Inhalt und Reichweite des Anspruchs auf Ersatzlieferung (§ 439 I Fall 2 BGB) beim Neuwagenkauf – VW-Abgasskandal

Zum Inhalt und zur Reichweite einer Beschaffungspflicht des Verkäufers beim Verbrauchsgüterkauf im Nacherfüllungsfall bei Einstellung der Produktion der ursprünglichen Kaufsache und Markteinführung eines Nachfolgemodells (hier: Neufahrzeug – im Anschluss an Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

BGH, Urteil vom 21.07.2021 – VIII ZR 275/19

Sachverhalt: Der Kläger erwarb im Oktober 2009 von der Beklagten, einer Audi-Vertragshändlerin, einen neuen Pkw Audi A5 Sportback 2.0 TDI zum Preis von 40.643 €. Das dem Kläger am 06.12.2009 übergebene Fahrzeug war mit einem Dieselmotor des Typs EA189 (Euro 5) ausgestattet. Dieser wies eine besondere Vorrichtung zur Steuerung der Abgasrückführung auf, die erkannte, wenn das Fahrzeug auf einem Rollenprüfstand hinsichtlich der dabei entstehenden Schadstoffemissionen getestet wurde. In diesem Fall schaltete das System in einen „Modus 1“, in dem die Abgasrückführungsrate höher und daher der Stickoxid(NO_x)-Ausstoß geringer war als in dem Modus, in dem der Pkw normal im Straßenverkehr betrieben wurde („Modus 0“).

Nachdem die Verwendung entsprechender Vorrichtungen zur Abgasrückführung insbesondere bei Dieselmotoren des Typs EA189 im Rahmen des sogenannten Dieselskandals öffentlich bekannt geworden war und das Kraftfahrt-Bundesamt den Rückruf der betroffenen Fahrzeuge zum Zweck der Entfernung dieser Abschalteinrichtungen angeordnet hatte, forderte der Kläger die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 30.08.2016 zur Ersatzlieferung eines vertragsgemäßen, mangelfreien Neuwagens, Zug um Zug gegen Rückgabe des gekauften Fahrzeugs, auf. Dafür setzte er der Beklagten eine Frist bis zum 11.10.2016. In dem Schreiben wurde darauf hingewiesen, dass die etwaige Teilnahme an der „Softwaremaßnahme (Rückruf)“ in keinem Fall einen Verzicht bezüglich der geltend gemachten Rechte darstelle. Diese Maßnahme lehne der Kläger als unzumutbar und untauglich ab. Eine etwaige Teilnahme an der Rückrufaktion erfolge daher ausschließlich vor dem Hintergrund, dass das Fahrzeug an die Beklagte zurückgegeben werde.

Die Beklagte wies das Ersatzlieferungsbegehren des Klägers mit Schreiben vom 12.09.2016 zurück und erklärte, dass die Unregelmäßigkeiten durch Aufspielen eines Softwareupdates behoben werden sollen. Die Beklagte verzichte bis zum 31.12.2017 darauf, im Hinblick auf etwaige Ansprüche, die im Zusammenhang mit der in Fahrzeugen mit dem Motortyp EA189 eingebauten Software bestünden, die Einrede der Verjährung zu erheben. Der Verjährungsverzicht gelte für derartige Ansprüche auch, soweit diese bereits verjährt seien.

Das von dem Kläger erworbene Fahrzeugmodell der ersten Generation wird seit 2016 nicht mehr hergestellt; das Nachfolgemodell unterscheidet sich in verschiedenen Merkmalen von der vorherigen Fahrzeuggeneration, unter anderem in Bezug auf die Motorleistung, den Kraftstoffverbrauch und die Karosseriemaße.

Mitte 2018 wurde bei dem Fahrzeug des Klägers ein Softwareupdate installiert und so die beschriebene Vorrichtung zur Verringerung der NO_x-Emissionen im Prüfbetrieb deaktiviert.

Mit seiner Klage hat der Kläger die Ersatzlieferung eines fabrikneuen typengleichen Fahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers, Zug um Zug gegen Rückübereignung des gekauften Pkw, und die Feststellung verlangt, dass die Beklagte mit der Rücknahme dieses Fahrzeugs in Annahmeverzug sei. Außerdem hat er die Freistellung von außergerichtlich angefallenen Rechtsanwaltskosten begehrt.

