

§§ 133, 157, 275, 434, 437, 438, 439 BGB

## Grenzen des Nachlieferungsanspruchs bei einem Nachfolgemodell

BGH, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, BeckRS 2021, 20912

### Fall

K erwarb mit Kaufvertrag vom 20.04.2009 von der B, einer Volkswagen-Vertragshändlerin, einen fabrikneuen VW Tiguan ITrack & Field 4MOTION 2,0 I (170 PS) zu einem Preis von 27.618,64 €. Dieses Fahrzeug ist mit einem 2,0-Liter-Dieselmotor des Typs EA189 (Abgasnorm Euro 5) der Volkswagen AG ausgestattet, dessen Motorsteuerungssoftware den Prüfstandlauf erkennt und in diesem Fall über eine entsprechende Programmierung den Ausstoß an Stickoxiden (NOx-Werte) verringert, indem sie in den „Modus 1“ schaltet, bei dem eine höhere Abgasrückführung als bei dem im normalen Fahrbetrieb aktivierten „Modus 0“ stattfindet. Das Kraftfahrtbundesamt beanstandete die Software als unzulässige Abschaltvorrichtung.

Nachdem die Verwendung entsprechender Vorrichtungen bei Dieselmotoren des Typs EA189 im Rahmen des sogenannten Dieselskandals öffentlich bekannt geworden war, rügte der K die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs und forderte die Erklärung eines Verjährungsverzichts. B wies mit Schreiben vom 04.10.2016 auf ein vom Fahrzeughersteller entwickeltes, vom Kraftfahrtbundesamt 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 in Fahrzeugen mit dem Motortyp EA189 eingebauten Software bestünden, auch soweit diese bereits verjährt seien.

Mit Schreiben vom 07.03.2017 lehnte K eine Nachbesserung durch das Aufspielen eines Software-Updates ab und verlangte stattdessen unter Fristsetzung bis zum 27.03.2017 die Nachlieferung eines fabrikneuen typengleichen Ersatzfahrzeugs. Dem kam B nicht nach.

Das von K im Jahr 2009 erworbene Fahrzeugmodell wird seit dem Jahr 2013 nicht mehr hergestellt. Stattdessen wird als Nachfolgemodell der VW Tiguan II Offroad angeboten, welcher sich vor allem in Bezug auf Baureihe, Typ, Karosserie, Motortyp (EA288) und Schadstoffklasse (Euro 6) von der vorherigen Fahrzeuggeneration unterscheidet.

B ist der Ansicht, dass sie das neue Modell nicht liefern müsse, da dieses schließlich deutlich besser sei als das von K erworbene. Zudem komme das Begehren von K nun deutlich zu spät, sodass etwaige Ansprüche „ausgeschlossen“ seien.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Nachlieferung eines Volkswagen Tiguan II Offroad aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers, Zug um Zug gegen Rückgabe des erworbenen Fahrzeugs?

### Lösung

K könnte gegen B ein Anspruch auf Nacherfüllung in Form der **Nachlieferung** eines Volkswagen Tiguan II Offroad aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers, Zug um Zug gegen Rückgabe des erworbenen Fahrzeugs nach **§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB** zustehen.

### Leitsatz

1. Die Lieferung einer mangelfreien Sache gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB beschränkt sich nicht zwangsläufig auf eine mit dem Kaufgegenstand (abgesehen von der Mangelhaftigkeit) identische Sache.

2. 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.

3. 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 Nutzungsentschädigung für die fortlaufend an Wert verlierende mangelhafte Kaufsache nicht zu zahlen hat, von vornherein nicht zeitlich unbegrenzt gelten.

4. Eine Austauschbarkeit von Kaufgegenstand und Ersatzsache ist beim Verbrauchsgüterkauf – vor allem beim Kauf von Fahrzeugen, die bereits nach kurzer Zeit einen deutlichen Wertverlust erleiden – grundsätzlich nur dann anzunehmen, wenn der Verbraucher sein Nachlieferungsbegehren innerhalb eines in der Länge der regelmäßigen kaufrechtlichen Verjährungsfrist (zwei Jahre, § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) angelehnten Zeitraums – beginnend ab dem für die Willensbildung maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses – geltend macht.



