicht zum gewünschten Erfolg führt und der Käufer nun wegen der fortdauernden Mangelhaftigkeit seine Rechte gegenüber dem Verkäufer durchsetzen will.

Die Projektgruppe hält es in diesem Zusammenhang für notwendig, den Käufer vor Nachteilen beim Beweis des Mangels und hinsichtlich der Verjährung besser zu schützen, wenn er sich auf Veranlassung des Verkäufers bei einem Mangel an den Garantiegeber wendet und dessen Abhilfe nicht den gewünschten Erfolg hat. Gegen eine umfassende Zurechnung der Maßnahmen und Erklärungen des Garantiegebers hat die Mehrheit der Mitglieder der Projektgruppe wegen der Trennung der Rechtsbeziehungen allerdings rechtsdogmatische Bedenken. Stattdessen wird vorgeschlagen, § 476 BGB um eine Vermutung zu erweitern, dass ein innerhalb von sechs Monaten nach der Abhilfe durch den Garantiegeber auftretender Mangel sich bereits bei Übergabe an den Garantiegeber gezeigt hat. Dem Verkäufer, den der Käufer nach dem gescheiterten Abhilfeversuch durch den Garantiegeber in Anspruch nehmen will, wird damit der Einwand erschwert, dass der sich nach der Reparatur zeigende Mangel mit dem ursprünglichen nichts zu tun habe. Die Vermutung ist widerlegbar und gilt nicht, wenn der Verkäufer den Käufer nicht an den Garantiegeber verwiesen hat. Der Käufer muss außerdem zuvor den Mangel gegenüber dem Verkäufer gerügt haben.

Zudem soll die von der Projektgruppe vorgeschlagene Regelung zum Neubeginn der Verjährung bei Nacherfüllung auch entsprechend für Abhilfemaßnahmen des Garantiegebers gelten, es sei denn, der Verkäufer hat den Käufer nicht an den Garantiegeber verwiesen.

Schließlich untersuchte die Projektgruppe die Frage, ob und wie die Situation des Käufers verbessert werden kann, wenn er die Kaufsache aufgrund eines Defekts bis zu einer Ersatzlieferung oder zur Reparatur längere Zeit nicht nutzen kann und für diesen Nutzungsausfall keine Entschädigung erhält.

Die Projektgruppe geht davon aus, dass von erheblichen Nutzungsausfallbedingten Nachteilen berechtigterweise immer dann gesprochen werden kann, wenn es sich bei dem Kaufgegenstand um eine Sache handelt, deren ständige Verfügbarkeit oder deren Verfügbarkeit zu einem bestimmten Zeitraum für den Käufer von zentraler Bedeutung ist. In dem bestehenden System der Gewährleistungsrechte muss der Käufer solche Nachteile dann kompensationslos hinnehmen, wenn er den Nutzungsausfall nicht durch die Wahl einer schnellen Ersatzlieferung umgehen kann oder will und die Nachbesserung trotz zügiger Vornahme durch den Verkäufer erhebliche Zeit erfordert. Diese rechtliche Situation ist aus Verbraucherschutzsicht bei Gütern, auf die der Verbraucher besonders angewiesen ist und deren Nutzung er längere Zeit entbehren muss, unbefriedigend. Eine Verpflichtung zur Bereitstellung einer Ersatzsache, wie sie im Beschlussvorschlag zu TOP 47 der 9. VSMK erwogen wurde, wird von der Projektgruppe allerdings als nicht praxisgerecht angesehen, vor allem wegen des mit einer entsprechenden Bevorratung des Verkäufers verbundenen (Kosten)Aufwandes und da es kaum möglich ist, in eindeutiger Weise diejenigen Kaufsachen abzugrenzen, bei denen eine derartige Verpflichtung geboten erschiene. Denkbar wäre zwar, in § 440 BGB den erheblichen Nutzungsausfall ausdrücklich als eine dem Käufer unzumutbare Nacherfüllung zu definieren, jedoch beseitigt das sich daraus ergebende Rücktrittsrecht oftmals nicht die dem Käufer entstehenden Nachteile. Vor dem Hintergrund der EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie könnte erwogen werden, dem Käufer bei erheblichen Nachteilen infolge des Nutzungsausfalls einen Minderungs- oder Entschädigungsanspruch zu gewähren, jedoch scheint dies nach mehrheitlicher Ansicht der Projektgruppe nicht zwingend geboten und wäre in der Rechtsumsetzung mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Die Projektgruppe empfiehlt daher zum Nutzungsausfall während der Nacherfüllung mehrheitlich keine gesetzgeberischen Maßnahmen.

## Die Vorschläge der Projektgruppe im Überblick

1. Regelung zum Neubeginn der Verjährung bei Nacherfüllung in § 439 BGB
2. umfassender Neubeginn der Verjährung bei Ersatzlieferung, Beschränkung des Neubeginns auf den zu behebenden Mangel bei Nachbesserung
3. Geltung des Neubeginns der Verjährung auch bei Abhilfemaßnahmen eines Garantiegebers, es sei denn, der Käufer wurde nicht vom Verkäufer an diesen verwiesen
4. Erstreckung der anfänglichen Beweislastumkehr nach § 476 BGB auf die Ersatzlieferung
5. Ergänzung von § 476 BGB um Vermutung, dass ein Mangel, der sich innerhalb von sechs Monaten nach einer Reparatur zeigt, mit dem ursprünglichen Mangel identisch ist und die Nachbesserung damit fehlgeschlagen ist
6. Begrenzung der durch Neubeginn verlängerten Gewährleistung auf maximal vier Jahre
7. Ansprüche aus § 437 BGB bei Beschädigung der Kaufsache zwischen Übergabe / Versand zum Zwecke der Nachbesserung und Rückgabe an den Käufer (verschuldensunabhängig)
8. gesetzliche Vermutung der Mangelidentität, wenn Käufer auf Veranlassung des Verkäufers einen Garantiegeber in Anspruch nimmt und sich innerhalb von sechs Monaten nach dessen Abhilfemaßnahme ein Mangel zeigt

### III. Neubeginn der Verjährung nach Nacherfüllung

#### 1. Problem

Das Recht des Käufers, wegen eines Mangels der Kaufsache vom Verkäufer Nacherfüllung zu verlangen, unterliegt der Verjährung. Die Verjährungsfrist beträgt bei Sachmängeln grundsätzlich zwei Jahre, im Falle von Bauwerken fünf Jahre (§ 438 Abs. 1 Nr. 2, 3 BGB) und beginnt mit der Ablieferung, bei Grundstücken mit der Übergabe der Kaufsache (§ 438 Abs. 2 BGB). Nicht gesetzlich geregelt ist, welche Auswirkungen sich auf die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs ergeben, wenn der Verkäufer Nacherfüllungsleistungen erbringt und erneut ein Mangel auftritt.

Die praktische Bedeutung dieser Frage zeigt sich vor allem dann, wenn ein Mangel der Kaufsache erst kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist entdeckt wird. Liefert der Verkäufer in einem solchen Fall eine Ersatzsache (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB), ohne dass sich die Gewährleistungsfrist verlängern würde, würde dies für den Verkäufer den Anreiz verringern, nunmehr eine einwandfreie Leistung zu erbringen. Aber auch bei Nacherfüllungsleistungen mit dem Ziel der Nachbesserung (Mängelbeseitigung, § 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB) besteht ein Interesse des Käufers, zumindest im Hinblick auf

den Gegenstand und eventuelle Folgen der Nachbesserung einen angemessenen weiteren Gewährleistungszeitraum zur Verfügung zu haben. Blicke eine misslungene Mängelbeseitigung oder die Verursachung weiterer Mängel durch den Verkäufer wegen Verjährung folgenlos, würde auch dies einen wirksamen Gewährleistungsschutz des Käufers in Frage stellen.

Die Verbraucherschutzministerkonferenz hat sich 2013 (TOP 47, Nr. 2 b) für eine gesetzliche Regelung zum Neubeginn der Verjährung innerhalb eines festzulegenden zeitlichen Rahmens ausgesprochen.

## **2. Anhörung**

Die von der Projektgruppe durchgeführte Anhörung ergab ein unterschiedliches Meinungsbild.

### **a) Wirtschaft**

Die Wirtschaftsverbände sehen überwiegend keinen Regelungsbedarf und lehnen einen Neubeginn der Verjährung bei Nacherfüllung sowie etwaige Beweiserleichterungen in Erweiterung von § 476 BGB ab. Neben der Sorge um eine ausufernde Kettengewährleistung wurde in der Anhörung vor allem eingewandt, dass bei einer gesetzlichen Regelung eines Neubeginns der Verjährung die Bereitschaft der Händler zur Abhilfe aus Kulanz gefährdet würde. Im Falle einer gesetzlichen Regelung eines Verjährungsneubeginns müsse dieser bei der Nachbesserung auf den Mangel beschränkt sein, der der Nachbesserung zugrunde lag. Hinsichtlich einer absoluten Grenze der Verjährung zur Vermeidung einer unendlichen Kettengewährleistung wurden unterschiedliche Vorstellungen geäußert, die von einer maximalen Verlängerung um die Hälfte der Verjährungsfrist bis zum Doppelten der Gewährleistungsfrist reichen.

### **b) Verbraucherverbände**

Von Seiten der Verbraucherverbände wurde eine Regelung des Neubeginns der Verjährung befürwortet. Auch sind die Verbraucherverbände der Auffassung, dass dem Käufer entsprechend § 476 BGB Beweiserleichterungen eingeräumt werden sollen. Kein einheitliches Meinungsbild besteht dagegen in der Frage, ob sich der Neubeginn der Verjährung bei Nachbesserung auf den dieser zugrunde liegenden Mangel beschränken solle. Auch wird die Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung der Gewährleistung unterschiedlich beurteilt.

### **c) Kammern**

Die Bundesrechtsanwaltskammer lehnt eine Regelung zum Neubeginn der Verjährung ab. Neben den Auswirkungen auf die Preise wird die Gefahr von Wertungswidersprüchen gesehen. Die Bundesnotarkammer ließ die Frage nach dem Handlungsbedarf offen, machte aber deutlich, dass sowohl die weitgehende Parallelität von Kauf- und Werkvertragsvertrag beibehalten als auch die Einheitlichkeit des Kaufrechts beachtet werden solle. Im Falle der Nachbesserung solle der Neube-

ginn der Verjährung entsprechend § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 3 VOB/B auf den ihr zugrunde liegenden Mangel beschränkt sein. Statt einer Höchstfrist wird eine gegenüber der geltenden Verjährungsfrist verkürzte Frist von sechs Monaten bei beweglichen Sachen und von 15 Monaten bei unbeweglichen Sachen vorgeschlagen.

#### **d) Gerichtliche Praxis**

Die überwiegende Zahl der Gerichte, die sich an der Anhörung beteiligt haben, spricht sich für eine Regelung zum Neubeginn der Verjährung aus. Vereinzelt wird jedoch der Neubeginn der Verjährung nach § 212 Abs. 1 BGB im Falle eines Anerkenntnisses für ausreichend gehalten. Weitgehend Einigkeit besteht auch darin, im Falle der Nachbesserung den Verjährungsneubeginn auf Mängel zu beschränken, die Gegenstand der Nachbesserung waren. Eine Begrenzung der maximalen Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf das Doppelte wird für sachgerecht gehalten. Eine Regelung zur Beweiserleichterung entsprechend § 476 BGB wird von der Mehrheit der Gerichte befürwortet. Für die Nachbesserung wird insoweit mehrheitlich eine gesetzliche Vermutung, wonach es sich um einen innerhalb einer bestimmten Frist auftretenden Mangel um den ursprünglichen Mangel handelt, als sinnvolle Lösung angesehen.

#### **e) Rechtswissenschaft**

Von der Rechtswissenschaft wird das Bedürfnis nach einer Regelung zum Neubeginn der Verjährung unterschiedlich beurteilt. Der Auffassung, dass eine derartige Regelung u.a. aus Gründen der Rechtssicherheit sinnvoll und notwendig sei, steht die Ansicht gegenüber, dass die bestehenden Regelungen zur Verjährungshemmung bei Verhandlungen über den Anspruch (§ 203 BGB) und zum Neubeginn bei Anerkenntnis (§ 212 BGB) ausreichend und die Auswirkungen auf die Bereitschaft zur Abhilfe aus Kulanz zu berücksichtigen seien. Soweit ein Neubeginn der Verjährung befürwortet wird, solle dieser im Falle der Nachbesserung lediglich bei solchen Mängeln ausgeschlossen sein, die bereits bei Gefahrübergang vorhanden und nicht Gegenstand der Nachbesserung waren. Strittig ist weiter, ob die unter dem Begriff der „integritätsverletzenden Nacherfüllung“ diskutierten Schäden an der Kaufsache, die Folge einer unsachgemäß ausgeführten Reparatur sind, Ansprüche nach § 437 BGB oder dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht auslösen.

Zur Begrenzung der maximalen Verlängerung der Verjährung wird unter Hinweis auf § 479 Abs. 2 BGB eine Frist von fünf Jahren vorgeschlagen. Überwiegend wird jedoch eine Begrenzung abgelehnt, etwaige übermäßige Vorteile des Käufers könnten nach den Grundsätzen „neu für alt“ ausgeglichen werden. Zur Beweislastumkehr wird einerseits angeführt, dass sich § 476 BGB bereits de lege lata entsprechend auf die Ersatzlieferung und die Nachbesserung, soweit es um den der Nachbesserung zugrunde liegenden Mangel geht, anwenden lasse. Andererseits wird für den Fall der Nachbesserung vorgeschlagen, die Vermutungswirkung bei einer „zweiten Anwendung von § 476 BGB“ darauf zu beschränken, dass ein binnen sechs Monaten nach Rückgabe auftretender Mangel im Zeitpunkt der Rückgabe vorgelegen hat.

### 3. Handlungsbedarf

Die Projektgruppe hat sich mit den in der Anhörung vorgetragenen Erwägungen auseinandergesetzt und hält im Ergebnis eine gesetzliche Regelung zum Neubeginn der Verjährung bei Nacherfüllung für geboten.

Nach Auffassung der Projektgruppe folgt ein gesetzlicher Regelungsbedarf aus der praktischen Bedeutung der Fragestellung und aus dem Bedürfnis beider Vertragsparteien nach Rechts- und Kalkulationssicherheit in allen Stadien der Vertragsabwicklung.

Selbst wenn ein Neubeginn der Verjährung bei Ersatzlieferung aus § 438 BGB de lege lata weithin bejaht wird, ist jedenfalls die Rechtslage bei der Nachbesserung strittig und unklar. Die Verjährungshemmung von lediglich drei Monaten bei Verhandlungen über die Nacherfüllung nach § 203 BGB wird in jedem Fall von der Projektgruppe als zu kurz empfunden. Aber auch der Verjährungsneubeginn nach § 212 BGB bei Anerkenntnis ist nach Auffassung der Projektgruppe nicht ausreichend, da gerade in den Kulanzfällen nicht ohne weiteres auf den Willen des Verkäufers geschlossen werden kann, mit der Abhilfemaßnahme den Anspruch auf Nacherfüllung nach § 437 BGB anzuerkennen. Ob eine gesetzliche Regelung tatsächlich, wie vor allem von Seiten der Wirtschaft vorgetragen, Auswirkungen auf die Bereitschaft des Handels zur Abhilfe aus Kulanz haben wird, bleibt abzuwarten. Jedenfalls darf die Erklärung des Händlers, „aus Kulanz“ zu handeln, nicht dazu führen, dass er bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache für die erfolglose Nacherfüllung nicht im gebotenen Umfang einstehen muss.

Die maßgeblichen Überlegungen der Projektgruppe und ihre Grundlagen werden nachfolgend näher ausgeführt.

#### **a) Meinungsstand zum Verjährungsneubeginn aus §§ 437, 438 BGB**

Eine gesetzliche Regelung zu den verjährungsrechtlichen Folgen von Nacherfüllungsleistungen fehlt bisher. Im Gesetzgebungsverfahren der Richtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 (Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie) hatte der europäische Gesetzgeber eine Regelung dieser Frage erwogen, hiervon jedoch abgesehen. Immerhin ließ die Richtlinie ausweislich ihres Erwägungsgrunds 18 nationale Vorschriften über eine Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung im Fall der kaufrechtlichen Nacherfüllung ausdrücklich zu. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Anregung im Rahmen der Schuldrechtsreform 2002 allerdings nicht aufgegriffen.

Die Problematik wird in Rechtsprechung und Literatur seit Jahren kontrovers diskutiert (zum Meinungsstand vgl. Wiedemann ZRP 2013, 2 ff.). Eine höchstrichterliche Entscheidung liegt bislang ersichtlich nicht vor. Im Ausgangspunkt wird allgemein zwischen den beiden Varianten der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 1 BGB unterschieden:

### **aa) Ersatzlieferung (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB)**

Eine Ersatzlieferung (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB) soll nach herrschender Ansicht einen Neubeginn der Frist des § 438 Abs. 1 BGB nach sich ziehen. Die Begründungen divergieren.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat in einem obiter dictum (Urteil vom 5. Oktober 2005, Az. VIII ZR 16/05, NJW 2006 S. 47, Tz. 18) die Neigung erkennen lassen, bei der Lieferung einer Ersatzsache regelmäßig einen Neubeginn der Verjährungsfrist anzunehmen, und zwar unabhängig davon, ob das Verhalten des Verkäufers im Einzelfall als Anerkenntnis im Sinn des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu werten ist.

In der Literatur wird dieses Postulat von manchen damit begründet, die Lieferung einer Ersatzsache stelle eine erneute „Ablieferung“ im Sinne des § 438 Abs. 2 BGB dar. Dem wird entgegen gehalten, Wortlaut und Regelungsziel des zugrunde liegenden Art. 5 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie böten für eine solche Auslegung keinen Anhaltspunkt; auch der diesbezügliche Umsetzungswille des deutschen Gesetzgebers (vgl. Begründung des Fraktionsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 14/6040, S. 229) lasse sich für ein solches Verständnis nicht vereinnahmen.

### **bb) Nachbesserung (§ 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB)**

Ob eine effektive Verlängerung der Fristen nach § 438 Abs. 1 BGB auch im Falle einer Nachbesserung (§ 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB) in Betracht kommt, wird unterschiedlich beurteilt.

Nimmt der Verkäufer auf Verlangen des Käufers an der mangelhaften Sache Arbeiten vor, um einen vertragsgemäßen Zustand herzustellen, wird eine solche Nachbesserung nach beiläufig geäußelter Einschätzung des Bundesgerichtshofs „..., sofern sie überhaupt einen Neubeginn der Verjährung zu bewirken vermag, regelmäßig nur insoweit Einfluss auf die Verjährung nach § 438 BGB haben, als es sich um denselben Mangel oder um die Folgen einer mangelhaften Nachbesserung handelt“ (Urteil vom 5. Oktober 2005, Az. VIII ZR 16/05, NJW 2006 S. 47, Rz. 18). Demgegenüber wird in der Instanzrechtsprechung die Auffassung vertreten, allein die Vornahme von Nachbesserungsarbeiten an der verkauften Sache reiche für sich genommen nicht aus, um einen Neubeginn der Verjährung zu bewirken (OLG Celle, Urteil vom 20. Juni 2006, Az. 16 U 287/05, NJW 2006, 2643 [2644]). Ein solcher trete vielmehr nur dann ein, wenn das Verhalten des Verkäufers unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als Anerkenntnis im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu bewerten sei. Davon sei bei Kulanzmaßnahmen gerade nicht auszugehen. Die Entscheidung verweist ergänzend auf die Regelung des § 13 Nr. 5 VOB/B, die „zweifelloso verbraucherfreundlicher“ wäre. Der Reformgesetzgeber von 2002 habe sich jedoch bewusst gegen eine solche Regelung im Kaufrecht entschieden, da man eine im Einzelfall unabsehbare Verlängerung der Gewährleistungshaftung des Verkäufers befürchtet habe.

In der Literatur wird zu den Voraussetzungen eines Verjährungsneubeginns einerseits vertreten, auch bei Nachbesserungen (Reparaturen) führe bereits die Rückgabe der reparierten Sache an den Käufer zum Neubeginn der Frist des § 438 Abs. 1 BGB. Andere verlangen auch hier stets ein Anerkenntnis des Verkäufers im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB, wobei nicht der Hinweis fehlt, für die Bewertung einer Nacherfüllungsleistung des Verkäufers könne es keinen Unterschied machen, ob der Verkäufer die Nacherfüllungsleistung kommentarlos oder vorgeblich nur aus Kulanz und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erbringe.

#### **b) Anerkenntnis nach § 212 BGB, Verjährungshemmung nach § 203 BGB und Kulanz**

Zum Teil wird vertreten, dass sich die Frage eines etwaigen Neubeginns der Verjährung bei Nacherfüllung bereits nach geltendem Recht durch Rückgriff auf § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB lösen lasse. Diese Regelung sieht den Neubeginn der Verjährungsfrist für den Fall vor, dass der Schuldner seine Verbindlichkeit anerkennt.

Ein derartiges Anerkenntnis sei bei einer Ersatzlieferung regelmäßig anzunehmen. Hiergegen wird jedoch angeführt, dass ein Anerkenntnis im Sinne dieser Vorschrift nach ständiger Rechtsprechung dann nicht vorliege, wenn der Schuldner sein Bewusstsein, zu dem anerkennenden Verhalten nicht rechtlich verpflichtet zu sein, klar zum Ausdruck bringe (vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 23. August 2012, Az. VII ZR 155/10, Rz. 12). Hierunter fielen die praktisch häufigen Kulanzfälle, in denen der Verkäufer ausdrücklich darauf hinweise, dass er die Nacherfüllung „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ oder „aus Kulanz“ durchführe. Dem Verkäufer dürfe aber nicht die Möglichkeit gegeben werden, durch eine derartige Erklärung einen Neubeginn der Verjährung zu vereiteln. Andere Stimmen behelfen sich mit der Fiktion eines Anerkenntnisses, wenn der Verkäufer der Sache nach Nacherfüllungsmaßnahmen vornehme; eine gleichzeitige „Kulanz“-Erklärung des Verkäufers sei als widersprüchliches Verhalten unbeachtlich. Kritik an dieser Auffassung wird jedoch insoweit geäußert, als ein Handeln aus Kulanz nicht per se als widersprüchliches Verhalten zu werten sei, sondern vielmehr auch der Kundenbindung dienen könne. Außerdem bringe eine Fiktion des Anerkenntnisses die Gefahr mit sich, dass die Bereitschaft der Verkäufer zur Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache „aus Kulanz“ rapide abnehme („de facto-Ausschluss“ von Kulanz), was letztlich dem Käufer zum Nachteil gereiche.

Zum Teil wird jedoch auch vertreten, dass es in Nachbesserungsfällen eines Neubeginns der Verjährung nicht bedürfe, da es, wenn der Käufer einen Mangel anzeige und Nachbesserung begehre, regelmäßig zu „Verhandlungen“ zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger im Sinne des § 203 Satz 1 BGB komme, die eine Hemmung der Verjährung zur Folge hätten. Denn da es nach der Rechtsprechung des BGH für das Vorliegen von Verhandlungen genüge, wenn sich der Schuldner

mit der Mangelercheinung überhaupt befasse, und nach § 203 Satz 2 BGB die Verjährung frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung eintrete, sei der Gläubiger auch ohne Neubeginn der Verjährung hinreichend geschützt. Dem wird entgegengehalten, dass ein bloßer Verweis auf die Hemmung für den Gläubiger keine Rechtssicherheit bringe, da das Eintreten einer Verjährungshemmung sowie deren Ende von verschiedenen, für den Gläubiger häufig nicht sicher einschätzbaren Variablen abhängen. Darüber hinaus dürfe der Käufer im Nacherfüllungsstadium nicht schlechter gestellt werden als im Erfüllungsstadium, was aber der Fall wäre, wenn dem Käufer hinsichtlich im Nacherfüllungsstadium erstmalig auftretender Mängel keine volle zweijährige Verjährungsfrist zustünde; die dreimonatige Frist nach Ende einer etwaigen Hemmung sei zu kurz. Außerdem solle auch im Interesse des Verkäufers die Nachbesserung nicht unattraktiver sein als die Nachlieferung; eine Ungleichbehandlung der beiden Nacherfüllungsvarianten sei nicht gerechtfertigt.