Die Klage hat in den Vorinstanzen keinen Erfolg gehabt. Die Revision des Klägers, der damit sein Klagebegehren weiterverfolgte, war ebenfalls erfolglos.

Aus den Gründen: [9] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

[10] Die Klage sei zulässig. Der auf Verpflichtung der Beklagten zur Nachlieferung eines fabrikneuen, typengleichen Ersatzfahrzeugs gerichtete Antrag des Klägers sei hinreichend bestimmt. Das Begehren des Klägers sei auf Ersatzlieferung des aktuell hergestellten Modells des Audi A5 2.0 TDI mit einer mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug vergleichbaren technischen Ausstattung gerichtet. Die einzelnen Fahrzeugmerkmale müssten nicht benannt werden, da diese durch die konkret in Bezug genommene Fahrzeug-Identifizierungsnummer eindeutig bestimmbar seien.

[11] Ein Anspruch auf Nachlieferung eines typengleichen Ersatzfahrzeugs bestehe nicht. Zwar sei das Fahrzeug sowohl zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs als auch zum Zeitpunkt des Nachlieferungsverlangens wegen der unzulässigen Abschalteinrichtung und der damit latent bestehenden Gefahr einer Betriebsuntersagung oder Betriebsbeschränkung mit einem Sachmangel behaftet gewesen. Der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache sei auch nicht deshalb wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen, weil Fahrzeugmodelle des Audi A5 der ersten Generation nicht mehr hergestellt würden und das Nachfolgemodell hinsichtlich verschiedener Merkmale, insbesondere der Motorleistung, des Kraftstoffverbrauchs sowie der Karosseriemaße von dem bisherigen Modell abweiche. Die Vertragsauslegung ergebe hier, dass nach dem Zweck des Vertrags und dem erkennbaren Willen der Parteien bei Vertragsschluss einer Austauschbarkeit des Kaufgegenstands durch ein Nachfolgemodell mit vergleichbarer technischer Ausstattung nichts entgegengestanden habe. Die Beklagte könne sich allerdings in Bezug auf den Anspruch des Klägers auf Ersatzlieferung mit Erfolg auf die von ihr erhobene Einrede der relativen Unverhältnismäßigkeit gemäß § 439 III BGB in der gemäß Art. 229 § 39 EGBGB für vor dem 01.01.2018 entstandene Schuldverhältnisse geltenden Fassung (im Folgenden: § 439 III BGB a.F.; jetzt: § 439 IV BGB) berufen.

[12] Mit dem Aufspielen eines Softwareupdates stehe eine Nacherfüllungsvariante zur Verfügung, die dazu führe, dass das auf Ersatzlieferung gerichtete Nacherfüllungsverlangen als unverhältnismäßig zu erachten sei. Es unterliege keinen Zweifeln, dass das durch die Beklagte angebotene Softwareupdate geeignet sei, den Sachmangel zu beseitigen. Dass das Aufspielen des Updates zu neuen Mängeln am Fahrzeug führe, werde durch den Kläger nicht hinreichend substanziiert vorgetragen.

[13] Die Interessenabwägung ergebe, dass die Beklagte durch das Nacherfüllungsverlangen unangemessen belastet werde. Selbst bei den vom Kläger angegebenen Kosten der Nachlieferung in Höhe von 10.780,71 € überstiegen diese die Kosten der Nachbesserung von nur 100 € bei Weitem. Der Kläger dagegen habe durch das Update keine Nachteile zu befürchten. Auch ein etwaig missbilligenswertes Verhalten des Herstellers führe nicht dazu, dass der Berufung der Beklagten auf die Einrede der Unverhältnismäßigkeit der Erfolg zu versagen wäre. Denn ein Verschulden der Beklagten in Bezug auf das Vorliegen des hier relevanten Mangels an dem Fahrzeug scheide aus.

[14] II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Die Revision ist daher zurückzuweisen.

[15] Der Kläger kann vorliegend von der Beklagten im Wege der Nacherfüllung nicht die Lieferung eines mangelfreien Nachfolgemodells des von ihm ursprünglich erworbenen Neufahrzeugs gemäß § 437 Nr. 1, § 434 I, § 439 I Fall 2 BGB verlangen. Damit entfällt zugleich die Grundlage für das Begehren des Klägers auf Feststellung des Annahmeverzugs mit der Rücknahme des erworbenen Fahrzeugs. Ein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlich angefallenen Anwaltskosten gemäß §§ 257, 439 II BGB ist mangels Bestehens eines Nachlieferungsanspruchs ebenfalls nicht gegeben.

