

Methodik ZR

Simon Horn, Maître en droit (Rennes)*

ZR-Examensklausur zum Sachmangel und zur Nacherfüllung (Diesel-Skandal)

Freude am (Zivilver)Fahren

<https://doi.org/10.1515/jura-2020-2522>

Diese anspruchsvolle Klausur auf Examensniveau verbindet die höchstrichterlich behandelte Thematik der Nacherfüllung rund um den sog. Abgas-Skandal mit einer klausurmäßigen Aufbereitung potenziell examensrelevanter Probleme der neuen Musterfeststellungsklage. Beide Themenkomplexe ergänzen sich klausurtechnisch hervorragend und bieten sich auch aufgrund ihrer rechtspolitischen Wechselwirkungen zur gemeinsamen Bearbeitung an.

SACHVERHALT

Karl (K) erwirbt am 30. 11. 2016 zu privaten Zwecken einen neuen PKW in einer unselbstständigen Vertriebsniederlassung der V-AG zum Listenpreis von 30.000 €, der ihm sogleich übergeben wird. Es handelt sich um das Modell Dreckschleuder in der ersten Generation. Der Wagen ist mit einem Motor der Baureihe AE 198 bestückt, der 140 PS leistet. K erreicht bei der zuständigen Zulassungsbehörde im Folgenden erfolgreich die Zulassung des PKW zum öffentlichen Straßenverkehr, ohne dass hierfür ein Einzelgenehmigungsverfahren durchgeführt worden wäre.

Am 1. 1. 2017 wird durch Presseberichte bekannt, dass Ingenieure der V-AG die Motoren der Baureihe AE 198 so modifiziert haben, dass eine Software typisierte Abläufe bei Schadstoff-Tests unter Laborbedingungen erkennt. In diesem Fall regelt die Software die Abgasreinigung dergestalt, dass die Schadstoff-Werte unter dem in europäi-

schen Normen festgelegten Grenzwert bleiben. Unter Realbedingungen im Straßenverkehr können diese Grenzwerte nicht eingehalten werden. Das zuständige Kraftfahrtbundesamt bleibt gleichwohl untätig und entzieht insbesondere die für eine Zulassung zum Straßenverkehr erforderliche Typgenehmigung nicht.

K verlangt sofort Lieferung eines neuen PKW ohne Manipulation der Abgasreinigung. Die V-AG lehnt das Ansinnen des K ab, versichert aber, man arbeite an einem Software-Update zur Korrektur der Software. Nach »hoffentlich zeitnahe« Abschluss der Entwicklung würde man dieses K »schnellstmöglich« kostenlos anbieten (Kosten des Aufspiels für die V-AG: 200 €). Zu diesem Zeitpunkt hatte der PKW nutzungsbedingt bereits 5000 € an Wert verloren.

Am 2. 11. 2018 erhebt der Verbraucherschutzverband Kleine Leute e. V. eine Musterfeststellungsklage gegen die V-AG mit dem Antrag festzustellen, dass die Motoren der Baureihe AE 198 die Anforderungen an eine Typgenehmigung nach den einschlägigen europäischen Rechtsvorschriften nicht erfüllen. Die Klage wird am 1. 12. 2018 im Klageregister veröffentlicht und als erster mündlicher Termin der 1. 2. 2019 bestimmt. Am 2. 1. 2019 meldet K einen Ersatzlieferungsanspruch bezüglich seines PKW im Klageregister an, die Angaben nach § 608 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–5 ZPO sind enthalten. Am 1. 7. 2019 gibt das Gericht der Musterfeststellungsklage statt, Revision wird nicht eingelegt.

Am 2. 11. 2019 erhebt K Klage gegen die V-AG auf »Übereignung und Übergabe eines neuen PKW des Modells Dreckschleuder mit 140 PS Zug um Zug gegen Rückgewähr des alten PKW«. Der Restwert seines PKW beträgt zu diesem Zeitpunkt noch 10.000 €.

In der mündlichen Verhandlung entgegnet die V-AG dem Antrag des K, dass der PKW doch zugelassen und voll funktionstüchtig sei. Ferner wendet sie zutreffend ein, dass das Modell Dreckschleuder der ersten Generation schon seit Mitte 2017 nicht mehr hergestellt werde. Überdies weist sie wahrheitsgemäß darauf hin, dass die zweite Modellgeneration (Listenpreis mit vergleichbarer Ausstat-

Der Fall ist materiell-rechtlich an BGH, NJW 2019, 1133 = *Stürner, JURA* (JK) 2019, 555 angelehnt. Die zum 1. 1. 2022 in Kraft tretenden Änderungen durch das Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, BGBI. I 2021, 2133 konnten nicht mehr berücksichtigt werden.

*Kontaktperson: Simon Horn, Wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht und Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg.

tung ebenfalls 30.000 €) eine um 10 PS höhere Motorisierung, ferner eine um 6 cm größere Fahrzeuglänge und einen um 8 cm verbreiterten Radstand aufwiese. Jedenfalls sei das angebotene und inzwischen verfügbare Software-Update zur Mangelbehebung ausreichend. Ohnehin habe K seinen Anspruch zu spät geltend gemacht. Jedenfalls aber habe er ja knapp drei Jahre lang einen voll funktionsfähigen PKW nutzen können und müsse daher Nutzungsersatz leisten. K erwidert lediglich, dass zum Zeitpunkt seines Nacherfüllungsverlangens noch völlig unklar gewesen sei, ob und wann ein Software-Update zur Verfügung stehe.

Bearbeitervermerk:

In einem Rechtsgutachten, das (ggf. hilfsgutachterlich) auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, ist zu untersuchen, wie das Gericht bei unterstellter Zulässigkeit der Klage des K entscheiden wird. Von der Wirksamkeit des Kaufvertrags zwischen K und der V-AG ist auszugehen, Schadensersatzansprüche bleiben bei der Bearbeitung außer Betracht. Auf § 1 AktG sowie §§ 3 und 5 FZV wird hingewiesen. Bei der Bearbeitung ist durchweg die aktuelle Gesetzeslage zugrunde zu legen.

