

BGH, Urteile vom 21.07.2021, VIII ZR 254/20; 118/20; 275/19; 357/20 = [jurisbyhemmer](#)

1 Nachlieferung beim Neuwagenkauf: Voraussetzungen und Grenzen des Anspruchs

+++ Dieselskandal: „Schummelsoftware“ +++ Nacherfüllung +++ §§ 434 I S. 2 Nr. 2, 439 I BGB +++

Sachverhalt (verkürzt): Mit Kaufvertrag vom 20.04.2009 erwarb K von V, einer Volkswagen-Vertragshändlerin, einen neuen VW Tiguan „Track & Field 4Motion 2,0l (170 PS) zum Preis von 27.618 €.

Dieses Fahrzeug ist mit dem Dieselmotor ausgestattet, dessen Motorsteuerungssoftware den Prüfstandlauf erkennt und in diesem Fall über eine unzulässige Abschalteneinrichtung falsche Stickoxid-Werte angibt (sog. „Schummelsoftware“).

Nachdem im September 2015 die Verwendung der entsprechenden Vorrichtungen bekannt geworden war, rügte K die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs und forderte die Erklärung eines Verjährungsverzichts. V wies mit Schreiben vom 04.10.2016 auf ein vom Hersteller entwickeltes, vom Kfz-Bundesamt zwischenzeitlich freigegebenes Software-Update hin und verzichtete bis zum 31.12.2017 auf die Erhebung der Verjährungseinrede im Hinblick auf etwaige Ansprüche, die im Zusammenhang mit der Software bestünden, auch soweit diese bereits verjährt seien.

Mit Schreiben vom 17.03.2017 lehnte K eine Nachbesserung durch das Aufspielen der Software ab und verlangte stattdessen unter Fristsetzung bis zum 27.03.2017 die Nachlieferung eines fabrikneuen typengleichen Fahrzeugs. Dem kam V nicht nach.

Das von K erworbene Modell wird seit dem Jahr 2013 nicht mehr hergestellt. Stattdessen wird als Nachfolgemodell der Tiguan II Offroad angeboten, welcher sich vor allem in Bezug auf Baureihe, Karosserie, Motortyp und Schadstoffklasse von der vorherigen Fahrzeuggeneration unterscheidet.

Hat K gegen V einen Anspruch auf Lieferung eines VW Tiguan II Offroad? Es ist zu unterstellen, dass dieses Modell - abgesehen von den im Sachverhalt skizzierten Unterschieden - dem Vorgängermodell entspricht.

A) Sounds

1. Einem Fahrzeug fehlt die Eignung für die gewöhnliche Verwendung im Sinne von § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB, wenn es bei Übergabe an den Käufer mit einer Abschalteneinrichtung i.S.v. Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG¹ versehen ist, die gem. Art. 5 II S. 1 VO 715/2007/EG² unzulässig ist.

In einem solchen Fall besteht eine latente Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Behörde, so dass der weitere (ungestörte) Betrieb

des Fahrzeugs nicht gewährleistet ist.

2. Die Lieferung einer mangelfreien Sache gem. § 439 I Alt. 2 BGB beschränkt sich nicht zwangsläufig auf eine mit dem Kaufgegenstand identische Sache. Vielmehr hängt die Möglichkeit einer Ersatzbeschaffung bei Unmöglichkeit der Lieferung einer dem Kaufgegenstand vollständig entsprechenden (mangelfreien) Sache im jeweiligen Einzelfall entscheidend davon ab, ob und wodurch nach dem durch interessengerechte Auslegung zu ermittelnden Willen der Parteien (§§ 133, 157 BGB) bei Vertragsschluss eine Nachlieferung in Betracht kommen sollte.

¹ **Artikel 3 (Begriffsbestimmungen):**

...
10. „Abschalteneinrichtung“ ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird; ...

² **Artikel 5 Anforderungen und Prüfungen:**

...

(2) ¹Die Verwendung von Abschalteneinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist unzulässig. ²Dies ist nicht der Fall, wenn:

a) die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten;

b) die Einrichtung nicht länger arbeitet, als zum Anlassen des Motors erforderlich ist;

c) die Bedingungen in den Verfahren zur Prüfung der Verdunstungsemissionen und der durchschnittlichen Auspuffemissionen im Wesentlichen enthalten sind.

3. Eine Ersatzlieferung ist nach der - die beiderseitigen Interessen in den Blick nehmenden - Vorstellung der Parteien daher grundsätzlich bereits dann möglich, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und - funktionell sowie vertragsmäßig - gleichwertige ersetzt werden kann.

4. Entscheidend ist dabei letztlich, ob und in welchem Umfang der Verkäufer - nach dem im jeweiligen Fall zu ermittelnden übereinstimmenden Willen der Parteien - bei Vertragsschluss eine Beschaffungspflicht für den Fall einer Nacherfüllung übernommen hat.

5. Ist lediglich ein Nachfolgemodell der erworbenen Sache (insbesondere eines Fahrzeugs) lieferbar, kann bei der gebotenen nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung die den Verkäufer eines Verbrauchsguts treffende Beschaffungspflicht im Hinblick darauf, dass der Verbraucher eine Nutzungsschädigung für die fortlaufend an Wert verlierende mangelhafte Kaufsache nicht zu zahlen hat, von vornherein nicht zeitlich unbegrenzt gelten.