[16] Das vom Kläger erworbene Fahrzeug wies zwar zu den entscheidenden Zeitpunkten des Gefahrübergangs und des Zugangs des Nachlieferungsbegehrens aufgrund der vorhandenen unzulässigen Abschalteinrichtung einen Sachmangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB auf. Auch ist das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass die den Verkäufer bei einem Neuwagenkauf treffende Ersatzlieferungsverpflichtung nicht stets auf das im Kaufvertrag bezeichnete Fahrzeugmodell beschränkt ist, sondern sich aus einer interessengerechten Auslegung der Willenserklärungen der Vertragsparteien (§§ 133, 157 BGB) im Fall eines nach Kaufvertragsabschluss eingeführ-ten Nachfolgemodells (Facelift, Modellpflegemaßnahme, neue Baureihe/Generation) auch eine Beschaffungspflicht des Verkäufers bezüglich eines solchen Fahrzeugs ergeben kann. Jedoch folgt aus der insoweit gebotenen nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung des Parteiwillens bei Vertragsschluss, dass eine Beschaffungspflicht des Verkäufers bezüglich eines neuwertigen Nachfolgemodells Grenzen unterliegt. Insbesondere kann sie nur dann angenommen werden, wenn der Käufer ein diesbezügliches Nachlieferungsbegehren innerhalb eines als sach- und interessengerecht anzusehenden Zeitraums von zwei Jahren ab Vertragsabschluss geltend macht. Dieser Zeitraum ist vorliegend deutlich überschritten, da zwischen dem Abschluss des Kaufvertrags und der erstmaligen Geltendmachung eines Nacherfüllungsanspruchs durch den Kläger fast sieben Jahre verstrichen sind, sodass sein Nachlieferungsbegehren mangels Verfügbarkeit eines nacherfüllungstauglichen Neufahrzeugs wegen Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) ausgeschlossen ist.

[17] Der vom Kläger geltend gemachte Nachlieferungsanspruch ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht aus deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlagen.

[18] 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht die Klage als zulässig angesehen. Ohne Rechtsfehler hat es insbesondere angenommen, dass der auf Ersatzlieferung gerichtete Klageantrag hinreichend bestimmt i. S. von § 253 II Nr. 2 ZPO ist.

[19] a) Gemäß § 253 II Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grunds des erhobenen Anspruchs enthalten. Damit wird der Streitgegenstand abgegrenzt und zugleich die Grundlage für eine etwa erforderlich werdende Zwangsvollstreckung geschaffen. Ein Klageantrag ist grundsätzlich hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt, das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urt. v. 21.03.2018 – VIII ZR 68/17, BGHZ 218, 139 Rn. 15; Urt. v. 22.01.2021 – V ZR 12/19, NJW-RR 2021, 401 Rn. 9; Urt. v. 09.03.2021 – VI ZR 73/20, NJW 2021, 1756 Rn. 15; jeweils m. w. Nachw.).

[20] b) Diesen Anforderungen wird der Antrag des Klägers gerecht. Die technischen Merkmale des streitgegenständlichen Fahrzeugs sind für die Beklagte als Audi-Vertragshändlerin sowohl über die angegebene Fahrzeug-Identifizierungsnummer eindeutig bestimmbar als auch über die in der Klagebegründung in Bezug genommene Fahrzeugbestellung. Da der Kläger ein gleichwertiges und gleichartiges Ersatzfahrzeug begehrt, kann aus der Ausstattung des gekauften Pkw auf die erforderliche Ausstattung des nachzuliefernden Pkw aus der aktuellen Serienproduktion geschlossen werden. Insoweit besteht insbesondere auch eine ausreichende Grundlage für eine etwaige Zwangsvollstreckung. Denn in deren Rahmen ließe sich anhand dieser Angaben bei der dem jeweiligen Vollstreckungsorgan (vgl. hierzu näher Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20 unter II 1 b [Rn. 20 ff.], zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) obliegenden sachgerechten Auslegung eines auf Grundlage des Klageantrags ergangenen Titels (vgl. zur gebotenen Auslegung auch BGH, Beschl. v. 08.07.2020 – XI ZB 334/19, NJW-RR 2020, 1137 Rn. 11 m. w. Nachw.) ohne größere Schwierigkeiten beurteilen, ob das von der Beklagten nach dem Begehren des Klägers zu liefernde mangelfreie Ersatzfahrzeug der Sache nach dem entspricht, was dem Kläger vom Gericht aufgrund seines Klageantrags zugesprochen worden ist.