Anhang: Verordnung über die Zulassung von Fahrzeugen zum Straßenverkehr (Fahrzeug-Zulassungsverordnung – FZV)

§ 3 Notwendigkeit einer Zulassung

(1) Fahrzeuge dürfen auf öffentlichen Straßen nur in Betrieb gesetzt werden, wenn sie zum Verkehr zugelassen sind. Die Zulassung wird auf Antrag erteilt, wenn das Fahrzeug einem genehmigten Typ entspricht oder eine Einzelgenehmigung erteilt ist und eine dem Pflichtversicherungsgesetz entsprechende Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung besteht. Die Zulassung erfolgt durch Zuteilung eines Kennzeichens, Abstempelung der Kennzeichenschilder und Ausfertigung einer Zulassungsbescheinigung.

[Abs. 2–4 nicht wiedergegeben]

§ 5 Beschränkung und Untersagung des Betriebs von Fahrzeugen

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

den Betrieb des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen.

[Abs. 2–3 nicht wiedergegeben]

GUTACHTERLICHE VORÜBERLEGUNGEN

Was das materielle Recht anbelangt, erfordert dieser anspruchsvolle Fall eine vertiefte Auseinandersetzung mit den drei materiell-rechtlichen Hauptproblemen des Falles (Vorliegen eines Sachmangels, Ersatzlieferung durch Modell der zweiten Generation sowie Unverhältnismäßigkeit der Ersatzlieferung gegenüber der Nachbesserung in Gestalt eines Software-Updates). Insoweit kommt es jedoch weniger auf das Ergebnis, denn auf die Überzeugungskraft der Argumente an. Der prozessuale Teil hingegen ist gleich in zweierlei Hinsicht außergewöhnlich: Erstens liegen die prozessualen Probleme nicht in der Zulässigkeit der zu prüfenden Klage, sondern in den Auswirkungen einer Musterfeststellung auf die zu prüfende Individualklage. Allein die Beachtung interprozessualer Wirkungen stellt eine wesentliche Herausforderung des Falles dar, da diese im ersten Examen selten Prüfungsgegenstand sind und mehrere verschiedene Klagen samt ihren unterschiedlichen Wirkungen sauber getrennt werden müssen. Darüber hinaus werden Auswirkungen prozessualer Handlungen auf das materielle Recht geprüft, die – jenseits von Klassikern wie der Wirkung der Rechtshängigkeit auf die Haftung etwa Bereicherungsrecht oder EBV – ebenfalls zu den »Exoten« zu rechnen sind.

LÖSUNG

Das Gericht wird der Klage des K durch Endurteil gem. § 300 ZPO stattgeben, wenn K ein das Begehren begründende Anspruchsrecht zusteht. Dieses könnte sich aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB ergeben.

A. Anspruch entstanden

Dazu müsste der Anspruch zunächst entstanden sein.

I. Kaufvertrag gem. § 433 BGB

Ein Kaufvertrag über einen PKW des Modells Dreckschleuder der ersten Generation ist zwischen K und der gem. § 1

Abs. 1 S. 1 AktG rechtsfähigen V-AG am 1. 12. 2016 zustande gekommen. Dieser ist laut Bearbeitervermerk auch wirksam.

Hinweis: In der Praxis käme eine Verbotsnichtigkeit von Kaufverträgen über KFZ mit manipulierter Abgassoftware gem. § 134 BGB in Betracht. Diese Frage ist umstritten und hängt von der Einordnung des § 27 Abs. 1 EG-FGV als Verbotsgesetz ab.¹

II. Mangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs gem. § 446 S. 1 BGB

Der PKW müsste im Zeitpunkt des Gefahrübergangs gem. § 446 S. 1 BGB, d.h. bei Übergabe, mangelhaft gewesen sein. Hier könnte ein Sachmangel gem. § 434 BGB vorliegen. Für eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB liegen keine Hinweise vor, ebenso wenig für eine vertragliche Verwendungsabrede i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB. Damit richtet sich die Mangelhaftigkeit nach § 434 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB: Der PKW müsste sich folglich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignen und/oder keine übliche Beschaffenheit aufweisen.

Die gewöhnliche Verwendung eines KFZ ist die Nutzung im öffentlichen Straßenverkehr. Dafür eignet dieses sich grundsätzlich nur dann, wenn es nach seiner Beschaffenheit keine technischen Mängel aufweist, die die Zulassung zum Straßenverkehr hindern oder die Gebrauchsfähigkeit aufheben oder beeinträchtigen.² Vorliegend hat die Zulassungsbehörde die Zulassung zum Straßenverkehr allerdings weder verweigert noch widerrufen.

Der PKW könnte allerdings einer Betriebsuntersagung gem. § 5 Abs. 1 FZV ausgesetzt sein. Auch eine solche war jedoch zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs gem. § 446 S. 1 BGB noch nicht ausgesprochen. Insoweit kann es allerdings nicht auf die tatsächliche Ausübung einer hoheitlichen Befugnis ankommen, vielmehr genügt es, dass die Befugnis auf Tatsachen fußt, die bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestanden.³ Droht jederzeit eine Betriebsuntersagung oder -beschränkung, fehlt dem Fahrzeug die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung.⁴

Die Betriebsuntersagung nach § 5 Abs. 1 FZV setzt voraus, dass das KFZ nicht der FZV, der StVZO und/oder der

Elektrokleinstfahrzeuge-VO entspricht. § 3 Abs. 1 FZV verlangt für eine Zulassung, dass das KFZ einem genehmigten Typ entspricht oder eine Einzelgenehmigung vorliegt. Letzteres ist nicht der Fall. Damit müsste eine Typgenehmigung vorliegen. Eine solche wurde laut Sachverhalt vom Kraftfahrtbundesamt erteilt und auch nicht zurückgenommen. Damit liegen die Tatbestandsvoraussetzungen einer Betriebsuntersagung gem. § 5 Abs. 1 FZV zum Zeitpunkt der Übergabe nicht vor.

Auch insoweit kann jedoch der tatsächliche Entzug der Typgenehmigung nicht maßgeblich sein, vielmehr ist wie bei der Betriebsuntersagung auf das Vorliegen für deren Voraussetzungen abzustellen. Gem. § 48 Abs. 1 VwVfG kann das Kraftfahrtbundesamt als erteilende Behörde die Typgenehmigung zurücknehmen, wenn diese rechtswidrig war, also die Voraussetzungen für ihre Erteilung nicht vorlagen. Dem Sachverhalt sind keine hinreichend genauen Angaben zu entnehmen, aus denen auf das Fehlen der Voraussetzungen einer Typgenehmigung geschlossen werden könnte.