6. Eine Austauschbarkeit ist beim Verbrauchsgüterkauf grundsätzlich nur dann anzunehmen, wenn der Verbraucher sein Nachlieferungsbegehren innerhalb eines in der Länge der regelmäßigen kaufrechtlichen Verjährungsfrist angelehnten Zeitraums ab Vertragsschluss geltend macht.

B) Problemaufriss

Während es im Rahmen des sog. VW-Skandals beim BGH zuletzt häufig um Fragen rund um die Haftung des Herstellers gem. § 826 BGB ging, befasst sich der BGH in den vorliegenden Entscheidungen (nahezu identisch) mit der Frage der Mängelhaftung des Verkäufers.

Bereits im Jahr 2019 hatte der BGH in einem viel beachteten Hinweisbeschluss³ zur Mangelhaftigkeit aufgrund der „Schummelsoftware“ sowie zu der Frage Stellung bezogen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Käufer im Rahmen der Nacherfüllung die Lieferung eines Neufahrzeugs verlangen kann, insbesondere für den Fall, dass das Modell in der verkauften Version gar nicht mehr produziert wird.

In der vorliegenden Entscheidung konkretisiert der BGH seine Ausführungen aus dem Jahr 2019 und spricht erstmals in einem Urteil Grundsätze aus, die für weitere Verfahren richtungsweisend sein werden. Die Ausführlichkeit der Darstellung macht

deutlich, dass es in der Tat um Grundsätzliches geht, so dass sich auch die Instanzgerichte in Zukunft an diesen Vorgaben orientieren können.

Von Ihnen wird in der Klausur eine derart ausschweifende Darstellung natürlich nicht verlangt. Wir haben uns daher um eine Straffung der Argumente des BGH bemüht, damit Sie eine Leitlinie für die Klausursituation an die Hand bekommen.

Das Interessante an dem Fall ist zudem, dass der Käufer für den Fall der Versagung eines Nachlieferungsanspruchs die Rückabwicklung des Kaufvertrages beehrte. Dabei stellt sich sodann die Frage, ob eine Nachbesserung gem. § 439 I Alt. 1 BGB vorrangig wäre bzw. ob der Rücktritt ohne eine Fristsetzung diesbezüglich (!) erklärt werden könnte. Auf diese Fragen gehen wir im Kommentar zu dieser Entscheidung näher ein.

C) Lösung

Zu prüfen ist, ob K von V die Lieferung eines VW Tiguan II „Offroad“ verlangen kann.

hemmer-Methode: Im Originalfall ging es nebenbei auch um die Frage, ob der Kläger insoweit einen den Anforderungen des § 253 II Nr. 2 ZPO genügenden Klageantrag formuliert hatte. Nach dieser Vorschrift muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs enthalten. Das ist dann der Fall, wenn der erhobene Anspruch konkret bezeichnet, und dadurch der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) abgesteckt wird. Zudem muss der Antrag Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lassen, das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzen und schließlich die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lassen.⁴

Diesen Anforderungen genügt nach Ansicht der BGH ein Klageantrag mit folgender Formulierung: *„Der Beklagte wird verurteilt, einen PKW der Marke VW, Modell Tiguan Offroad 2.0 SCR 4Motion mit einer Lackierung in Indiumgrau Metallic aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers und einem 190 PS starken Motor in der Serienausstattung des Fahrzeugs zu liefern.“*

VW hatte argumentiert, für einen Gerichtsvollzieher sei nicht erkennbar, ob ein Fahrzeug diesen Anforderungen genüge.

³ BGH, Life&LAW 05/2019, 291 ff. = jurisbyhemmer.

⁴ Zu dem letzten Punkt: Würde ein zu unbestimmter Klageantrag im Urteil vom Gericht 1 zu 1 übernommen werden, wäre das Urteil, d.h. der Titel, unwirksam. Im Rahmen der Zwangsvollstreckung könnte dies mit der sog. prozessualen

Gestaltungsklage analog § 767 ZPO geltend gemacht werden, vgl. Thomas/Putzo, § 767, Rn. 8a m.w.N. Genau eine derartige „Fortsetzung des Rechtsstreits“ i.S. obiger Ausführungen soll bereits durch § 253 II Nr. 2 ZPO vermieden werden!

Dem tritt der BGH zu Recht entgegen, da sich die Anforderungen mit geringem Aufwand vor Ort klären lassen.⁵ Eine vollständige Identität zwischen Klageantrag und tatsächlich zu pfändendem Fahrzeug sei nicht erforderlich, um die Voraussetzungen des § 253 II Nr. 2 ZPO zu wahren.

I. Anspruch aus §§ 434 I S. 2 Nr. 2, 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB

Ein Anspruch des K gegen V auf Nachlieferung könnte sich aus §§ 434 I S. 2 Nr. 2⁶, 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB ergeben. Voraussetzung dafür wäre ein wirksamer Kaufvertrag und die Mangelhaftigkeit der Kaufsache bei Gefahrübergang. Zudem müsste im Rahmen der Nachlieferung das von K begehrte Fahrzeug auch geschuldet sein.

