

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

## Kettengewährleistung und Nutzungsentschädigung - Offene Fragen rund um den Nacherfüllungsanspruch des Käufers

Das im Januar 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsreformgesetz hat den verschuldensunabhängigen Nacherfüllungsanspruch des Käufers bei Lieferung einer mangelhaften Sache eingeführt. Gemäß § 439 BGB ist Nacherfüllung der Oberbegriff für Neulieferung oder Reparatur. Die Wahl der Art der Nacherfüllung hat der Käufer. Ist der Verkäufer zur Nacherfüllung nach Wahl des Käufers bereit, stellen sich folgende Fragen:

- Berührt die Nacherfüllung die Verjährung der Mängelansprüche?
- Ist der Käufer bei Ersatzlieferung zur Nutzungsentschädigung verpflichtet?

### Vorweg: Ein kleines Beispiel

Ein Käufer kauft einen PC, und stellt nun ein Jahr nach der Lieferung fest, dass die eingebaute Festplatte statt 160 tatsächlich nur eine Speicherkapazität in Höhe von 40 Gigabyte aufweist. Die Gewährleistungsfrist, also der Zeitraum bis zur Verjährung der Mängelansprüche beträgt 24 Monate. Der Käufer rügt den Mangel und fordert den Verkäufer auf, ihm einen neuen PC mit der vereinbarten Festplatte zu liefern. Der Verkäufer tauscht die Geräte auch aus, verlangt dann aber vom Käufer eine Entschädigung für die Nutzung des mangelhaften ersten PC. Dies war vertraglich jedoch nicht vereinbart. Zudem erklärt der Verkäufer, dass die Mängelhaftung (Gewährleistung) für den neuen Computer nun aber natürlich schon nach 12 Monaten, also 24 Monate nach Lieferung des ersten PC verjähre. Keinesfalls werde die Mängelhaftung (Gewährleistungsfrist) für den zweiten PC wieder erneut beginnen.

### Hat der Verkäufer Recht?

Hier stellen sich die folgenden zwei Fragen:

- Berührt die Nacherfüllung die Verjährung der Mängelansprüche?
- Ist der Käufer bei Ersatzlieferung zur Nutzungsentschädigung verpflichtet?

Die juristische Lehre ist bereits seit der Schuldrechtsreform im Januar 2002 um eine Beantwortung dieser Fragen bemüht. Dagegen haben sich Gerichte bisher nicht oder nur am Rande mit der Problematik beschäftigt.

## Zu 1.) Verjährung der Mängelansprüche

Formalrechtlich gesehen ist die Beantwortung der Frage, ob die Nacherfüllung die Verjährung der Mängelansprüche berührt, äußerst einfach zu beantworten.

Gem. § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln ltms verletzt. Der Käufer kann dann vom Verkäufer verlangen, dass dieser zunächst nacherfüllt. Gem. § 439 BGB ist Nacherfüllung der Oberbegriff für Neulieferung oder Reparatur. Die Wahl der Art der Nacherfüllung hat der Käufer. Wählt nun der Käufer entweder die Neulieferung oder die Reparatur und kommt der Verkäufer dieser Forderung nach, hat er hierdurch anerkannt, eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt, nämlich eine mangelhafte Sache geliefert zu haben. Gem. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB wiederum beginnt die Verjährung erneut, wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber den Anspruch anerkennt. Der wohl wichtigste BGB-Kommentar, Palandt, in seiner 65. Auflage (2006) bemerkt daher auch völlig folgerichtig und lapidar in Rangziffer 4 zu § 212, dass die Nacherfüllung, also die Ersatzlieferung oder die Reparatur, zum Neubeginn der Verjährung führt, es sei denn, sie erfolgte aus Kulanz. Er bezieht sich dabei auf ein Urteil des OLG Nürnberg vom 23.08.2005 – 3 O 991/05, NJW 2005, Seite 3000 ff.. In diesem Urteil wird aber lediglich wieder auf den Kommentar Palandt verwiesen. Im Übrigen geht es in diesem Urteil auch letztlich nicht nur um die Verjährung, sondern um die Nutzungsentschädigung für den Verkäufer bei Nachlieferung. Dieser Frage wird unter 2.) weiter nachgegangen.

Sieht also der Verkäufer ein, eine mangelhafte Sache geliefert zu haben und ersetzt diese Sache durch eine neue oder repariert er die Sache, beginnt die Verjährung der Mängelhaftung erneut. Die Juristen sprechen daher von Kettengewährleistung und können sich aber je nach Interessenslage nicht mir diesem so klaren aber auch wiederum überraschenden Ergebnis abfinden. In der Literatur wird die Frage daher trotz der eindeutigen Gesetzessituation kontrovers diskutiert. Die hier zu diesem Thema vertretenen Ausführungen kommen daher zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen. Die Entscheidung eines Gericht scheint bisher noch nicht zur Klärung der Frage beigetragen zu haben.

Fazit: Folgt man dem Wortlaut des Gesetzes, muss man zu der Erkenntnis gelangen, dass eine Nachbesserung des Verkäufers oder eine Neulieferung zum Neubeginn der Verjährung führt.

In unserem Fall hat also der Käufer wieder 24 volle Monate nach Übergabe des zweiten PC die gesetzlichen Mängelansprüche. Die so genannte Gewährleistungsfrist beginnt erneut. Man spricht daher von Kettengewährleistung.