Hinweis: Selbst, wenn solche Informationen vorhanden wären, könnte jedenfalls keine vertiefte Auseinandersetzung mit den einschlägigen europarechtlichen Rechtsgrundlagen erwartet werden.

Im Rahmen der Musterfeststellungsklage wurde jedoch bereits formell und materiell rechtskräftig festgestellt, dass die Voraussetzungen einer Typgenehmigung bei PKW mit dem Motor AE 198 nicht vorliegen. Die materielle Rechtskraft von Urteilen beschränkt sich jedoch gem. § 322 Abs. 1 ZPO grundsätzlich auf die Parteien und deren Rechtsnachfolger, vorliegend also den Kleine Leute e.V. und die V-AG. Gleichwohl könnte das erkennende Gericht an die Feststellungen des Musterfeststellungsurteils gebunden sein, wenn die Voraussetzungen einer Bindungswirkung gem. § 613 Abs. 1 S. 1 ZPO vorliegen.

Hinweis: Ein schwerer Verständnisfehler wäre es, die materielle Rechtskraft des zwischen dem Verband und der V-AG ergangenen Musterfeststellungsurteils unter Verstoß gegen § 322 Abs. 1 ZPO auf deren Rechtsstreit mit K zu erstrecken.

1. Rechtskräftiges Musterfeststellungsurteil

Nachdem gegen das Musterfeststellungsurteil das gem. § 614 S. 1 ZPO einzig statthafte Rechtsmittel der Revision nicht eingelegt wurde, ist dieses formell nunmehr rechtskräftig, vgl. § 705 S. 1 ZPO.

¹ Zu dieser Problematik näher *Armbrüster*, NJW 2018, 3481ff.; *Gutzeit*, JuS 2019, 249, 250 f.

² St. Rspr., zuletzt etwa BGHZ 220, 134, Rn. 29; NJW 2019, 1133, Rn. 5.

³ So schon RGZ 111, 86, 89 zum Rechtsmangel. Für eine als Sachmangel einzuordnende öffentliche Eingriffsbefugnis kann insoweit nichts Anderes gelten, siehe etwa *Gutzeit*, JuS 2019, 649, 651.

⁴ BGH, NJW 2019, 1133, Rn. 21 f.; ZIP 2021, 1706, Rn. 35 f.

2. Rechtsstreit zwischen angemeldetem Verbraucher und Beklagtem

Die V-AG war Beklagte des Musterfeststellungsverfahrens. K müsste jedoch auch angemeldeter Verbraucher sein. Verbraucher im prozessualen Sinne ist gem. § 29c Abs. 2 ZPO jede natürliche Person, die bei Erwerb des Anspruchs nicht überwiegend im Rahmen ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Hier kaufte K den PKW zu privaten Zwecken und ist damit Verbraucher im prozessualen Sinn.

Hinweis: Auch, wenn der materiell-rechtliche Verbraucherbegriff gem. § 13 BGB weitestgehend deckungsgleich ist, darf dieser nicht zur Bestimmung der Verbrauchereigenschaft bei der Musterfeststellungsklage herangezogen werden, da § 29c Abs. 2 ZPO insoweit *lex specialis* ist. Hintergrund dieses speziellen prozessualen Verbraucherbegriffs ist, dass die Musterfeststellungsklage auch für deliktische Ansprüche zur Verfügung gestellt werden soll, der europarechtlich determinierte materiell-rechtliche Verbraucherbegriff aber nur rechtsgeschäftliches Handeln erfasst.⁵

Ferner müsste K im Klageregister angemeldet sein. Die Voraussetzungen der Anmeldung sind in § 608 ZPO geregelt. Die Anmeldung durch K erfolgte am 2. 1. 2019 und damit noch vor dem ersten mündlichen Termin am 1. 2. 2019. Die Angaben nach § 608 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3, 5 ZPO sind laut Sachverhalt enthalten. Damit hat K seinen Anspruch wirksam angemeldet.

3. Kongruenz von Lebenssachverhalt und Feststellungszielen

Ferner müsste die Klage gem. § 613 Abs. 1 S. 1 ZPO den Lebenssachverhalt und die Feststellungsziele der Musterfeststellungsklage betreffen. Die Frage nach der Möglichkeit einer Rücknahme der Typgenehmigung ist mit derjenigen nach den europarechtlichen Anforderungen an eine solche identisch, damit betrifft die Klage des K das Feststellungsziel der Musterfeststellungsklage. Ferner handelt es sich bei dem PKW des K um einen solchen mit einem Motor der Baureihe AE 198. Damit ist auch der identische Lebenssachverhalt betroffen.

4. Zwischenergebnis

Gem. § 613 Abs. 1 S. 1 ZPO ist das Gericht an die Feststellung gebunden, dass der Motor der Baureihe AE 198 die

europarechtlichen Anforderungen an eine Typgenehmigung nicht erfüllt. Daher muss jederzeit mit der Rücknahme der Typgenehmigung durch das Kraftfahrtbundesamt gerechnet werden, die sogleich eine Betriebsuntersagung nach § 5 Abs. 1 FZV nach sich ziehen könnte.⁶ Damit liegt bei Übergabe ein latenter Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB in Gestalt der Gefahr einer Betriebsuntersagung vor.

Hinweis: Ebenso ist es denkbar, in der öffentlich-rechtlichen Befugnis der Zulassungsbehörde zur Betriebsuntersagung gem. § 5 Abs. 1 FZV das Recht eines Dritten zu erblicken und damit einen Rechtsmangel zu bejahen. Zwar knüpft die Eingriffsbefugnis hier vorrangig an die Beschaffenheit der Sache an (was für eine Einordnung als Sachmangel spricht), nachdem jedoch die obergerichtliche Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen bisweilen einen Rechtsmangel bejaht, ist dies gleichermaßen vertretbar. Auch dann wäre jedoch Voraussetzung, dass die Befugnis aus § 5 Abs. 1 FZV tatsächlich besteht, d. h. die Voraussetzungen der Typgenehmigung nicht vorliegen. Am weiteren Prüfungsprogramm ändert sich also im Ergebnis nichts.

III. Kein Gewährleistungsausschluss gem. § 442 Abs. 1 BGB

Weder wusste K bei Übergabe um die Existenz der Software-Manipulation noch ist ihm diese grob fahrlässig unbekannt geblieben. Damit sind seine Mängelgewährleistungsrechte nicht gem. § 442 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

B. Anspruch nicht erloschen

Der Anspruch könnte jedoch erloschen sein.