1. Kaufvertrag (+)

V und K haben laut Sachverhalt einen Kaufvertrag über einen „VW-Tiguan I“ geschlossen. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist von der Wirksamkeit dieses Kaufvertrages auszugehen.

2. Mangel bei Gefahrübergang

Fraglich ist, ob der VW bei Gefahrübergang (also bei der Übergabe, § 446 S. 1 BGB) mangelhaft war.

a) § 434 I S. 1 bzw. § 434 I S. 2 Nr. 1 BGB (-)

Da eine Beschaffenheitsvereinbarung zwischen den Parteien hinsichtlich einer bestimmten Software nicht getroffen wurde und auch eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung i.S.d. § 434 I S. 2 Nr. 1 BGB nicht ersichtlich ist, könnte sich die Mangelhaftigkeit allenfalls aus § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB ergeben.

hemmer-Methode: Für eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung i.S.d. § 434 I S. 2 Nr. 1 BGB müsste eine über die gewöhnliche Verwendung hinausgehende (str.) Verwendung „vorausgesetzt“ worden sein. Eine derartige „außergewöhnliche“ Verwendung anzunehmen, nämlich dass das Fahrzeug auch im Messzyklus die realen Abgaswerte anzeigt und sich dazu eignet, erscheint abwegig.

⁵ **Vertiefungshinweis für Referendare:** Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, ob es sich um eine Herausgabevollstreckung gem. § 883 ZPO handelt oder um die Vornahme einer vertretbaren Handlung durch Ersatzvornahme gem. § 887 ZPO. Letzteres bietet den Vorteil, dass eben nicht nur auf dem Gelände des Beklagten durch den Gerichtsvollzieher nach einem entsprechenden Fahrzeug gesucht werden kann. Vielmehr könnte im Rahmen der Vollstreckung nach § 887 ZPO auch eine Bestellung bei einem anderen Händler erfolgen! Der BGH hat diese Frage vorliegend nicht geklärt. Wegen des zuletzt genannten

Der BGH hat sich dazu auch gar nicht geäußert. Insofern ist der oben gewählte knappe Hinweis darauf, dass allenfalls § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB in Betracht kommt, in der Klausur vollkommen ausreichend.

b) Eignung für die gewöhnliche Verwendung, § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB

Mangelfrei nach § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB ist eine Kaufsache nur dann, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Umkehrschluss: Fehlt auch nur eine dieser Voraussetzungen, ist die Sache mangelhaft.

Für die gewöhnliche Verwendung eignet sich ein Kfz nur dann, wenn es eine Beschaffenheit aufweist, die weder seine Zulassung zum Straßenverkehr hindert noch ansonsten seine Gebrauchsfähigkeit aufhebt oder beeinträchtigt.

Daran könnte es aufgrund der eingebauten Abschaltvorrichtung fehlen.

Bei dieser Vorrichtung handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung, die nach Art. 5 II S. 1 VO 715/2007/EG unzulässig ist. Nach Art 5 I dieser Verordnung hat der Hersteller von ihm gefertigte Fahrzeuge dergestalt auszurüsten, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen den Vorgaben der VO entspricht.

Dabei ist eine Abschaltvorrichtung gem. Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG definiert als jedes Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird.

Arguments geht die wohl h.M., von einer Vollstreckung gem. § 887 ZPO aus (so auch OLG Karlsruhe, NJW-RR 2019, 869 ff.).

⁶ **Ab 01.01.2022:** § 434 I Var. 2, III S. 1 Nr. 1 und 2, S. 2 BGB ohne inhaltliche Änderung. Allerdings kann in Zukunft die Mangelhaftigkeit „einfacher“ unter Bezugnahme auf die in § 434 III S. 2 BGB genannten Kriterien begründet werden. Auch im vorliegenden Fall kann man die Schummelsoftware als Bestandteil der „Funktionalität der Sache“ i.S.d. Norm ansehen.

hemmer-Methode: Der BGH führt das noch detaillierter aus. Vom Abdruck dieser Passagen haben wir abgesehen, weil sie für das Examen ohne Relevanz wären.

Infolge der Installation dieser unzulässigen Abschaltvorrichtung war bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs der weitere (ungestörte) Betrieb des Fahrzeugs des Klägers im öffentlichen Straßenverkehr nicht gewährleistet und eignete sich das Fahrzeug somit nicht für die gewöhnliche Verwendung i.S.d. § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB.

Denn nach § 5 I FZV⁷ kann die zuständige Zulassungsbehörde in Fällen, in denen sich ein Fahrzeug als nicht vorschriftsmäßig erweist, dem Eigentümer oder Halter eine angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel setzen oder den Betrieb des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen.

Da somit bei Fahrzeugen, die - entgegen zwingender unionsrechtlicher Vorschriften - installierte Abschaltvorrichtungen aufweisen, zur Herstellung ihrer Vorschriftsmäßigkeit eine entsprechende Nachrüstung erforderlich ist, sieht sich der Halter eines solchen Fahrzeugs, jedenfalls so lange eine solche (noch) nicht durchgeführt worden ist, einer drohenden Betriebsbeschränkung oder Betriebsuntersagung ausgesetzt.

