



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 42/2014 November 2014

**zum Arbeitspapier der Projektgruppe Gewährleistungsrechte und Garantie
beim Kaufvertrag; Umsetzung der 2013 gefassten Beschlüsse der
Verbraucherschutzministerkonferenz und Justizministerkonferenz**

Mitglieder des Ausschusses Schuldrecht

Rechtsanwalt (BGH) Prof. Dr. Volkert Vorwerk, Vorsitzender

Rechtsanwalt Jürgen Bestelmeyer

Rechtsanwalt und Notar Dr. Andreas Eickhoff

Rechtsanwalt Dr. Valentin Todorow (Berichterstatter)

Rechtsanwältin Dr. Sonja Lange

Rechtsanwältin Eva Melina Bauer, BRAK

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Deutscher Notarverein
Bundessteuerberaterkammer
Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Richterbund
Patentanwaltskammer
Bundesverband der Freien Berufe
Beck aktuell
LexisNexis Rechtsnews
Jurion Expertenbriefing
juris Nachrichten
Redaktion Legal Tribune Online

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 -0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 163.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Die von den beiden Ministerkonferenzen eingesetzte Projektgruppe („Projektgruppe“) diskutiert in dem Arbeitspapier folgende Neuregelungen der Gewährleistung beim Verbrauchsgüterkauf:

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

Dazu im Einzelnen:

I.

Neubeginn der Verjährung nach Nacherfüllung

1. Position der Projektgruppe

Die Projektgruppe plädiert für eine gesetzliche Regelung, wonach die Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 BGB im Anschluss an die Nacherfüllung neu zu laufen beginnt.

Die Neuregelung solle gleichermaßen für Ersatzlieferung und Nachbesserung (Reparatur) gelten. Der Neubeginn der Verjährung solle zudem nicht auf den Mangel beschränkt sein, der Anlass der Nacherfüllung war. Um das Problem der zeitlichen „Kettengewährleistung“ in den Griff zu bekommen, schlägt die Projektgruppe vor, die Verjährung insgesamt auf das Doppelte der Regelfrist (gemessen ab dem ursprünglichen Zeitpunkt des § 438 Abs. 2 BGB) zu begrenzen.

2. Zu den Argumenten der Projektgruppe

Die Projektgruppe stützt sich auf folgende Argumente:

- Ohne Neubeginn der Gewährleistungsfrist sei der Anreiz für den Verkäufer verringert, bei Nacherfüllung eine einwandfreie Leistung zu erbringen.
- Es bestehe ein Interesse des Käufers, nach der Nacherfüllung einen angemessenen weiteren Gewährleistungszeitraum zur Verfügung zu haben.
- Der wirksame Gewährleistungsschutz des Käufers sei infrage gestellt, wenn eine misslungene Nacherfüllung oder die Verursachung weiterer Mängel durch den Verkäufer wegen Verjährung folgenlos bliebe.
- Der Regelungsbedarf ergebe sich aus der praktischen Bedeutung des Problems und dem Bedürfnis beider Vertragsparteien nach Rechts- und Kalkulationssicherheit.
- Nach herrschender Meinung begründe die Ersatzlieferung schon im geltenden Recht den Neubeginn der Verjährung. Aus Gründen der Praktikabilität und Systemgerechtigkeit sei diese Rechtsfolge nun auch auf die Nachbesserung zu erstrecken.

Zu diesen Argumenten im Einzelnen:

a) Zum Anreiz-Argument

Das Argument klingt auf den ersten Blick schlüssig. Empirische Belege nennt die Projektgruppe indes nicht, etwa dazu, ob sich die Fälle fehlgeschlagener oder schlechter Nacherfüllungen gegen Ende der Gewährleistungsfrist häuften. Das Argument bleibt also letztlich eine Behauptung.