Ein **RÜ-Video**  
zu dieser  
**Entscheidung**  
finden Sie unter  
[t1p.de/mwcf](http://t1p.de/mwcf)

Der **Wortlaut des § 434 BGB** ist unglücklich. Es wird negativ formuliert, wann die Sache „frei von Sachmängeln“ ist, also wann **kein** Sachmangel gegeben ist. In der Prüfung muss also der Wortlaut umgedreht werden, um zu erklären, ob die Sache mangelbehaftet ist.

St. Rspr., hier nur BGH, Senatsurt. v. 29.06.2016 – VIII ZR 191/15, BeckRS 2016, 14159

Die Revision hat noch argumentiert, es läge eine **Beschaffensvereinbarung hinsichtlich des gekauften Modells** vor. Diesem Ansatz hat der Senat zu Recht eine Absage erteilt. An die Voraussetzung einer Beschaffensvereinbarung sind nämlich hohe Anforderungen zu stellen. Allein der Umstand, dass ein Modell bestimmte Merkmale aufweist, kann hierfür nicht reichen. Der Beweggrund für eine derartige Argumentation der Revision war augenscheinlich, eine Unmöglichkeit der Nachlieferung und damit einen Ausschluss des klägerseitigen Anspruchs zu begründen. Diesen (evident verfehlten) Ansatz müsste man m.E. in der Klausur nicht erwähnen.

So teilweise die obergerichtliche Rspr., vgl. OLG München NJW-RR 2019, 248 ff.; OLG Köln NZV 2018, 571 ff.; OLG Düsseldorf NJW-RR 2019, 310; OLG Karlsruhe, Hinweisbesch. v. 06.12.2018 – 17 U 4/18, BeckRS 2018, 35868.

**1.** Damit das **kaufrechtliche Sachmangelgewährleistungsrecht** anwendbar ist, muss nach Maßgabe des **§ 437 BGB** neben einem wirksamen Kaufvertrag die Kaufsache bei Gefahrübergang sachmangelbehaftet gewesen sein.

**a)** K und B haben am 20.04.2009 einen wirksamen **Kaufvertrag** nach **§ 433 BGB** über das Fahrzeug geschlossen.

**b)** Das erworbene Fahrzeug müsste nach **§ 434 BGB sachmangelbehaftet** sein.

Eine vertragliche Beschaffensvereinbarung (**§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB**) sowie Vereinbarung hinsichtlich der konkreten Verwendung des Fahrzeugs (**§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB**) fehlen.

Es kommt somit lediglich ein Sachmangel nach **§ 434 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB** in Betracht. Hiernach liegt ein Sachmangel dann vor, wenn sich die Kaufsache nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet **oder** keine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Vorliegend könnte sich das erworbene Fahrzeug **nicht für die gewöhnliche Verwendung geeignet** haben.

„[25] Für die gewöhnliche Verwendung eignet sich ein Kraftfahrzeug grundsätzlich nur dann, wenn es **eine Beschaffenheit aufweist, die weder seine (weitere) Zulassung zum Straßenverkehr hindert noch ansonsten seine Gebrauchsfähigkeit aufhebt oder beeinträchtigt**. Dem wurde das vom [K] erworbene Fahrzeug bereits bei Gefahrübergang nicht gerecht, da es werkseitig mit einer **unzulässigen Abschaltvorrichtung** versehen war (und nach wie vor ist), aufgrund derer die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Zulassungsbehörde bestand.“

Ein **ungestörter Betrieb** des Fahrzeugs des K im öffentlichen Straßenverkehr war wegen der illegalen Abschaltvorrichtung jedenfalls **nicht gewährleistet**.

Es bestand nämlich **eine latente Gefahr einer Betriebsuntersagung** durch die Zulassungsbehörde. Ein Erwerber eines Fahrzeugs, welches mit einem noch nicht nachgerüsteten **Motor des Typs EA189** bestückt ist, muss jederzeit damit rechnen, dass es aufgrund behördlicher Anordnung nicht mehr im öffentlichen Straßenverkehr genutzt werden darf.

Das von K erworbene Fahrzeug war somit i.S.v. **§ 434 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB** sachmangelbehaftet.

**c)** Der Sachmangel lag schon bei Übergabe der Sache an K, also **bei Gefahrübergang nach § 446 S. 1 BGB**, vor.

Das kaufrechtliche Sachmangelgewährleistungsrecht ist folglich anwendbar.

**2.** Der Nachlieferungsanspruch könnte allerdings wegen des **Modellwechsels** nach **§ 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen** sein. Hierfür müsste die Nachlieferung für B aufgrund des Modellwechsels **unmöglich** sein.