I. Keine Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB

Denkbar wäre zunächst eine Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB. Dazu müsste die Leistung für jedermann oder den Schuldner unmöglich sein.

1. Infolge Konkretisierung einer Stückschuld gem. § 243 Abs. 2 BGB

Dies wäre dann der Fall, wenn eine Stückschuld vorläge und dies eine Ersatzlieferung ausschliesse. Eine Stück-

⁵ BT-Drucks. 18/2507, S. 20.

⁶ Siehe etwa OVG Münster, NVwZ 2018, 1662; VGH Kassel, NVwZ 2019, 1297 = *Eifert*, JURA (JK) 2019, 1125.

schuld könnte trotz der grundsätzlichen Einordnung des Neuwagenkaufs als Gattungsschuld im Wege der Konkretisierung gem. § 243 Abs. 2 BGB entstanden sein. Ob die Stückschuld die Ersatzlieferung überhaupt ausschließt, ist umstritten.⁷ Dies kann hier jedoch dahinstehen, da das Auto bereits im fraglichen Konkretisierungszeitpunkt mangelhaft war und daher gar keine Konkretisierung eintreten konnte.⁸ Damit scheidet eine Unmöglichkeit infolge einer Konkretisierung aus.

2. Infolge Produktionseinstellung des Modells der ersten Generation

Eine absolute Unmöglichkeit könnte sich jedoch infolge der Produktionseinstellung des Modells der ersten Generation ergeben. Dafür müsste die Lieferung eines Neuwagens der ersten Modellgeneration objektiv unmöglich sein. Dies ist jedoch bereits deswegen ausgeschlossen, da die V-AG selbst Herstellerin des fraglichen PKW ist. Somit ist sie rein objektiv durchaus imstande, die Produktion eines bereits eingestellten Modells wieder aufzunehmen. Damit scheidet eine absolute Unmöglichkeit infolge der Produktionseinstellung des Modells der ersten Generation aus.

Hinweis: Einer der »Kniffe« des Falles besteht darin, hier zu erkennen, dass eine Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB von vornherein nicht in Betracht kommt. Insoweit sind die typischen Fallkonstellationen im sog. Abgas-Skandal, bei denen der Verbraucher den PKW nicht direkt vom Hersteller, sondern von einem selbstständigen Händler erwirbt anders gelagert: Dort wäre die Lieferung eines Neuwagens aus einer bereits eingestellten Modellgeneration für den Händler, der nicht zugleich Hersteller ist, gem. § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB subjektiv unmöglich, weil dieser die Produktion nicht wieder aufnehmen kann.⁹ Die vorliegend i. R. d. § 275 Abs. 2 BGB diskutierte Frage nach der Ersatzlieferung eines Fahrzeugs der zweiten Generation muss in diesen Fällen dann bereits i. R. d. § 275 Abs. 1 BGB diskutiert werden.

II. Kein grob unverhältnismäßiger Aufwand gem. § 275 Abs. 2 BGB

Der Anspruch könnte jedoch durch die Einrede des grob unverhältnismäßigen Aufwands gem. § 275 Abs. 2 BGB erloschen sein. Dafür müsste die Ersatzlieferung einen Auf-

wand erfordern, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht.

1. Unverhältnismäßiger Aufwand einer erneuten Produktion der ersten Modellgeneration

Bei lebensnaher Auslegung des Sachverhaltes kann davon ausgegangen werden, dass die Produktionslinien für die Herstellung der ersten Modellgeneration nicht mehr vorhanden sind und daher neu aufgebaut werden müssten. Dies würde immense Kosten verursachen, die in einem krassen Widerspruch zum Wert des PKW stünden und wohl das Leistungsinteresse des K bei weitem übersteigen. Selbst wenn man im Rahmen der Abwägung berücksichtigt, dass die V-AG das Leistungshindernis in Gestalt der Produktionseinstellung vorsätzlich herbeigeführt hat, sind die Kosten so erdrückend, dass das Leistungsinteresse des K geradezu verschwindend gering erscheint. Damit liegt auf den ersten Blick eine absolute Unverhältnismäßigkeit gem. § 275 Abs. 2 BGB vor.

2. Unverhältnismäßiger Aufwand der Ersatzlieferung eines Exemplars der zweiten Modellgeneration

Etwas Anderes könnte sich jedoch ergeben, wenn man davon ausginge, dass eine Ersatzlieferung auch durch ein Modell der zweiten Generation möglich wäre. Dann lägen die Kosten für die Ersatzlieferung nur bei 30.000 €. Zwar kommt es nach allgemeiner Meinung insoweit nicht auf eine absolute Identität an, sondern vielmehr, ob die als Ersatzlieferung vorgesehene Kaufsache nach dem Willen der Parteien durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann.¹⁰

Hinweis: Ab hier gleichen sich nun die Fragestellungen in den verschiedenen Konstellationen wieder. Ist die Ersatzlieferung durch ein Exemplar der nachfolgenden Modellgeneration unmöglich, so stellt sich die einzig mögliche Art der Ersatzlieferung durch erneute Produktion des Vorgängermodells als absolut unverhältnismäßig i. S. d. § 275 Abs. 2 BGB dar. Damit ist im Ergebnis nun doch wieder die (Un-)Möglichkeit der Nacherfüllung durch Ersatzlieferung eines Nachfolgemodells entscheidend.

Ob eine Ersatzlieferung auch durch ein Fahrzeug der nachfolgenden Modellgeneration in Frage kommt, ist um-

⁷ Zum Streitstand siehe etwa die Nachweise bei BGHZ 168, 64, Rn. 18.

⁸ Vgl. Faust, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. 2019, § 439 Rn. 50.

⁹ Solch ein Fall lag offenbar auch dem Hinweisbeschluss des BGH zugrunde, vgl. BGH, NJW 2019, 1133, Rn. 24 ff.