Bei näherem Hinsehen ist das Anreiz-Argument nicht überzeugend. Die Schlechterfüllung der Nacherfüllung bedeutet für den Verkäufer immer die Gefahr weiterer Gewährleistung. Ein Fehlschlag der Nacherfüllung oder die Verursachung weiterer Mängel können sich noch in der ursprünglichen Verjährungsfrist zeigen oder das Verhalten des Verkäufers kann die Hemmung gem. § 203 BGB oder als Anerkenntnis den Neubeginn der Verjährung gem. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB auslösen. Dass daneben noch eine weitere „Verhaltenssteuerung“ durch den generellen Neubeginn der Gewährleistungsfrist erforderlich ist, erschließt sich nicht.

b) Zum Interessen-Argument

Richtig ist, dass der Käufer ein Interesse daran hat, im Hinblick auf den Gegenstand der Nacherfüllung einen angemessenen weiteren Gewährleistungszeitraum zur Verfügung zu haben. Aber dieses Interesse wird bereits durch die Hemmung der Verjährung gem. § 203 BGB gewahrt. Bereits jeder Meinungs-austausch über Mängel führt zur Hemmung nach § 203 BGB (Palandt/Ellenberger, BGB 73. Auflage, 2014, § 203 Rn. 2). Eines Neubeginns der Verjährung bedarf es also nicht, um dem Käufer ausreichend Zeit zur Erprobung des Nacherfüllungsgegenstands zu geben.

Außerdem ist das Argument „Käufer-Interesse“ als solches nicht stärker als das Gegenargument. Der Verkäufer ist an einer Verlängerung der Gewährleistungszeit nicht interessiert.

c) Zum wirksamen Gewährleistungsschutz

Nach Ansicht der Projektgruppe sei der wirksame Gewährleistungsschutz des Käufers infrage gestellt, wenn eine misslungene Mängelbeseitigung oder die Verursachung weiterer Mängel durch den Verkäufer wegen Verjährung folgenlos bliebe.

Das Argument überzeugt nicht. Die Projektgruppe hat die Fälle im Auge, dass sich nach Ablauf der ursprünglichen Verjährungsfrist Mängel an dem nacherfüllten Gegenstand zeigen. Aber in diesem Fall hätte der Käufer auch dann keine Gewährleistungsrechte mehr, wenn sich erst jetzt (also nach Ablauf der Verjährungsfrist) ein Mangel an dem ursprünglichen Kaufgegenstand zeigt.

Der Vorschlag der Projektgruppe zielt also nicht auf die Wirksamkeit, sondern auf die Erweiterung des Gewährleistungsschutzes. Ob dafür ein Bedürfnis besteht, ist eine rechtspolitische Frage. Allein der Umstand jedenfalls, dass sich Mängel an dem (nacherfüllten) Gegenstand erst nach Ablauf der ursprünglichen Verjährungsfrist zeigen können, ist kein tragfähiges Argument. Dieses Risiko ist dem Kaufvertrag immanent. Es trifft den Käufer gerade auch dann, wenn es im Gewährleistungszeitraum keinen Nacherfüllungsfall gab.

d) Praktikabilität und Systemgerechtigkeit

Nach Ansicht der Projektgruppe entspreche es bereits heute der herrschenden Meinung, dass die Ersatzlieferung generell (also auch ohne Anerkenntnis nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB) den Neubeginn der Verjährungsfrist auslöse. Bei der Nachbesserung sei das dagegen zweifelhaft; die bisher ergangene Rechtsprechung habe den Neubeginn der Verjährung bei Nachbesserung abgelehnt (OLG Celle NJW 2006, 2643, 2644). Diese Ungleichbehandlung von Ersatzlieferung und Nachbesserung sei widersprüchlich. Deshalb solle der Gesetzgeber den Neubeginn für beide Varianten der Nacherfüllung anordnen.

Diese Argumentation ist aus mehreren Gründen nicht tragfähig:

- Die Projektgruppe stützt ihr Argument allein auf eine Literaturansicht zur Ersatzlieferung. Das genügt nicht zur Begründung eines Wertungswiderspruchs. Rechtsprechung dazu, ob bei Ersatzlieferung die Verjährung generell neu beginnt, gibt es bislang soweit ersichtlich nicht. Es ist also offen, ob nach geltendem Recht tatsächlich ein Unterschied zwischen der Situation bei Ersatzlieferung und derjenigen bei Nachbesserung besteht.
- Die Projektgruppe gibt den Meinungsstand zudem nicht zutreffend wieder. Es gibt zahlreiche Stimmen dagegen, dass die Ersatzlieferung generell eine erneute Verjährungsfrist auslöse (etwa Grunewald in Erman, BGB, 13. Auflage, 2011, § 438 Rn. 2; Auktor/Mönch, NJW 2005, 1686; Matusche-Beckmann in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 438 Rn. 22 m. w. N.).
- Die Projektgruppe beruft sich auf ein *obiter dictum* des BGH (NJW 2006, S. 47 Teilziff. 18). Der BGH habe „die Neigung erkennen lassen“, bei der Lieferung einer Ersatzsache regelmäßig einen Neubeginn der Verjährungsfrist anzunehmen, unabhängig davon, ob sich das Verhalten des Verkäufers im Einzelfall als Anerkenntnis im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB darstelle.