**a)** Das ursprünglich von K gekaufte Modell (VW Tiguan I Track & Field 4MOTION 2,0 l) wurde durch ein neues Modell (VW Tiguan II Offroad) ersetzt. Das ursprünglich gekaufte Modell ist folglich nicht mehr nachlieferbar, sodass Unmöglichkeit dann bejaht werden würde, wenn sich der Nachlieferungsanspruch aus **§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB** auf die identische Sache bezieht. Fraglich erscheint insoweit, ob sich **der Nachlieferungsanspruch auf eine identische oder aber eine vergleichbare Sache bezieht**.

**aa)** Es könnte vertreten werden, dass sich der Nachlieferungsanspruch auf eine **identische Sache** bezieht. Dies würde dazu führen, dass Unmöglichkeit nach **§ 275 Abs. 1 BGB** vorliegt.

Dies kann damit begründet werden, dass bei einem Kaufvertrag über eine neu hergestellte Sache ein **Gattungskauf nach § 243 Abs. 1 BGB** vorliegt und sich damit die ursprünglich geschuldete Leistung auf die konkretisierte Kaufsache bezieht. Ob und wann im Einzelfall eine Konkretisierung vorliegt, ist anhand des Parteiwillens zu ermitteln. **Dabei legen die Parteien dann regelmäßig die einzelnen Eigenschaften der zu konkretisierenden Kaufsache fest.** Bei einem Kraftfahrzeug sind insofern Kriterien wie insbesondere Marke, Baureihe, Typ, Karosserie, Motorisierung, Abgasnorm und das äußere Erscheinungsbild maßgebend. Hier wurde die Kaufsache dahingehend konkretisiert, dass sich der Lieferanspruch aus § 433 Abs. 1 BGB auf den VW Tiguan ITrack & Field 4MOTION 2,0 I bezieht. Da hier diese konkretisierte Kaufsache nicht (mehr) nachlieferbar ist, liegt Unmöglichkeit vor. Eine Ausdehnung der Konkretisierung auf ein neueres und damit auch typischerweise besseres Modell kann indes nicht von dem Parteiwillen gedeckt sein.

Hier könnte zudem dahingehend argumentiert werden, dass die Verkäuferin B bei Vertragsschluss **keine derartige Beschaffungspflicht übernommen** hat, die über die ursprüngliche Kaufsache hinausgeht. Es würde unbillig erscheinen, da der Käufer K andernfalls mehr erhalten würde als ursprünglich vertraglich vereinbart. **Durch die Nacherfüllung solle schließlich der Verkäufer nicht weniger, aber eben auch nicht mehr erhalten als ursprünglich vertraglich vereinbart.** Da hier vertraglich lediglich die Lieferung des ursprünglichen VW Tiguan-Modells geschuldet war und dieses Modell nicht mehr lieferbar ist, ist nach diesem Ansatz der Anspruch des K auf Nachlieferung nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

**bb)** Demgegenüber kann aber auch vertreten werden, dass sich der Nachlieferungsanspruch auf eine **vergleichbare Sache** bezieht, sodass Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB nicht gegeben ist.

**(1)** Hierfür könnte zunächst **die Interessenlage beider Vertragsteile** sprechen.

„[41] Beim Nacherfüllungsanspruch aus § 439 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine **Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs** aus § 433 Abs. 1 BGB. Dabei soll mit der Nacherfüllung nach der gesetzgeberischen Konzeption eine **nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB durchgesetzt werden.**“

[42] Ausgehend von dieser Interessenlage beider **Kaufvertragsparteien beschränkt sich die ‚Lieferung einer mangelfreien Sache‘ gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB nicht zwangsläufig auf eine mit dem Kaufgegenstand (abgesehen von der Mangelhaftigkeit) 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.** Auf den **Parteiwillen** kommt es deshalb maßgeblich an, weil die Vorschrift des § 439 Abs. 1 BGB selbst keine Regelung zu der Frage trifft, welche Ersatzsache als austauschbar, also als gleichwertig und gleichartig, mit dem Kaufgegenstand zu bewerten ist.