¹⁰ BGH, NJW 2019, 1133, Rn. 33 m. w. N.

stritten: Nach einer Ansicht ist der Nacherfüllungsanspruch als modifizierter Primäranspruch bereits von vornherein auf ein Exemplar der selben Modellgeneration beschränkt.¹¹ Hierfür wird vorgebracht, dass eine identische Modellbezeichnung letztlich einen Zufall darstelle und sich unter der gleichen Modellbezeichnung in Wahrheit ein ganz anderes KFZ mit völlig abweichenden Eigenschaften verbergen könne.¹² Spräche man dem Käufer grundsätzlich einen Anspruch auf Ersatzlieferung mit einem Fahrzeug der nachfolgenden Modellgeneration zu, so ginge der Nacherfüllungsanspruch weiter als der Primäranspruch und der Käufer werde bevorzugt.¹³ Auch aus Sicht der Parteien sei eine Nachlieferung durch ein Exemplar der Folgegeneration nicht gleichwertig, schließlich würde der Käufer auch kein Modell der Vorgängergeneration als Ersatzlieferung akzeptieren.¹⁴

Die Gegenansicht bejaht hingegen grundsätzlich einen Ersatzlieferungsanspruch auch bezogen auf ein Exemplar einer nachfolgenden Modellgeneration.¹⁵ Die Parteien rechneten beim Vertragsschluss typischerweise mit einem Modellwechsel nach gewisser Zeit, am Markt trete das Nachfolgemodell dann an die Stelle des Vorgängermodells.¹⁶ Ein geringer technischer Änderungsumfang könne demgegenüber auch ohne Modellwechsel erfolgen und sei für Beurteilung den Parteien daher regelmäßig ohne Belang.¹⁷ Insoweit stelle die Frage nach der Ersatzlieferung eines Fahrzeugs einer nachfolgenden Modellgeneration nicht als Frage der (Un-)Möglichkeit einer Nacherfüllung durch Ersatzlieferung des Nachfolgemodells, sondern vielmehr als Frage der (relativen) Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 Abs. 4 BGB dar.¹⁸

Denkt man die erstgenannte Ansicht zu Ende, so müsste man konsequent auch eine Ersatzlieferung bei der Stückschuld pauschal ablehnen, denn insoweit liegt bereits in der Parteivereinbarung einer Stückschuld eine

noch engere Begrenzung der Vergleichbarkeit. Die pauschale Ablehnung einer Ersatzlieferung beim Stückkauf kann jedoch heute wohl als überholt angesehen werden.¹⁹ Die letztgenannte Ansicht entspricht damit besser dem heutigen Verständnis des Nacherfüllungsanspruchs und ist daher vorzugswürdig.

Hinweis: Freilich ist hier mit entsprechender Begründung auch die Gegenansicht gut vertretbar. Gleichwohl ist die Durchsetzbarkeit des Anspruchs auch in diesem Falle aufgrund des Bearbeitervermerks hilfsgutachterlich zu prüfen.

Auch wenn man somit das Nachfolgemodell grundsätzlich als austauschbar ansieht, müssen gleichwohl Wege gefunden werden, den Verkäufer vor einer praktisch unbegrenzten Ersatzlieferungspflicht zu schützen. Anderenfalls wäre der Verkäufer womöglich nach später Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs in Verbindung mit einem langen Rechtsstreit gezwungen, über viele Modellgenerationen hinweg auf Lieferung eines Neuwagens zu haften, ohne für die Nutzungen des Käufers entschädigt zu werden (vgl. § 439 Abs. 6 S. 1 BGB). Eine interessengerechte Lösung kann sich an der Zweijahresfrist des § 438 Abs. 2 Alt. 2 BGB orientieren: Auch dort hat der Gesetzgeber (wenngleich für die Zwecke der Verjährung) eine abstrakte Abwägung zwischen dem Käuferinteresse auf Geltendmachung seiner Mängelansprüche und dem Verkäuferinteresse auf Berechenbarkeit der für ihn potenziell gefährlichen (weil verschuldensunabhängigen) Nacherfüllungspflicht getroffen.²⁰ Diese Abwägung lässt sich auch für die Zwecke der Unmöglichkeit fruchtbar machen, indem man verlangt, dass der Käufer seinen Nacherfüllungsanspruch in Gestalt des Verlangens nach einem Nachfolgemodell binnen zwei Jahren ab Vertragsschluss geltend macht.²¹ Diese Zweijahresfrist zur erstmaligen Geltendmachung des Ersatzlieferungsverlangens hat K gewahrt. Bei einem Beschaffungsaufwand von maximal 20.000 € (Listenpreis des Neuwagens abzüglich Restwert des alten Fahrzeugs) kann hier somit noch nicht von einer praktischen Unmöglichkeit ausgegangen werden.

¹¹ Riehm, ZIP 2019, 589, 590; Steenbruck, MDR 2016, 185, 187; vgl. auch die Nachweise der überwiegenden obergerichtlichen Rechtsprechung bei BGH, NJW 2019, 1133, Rn. 26.

¹² Riehm, ZIP 2019, 589, 590; vgl. auch die Nachweise der überwiegenden instanzgerichtlichen Rechtsprechung bei van Lück, VuR 2019, 8, 9 f.

¹³ OLG Jena, NZV 2018, 571, Rn. 44 ff.

¹⁴ Riehm, ZIP 2019, 589, 591.

¹⁵ BGH, NJW 2019, 1133, Rn. 24 ff.; ZIP 2021, 1706, Rn. 58 ff.; Staudinger/Ruhs, NJW 2019, 1179, 1180; Westermann, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 439 Rn. 14; Faust, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. 2019, § 439 Rn. 48 a; vgl. auch die Nachweise instanzgerichtlicher Rechtsprechung bei BGH, NJW 2019, 1133, Rn. 27.

¹⁶ BGH, NJW 2019, 1133, Rn. 35; ZIP 2021, 1706, Rn. 59.

¹⁷ BGH, NJW 2019, 1133, Rn. 36; ZIP 2021, 1706, Rn. 59.

¹⁸ BGH, NJW 2019, 1133, Rn. 37.

¹⁹ Aus dem Kreis der gängigen Kommentare wird diese Ansicht soweit ersichtlich nur noch von Faust, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. 2019, § 439 Rn. 47 ff. vertreten.

²⁰ BGH, ZIP 2021, 1706, Rn. 54 ff.

²¹ BGH, ZIP 2021, 1706, Rn. 70.

III. Keine Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 Abs. 4 S. 1 BGB

Der Anspruch auf Ersatzlieferung gem. § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB könnte jedoch infolge Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 Abs. 4 S. 1 BGB erloschen sein. Dafür müsste die Ersatzlieferung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich sein.