Das trifft nicht zu. Der BGH hat die Frage diskutiert, inwiefern die Mängelbeseitigung zur Hemmung oder als Anerkenntnis gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB zum Neubeginn der Verjährung führen kann (a.a.O. Teilziff. 16 ff.). In der von der Projektgruppe zitierten Teilziff. 18 der Entscheidung geht es dann um den Umfang des Neubeginns, also um die Frage, ob sich die neue Verjährung nur auf den ursprünglichen Mangel oder auf den gesamten Gegenstand der Nacherfüllung bezieht. Das *obiter dictum* des BGH behandelt also allein den Umfang der Anerkenntniswirkung gem. § 212 BGB. Von einem generellen Neubeginn der Verjährungsfrist bei Ersatzlieferung ist in der BGH-Entscheidung nicht die Rede.

e) Rechts- und Kalkulationssicherheit

Richtig ist, dass beide Parteien ein Interesse an der Rechts- und (vor allem der Verkäufer) Kalkulationssicherheit haben. Das ist aber kein Argument für den Neubeginn der Verjährung bei Nacherfüllung. Das Argument lässt sich genauso fruchtbar machen für die Gegenposition, wonach es auch im Anschluss an eine Nacherfüllung bei der ursprünglichen Verjährungsfrist bleibt.

3. Position der BRAK

Die Argumente der Projektgruppe überzeugen aus den vorgenannten Gründen nicht. Hinzu kommen folgende Erwägungen, die gegen einen Neubeginn der Verjährungsfrist bei Nacherfüllung sprechen:

- Die Gewährleistungsfrist bedeutet eine zeitliche Risikoverteilung zwischen Käufer und Verkäufer. Das zeitliche Gewährleistungsrisiko preist der Verkäufer in den Kaufpreis ein. Die von der Projektgruppe geplante Neuregelung führt also zu höheren Kaufpreisen.
- Die Preissteigerungen hätten alle Verbraucher zu tragen, nicht nur diejenigen, die im Einzelfall vom Neubeginn der Verjährungsfrist profitieren.
- Ein Neubeginn der Verjährung provoziert Wertungswidersprüche. Der Käufer, der durch die Nacherfüllung eine im Ergebnis bis zu doppelt so lange Verjährungsfrist erhält, steht besser als ein Käufer, bei dem sich der gleiche Mangel erst außerhalb der ursprünglichen Verjährungsfrist zeigt. Das überzeugt nicht. Beide Käufer haben den gleichen Preis für die Kaufsache bezahlt.
- Der Verkäufer, der sich durch Nacherfüllung einer längeren Gewährleistungszeit aussetzt, stünde schlechter als derjenige Verkäufer, der die Nacherfüllung schlicht verweigert.
- Das geltende Recht hält mit Hemmung (§ 203 BGB) und Neubeginn der Verjährung (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB) Regelungen bereit, die auf das Verhalten des Verkäufers im Einzelfall abstellen. Das erscheint angemessen. Insbesondere muss der Verkäufer nach geltendem Recht keinen Neubeginn der Verjährung gewähren, wenn er nur aus Kulanz nacherfüllt und dies auch zum Ausdruck bringt. Dagegen schert die von der Projektgruppe vorgeschlagene Neuregelung die Kulanz-Nacherfüllung und die „echte“ Nacherfüllung über einen Kamm; in beiden Fällen liefe die Verjährung von neuem.

Nach alledem lehnt die BRAK die von der Projektgruppe vorgeschlagene Neuregelung ab.

II.

Gefahrtragung während der Nacherfüllung

1. Position der Projektgruppe

Die Projektgruppe schlägt eine gesetzliche Regelung vor, wonach den Verkäufer während der Nachbesserung die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung trifft.

2. Argumente der Projektgruppe

Die Projektgruppe begründet die Notwendigkeit einer solchen Regelung wie folgt:

- Nur bei der Ersatzlieferung sei die Zufallsgefahr in § 439 Abs. 4 i. V. m. § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB geregelt. Demnach trage der Verkäufer die Zufallsgefahr bei der Ersatzlieferung.
- Bei der Nachbesserung fehle eine solche Regelung. Daher trage der Käufer nach geltendem Recht die Zufallsgefahr während der Nachbesserung. Das sei ein Wertungswiderspruch.