[21] 2. Die Klage ist jedoch unbegründet. Dies ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts indes bereits daraus, dass das Nacherfüllungsbegehren mangels Verfügbarkeit eines nacherfüllungstauglichen Neufahrzeugs wegen Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) ausgeschlossen ist, weil das ursprünglich vom Kläger erworbene Fahrzeugmodell der ersten Generation bereits seit dem Jahr 2016 nicht mehr hergestellt wird und dessen Nachfolgemodell nicht mehr von der Beschaffungspflicht der Beklagten umfasst ist. Auf die vom Berufungsgericht bejahte Frage, ob der Anspruch wegen Unverhältnismäßigkeit des Verlangens nach § 439 III BGB a.F. ausscheidet, kommt es deshalb nicht an.

[22] a) Frei von Rechtsfehlern ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass das Fahrzeug bereits bei Übergabe an den Kläger aufgrund einer eingebauten unzulässigen Abschalteinrichtung einen Sachmangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB aufwies. Danach ist eine Sache (nur dann) frei von Sachmängeln, 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. Diese Anforderungen erfüllte das Fahrzeug des Klägers weder zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch bei Zugang des Gewährleistungsbegehrens (vgl. zur Maßgeblichkeit beider Zeitpunkte: Senat, Urt. v. 27.05.2020 – VIII ZR 315/18, BGHZ 226, 1 Rn. 42 f. m. w. Nachw.).

[23] aa) 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 (vgl. Senat, Urt. v. 29.06.2016 – VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015 Rn. 40; Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 15; Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 29; Urt. v. 11.12.2019 – VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 34; Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 5). Dem wurde das vom Kläger erworbene Fahrzeug bereits bei Gefahrübergang nicht gerecht, da es werkseitig mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen war, aufgrund derer die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Zulassungsbehörde bestand.

[24] (1) Bei der im Fahrzeug des Klägers vorhandenen Vorrichtung, die bei erkanntem Prüfstandlauf eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert, handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung, die nach Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (ABl. 2007 L 171, 1) unzulässig ist.

[25] Nach Art. 5 I der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 – in deren Anwendungsbereich auch das Fahrzeug des Klägers fällt (Art. 2 I, Art. 10) – hat der Hersteller von ihm gefertigte Neufahrzeuge 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 Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen (vgl. hierzu näher Senat, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 7 f.) entspricht. Folgerichtig sieht die Verordnung die Verwendung von Abschalteinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, strikt als unzulässig an (Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007), sofern nicht die ausdrücklich normierten Ausnahmetatbestände (Art. 5 II 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007) greifen (Senat, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 11; Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, Abschalteinrichtungen in Personenkraftwagen. Zur Reichweite des Verbots nach der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, WD 7 – 3000 – 031/16, S. 12).

[26] Dabei ist eine „Abschalteinrichtung“ gemäß Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 definiert als jedes Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, 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. Zu einem solchen Konstruktionsteil zählt nach der Rechtsprechung des EuGH (im Folgenden: Gerichtshof) auch eine in den Rechner der Motorsteuerung integrierte oder auf ihn einwirkende Software, da sie auf die Funktion des Emissionskontrollsystems einwirkt und dessen Wirksamkeit verringert (EuGH, Urt. v. 17.12.2020 – C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 = NJW 2021, 1216 Rn. 59 ff., 68 – CLCV).