Diese zumindest latent bestehende Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die Zulassungsbehörde hat aus kaufrechtlicher Sicht zur Folge, dass bei den betroffenen Fahrzeugen die Eignung für die gewöhnliche Verwendung im Sinne von § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB fehlt.

Eine entsprechende Eignung ist einer Kaufsache nicht erst dann abzusprechen, wenn ihre Tauglichkeit ganz aufgehoben, sondern bereits dann, wenn ihre Eignung herabgesetzt ist.⁸

Dass eine derartige Nutzungsuntersagung noch nicht ausgesprochen wurde, ändert an der Mangelhaftigkeit nichts. Die den Käufer an der gewöhnlichen Verwendung hindernde Beschaffenheit liegt nämlich nicht erst in der behördlich verfügten Untersagung des Betriebs, sondern bereits in der durch die unzulässige Abschalteinrichtung hervorgerufenen Möglichkeit eines entsprechenden behördlichen Eingreifens.⁹

Zwischenergebnis: Das von K erworbene Fahrzeug eignet sich nicht zur gewöhnlichen Verwendung und ist daher mangelhaft i.S.d. § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB.

⁷ **§ 5 Absatz 1 FZV (Fahrzeug-Zulassungs-VO) lautet:**

(1) Erweist sich ein Fahrzeug als nicht vorschriftsmäßig nach dieser Verordnung oder der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung, kann die nach Landesrecht zuständige Behörde (Zulassungsbehörde) dem Eigentümer oder Halter eine angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel setzen oder

hemmer-Methode: Der Mangel besteht unabhängig davon, ob das Auto eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten konnte. Denn die in der genannten Vorschrift genannten Merkmale der Sache (Verwendungseignung und übliche Beschaffenheit) müssen kumulativ vorliegen, damit die Sache frei von Sachmängeln ist.¹⁰ Dementsprechend hat sich der BGH mit dieser Frage auch nicht mehr befasst. In der Klausur könnten Sie gleichwohl (kurz) ausführen, dass es wohl auch an der üblichen Beschaffenheit fehlt, denn die berechnete Käufererwartung geht dahin, dass ihm ein Fahrzeug geliefert wird, welches – wie üblich – nicht (!) mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet ist.

Demnach liegen die Voraussetzungen für den Nacherfüllungsanspruch grundsätzlich vor.

3. Unmöglichkeit der Nachlieferung, § 275 I BGB?

Möglicherweise ist aber im konkreten Fall (jedenfalls) die begehrte Nachlieferung unmöglich und daher gem. § 275 I BGB nicht geschuldet, weil das von K bestellte Modell im Zeitpunkt des Nacherfüllungsverlangens gar nicht mehr unverändert hergestellt wurde („Modellwechsel“).

Wie bereits im Hinweisbeschluss aus dem Jahr 2019 klargestellt, kann der Modellwechsel allein jedoch nicht zum Anlass genommen werden, die Nachlieferung als unmöglich anzunehmen. Im Umkehrschluss folgt jedoch aus dieser Annahme nicht, dass ein Nachlieferungsanspruch (auch zeitlich) unbegrenzt bestehen kann.

a) Für Nachlieferung ist keine vollständige Identität erforderlich

Der Anspruch auf Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache ist nicht auf die Ersatzbeschaffung einer mangelfreien, im Übrigen aber völlig identischen Sache beschränkt, sondern bestimmt sich vielmehr nach der vom Verkäufer im jeweiligen Einzelfall übernommenen Beschaffungspflicht.

den Betrieb des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen.

⁸ Dazu bereits BGH, NJW 2017, 2817 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁹ Dabei begründet dieser Umstand keinen Rechtsmangel, denn die Ursache für die Untersagung resultiert aus einer Eigenschaft der Sache!

¹⁰ BGH, NJW 2013, 1671 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Diese kann über die ursprüngliche Leistungsverpflichtung des Verkäufers hinausgehen und sich auch auf eine vom Kaufgegenstand abweichende Sache – wie etwa ein zwischenzeitlich auf den Markt getretenes Nachfolgemodell – erstrecken, **die nach dem Parteiwillen als gleichwertig und gleichartig anzusehen ist.**

Beim Nacherfüllungsanspruch aus § 439 I BGB handelt es sich um eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 I BGB.

Dabei soll mit der Nacherfüllung nach der gesetzgeberischen Konzeption eine nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten aus § 433 I S. 2 BGB durchgesetzt werden.

Der Käufer, der bei Vorliegen eines Sachmangels in der Regel nicht vorrangig ein Interesse an der Rückgängigmachung des Kaufs oder an der Herabsetzung des Kaufpreises haben wird, soll mit der Nacherfüllung das erhalten, was er vertraglich zu beanspruchen hat. Dem Verkäufer hingegen soll mit dem Recht zur zweiten Andienung eine „letzte Chance“ eingeräumt werden, seine Pflicht aus § 433 I S. 2 BGB durch Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache - wenn auch erst im zweiten Anlauf - noch zu erfüllen, um den mit einer Rückabwicklung verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden.