### **c) Abwägung**

Nach Auffassung der Projektgruppe folgt ein gesetzlicher Regelungsbedarf aus der praktischen Bedeutung der Fragestellung und aus dem Bedürfnis beider Vertragsparteien nach Rechts- und Kalkulationssicherheit in allen Stadien der Vertragsabwicklung.

Die Vorschriften zur Verjährung von Gewährleistungsansprüchen dienen der Risikoverteilung zwischen den Parteien. Die zeitliche Risikoabschichtung, die die §§ 437 f. BGB (bei Verbraucherverträgen ergänzt durch §§ 475 f. BGB) für die Kaufvertragsparteien bringen, ist für die wirtschaftliche Bewertung des konkreten Geschäfts auf beiden Seiten wichtig: Will einerseits der Käufer wissen, wie lange er sich wegen Mängeln an der Sache an seinen Vertragspartner halten kann, so steht für die Vertragskalkulation des Verkäufers die Frage im Mittelpunkt, für welchen Zeitraum er auf Reklamationen gefasst sein muss und entsprechende Ressourcen vorzuhalten hat. Die Verjährungsvorschriften des Gewährleistungsrechts enthalten insoweit Risikozuweisungen von großer wirtschaftlicher Bedeutung.

Aus Sicht der Projektgruppe ist die Problematik *de lege lata* weder durch die Vorschrift über einen Neubeginn der Verjährung bei Anerkennung noch durch diejenige über eine Hemmung der Verjährung während Verhandlungen zwischen Schuldner und Gläubiger befriedigend gelöst. Denn der Neubeginn der Verjährung darf nicht von der Entscheidung und Erklärung des Verkäufers, ob er die Nacherfüllungshandlung aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung oder aus Kulanz vornimmt, abhängen; die Fiktion eines Anerkenntnisses überzeugt jedenfalls in Fällen, in denen der Verkäufer ausdrücklich aus Kulanz handelt, nicht. Eine Rückgriff auf § 203 BGB genügt nicht, da für den Käufer im Hinblick auf Beginn und Ende der Hemmung keine hinreichende Rechtssicherheit be-

steht und die Dreimonatsfrist nach dem Ende von Verhandlungen gerade in Bezug auf durch die Nacherfüllungsmaßnahme neu auftretende Mängel zu kurz erscheint.

Gegen eine gesetzliche Neuregelung eines Neubeginns der Verjährung nach Nacherfüllungsmaßnahmen wird zwar zum Teil angeführt, eine solche führe zu einer Gefährdung bzw. einem de-facto-Ausschluss von Kulanzhandlungen des Verkäufers. Es sei wirtschaftlich unvernünftig und mit der Privatautonomie schwer zu vereinbaren, dem Verkäufer zu versagen, ohne für ihn nachteilige Rechtsfolgen aus Kulanz zu handeln. Auch nach Ansicht der Projektgruppe sollten Kulanzleistungen, die typischerweise weiteren Streit über die Gewährleistungspflichtigkeit eines vom Käufer gerügten Mangels vermeiden soll, nicht unnötig erschwert werden. Dies bedeutet aber nicht, dass deswegen bei Berücksichtigung der berechtigten Interessen von Käufer und Verkäufer eine gesetzliche Regelung zum Verjährungsbeginn nach Mangelbeseitigungsmaßnahmen unterbleiben müsste oder sollte. Denn im Falle der Nachlieferung „aus Kulanz“ ist dem Verbraucher aufgrund des Austausches des Vertragsgegenstands eine neue „Bewährungszeit“ des neuen Vertragsgegenstands von zwei Jahren zuzugestehen, da ansonsten mit der Nachlieferung eine unangemessene Schlechterstellung des Verbrauchers im Hinblick auf etwaige Mängel, welche die ursprünglich gelieferte Sache nicht aufgewiesen hatte, verbunden wäre. Bei einer Nachbesserung aus Kulanz ist zu berücksichtigen, dass der Verkäufer auch für die Qualität einer „Kulanzleistung“, durch die er Zugriff auf das Eigentum des Käufers genommen hat, einzustehen hat. Durch eine Beschränkung des Neubeginns der Verjährung auf den konkreten nachbesserungsgegenständlichen Mangel kann eine ungerechtfertigte Verschlechterung der Rechtsposition des Verkäufers aufgrund von Kulanzhandlungen vermieden werden. Damit sollte ein Handeln "aus Kulanz", das nach den Aussagen der angehörten Vertreter der betroffenen Wirtschaftskreise auch der Verbesserung der Kundenbeziehung dient, auch für den Verkäufer eine attraktive Option bleiben.

Auch sind zur Risikoverteilung zwischen Käufer, Verkäufer und ggf. dessen Lieferanten zahlreiche Fragen zu klären, was im Wege richterlicher Rechtsfortbildung allein kaum möglich erscheint. Dies betrifft vor allem den Umfang des Verjährungsbeginns bei Nachbesserung, eine zeitliche Begrenzung der durch Verjährungsneubeginn verlängerten Gewährleistungsfrist und etwaige Beweiserleichterungen zugunsten des Käufers entsprechend § 476 BGB. Im Interesse der Rechtssicherheit und Streitvermeidung sollte der Gesetzgeber diese Fragen klar beantworten.

#### **4. Lösungsansätze**

Die Projektgruppe hat sich mit verschiedenen Aspekten befasst, die bei einem gesetzlich angeordneten Neubeginn der Verjährung klärungs- und regelungsbedürftig sind.

### **a) Erheblichkeitsschwelle für einen Neubeginn der Verjährung**

Die Projektgruppe ist der Auffassung, dass ein Neubeginn der Verjährung unabhängig davon eintreten soll, ob der der Nacherfüllung zugrunde liegende Mangel als erheblich anzusehen ist, da der Nacherfüllungsanspruch selbst keinerlei diesbezüglichen Einschränkungen unterliegt.

### **b) Einbeziehung von Ersatzlieferung und Nachbesserung**

Dass die Ersatzlieferung einen Neubeginn der Verjährungsfrist auslösen soll, entspricht herrschender Ansicht. Diese Rechtsfolge sollte aus Gründen der Praktikabilität und Systemgerechtigkeit auch auf die Variante der Nachbesserung erstreckt werden. Denn auch die Nachbesserung soll einer angemessenen Bewährungszeit unterliegen. Dafür spricht außerdem, dass eine Verlängerung der Gewährleistungshaftung auch im Falle der Nachbesserung zu einer wirksamen Durchsetzung des Mangelbeseitigungsanspruchs beitragen kann. Zudem bestünde bei einer unterschiedlichen Behandlung der Nacherfüllungsvarianten die Gefahr, dass Käufer stets auf Ersatzlieferung bestehen oder – sofern dessen Voraussetzungen vorliegen – sogleich einen Sekundärrechtsbehelf (§ 437 Nr. 2, 3, § 440 BGB) wählen würden. Das widerspräche der vom Gesetzgeber angestrebten Gleichwertigkeit der Nacherfüllungsvarianten und wäre auch ökonomisch nicht sinnvoll.

### **c) Umfang des Neubeginns der Verjährung**

Die Ersatzlieferung löst nach herrschender Ansicht einen umfassenden Neubeginn der Verjährungsfrist aus, da der Käufer eine neue Sache erhält, hinsichtlich derer er einen Anspruch auf vollständige Mangelfreiheit wie bei der erstmaligen Lieferung besitzt.

Hinsichtlich der Nachbesserung ist das Meinungsbild uneinheitlich. Mehrheitlich wird die Auffassung vertreten, dass sich der Neubeginn der Frist auf die konkret nachgebesserten Mängel bzw. auf durch Nachbesserung neu entstandene Mängel beschränkt, während im Übrigen die alte Frist weiterläuft.

Ein vollumfänglicher Neubeginn der Verjährung würde die Schwierigkeit vermeiden, die Identität zwischen der nach dem Reparaturversuch auftretenden Störung und dem ursprünglichen Mangel feststellen oder ggf. widerlegen zu müssen. Diese Schwierigkeit besteht vor allem bei technischen Produkten, bei denen gerade für den Käufer die Symptome und Ursachen der Störungen kaum eindeutig bestimmt werden können. Auch ist zu bedenken, dass bei mehreren Nachbesserungsversuchen auf Grund jeweils unterschiedlicher Mängel in der Konsequenz für eine Kaufsache mehrere Gewährleistungsfristen laufen. Das Gegenargument, dass das Bauwerksvertragsrecht in § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 3 VOB/B eine ebensolche Differenzierung vornimmt, vermag angesichts der zum Teil langwierigen Auseinandersetzungen über die Gewährleistung bei Bauwerken nur bedingt zu überzeugen.

Gleichwohl schließt sich die Projektgruppe im Ergebnis der Auffassung an, dass der Neubeginn der Verjährung bei Nachbesserung nicht unbeschränkt eintreten solle, um eine ungerechtfertigte Besserstellung des Käufers zu vermeiden. So erschiene es als eine lediglich dem Zufall geschuldete Begünstigung des Käufers, wenn er kurz vor Ablauf der zweijährigen Gewährleistungsfrist wegen eines kleineren Mangels eine Reparatur durchführen ließe und in deren Folge nun wegen anderer, bislang nicht zutage getretener gravierender Mängel von einer um zwei Jahre verlängerten Gewährleistung profitieren würde. Auch würde damit möglicherweise die Bereitschaft der Händler zur Nachbesserung erheblich gemindert.

Diese ungerechtfertigte Besserstellung des Käufers lässt sich vermeiden, indem man den Verjährungsneubeginn auf diejenigen Mängel beschränkt, die Gegenstand der Nachbesserung waren. Denkbar wäre alternativ, die Verjährung für alle Mängel neu in Gang zu setzen, sie jedoch entsprechend dem Gedanken des § 475 Abs. 2 BGB auf die Hälfte zu reduzieren und damit die Folgen für den Verkäufer abzumildern. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass mit zunehmendem Zeitablauf der Nachweis der Mangelhaftigkeit für den Käufer erschwert wird. Diese Lösung hätte zwar den Vorteil, dass sich die Schwierigkeiten bei der Zuordnung von Mangelsymptomen zu dem bereits aufgetretenen Mangel oder einem bislang unentdeckten Mangel vermeiden ließen, jedoch wird keine hinreichende Rechtfertigung für eine erweiterte Einstandspflicht und Verlängerung der Verjährung für Mängel gesehen, die nicht Gegenstand der Nachbesserung waren.

Aus Sicht der Projektgruppe beschränkt sich die Regelung des Verjährungsneubeginns auf Mängel, die bei der Nachbesserung nicht behoben wurden (fehlgeschlagene Nachbesserung), erfasst jedoch nicht die bei einer Nachbesserung hinzutretenden Schäden oder Mängel (integritätsverletzende Nachbesserung).

Die Projektgruppe geht dabei davon aus, dass de lege lata dem Käufer lediglich im Falle einer fehlgeschlagenen Nachbesserung Ansprüche nach § 437 BGB (weiterhin) zustehen (siehe hierzu näher Kapitel IV, Gefahrtragung). Die integritätsverletzende Nachbesserung dagegen unterfällt dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht. Da damit die Ansprüche des Käufers der Regelverjährung nach §§ 195, 199 BGB unterliegen, d.h. in drei Jahren ab Kenntnis, längstens nach zehn Jahren ab Anspruchsentstehung verjähren, besteht für diese Konstellation keinerlei Rechtsunsicherheit und kein Bedürfnis für eine zusätzliche Regelung.

#### **d) Zeitpunkt des Neubeginns der Verjährung**

Der Neubeginn der Verjährung knüpft sinnvoller Weise an die Ablieferung der Sache (vgl. § 438 Abs. 2 BGB) d.h. regelmäßig an den Moment an, in dem der Käufer den Besitz an der neuen oder reparierten Sache erhält.

#### **e) Zeitliche Begrenzung der Gewährleistungshaftung**

Weitere Nacherfüllungsleistungen des Verkäufers binnen offener Frist können zu mehrfachem Neubeginn der Verjährung führen. Das verlangt eine absolute zeitliche Begrenzung, da dem Verkäufer andernfalls eine zeitlich unbeschränkte Gewährleistungshaftung („Kettengewährleistung“) drohen würde. Zwar ist der Nachweis eines Mangels erschwert, je länger die erstmalige Übergabe der Sache zurückliegt, jedoch käme dies bei der Ersatzlieferung nicht zum Tragen und wäre auch im Übrigen mit dem Bedürfnis nach Rechtsfrieden und einer zeitlichen Begrenzung vertragsrechtlicher Verantwortung nicht zu vereinbaren. Nach Auffassung der Projektgruppe, die insoweit von den mehrheitlich in der Anhörung vertretenen Positionen gestützt wird, sollte diese Grenze beim Doppelten der Regelfrist – gemessen ab dem Zeitpunkt des § 438 Abs. 2 BGB – gezogen werden. Damit stünde der Verkäuferseite ein verlässlicher Kalkulationsrahmen zur Verfügung. Diese Höchstfrist würde sich nur auf den Neubeginn infolge Nacherfüllung beziehen; die Wirkung anderer verjährungsrelevanter Ereignisse (z.B. rechtsverfolgende Maßnahmen) bliebe hiervon unberührt.

#### **f) Regelung zum Neubeginn der Verjährung für bewegliche Sachen**

Die Projektgruppe spricht sich für einen Neubeginn der Verjährung beim Kauf beweglicher Sachen – bei denen es sich regelmäßig um standardisierte Massenartikel handelt – gemäß den vorstehenden Überlegungen aus. Bei Immobilienkäufen, die außerhalb des auf Verbrauchsgüterkäufe beschränkten Untersuchungsrahmens der Projektgruppe liegen, dürfte dagegen eine andere Interessenlage herrschen. Die Nacherfüllungsvariante der Ersatzlieferung besitzt hier kaum praktische Relevanz und scheidet daher als Maßstab aus. Ob der Schutz des Käufers ungeachtet der deutlich längeren Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB (5 Jahre) auch hier einen Neubeginn der Verjährung verlangt, bedürfte noch näherer Prüfung, zumal eine solche Maßnahme sich unmittelbar auf die Preisgestaltung bei Immobilien auswirken könnte.

#### **g) Beweiserleichterung nach § 476 BGB**

Mit einer Ersatzlieferung bringt der Verkäufer einen neuen Vertragsgegenstand in die Vertragsbeziehung ein. Beim Verbrauchsgüterkauf ist es daher folgerichtig, hieran auch eine erneute Vermutungswirkung nach § 476 BGB zu knüpfen. Aus der derzeitigen Fassung des § 476 BGB („Gefahrübergang“) lässt sich diese Rechtsfolge allerdings nicht unmittelbar ableiten, so dass eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf die Ersatzlieferung aus Gründen der Rechtsicherheit sinnvoll ist.

Während bei der Ersatzlieferung mit einer entsprechenden Anwendung von § 476 BGB das gewünschte Ergebnis erreicht wird, bedarf es für den Fall der Nachbesserung einer differenzierten Regelung, da die Kaufsache mit möglicherweise bereits zuvor vorhandenen Mängeln oder vom Käufer verursachten Abnutzungen übergeben wird, die keine zusätzlichen Rechte oder Rechtsfolgen auslösen sollten. Dies bedeutet, dass eine unmittelbare Verlängerung der anfänglichen Beweislastumkehr nach § 476 BGB nicht in Frage kommt.

In jedem Fall sollte dem Käufer jedoch der Nachweis erleichtert sein, dass zwischen einer innerhalb einer bestimmten Frist nach Reparatur auftretenden Störung und dem der Reparatur zugrunde liegenden Mangel ein Zusammenhang besteht. Auch wenn die Rechtsprechung offenbar geringe Anforderungen an den Nachweis einer Fehleridentität bzw. des Fehlschlagens der Nachbesserung stellt, sollte dies durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung unterstützt werden.

Hierzu bestehen unterschiedliche Möglichkeiten. Denkbar wären etwa

- eine Identitätsvermutung, wonach es sich bei erneutem Auftreten eines Mangels binnen bestimmter Frist um den ursprünglichen Mangel handelt, dessen Nachbesserung folglich fehlgeschlagen ist oder
- eine Kausalitätsvermutung dahingehend, dass ein nach der Nachbesserung neu auftretender Mangel durch eine unsachgemäße Nachbesserung verursacht worden ist. Soweit Begleiterschäden der Nacherfüllung nicht dem Gewährleistungsregime unterfallen (vgl. oben c), bezöge sich diese Vermutung auf Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts.

Die erwähnten Vermutungen wären ähnlich § 476 BGB unter den Vorbehalt der Vereinbarkeit mit der Art der Sache oder des Mangels zu stellen. Auch hier käme eine Frist von 6 Monaten in Betracht, die mit dem Abschluss der Reparatur bzw. der Rückgabe an den Käufer beginnen würde. Mit einer solchen Vermutung könnte die Rechtsdurchsetzung des Käufers auf der Basis einer Verjährungsverlängerung zusätzlich unterstützt werden. Sie käme vor allem dann zum Tragen, wenn der Neubeginn der Verjährung auf Mängeln beschränkt wird, die Anlass für die Nachbesserung waren.

Nach mehrheitlicher Auffassung in der Projektgruppe sollte eine Vermutungsregel geschaffen werden, die die Mangelidentität umfasst. Treten nach einer Reparatur erneut Störungen auf, spricht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Störung nicht auf dem Gebrauch der Sache durch den Käufer beruht, sondern auf dem ursprünglichen Mangel, der nicht wirksam beseitigt wurde. Die Situation ist insofern vergleichbar mit der erstmaligen Lieferung der Kaufsache.

Auch wenn die Kaufsache während der Nachbesserung der Obhut des Käufers entzogen ist und der Verkäufer auf diese einwirkt, wird dagegen eine Vermutung, dass neue Beschädigungen durch

die Nachbesserung verursacht worden waren, mehrheitlich als nicht gerechtfertigt angesehen. Bei derartigen Beschädigungen (z.B. Kratzer) kann oftmals nicht ausgeschlossen werden, dass sie vom Käufer, ggf. auch bereits vor der Übergabe zur Nachbesserung, verursacht worden waren. Die mehrheitlichen Vorbehalte in der Projektgruppe wurden auch gegenüber einer Lösung aufrechterhalten, bei der die Kausalitätsvermutung eine unverzügliche Rüge durch den Käufer nach Rückgabe der Kaufsache voraussetzte und die einen Missbrauch zumindest hinsichtlich späterer Gebrauchsschäden verhinderte.

In der Projektgruppe wurde weiter die Überlegung diskutiert, die Vermutung des Fehlschlagens der Nachbesserung auch für Reparaturen durch den Garantiegeber zu regeln. Die Interessenlage aus Sicht des Käufers ist vergleichbar, da auch im Garantieverhältnis streitig und für weitere Ansprüche rechtlich relevant sein kann, ob eine nach dem Reparaturversuch auftretende Störung ihre Ursache in dem ursprünglichen Mangel hat. Aufgrund der weitgehenden Zurückhaltung des Gesetzgebers, das auf Freiwilligkeit beruhende Institut der Garantie gesetzlichen Anforderungen zu unterwerfen, sieht die Projektgruppe jedoch davon ab, diesen Ansatz zu vertiefen.

#### **h) Auswirkungen auf den Unternehmerregress, § 479 BGB**

Zur Wahrung der Gewährleistungsansprüche des Letztverkäufers gegenüber seinem Lieferanten sieht § 479 Abs. 2 BGB für deren Verjährung eine Ablaufhemmung vor, die erst dann (nach weiteren 2 Monaten, spätestens nach 5 Jahren) endet, wenn der Letztverkäufer die Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers „erfüllt“ hat. Die Projektgruppe geht davon aus, dass der Verkäufer in diesem Sinne erst dann erfüllt hat, wenn auch eine durch Nacherfüllung neubegonnene Gewährleistungsfrist abgelaufen ist. Damit deckt das geltende Recht einen Neubeginn der Verjährung bereits ab und bedarf nicht zwingend einer Anpassung oder Klarstellung.

#### **i) Inhalte einer gesetzlichen Regelung (Zusammenführung der Überlegungen)**

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Überlegungen schlägt die Projektgruppe folgende Regelungsinhalte vor:

- vollumfänglicher Neubeginn der Verjährung bei Ersatzlieferung einschließlich entsprechende Anwendung von § 476 BGB
- auf den zu beseitigenden Mangel beschränkter Neubeginn der Verjährung bei Nachbesserung einschließlich einer Vermutung, dass eine nachträglich auftretende Störung auf einer erfolglosen Nachbesserung beruht
- Höchstfrist doppelte Gewährleistungsfrist.

## 5. Regelungsvorschlag

### § 438 Abs. 2 BGB n.F.:

„(2) Die Verjährung beginnt bei Grundstücken mit der Übergabe, im Übrigen mit der Ablieferung der Sache. *Die Verjährung beginnt bei beweglichen Sachen unbeschadet des § 212 erneut, wenn der Verkäufer gemäß § 439 Absatz 1 eine Ersatzsache geliefert hat. Hat der Verkäufer gemäß § 439 Absatz 1 eine Maßnahme der Mangelbeseitigung vorgenommen, gilt Satz 2 hinsichtlich derjenigen Mängel, die Gegenstand der Nachbesserung waren oder zu deren Beseitigung der Käufer den Verkäufer aufgefordert hat. Aufgrund eines Neubeginns nach Satz 2 oder Satz 3 verjähren Mängelansprüche spätestens in vier Jahren nach Ablieferung der Sache.*“

### § 476 Satz 2 und 3 BGB n.F.:

*„Liefert der Verkäufer gemäß § 439 Absatz 1 eine Ersatzsache, gilt Satz 1 entsprechend mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Gefahrübergangs die Übergabe der Ersatzsache tritt. Nimmt der Verkäufer gemäß § 439 Absatz 1 eine Maßnahme der Mangelbeseitigung vor und zeigt sich innerhalb von sechs Monaten nach Rückgabe der Sache an den Käufer ein Mangel, so wird vermutet, dass der Mangel nicht beseitigt worden ist, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.“*

## IV. Gefahrtragung während der Nacherfüllung

### 1. Problembeschreibung

Es kommt immer wieder vor, dass ein Käufer eine mangelhafte Kaufsache nach einem Reparaturversuch des Verkäufers mit zusätzlichen Beschädigungen zurück erhält. Typischer Fall sind Transportschäden, die sich auf dem Weg der Ware zum Verkäufer oder vom Verkäufer zurück an den Verbraucher ereignen. Aber auch Naturereignisse wie Blitzschlag und Hagel, nicht näher aufklärbare Beschädigungen durch Dritte oder unsachgemäße Reparaturmaßnahmen kommen als Schadensursachen in Betracht. Derartige Fälle spielen in der Beratungspraxis der Verbraucherverbände eine zunehmende Rolle, auch wenn sie häufig im Kulanzwege gelöst werden. Eine Quantifizierung der Fälle ist im Rahmen des vorliegenden Projekts allerdings nicht möglich.

Für die Phase der Nachbesserung besteht – anders als bei der Ersatzlieferung – keine ausdrückliche gesetzliche Gefahrtragungsregel. Daher treffen die Folgen der zufälligen Beschädigung rechtlich betrachtet den Käufer. Schadensersatzansprüche kann er nur im Falle einer vom Verkäufer verschuldeten Beschädigung geltend machen. Hierbei besteht für den Käufer die Schwierigkeit, eine Pflichtverletzung bzw. ein Verschulden auf Verkäuferseite nachzuweisen bzw. der Entlastung durch den Verkäufer entgegen zu treten. Dies gilt auch, wenn man als Erfüllungsort der Nacherfüllung

lung stets den Ort ansieht, an dem sich die Kaufsache befindet (Belegenheitsort, siehe hierzu Mü/Ko, § 439 BGB, Rn. 7 und 14), und damit der Verkäufer rechtlich zum Transport der Ware einschließlich ihrer sicheren Aufbewahrung verantwortlich wäre. Denn auch insoweit besteht für etwaige Ansprüche des Käufers ein Verschuldenserfordernis.