1. Relative Unverhältnismäßigkeit

Zunächst könnte sich eine relative Unverhältnismäßigkeit im Vergleich zu den Kosten einer Nachbesserung im Wege des Software-Updates ergeben. Dafür ist eine umfassende Abwägung vorzunehmen.²² Schon nach dem Wortlaut des § 439 Abs. 4 S. 2 BGB ist ein spezielles Interesse des Verbrauchers an der gewählten Art der Nacherfüllung zu berücksichtigen. Ferner kann nach inzwischen wohl allgemeiner Meinung auch ein eventuelles Verschulden des Verkäufers zu seinen Lasten gewürdigt werden.²³ Feste Wertgrenzen verbieten sich dagegen.²⁴ Hier spricht für das Ersatzlieferungsverlangen der Umstand, dass die V-AG sich das vorsätzliche Handeln ihrer angestellten Ingenieure als Erfüllungsgehilfen gem. § 278 S. 1 BGB zurechnen lassen muss. Die Nacherfüllungskosten berechnen sich durch einen Vergleich des Werts der Sache in mangelfreiem Zustand mit dem Wert der Nacherfüllung, letztlich also einer Betrachtung der durch die Nacherfüllung erfolgten Wertsteigerung der Sache.

Fraglich ist dabei jedoch, zu welchem Zeitpunkt die Unverhältnismäßigkeit vorliegen muss: Nach einer Ansicht ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung²⁵ oder gar der Vornahme der Nacherfüllungshandlung²⁶ maßgeblich, denn dies sei der Zeitpunkt, in dem der Verkäufer tatsächlich belastet werde. Danach betrüge der Nacherfüllungsaufwand hier ungefähr 20.000 € (Wert des ersatzgelieferten PKW abzüglich Restwert des alten PKW) und damit etwa das Hundertfache der Kosten des Software-Updates, womit auch unter Berücksichtigung der Interessen des K eine relative Unverhältnis-

mäßigkeit vorläge.²⁷ Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass sie dem Verkäufer ggf. die Möglichkeit gäbe, die Unverhältnismäßigkeit durch Verzögerung der Nacherfüllung selbst herbeizuführen.²⁸

Um dies zu vermeiden, will die Gegenansicht auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs abstellen.²⁹ Nachdem beide PKW einen Listenpreis von 30.000 € haben, betragen die Nacherfüllungskosten nur den mangelbedingten Minderwert des verkauften PKW im Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Somit läge nach dieser Ansicht wohl keine relative Unverhältnismäßigkeit vor. Dieser Lösung kann jedoch entgegengehalten werden, dass der Verkäufer vor dem Nacherfüllungsverlangen noch überhaupt nicht auf den Nacherfüllungsanspruch leisten kann und damit auch keine Veranlassung für ihn besteht, die Einrede zu erheben.³⁰

Eine vermittelnde Ansicht stellt daher auf den Zeitpunkt des Nacherfüllungsverlangens ab,³¹ denn dies sei der Zeitpunkt, in dem der Verkäufer zum ersten Mal wirksam auf den Nacherfüllungsanspruch leisten könne.³² Nachdem der PKW zwischenzeitlich einen nutzungsbedingten Wertverlust von 5000 € erlitten hat, besteht ein Nacherfüllungsaufwand in mindestens dieser Höhe, der immer noch mehr als das zwanzigfache der Kosten des Software-Updates darstellt und auf den ersten Blick ebenfalls relativ unverhältnismäßig zu sein scheint. Nachdem das Abstellen auf den Zeitpunkt des Nacherfüllungsverlangens einen angemessenen Ausgleich zwischen Verkäufer- (Beurteilung erst, wenn auf den auch auf den Nacherfüllungsanspruch geleistet werden kann) und Käuferinteressen (keine Einwirkungsmöglichkeit für den Verkäufer) erlaubt,³³ ist diese Lösung vorzugswürdig.

Hinweis: Da die Frage des für die Unverhältnismäßigkeit maßgeblichen Zeitpunkts lebhaft umstritten ist, sind hier selbstverständlich alle Ansichten vertretbar. Ohnehin ist die gesamte Problematik anspruchsvoll und nur schwierig zu erkennen, vertiefte Ausführungen können deshalb nur von guten Bearbeitern erwartet werden. Wird eine relative Unverhältnismäßigkeit bejaht, ist die Durchsetzbarkeit des Anspruchs aufgrund des Bearbeiter-

²² BGHZ 200, 350, Rn. 41.

²³ Siehe nur Faust, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. 2019, § 439 Rn. 61 m. w. N.

²⁴ Westermann, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 439 Rn. 31.

²⁵ Faust, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. 2019, § 439 Rn. 56; Höpfner, in: BeckOGK, Stand: 1. 5. 2021, § 439 Rn. 166 ff.; Riehm, ZIP 2019, 589, 595; offenbar auch BGHZ 200, 350, Rn. 46: »Zeitwert«.

²⁶ Büdenbender, in: NK-BGB, 3. Aufl. 2016, § 439 Rn. 42.

²⁷ Vgl. in einem ähnlich gelagerten Diesel-Fall OLG Braunschweig, DAR 2019, 517, 520.

²⁸ BGHZ 220, 134, Rn. 71; Grunewald, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 439 Rn. 16a.

²⁹ Westermann, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 439 Rn. 32.

³⁰ BGHZ 220, 134, Rn. 70.

³¹ BGHZ 220, 134, Rn. 69 ff.; Grunewald, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 439 Rn. 16a; Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 81. Aufl. 2021, § 439 Rn. 16a; wohl auch Matusche-Beckmann, in: Staudinger (2014), BGB, § 439 Rn. 126.

³² BGHZ 220, 134, Rn. 69 ff.; Grunewald, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 439 Rn. 16a.

³³ Grunewald, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2021, § 439 Rn. 16a.

vermerks und der explizit aufgeworfenen Verjährungsfrage gleichwohl hilfsgutachterlich zu prüfen.