Ausgehend von dieser Interessenlage beider Kaufvertragsparteien beschränkt sich die Lieferung einer mangelfreien Sache gem. § 439 I Alt. 2 BGB nicht zwangsläufig auf eine mit dem Kaufgegenstand identische Sache. Vielmehr hängt die Möglichkeit einer Ersatzbeschaffung bei Unmöglichkeit der Lieferung einer identischen Sache im jeweiligen Einzelfall entscheidend davon ab, ob und wodurch nach dem durch interessengerechte Auslegung zur ermittelnden Willen der Parteien (§§ 133, 157 BGB) bei Vertragsschluss eine Nachlieferung in Betracht kommen sollte.

Auf den Parteiwillen kommt es deshalb maßgeblich an, weil die Vorschrift des § 439 I BGB selbst keine Regelung zu der Frage trifft, welche Ersatzsache als austauschbar, also als gleichwertig und gleichartig mit dem Kaufgegenstand, zu bewerten ist.

Eine Ersatzlieferung ist nach der - **die beiderseitigen Interessen in den Blick nehmenden** - Vorstellung der Parteien daher grundsätzlich bereits dann möglich, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und funktionell sowie vertragsmäßig gleichwertige ersetzt werden kann.

hemmer-Methode: Das Abstellen auf die beiderseitigen Interessen ist wichtig, es soll also weder für den Käufer noch für den Verkäufer zu einem „Wunschkonzert“ werden, ob die Nachlieferung erfolgt oder nicht. Denn es mag Fälle geben, in denen der Käufer sich auf Unmöglichkeit beruft, um vom

Vertrag loszukommen. Dann muss der Verkäufer die Chance haben, darauf mit der Lieferung einer vergleichbaren Ersatzsache einen Rücktritt zu verhindern. Es mag aber eben auch umgekehrt so sein (wie vorliegend), dass der Verkäufer sich auf Unmöglichkeit beruft, um nicht über Gebühr mit einem Anspruch des Käufers belastet zu sein. Diesen „Spagat“ kann man nur durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen in den Griff bekommen!

Davon ist der Gesetzgeber im Grundsatz sogar für Fälle des Stückkaufs ausgegangen, bei dem eine identische Sache naturgemäß nicht verfügbar ist.

hemmer-Methode: Daraus lässt sich ein „erstrecht-Schluss“- Argument ableiten: Wenn schon bei der Stückschuld, bei der ja die Eigenschaften der geschuldeten Sache konkret beschrieben sind, grundsätzlich Nachlieferung verlangt werden kann, muss dies erst recht bei der Gattungsschuld möglich sein, bei welcher die Käuferinteressen nicht so stark individualisiert sind, dass die Befriedigung seiner berechtigten Erwartungshaltung nicht auch mit einer anderen Sache möglich ist!

Entscheidend ist letztlich, ob und in welchem Umfang der Verkäufer bei Vertragsschluss eine Beschaffungspflicht für den Fall einer Nacherfüllung übernommen hat. Inhalt und Reichweite dieser mit Vertragsabschluss vom Verkäufer für den Fall der Mangelhaftigkeit der Kaufsache übernommenen Beschaffungspflicht können dabei - je nach Parteiwillen - durchaus Abweichungen gegenüber dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch aufweisen und damit insbesondere für den Verkäufer auch über dessen ursprüngliche Leistungspflicht hinausgehen sowie zu einer zusätzlichen wirtschaftlichen Belastung führen.

hemmer-Methode: Die Richtigkeit dieses von VW kritisierten Ansatzes lässt sich auch mit § 439 III BGB belegen, wonach im Rahmen der Nacherfüllung ebenfalls Leistungselemente geschuldet sind (Einbau bzw. Ausbaurückstellung), die sich nicht mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch decken. Entscheidend ist also das Ziel, nicht der Weg dorthin. Und das Ziel besteht darin, dem Käufer den geschuldeten Erfolg zu verschaffen, nämlich eine mangelfreie Sache!

b) Schutz der Interessen des Verkäufers durch § 439 IV BGB

Durch diese Sichtweise werden auch die Interessen des Verkäufers nicht vollends ignoriert. Zum einen wird dieser durch § 439 IV BGB geschützt:

Selbst bei unterstellt möglicher Nachlieferung kann der Verkäufer von seinem dort geregelten Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machen.

Auch bestehen gerade bei der Lieferung neu hergestellter Sachen erleichterte Regressmöglichkeiten gegenüber dem Lieferanten, §§ 445a f. BGB.

c) Zeitliche Grenze der Nachlieferungspflicht

Zum Schutz des Verkäufers fließt in die Interessenabwägung ein, dass das Nachlieferungsbegehren in zeitlicher Hinsicht nicht vorbehaltlos besteht.