[43] **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,** wovon der Gesetzgeber im Grundsatz sogar für Fälle des **Stückkaufs** ausgegangen ist, bei dem eine identische Sache naturgemäß nicht verfügbar ist. Entscheidend ist letztlich, **ob und in welchem Umfang der Verkäufer – nach dem im jeweiligen Fall zu ermittelnden übereinstimmenden Willen der Parteien –**

So auch Rhiem ZIP 2019, 589, 590

BT-Drs. 14/6040, S. 221

St.Rspr. hier nur BGH, Urt. v. 21.11.2017 – X ZR 111/16, RÜ 2018, 150 ff.

St.Rspr. hier nur Senatsbeschluss v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, RÜ 2019, 273 ff.

**bei Vertragsschluss eine Beschaffungspflicht für den Fall einer Nacherfüllung übernommen hat.**

BT-Drs. 14/6040, S. 231

[46] **Da infolge der mangelhaften Leistung des Verkäufers der Vertrag nicht wie vorgesehen abgewickelt werden kann, hat sich die Nacherfüllung an dieser veränderten Situation auszurichten.** Es geht daher bei der Nacherfüllung nicht allein darum, den noch ausstehenden ‚Rest‘ (Mangelfreiheit) der ursprünglich geschuldeten Leistung nachträglich zu erbringen. Vielmehr soll der durch die Lieferung einer mangelhaften Sache geschaffene Zustand durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung beseitigt und im zweiten Anlauf eine vertragsgemäße Leistung erbracht werden. **Die Pflichten des Verkäufers werden damit nicht mehr allein durch den im Vertrag vereinbarten Kaufgegenstand festgelegt, sondern in Ansehung der Pflichtverletzung des Verkäufers modifiziert und ergänzt.“**

Vgl. Kehrberger/Roggenkemper JR 2019, 547, 549

[49] Für ein nicht auf den Umfang der bisherigen Lieferung begrenztes Verständnis der Ersatzlieferung besteht in Anbetracht des Bestrebens des Gesetzgebers der Schuldrechtsmodernisierung, im Interesse beider Parteien **den Vorrang der Nacherfüllung vor den sekundären Gewährleistungsrechten sicherzustellen**, auch in den Fällen ein Bedürfnis, in denen aufgrund von Umständen, die sich bei ordnungsgemäßer Leistung nicht ausgewirkt hätten, ein identischer Kaufgegenstand nicht mehr geliefert werden kann, wohl aber eine Sache, die **nach dem Parteiwillen bei nach beiden Seiten hin interessengerechter Auslegung ihrer auf den Abschluss des Kaufvertrags gerichteten Erklärungen (§§ 133, 157 BGB) als gleichwertiger und gleichartiger Gegenstand und damit als austauschbar** anzusehen ist.“

Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 220 f., 230

Zudem war es für B als Verkäuferin eines Neufahrzeugs – einer Fahrzeughändlerin – zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch erkennbar, dass sie nach ggf. kurzer Zeit das an K verkaufte Modell nicht mehr nachliefern kann, da (wie hier) nur noch ein neues (Nachfolge-)Modell lieferbar ist.

Da das **Nachfolgemodell an die Stelle des ursprünglichen Modelles tritt und dieses damit ersetzt**, hat die Verkäuferin B im Rahmen des Nachlieferungsanspruches folglich unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles eine Beschaffungspflicht hinsichtlich eines neuen Modelles übernommen.

**(2) Entgegenstehende Interessen der Verkäuferin** könnten aber einem derartigen Verständnis entgegenstehen. So könnte angenommen werden, dass es für die Verkäuferin unbillig erscheint, sie müsse möglicherweise erhöhte Kosten für die Nacherfüllung allein tragen.

Die **Interessen der Verkäuferin sind** aber auch mit Blick auf die alleinige Tragung möglicherweise unverhältnismäßig hoher Kosten bereits hinreichend durch bestehende Regelungen im kaufrechtlichen Sachmangelgewährleistungsrecht **gewahrt**. So besteht nach **§ 439 Abs. 4 BGB** eine verkäuferseitige Einrede, sofern die Kosten für die Nacherfüllung unverhältnismäßig hoch sind. Weiterhin bestehen Regressmöglichkeiten nach **§§ 445 a, 478 BGB**, sodass der Letztverkäufer nicht allein die Nachteile des erhöhten Verbraucherschutzes zu tragen hat.

**(3) Weiterhin** könnte für dieses Verständnis eine **europarechtskonforme Auslegung** des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB sprechen.