Die Verbraucherschutzministerkonferenz sah daher die Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen (VSMK 2013, TOP 47, Ziff. 2 c).

## **2. Anhörung**

Die Anhörung von Wirtschaftsverbänden und Verbraucherschutzorganisationen, der gerichtlichen Praxis sowie Vertretern der Rechtswissenschaft ergab zu dem dargestellten Problem ein uneinheitliches Meinungsbild:

### **a) Wirtschaft**

Nach Ansicht der Wirtschaftsverbände ist die bestehende Rechtslage ausreichend, um die Interessen der Vertragsparteien gerecht abzubilden. Fragen der Gefahrtragung während der Nacherfüllung ließen sich mittels der Grundsätze der Sphärentheorie ausreichend beantworten. Ferner bestünde keine praktische Notwendigkeit, die bestehenden Regelungen zu ändern. Relevante Fälle seien weder in der Praxis noch in der Rechtsprechung bekannt.

Ein verschuldensunabhängiger Anspruch des Käufers gegenüber dem Verkäufer sei zudem dem Kaufrecht fremd. Bei einer zufälligen Beschädigung verwirkliche sich nur das allgemeine Lebensrisiko des Käufers. Da sich überdies in vielen Fällen im Rahmen der Überprüfung durch den Unternehmer herausstelle, dass gar kein Mangel am Produkt vorgelegen habe, würde die Gefahrtragung durch den Verkäufer unabhängig vom Bestehen eines Mangels nicht sachgerecht sein und Möglichkeiten des Missbrauchs eröffnen. Wenn überhaupt, solle ein solcher Anspruch auf Gefahren beschränkt werden, auf die der Unternehmer Einfluss nehmen könne. Aus diesem Grunde sprechen sich die Wirtschaftsverbände dafür aus, den Verkäufer zumindest nicht mit dem Transportrisiko zu belasten.

Die Wirtschaftsverbände weisen zudem auf die wirtschaftlichen Folgen einer Änderung im System hin. Die Mehrbelastung durch die mit einer Änderung notwendig werdenden Versicherungskosten würde auf die Preise umgelegt. Ferner würde sich eine generelle Gefahrentragung auf die Kulanzbereitschaft auswirken.

### **b) Verbraucherorganisationen**

Die befragten Verbraucherorganisationen hielten es übereinstimmend für nicht hinnehmbar, dass der Käufer für zufällige Schäden zu haften habe, die im Rahmen von Nachbesserungsversuchen des Verkäufers entstünden. Die Gefahr solle bei Übergabe der Kaufsache auf den Transporteur bzw. den Verkäufer übergehen.

### **c) Kammern**

Die Bundesnotarkammer und die Bundesrechtsanwaltskammer sind der Ansicht, dass die von der Arbeitsgruppe anvisierte Risikoverteilung bereits jetzt der geltenden Rechtslage entspreche (§ 439 Abs. 2 BGB). Eine gesetzliche Regelung wäre mithin (nur) klarstellender Natur.

### **d) Gerichtliche Praxis**

Die gerichtliche Praxis beurteilt die Problemanalyse uneinheitlich. Zum Teil wird ein Handlungsbedarf gesehen. Der Käufer solle nicht die Gefahr des zufälligen Untergangs tragen. Andererseits wird aber auch eingewandt, dass bereits nach dem geltenden Recht hinreichende Ansprüche des Käufers bestünden bzw. dass kein Regelungsbedarf bestünde, da der Käufer Ansprüche gegen den Transportunternehmer habe. Auch seitens der gerichtlichen Praxis wird darauf hingewiesen, dass sich bislang keine praktische Relevanz der Problematik gezeigt habe.

Davon abgesehen solle der Verkäufer nicht für zufällige Beschädigungen haften, wenn der Schaden auch bei mangelfreier Leistung eingetreten wäre. Wenn die Sache verloren ginge, würde der Käufer zudem Probleme haben zu beweisen, dass sie mangelhaft gewesen sei. Bei einer mangelfreien Sache sei es aber unbillig, die Gefahr der zufälligen Beschädigung dem Verkäufer aufzuerlegen. Angeregt wird aber auch eine Beweislastumkehr, nach der der Verkäufer beweisen müsse, dass der Untergang der Sache nicht auf seinem Verschulden beruhe.

Teilweise wird ausgeführt, bei Transportschäden solle eine Regelung entsprechend § 437 BGB getroffen werden.

Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs wird uneinheitlich bewertet. Während Teile der gerichtlichen Praxis sich dafür aussprechen, den Gefahrübergang auf den Zeitpunkt festzulegen, in dem die Sache den Machtbereich des Käufers verlässt, halten andere Teile eine Gefahrtragungsregel allenfalls für die Zeit, in der sich die Sache in Händen des Verkäufers befindet, für angemessen.

### **e) Rechtswissenschaft**

Das Meinungsbild in der Rechtswissenschaft ist ebenfalls uneinheitlich:

Einzelne Vertreter der Rechtswissenschaft bezweifeln einen Handlungsbedarf, da noch nicht geklärt sei, wie die Rechtsprechung in einer solchen Fallkonstellation verfahren würde. Zum Teil wird ausgeführt, dass eine integritätsverletzende Nacherfüllung einen Fall der fehlgeschlagenen Nachbesserung mit der Folge darstelle, dass der Käufer auch in Bezug auf die Beschädigung weiterhin Nacherfüllung verlangen oder nach § 440 Satz 1 BGB vom Vertrag zurücktreten könne. Daher bedürfe es keiner gesetzlichen Regelung. Andere Stimmen sprechen sich dagegen für eine klarstellende Regelung, wenn auch mit unterschiedlichem Inhalt aus.

Überwiegend wird indes vertreten, dass zufällige Beschädigungen der Kaufsache in Zusammenhang mit ihrer Mangelhaftigkeit eine erhebliche Unannehmlichkeit im Sinne der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie darstellen können, wonach dem Verbraucher zumindest die Möglichkeit des Rücktritts oder der Minderung gewährt werden müsse. Das Recht auf Rücktritt oder Minderung könnte auf

den Fall der Beschädigung eingegrenzt werden, der zu „erheblichen Unannehmlichkeiten“ für den Käufer führe, und sollte auf das Verhältnis Unternehmer/Verbraucher begrenzt bleiben.

Zum Gefahrübergang wird vereinzelt mitgeteilt, dass eine Risikoabgrenzung nach der Sphäre, in der sich die Sache befinde, nicht sachgerecht sei. Es müsse eine Abgrenzung nach der Ursache der Verschlechterung erfolgen. Der Verkäufer müsse dabei das Risiko aller Verschlechterungen tragen, die deshalb eingetreten seien, weil er ursprünglich nicht mangelfrei geleistet habe. Die Beweislast sollte hierbei beim Verkäufer liegen. Die Frage der Haftung im Falle der Zerstörung der Kaufsache während der Nachbesserung solle der Rechtsprechung überlassen bleiben.

### **3. Handlungsbedarf aus Sicht der Projektgruppe**

Die Projektgruppe teilt die Auffassung der VSMK, dass der Verbraucher nicht ausreichend vor zufälligen Beschädigungen der Kaufsache während der Nachbesserung geschützt ist und insoweit gesetzgeberische Maßnahmen geboten sind. Nach Abwägung der in der Projektgruppe und im Rahmen der Anhörung vorgetragenen Argumente geht die Projektgruppe davon aus, dass weder das Gewährleistungsrecht noch das allgemeine Leistungsstörungenrecht den Käufer ausreichend davor bewahren, die Folgen einer Beschädigung der Kaufsache während der Nachbesserung zu tragen. Den Käufer mit den Folgen der Beschädigung zu belasten, erscheint in der Sache unbillig und auf Grund der Vorgaben der EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie europarechtlich problematisch. Die wesentlichen Erwägungen der Projektgruppe werden im Folgenden näher ausgeführt.

#### **a) Ansprüche aus Gewährleistungsrecht**

Die Projektgruppe hat sich nicht zuletzt aufgrund der Hinweise aus der Rechtswissenschaft und der gerichtlichen Praxis eingehend mit der Frage befasst, ob das bestehende Gewährleistungsrecht den Käufer bei zufälligen Beschädigungen der Kaufsache während der Nachbesserung ausreichend schützt. Sie gelangt zu dem Ergebnis, dass sich aus dem Nacherfüllungsanspruch oder der Kostentragungsregelung keine umfassende Verantwortung des Verkäufers für zufällige Beschädigungen der Kaufsache während der Nachbesserung ergibt.

Die überwiegende Meinung in der Literatur scheint davon auszugehen, dass eine integritätsverletzende Nachbesserung eine fehlgeschlagene bzw. nicht ordnungsgemäße Nacherfüllung darstellt. Die Projektgruppe hält diese Auffassung vor allem unter dem Gesichtspunkt für nachvollziehbar, dass Art. 3 Abs. 2 der EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie den Verkäufer verpflichtet, den vertragsgemäßen Zustand wiederherzustellen. Für den Verbraucher von Nachteil freilich ist, dass die Verjährung nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB gegenüber der Regelverjährung verkürzt ist, was sich vor allem bei Nachbesserungsversuchen gegen Ende der Verjährung auswirken kann.

Allerdings fehlt in der Literatur eine klare Aussage zur Verantwortung für Schäden, die sich, wie im Fall von Transportschäden, außerhalb der eigentlichen Reparaturleistung ereignen. Zum Teil wird die Verantwortung des Verkäufers auch ausdrücklich auf Beschädigungen beschränkt, die sich als

unmittelbare Folge eines unsachgemäßen, fehlerhaften Reparaturversuchs darstellen (so etwa BeckOKBGB-Faust, § 439 Rn. 15 m.w.N.).

Zudem besteht keine gefestigte Rechtsprechung, die die Annahme einer umfassenden Verantwortung des Verkäufers nach den §§ 437 und 439 BGB stützen würde. Zwar hat das OLG Saarbrücken in seinem Urteil vom 18. April 2013 (Az.: 4 U 52/12) den als Folge eines unsachgemäßen, fehlerhaften Reparaturversuchs eingetretenen Motorschaden eines Kfz wie einen bei Gefahrübergang bestehenden Mangel der Kaufsache behandelt und dem Käufer ein Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 440 BGB zugestanden. Jedoch enthält die Entscheidung selbst bereits den einschränkenden Hinweis, dass dies möglicherweise bei einer Verletzung von Neben- und Schutzpflichten gelegentlich der Nachbesserung nicht gelte, und nimmt Bezug auf ein früheres Urteil des OLG Saarbrücken, in dem ein Karoserieschaden bei einem Probestart im Rahmen einer ansonsten erfolgreichen Reparatur gerade nicht als ein Mangel angesehen wurde, der Ansprüche aus § 437 BGB begründet hätte (OLG Saarbrücken, Urt. vom 25.07.2007, Az.: U 467/06).

Außerdem zeigt die Haltung der Wirtschaft, die eine Gefahrtragung der Verkäufer ablehnt, dass der Verbraucher keinesfalls davon ausgehen darf, in solchen Fällen über einen rechtlichen Anspruch gegenüber dem Verkäufer zu verfügen.

#### **b) Ansprüche aus Leistungsstörungenrecht, § 280 BGB**

Sofern der Verkäufer die Beschädigung zu vertreten hat, kann der Käufer nach § 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz verlangen. Ob für den Schadensersatzanspruch die kurze Verjährung nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB oder die dreijährige Regelverjährung gilt, scheint sehr strittig. Dies hängt nicht nur davon ab, ob man die Beschädigung während der Nachbesserung mit einem ursprünglichen Mangel gleichsetzen will, sondern auch von einer möglichen erweiternden Auslegung des § 438 Abs. 1 BGB (siehe hierzu MüKo, § 438, Rn. 9 f.).

Unabhängig von der Frage der Verjährung ist jedoch festzustellen, dass § 280 Abs. 1 BGB nicht die Fälle der zufälligen Beschädigungen erfasst. Hinzu kommt die rechtliche Unsicherheit, wann der Verkäufer die Verantwortung für die Rücksendung der Kaufsache trägt und damit bei Transportschäden ein Anknüpfungspunkt für eine Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB besteht.

Daher bietet aus Sicht der Projektgruppe das Leistungsstörungenrecht trotz möglicher Vorteile in Bezug auf die Verjährung keinen angemessenen Interessensausgleich für die Fälle, in denen der Käufer die Kaufsache nach der Reparatur mit zusätzlichen Schäden zurückerhält.

#### **c) Vergleich mit der Gefahrtragung bei Ersatzlieferung oder vollständiger Zerstörung**

Hat der Käufer einen Anspruch auf Ersatzlieferung und entscheidet er sich für diese, ist er weitgehend vor den Folgen einer zufälligen Beschädigung oder Zerstörung geschützt. Er erhält eine neue Ware, ohne Wertersatz für die zwischenzeitlich beschädigte oder zerstörte mangelhafte Sache

leisten zu müssen, sofern er die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten beobachtet hat. Dafür sorgt die Regelung in §§ 437 Nr. 1, 440, 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB.

Auch im Falle einer vollständigen Zerstörung oder des Verlusts der Kaufsache während der Nachbesserung ist der Käufer rechtlich besser gestellt als bei einer bloßen Beschädigung. Handelt es sich um einen Gattungskauf, wird man dem Käufer das Recht zubilligen, von der ursprünglichen Nachbesserung, die nun unmöglich geworden ist, auf die Ersatzlieferung überzugehen und damit in den Genuss der Regelung des § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB zu gelangen. Handelt es sich um einen Stückkauf, ist die Nacherfüllung unmöglich geworden. Der Käufer kann dann unter den Voraussetzungen der §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB immerhin vom Kaufvertrag zurücktreten und die wirtschaftlichen Folgen der Zerstörung oder des Verlusts von sich abwenden. Dabei wird man annehmen können, dass der Käufer allenfalls für die Zerstörung während des Transports, nicht jedoch für die Mangelhaftigkeit als mitbestimmende Ursache verantwortlich und daher der Rücktritt nicht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen ist (Palandt/Grüneberg, § 323, Rn. 29).

Ein sachlicher Differenzierungsgrund zwischen der Gefahrtragung bei Ersatzlieferung einerseits und Nachbesserung andererseits besteht nicht, zumal die wirtschaftliche Belastung des Verkäufers im Falle der Ersatzlieferung ohne Wertersatz sogar regelmäßig größer sein dürfte als bei einer Nachbesserung mit Kompensation von zufälligen Schäden. Dass die Gefahrtragungsregel in § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB, wie vereinzelt als Argument gegen einen Wertungswiderspruch angeführt, den Käufer lediglich vor zusätzlichen Belastungen aus seiner Rückgewährpflicht bewahren will, beschreibt nur die rechtliche Anknüpfung. Nicht berücksichtigt wird dabei jedoch das wirtschaftliche Ergebnis und das bei beiden Formen der Nacherfüllung in gleicher Weise bestehende Interesse des Käufers, dass er auf Grund der Mangelhaftigkeit der Kaufsache mit keinen zusätzlichen Kosten belastet wird. Auch ist nicht erklärbar, weshalb der Käufer im Falle einer vollständigen Zerstörung der Kaufsache besser gestellt wird als bei einer bloßen Beschädigung.

#### **d) Änderungserfordernis aus der EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie**

In der Abwägung der vorgetragenen Argumente der Praxisbefragung ist ungeachtet der rechts- und verbraucherpolitischen Zielsetzungen maßgeblich die Wertentscheidung des europäischen Gesetzgebers zu beachten, der dem Käufer einen Anspruch auf unentgeltliche Abhilfe ohne erhebliche Unannehmlichkeiten einräumt. Dies haben insbesondere nochmals die eingegangenen Stellungnahmen aus der Rechtswissenschaft betont. Sollte der Verbraucher im Falle der Nachbesserung das Risiko einer zufälligen Beschädigung tragen, dürfte sein Recht auf eine unentgeltliche Nachbesserung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten unzulässig erschwert werden.

Die sich aus Art. 3 Abs. 3 der RL 1999/44/EG (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) ergebende Verpflichtung des Verkäufers, die Nacherfüllung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten zu leisten, hat daher nach Einschätzung der Arbeitsgruppe auch Folgen für die Gefahrtragung. Die europarechtlichen Vorgaben müssten also mindestens umgesetzt werden.

Die Entscheidung des EuGH, dass ein Nutzungsersatz im Falle der Ersatzlieferung gegen die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verstößt („Quelle-Entscheidung“ – Rs. 404/604), liefert überdies ein deutliches Indiz dafür, dass das europäische Recht den Verbraucher nicht mit den Folgen einer zufälligen Beschädigung der Kaufsache während der Nachbesserung belasten will. Der EuGH führt in der genannten Entscheidung u.a. aus, dass der Verkäufer, der ein vertragswidriges Verbrauchsgut liefert, die Folgen dieser Schlechterfüllung tragen muss (Rn. 41). Dazu zählen bei entsprechendem Ursachenzusammenhang auch Beschädigungen, zu denen es während der Nacherfüllung kommt.

#### **e) Gründe für die Gefahrtragung des Verkäufers / wertende Betrachtung**

Für eine Zuweisung der Verantwortung für zufällige Beschädigungen während der Nachbesserung an den Verkäufer sprechen folgende Gründe:

Der Verkäufer hat mit seiner nicht vertragsgemäßen Leistung eine Ursache für die Beschädigung der Kaufsache gesetzt, wenn sie sich beim Transport oder in einem Zeitpunkt ereignet, in dem sich die Ware zum Zwecke der Reparatur beim Verkäufer befindet. Der Käufer hat zumindest ab der Inbesitznahme durch den Verkäufer keine Möglichkeit mehr, das Risiko der zufälligen Beschädigung zu beeinflussen. Die Ware befindet sich ab diesem Zeitpunkt in der Sphäre des Verkäufers. Es erscheint daher unbillig, den Käufer mit den Folgen einer zufälligen Beschädigung zu belasten. Die Interessenlage, die den Gesetzgeber dazu bewog, nach § 439 Abs. 4. i.V.m. § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB die Gefahr des zufälligen Untergangs bei der Ersatzlieferung dem Verkäufer zu übertragen, besteht in gleichem Maße bei der Nachbesserung. Nach Auffassung des Gesetzgebers sollte derjenige, der nicht ordnungsgemäß geleistet hat, nicht darauf vertrauen dürfen, dass der Gefahrübergang auf den Käufer endgültig ist (BT-Drs. 14/6040, S. 196). Zwischen der Gefahrtragung des Verkäufers bei Ersatzlieferung und Rücktritt einerseits und der Gefahrtragung des Käufers bei Beschädigungen während der Nachbesserung andererseits besteht damit ein korrekturbedürftiger Wertungswiderspruch. Ein Wertungswiderspruch besteht im Übrigen auch im Verhältnis zwischen der bloßen Beschädigung und der Zerstörung der Kaufsache während der Nachbesserung, da der Käufer infolge der Unmöglichkeit der Nachbesserung entweder ohne Wertersatz vom Vertrag zurücktreten oder, sofern dies möglich ist, anstelle der Nachbesserung Ersatzlieferung verlangen kann.

#### **f) Dogmatische Einwände**

Etwaige dogmatische Konflikte mit der grundsätzlichen Verschuldensabhängigkeit des deutschen Schadensersatzrechts stellen kein unüberwindbares Hindernis dar, denn bereits die Verkäuferpflichten im Rahmen der gem. § 439 Abs. 1 BGB geschuldeten Nachbesserung gehen über die durch den Kaufvertrag an sich begründeten Pflichten des Verkäufers (Übergaben und Übereignung, Nebenpflichten wie Rücksichtnahme) verschuldensunabhängig hinaus. Bestand und Reichweite der Verschuldensabhängigkeit sind durch den Gesetzgeber ohne weiteres veränderlich.

Auch ist zu berücksichtigen, dass das grundsätzlich verschuldensgeprägte deutsche Schadensersatzrecht den EuGH nicht davon abgehalten hat, den Verkäufer auf Grund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zur Übernahme der Ein- und Ausbaurkosten bei mangelhafter Ware zu verpflichten (Rechtssache Weber Rs. C-65/09), da das höherrangige EU-Recht ein solches Prinzip nicht kennt.

#### **4. Lösungsansätze**

Um den Käufer nicht mit den Folgen einer zufälligen Beschädigung während der Nachbesserung zu belasten, muss also die Verantwortung für diese auf den Verkäufer übertragen werden.

##### **a) Rechte des Käufers (Rechtsfolgen)**

Das Interesse des Käufers besteht darin, so gestellt zu werden, als wäre die Kaufsache nicht beschädigt worden. Dabei sollte allerdings die Dispositionsfreiheit des Käufers zwischen Naturalrestitution und Geldersatz, die den Schadensersatzanspruch nach § 249 BGB prägt, mit Blick auf die Belange des Verkäufers eingeschränkt werden. Sach- und praxisgerecht erscheint es daher, die Ansprüche des Käufers entsprechend den Rechten nach § 437 BGB auszugestalten, d.h. der Beschädigung wie bei der Gewährleistung vorrangig durch *Mangelbeseitigung* oder *Ersatzlieferung* abzuhelpen. Soweit Mangelbeseitigung und Ersatzlieferung nicht in Frage kommen, wäre der Schaden durch *Minderung* des Kaufpreises auszugleichen oder dem Käufer ein Rücktrittsrecht einzuräumen.

Zu beachten ist dabei allerdings, dass eine Verschlechterung der Rechtsposition des Käufers gegenüber der bestehenden Rechtslage möglichst vermieden werden sollte. Hat der Verkäufer die Beschädigung schuldhaft verursacht, sollten die Ansprüche des Käufers grundsätzlich nicht hinter denen aus § 280 Abs. 1 BGB zurückbleiben oder diese weiterhin Anwendung finden. In diesem Zusammenhang ist auch die Frage nach der Verjährung etwaiger Ansprüche in den Blick zu nehmen. Nicht ganz eindeutig erscheint, wann und in welchem Umfang die kurze Verjährung nach § 438 BGB für Ansprüche wegen einer Beschädigung der Kaufsache bei der Nachbesserung gilt (vgl. MüKo, § 438, Rn. 9 f.). Geht man davon aus, dass der Nacherfüllungsanspruch keine Folgeschäden oder nur solche erfasst, die aus einer fehlgeschlagenen Reparatur resultieren, bliebe de lege lata ein relevanter Anwendungsbereich für direkte Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB. Diese verjähren erst drei Jahre nach Ablauf des Jahres, in dem der Schaden entstanden ist und der Käufer hiervon Kenntnis erlangt hat (§§ 195, 199 BGB).

Die Projektgruppe spricht sich dafür aus, neben der erweiterten Anwendung des § 437 BGB einen Rückgriff auf § 280 BGB zuzulassen und dies ausdrücklich zu regeln. Zwar lassen sich die Unterschiede in der Verjährung dadurch verringern, dass man den Neubeginn der Verjährung (siehe Kapitel III) auch auf die hier in Frage stehenden Ansprüche erstreckt oder zumindest für die erwei-

terte Anwendung des § 437 BGB die Verjährung nach § 438 BGB an die Rückgabe der Kaufsache knüpft, jedoch soll der Käufer bei einem möglicherweise besonders unsorgfältigen Verkäufer nicht mit einer nochmaligen Andienung belastet werden

### **b) Maßgeblicher Zeitraum und innerer Zusammenhang**

Im Gegensatz zu § 439 Abs. 4 BGB wird der Zeitraum, innerhalb dessen die Gefahr auf den Verkäufer übergehen soll, sinnvoller Weise einzugrenzen sein. Hierbei hat die Praxisanhörung eine eindeutige Präferenz eines Gefahrübergangs ab Übergabe der Kaufsache an eine Versandperson ergeben. Dies erscheint auch angemessen. Denn damit wird ein hinreichender innerer Zusammenhang zwischen der Mangelhaftigkeit und der Beschädigung sichergestellt, der die Erweiterung der Gewährleistungspflichten des Verkäufers zu rechtfertigen vermag. Da trotz der Kostentragungsregel in § 439 Abs. 2 BGB nicht eindeutig ist, wo der Leistungsort der Nacherfüllung liegt und in welchem Fall der Verkäufer den Rücktransport der Ware selbst durchführen muss (vgl. BGH vom 13. April 2011, Az. VIII ZR 220/10), bietet es sich deshalb an, den Gefahrübergang entsprechend der §§ 446, 447 BGB zu regeln. Die Gefahr sollte damit regelmäßig erst mit Übergabe auf den Verkäufer übergehen. Im Falle des Versandkaufs würde entsprechend dem Gedanken des § 447 BGB die Gefahr mit der Übergabe an die Transportperson übergehen. Dagegen bliebe beim Eigentransport die Gefahr bis zur Übergabe beim Käufer, da sich die Ware noch in dessen Verantwortungssphäre befindet. Dies erscheint auch sachgerecht, da der Käufer es in diesem Fall in der Hand hat, die Sache zu schützen. Endpunkt der Gefahrtragung des Verkäufers ist die Übergabe der reparierten Ware an den Käufer.