Der Käufer eines Verbrauchsguts hat für die gelieferte mangelhafte Sache, die durch Nutzung fortlaufend an Wert verliert, keine Nutzungsentschädigung zu zahlen, § 475 III S. 1 BGB! Bereits aus diesem Grund ist bei einer nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung der Willenserklärungen der Parteien eines Verbrauchsgüterkaufs – v.a. beim Kauf von Fahrzeugen, die bereits nach kurzer Zeit einen deutlichen Wertverlust erleiden - eine Austauschbarkeit von Kaufgegenstand und Ersatzsache grundsätzlich nur dann anzunehmen, wenn der Verbraucher sein Nachlieferungsbegehren innerhalb eines an die Länge der regelmäßigen kaufrechtlichen Verjährungsfrist (zwei Jahre - § 438 I Nr. 3 BGB) angelehnten Zeitraums – beginnend ab dem für die Willensbildung maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufabschlusses geltend macht.

hemmer-Methode: Diese vom BGH gesetzte zeitliche Schranke irritiert auf den ersten Blick, denn wenn das Nachlieferungsbegehren nicht innerhalb von zwei Jahren geltend gemacht wird, ist der entsprechende Anspruch ja ohnehin verjährt! Allerdings knüpft der BGH den Beginn dieser zwei Jahre an den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, während der Verjährungsbeginn an die Übergabe der Sache gekoppelt ist. Zudem macht der vorliegende Fall deutlich, dass hinsichtlich der Verjährung auch Vereinbarungen getroffen werden können bzw. z.B. durch Verhandlungen über den Nacherfüllungsanspruch eine Hemmung der Verjährung eintreten kann, § 203 BGB!

Die beschriebene zeitliche Begrenzung führt zugleich dazu, dass sich eine mögliche Beschaffungspflicht auf das Nachfolgemodell beschränkt, das zu dem Zeitpunkt hergestellt wird, zu dem das Nachlieferungsverlangen erstmals innerhalb von zwei Jahren ab Vertragsschluss geltend gemacht worden ist.

Auf diese Weise wird sichergestellt, dass im Fall einer sich etwa anschließenden gerichtlichen Geltendmachung des Nachlieferungsanspruchs bei langer Prozessdauer nicht auch weitere Folgemodelle erfasst sind. Andernfalls könnte der Verkäufer – was im Rahmen einer beiderseits interessengerechten Auslegung ebenfalls zu berücksichtigen ist

– nicht kalkulierbar prüfen, ob er das zeitgerecht gestellte Nachlieferungsbegehren als berechtigt anerkennt und damit das ausgelieferte Fahrzeug ohne noch größeren Wertverlust zurückerlangen kann.

hemmer-Methode: Diese Argumentation bietet für den Klausurersteller die Möglichkeit, die materiellrechtliche Fragestellung mit einer prozessualen zu kombinieren: Macht der Käufer in obigem Sinne sein Nachlieferungsbegehren rechtzeitig geltend, kommt es dann zum Prozess und wird während des Prozesses auch die Herstellung des Nachfolgemodells eingestellt, löst dies dann endgültig die Unmöglichkeit der Nachlieferung aus, § 275 I BGB. Darin wäre sodann ein erledigendes Ereignis zu erblicken, so dass der Kläger einer Kostentragung nur noch durch eine sog. einseitige Erledigungserklärung zuvorkommen könnte!

d) Ggfs. ergänzende Vertragsauslegung, um Verkäufer durch Kostenbeteiligung des Käufers zu schützen

Unabhängig von der Berücksichtigung einer zeitlichen Grenze einer Beschaffungspflicht kann bei einem erheblichen Mehrwert der Ersatzsache der Anlass zu einer ergänzenden Vertragsauslegung bestehen.

Zu fragen ist, ob die Parteien **bei Vertragsschluss** für den Fall der mangelhaften Lieferung die Ersatzlieferung eines Nachfolgemodells (insbesondere bei Fahrzeugen) übereinstimmend nur gegen eine vom Käufer von sich aus anzubietende Zuzahlung austauschbar mit dem ursprünglich gelieferten Kaufgegenstand angesehen haben.

hemmer-Methode: Die Notwendigkeit dieser kostenbezogenen Einschränkung der Nachlieferungspflicht begründet der BGH damit, dass die Einrede des § 439 IV BGB bei unverhältnismäßigen Kosten dem Verkäufer nicht immer zur Verfügung stehe. Beim Verbrauchsgüterkauf könne der Verkäufer von dem Leistungsverweigerungsrecht keinen Gebrauch machen, wenn die andere Art der Nacherfüllung unmöglich sei oder bereits wegen relativer Unverhältnismäßigkeit abgelehnt wurde, vgl. § 475 IV BGB. Speziell dieses Argument fällt aber mit Wirkung zum **01.01.2022** weg, da dann auch beim Verbrauchsgüterkauf eine Leistungsverweigerung bei nur einer bestehenden Nacherfüllungsvariante möglich ist, sog. absolute Unverhältnismäßigkeit. § 475 IV BGB wird ersatzlos gestrichen! Unabhängig davon scheint die obige Argumentation (Nachlieferung eventuell nur bei Zuzahlung) zwar eine ausgewogene Kompromisslösung zu sein.