Vgl. insoweit Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 1999/44/EG)

In der **Verbrauchsgüterkaufrichtlinie** heißt es nämlich „**Ersatzlieferung**“. Bereits aus dem Wortsinn „Ersatz“ kann entnommen werden, dass nicht die identische Kaufsache den Bezugspunkt der Nachlieferung darstellt. Vielmehr ist es aus **Verbraucherschutzermägungen** auch ein „Ersatz“ der Lieferung, wenn eine vergleichbare bzw. ersatzfähige – im Zweifel auch bessere – Sache geliefert wird.

(4) Der erstgenannte Ansatz, es sei eine **Konkretisierung der Schuld** auch hinsichtlich des Nachlieferungsanspruchs gegeben, ist ferner **nicht überzeugend**.

So hat der Gesetzgeber bewusst eine **Differenzierung zwischen Stück- und Gattungsschuld bei der Nacherfüllung nicht vorgenommen**. Die Differenzierung betrifft also allein den Erfüllungs- und nicht den Nacherfüllungsanspruch.

(5) Ein weiteres Argument ist die im Kaufrecht bei beweglichen Sachen kurze bzw. kürzere **Verjährungsfrist nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB**.

Hiernach verjähren die kaufrechtlichen Ansprüche des Käufers nach zwei Jahren ab Übergabe der Sache. Innerhalb von zwei Jahren ist regelmäßig mit etwaigen Modellwechseln im Automobilbereich zu rechnen. Sofern der Nachlieferungsanspruch sich auf die identische Sache beziehen würde, **liefe die ohnehin schon kurze Verjährungsfrist vielfach ins Leere**. Die Folge wäre dann, dass die Zweckrichtung der Verjährungsregelungen – Geltendmachung insbesondere der Nacherfüllung nach § 439 BGB innerhalb von zwei Jahren – verfehlt werden würde.

Nach alledem ist festzuhalten, dass der Bezugspunkt des Nachlieferungsanspruches eine vergleichbare Sache ist. Ein neues Modell entspricht einer vergleichbaren Sache, sodass nach diesem Verständnis keine Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB der Nachlieferung gegeben ist.

**cc)** Da hier aber K erstmals **nach fast acht Jahren** seit Kaufvertragsschluss die Nachlieferung eines Nachfolgemodells verlangt hat, könnte ein **abweichen des Ergebnis** zu begründen sein. Es könnte aus Wertungsgründen interessengerecht sein, **Unmöglichkeit der Nachlieferung nach § 275 Abs. 1 BGB ausnahmsweise zu bejahen**.

*„[54] So kann ... die den Verkäufer eines Verbrauchsguts treffende **Beschaffungspflicht** in dem Fall, dass lediglich ein Nachfolgemodell der erworbenen Kaufsache lieferbar ist, von vornherein **nicht zeitlich unbegrenzt gelten**. Denn der Käufer eines Verbrauchsguts hat für die gelieferte mangelhafte Sache, die durch Nutzung fortlaufend an Wert verliert, eine Nutzungsentschädigung nicht zu zahlen (§ 474 Abs. 1 S. 1, § 475 Abs. 3 S. 1 BGB). Bereits aus diesem Grund ist bei einer nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung der Willenserklärungen der Parteien eines Verbrauchsgüterkaufs – vor allem **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 Abs. 1 Nr. 3 BGB) angelehnten Zeitraums – beginnend ab dem für die Willensbildung maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses – geltend macht**.*

*[69] Im Rahmen einer **typisierenden Betrachtung** ist dabei ein Zeitraum von zwei Jahren **interessen- und sachgerecht**, der – da der übereinstimmende Parteiwille zu diesem Zeitpunkt maßgebend ist – **ab Vertragsschluss** zu laufen beginnt. Einen vergleichbaren Zeitraum hat der Gesetzgeber – wengleich zum Zwecke der Verjährung an die Ablieferung der Sache anknüpfend (§ 438 Abs. 2 Alt. 2 BGB) – bei der Neuregelung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts in § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB als angemessen erachtet, damit **die Vertragspartner einerseits, eine faire Chance erhalten, ihre Ansprüche geltend zu machen, andererseits aber auch ‚Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit‘ gewährleistet sowie der Schutz des Verkäufers vor unbilligen Einschränkungen seiner Dispositionsfreiheit erreicht werden**.*

*[73] [Es] entspricht ... vorliegend einer nach beiden Seiten hin **interessengerechten Auslegung des übereinstimmenden Willens der Parteien** bei Vertrags-*

BT-Drs. 14/6040, S. 94, 230

Nach dieser Zeit wird der Verkäufer typischerweise die Einrede der Verjährung (§§ 214 Abs. 1, 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) erheben können. Hier lag aber ein **Verzicht auf die Erhebung der Einrede** vor. Die Verjährungsregelung spielt aber nunmehr zumindest mittelbar eine Rolle bei dem Nachlieferungsanspruch (dazu sogleich).