[27] Dabei sind nicht nur Technologien und die Strategie der Nachbehandlung von Abgasen erfasst, sondern auch solche, mit denen – wie vorliegend mithilfe der Abgasrückführung – die Emissionen im Vorhinein, das heißt bei ihrer Entstehung, verringert werden (EuGH, Urt. v. 17.12.2020 – C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 = NJW 2021, 1216 Rn. 69 ff., 90 – CLCV). Ausgehend von den weitgefassten Bestimmungen in Art. 3 Nr. 10, Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 handelt es sich bei der im Fahrzeug des Klägers installierten Software um eine unzulässige Abschalteinrichtung nach Art. 5 2 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (vgl. Senat, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 12; BGH, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 17). Denn wie das Berufungsgericht unangegriffen festgestellt hat, erkennt diese Software den Prüfstandlauf und verringert in diesem Fall über eine entsprechende Programmierung in der Motorsteuerung den Ausstoß an Stickoxiden (NO_x-Werte), indem sie in den „Modus 1“ schaltet, bei dem eine höhere Abgasrückführung als bei dem im normalen Fahrbetrieb aktivierten „Modus 0“ erfolgt.

[28] Anhaltspunkte für das Vorliegen der (engen) Voraussetzungen, unter denen Art. 5 II 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 in bestimmten Fällen die Verwendung von Abschalteinrichtungen ausnahmsweise gestattet, sind nicht erkennbar (vgl. hierzu bereits Senat, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 13 ff.; zudem EuGH, Urt. v. 17.12.2020 – C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 = NJW 2021, 1216 Rn. 104 ff., 115 – CLCV).

[29] (2) Infolge der nach Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigerweise im Fahrzeug des Klägers installierten Abschalteinrichtung 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 zur gewöhnlichen Verwendung i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB. Der Pkw wies bereits aufgrund seiner bloßen Ausrüstung mit der Software, die einen besonderen Modus für den Prüfstandlauf sowie einen hiervon abweichenden Modus für den Alltagsbetrieb vorsah und dadurch im Prüfzyklus, nicht dagegen im regulären Fahrbetrieb, verbesserte Stickoxidwerte erzeugte, einen Sachmangel auf (vgl. Senat, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 17).

[30] (a) Denn nach § 5 I der Verordnung über die Zulassung von Fahrzeugen zum Straßenverkehr (Fahrzeug-Zulassungsverordnung – FZV) kann die zuständige Zulassungsbehörde in Fällen, in denen sich ein Fahrzeug als nicht vorschriftsmäßig nach der Fahrzeug-Zulassungsverordnung erweist, dem Eigentümer oder Halter eine angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel setzen oder den Betrieb des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen. Dabei sind nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung Fahrzeuge, die mit einer nach Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschalteinrichtung versehen sind, auch dann „nicht vorschriftsmäßig“ i. S. von § 5 I FZV, wenn der Halter einer Aufforderung zur Entfernung der Abschalteinrichtung mittels eines von der zuständigen Typgenehmigungsbehörde zugelassenen Softwareupdates nicht Folge leistet, da ein solches Fahrzeug entgegen den in § 3 I 2 FZV normierten Zulassungsvoraussetzungen keinem genehmigten Typ (mehr) entspricht (vgl. etwa VGH München, Urt. v. 22.10.2019 – 11 BV 19.823, juris Rn. 29 m. w. Nachw.; VGH Kassel, Beschl. v. 20.03.2019 – 2 B 261/19, juris Rn. 10 f.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 25.03.2019 – OVG 1 S 125.18, juris Rn. 10).

[31] Da somit bei Fahrzeugen, die entgegen zwingender unionsrechtlicher Vorschriften installierte Abschalteinrichtungen 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 -untersagung nach § 5 I FZV ausgesetzt.

[32] Diese Gefahr besteht nicht nur bei einer bereits erfolgten Umrüstungsanordnung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde. Vielmehr liegt sie auch in den Fällen vor, in denen die zuständige EG-Typgenehmigungsbehörde eine entsprechende Maßnahme gegenüber dem Hersteller noch nicht gefordert beziehungsweise noch nicht ihr Einverständnis mit einem solchen Vorgehen erklärt hat. Denn auch dann ist im Ansatz bereits ein Sachverhalt („Mangelanlage“/Grundmangel) gegeben, der – gegebenenfalls in Verbindung mit weiteren Umständen (vor allem einer Entscheidung bzw. Äußerung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde) – dazu führen kann, dass die deutsche Zulassungsbehörde eine Betriebsuntersagung oder -beschränkung nach § 5 I FZV vornimmt, weil das Fahrzeug wegen der gegen Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 verstoßenden Abschalteinrichtung nicht dem genehmigten Typ (§ 3 I 2 FZV) entspricht (so bereits Senat, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 20; Beschl. v. 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 Rn. 13; vgl. auch BGH, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 21).