Sie dürfte aber mit Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nur schwer vereinbar sein, denn danach hat die Nacherfüllung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher stattzufinden, d.h. kostenlos!¹¹ Bei einer insbesondere auf dieses Argument gestützten Verurteilung des Verkäufers zur Nachlieferung gegen Kostenbeteiligung dürfte eine Vorlage an den EuGH daher vorprogrammiert sein.

e) Nachlieferungspflicht auch bei deutlichen Unterschieden des Nachfolgemodells denkbar

Selbst wenn sich Nachfolgemodelle von ihren Vorgängern üblicherweise aufgrund von Ausstattungsmerkmalen und ihrer Marktbewertung deutlich unterscheiden sollten, wäre dies allein nicht ausschlaggebend, weil beim Kauf eines Neufahrzeugs mit der Produktion und dem Markteintritt eines Nachfolgemodells typischerweise zu rechnen ist. Den Parteien ist bei Abschluss des Vertrages in der Regel bewusst, dass der Fahrzeughersteller nach gewisser Zeit das bisherige Modell nicht mehr in der im Kaufvertrag beschriebenen Form herstellt. Am Markt tritt das Nachfolgemodell eines Neufahrzeugs regelmäßig für beide Seiten erkennbar an die Stelle des nicht mehr aktuellen Vorgängermodells. Nachfolgemodelle sind dabei in der Regel in mancher Hinsicht fortentwickelt. Auf diese Weise ersetzt das Nachfolgemodell am Markt seinen Vorgänger und tritt an dessen Stelle.

hemmer-Methode: Nach der vom BGH mehrfach beschworenen interessengerechten Auslegung im Einzelfall (!) kann es auch Merkmale des Nachfolgemodells geben, die der Annahme entgegenstehen, dieses sei nacherfüllungstauglich. Hat der Käufer z.B. eine sehr enge Garageneinfahrt und weicht das Nachfolgemodell in der Breite vom Vorgängermodell nicht unerheblich ab, dürfte genau dieser Aspekt gegen einen Nachlieferungsanspruch sprechen. Der BGH betont allerdings, dass derartige Erwägungen eben nicht abstrakt zum Anlass genommen werden dürfen, um einen Nachlieferungsanspruch zu verneinen; vielmehr muss tatsächlich von den Instanzgerichten im Einzelfall geprüft werden! Das bedeutet in der Klausur wie immer: Ausschachten aller Informationen im Sachverhalt!

¹¹ Verwechseln Sie diese Frage nicht mit der in § 475 IV S. 2 BGB geregelten Beschränkung, denn diese bezieht sich nur auf die mit der Nacherfüllung verbundenen Kosten gem. § 439 II, III BGB, nicht aber auf die Kosten der Nacherfüllung selbst, d.h. auf den Anspruch aus § 439 I BGB!

f) Übertragung der Grundsätze auf den vorliegenden Fall

Wendet man die obigen Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, steht dem K gegen V kein Nachlieferungsanspruch hinsichtlich des begehrten Nachfolgemodells zu.

Zwischen Abschluss des Kaufvertrages und Geltendmachung des Nachlieferungsanspruchs sind bereits ca. acht Jahre vergangen. Würde man dem Käufer auch nach Ablauf dieser Zeitspanne einen Nachlieferungsanspruch zubilligen, wäre dies vor dem Hintergrund, dass er wegen § 475 III BGB für die Nutzung des gelieferten Fahrzeugs keinen Nutzungsersatz zu zahlen hätte, nicht interessengerecht.

Die Zeitspanne übersteigt daher im vorliegenden Fall jene, innerhalb derer typischerweise ein Nachlieferungsbegehren an den Verkäufer herangetragen wird.

Daran ändert auch der spätere Verzicht auf die Verjährung nichts, welcher von V erklärt worden war. Denn bei der vorliegenden Betrachtung geht es nicht um die Verjährung, und damit um die zeitliche Durchsetzbarkeit des Anspruchs, sondern darum, dass der Anspruch nach Ablauf von in der Regel zwei Jahren ab Vertragsschluss gem. § 275 I BGB erlischt.

hemmer-Methode: Der BGH betont, dass die zwei Jahre „nicht in Stein gemeißelt sind“. Da er sich bei dieser Grenze an der Verjährungsregelung des § 438 BGB orientiert, wäre bei arglistigem Verschweigen eines Mangels wegen § 438 III BGB auch ein längerer Zeitraum als maßgeblich denkbar. Es verbleibt jedoch ein „Geschmäckle“. Zum einen kann VW die Sektkorken in all den noch anhängigen Fällen knallen lassen, in denen vergleichbar dem vorliegenden erst Jahre später Nachlieferung begehrt wurde. Zum anderen bleibt die Frage, ob die zeitliche Grenze wirklich maßgeblich sein kann. Man fühlt sich in gewisser Weise an die arbeitsrechtliche Problematik der Schädlichkeit einer Vorbeschäftigung im Befristungsrecht erinnert, § 14 II S. 2 TzBfG. Hier hatte das BAG entschieden, dass diese nach in der Regel drei Jahren nicht mehr schädlich sein soll.¹² Das BAG wurde diesbezüglich vom BVerfG in die Schranken gewiesen, weil dadurch faktisch Rechtsetzung betrieben werden würde.¹³ Auch bleibt die Frage, ob der EuGH diese zeitliche Beschränkung akzeptieren würde. Eine im Verfahren angeregte Vorlage an den EuGH hat der BGH ausdrücklich als überflüssig abgelehnt!