BT-Drs. 14/6040, S. 228, 96

schluss, dass sich die von der [B] für den Fall einer mangelbedingten Nachlieferung nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB übernommene **Beschaffungspflicht** auch auf ein das ursprüngliche Fahrzeugmodell am Markt ersetzendes Nachfolgemodell **nur für den Fall erstrecken sollte, dass der Kläger ein entsprechendes Nacherfüllungsverlangen innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren ab Vertragsschluss an die [B] richtete**. Denn ansonsten würde die auf einer vertraglichen Abrede beruhende Beschaffungspflicht der [B] zu ihren Lasten zu weit ausgedehnt. Insbesondere **wäre die [B] bei einem erst nach Ablauf des genannten Zeitraums gestellten Nachlieferungsbegehren der Gefahr ausgesetzt, ein höherwertiges und dementsprechend teureres Nachfolgemodell liefern zu müssen, ohne für das gelieferte Fahrzeug, das infolge seiner langjährigen Nutzung erheblich an Wert eingebüßt hat, Nutzungs- oder Wertersatz zu erhalten.**

Das Nachfolgemodell VW Tiguan II Offroad ist somit nicht mehr von der Beschaffungspflicht der Nachlieferung gedeckt. Mithin ist der Anspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

Der Senat hat **bestätigt**, dass sich die Reichweite des Nachlieferungsanspruchs auch auf ein Nachfolgemodell bezieht (vgl. **BGH RÜ 2019, 273 ff.**).

Neu ist aber nun, dass dieser **Nachlieferungsanspruch einer zeitlichen Begrenzung von zwei Jahren ab Vertragsschluss** unterliegt. Dabei hat der Senat den **Rechtsgedanken des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB** bemüht. Das Verjährungsrecht spielt damit – trotz des Verzichts der Erhebung der Einrede der Verjährung – mittelbar eine zentrale Rolle bei der rechtlichen Bewertung des Nachlieferungsanspruchs. Hier ist es natürlich unabdingbar, dass aufgrund des Verzichts **keine Einrede der Verjährung geprüft wird**. Vielmehr wird die Reichweite des Nachlieferungsanspruchs durch eine zeitliche Komponente begrenzt. Es wäre auch vertretbar gewesen, **Verwirkung nach § 242 BGB** anzunehmen. Eine Verwirkung ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung dann anzunehmen, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (**Zeitmoment**) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (**Umstandsmoment**).

Weiterhin wurde thematisiert, ob ein von K hilfsweise erklärter Rücktritt zu einer **Rückabwicklung nach §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB** führt. Ein solcher Rückgewähranspruch setzt aber dem Grunde nach ein **erfolgloses Verstreichen der Frist zur Nacherfüllung** voraus. Die Einzelheiten hinsichtlich der Entbehrlichkeit der Fristsetzung (§§ 326 Abs. 5 Hs. 2, 440 S. 1 Var. 3 BGB) hat das Berufungsgericht zu klären. Die Sache wurde nämlich zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen.

Zum 01.01.2022 tritt die **umfassendste Reform des Schuldrechts seit 20 Jahren** in Kraft. Da sie nur für Vertragsschlüsse ab diesem Datum gilt, war der vorliegende Fall natürlich nach altem Recht zu lösen. Im **RÜ-Video** (auf S. 753 finden Sie den Link, unter den Leitsätzen) wird als Vorgeschmack schon einmal erörtert, wie die Frage des **Sachmangels nach neuem Recht** zu beurteilen wäre.

**Dr. David Marski**

Die Auswirkungen der Reform auf die Normen, Systematik, Prüfungsschemata und Klausureinkleidungen werden im druckfrisch erschienen AS-Spezialsript „**Express – Das neue Schuldrecht 2022**“ erörtert. Zudem bietet Alpmann Schmidt ab Januar 2022 **Spezialcrashkurse zum neuen Schuldrecht inkl. des Skripts** an. Alle Informationen dazu finden Sie auf

[www.schuldrecht2022.de](http://www.schuldrecht2022.de)