2. Absolute Unverhältnismäßigkeit

Auf den zweiten Blick offenbart sich jedoch, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt des Nacherfüllungsverlangens noch gar nicht feststand, ob und wann überhaupt ein funktionsfähiges Software-Update zur Verfügung stehen würde, vielmehr hat die V-AG ein solches nur vage versprochen. In einer solchen Situation kann im maßgeblichen Zeitpunkt gerade nicht gem. § 439 Abs. 4 S. 2 BGB ohne Weiteres auf die andere Form der Nacherfüllung ausgewichen werden, weil diese (noch) i. S. d. § 275 Abs. 1 unmöglich ist.³⁴ Die Ersatzlieferung war damit im Zeitpunkt des Nacherfüllungsverlangens die einzig mögliche Nacherfüllungsvariante. Zwar kann auch die einzig mögliche Art der Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 4 S. 3 BGB unter den Voraussetzungen des § 439 Abs. 4 S. 1 BGB verweigert werden, dies gilt ausweislich § 475 Abs. 4 S. 1 BGB jedoch nicht für Verbrauchsgüterkäufe. Daher könnte die V-AG die im maßgeblichen Zeitpunkt einzig mögliche Ersatzlieferung nicht verweigern, wenn es sich um einen Verbrauchsgüterkauf i. S. d. § 474 BGB handelt.

Dazu müsste K zunächst Verbraucher sein. Verbraucher im materiell-rechtlichen Sinne ist gem. § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Hier kaufte K den PKW zu privaten Zwecken und ist damit auch Verbraucher im materiell-rechtlichen Sinn gem. § 13 BGB.

Hinweis: Da außerhalb der ZPO nunmehr wieder der materiell-rechtliche Verbraucherbegriff des § 13 BGB maßgeblich ist, darf hier nicht einfach auf die obige Prüfung des prozessualen Verbraucherbegriffs gem. § 29 c Abs. 2 ZPO verwiesen werden.

Die V-AG ist gem. § 1 Abs. 1 S. 1 AktG eine juristische Person. Der Verkauf von PKW gehört zu ihrer gewerblichen Tätigkeit. Damit ist die V-AG Unternehmerin i. S. d. § 14 Abs. 1 BGB. Ferner handelte es sich um einen Neuwagen, sodass der Anwendungsausschluss des § 474 Abs. 2 S. 2 BGB nicht eingreift.

Damit liegt ein Verbrauchsgüterkauf i. S. d. § 474 BGB vor. Die Ersatzlieferung kann somit ausweislich § 475

³⁴ OLG Karlsruhe, NJW-RR 2019, 869, Rn. 105 ff.; OLG Stuttgart, ZVertriebsR 2019, 311, Rn. 41 ff.; a. A. OLG Saarbrücken, NJW-RR 2020, 47, Rn. 35.

Abs. 4 S. 1 BGB nicht gem. § 439 Abs. 4 S. 3 BGB infolge absoluter Unverhältnismäßigkeit verweigert werden.

C. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch müsste auch durchsetzbar sein.

I. Keine Verjährung gem. § 214 Abs. 1 BGB

Zunächst könnte die V-AG wirksam die Einrede der Verjährung gem. § 214 Abs. 1 BGB erhoben haben. Mängelgewährleistungsansprüche verjähren gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB kenntnisunabhängig in zwei Jahren ab Übergabe der Kaufsache. Diese ist hier am 30. 11. 2016 erfolgt. Damit beginnt die Frist hier grundsätzlich gem. § 187 Abs. 1 BGB am 1. 12. 2016 um 0 Uhr und endete am 30. 11. 2018 um 24 Uhr. Die Klageerhebung am 2. 11. 2019 wäre damit deutlich verfristet erfolgt.

Hinweis: Wäre die Verjährung hier gem. § 438 Abs. 2 BGB nicht kenntnisunabhängig ausgestaltet (etwa im Rahmen eines der Regelverjährung gem. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB unterliegenden Anspruchs aus § 826 BGB) wäre zu erörtern gewesen, wann hinreichende Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen vorliegt. Dies kann nicht ohne weiteres bereits mit Bekanntwerden der Vorwürfe in der Presse angenommen werden.³⁵

Jedoch könnte die Frist infolge der Anmeldung des Anspruchs im Klageregister gem. § 203 Abs. 1 Nr. 1a BGB gehemmt worden sein. Eine wirksame Anmeldung im Klageregister ist erfolgt, die Lebenssachverhalte sind identisch (s. o.). Damit liegen die Voraussetzungen des § 203 Abs. 1 Nr. 1a BGB vor. Jedoch erfolgte die Anmeldung am 2. 1. 2019 und damit ebenfalls zu einem Zeitpunkt, in dem der Anspruch bereits verjährt war (vgl. soeben).

Allerdings bestimmt § 203 Abs. 1 Nr. 1a BGB, dass die Hemmung bei wirksamer Eintragung bereits durch die Erhebung der Musterfeststellungsklage i. S. d. § 253 Abs. 1 ZPO gehemmt wird, nicht erst durch die Anmeldung. Die Hemmung wirkt also auch bei späterer Anmeldung auf den Zeitpunkt der Klageerhebung zurück.³⁶ Dies führt da-

³⁵ Heese, JZ 2019, 429, 433; aus der instanzgerichtlichen Rechtsprechung etwa LG Münster, BeckRS 2019, 22956, Rn. 45 ff.; LG Trier, BeckRS 2019, 24472, Rn. 45 f.

³⁶ BGH, WM 2021, 1665, Rn. 21 ff. Dies ist nicht völlig unbestritten, zweifelnd etwa *Deiß/Graf/Salger*, BB 2018, 2883 ff.; *Mansel*, WM 2019, 1621, 1622. Auch wenn der Wortlaut insoweit missverständlich sein mag (vgl. *Peters/Jacoby*, in: Staudinger (2019), BGB, § 204 Rn. 48b), wird man gleichwohl den völlig eindeutigen Willen des Gesetzgebers,

zu, dass auch ein bereits verjährter Anspruch erneut aufleben kann.³⁷ Hier erfolgte die Erhebung der Musterfeststellungsklage am 2. 11. 2018 und damit noch vor Verjährung des Anspruchs des K. Für eine rechtsmissbräuchliche Anmeldung, die dem Hemmungseintritt ggf. gem. § 242 BGB entgegenstehen könnte,³⁸ bestehen keine Anzeichen. Damit ist Hemmung eingetreten und die Zeit nach Erhebung der Musterfeststellungsklage wird gem. § 206 BGB nicht in die Verjährungsfrist eingerechnet.