Die vorgenommene Risikoverteilung ist auch vor dem europarechtlichen Hintergrund angemessen. Art. 3 VerbrGK-RL spricht nämlich dafür, als den Ort der Nacherfüllung generell den Belegenheitsort der Sache zu bestimmen, denn nur so bleiben dem Käufer „erhebliche Unannehmlichkeiten“ durch die Unsicherheit über den Erfüllungsort erspart.

### **c) Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten**

Wählt man für die Gefahrtragung des Verkäufers einen engen Zeitraum, spielt eine mögliche Verursachung der Beschädigung durch den Käufer eine untergeordnete Rolle. Einerseits sollte der Käufer nicht mit dem Einwand der unsorgfältigen Auswahl des Transportunternehmens belastet werden, andererseits sollte er nicht von jeglicher Verantwortung befreit werden. Daher sollte entsprechend § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB der Käufer die Verantwortung für Schäden tragen, die aus einer Nichtbeachtung der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten resultieren. Befindet sich der Käufer im Annahmeverzug und tritt währenddessen eine weitere Mangelhaftigkeit ein, so sollte der Verkäufer ebenfalls von der Zufallshaftung freigestellt sein (vgl. auch § 323 Abs. 6 BGB).

#### **d) Beweisbarkeit des Mangels**

Die Beweisproblematik betrifft vor allem den Käufer. Eine Gefahrtragungsregel zugunsten des Käufers ändert nichts daran, dass er den Mangel darlegen und ggf. beweisen muss. Die Beweisbarkeit des Mangels ist allerdings nur bei vollständiger Zerstörung der Kaufsache erschwert, bei der im Regelfall bereits de lege lata die Gefahr der Verkäufer trägt.

Es ist darüber hinaus denkbar, dass der Käufer angesichts der Verlagerung der Gefahr ab etwaiger Übergabe der mangelhaften Kaufsache an eine Transportperson versuchen könnte, von ihm verursachte Schäden als Transportschäden zu deklarieren. Dies gilt insbesondere beim Verbrauchsgüterkauf aufgrund des § 476 BGB, dessen Anwendungsbereich vor dem Hintergrund der jüngsten EuGH-Entscheidung (Urt. v. 04.06.2015, Rs. C-497/13) nunmehr auch auf die Vermutung des Vorliegens eines Grundmangels bei Gefahrübergang erstreckt werden muss (anders z.B. BGH, Urt. v. 02.06.2004 – VIII ZR 329/03 „Zahnriemenfall“: bloße zeitliche Wirkung der Vermutung). Allerdings dürften mutwillige Beschädigungen und Transportschäden auseinander zu halten sein. Das verbleibende durch die Neuregelung erhöhte Missbrauchsrisiko ist zur wirksamen Erreichung des anvisierten Regelungszwecks, der umfassenden Verantwortung des Verkäufers für den Gegenstand während der Nachbesserung, nicht zu vermeiden und daher hinzunehmen.

Da sich die Projektgruppe im Zusammenhang mit Ansprüchen nach § 280 BGB bei der integritätsverletzenden Nachbesserung gegen eine Kausalitätsvermutung ausgesprochen hat (siehe oben, III), wird konsequenterweise auch bei dem erweiterten Anspruch aus § 437 BGB auf eine Beweiserleichterung zugunsten des Käufers verzichtet.

#### **5. Vorschlag zur Gesetzgebung**

Die Projektgruppe schlägt vor, durch nachstehende Regelung in einem neuen Absatz 4 in § 439 BGB die Verantwortung für Beschädigungen der Kaufsache im Zusammenhang mit der Nachbesserung dem Verkäufer zu übertragen. Diese Vorschrift soll ausdrücklich nicht die Anwendung allgemeiner Vorschriften, insbesondere § 280 BGB ausschließen. Die zum Verjährungsbeginn vorgeschlagene gesonderte Änderung in § 438 Abs. 2 BGB kann mit der unter Kapitel III empfohlenen umfassenden Regelung zum Neubeginn der Verjährung bei Nacherfüllung verknüpft werden.

##### § 439 Abs. 4 (neu, der bisherige Abs. 4 wird Abs. 5):

*Ist die Pflicht zur Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels zu erfüllen und tritt an der Sache, nachdem sie dem Verkäufer oder der zur Ausführung der Rücksendung bestimmten Person übergeben worden ist, vor Rückgabe an den Käufer eine Verschlechterung ein, stehen dem Käufer insoweit die Rechte aus § 437 zu. Dies gilt nicht, wenn*

- 1 *der Käufer den Schaden verursacht und dabei diejenige Sorgfalt nicht beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt oder*
- 2 *der Käufer bei Eintritt des Schadens im Verzug der Annahme war und der Schaden vom Verkäufer nicht zu vertreten ist.*

*Das Recht, nach § 280 Schadensersatz zu verlangen, bleibt unberührt.*

#### § 438 Abs. 2 Satz 2 (neu)

*In den Fällen des § 439 Abs. 4 beginnt die Verjährung mit der Rückgabe an den Käufer.*

## **V. Gewährleistung und Garantie**

### **1. Einführung / Problemdarstellung**

#### **Ausgangsthese**

Nimmt der Verbraucher<sup>1</sup> bei einem Mangel der Kaufsache als erstes den Hersteller als Garantiegeber in Anspruch, können ihm Nachteile in Bezug auf die spätere Geltendmachung von Mängelansprüchen gegenüber dem Verkäufer entstehen. Eine Belastung mit diesen Nachteilen erscheint nicht nur dann ungerechtfertigt, wenn der Verkäufer den Verbraucher (gezielt) an den Hersteller verwiesen hatte und sich damit seinen eigenen Verpflichtungen entzogen hat. Auch wenn sich der Verbraucher aus eigener Initiative heraus zunächst an den Hersteller als Garantiegeber wendet, sollte sich seine Rechtsposition zur erfolgreichen Durchsetzung von Mängelrechten gegenüber dem Verkäufer nicht verschlechtern. Denn wie der Regelung in § 443 BGB entnommen werden kann, sollen vereinbarte Garantien die gesetzlichen Mängelrechte nicht schwächen, sondern vielmehr verstärken und ergänzen (siehe Palandt/Weidenkaff, § 443 BGB, Rn. 1). Auch kann der Verbraucher die berechtigte Erwartung haben, dass sich durch zusätzlich vereinbarte (und ggf. für den Käufer sogar kostenpflichtige) Garantien die eigene Rechtsposition bei auftretenden Mängeln verbessert und nicht verschlechtert. Die Nachteile können vermieden werden, wenn rechtlich relevante Handlungen im Rahmen des Abhilfeverlangens gegenüber dem Hersteller auch Wirkung für das Gewährleistungsverhältnis entfalten.

#### **Problemdarstellung**

Stellt ein Verbraucher einen Defekt an einer von ihm gekauften Sache fest, wendet er sich oftmals zunächst an den Verkäufer. Dies gilt unabhängig davon, ob er mit dem Hersteller einen Garantievertrag geschlossen hat. Regelmäßig nimmt der Verkäufer dies jedoch nicht zum Anlass, im Rah-

---

<sup>1</sup> Zum besseren Verständnis werden in diesem Kapitel zur Bezeichnung der Beteiligten ausschließlich die Begriffe Verbraucher, Verkäufer und Hersteller verwendet.

men seiner Gewährleistung tätig zu werden, sondern teilt dem Verbraucher vielmehr mit, dass für die Behebung des Defektes der Hersteller verantwortlich sei (vgl. Studie des VZBV 2012).

Wendet sich der so „beratene“ Verbraucher daraufhin an den Hersteller, nimmt dieser gegebenenfalls einen Reparaturversuch vor oder liefert eine Ersatzsache. Führen diese Maßnahmen nicht zum gewünschten Erfolg, stellt sich aus Sicht des Verbrauchers die Frage, ob und unter welchen Bedingungen er den Verkäufer in Anspruch nehmen kann, um eine mangelfreie Kaufsache zu erhalten.

Die kaufrechtlichen Mängelansprüche des Verbrauchers bestehen – anders als Ansprüche aus einer Garantievereinbarung – unabhängig von einer zusätzlichen Vereinbarung der Beteiligten, sondern sind gesetzlich normiert. Insbesondere mit den ergänzenden Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB) hat der Gesetzgeber bezweckt, den Verbraucher hinreichend vor einer mangelhaften Leistung des Verkäufers zu schützen. Zu prüfen ist deshalb, ob sich in den oben dargestellten Fällen durch die vorgeschaltete Inanspruchnahme des Herstellers für den Verbraucher nicht hinzunehmende Nachteile im Vergleich zu der Situation ergeben, dass der Verbraucher seine Mängelansprüche ohne Verzögerung gegen den Verkäufer durchzusetzen versucht. Dies gilt umso mehr, als dass eine etwaige Garantie des Herstellers häufig vom Verkäufer beworben und damit von ihm sogar absatzfördernd eingesetzt wird.

#### **a) Verhalten des Herstellers wird Verkäufer grundsätzlich nicht zugerechnet**

Die vorgenannte Problematik wäre von untergeordneter Bedeutung, wenn das Verhalten des Herstellers dem Verkäufer zugerechnet werden würde und damit „quasi“ Teil der Gewährleistung des Verkäufers wäre. Dies dürfte in der Regel jedoch nicht der Fall sein.

Grundsätzlich fallen unter § 278 BGB nur solche Personen, die bei der Erfüllung der Schuldnerverbindlichkeit mit Willen des Schuldners mitwirken. Schon angesichts der oftmals unterschiedlichen Voraussetzungen von Garantieverprechen und Gewährleistungsansprüchen dürfte selbst ein ausdrücklicher Verweis des Verkäufers auf den Hersteller regelmäßig kaum den Schluss zulassen, dass der Verkäufer ihn zu seinem Erfüllungsgehilfen machen will. Erst recht gilt dies, wenn der Verkäufer den Hersteller als „Verantwortlichen“ für den Mangel bezeichnet.

Ungeachtet dessen dürfte es sich zumeist um ein Vier-Augen-Gespräch handeln, für dessen Inhalt der Verbraucher beweisbelastet ist, will er sich auf eine Erklärung des Verkäufers berufen, die es – im Einzelfall – rechtfertigen würde, den Hersteller als Erfüllungsgehilfen des Verkäufers anzusehen.

## **b) Keine Korrektur durch Schadensersatzansprüche wegen pflichtwidriger Aufklärung / Täuschung durch den Verkäufer**

In den Fällen, in denen der Verkäufer das Abhilfeverlangen des Verbrauchers unter Hinweis auf die Zuständigkeit des Herstellers fahrlässig oder gar bewusst wahrheitswidrig von sich weist, kommen zwar sekundäre vertragliche (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) oder deliktische (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB; § 826 BGB) Schadensersatzansprüche des Verbrauchers gegen den Verkäufer in Betracht. Daraus folgt jedoch keine spürbare Verbesserung der Rechtslage des Verbrauchers. Dabei kann letztlich dahinstehen, dass der Verbraucher in aller Regel Schwierigkeiten haben dürfte, eine Falschinformation zu belegen, da es sich zumeist um Vier-Augen-Gespräche handeln dürfte. Selbst wenn eine entsprechende Vertragspflichtverletzung feststeht, muss der Verbraucher zur erfolgreichen Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs noch den Eintritt eines konkreten Schadens darlegen und gegebenenfalls auch beweisen. In diesem Zusammenhang stellen sich ihm dann letztlich doch die gleichen (Darlegungs- und Beweis-) Fragen wie bei der „bloßen“ Geltendmachung von Mängelrechten gegenüber dem Verkäufer, da der Verbraucher durch eine Falschinformation über die Voraussetzungen der Inanspruchnahme des Verkäufers nur einen Schaden erlitten haben kann, wenn er seinerzeit Mängelrechte tatsächlich hätte geltend machen können.

## **c) Das Beweisproblem**

Der mit der Geltendmachung von Mängelrechten konfrontierte Verkäufer streitet möglicherweise ab, dass die Sache zum maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft gewesen ist. Im Falle eines vorangegangenen Reparaturversuchs durch den Hersteller könnte er vielmehr sogar dazu neigen, dem Verbraucher entgegen zu halten, dass der Hersteller für den gegenwärtigen Zustand der Kaufsache verantwortlich sei. Aus Sicht des Verbrauchers stellt sich daher die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die zwischenzeitliche Inanspruchnahme einer Garantie seine Beweislage gegenüber dem Verkäufer verschlechtert hat. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die gesetzliche Vermutung in § 476 BGB, die nur zeitlich begrenzt gilt.

Zur Veranschaulichung des Beweisproblems werden nachfolgend gegenübergestellt die Beweissituationen des Verbrauchers bei unmittelbarer Geltendmachung von Mängelansprüchen gegen den Verkäufer sowie bei vorheriger Inanspruchnahme des Herstellers. Differenziert wird dabei zwischen folgenden drei Szenarien:

- (1) der erste Reparaturversuch durch den Verkäufer/Hersteller bleibt erfolglos, der ursprüngliche Defekt der Kaufsache bleibt bestehen;
- (2) nach dem ersten Reparaturversuch durch den Verkäufer/Hersteller tritt ein neuer bzw. weiterer Defekt zutage;
- (3) der Verkäufer/Hersteller liefert eine Ersatzsache, die ebenfalls einen Defekt aufweist.

### **zu (1) Ursprünglicher Defekt besteht trotz Reparaturversuch fort**

Allgemeine Voraussetzung von Mängelansprüchen ist die Mangelhaftigkeit der Kaufsache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Beweisbelastet hierfür ist grundsätzlich der Käufer. Die Vorschriften zum Verbrauchsgüterkauf enthalten in § 476 BGB allerdings eine Beweiserleichterung zu Gunsten des Verbrauchers. Kann dieser beweisen, dass sich ein mangelhafter Zustand im Sinne von § 434 BGB innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang gezeigt hat, wird vermutet, dass dieser Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat.

Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 4. Juni 2015 (Rs. C-497/13) klargestellt, wie die der Regelung des § 476 BGB zugrundeliegende europarechtliche Vorgabe (Art. 5 Absatz der Richtlinie 1999/44/EG) auszulegen ist. Hiernach wird vermutet, dass die Vertragswidrigkeit bereits zum Zeitpunkt der Lieferung des Gutes bestand, wenn der Verbraucher den Beweis erbringt, dass das verkaufte Gut nicht vertragsgemäß ist und dass die fragliche Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar geworden ist, d. h. sich ihr Vorliegen tatsächlich herausgestellt hat. Der Verbraucher muss demzufolge weder den Grund der Vertragswidrigkeit noch den Umstand beweisen, dass deren Ursprung dem Verkäufer zuzurechnen ist. Es ist davon auszugehen, dass der Bundesgerichtshof seine bisherige Rechtsprechung, wonach die Vermutung nur in zeitlicher Hinsicht gilt (vgl. nur BGH, Urteil vom 18.07.2007, Az.: VIII ZR 259/06) dieser Rechtsprechung anpassen wird, sodass die Auffassung des EuGH als Grundlage für das (europarechtskonforme) Verständnis der Reichweite der in § 476 BGB normierten Vermutung heranzuziehen ist.

### **(a) Beweislage bei unmittelbarer Geltendmachung von Mängelrechten**

Bleibt der Reparaturversuch des Verkäufers erfolglos und besteht der ursprüngliche Mangel fort, stehen dem Verbraucher weiterhin Gewährleistungsansprüche zu. Den Nachweis der Erfolglosigkeit der Nachbesserung hat zwar grundsätzlich der Verbraucher zu führen. Nach herrschender Auffassung kommt es in Folge des Nachbesserungsversuchs jedoch jedenfalls in Bezug zu solchen Mängeln, die Gegenstand der Nachbesserung gewesen sind (und sich binnen der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang gezeigt hatten), zu einem Neubeginn der in § 476 BGB normierten Sechs-Monats-Frist (vgl. Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2014, § 476 BGB Rn 27, m.w.N., zitiert nach beck-online; siehe hierzu auch den Regelungsvorschlag im Kapi-

tel „Neubeginn der Verjährung nach Nacherfüllung“). Der Verbraucher profitiert also auch insofern von der im Verbrauchsgüterkauf vorgesehenen Beweiserleichterung.

### **(b) Beweislage bei vorheriger Inanspruchnahme des Herstellers**

Wendet sich der Verbraucher nach einem gescheiterten Reparaturversuch des Herstellers an den Verkäufer, bleibt es zunächst bei den bereits dargestellten Grundsätzen. Bei der (Beweis-)Frage, ob der geltend gemachte Sachmangel seit Gefahrübergang (fort-)besteht, kann sich die zwischenzeitliche Inanspruchnahme des Herstellers jedoch sehr zum Nachteil des Verbrauchers auswirken. Deutlich wird dies vor allem im Anwendungsbereich von § 476 BGB. Während der Verbraucher dort bei einem Nachbesserungsversuch des Verkäufers zumindest mit Blick auf den konkreten Mangel so gestellt wird, als habe er die Kaufsache zum Zeitpunkt der Rückgabe erstmals erhalten (s.o.), verschlechtert sich die Beweislage des Verbrauchers durch die vorherige Inanspruchnahme des Herstellers.

Beruft sich der Verbraucher auf einen trotz Reparaturversuch fortbestehenden Sachmangel, gilt zu seinen Gunsten zwar grundsätzlich die oben dargestellte Vermutung, solange sich dieser binnen der Frist des § 476 BGB erstmals gezeigt hat. Dem steht nicht von vorneherein entgegen, dass der Verbraucher die Sache zu Untersuchungs- oder Reparaturzwecken zwischenzeitlich an den Hersteller übergeben hat. Einen solchen Ausschlusstatbestand sieht die vorgenannte Regelung nicht vor. Allerdings ist die Beweislage des Verbrauchers einerseits dadurch erschwert, dass die Frist des § 476 BGB nach dem Reparaturversuch des Herstellers – anders als im „Normalfall“ – nicht neu zu laufen begonnen hat und damit in der Zwischenzeit möglicherweise abgelaufen ist. Zum anderen können etwaige Maßnahmen des Herstellers (bspw. der Austausch von Ersatzteilen) zur Folge haben, dass der Mangel unvereinbar mit der Vermutung ist, dass dieser bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden gewesen ist. In diesem Fall gilt die Vermutung gemäß § 476, 2. Halbsatz BGB ebenfalls nicht mehr. Der Verbraucher muss dann den Vollbeweis führen, dass der streitige Mangel bereits bei Gefahrübergang vorhanden bzw. angelegt gewesen ist, was gegebenenfalls durch den anzunehmenden Zeitablauf sowie angesichts des zwischenzeitlichen Reparaturversuchs des Herstellers zusätzlich erschwert wird.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 476 BGB, d.h. nach Ablauf der dortigen Frist besteht ein Nachteil des Verbrauchers, der zunächst den Hersteller in Anspruch genommen hat, immerhin noch darin, dass bei dem dann erforderlichen „Vollbeweis“ eines Sachmangels im Sinne von § 434 BGB stets etwaige Folgen des Reparaturversuchs durch den Hersteller in die Beweiswürdigung einzubeziehen sind, zumal der Verkäufer grundsätzlich nicht für Mängel haftet, die der Hersteller erst verursacht hat.

## **zu (2) Weiterer Defekt nach Reparaturversuch**

Erhält der Verbraucher die Kaufsache nach einem Reparaturversuch mit einem neuen Mangel zurück, stellt sich die Frage, ob er – unbeschadet etwaiger Ansprüche wegen des ursprünglichen Mangels – weitere Mängelrechte geltend machen kann. Auf die diesbezüglichen Ausführungen im Kapitel „Gefahrtragung während der Nacherfüllung“ wird Bezug genommen. Hiernach lässt sich gegenwärtig nicht präzise vorhersagen, in welchen Fällen die höchstrichterliche Rechtsprechung annehmen wird, dass der Verbraucher wegen während der Nachbesserung, also entgegen § 434 BGB nach Gefahrübergang entstandener Mängel Mängelrechte geltend machen kann. Die Projektgruppe geht bei ihren Überlegungen gegenwärtig davon aus, dass dies allenfalls bei einem unsachgemäßen Reparaturversuch des Verkäufers in Betracht kommt und der Verbraucher deshalb im Grundsatz darauf beschränkt ist, gegebenenfalls Schadensersatzansprüche gegen denjenigen geltend zu machen, der den neuen Mangel (die „Beschädigung“) im Sinne des § 280 BGB zu vertreten hat.

### **(a) Beweislage bei unmittelbarer Geltendmachung von Mängelrechten**

Zeigt sich nach Rückgabe ein neuer Mangel an der Kaufsache, kann sich der Verbraucher bei der Geltendmachung weiterer Mängelrechte auch wegen dieses Mangels auf die Vermutung nach § 476 BGB berufen, wenn die (ursprüngliche) Sechs-Monatsfrist noch nicht abgelaufen ist.

Gilt die Vermutung nach § 476 BGB nicht (mehr) und kann der Verbraucher auch nicht den Beweis erbringen, dass der neue Mangel bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs zumindest angelegt gewesen ist, ist der Verbraucher nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen regelmäßig auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen beschränkt. Hierfür genügt allerdings zunächst der Beweis, dass der Verkäufer den neuen Mangel verursacht hat, da in diesem Fall dessen Verschulden gemäß § 280 Abs. 1 BGB zunächst vermutet wird.

### **(b) Beweislage bei vorheriger Inanspruchnahme des Herstellers**

Die vorstehenden Ausführungen gelten zunächst entsprechend, wenn sich im Zusammenhang mit dem Reparaturversuch des Herstellers ein neuer Mangel gezeigt hat, auf den der Verbraucher Mängelansprüche gegen den Verkäufer stützen will. Solange die Frist des § 476 BGB bei Auftreten des Mangels (nachweislich!) noch nicht abgelaufen gewesen ist, kann sich der Verbraucher grundsätzlich auf die gesetzliche Vermutung stützen, wonach der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorhanden gewesen ist.

Aus Verbrauchersicht besteht mit Blick auf den Reparaturversuch des Herstellers allerdings auch hier eine größere Gefahr, dass die Umstände zur Annahme des Ausnahmetatbestandes führen können und deshalb die Beweislastumkehr nicht greift.

Zudem wird der Verbraucher in vielen Fällen schon nicht aufklären können, wann sich genau der neue Mangel beim Hersteller gezeigt hat. Jedenfalls wird er oftmals kaum den Nachweis führen können, dass dies noch innerhalb der Frist des § 476 BGB geschehen ist.

Findet § 476 BGB auf den neuen Mangel keine Anwendung und kann der Verbraucher nicht sämtliche Voraussetzungen für das Vorliegen eines Sachmangels im Sinne von § 434 BGB beweisen, bleiben ihm wieder nur Schadensersatzansprüche. In diesem Fall wird er sich jedoch nur selten beim Verkäufer schadlos halten können, da dem Verkäufer etwaige Beschädigungen bei den Reparaturarbeiten durch den Hersteller in aller Regel nicht zuzurechnen sind.

Der Verbraucher kann daher vor dem Problem stehen, dass der Verkäufer unter Bestreiten eines Sachmangels auf den Hersteller verweist, während der Hersteller einen Sachmangel für gegeben hält und deshalb die Verursachung eines Schadens bestreitet.