In beiden Punkten ist die Analyse der geltenden Rechtslage durch die Projektgruppe nicht zutreffend:

- Zur Ersatzlieferung: Die Projektgruppe meint, die Gefahrtragung des Verkäufers ergebe sich aus §§ 439 Abs. 4 i. V. m. 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB. Aus dieser Verweisungskette ergibt sich aber nur, dass der Verkäufer in der Regel (Ausnahme: Käufer verletzt Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten) keinen Wertersatz für die zufällig untergegangene oder beschädigte mangelhafte Sache verlangen kann. Indes regelt die Verweisungskette nicht die Zufallsgefahr in Bezug auf die Ersatzlieferungs-Sache.
- Die Projektgruppe erwähnt nicht, dass bereits nach geltendem Recht der Verkäufer sowohl bei Ersatzlieferung, als auch bei Nachbesserung die Zufallsgefahr trägt. Das ergibt sich nach ganz überwiegender Ansicht aus § 439 Abs. 2 BGB (Matusche/Beckmann in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 439 Rn. 93; Westermann in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, 2012, § 439 Rn. 14 b; so schon zum Recht vor der Schuldrechtsreform: U. Huber in: Soergel, BGB, 12. Auflage, 1991, § 446 Rn. 61). Die Ansicht der Projektgruppe teilt soweit ersichtlich nur Stodolkowitz (ZGS 2009, 496, 497).

3. Position der BRAK

Wie eben dargelegt, trägt der Verkäufer nach ganz überwiegender Ansicht schon im geltenden Recht die Zufallsgefahr während der Nacherfüllung. Ein ernsthafter Streit über diese Frage besteht nicht. Eine gesetzliche Regelung hätte also eher klarstellende Funktion. Eine solche Klarstellung im Gesetz erscheint unschädlich, aber auch unnötig.

III. Gewährleistung und Herstellergarantie

1. Position der Projektgruppe

Die Projektgruppe schlägt eine Reihe von gesetzlichen Neuregelungen vor, um Nachteile zu vermeiden, welche die Verbraucher erleiden, wenn sie zuerst den Hersteller aus einer Herstellergarantie und danach (bei Fehlschlägen oder einem neuen Mangel) den Verkäufer in Anspruch nehmen.

2. Argumente

Die Projektgruppe stellt das Problem in diversen Szenarien dar, die sich im Wesentlichen auf zwei Punkte reduzieren lassen:

- Beweisrecht: Zeigt sich nach der Garantieleistung des Herstellers der ursprüngliche Mangel wieder oder ein neuer Mangel und möchte der Verbraucher nun den Verkäufer in Anspruch nehmen, steht er beweisrechtlich unter Umständen schlechter da, als hätte er sogleich den Verkäufer in Anspruch genommen. Die Garantieleistung des Herstellers begründet – anders als nach herrschender Meinung die Nacherfüllung durch den Verkäufer – nicht die erneute Anwendung der Vermutungsregel des § 476 BGB.
- Verjährung: Mängelbeseitigungsversuche des Herstellers hemmen die Verjährung gegenüber dem Verkäufer nicht. Schlägen die Versuche des Herstellers fehl, könnten unterdessen die Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Verkäufer verjährt sein.

Es sprengt den Rahmen dieser Stellungnahme, die diversen Szenarien, die die Projektgruppe durchspielt, hier zu erörtern. Deshalb zusammengefasst: Der Befund der Projektgruppe ist im Wesentlichen zutreffend. Es sind Fallgestaltungen denkbar, in denen der Verbraucher im Verhältnis zum Verkäufer schlechter steht, wenn er zuerst aus der Herstellergarantie gegen den Hersteller vorgeht, als wenn er gleich den Verkäufer in Anspruch genommen hätte.