Hinweis: Die Rückwirkung der Hemmung durch Anspruchsanmeldung auf den Zeitpunkt der Erhebung der Musterfeststellungsklage und die damit verbundenen Probleme (man denke etwa an eine rechtsmissbräuchliche Anmeldung³⁹) dürfte durch ihren engen Bezug zum materiellen Recht neben der Bindungswirkung nach § 613 Abs. 1 S. 1 ZPO wohl das klausurrelevanteste Problem rund um die Musterfeststellungsklage darstellen.

Am 1. 7. 2019 wurde das Musterfeststellungsverfahren beendet. K erhob jedoch nicht umgehend Klage, sondern erst gut vier Monate später am 2. 11. 2019, obgleich beim Eintritt der Hemmung nur noch knapp ein Monat Restverjährungsfrist offen war. Daher ist zu klären, wann die Hemmung gem. § 203 Abs. 1 Nr. 1 a BGB endet. § 203 Abs. 2 S. 1 BGB regelt das Hemmungsende nach Verfahrensbeendigung, findet dem Wortlaut nach jedoch nur auf den Hemmungsgrund des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB Anwendung, der hier gerade nicht einschlägig ist. Das Ende der Hemmung in den Fällen des § 204 Abs. 1 Nr. 1 a BGB regelt § 204 Abs. 2 S. 2 BGB, nennt dabei ausdrücklich aber nur Rücknahme der Anmeldung, die hier gerade nicht erfolgt ist. Das Wort »auch« muss jedoch dahingehend verstanden werden, dass § 204 Abs. 2 S. 1 BGB auch auf den Hemmungsgrund des § 204 Abs. 1 Nr. 1 a BGB Anwendung findet.⁴⁰ Damit endet die Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 a BGB gem. §§ 204 Abs. 2 S. 2 u. 1 BGB ebenfalls sechs Monate nach Verfahrensbeendigung, hier also gem. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 193 BGB am 2. 1. 2020 um 24 Uhr. Damit

eine rückwirkende Hemmung zu erreichen (vgl. BT-Drucks. 19/2701, S. 7 (Nr. 13)), als maßgeblich ansehen müssen. Wie hier *Peters/Jacoby*, in: Staudinger (2019), BGB, § 204 Rn. 48 h; *Augenhofer*, VuR 2019, 83 ff. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift *Grzeszick*, NJW 2019, 3269 ff.; *ders.*, JZ 2020, 459 ff. einerseits und BGH, WM 2021, 1665, Rn. 32 ff.; *Piekenbrock*, JZ 2020, 122 ff.; *ders.*, JZ 2020, 461 f.; *Rüsing*, NJW 2020, 2588, 2591 f. andererseits.

³⁷ Vgl. BT-Drucks. 19/2701, S. 7 (Nr. 13).

³⁸ Dies erwägend BGH, WM 2021, 1665, Rn. 37 ff.; *Mansel*, WM 2019, 1621, 1623 ff.; verneinend *Rüsing*, NJW 2020, 2588, 2592.

³⁹ Zu diesem Problemkreis ausführlich BGH, WM 2021, 1665, Rn. 37 ff.; *Mansel*, WM 2019, 1621, 1623 ff.; andeutungsweise auch *Mekat/Nordholtz*, NJW 2019, 411, 412.

⁴⁰ BT-Drucks. 18/2507, S. 28.

war der Anspruch bei Klageerhebung gem. § 253 Abs. 1 ZPO noch nicht verjährt.

II. Kein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB

Jedoch wäre die V-AG gem. § 274 Abs. 1 BGB nur zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen, wenn sie wirksam ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 Abs. 1 BGB geltend gemacht hätte. Dazu müsste der V-AG ein Gegenanspruch aus demselben rechtlichen Verhältnis gegen K zustehen. Ein solcher könnte in Gestalt eines Nutzungsersatzanspruchs nach §§ 439 Abs. 5, 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB bestehen. Hier handelt es sich jedoch um einen Verbrauchsgüterkauf i. S. d. § 474 BGB (s. o.) bei dem der Käufer gem. § 475 Abs. 3 S. 1 BGB keinen Nutzungsersatz schuldet. Mangels Gegenanspruch der V-AG scheidet damit ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB aus.

Hinweis: Die Frage des Nutzungsersatzes kann nur selten so problematisch aufgrund ausdrücklicher Vorschriften verneint werden: Im Rahmen der deliktischen Haftung des Herstellers⁴¹ ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung im Wege der Vorteilsausgleichung eine Nutzungsentschädigung anspruchsmindernd zu berücksichtigen.⁴² Ob damit jedoch das letzte Wort gesprochen ist, bleibt angesichts der äußerst divergierenden Literaturmeinungen zum Thema⁴³ und drei beim EuGH anhängigen Vorabentscheidungsersuchen zur europarechtlichen Zulässigkeit einer Nutzungsentschädigung⁴⁴ abzuwarten.

D. Gesamtergebnis

Ein Anspruch des K auf Ersatzlieferung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB besteht. Da der Sachverhalt unstrittig ist bzw. das Gericht bei streitigen Tatsachen gem. § 613 Abs. 1 S. 1 ZPO an das Musterfeststellungsurteil gebunden ist, ist die Sache auch entscheidungsreif i. S. d. § 300 Abs. 1 ZPO. Das Gericht wird der Klage daher im Wege des Endurteils gem. § 300 ZPO stattgeben.

⁴¹ Nunnmehr dem Grundsatz nach höchstrichterlich bejaht durch BGHZ 225, 316, Rn. 12 ff.

⁴² BGHZ 225, 316, Rn. 64 ff.; 226, 322, Rn. 11 ff.

⁴³ Vgl. etwa *Heese*, VuR 2019, 123, 124 ff.; *Bruns*, NJW 2019, 801, 802 ff.; *Riehm*, NJW 2019, 1105, 1108 ff.; *Ulrici*, JZ 2019, 1131 ff.; *Klöhn*, ZIP 2020, 341 ff.; *Staudinger*, NJW 2020, 641 ff.; *Fervers/Gsell*, NJW 2020 1393 ff.; *cum grano salis Heese*, NJW 2020, 2779 ff.

⁴⁴ Vgl. LG Gera, BeckRS 2019, 24446; LG Stuttgart, NJW-RR 2020, 667 (Ls.) = BeckRS 2020, 3558; LG Erfurt, NJW 2020, 2432 (Ls.) = BeckRS 2020, 13203.