### **zu (3) Lieferung einer Ersatzsache, bei der sich ein Mangel zeigt**

Die Lieferung einer Ersatzsache durch den Hersteller als Garantiegeber oder den Verkäufer ist bei Mängeln der Kaufsache auf die Befriedung desselben Leistungsinteresses des Käufers gerichtet. Liegt ein Sachmangel im Sinne des § 434 BGB vor, handeln Verkäufer und Hersteller daher insoweit als Gesamtschuldner, so dass eine etwaige Erfüllung (Lieferung einer mangelfreien Kaufsache) durch den Hersteller gemäß § 422 Abs. 1 Satz 1 BGB auch für den Verkäufer wirkt (und umgekehrt). Aus Verbrauchersicht ergeben sich daraus zunächst keine Probleme, da der Verbraucher in diesen Fällen im Ergebnis über eine mangelfreie Kaufsache verfügt. Die Lage des Verbrauchers kann sich allerdings dann verschlechtern, wenn sich bei der gelieferten Ersatzsache ein Mangel zeigt.

#### **(a) Beweislage bei unmittelbarer Geltendmachung von Mängelrechten**

Liefert der Verkäufer bei Mängeln der Kaufsache eine Ersatzsache, stehen dem Verbraucher seine Mängelrechte weiterhin zu, wenn die nachgelieferte Sache einen Mangel aufweist, der schon zum Zeitpunkt der Übergabe vorhanden gewesen ist. Dabei wird dem Verbraucher der ihm obliegende Nachweis dieser Voraussetzungen dadurch erleichtert, dass die Frist des § 476 BGB im Falle der Ersatzlieferung nach (wohl) herrschender Auffassung - soweit noch nicht abgelaufen - umfassend neu zu laufen beginnt, d.h. nicht nur mit Blick auf die Mängel, die Anlass für die Nachlieferung gewesen sind (siehe oben).

#### **(b) Beweislage bei vorheriger Inanspruchnahme des Herstellers**

Der Regelfall einer Garantieinanspruchnahme dürfte sein, dass die defekte Sache (je nach Versandfähigkeit) beim Hersteller eingeschickt oder von dessen Mitarbeitern vor Ort untersucht und mitgenommen wird. Erweist sich eine Reparatur als unmöglich oder unwirtschaftlich, wird der Her-

steller dem Verbraucher eine Ersatzsache zur Verfügung stellen und die (ursprüngliche) Kaufsache einbehalten. Zeigt sich bei dieser Ersatzsache (ebenfalls) ein Mangel, können sich für den Verbraucher folgende Probleme bei der Geltendmachung von Mängelrechten gegen den Verkäufer ergeben:

- Soweit ersichtlich, ist bisher in Rechtsprechung und Literatur nicht vertieft diskutiert worden, ob die oben dargestellte Erfüllungswirkung der Ersatzlieferung durch den Hersteller dazu führt, dass nach Annahme dieser Ersatzlieferung – wie bei der Nacherfüllung unmittelbar durch den Verkäufer – der Verbraucher bei der Geltendmachung weiterer (Mängel-)Ansprüche die Mangelhaftigkeit der ersatzweise gelieferten Sache beweisen muss. Ist man dieser Auffassung, müsste der Verbraucher beweisen, dass der sich zeigende Mangel bei der Übergabe der Ersatzlieferung an ihn vorgelegen hat.
- In jedem Fall kommen Mängelrechte des Verbrauchers gegen den Verkäufer überhaupt nur in Betracht, wenn die ursprüngliche Kaufsache auch tatsächlich einen Sachmangel im Sinne von § 434 BGB hatte. Hat der Verbraucher keinen Zugriff mehr auf diese Kaufsache, etwa weil der Garantiegeber diese bereits entsorgt hat, kann sich dies nachteilig auf seine Beweissituation auswirken. Beispielsweise kann die Sache in einem Zivilrechtsstreit nicht mehr unmittelbar von einem gerichtlichen Sachverständigen begutachtet und auf Mängel untersucht werden.

### **(c) Erschwerte Vertragsauflösung**

Das Fehlschlagen eines Reparaturversuchs durch den Hersteller muss sich der Verkäufer außerhalb des Anwendungsbereichs von § 278 BGB (s.o.) nicht zurechnen lassen (vgl. Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 443 BGB, Rn 21.). Infolgedessen muss ihm der Käufer gegebenenfalls noch zwei weitere Reparaturversuche zubilligen, bevor die Nacherfüllung im Sinne von § 440 BGB als fehlgeschlagen gilt und er vom Kaufvertrag zurücktreten kann. Hätte er von Anfang an seine Gewährleistungsrechte durchgesetzt, hätte hierzu ein weiterer (erfolgloser) Reparaturversuch genügt. Dieser Umstand gibt jedoch aus mehreren Gründen keinen Anlass für gesetzgeberische Maßnahmen:

- Der Vertrag und demzufolge auch das Käuferinteresse ist auf den Erhalt einer mangelfreien Sache (und nicht auf den Rücktritt) gerichtet;
- § 440 Satz 2 BGB gibt dem Verkäufer kein Recht auf zwei Reparaturversuche. Es ist dort lediglich normiert, dass eine Nacherfüllung grundsätzlich nach dem zweiten erfolglosen Reparaturversuch des Verkäufers als fehlgeschlagen gilt. Die Regelung nimmt damit Bezug auf einen der drei Ausnahmetatbestände in § 440 Satz 1 BGB, unter dessen Voraussetzungen der Verbraucher auch dann vom Kaufvertrag zurücktreten kann, wenn er dem Verkäufer zuvor keine

konkrete Frist für die Nacherfüllung gesetzt hat. Hat der Verbraucher den Verkäufer hingegen unter Setzung einer angemessenen Frist (einmal) zur Nacherfüllung aufgefordert, kommt es grundsätzlich nur auf den (erfolglosen) Ablauf dieser Frist an.

- Der Verkäufer verliert schon heute gemäß § 440 Satz 1, 3. Hs BGB vollständig (!) sein Recht auf zweite Andienung, wenn dem Verbraucher (weitere) Nacherfüllungsmaßnahmen unzumutbar sind.

#### **(d) Gefahr der Verjährung**

Gewährleistungsansprüche und etwaige Ansprüche aus einem Garantievertrag unterliegen grundsätzlich unterschiedlichen Verjährungsfristen, die separat voneinander laufen. Mit Blick auf § 425 BGB ist insoweit insbesondere unerheblich, dass es sich bei Verkäufer und Hersteller gegebenenfalls um Gesamtschuldner handelt. Nimmt der Verbraucher den Hersteller in Anspruch, ohne gleichzeitig verjährungshemmende Maßnahmen gegenüber dem Verkäufer zu ergreifen, besteht aus seiner Sicht deshalb die Gefahr, dass die Gewährleistungsfrist noch während der Inanspruchnahme des Herstellers abläuft. Dies gilt vor allem dann, wenn sich ein Mangel erst gegen Ende dieser Frist zeigt oder es auf Seiten des Herstellers zu erheblichen Verzögerungen bei der Bearbeitung des Garantiefalls kommt.

Begegnet man – wie im Kapitel „Neubeginn der Verjährung nach Nacherfüllung“ vorgeschlagen – dem identischen Problem bei der Geltendmachung von Nacherfüllungsansprüchen gegenüber dem Verkäufer durch einen Neubeginn der Verjährungsfrist, führt dies im Übrigen zu einem weiteren Nachteil für den Verbraucher, der zunächst den Hersteller in Anspruch genommen hat.

## **2. Zusammenfassung der Ergebnisse der Anhörung**

Die von der Projektgruppe durchgeführte Anhörung bestätigte im Wesentlichen die rechtliche Ausgangslage / Problemstellung, hinsichtlich etwaiger Schlussfolgerungen ergab sich jedoch ein unterschiedliches Meinungsbild.

Bereits die Frage, ob gesetzgeberische Maßnahmen dem Grunde nach erforderlich sind, wird von den angehörten Stellen sehr uneinheitlich beantwortet. Hervorzuheben sind insoweit die Stellungnahmen der Landesjustizverwaltungen. Von den neun Landesjustizverwaltungen, die sich inhaltlich zum Arbeitspapier geäußert haben, sprechen sich vier (BW, MV, SN, ST) gegen einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf aus bzw. geben entsprechende Einschätzungen ihrer gerichtlichen Praxis weiter. Die anderen fünf Landesjustizverwaltungen (NRW, NI, RP, BB und BY) geben hingegen - wenn zum Teil auch unter Hinweis auf mehr oder weniger deutliche Gegenstimmen aus der beteiligten Praxis - ein differenzierteres Meinungsbild ab. Gleiches gilt für die beteiligten

Rechtswissenschaftler. Auch hier stehen sich Befürworter und Ablehner gesetzgeberischer Maßnahmen gegenüber.

Die Befürworter gesetzgeberischen Handlungsbedarfs verfolgen unterschiedliche Ansätze bzw. vertreten differenzierte Auffassungen hinsichtlich der zunächst in der Projektgruppe erörterten Vorschläge. Dies gilt ebenso für die Stellungnahmen, die sich nur „hilfsweise“ mit den Vorschlägen befassen. Hierauf wird nachfolgend näher eingegangen.

### **3. Verbraucher-/Rechtspolitische Handlungsbedarf / Schlussfolgerungen**

Die Projektgruppe geht auch nach den Ergebnissen der Anhörung davon aus, dass einem Verbraucher, der bei einem Mangel der Kaufsache als erstes den Hersteller als Garantiegeber in Anspruch nimmt, Nachteile in Bezug auf die spätere Geltendmachung von Mängelansprüchen gegenüber dem Verkäufer entstehen. Sie ist der Auffassung, dass dieser unbefriedigenden Rechtslage durch geeignete gesetzgeberische Maßnahmen so weit wie möglich zu begegnen ist.

#### **a) Gesetzgeberischer Handlungsbedarf**

Folgende Erwägungen gegen die Annahme eines gesetzgeberischen Handlungsbedarfs sind im Rahmen der Anhörung an die Projektgruppe herangetragen worden:

- (1) Eine – der Ausgangsthese zugrunde gelegte – Herstellergarantie habe ihre Grundlage immer in einer eigenständigen vertraglichen Beziehung zwischen Hersteller und Käufer. Allein der Umstand, dass der Verbraucher schlechter stehen kann, wenn er zuerst die Herstellergarantie statt den Verkäufer in Anspruch nimmt, offenbare – auch mit Blick auf das Leitbild des kritischen, aufgeklärten Verbrauchers – keinen zwingenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf.
- (2) Fälle, in denen einem „Geschädigten“ Ansprüche gegen verschiedene Personen zustehen, gebe es auch sonst. So sei es etwa im Baurecht Sache des Bauherrn, sich mit den verschiedenen Anspruchsgegnern auseinander zu setzen, ohne dass bisher eine besondere Schutzbedürftigkeit des Bauherrn gesehen worden sei.
- (3) Die Garantie eines Dritten biete für den Käufer wesentliche Vorteile, da sie oft inhaltlich über die Gewährleistungsrechte hinausgehe und der Käufer einen zusätzlichen Schuldner erlange. Vor diesem Hintergrund sei es hinnehmbar, wenn der Käufer in manchen Fällen bei der Durchsetzung seiner Gewährleistungsansprüche Nachteile erleide, zumal er gegebenenfalls auch Sekundäransprüche gegen den Garantiegeber geltend machen könne.
- (4) Es gäbe bereits ausreichende Regelungen zum Schutz der Verbraucher.

Die kritischen Stimmen zum gesetzgeberischen Handlungsbedarf sind von nicht unerheblichem Gewicht. Die Projektgruppe vermag sich ihnen im Ergebnis jedoch nicht anzuschließen. Insbesondere die drohende Verschlechterung der Beweissituation sowie die Möglichkeit der Verjährung der

Gewährleistungsansprüche können dazu führen, dass eine Garantie faktisch der Durchsetzung des Verbraucherinteresses an einer mangelfreien Kaufsache entgegensteht. Diese Gefahr ist nicht nur für den Verbraucher unvorhersehbar, sondern läuft auch dem Wesen einer Garantie zuwider, die gesetzliche Mängelhaftung zu verstärken und zu ergänzen. Ihr ist daher durch geeignete Maßnahmen zu begegnen.

Diese Auffassung entspricht im Übrigen der gegenwärtigen Beschlusslage im Bundesrat. Mit Beschluss vom 1. Februar 2013 (BR-Drs. 817/12) hat der Bundesrat aus Anlass der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie die Bundesregierung gebeten sicherzustellen, dass „ein Verbraucher bei der Inanspruchnahme einer Herstellergarantie weder aus rechtlichen noch aus tatsächlichen Gründen in seinen gesetzlichen Gewährleistungsrechten gegenüber dem Verkäufer behindert wird“. Auch die damalige Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung (BT-Drs. 17/12637) zugestanden, dass ein Verbraucher davor geschützt werden müsse, durch unzutreffende Angaben des Verkäufers an einer wirksamen Geltendmachung seiner gesetzlichen Mängelhaftungsrechte gehindert zu werden. Sie hat lediglich – aus Sicht der Projektgruppe zu Unrecht – das bereits geltende Recht insoweit für ausreichend erachtet.

#### **b) Keine Abhilfe (allein) durch Information/Aufklärung der Verbraucher**

Schon jetzt sieht das Gesetz – worauf im Rahmen der Anhörung vor allem von Seiten der Rechtswissenschaft hingewiesen worden ist - Informations- und Belehrungspflichten hinsichtlich etwaiger Mängelrechte vor. Nach § 312a Abs. 2 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246 Abs. 1 Nr. 5 EGBGB muss der Verkäufer in bestimmten Fällen den Verbraucher über das Bestehen eines gesetzlichen Mängelrechts für die Waren und gegebenenfalls über das Bestehen und die Bedingungen von Garantien belehren. Eine mit Blick auf einen Verbrauchsgüterkauf abgegebene Garantieerklärung im Sinne von § 443 BGB muss zudem gemäß § 477 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 BGB stets in einfacher und verständlicher Fassung den Hinweis auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers und deren Fortgeltung enthalten.

Diese Informations- und Belehrungspflichten sind jedoch ungeeignet, den oben dargestellten Nachteilen des Verbrauchers hinreichend zu begegnen. Dabei kann letztlich dahinstehen, dass diese Pflichten bereits bei Vertragsschluss, also zu einem Zeitpunkt zu erfüllen sind, zu dem der Verbraucher sich regelmäßig noch keine (konkreten) Gedanken über die Geltendmachung von Mängel- oder Garantierechten machen wird. Die fehlende Eignung ergibt sich schon daraus, dass weder § 312a Abs. 2 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246 Abs. 1 Nr. 5 EGBGB noch § 477 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 BGB eine Pflicht begründen, den Verbraucher über die oben dargestellten potentiellen Nachteile/Folgewirkungen bei der Inanspruchnahme einer Garantie zu belehren. Der nach § 477 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 2. HS BGB zu erteilende Hinweis, dass die sich aus dem Verbrauchsgüterkauf ergebenden Rechte des Verbrauchers durch die Garantie nicht eingeschränkt werden,

erweist sich vor dem Hintergrund der möglichen Nachteile bei einer vorherigen Inanspruchnahme der Garantie vielmehr sogar als unzutreffend.

Die Projektgruppe erachtet es auch nicht als einen tragfähigen Lösungsansatz, den Verkäufer gesetzlich zur Aufklärung des Verbrauchers über die Eigenschaften der beiden Abhilferegime Gewährleistung und Garantie sowie die unterschiedlichen Rechtsfolgen bei deren Inanspruchnahme zu verpflichten. Hier stellt sich schon die Frage, welche – aus Verbrauchersicht hilfreichen – Inhalte diese Aufklärung haben sollte.

Entsprechend den vorstehenden Ausführungen kann der allgemeine Hinweis darauf, dass die Käuferrechte trotz Inanspruchnahme der Herstellergarantie bestehen bleiben, dem Käufer ein unrealistisches Bild über seine Rechte vermitteln. In welchen Fallkonstellationen eine Verschlechterung der Beweissituation droht (siehe ausführliche Darstellung oben), dürfte dem juristischen Laien indessen kaum zu vermitteln sein.

Umgekehrt ist es auch keine sachgerechte Lösung, dem Verbraucher die generelle Empfehlung an die Hand zu geben, er möge sich im Falle eines Sachmangels stets nur an den Verkäufer halten, und damit letztlich von der Inanspruchnahme einer Garantie abzuraten. Dem stehen nicht nur Sinn und Zweck einer Garantie entgegen, sondern auch der Umstand, dass Ansprüche aus Garantieverträgen oftmals geringen Anforderungen unterliegen. Im Übrigen liegt eine solche Empfehlung auch nicht im Interesse der Unternehmen, welche die Garantie als absatzförderndes Argument nutzen oder über entgeltliche Garantievereinbarungen zusätzliche Einnahmen erzielen.

### **c) Erleichterung Verkäuferregress nicht ausreichend**

Zumindest für die Fälle, in denen der Verkäufer sich von Anfang an gezielt seinen gesetzlichen Verpflichtungen entzieht und den Verbraucher an den Hersteller verweist, könnte ein alternativer Lösungsweg darin gesehen werden, durch eine gesetzliche Erleichterung des Unternehmerregresses des Verkäufers gegenüber dem Hersteller nach § 478 BGB die Bereitschaft des Verkäufers zur Erfüllung seiner Gewährleistungspflichten zu steigern. Hiergegen spricht jedoch, dass § 478 BGB dem wegen eines Sachmangels in Anspruch genommenen Verkäufer bereits jetzt weitreichende Privilegien gegenüber dem Hersteller einräumt und es folglich zu bezweifeln steht, dass weitere Erleichterungen des Regresses (z.B. durch Ausschluss der Wirkung des § 377 Abs. 2 BGB – vgl. Verweis in § 478 Abs. 6 BGB) insoweit eine ausreichende Anreizwirkung für Verkäufer entfalten könnten. Ferner kann dieser Ansatz nicht die bestehenden rechtlichen und tatsächlichen Nachteile für Verbraucher kompensieren, die sich aus eigener Initiative heraus zunächst an den Hersteller als Garantiegeber wenden. Wo im Verhältnis zwischen Verkäufer und Verbraucher nach geltendem Recht keine Gewährleistungsansprüche durchsetzbar sind, dort kann es im Ergebnis auch nicht auf besonders günstige Regressmöglichkeiten ankommen.

#### **d) Keine allgemeine Zurechnungsnorm hinsichtlich Mängelbeseitigungsmaßnahmen des Herstellers/eines Dritten**

Die Projektgruppe hatte bei der von ihr durchgeführten Anhörung eine Zurechnungsnorm zur Diskussion gestellt, wonach dem Verkäufer im Rahmen seiner Gewährleistung – abweichend von § 278 BGB – bereits dann Mängelbeseitigungsmaßnahmen des Herstellers bzw. eines Dritten zugerechnet werden sollten, wenn er den Verbraucher an den Hersteller bzw. den Dritten verwiesen hatte.

Der Vorschlag war wie folgt formuliert:

*Der Verkäufer muss Maßnahmen der Nacherfüllung durch einen Dritten und darauf gerichtete Erklärungen gegen sich gelten lassen, wenn der Verbraucher ihm gegenüber zuvor einen Sachmangel gerügt hat, es sei denn, der Verkäufer hatte den Verbraucher nicht zwecks Beseitigung des gerügten Mangels an den Dritten verwiesen oder die Sache war frei von Sachmängeln.*

Gegen die Schaffung einer derartigen Zurechnungsnorm gab es zahlreiche rechtsdogmatische Vorbehalte. Zusammenfassend wurde gegen den Vorschlag vor allem vorgebracht, dass die gravierenden Folgen einer Zurechnung, nämlich die Haftung des Verkäufers für unberechtigte Erfüllungsverweigerungen, überobligatorische Zusagen, falsche Beratung und sogar Mangelanerkenntnisse des Herstellers oder eines Dritten nur unter den (strengeren) Voraussetzungen der §§ 164, 278 BGB gerechtfertigt seien. Darüber hinaus wurde die Befürchtung geäußert, dass im Falle einer umfassenden Zurechnung Streitverkündungen und Nebeninterventionen die Rechtsstreitigkeiten unnötig überfrachten könnten.

Vor dem Hintergrund dieser Gegenstimmen sieht die Projektgruppe jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt davon ab, den Lösungsansatz über eine umfassende Zurechnungsnorm weiter zu verfolgen (siehe dazu aber auch unter Ziffer 4. c), wenngleich sich nur mit dieser etwaige Nachteile aus einer vom Verkäufer veranlassten Inanspruchnahme des Garantiegebers vollständig ausschließen lassen.

#### **4. Lösungsvorschläge**

Die Projektgruppe spricht sich für folgende Maßnahmen aus:

##### **a) Ergänzende Beweisregelung in § 476 BGB**

Erhebliche Bedeutung hat aus Verbrauchersicht die unter Ziffer 1. c) dargestellte Verschlechterung der Beweislage bei der Geltendmachung von Mängelrechten nach einem gescheiterten Reparaturversuch des Herstellers (im Vergleich zur sofortigen Inanspruchnahme des Verkäufers). Hierfür

gibt es verschiedene Ursachen, der wesentliche Grund ist jedoch der zwischenzeitliche Ablauf der Frist des § 476 BGB. Hier möchte die Projektgruppe ansetzen.

Die durch den Ablauf der Frist des § 476 BGB drohenden Nachteile können zumindest minimiert werden, indem man eine separate Sechs-Monats-Frist normiert, die allein mit Blick auf die Inanspruchnahme der Garantie gilt und (zu Lasten des Verkäufers) eine Vermutung begründet, dass innerhalb dieser Frist auftretende Mängel bereits zum Zeitpunkt der Übergabe an den Hersteller vorhanden gewesen sind. Liegt die Übergabe an den Hersteller wiederum innerhalb der Frist des „originären“ § 476 BGB (d.h. in dem Zeitraum von 6 Monaten nach Übergabe der verkauften Sache), würde dies die Vermutung begründen, dass die Mängel bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vom Verkäufer auf den Verbraucher vorgelegen haben.

Konkret schlägt die Projektgruppe vor, § 476 BGB folgenden Absatz 2 hinzuzufügen:

***„Hat ein Verbraucher eine Garantie gemäß § 443 BGB in Anspruch genommen und zeigt sich innerhalb von sechs Monaten nach Rückgabe durch den Garantiegeber ein Sachmangel, so wird vermutet, dass sich der Mangel bereits bei Übergabe an den Garantiegeber gezeigt hat, wenn der Verbraucher dem Verkäufer gegenüber zuvor einen Sachmangel gerügt hatte. Dies gilt nicht, wenn der Verkäufer den Verbraucher nicht zwecks Beseitigung des gerügten Mangels an den Garantiegeber verwiesen hatte oder diese Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist“.***

Getragen von den nachfolgenden Überlegungen berücksichtigt der Vorschlag diverse Anregungen aus der Anhörung und ist geeignet, einen angemessenen Ausgleich der wechselseitigen Interessen der Vertragsparteien herbeizuführen:

- (1) Die vorgeschlagene Regelung hat keine rechtliche Erweiterung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers zur Folge. Dieser hat nach wie vor nur für Mängel einzustehen, bei denen davon auszugehen ist, dass sie bereits bei Gefahrübergang vorhanden gewesen sind. Seine Möglichkeit zur Abwehr von Mängelansprüchen des Verbrauchers verschlechtert sich nur, wenn er die in der vorgeschlagenen Regelung aufgenommene Vermutung nicht entkräften bzw. widerlegen kann.
- (2) Mit der vorgeschlagenen Regelung wird von einer in der Projektgruppe zunächst diskutierten Verlängerung oder Hemmung der Frist des § 476 BGB (in seiner gegenwärtig geltenden Fassung) abgesehen. Dies geschieht auch im Interesse des Verkäufers. Ungeachtet der Frage, an welchen konkreten Zeitpunkt ein derartiger Hemmungstatbestand anzuknüpfen wäre, erscheint es mit Blick darauf, dass die Zeiträume zwischen Auftreten des Mangels, einer etwaiger Rüge beim Verkäufer sowie der Übergabe der Kaufsache an den Hersteller

sehr unterschiedlich sein können, nicht sachgerecht, dem Verkäufer (ohne Weiteres) sämtliche „Verzögerungen“ im Wege einer fortdauernden Anwendbarkeit des § 476 BGB anzulasten.