## Zu 2.) Nutzungsentschädigung für den Verkäufer

Wählt der Käufer anstatt der Reparatur die Ersatzlieferung, also die Lieferung einer neuen, ungebrauchten Sache, hat der Verkäufer den Nachteil, dass er die alte praktisch unverkäufliche, weil mangelhafte Sache behält und eine neue Sache liefern muss. So stellt sich die Frage, ob der Käufer zumindest eine Nutzungsentschädigung für die Zeit zahlen muss, in der er die alte Sache nutzen konnte. Die herrschende Lehre sah diese Frage bisher als eindeutig beantwortet an. Gem. § 439 Abs. 4 BGB ist geregelt, dass der Verkäufer vom Käufer die Rückgabe der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 BGB, verlangen kann, wenn er diesem eine mangelfreie Sache zum Zwecke der Nacherfüllung liefert. Das Kaufrecht verweist hier also auf die allgemeinen Rücktrittsvorschriften. Gem. § 346 Abs. 1 BGB sind im Falle des Rücktritts die gezogenen Nutzungen herauszugeben.

Das OLG Nürnberg hat sich aber in seinem Urteil vom 23.08.2005 gegen diese doch eigentlich klare Konsequenz gestemmt. Es entschied, dass aus der Verweisung des § 439 Abs. 4 BGB auf § 346 Abs. 1 BGB kein Anspruch auf Nutzungsentschädigung herzuleiten sei. Das Gericht stand auf dem Standpunkt, dass § 439 Abs. 4 BGB keine Rechtsfolgenweisung auf § 346 Abs. 1 Alternative 2 BGB, also auf den Anspruch auf Herausgabe von tatsächlich gezogenen Nutzungen enthalte.

Der Senat war sich bewusst, dass er sich mit dieser Ansicht gegen die herrschende Meinung in der Kommentarliteratur stellt. Der Senat begründete seine Entscheidung damit, dass der Anspruch auf Ersatzlieferung nach dem Mängelhaftungsrecht nicht mit dem Rücktritt nach § 437 Nr. 2 BGB nach erfolgloser Nachbesserung gleich zu setzen sei. Denn bei der Ersatzlieferung verbleibe dem Verkäufer der Kaufpreis und damit der eigentliche Gewinn. Im Falle des Rücktritts bleibe der Verkäufer nicht nur auf der mangelhaften Sache „sitzen“, sondern müsse auch noch zusätzlich den Kaufpreis und damit den im Kaufpreis enthaltenen Gewinn herausgeben.

Das Gericht entschied aber, dass es zulässig sei, vertraglich eine Nutzungsentschädigung zu vereinbaren. Dies gelte auch in Verträgen mit Verbrauchern, da die Verbraucherschutzregelung in 475 BGB lediglich die grundsätzliche Unabdingbarkeit des § 439 BGB festschreibe. Ein Verbot der Nutzungsentschädigung sei § 439 BGB aber nicht zu entnehmen.

Dieser Ansicht ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt. Er teilt zwar die Bedenken, die von einer Vielzahl von Stimmen gegen einen Anspruch des Verkäufers auf Zahlung einer Nutzungsvergütung in derartigen Fällen vorgebracht werden. Anders als das OLG Nürnberg sieht er jedoch keine Möglichkeit, die gesetzliche Regelung im Wege der Auslegung zu korrigieren. Dem steht neben dem eindeutigen Gesetzeswortlaut insbesondere der in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachte eindeutige Wille des Gesetzgebers entgegen, dem Verkäufer für den Fall der Ersatzlieferung auch einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zuzubilligen. Eine einschränkende Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB, die sich in Widerspruch zu dem Wortlaut und dem eindeutig erklärten Willen des Gesetzgebers setzen würde, ist unter Berücksichtigung der Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht zulässig.

Der Bundesgerichtshof bezweifelt aber, ob die Vorschrift des § 439 Abs. 4 BGB in der vom Gesetzgeber gewünschten Auslegung mit der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom

25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufes und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. Nr. L 171/12 vom 7. Juli 1999, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) in Einklang steht. Gemäß Art. 3 Abs. 2 bis 4 dieser Richtlinie hat die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsgutes (auch) durch Ersatzlieferung für den Verbraucher unentgeltlich und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zu erfolgen.

Fast schon süffisant weist der BGH daraufhin, dass eine einschränkende Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB, die sich dem Wortlaut und dem eindeutig erklärten Willen des Gesetzgebers widersetzen würde, **unter Berücksichtigung der Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG)** nicht zulässig ist.

Der BGH hat deshalb mit [Beschluss vom 16. August 2006 \(VIII ZR 200/05\)](#) ein Verfahren, das die Rechtmäßigkeit der Nutzungsentschädigung zum Gegenstand hatte, ausgesetzt und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) die erörterte Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt.

## Fazit

Fest zu halten bleibt also, zur Zeit die Frage der Nutzungsentschädigung im Falle der Neulieferung bei Sachmängeln offen ist. Es bleibt abzuwarten, wie der EuGH entscheiden wird. Zumindest ist dem nach dem Urteil des OLG Nürnberg zu entnehmen, dass § 439 Abs. 4 BGB, kein Verbot enthält, die Nutzungsentschädigung zu verlangen, wenn diese vertraglich vereinbart wurde.

Auf unseren Fall übertragen bedeutet dies, dass der Verkäufer vom unserem Käufer auf jeden dann eine Nutzungsentschädigung für die Zeit verlangen kann, in der der Käufer den ersten mangelhaften PC genutzt hat, wenn er dies vertraglich nicht vereinbar hätte. Da dem nicht so ist, kann sich der Verkäufer zwar auf den Wortlaut des § 439 IV berufen. Er wird seinen Anspruch aber zur Zeit gerichtlich nicht durchsetzen können.

Verkäufern ist daher dringend anzuraten, die Regelung einer Nutzungsentschädigung bei Neulieferung in ihre AGB aufzunehmen.

### Autor:

**RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff**  
Rechtsanwältin