¹² BAG, *Life&LAW* 05/2012, 334 ff. = NZA 2012, 255 ff. = *juris*byhemmer.

¹³ BVerfG, NJW 2018, 2542 ff. = *juris*byhemmer.

II. Ergebnis

K kann von V nicht die Nachlieferung eines VW Tiguan II gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB verlangen.

D) Kommentar

(cda). Eine wegweisende Entscheidung, die wir an den entsprechenden Stellen ausführlich kommentiert haben, so dass Sie sich mit dem Umgang in der Klausur argumentativ auseinandersetzen können sollten.

Es bleibt die Frage nach den Konsequenzen für die Mängelrechte des Käufers.

Wie im Problemaufriss bereits angedeutet, hatte der Käufer hilfsweise den Rücktritt erklärt. Zwar sind Gestaltungserklärungen grundsätzlich bedingungsfeindlich, als reine innerprozessuale bzw. vorliegend zusätzlich reine Rechtsbedingung ist diese Erklärung jedoch nicht zu beanstanden (der BGH spricht von einer „Gegenwartsbedingung“).

Liegen aber die Voraussetzungen für den Rücktritt vor? § 326 V BGB gestattet den Rücktritt ohne Fristsetzung nur, wenn beide Arten der Nacherfüllung unmöglich sind. Daher muss auch die Nachbesserung noch in den Blick genommen werden, zu deren Vornahme der Käufer im konkreten Fall keine Frist gesetzt hatte. Ganz im Gegenteil: Diese wurde laut Sachverhalt vom Käufer abgelehnt. Damit stellt sich die Frage, ob Nachbesserung möglich ist und falls ja, ob die Fristsetzung aus anderen Gründen entbehrlich wäre.

Dazu hatte das Berufungsgericht keine Ausführungen gemacht, so dass die Sache zurückverwiesen wurde. Der BGH hat aber auch hier Erwägungen angestellt, die das Berufungsgericht zu berücksichtigen habe.

Die Frage, ob auch die Nachbesserung unmöglich sei, hänge u.a. davon ab, ob die Behebung des Mangels nur durch das Aufspielen des angebotenen Software-Updates erfolgen kann, oder ob auch eine sog. Hardware-Lösung in Betracht komme. Sofern nur die Software-Lösung in Betracht kommen sollte, müsste bezogen auf diese geprüft werden, ob das Aufspielen auf lange Sicht zu Folgeschäden in Form von nachteiligen Auswirkungen etwa hinsichtlich der Abgaswerte, des Kraftstoffverbrauchs, der Leistung oder der Lebensdauer des Fahrzeugs führen könnte und überdies ein merkantiler Minderwert verbliebe, selbst wenn die Befürchtungen nicht zuträfen.

Abhängig von dem Ergebnis derartiger Feststellungen durch Einholung eines Sachverständigengutachtens wäre sodann rechtlich zu entscheiden, ob die Nachbesserung unmöglich wäre und falls nicht,

zumindest jedoch für den Käufer unzumutbar, so dass die Fristsetzung gem. § 440 S. 1 Var. 3 BGB entbehrlich wäre.

Dafür wiederum erachtet der BGH nicht als ausreichend, dass durch das arglistige Verschweigen der VW-AG das Vertrauensverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer nachhaltig beschädigt sei. Zwar kann grundsätzlich die pflichtwidrige Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses geeignet sein, die Unzumutbarkeit i.S.d. § 440 BGB zu begründen. Zu beachten ist allerdings, dass der Hersteller nicht Erfüllungshilfe des Verkäufers ist, d.h. eine Zurechnung dieser Pflichtverletzung gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB kommt nicht in Betracht.

Auch verhielte sich ein Käufer insoweit widersprüchlich, denn durch das jahrelange Festhalten an dem Nachlieferungsbegehren dokumentiert er, dass das Vertrauensverhältnis nicht so nachhaltig gestört ist, dass er sich gar nicht mehr mit dem Verkäufer auseinandersetzen möchte. Das Vertrauensverhältnis allein für die Nachbesserung als gestört zu beschreiben, ist daher auch tatsächlich nicht nachvollziehbar. Auch § 323 II Nr. 3 BGB komme aus denselben Erwägungen nicht in Betracht.

Sie sehen: In der gesamten Problematik ist das letzte Wort noch nicht gesprochen. Es bleibt spannend!

E) Wiederholungsfrage

- **Warum kann der Käufer nach zwei Jahren ab Vertragsschluss in der Regel keine Nachlieferung eines Nachfolgemodells des gelieferten Fahrzeugs mehr verlangen?**

Eine Nachlieferungspflicht über diesen Zeitraum hinaus würde den Verkäufer typischerweise zu stark belasten, zumal er wegen § 475 III S. 1 BGB auch keinen Nutzungsersatz für das mangelhafte Fahrzeug verlangen kann.

F) Zur Vertiefung

Zur Haftung des Herstellers gem. § 826 BGB im Rahmen des Abgasskandals

- BGH, Life&LAW 07/2020, 445 ff.