- (3) Andererseits ist dem Verbraucher aber auch ein hinreichender Prüfzeitraum zuzubilligen, der bei einer „bloßen“ Hemmung der Frist des § 476 BGB nicht gewährleistet wäre.
- (4) Damit die Umkehr der Beweislast nicht ins Leere geht bzw. gehen kann, darf es letztlich nicht darauf ankommen, wie lange sich der Garantiegeber mit der Sache befasst hat. Andererseits ist es der Verkäuferseite nicht zumutbar, dass sich ein Verbraucher noch Jahre nach der Übergabe der Sache an den Hersteller unter Hinweis auf die in § 476 BGB normierten Vermutungen an seinen Verkäufer wenden kann, wenn dieser bis dahin unbeteiligt gewesen ist. Aus diesem Grund setzt die vorgeschlagene Vermutungsregelung tatbestandlich eine vorherige Sachmangelrüge des Verbrauchers und den anschließenden Verweis an den Hersteller durch den Verkäufer voraus.
- (5) Neben der Unvereinbarkeit der Art der Sache und des Mangels ist auch die Frage, ob der Verkäufer den Verbraucher an den Hersteller verwiesen hat, als Ausnahmetatbestand formuliert. Im Streitfall trägt demnach der Verkäufer die Beweislast, dass er den Verbraucher auf eine entsprechende Sachmangelrüge nicht an den Hersteller verwiesen hat. Da es sich hierbei um eine „negative Tatsache“ handelt, muss der Verbraucher im Rahmen einer sekundären Darlegungslast zwar (weiterhin) einen solchen Verweis konkret darlegen. Kann der Verkäufer diese Darlegung jedoch nicht widerlegen, ist im Streitfall davon auszugehen, dass er den Verbraucher an den Hersteller verwiesen hat.
- (6) Wenn feststeht, dass ein Dritter (und nicht der Verkäufer) Mängelbeseitigungsarbeiten vorgenommen hat, nachdem der Verbraucher gegenüber dem Verkäufer Mängel gerügt hat, dürfte oftmals schon der Beweis des ersten Anscheins dafür sprechen, dass der Verkäufer den Verbraucher zuvor an diesen verwiesen hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich bei dem Dritten um den Hersteller oder einen (anderen) Garantiegeber handelt. Ungeachtet dessen spricht für die Normierung einer entsprechenden Vermutung, dass zwischen Verbrauchern und Verkäufern überwiegend Vier-Augen-Gespräche stattfinden dürften und dem unternehmerisch tätigen Verkäufer zuzumuten ist, im Einzelfall einen anderen Gesprächsverlauf zu belegen.
- (7) Es bedarf keiner Klarstellung, wem gegenüber die Vermutung wirken soll, da gemäß § 474 Abs. 2 BGB die „folgenden Vorschriften“ ergänzend (nur) für den Verbrauchergüterkauf gelten.
- (8) Nach ihrem Wortlaut erfasst die vorgeschlagene Regelung zwar grundsätzlich auch solche Mängel, die sich erstmals nach der Übergabe an den Garantiegeber gezeigt haben. Es entspricht jedoch dem Wesen einer gesetzlichen Vermutung, dass unter den normierten Vo-

oraussetzungen (Anknüpfungstatsachen) bestimmte Tatsachen „vermutet“ werden. Ob sich der Begünstigte auf die Vermutung beruft bzw. die Vermutung durch die gegebenen Umstände erschüttert oder sogar widerlegt ist, ist eine Frage der prozessualen Darlegungs- und Beweislast.

#### **b) Neubeginn Gewährleistungsfrist**

Die vorstehenden Erwägungen gelten auch für eine Regelung zum Neubeginn der Gewährleistungsfrist, mit der die Gefahr des zwischenzeitlichen Ablaufs der Gewährleistungsfrist bei vorheriger Inanspruchnahme des Herstellers zumindest minimiert werden könnte. Indes ist hier analog zu den Überlegungen im Kapitel „Neubeginn der Verjährung nach Nacherfüllung“ eine umfassende, nicht auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkte Regelung zu treffen.

Durch einen hinreichend deutlichen Hinweis in der Gesetzesbegründung ist zudem sicherzustellen, dass die Neuregelung keine (negativen) Auswirkungen auf die tatbestandlichen Voraussetzungen der (allgemeinen) Zurechnung nach § 278 BGB hat, sondern zusätzlich eine partielle Zurechnung „in Ansehung der Verjährung“ schafft.

Das Bedürfnis für eine ausdrückliche Regelung hinsichtlich der Folgen der Inanspruchnahme einer Garantie für den Lauf der Gewährleistungsfrist entfällt nicht deshalb, weil nach herrschender Rechtsprechung – wie im Rahmen der Anhörung angemerkt – bei einem Verweis durch den Verkäufer oftmals die in § 203 BGB beschriebene, äußerst weit zu verstehende Situation einer Verhandlung gegeben ist, welche (ohnehin) die Hemmung der Gewährleistungsfrist zur Folge hat. Zum einen erfasst diese Rechtsprechung nicht sämtliche Fälle, in denen der Verkäufer den Verbraucher an den Hersteller verwiesen hat, zumal bei § 203 BGB der Verbraucher die Beweislast für sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen trägt. Zum anderen ist der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit gehalten, für diese regelmäßig wiederkehrenden Fälle eine bewusste Entscheidung zu treffen. Dies gilt umso mehr, als auch die Bestimmung des gemäß § 203 BGB für die Dauer der Hemmung maßgebliche „Endes der Verhandlungen“ mit Unsicherheiten rechtlicher und tatsächlicher Art behaftet ist.

Der konkrete Vorschlag der Projektgruppe lautet demnach, anknüpfend an den Regelungsvorschlag zum Kapitel „Neubeginn der Verjährung nach Nacherfüllung“ in § 438 BGB zwischen Absatz 2 und Absatz 3 einen weiteren Absatz einzufügen:

***Hat ein Käufer wegen eines gegenüber dem Verkäufer zuvor gerügten Sachmangels eine Garantie gemäß § 443 BGB in Anspruch genommen, gelten für Maßnahmen, die der Garantiegeber in Ansehung dieses Sachmangels vornimmt, Absatz 2 Satz 2 bis 4***

***entsprechend. Dies gilt nicht, wenn der Verkäufer den Käufer nicht zwecks Beseitigung des gerügten Mangels an den Garantiegeber verwiesen hatte.***

### **c) Praktische Auswirkungen im Blick halten**

Wie bereits dargestellt, sieht die Projektgruppe angesichts des Ergebnisses der zum Arbeitspapier durchgeführten Anhörung zum gegenwärtigen Zeitpunkt davon ab, den Lösungsansatz über eine Zurechnungsnorm weiter zu verfolgen. Sie spricht sich allerdings zugleich dafür aus, die praktische Relevanz der unter Ziffer 1. dargestellten Problematik bei der sukzessiven Geltendmachung von Garantie- und Mängelansprüchen weiterhin im Blick zu behalten, da ihr die hier unter Ziffer 4. a) und b) dargestellten Lösungsansätze rechtlich nur partiell begegnen. Die oben wiedergegebene Zurechnungsnorm hätte aus Verbrauchersicht folgende Vorteile:

- Der Verbraucher könnte in den Fällen einer (schuldhaften) integritätsverletzenden Nacherfüllung durch den Garantiegeber auch den Verkäufer in Anspruch nehmen (vgl. Ziffer 1. c) zu (2)).
- Liefert der Garantiegeber eine Ersatzsache, findet auch insoweit im Verhältnis zwischen Verkäufer und Verbraucher – wie bei der Lieferung einer Ersatzsache durch den Verkäufer selbst – die Beweislastumkehr nach § 476 BGB Anwendung
- die Lösungsvorschläge unter Ziffer 4. a) und b) wären entbehrlich.

## **VI. Nutzungsausfall bei Nacherfüllung**

### **1. Problem**

Macht der Käufer wegen eines Mangels der Kaufsache Nacherfüllung geltend, so kann dies damit verbunden sein, dass der Käufer während der Nacherfüllung den Kaufgegenstand nicht nutzen kann. So muss der Käufer im Fall der Nachbesserung während der Reparatur auf die Kaufsache grundsätzlich verzichten, und dieser Verzicht betrifft regelmäßig nennenswerte Zeiträume. Denn anders als der Werkunternehmer kann der Verkäufer die Sache in der Regel nicht selbst reparieren, sondern muss den Hersteller oder einen Dritten mit der Mangelbeseitigung beauftragen, was schon angesichts notwendiger Transportwege mehrere Tage in Anspruch nehmen kann.

**Beispiel:** Ein Verbraucher kauft ein neues Kfz. Nach drei Monaten will der Käufer mit seiner Familie mit dem Auto in den Urlaub fahren. Zwei Tage vor dem Urlaub stellt er fest, dass die Zylinderkopfdichtung kaputt ist. Eine rechtzeitige Reparatur zum Urlaubsbeginn ist dem Händler nicht möglich. Ist der Defekt vom Händler nicht zu vertreten, muss der Käufer auf eigene Kosten einen Mietwagen nehmen, sofern nicht eine Herstellergarantie einen Anspruch auf ein Ersatzfahrzeug enthält.

Der erzwungene Verzicht auf eine Kaufsache ist immer mit Unannehmlichkeiten verbunden, die nicht nur bei Kraftfahrzeugen, sondern beispielsweise auch bei elektronischen Geräten, medizinisch notwendigen Produkten oder Sportartikeln mit saisonal begrenzter Verwendbarkeit erheblich sein können und im Falle einer notwendigen Ersatzbeschaffung auch zu finanziellen Verlusten führen können.

Die Verbraucherschutzministerkonferenz hat sich 2013 (TOP 47, Nr. 2) dafür ausgesprochen zu untersuchen, ob und unter welchen Umständen ein Verkäufer verpflichtet werden könnte, bei länger andauernder Nacherfüllung dem Verbraucher eine Ersatzsache zur Verfügung zu stellen.

## **2. Anhörung**

Die Projektgruppe hat in einem ersten Schritt die rechtliche und tatsächliche Dimension des Problems aufgearbeitet und als mögliche Lösungsansätze die Einführung eines verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruches, die Festschreibung eines Anspruches auf Zurverfügungstellung einer Ersatzsache und die Einführung von Informationspflichten des Verkäufers aufgezeigt. Zu ihren in einem Arbeitspapier vom 16. September 2014 dargelegten Thesen hat die Projektgruppe sodann eine umfangreiche Anhörung der gerichtlichen Praxis<sup>2</sup> sowie von Vertretern der Rechtswissenschaft,<sup>3</sup> berufsständischer Körperschaften,<sup>4</sup> von Verbraucherverbänden<sup>5</sup> und von Wirtschaftsverbänden<sup>6</sup> durchgeführt.

### **a) Anhörungsergebnis zu der rechtlichen und tatsächlichen Ausgangslage**

Im Ergebnis der Anhörung ist die in dem Arbeitspapier der Projektgruppe dargestellte Ausgangslage sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht bestätigt worden. Übereinstimmend ist von den Vertretern der Rechtswissenschaft und aus der gerichtlichen Praxis ausgeführt worden, dass der Käufer durch das bestehende Gewährleistungsrecht gegen den Nutzungsausfall während einer Nacherfüllung bereits weitgehend abgesichert ist, dass aber dennoch Fallkonstellationen

---

<sup>2</sup> Es sind Stellungnahmen der gerichtlichen Praxis aus folgenden Bundesländern berücksichtigt: Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Sachsen.

<sup>3</sup> Angehört wurden: Prof. Dr. Stephan Lorenz (LMU München), Prof. Dr. Beate Gsell (LMU München), Prof. Dr. Barbara Grunewald (Universität zu Köln) und Prof. Dr. Florian Faust (Bucerius Law School, Hamburg).

<sup>4</sup> Bundesrechtsanwaltskammer, Bundesnotarkammer.

<sup>5</sup> Auf Seiten der Verbraucher haben Stellung genommen: Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., Verbraucherkommission Baden-Württemberg und ADAC.

<sup>6</sup> Stellung genommen haben: Zentralverband des Deutschen Handwerks, Zentralverband Deutsches Kraftfahrzeuggewerbe, Zentralverband der Elektroindustrie, Verband der Automobilindustrie, Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V., Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V. sowie der Handelsverband Deutschland.

denkbar sind, in denen der Nutzungsausfall während einer Nacherfüllung tatsächlich einen erheblichen Nachteil für den Käufer darstellen kann. Konkretisiert worden ist, dass eine Schutzlücke nur dann besteht, wenn der Käufer den Nutzungsausfall nicht durch die Wahl der (schnellen) Ersatzlieferung auffangen kann und eine Nachbesserung trotz zügiger Vornahme durch den Verkäufer erhebliche Zeit erfordert. Die gerichtliche Praxis weist darauf hin, dass solche Fälle eher selten auftreten.

In tatsächlicher Hinsicht besteht Einigkeit, dass es in diesen eher seltenen Konstellationen im Einzelfall allerdings zu erheblichen Nachteilen für den Käufer kommen kann, die eine fehlende Kompensation unbillig erscheinen lassen.

Zu den von der Projektgruppe in dem Arbeitspapier aufgeworfenen Fragen

- (1) Bei welchen Produktgruppen können für den Käufer erhebliche Nachteile entstehen?
- (2) Gibt es Produktgruppen und Fallkonstellationen, in denen ein kompensationsloser Nutzungsausfall als unbillig angesehen werden kann?

wurde nur vereinzelt und uneinheitlich Stellung genommen.

Die gerichtliche Praxis weist darauf hin, dass es stets auf den Einzelfall ankomme, ob für den Käufer durch einen zeitweisen Verzicht auf die Kaufsache erhebliche Nachteile entstehen. Es könne sich nur um Produkte handeln, die von zentraler Bedeutung seien und auf deren ständige Verfügbarkeit der Käufer – insbesondere zur Ausübung seines Berufs oder Gewerbes – angewiesen sei. In den Stellungnahmen wird teilweise zu diesen Fallgruppen ein Nutzungsausfall stets als unbillig angesehen, teilweise wird vertreten, es müsse eine zeitliche Grenze gezogen werden, teilweise wird auf Produkte Bezug genommen, die Gegenstand eines relativen Fixgeschäftes sind. Einzelne Stellungnahmen weisen darauf hin, dass ein kompensationsloser Nutzungsausfall bei Kraftfahrzeugen, bei denen der Nutzungsausfall als ersatzfähiger Schaden anerkannt ist, unbillig sein könne. Als weitere konkrete Beispiele werden Güter der Telekommunikation, sonstige elektronische Geräte (Computer, Software, Waschmaschine, sonstige Elektrohaushaltsgeräte) oder Produkte, die für die Lebensführung elementar sind und dem medizinischen bzw. Gesundheitsbereich zuzuordnen sind, genannt. Teilweise wird ein Rückgriff auf die Kriterien zur Nutzungsausfallentschädigung im Rahmen von Schadensersatzansprüchen (BGHZ – Großer Senat – 98, 212) und die dazu ergangene Kasuistik als ein möglicher Ansatzpunkt genannt.

Im Ergebnis der Anhörung lassen sich keine bestimmten Produktgruppen oder Preiskategorien ausmachen, bei denen eine fehlende Kompensation für Nutzungsausfall grundsätzlich unbillig erscheint.

#### **b) Anhörungsergebnis zu den Möglichkeiten einer Stärkung der Käuferrechte**

Im Ergebnis der Anhörung wird ganz überwiegend kein Bedürfnis für eine Ausdehnung der Käuferrechte gesehen. Aus der gerichtlichen Praxis, von den berufsständischen Körperschaften und von den Wirtschaftsverbänden wird nahezu einhellig eine Änderung der bestehenden Regelungen ab-

gelehnt. Einzelne Verbraucherverbände haben sich dagegen allgemein für eine Stärkung der Käuferrechte ausgesprochen. Auch die angehörte Rechtswissenschaft sieht die Käuferinteressen durch das bestehende Recht weitestgehend abgedeckt und hält – jedenfalls im Hinblick auf das nationale Recht – Änderungen überwiegend nicht für erstrebenswert. Das Problem des kompensationslosen Nutzungsausfalles sei kein spezifisch kaufrechtliches. Auch Mieter, denen eine gemietete Wohnung nicht zur Verfügung gestellt wird, Besteller eines Werkes, das nicht pünktlich geliefert wird, und Personen, deren Sachen zerstört werden, erhielten keinen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfalles. Es empfehle sich daher nicht, für das Kaufrecht eine Sonderlösung einzufügen.<sup>7</sup> Die verbleibenden Schutzlücken beruhen auf der Grundentscheidung des deutschen Rechts, Schadensersatzansprüche prinzipiell verschuldensabhängig auszugestalten. Das bringe es mit sich, dass man Schäden, die Dritte unverschuldet verursachen, als Teil des allgemeinen Lebensrisikos zu tragen habe. Aus der Rechtswissenschaft wird allerdings auf die Problematik der richtlinienkonformen Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verwiesen und hieraus ein Handlungsbedarf abgeleitet (s. u.).<sup>8</sup>

Zu den vorgeschlagenen Reformansätzen im Einzelnen:

#### **aa) Schadensersatz**

Die Anhörung hat, wie oben ausgeführt, ergeben, dass lediglich vereinzelt ein Bedürfnis dafür gesehen wird, über die bestehenden Rechtsbehelfe hinaus die Käuferrechte zu stärken. Sofern die Einführung eines Ausgleichsanspruches für Nutzungsausfall befürwortet wird, werden zur Ausgestaltung verschiedene Möglichkeiten vorgeschlagen, wie zum Beispiel eine Nutzungsausfallpauschale pro Kalendertag, die sich prozentual am Wert des Kaufgegenstandes orientiert und nach mehr als dreitägigem mangelbedingtem Ausfall nach Geltendmachung der Gewährleistungsrechte geschuldet ist.

Prof. Dr. Faust, der insbesondere Artikel 3 Satz 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in das Blickfeld gerückt hat, spricht sich zur richtlinienkonformen Gestaltung dafür aus, einen neuen § 474 Absatz 6 BGB zu schaffen mit folgendem Wortlaut:

„(6) Der Verbraucher kann eine angemessene Entschädigung verlangen, wenn Maßnahmen des Verkäufers zum Zweck der Nacherfüllung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen oder dem Verbraucher erhebliche Unannehmlichkeiten verursachen. Die Höhe der Entschädigung darf den Kaufpreis der betreffenden Sache nicht übersteigen.“

#### **bb) Zurverfügungstellung einer Ersatzsache**

Dieser Vorschlag wird von der gerichtlichen Praxis ganz überwiegend und von den Vertretern der Rechtswissenschaft und den Wirtschaftsverbänden einhellig abgelehnt, insbesondere vor dem

---

<sup>7</sup> Auf diesen Aspekt hat insbesondere Frau Prof. Dr. Grunewald in ihrer Stellungnahme hingewiesen.

<sup>8</sup> So insbesondere Prof. Dr. Faust in seiner Stellungnahme.

Hintergrund, dass Verkäufer dadurch über die Maßen finanziell belastet würden und das Vorhalten von Ersatzsachen nicht praktikabel sei. Einzelne Verbraucherverbände befürworten eine solche Lösung.

Aus der Rechtswissenschaft wird gegen diesen Vorschlag zudem eingewendet, dass das Gesetz dem Verkäufer in bestimmten Konstellationen ohnehin Anreize dafür bietet, dem Käufer freiwillig eine Ersatzsache zu stellen: Wenn die Ersatzlieferung für den Verkäufer erheblich aufwändiger ist als die Nachbesserung, der Verkäufer den Käufer aber dennoch nach § 439 Absatz 3 BGB nicht auf die Nachbesserung verweisen kann, weil diese dem Käufer erheblichen Nutzungsausfall verursachen würde, dann kann der Verkäufer diesen Nutzungsausfall durch die zeitweise Stellung einer Ersatzsache vermeiden und auf diese Weise die relative Unverhältnismäßigkeit der Ersatzlieferung herbeiführen. Er kann also durch Stellung einer Ersatzsache erreichen, dass er durch die – für ihn wesentlich kostengünstigere – Nachbesserung nacherfüllen kann. Ebenso kann er durch die Stellung einer Ersatzsache vermeiden, dass die Nacherfüllung wegen des damit verbundenen Nutzungsausfalls für den Käufer unzumutbar ist und der Käufer daher nach § 440 Satz 1 Variante 3 BGB sofort Sekundärrechte geltend machen kann.<sup>9</sup>

Um diese Rechtslage klarzustellen, schlägt Frau Prof. Dr. Gsell vor, § 440 BGB um einen weiteren Satz mit folgender Formulierung zu ergänzen:

*„Eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung kann sich insbesondere daraus ergeben, dass ein dem Käufer drohender zeitweiser Nutzungsausfall nicht durch verkäuferseitige unentgeltliche Zurverfügungstellung einer Ersatzsache abgewendet werden kann.“*

Frau Prof. Dr. Gsell verweist darauf, dass damit neben mehr Rechtssicherheit auch eine gewisse legislatorische Signalwirkung an die Verkäufer erzielt werden könnte, die sich aufgefordert fühlen sollten, nach Möglichkeit sofort eine Ersatzsache zur Verfügung zu stellen.

### **cc) Informationsgestützter Lösungsansatz**

Die Einführung einer Verpflichtung des Verkäufers, vorvertraglich darüber zu informieren, ob er eine Ersatzsache während der Nacherfüllung bereitstellt oder nicht, wird von den angehörten Experten einhellig abgelehnt. Es wird bezweifelt, dass hierdurch dem Verkäufer ein Anreiz geboten wird, eine Ersatzsache für die Dauer der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen. Zweifel bestehen auch an der Sanktionsfähigkeit von etwaigen Verstößen. Stattdessen wird vereinzelt eine Informationspflicht des Verkäufers über die Alternativen der Ersatzlieferung oder Nachbesserung einschließlich der voraussichtlichen Dauer der Nacherfüllung vorgeschlagen. So könne ein neuer § 439 Absatz 1 Satz 2 BGB regeln, dass die nach h. M. bestehende Bindung des Käufers an eine einmal getroffene Wahl vor der Durchführung der Nacherfüllung eine vorherige Information des Käufers über die Alternativen voraussetze.

---

<sup>9</sup> Zu diesem Aspekt ausführlich Prof Dr. Faust in seiner Stellungnahme.

Teilweise wird auch auf den neuen § 312a BGB verwiesen, wonach der Verkäufer den Verbraucher u.a. über „das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrechts für Waren und gegebenenfalls das Bestehen und die Bedingungen von Kundendienstleistungen und Garantien“ belehren muss. Bei weiter Auslegung dieser Belehrungspflicht könne man bereits de lege lata eine Pflicht des Verkäufers bejahen, den Verbraucher über das gesetzliche Mängelhaftungsrecht und seine Grenzen zu unterrichten und in diesem Rahmen auch darüber, dass ein Nutzungsausfall in der Nacherfüllungsphase nicht ersetzt wird. Hiernach bedürfe es keiner weiteren Informationspflicht.

### **c) Zusammenfassung**

In der Anhörung sind die Ausgangsthesen der Projektgruppe im Wesentlichen bestätigt worden. In den Stellungnahmen wurde detailliert ausgeführt, dass das bestehende Gewährleistungsrecht bereits umfangreiche Rechtsbehelfe vorsieht, mit denen der Käufer einen Nutzungsausfall bei Nacherfüllung vermeiden kann oder die ihm – dies allerdings nur bei Vertretenmüssen des Verkäufers – einen Ausgleich für einen Nutzungsausfall verschaffen können. Es verbleiben aber dennoch Konstellationen, in denen der Käufer den Entzug der Gebrauchsvorteile der Kaufsache hinnehmen muss und hierfür nach dem geltenden Recht keine Kompensation verlangen kann. Die Einschätzung der Projektgruppe, dass es für diese verbleibenden Fälle äußerst schwierig ist, einen Ansatz für eine Änderung der gesetzlichen Vorschriften zu finden, ist ganz überwiegend geteilt worden. Insbesondere lassen sich keine allgemein gültigen Kriterien für die Abgrenzung erheblicher Nachteile festlegen. Es konnten keine bestimmten Produktgruppen, Preiskategorien oder zeitlichen Maßstäbe ermittelt werden, bei denen ein kompensationsloser Nutzungsausfall grundsätzlich unbillig erscheint. Die Einführung eines verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruches wird überwiegend als systemfremd abgelehnt, allerdings aus der Rechtswissenschaft in Hinblick auf Artikel 3 Satz 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie als Lösungsansatz in Erwägung gezogen. Die weiteren vorgeschlagenen Reformansätze sind in der Anhörung ganz überwiegend abgelehnt worden. So wird eine Pflicht des Verkäufers, Ersatzsachen zur Verfügung zu stellen, für unzumutbar und nicht praktikabel gehalten. Gegenüber einem informationsgestützten Lösungsansatz wird die Lenkungswirkung bezweifelt.