3. Position der BRAK

Allein der Umstand, dass der Verbraucher schlechter stehen kann, wenn er zuerst die Herstellergarantie statt den Verkäufer in Anspruch nimmt, ist noch kein hinreichender Anlass für eine Gesetzesänderung. Das beruht auf folgender Erwägung:

Der Verbraucher hat die Wahl zwischen Herstellergarantie und Gewährleistung des Verkäufers. Dabei handelt sich um zwei voneinander unabhängige Schuldverhältnisse mit unterschiedlichen Inhalten. Die Herstellergarantie kann – je nach Ausgestaltung – weiter gehen als die Gewährleistung; insbesondere ist sie häufig davon unabhängig, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorhanden war. Das führt grundsätzlich zu einer Verstärkung der Rechte des Verbrauchers, kann aber im Einzelfall die Position des Verbrauchers gegenüber dem Verkäufer wegen der Relativität der Schuldverhältnisse schwächen. Insbesondere laufen die Fristen der §§ 438, 476 BGB im Verhältnis zum Verkäufer weiter, solange der Verbraucher nur gegen den Hersteller vorgeht. Wenn der Verbraucher das bei seiner Entscheidung für die Herstellergarantie übersieht, steht er nach Ablauf dieser Fristen und Fehlschlagen der Mängelbeseitigungsversuche des Herstellers im Verhältnis zum Verkäufer schlechter, als hätte er den Verkäufer in Anspruch genommen. Diese Situation beruht indes auf der eigenen Entscheidung des Verbrauchers, die Herstellergarantie in Anspruch zu nehmen. Die Herstellergarantien weisen zudem üblicherweise darauf hin, dass das Rechtsverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer durch die Herstellergarantie nicht berührt wird.

Die Frage ist daher, ob man den Verbraucher an seiner Entscheidung, aus der Herstellergarantie vorzugehen, auch dann festhält, wenn sie im Einzelfall im Verhältnis zum Verkäufer nachteilig ist, oder ob man für diesen Fall den Gesetzgeber braucht. Ist der Verbraucher damit überfordert, die Relativität der Schuldverhältnisse zu verstehen und die Fristen der §§ 438, 476 BGB im Verhältnis zum Verkäufer im Auge zu behalten? Ist dem Verbraucher zumutbar, diese Fristen bei seiner Entscheidung zwischen Herstellergarantie und Gewährleistung des Verkäufers zu berücksichtigen?

Das ist eine Frage des Verbraucherbildes. Der unmündige Verbraucher ist sicher nicht in der Lage, die Vor- und Nachteile der Inanspruchnahme der Herstellergarantie oder des Verkäufers im Einzelfall gegeneinander abzuwägen. Heute gilt indes ein anderer Verbraucherbegriff. Leitbild ist der angemessen gut unterrichtete und angemessen aufmerksame sowie kritische Durchschnittsverbraucher, der, obschon teils strukturell unterlegen, selbstbewusst am Markt agiert; ein gewisses Maß an Logik und Verständnis muss er mitbringen, vertiefte Rechtskenntnisse bedarf er nicht. Damit gilt ein an Eigenverantwortung und Privatautonomie orientiertes Verbraucherkonzept (Reuß/Vollath, ZRP 2013, 228, 229 m.w.N.).

Es ist unklar, ob eine gesetzgeberische Neuregelung des Verhältnisses von Herstellergarantie und Gewährleistung mit Blick auf das eben zitierte Verbraucherkonzept wirklich angezeigt ist. Mit dieser rechtspolitischen Vorfrage befasst sich die Projektgruppe nicht. Nach Auffassung der BRAK muss vor einem gesetzgeberischen Eingriff diese Frage geklärt werden.

IV.**Nutzungsausfall bei Nacherfüllung**

Die Projektgruppe ist der Ansicht, dass eine gesetzliche Regelung, wonach der Verkäufer (verschuldensunabhängig) Nutzungsausfall zu ersetzen hat, nicht angezeigt ist. Die BRAK teilt diese Ansicht. Es bleibt bei dem Grundprinzip des Schuldrechts, dass der Verkäufer Schadensersatz nur dann schuldet, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat.

V.**Zusammenfassung**

- Die BRAK lehnt eine gesetzliche Regelung zum Neubeginn der Verjährung bei Nacherfüllung ab.
- Eine gesetzliche Regelung, wonach der Verkäufer die Zufallsgefahr während der Nacherfüllung trägt, ist unnötig.
- Bevor man das Verhältnis von Herstellergarantie und Verkäuferhaftung im Gesetz regelt, ist zu klären, ob dieser gesetzgeberische Eingriff in Anbetracht des an Eigenverantwortung und Privatautonomie orientierten Verbraucherbildes wirklich erforderlich ist.
- Die BRAK ist dagegen, einen verschuldensunabhängigen Anspruch des Käufers auf Nutzungsausfall während der Nacherfüllung einzuführen.

* * *