### **3. Handlungsbedarf**

Die Projektgruppe hat dieses Ergebnis der Anhörung untersucht und Bedarf und Möglichkeiten einer Gesetzesänderung – auch im Hinblick auf die europäische Rechtslage<sup>10</sup> – erneut diskutiert.

---

<sup>10</sup> In der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (URL 1999/44/EG) ist in Art. 3 Absatz 5 Satz 3 der Grundsatz verankert, dass die Nacherfüllung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen muss.

### **a) Bereits bestehende Rechtsbehelfe bei Nutzungsausfall während der Nacherfüllung**

Um zu prüfen, ob das bestehende Gewährleistungsrecht die Interessen des Käufers als Verbraucher ausreichend schützt, ist zunächst im Rahmen einer Bestandsaufnahme das bestehende System der Rechtsbehelfe in den Blick zu nehmen. Welche Kompensationsmöglichkeiten sieht das geltende Recht vor? Gibt es in dem bestehenden Gewährleistungssystem Konstellationen, in denen der Käufer trotz erheblicher Nutzungsausfallbedingter Nachteile keine Kompensation verlangen kann? Oder sind dem Käufer mit den bestehenden Rechtsbehelfen hinreichend Handlungsmöglichkeiten eröffnet, einen Nutzungsausfall zu vermeiden?

Das System des deutschen Gewährleistungsrechts stellt dem Käufer folgende Rechtsbehelfe zur Seite:

#### *- Schadensersatzanspruch aufgrund ursprünglich nicht mangelfreier Leistung*

De lege lata kann der Käufer im Fall der Mangelhaftigkeit der Sache vom Verkäufer nach § 437 Nummer 3 BGB i. V. m. §§ 440, 280, 281, 283 und 311a BGB Schadensersatz verlangen (zum Beispiel in Höhe der Kosten für die Anmietung einer Ersatzsache oder als Ausgleich für entgangene Gebrauchsvorteile). Dieser Schadensersatzanspruch ist jedoch davon abhängig, dass der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat. Dies ist regelmäßig nicht der Fall. Denn die gesetzliche Vermutung des Verschuldens nach § 280 Absatz 1 Satz 2 BGB kann ein Verkäufer immer dann widerlegen, wenn ein Mangel bereits durch den Hersteller verursacht ist. Der Verkäufer, der lediglich Händler ist, kann im Regelfall problemlos den Beweis des fehlenden Verschuldens führen.

#### *- Schadensersatzanspruch aufgrund Verzugs des Verkäufers mit der Nacherfüllung gemäß § 280 Absatz 1 und 2, §§ 286, 437 Nummer 3 BGB*

Der Nutzungsausfall bei der Nacherfüllung wird als Verzugsschaden erfasst ab dem Zeitpunkt, ab dem der Käufer die Sache bei rechtzeitiger Nacherfüllung hätte nutzen können. Verzögert der Verkäufer die Nacherfüllung, kommt er mit der Mahnung des Käufers, die in aller Regel im Nacherfüllungsverlangen liegt,<sup>11</sup> in Verzug. Hinsichtlich der Verzögerung der Nacherfüllung kann sich der Verkäufer in der Regel nicht nach § 280 Absatz 1 Satz 2 BGB entlasten.

Dieser Anspruch sichert den Käufer allerdings nicht für diejenige Zeit ab, die die Nacherfüllung zwangsläufig erfordert.

#### *- Wahl der Ersatzlieferung statt der Mangelbeseitigung gemäß § 439 Absatz 1 BGB*

Ein reparaturbedingter Nutzungsausfall entsteht dann nicht bzw. muss nicht entstehen, wenn und soweit der Käufer sich ohne Verzögerungen oder sonstige Nachteile eine mangelfreie Ersatzsache verschaffen kann. So kann der Käufer gemäß § 439 Absatz 1 BGB grundsätzlich nach seiner Wahl

---

<sup>11</sup> So *Faust* in BeckOK-BGB, Edition 32, § 437 Rz. 147; *Staudinger/Löwisch/Feldmann*, BGB, Neubearb. 2014, § 286 Rz 60.

vom Verkäufer statt der Beseitigung des Mangels auch die Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Der Anspruch des Käufers auf Übergabe der mangelfreien Ersatzsache ist gemäß § 271 Absatz 1 BGB sofort fällig. In einer Vielzahl der Fälle kann die Ersatzlieferung auch sofort erfolgen. Gerade bei alltäglichen Kaufgegenständen – beispielsweise kleineren Elektro- oder Elektronikartikeln – wird der „Umtausch“ sofort und unproblematisch möglich sein und im Sinne des Erhalts der Kundenzufriedenheit und Kundenbindung auch im Interesse des Verkäufers liegen. Ist eine Ersatzlieferung nicht sofort möglich, kann der Käufer gemäß §§ 348, 439 Absatz 4 BGB die empfangene Sache bis zum Erhalt der Ersatzlieferung behalten. Der Käufer erleidet daher dann keinen Nutzungsausfall, wenn er die Sache trotz des Mangels zunächst bestimmungsgemäß weiterverwenden kann. Anders stellt sich die Situation für den Käufer dar, wenn die Kaufsache in ihrer Funktion beeinträchtigt ist. Der Käufer muss dann bis zur Lieferung der Ersatzkaufsache auf die Nutzung verzichten und kann die damit verbundenen Einschränkungen nicht vermeiden.

Im Übrigen ist die Wahl der Ersatzlieferung für den Käufer nicht mit nennenswerten Nachteilen verbunden. Die Kosten der Abwicklung, insbesondere mögliche Transportkosten, treffen nach § 439 Absatz 2 BGB den Verkäufer. Beim Verbrauchsgüterkauf besteht zudem gemäß § 474 Absatz 5 Satz 1 BGB auch kein Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe von Nutzungen oder deren Wertersatz nach § 346 Absatz 1, 2 Satz 1 BGB (vgl. hierzu Weidenkaff in: Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Auflage, § 474 BGB Rz. 9).

Die Ersatzlieferung scheitert beim Verbrauchsgüterkauf im Regelfall nicht an vertraglichen Ausschlussgründen. Grundsätzlich können die Kaufvertragsparteien den Ersatzlieferungsanspruch zwar vertraglich ausschließen. Beim Verbrauchsgüterkauf ist dies gemäß § 475 BGB allerdings erst nach einer Mängelanzeige des Käufers möglich und spielt deshalb in der Praxis keine größere Rolle. Auch für gesetzliche Ausschlussgründe sind in der Praxis die Voraussetzungen selten erfüllt. Der Verkäufer kann einwenden, dass eine Ersatzlieferung entweder unmöglich (§ 275 Absatz 1 BGB) oder mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden (§ 439 Absatz 3 BGB) oder ihm sonst unzumutbar (§ 275 Absatz 2 und 3 BGB) ist. Die Unmöglichkeit der Ersatzlieferung beim Gattungskauf setzt allerdings den Untergang der gesamten Gattung voraus. Dies kommt nur in Ausnahmefällen, etwa bei spezialisierten, saisonal vermarkteten Waren vor. Der Einwand von unverhältnismäßigen Kosten greift dann nicht, wenn die Nachbesserung erheblich länger dauert als die Ersatzlieferung (§ 439 Absatz 3 BGB; zu der richtlinienkonformen Auslegung des § 439 Absatz 3 BGB und den Folgen für den Anwendungsbereich dieser Norm beim Verbrauchsgüterkauf s. Weidenkaff, a.a.O., § 439 BGB Rz. 14 ff; instruktiv BGH NJW 2012, 1073 ff.).

Nutzungsausfallbedingte Nachteile lassen sich allerdings dann nicht durch die Wahl der Ersatzlieferung vermeiden, wenn die Ersatzlieferung zwangsläufig längere Zeit in Anspruch nimmt. Die Ersatzlieferung kommt auch dann nicht in Betracht, wenn der Käufer ein besonderes Interesse hat, den erworbenen Kaufgegenstand zu behalten und lediglich reparieren zu lassen, beispielsweise

bei Computern, auf denen der Käufer bereits Daten und Einstellungen gespeichert hat. Zudem kann sich die Ersatzlieferung gerade bei hochwertigen Kaufsachen als unverhältnismäßig i. S. d. § 439 Absatz 3 BGB erweisen, wenn Mängel mit begrenztem Aufwand beseitigt werden können.

- *Rücktritt vom Kaufvertrag gem. § 437 Nummer 2 Alternative 1, § 323 BGB als Sekundärrecht und Ersatzbeschaffung durch den Käufer*

Das Gewährleistungsrecht sieht neben der Nacherfüllung als Sekundärrechte den Rücktritt, die Minderung und – bei Vertretenmüssen des Verkäufers – den Schadensersatz vor, § 437 Nummer 2 und 3 BGB. So kann der Käufer im Fall der Mangelhaftigkeit der Sache nach § 437 Nummer 2 Alternative 1 BGB vom Vertrag zurücktreten, sich im Anschluss eine gleichartige Sache anderweitig beschaffen und hierdurch einen – längeren – Nutzungsausfall vermeiden (sog. Deckungskauf). Zwar ist der Rücktritt vom Vertrag grundsätzlich davon abhängig, dass dem Verkäufer eine Nacherfüllungsmöglichkeit eingeräumt wird, § 323 Abs. 1 BGB. Gemäß § 440 Satz 1 Variante 3 BGB ist die Frist zur Nacherfüllung jedoch entbehrlich, wenn dem Käufer die Nacherfüllung unzumutbar ist. Dies kann der Fall sein, wenn der Käufer einen erheblichen Nutzungsausfall während der Frist erleiden würde. Der Käufer kann dann unmittelbar vom Vertrag zurücktreten.

Der Rücktritt vom Vertrag ist für den Käufer allerdings nur dann eine sinnvolle Alternative zur Mangelbeseitigung, wenn ihm die Beschaffung einer Ersatzsache überhaupt möglich bzw. zeitnah und zu vergleichbaren Konditionen möglich ist.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass das bestehende System der Gewährleistungsrechte den Käufer gegen den Nutzungsausfall während einer Nacherfüllung bereits weitreichend absichert. Eine „Schutzlücke“ besteht nur dann, wenn der Käufer den Nutzungsausfall nicht durch die Wahl der (schnellen) Ersatzlieferung umgehen kann oder will und eine Nachbesserung trotz zügiger Vornahme durch den Verkäufer erhebliche Zeit erfordert. Wählt der Käufer die Ersatzlieferung und ist die Funktion der Kaufsache beeinträchtigt, muss er diesen Nutzungsausfall kompensationslos hinnehmen für den Zeitraum, den die Ersatzlieferung dauert, ohne dass der Verkäufer diese verzögert. Je nach den Umständen des Einzelfalles kann ein solcher erzwungener Verzicht für den Käufer mit erheblichen Nachteilen verbunden sein.

**b) Bewertung des Handlungsbedarfs für die verbleibenden Fallkonstellationen**

Ob für die so herausgearbeiteten Fallkonstellationen eine Sonderregelung zu schaffen ist, hängt davon ab, wie diese „Lücken“ bewertet werden.

Innerhalb der Projektgruppe herrschte keine Einigkeit darüber, wie schwerwiegend sich diese in der Praxis auswirken. Gerade die Unterschiedlichkeit der denkbaren Fallgestaltungen macht es so schwierig, zu einer einheitlichen Bewertung zu gelangen. So mag der einwöchige Verzicht auf ei-

nen Pkw für eine Familie ohne Zugang zum öffentlichen Personennahverkehr anders zu bewerten sein als der Verzicht eines Konsumenten auf das neueste Handy-Modell, wenn im Haushalt noch ein älteres Ersatzmodell zur Verfügung steht. Gleichwohl mag die Situation subjektiv anders bewertet werden. Für die Bewertung erschwerend hinzu kommt, dass die Projektgruppe nicht auf empirische Untersuchungen zurückgreifen konnte, die die rechtstatsächliche Relevanz des Problems des Nutzungsausfalles bei Nacherfüllung für Verbraucher erfassen.

Vor diesem Hintergrund hat die Projektgruppe die oben dargestellten Möglichkeiten zur Stärkung der Verbraucherrechte im Einzelnen diskutiert und Stärken und Schwächen der jeweiligen Lösungsansätze herausgearbeitet.

### **aa) Schadensersatzanspruch**

Wie oben ausgeführt decken die vorhandenen Schadensersatzansprüche nach § 437 Nummer 3 BGB i.V.m. §§ 440, 282, 281, 283 und 311a BGB nutzungsausfallbedingte Nachteile des Käufers bei Nachbesserung nur insoweit ab, als der Nutzungsausfall als materieller Schaden anzuerkennen ist und von dem Verkäufer zu vertreten ist. Eine Verbesserung der Rechte des Käufers durch eine Ausweitung der Schadensersatzvorschriften ließe sich nur durch die Schaffung eines verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruches erreichen. Ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruches wäre für das nationale Recht eine Ausnahme und ist im deutschen Gewährleistungsrecht bisher nicht vorgesehen. Zudem ist nicht jeder Entzug von Gebrauchsvorteilen als materieller Schaden ersatzfähig.

Im europäischen Recht bestimmt allerdings die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>12</sup> in Artikel 3 Absatz 5, dass „der Verbraucher eine angemessene Minderung des Kaufpreises ... verlangen (kann), wenn ... der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat oder wenn der Verkäufer nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher Abhilfe geschaffen hat“. Der deutsche Gesetzgeber hat die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie u. a. mit der Neufassung des Gewährleistungsrechtes in der Schuldrechtsreform 2002 umgesetzt und dabei für den Käufer im Falle erfolgreicher und fristgerechter Nacherfüllung weder ein Rücktrittsrecht noch ein Minderungsrecht vorgesehen – dies ergibt sich aus § 437 Nummer 2 i. V. m. § 323 Absatz 1, § 441 Absatz 1 Satz 1 BGB, wonach der Käufer nur zurücktreten bzw. mindern kann, wenn er dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, innerhalb derer die Leistung nicht vertragsgemäß erbracht wurde. Ist eine Nacherfüllung nur mit erheblichen Unannehmlichkeiten möglich, wirkt sich das auf die Rechte des Käufers nur insofern aus, als er nach § 440 Satz 1 Variante 3 BGB ohne Fristsetzung sein Rücktrittsrecht oder sein Minderungsrecht geltend machen kann – denn erhebliche Unannehmlichkeiten machen die Nacherfüllung für den Käufer regelmäßig

---

<sup>12</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

unzumutbar im Sinne des § 440 Satz 1 Variante 3 BGB. Einen effektiven Nutzen hat der Käufer von dieser Regelung aber nur dann, wenn ihm die Unannehmlichkeiten erkennbar sind, bevor der Verkäufer die Nachbesserung durchgeführt hat.

Ob mit den vorhandenen kaufvertraglichen Gewährleistungsregelungen die Vorgabe des Artikels 3 Absatz 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie richtlinienkonform umgesetzt wurde, ist jedenfalls in der Literatur umstritten. Während die Gesetzesbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und Teile des Schrifttums ein Rücktritts- und Minderungsrecht trotz erfolgreicher Nacherfüllung als von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht bezweckt ablehnen,<sup>13</sup> gibt es gewichtige Stimmen in der Literatur, die es als geboten ansehen, dem Verbraucher trotz erfolgreicher Nachbesserung ein Rücktritts- und Minderungsrecht oder jedenfalls ein Minderungsrecht einzuräumen, wobei umstritten ist, ob dies im Wege der richtlinienkonformen Auslegung erreichbar ist oder ob ein verschuldensunabhängiger, auf die Kaufpreishöhe beschränkter Ausgleichsanspruch für bei der Nacherfüllung erlittene, erhebliche Unannehmlichkeiten zu schaffen ist.<sup>14</sup> Hier stellt sich das Problem, wie erhebliche von unerheblichen Unannehmlichkeiten zu unterscheiden sind. Am Nutzungsausfall zeigt sich, dass dies von zahlreichen variablen Umständen des Einzelfalles abhängig ist. Schon die Frage, ob ein Produkt für die Lebensführung des Käufers zentral ist, lässt sich nicht allgemein, zum Beispiel anhand bestimmter Produktgruppen bestimmen, sondern wird immer von den konkreten Lebensumständen des Käufers mitbestimmt (beispielsweise beim Kfz davon, ob der Käufer einen Zweitwagen zur Verfügung hat, ob er das Fahrzeug beruflich benötigt, ob er auf öffentliche Verkehrsmittel umsteigen kann etc.; beim Kühlschrank beispielsweise davon, wie die Außentemperaturen sind, u.a.m.). Ob der Entzug von Gebrauchsmöglichkeiten mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist, hängt zudem von der Zeitdauer ab, die sich nicht abstrakt für alle Pro-

---

<sup>13</sup> So wird u.a. von einem Redaktionsversehen ausgegangen und darauf verwiesen, nach Sinn und Zweck der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zielten die Minderung und die Vertragsauflösung ausschließlich auf den Ausgleich einer mangelbedingten Äquivalenzverschiebung ab, während die Auswirkungen von Integritätspflichtverletzungen gemäß Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie einer innerstaatlichen Lösung vorbehalten blieben; vgl. BT-Drucksache 14/6040 S.223; *Kandler*, Kauf und Nacherfüllung, 2004, S. 612 (614); *Doehner*, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, 2004, S. 255 (260); *Leible* in: Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kap. 10, Rn. 106; *Schlechtriem* in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 205 (219).

<sup>14</sup> Die Kritiker treten insbesondere der Annahme eines Redaktionsversehen vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Richtlinie entschieden entgegen und verweisen zur Zielsetzung der Richtlinie u. a. darauf, dass die in Artikel 3 Absatz 3 Satz 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie festgelegte Pflicht des Verkäufers, ohne erhebliche Unannehmlichkeiten Abhilfe zu schaffen, ansonsten sanktionslos bliebe; s. u. a. *Faust* in: BeckOK-BGB, § 441 Rn 31; *Lorenz* in: MüKoBGB, 6. Aufl., vor § 474 Rn 21; *Ernst/Gsell*, ZIP 2000, 1410; *Deckenbrock/Dötsch*, VuR 2004, 362 (363); *Roth* in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 225 (245); *Tonikidis*, JR 2012, 279 (281); *Pfeiffer*, ZGS 2002, 390 (392).

duktarten gleichermaßen, etwa mit einer Frist von über drei Tagen, festlegen lässt, sondern wiederum von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängt. Schließlich stellt sich auch auf der Rechtsfolgenseite die Frage, in welcher Höhe eine Entschädigung zu gewähren wäre.

Ein Vorschlag für eine generell-abstrakte Erfassung dieser Fragen wäre die Schaffung eines Entschädigungstatbestandes in einem neuen § 474 Absatz 6 BGB mit folgender Formulierung:

*„Der Verbraucher kann eine angemessene Entschädigung verlangen, wenn Maßnahmen des Verkäufers zum Zweck der Nacherfüllung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen oder dem Verbraucher erhebliche Unannehmlichkeiten verursachen. Die Höhe der Entschädigung darf den Kaufpreis der betreffenden Sache nicht übersteigen.“<sup>15</sup>*

Diese Formulierung verdeutlicht aber die Schwierigkeiten der Regelungsproblematik. Fest steht lediglich auf der Rechtsfolgenseite, dass die Entschädigung den Kaufpreis der betreffenden Sache nicht übersteigen darf<sup>16</sup>, ansonsten sind sowohl die Voraussetzungen („erhebliche Unannehmlichkeiten“) als auch die Rechtsfolgen („angemessene Entschädigung“) durch unbestimmte Rechtsbegriffe umschrieben, die sich nur anhand unterschiedlichster Einzelfaktoren ausfüllen lassen. Es wäre die Entwicklung einer uneinheitlichen Einzelfallrechtsprechung zu befürchten, weil es, wie oben ausgeführt, kein klares Meinungsbild dazu gibt, bei welchen Produktgruppen erhebliche Nachteile entstehen und ab welchem Zeitraum dies der Fall ist.

Im Ergebnis würde die Lösung dieser Problematik der Rechtsprechung überlassen sein, die eine verlässliche Kasuistik entwickeln müsste, damit mit einer solchen Regelung Rechtssicherheit und damit letztlich eine Verbesserung der Rechtsstellung des Verbrauchers erreicht werden könnte. Jedenfalls dann, wenn isoliert um den Nutzungsausfall gestritten wird, dürfte der Streitwert die Berufungswertgrenze nicht erreichen, so dass eine Zersplitterung der Rechtsprechung droht, die für die Verbraucher zusätzliche Rechtsunsicherheit birgt.

Diese Einwände sollten auch gegenüber der Regelung in Artikel 3 Absatz 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie berücksichtigt werden. Die Frage, ob das deutsche kaufvertragliche Gewährleistungsrecht die Regelung in Artikel 3 Absatz 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie richtlinienkonform umsetzt, ist seit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform umstritten, aber ein Streit in der deutschen Rechtswissenschaft geblieben. Mit den Befürwortern einer Richtlinienkonformität lässt sich jedenfalls vertreten, dass der deutsche Gesetzgeber den Anforderungen an eine richtlinienkonforme Umsetzung genügt hat – insbesondere überzeugt die Argumentation, dass nach Artikel 8 Absatz 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie die Auswirkungen von Integritätspflichtverletzungen einer innerstaatlichen Lösung vorbehalten bleiben sollen.

---

<sup>15</sup> Vorgeschlagen von Prof. Dr. Faust

<sup>16</sup> Dies ergibt sich aus Artikel 3 Absatz 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die bestimmt, dass der Verbraucher eine angemessene Minderung des Kaufpreises verlangen (kann), wenn der Verkäufer nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher Abhilfe geschaffen hat.

## **bb) Zurverfügungstellen einer Ersatzsache**

Denkbar wäre auch die Schaffung eines Anspruchs des Käufers auf die Zurverfügungstellung einer Ersatzsache für die Zeit einer Reparatur, beispielsweise im Wege einer entsprechenden Erweiterung des § 439 Absatz 2 BGB.

Eine solche Regelung sieht sich jedoch ebenfalls erheblichen Einwendungen ausgesetzt. So kommt ein Anspruch auf die Überlassung einer Ersatzsache von vornherein dann nicht in Betracht, wenn der Kaufgegenstand seiner Art nach nicht geeignet ist, durch eine nur zeitweilig zu nutzende Ersatzsache ersetzt zu werden. Zu denken ist insoweit insbesondere an persönliche Gegenstände im weitesten Sinne wie beispielsweise Bekleidungsstücke oder an Sachen, die nur mit nennenswertem Aufwand eingebaut, angeschlossen oder gar angepasst werden können.

Ein solcher Anspruch wäre mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten für den Verkäufer verbunden und würde den Verkäufer mitunter unter Umständen extremen Kosten belasten. Denn der Verkäufer müsste für eine nicht kalkulierbare Anzahl von Vorkommnissen Ersatzgegenstände vorhalten und außerdem für die zusätzlichen Kosten, die die Verwaltung, die Herausgabe und die Rücknahme der Ersatzsache verursachen, aufkommen.

Letztlich würde auch ein Anspruch darauf, eine Ersatzsache zur Verfügung gestellt zu bekommen, nichts anderes als einen Schadensersatzanspruch darstellen. Die Bedenken, die gegen einen Schadensersatzanspruch sprechen, sind daher auch hier übertragbar.

Hinzu kommt, dass das Gesetz mit den Regelungen in § 439 Abs. 3 BGB und § 440 Satz 1 Variante 3 BGB dem Verkäufer für Konstellationen, in denen dem Käufer ein erheblicher Nutzungsausfall droht, bereits Anreize dafür bietet, dem Käufer freiwillig eine Ersatzsache zu stellen (s.o. 2. b) bb)). Der im Rahmen der Anhörung von Frau Professor Dr. Gsell unterbreitete Vorschlag, § 440 Satz 1 Variante 3 BGB um einen klarstellenden Zusatz zu versehen, der wie folgt formuliert sein könnte:

*„Eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung kann sich insbesondere daraus ergeben, dass ein dem Käufer drohender zeitweiser Nutzungsausfall nicht durch verkäuferseitige unentgeltliche Zurverfügungstellung einer Ersatzsache abgewendet werden kann.“*, ist bedenkenswert. Damit wird der Ansatz aufgegriffen, es Verbrauchern zu erleichtern, schon die bestehende Rechtslage auszuschöpfen.

Dagegen spricht jedoch, dass Einzelregelungen zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe – wie hier der Unzumutbarkeit – den Gesetzestext nicht überfrachten dürfen und nur dann aufgenommen werden sollten, wenn hierfür besondere Gründe sprechen. Mit der vorgeschlagenen Ergänzung könnte die Erwartung verknüpft werden, mehr Rechtssicherheit zu erzielen, und möglicherweise wäre eine legislatorische Signalwirkung zu erhoffen. Gerade Letzteres ist aber durchaus fraglich im Hinblick auf die praktischen Schwierigkeiten und Kosten, die die Stellung von Ersatzsachen für den Verkäufer bedeuten würde. Denn für den Verkäufer kann es einen unzumutbaren Aufwand verursachen, wenn er sich mit entsprechenden Ersatzsachen bevorraten muss. Dies gilt

vor allem für besonders hochwertige Sachen und betrifft damit gerade einen Bereich, in denen der Nutzungsausfall auf der Käuferseite tendenziell erheblich sein wird und seltener durch die Wahl der sofortigen Ersatzlieferung abgewendet werden kann. Hinzu kommt der Abwicklungsaufwand, beispielsweise für die erforderliche Kontrolle der Funktionsfähigkeit der Sache nach Rückgewähr bzw. vor einer erneuten Herausgabe. Gerade kleinere und mittelständische Betriebe würden durch die zusätzlichen Kosten besonders belastet werden.

### **cc) Informationsgestützter Lösungsansatz**

Denkbar ist schließlich auch, den Verkäufer dazu zu verpflichten, den Käufer darüber zu informieren, wenn der Verkäufer im Falle einer erforderlichen Nacherfüllung keine Ersatzsache stellt bzw. unter welchen Voraussetzungen der Verkäufer oder ein Dritter einen solchen Anspruch gewährt. Damit könnte die Erwartung verbunden werden, dass Verkäufer zunehmend entsprechende Verpflichtungen „freiwillig“ eingehen. Ob eine solche marktlenkende Funktion zu erwarten ist, die die Einführung einer Informationspflicht rechtfertigen kann, erscheint jedoch fraglich. Der mit einer solchen Informationspflicht verbundene Bürokratieaufwand wäre mit der geringen marktlenkenden Wirkung kaum zu rechtfertigen.

## **4. Ergebnis**

Von erheblichen nutzungsausfallbedingten Nachteilen kann immer dann gesprochen werden, wenn es sich bei dem Kaufgegenstand um eine Sache handelt, deren ständige Verfügbarkeit oder deren Verfügbarkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt für den Käufer von zentraler Bedeutung ist. Die Analyse der bestehenden Rechtslage ergibt, dass das System der Gewährleistungsrechte den Käufer weitgehend gegen Nutzungsausfall während einer Nacherfüllung absichert. Der Verbraucher hat aber dann keine Kompensationsmöglichkeit, wenn er den Nutzungsausfall nicht durch die Wahl einer Ersatzlieferung umgehen kann oder will und eine Nachbesserung trotz zügiger Vornahme durch den Verkäufer erhebliche Zeit erfordert oder wenn die Ersatzlieferung ohne schuldhaftes Verzögern durch den Verkäufer einen längeren Zeitraum erfordert. In diesen Fallkonstellationen muss der Verbraucher den Nutzungsausfall kompensationslos hinnehmen, obwohl der erzwungene Verzicht auf die Kaufsache je nach den Umständen des Einzelfalles mit erheblichen Nachteilen verbunden sein kann.

Es kann nicht abschließend einheitlich bewertet werden, wie gravierend sich diese Schutzlücke in der Praxis auswirkt. Die gerichtliche Praxis sieht im Nutzungsausfall während der Nacherfüllung kein gehäuftes Phänomen. Ob diese Konstellationen allein deshalb nur selten Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen sind, weil sie im Marktgeschehen kaum auftreten, sondern im Wege der Ersatzlieferung oder durch Kulanzmodelle abgewendet werden oder vorrangig deshalb, weil Kunden mangels gesetzlicher Regelung von vornherein auf die Geltendmachung verzichten, lässt sich im Rahmen dieser Untersuchung nicht abschließend bewerten. Hier fehlt es an empirischen

Untersuchungen über die praktische Relevanz und das Ausmaß des Problems des Nutzungsausfalles während der Nacherfüllung für die Verbraucher.<sup>17</sup>

Erschwert wird die Bewertung schließlich dadurch, dass die bestehende Rechtslage, die dem Verbraucher de lege lata bereits die Möglichkeit bietet, in einer Vielzahl von Fällen einen Nutzungsausfall durch die Wahl der schnellen Ersatzlieferung zu vermeiden, in der Praxis teilweise nicht „gelebt“ wird. Es wird die Beobachtung gemacht, dass Verbraucher über das Wahlrecht nicht informiert sind, teilweise aber auch Verkäufer suggerieren, es bestehe gar kein Wahlrecht des Käufers hinsichtlich der Art der Nacherfüllung, sondern es müsse stets die Sache „zur Reparatur eingeschickt“ werden. Hier besteht keine gesetzliche Schutzlücke, sondern es fehlt an der Durchsetzung bereits bestehender Rechte.

Aus Sicht des Verbraucherschutzes wäre eine umfassende Absicherung gegen den Nutzungsausfall während der Nacherfüllung grundsätzlich wünschenswert. Die von der Projektgruppe untersuchten Lösungsmöglichkeiten – Schadensersatzanspruch, Zurverfügungstellen einer Ersatzsache, informationsgestützter Lösungsansatz – begegnen aber erheblichen Bedenken. Die Einführung einer allgemeinen Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer eine Ersatzsache bei Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen, würde Verkäufer – insbesondere kleinere und mittelständische Betriebe – mit einem unzumutbaren Aufwand belasten und wäre nicht praxisgerecht, da sie auch Kaufgegenstände erfassen würde, die ihrer Art nach nicht geeignet sind, durch eine nur zeitweilig zu nutzende Ersatzsache ersetzt zu werden. Gegen einen informationsgestützten Lösungsansatz spricht vor allem, dass davon nur begrenzte marktlenkende Effekte zu erwarten sind.

Als Ansatz für eine Verbesserung des Verbraucherschutzes kommt aus Sicht der Projektgruppe allenfalls die Schaffung eines Schadenersatzanspruches bei erheblichen Unannehmlichkeiten in Betracht. Dies begegnet aber in der Rechtsumsetzung erheblichen Bedenken, da sich die Abgrenzung von erheblichen und unerheblichen Unannehmlichkeiten einer generell-abstrakten Regelung – etwa für bestimmte Produktgruppen oder für bestimmte Zeiträume – entzieht und eine entsprechende Regelung sowohl die Voraussetzungen, als auch die Höhe des Schadensersatzanspruches nur mit unbestimmten Rechtsbegriffen erfassen könnte. Ein Teil der Projektgruppe hat eine solche Regelung dennoch als eine Weiterentwicklung des Verbraucherschutzes befürwortet, um auf die bestehenden Schutzlücken zu reagieren. Für die Mehrheit der Projektgruppe (insbesondere der Vertreter aus den beteiligten Justizressorts) haben aber die Bedenken gegen eine solche Regelung überwogen. Nach ihrer Auffassung würde die diskutierte Möglichkeit, Nutzungsausfall zu kompensieren, in der Praxis zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen, von der zu befürchten ist, dass sie sich auch auf die Durchsetzung der Rechte auf Verbraucherseite nachteilig auswirkt. Im Ergebnis liefe eine Kompensation des Nutzungsausfalls auf die Schaffung eines ver-

---

<sup>17</sup> Zum Beispiel durch Verbraucherbefragungen über die Verbraucherzentralen; zur Kundenzufriedenheit allgemein vgl. die Untersuchung des Instituts für Demoskopie Allensbach im Auftrag des HDE aus 2015.

schuldensunabhängigen Schadensersatzanspruchs hinaus. Dies wäre aus dogmatischer Sicht eine Abkehr von der Grundentscheidung des deutschen Rechts, dass Schäden, die Dritte unver- schuldet verursachen, als Teil des allgemeinen Lebensrisikos hinzunehmen sind. Angesichts des fraglichen Bedarfes und Nutzens einer Kompensationsregelung scheint es nicht geboten, aus Ver- braucherschutzgesichtspunkten von diesem Grundsatz im Unterschied zu anderen Vertragsbezie- hungen abzuweichen und im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht für den Nutzungsausfall eine Art Gefährdungshaftung für Mängel einzuführen.

Vor diesem Hintergrund schlägt die Projektgruppe mehrheitlich keine Änderung der bestehenden Rechtslage vor.

## VII. Gesetzgebungsvorschlag

Die Projektgruppe schlägt auf Grund einer Analyse der bestehenden Rechtslage die nachstehenden Änderungen in den §§ 438, 439 und 476 BGB vor:

### § 438 Abs. 2 und 2a BGB n.F.:

(2) Die Verjährung beginnt bei Grundstücken mit der Übergabe, im Übrigen mit der Ablieferung der Sache. *Die Verjährung beginnt bei beweglichen Sachen unbeschadet des § 212 erneut, wenn der Verkäufer gemäß § 439 Absatz 1 eine Ersatzsache geliefert hat. Hat der Verkäufer gemäß § 439 Absatz 1 eine Maßnahme der Mangelbeseitigung vorgenommen, gilt Satz 2 hinsichtlich derjenigen Mängel, die Gegenstand der Nachbesserung waren oder zu deren Beseitigung der Käufer den Verkäufer aufgefordert hat, sowie für Ansprüche nach § 439 Absatz 4 (neu). Aufgrund eines Neubeginns nach Satz 2 oder Satz 3 verjähren Mängelansprüche spätestens in vier Jahren nach Ablieferung der Sache.*

(2a - neu) <sup>1</sup>*Hat ein Käufer wegen eines gegenüber dem Verkäufer zuvor gerügten Sachmangels eine Garantie gemäß § 443 BGB in Anspruch genommen, gelten für Maßnahmen, die der Garantiegeber in Ansehung dieses Sachmangels vornimmt, Absatz 2 Satz 2 bis 4 entsprechend.* <sup>2</sup>*Dies gilt nicht, wenn der Verkäufer den Käufer nicht zwecks Beseitigung des gerügten Mangels an den Garantiegeber verwiesen hatte.*

### § 439 Abs. 4 (neu, der bisherige Abs. 4 wird Abs. 5):

<sup>1</sup>*Ist die Pflicht zur Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels zu erfüllen und tritt an der Sache, nachdem sie dem Verkäufer oder der zur Ausführung der Rücksendung bestimmten Person übergeben worden ist, vor Rückgabe an den Käufer eine Verschlechterung ein, stehen dem Käufer insoweit die Rechte aus § 437 zu.* <sup>2</sup>*Dies gilt nicht, wenn*

- 1. der Käufer den Schaden verursacht und dabei diejenige Sorgfalt nicht beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt oder*
- 2. der Käufer bei Eintritt des Schadens im Verzug der Annahme war und der Schaden vom Verkäufer nicht zu vertreten ist.*

<sup>3</sup>*Das Recht, nach § 280 Schadensersatz zu verlangen, bleibt unberührt.*

### § 476 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB n.F.:

<sup>2</sup>*Liefert der Verkäufer gemäß § 439 Absatz 1 eine Ersatzsache, gilt Satz 1 entsprechend mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Gefahrübergangs die Übergabe der Ersatzsache tritt.* <sup>3</sup>*Nimmt der Verkäufer gemäß § 439 Absatz 1 eine Maßnahme der Mangelbeseitigung*

*vor und zeigt sich innerhalb von sechs Monaten nach Rückgabe der Sache an den Käufer ein Mangel, so wird vermutet, dass der Mangel nicht beseitigt worden ist, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.*

§ 476 Absatz 2 (neu)

*(2) <sup>1</sup>Hat ein Verbraucher eine Garantie gemäß § 443 BGB in Anspruch genommen und zeigt sich innerhalb von sechs Monaten nach Rückgabe durch den Garantiegeber ein Sachmangel, so wird vermutet, dass sich der Mangel bereits bei Übergabe an den Garantiegeber gezeigt hat, wenn der Verbraucher dem Verkäufer gegenüber zuvor einen Sachmangel gerügt hatte. <sup>2</sup>Dies gilt nicht, wenn der Verkäufer den Verbraucher nicht zwecks Beseitigung des gerügten Mangels an den Garantiegeber verwiesen hatte oder diese Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist.*

## Anhang I

### Liste der Teilnehmer an der Anhörung der Projektgruppe

<b>Verbände, Interessenvereinigungen</b>
ADAC e.V.
BITKOM
Bundesnotarkammer
Bundesrechtsanwaltskammer
Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
Bundesverband Direktvertrieb Deutschland e.V.
Bundesverband E-Commerce
Bundesverband freier KFZ-Händler e.V.
Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V.
Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.
Europäisches Verbraucherzentrum
Handelsverband Deutschland
Verband der Automobilindustrie e.V.
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.
Zentralverband des Deutschen Handwerks e.V.
Zentralverband Deutsches Kraftfahrzeuggewerbe e.V.
Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie e.V.

<b>Rechtswissenschaft</b>
Prof. Artz, Bielefeld
Prof. Faust, Hamburg
Prof. Grunewald, Köln
Prof. Gsell, München
Prof. Lorenz, München

<b>Gerichte (nur Länder ohne Nennung der einzelnen Gerichte)</b>
Baden-Württemberg
Bayern
Brandenburg
Mecklenburg-Vorpommern
Niedersachsen
Nordrhein-Westfalen
Rheinland-Pfalz
Sachsen
Sachsen-Anhalt

## Anhang II

### Fragenkatalog zur Anhörung der Projektgruppe

Die Projektgruppe sieht grundsätzlich Handlungsbedarf zum Neubeginn der Verjährung nach Nacherfüllung, zur Gefahrtragung während der Nachbesserung und zur Vermeidung von rechtlichen Nachteilen bei Inanspruchnahme einer Garantie in Bezug auf die gesetzlichen Gewährleistungsrechte. Der Nutzungsausfall während der Nacherfüllung ist dagegen nach überwiegender Auffassung in der Projektgruppe in den meisten Fällen vom Verbraucher hinzunehmen, zumal kaum tragfähige Lösungsansätze zu seiner Vermeidung erkennbar sind. Die Verlängerung der anfänglichen Beweislastumkehr wurde in der Projektgruppe bislang noch nicht näher diskutiert. Die wesentlichen Überlegungen und Fragestellungen zu den jeweiligen Themenfeldern werden im Folgenden zusammengefasst.

#### 1. Verjährung nach Nacherfüllung

Aus Gründen eines effektiven Gewährleistungsschutzes, der Rechtssicherheit und der Streitvermeidung wird eine gesetzliche Regelung zum Neubeginn der Verjährung nach Nacherfüllung beim Kauf beweglicher Sachen erwogen. Ausgehend vom Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur wird ein Neubeginn der Verjährung einschließlich der anfänglichen Beweislastumkehr nach § 476 BGB im Falle der Ersatzlieferung vorgeschlagen. Für die Nachbesserung wird diskutiert, ob der Verjährungsneubeginn auf den Mangel beschränkt werden soll, der Gegenstand der Nachbesserung war. Für Mängel, die innerhalb von sechs Monaten nach der Nachbesserung auftreten, könnte außerdem eine Vermutung begründet werden, dass sie mit dem ursprünglichen Mangel identisch sind oder Nebenfolge der Reparatur waren.

#### Fragen

- a) Unter welchen Voraussetzungen soll in Nacherfüllungsfällen die Verjährungsfrist neu beginnen?
- b) In welchem Umfang soll ein Neubeginn eintreten?
- c) An welchen Zeitpunkt sollte ein Neubeginn geknüpft werden?

- d) Wie sind bei einem Neubeginn infolge Nacherfüllung die zeitlichen Grenzen der Gewährleistungspflicht des Verkäufers zu bestimmen?
- e) Sollen neben einem Neubeginn der Verjährung auch erneute Beweiserleichterungen für den Käufer (vgl. § 476 BGB) gelten?
- f) Welche Auswirkungen ergeben sich aus einem Neubeginn der Verjährung für den Unternehmerregress (§§ 478, 479 BGB)?

## 2. Gefahrtragung während der Nacherfüllung

Anders als im Falle der Ersatzlieferung (§§ 439 Abs. 4 i.V.m. 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB) trägt der Käufer die wirtschaftlichen Folgen, wenn die Kaufsache beim Transport vom oder zum Händler zum Zwecke der Nachbesserung zufällig beschädigt wird.

Eine Belastung des Käufers mit dem Risiko der zufälligen Beschädigung wird als nicht sachgerecht angesehen, da der Verkäufer mit der Mangelhaftigkeit eine Ursache für die Beschädigung gesetzt hat, die Abhilfe nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ohne erhebliche Unannehmlichkeiten erfolgen muss und der Verkäufer regelmäßig besser in der Lage ist, sich gegen die jeweiligen Risiken zu versichern.

Vorgeschlagen wird, dem Käufer im Falle der Beschädigung der Kaufsache in der Phase der Nachbesserung Ansprüche auf Schadensbeseitigung oder Wertersatz einzuräumen. Hierzu soll gesetzlich die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Verkäufer übertragen werden, wenn er die Sache zum Zwecke der Nachbesserung erhält oder diese im Falle der Rücksendung vom Käufer an den Transporteur übergeben wird.

### Fragen

- a) Wird es als sachgerecht angesehen, dass de lege lata der Käufer die Gefahr einer zufälligen Beschädigungen der mangelhaften Kaufsache während der Nachbesserung trägt?
- b) Welche Ansprüche soll der Käufer bei einer zufälligen Beschädigung der Kaufsache im Zusammenhang mit der Nachbesserung, insbesondere bei Transportschäden, haben?
- c) Genügt es, den Übergang der Gefahr auf den Verkäufer zu regeln, oder sollte die Regelung die Rechtsfolgen ausdrücklich bestimmen?
- d) Ab welchem Zeitpunkt sollte die Gefahr der zufälligen Beschädigung auf den Verkäufer übergehen?

### 3. Gewährleistung und Garantie

Nimmt der Verbraucher beim Kauf einer mangelhaften Sache anstelle des Verkäufers den Hersteller als Garantiegeber in Anspruch, können dem Verbraucher rechtliche Nachteile in Bezug auf die Gewährleistungsrechte entstehen, wenn er wegen der fortbestehenden Mangelhaftigkeit der Sache oder sich erstmals nach Inanspruchnahme der Garantie zeigender Mängel in der Folge Abhilfe beim Verkäufer sucht.

Ein wesentlicher Nachteil besteht für den Verbraucher in der verschlechterten Beweissituation. Bei einer Nachbesserung durch den Garantiegeber kann der Verkäufer leichter den Einwand erheben, dass der Mangel nicht im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestand und auf andere Umstände wie beispielsweise eine unsachgemäße, ihm jedoch nicht zuzurechnende Reparatur zurückzuführen sei.

Weitere Nachteile liegen in der Gefahr der Verjährung. Auch muss der Verbraucher insgesamt drei statt zwei erfolglose Nachbesserungsversuche abwarten, ehe er vom Kaufvertrag zurücktreten kann.

Als mögliche Lösung wird erwogen, Abhilfemaßnahmen und Erklärungen eines Dritten dem Verkäufer zuzurechnen, es sei denn, der insoweit beweisbelastete Verkäufer hatte den Verbraucher nicht an diesen verwiesen oder die Sache war frei von Mängeln. Ergänzend oder alternativ kommt eine an § 476 BGB anknüpfende Regelung in Betracht, nach der für Mängel, die innerhalb von sechs Monaten nach einer Abhilfemaßnahme des Garantiegebers auftreten, vermutet wird, dass sie sich bereits vor Übergabe an den Garantiegeber gezeigt haben. Liegt der Übergabezeitpunkt an den Garantiegeber innerhalb der Frist des „originären“ § 476 BGB, wären auf diese Weise die Voraussetzungen für die weitere Vermutung erfüllt, dass die Sache schon bei Gefahrübergang (also in der Regel im Zeitpunkt der Übergabe vom Verkäufer an den Käufer) mangelhaft gewesen ist.

#### Fragen

- a) Wie kann am besten gewährleistet werden, dass der Käufer keine Nachteile in Bezug auf seine Gewährleistungsrechte erleidet, wenn er auf Veranlassung des Verkäufers Abhilfe beim Garantiegeber sucht, diese jedoch nicht zum gewünschten Erfolg führt?
- b) Sollten Handlungen und Erklärungen des Garantiegebers umfassend dem Verkäufer zugerechnet werden können? Welche Voraussetzungen müssten gegebenenfalls erfüllt sein, um eine Zurechnung zu begründen?

- c) Ist ergänzend zur Zurechnung von Handlungen und Erklärungen des Garantiegebers (vgl. b)) eine Regelung geboten, nach der für Mängel, die innerhalb von sechs Monaten nach einer Abhilfemaßnahme des Garantiegebers auftreten, vermutet wird, dass sie sich bereits vor Übergabe an den Garantiegeber gezeigt haben?
- d) Genügt es anstelle der Zurechnung (vgl. b)), den Käufer mit einer Vermutungsregel nach Buchstabe c) vor unangemessenen Nachteilen zu schützen? Bedarf es in diesem Fall einer Regelung zur Hemmung der Gewährleistungsfrist?

#### 4. Vermeidung des Nutzungsausfalls bei Nacherfüllung

Wenn der Käufer wegen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache auf ihre Nutzung verzichten muss, wird dies nur dann als erheblicher Nachteil anzusehen sein, wenn die Verfügbarkeit der Kaufsache im maßgeblichen Zeitraum oder Augenblick von zentraler Bedeutung ist.

Wenn der Käufer aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen den Nutzungsausfall nicht durch eine Ersatzlieferung vermeiden kann, muss er den Ausfall der Nutzungsmöglichkeit regelmäßig kompensationslos hinnehmen. Etwaige Schadensersatzansprüche scheitern am mangelnden Verschulden des Verkäufers.

Eine Verpflichtung des Händlers zur Bereitstellung einer Ersatzsache wird wegen der erheblichen wirtschaftlichen Belastung und der Schwierigkeit, die hierfür in Frage kommenden Waren zu bestimmen, nicht als tragfähiger Ansatz betrachtet. Auch reicht eine mögliche Steuerungswirkung nicht aus, um den Händler zur Information darüber zu verpflichten, ob er eine Ersatzsache während der Nacherfüllung anbietet oder nicht.

#### Fragen

- a) Bei welchen Produktgruppen können für den Käufer erhebliche Nachteile entstehen, wenn er bis zum Abschluss der Nacherfüllung auf diese verzichten muss?
- b) Gibt es Produktgruppen und Fallkonstellationen, in denen ein kompensationsloser Nutzungsausfall als unbillig angesehen werden kann?
- c) Bestehen gesetzgeberische Möglichkeiten, die mit dem Nutzungsausfall verbundenen Nachteile zu vermeiden? Wenn ja, welche?
- d) Könnte eine Verpflichtung des Verkäufers zur Information über eine Bereitstellung einer Ersatzsache während der Nachbesserung einen Anreiz schaffen, eine derartige Leistung anzubieten?