[33] (b) Diese im Falle einer (noch) nicht erfolgten Nachrüstung – zumindest latent – bestehende Gefahr einer Betriebsuntersagung oder -beschränkung durch die Zulassungsbehörde hat aus kaufrechtlicher Sicht zur Folge, dass bei den betroffenen Fahrzeugen die Eignung für die gewöhnliche Verwendung i. S. von § 434 I 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 (vgl. Senat, Urt. v. 26.04.2017 – VIII ZR 80/16, NJW 2017, 2817 Rn. 18 m. w. Nachw.; Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 15 f.).

[34] Von einer solch verminderten Eignung ist jedenfalls bei Fahrzeugen, die mit (noch) nicht nachgerüsteten Motoren des Typs EA189 ausgestattet sind, auszugehen. Denn der Käufer eines solchen Fahrzeugs muss jederzeit damit rechnen, es aufgrund behördlicher Anordnung – häufig sogar unter Anordnung der sofortigen Vollziehung (vgl. etwa VGH Mannheim, Beschl. v. 03.02.2020 – 10 S 625/19, NJW-RR 2020, 411) – nicht mehr im öffentlichen Straßenverkehr nutzen zu dürfen. Dies gilt unabhängig davon, ob die im jeweiligen Einzelfall zuständige Zulassungsbehörde bereits eine entsprechende Betriebsuntersagung nach § 5 I FZV ausgesprochen hat oder eine solche – wie auch vorliegend – (zunächst) unterblieben ist, etwa mangels Kenntnis der Beschaffenheit des konkret betroffenen Fahrzeugs oder um dem Halter zunächst Gelegenheit zur Durchführung eines entsprechenden Softwareupdates zu geben. 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 (vgl. BGH, Urt. v. 18.01.2017 – VIII ZR 234/15, NJW 2017, 1666 Rn. 21 f., 28; Urt. v. 11.12.1991 – V ZR 204/91, NJW-RR 1993, 396 unter II 2 [jeweils zum Rechtsmangel]; Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 22).

[35] bb) Da sich das Fahrzeug des Klägers somit bei Gefahrübergang und zum Zeitpunkt des Nacherfüllungsbegehrens wegen latent drohender Betriebsuntersagung nicht für die gewöhnliche Verwendung eignete, war es mangelhaft i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB. In Anbetracht dessen kommt es auf die Frage, ob der Pkw die Beschaffenheit aufwies, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach Art der Sache erwarten konnte, nicht an. Denn die in der genannten Vorschrift genannten Merkmale der Sache (Verwendungseignung und übliche Beschaffenheit) müssen kumulativ vorliegen, damit die Sache frei von Sachmängeln ist (BGH, Urt. v. 30.11.2012 – V ZR 25/12, NJW 2013, 1671 Rn. 13 m. w. Nachw.).

[36] b) Dem Verlangen des Klägers nach einer Ersatzlieferung steht nicht entgegen, dass während des Rechtsstreits das Softwareupdate aufgespielt worden ist und dadurch – wie die Beklagte geltend gemacht hat – der Mangel behoben worden sei.

[37] aa) § 439 I BGB schützt nicht allein das Interesse daran, eine mangelfreie Sache zu erhalten, sondern – den Vorgaben der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. 1999 L 171, 12; im Folgenden: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie; vgl. Erwägungsgrund Nr. 10 Halbsatz 1 und Nr. 11 Satz 1 und 3 sowie Art. 3 II, III und V) entsprechend – auch das Wahlrecht des Käufers zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung, das der Kläger wirksam zugunsten der Ersatzlieferung ausgeübt hat (vgl. Senat, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 53). Das spätere Aufspielen des Updates ändert an dem Fortbestand des Anspruchs auf Ersatzlieferung deshalb grundsätzlich nichts.

[38] bb) Der Kläger war auch nicht unter dem Gesichtspunkt treuwidrigen Verhaltens (§ 242 BGB) gehindert, an der durch das wirksam ausgeübte Verlangen nach Lieferung einer mangelfreien Sache erlangten Rechtsposition festzuhalten. Dies kann zwar nach den Umständen des Einzelfalls dann der Fall sein, wenn ein Käufer mit der Mangelbeseitigung einverstanden ist (vgl. Senat, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 54 f.). In der hier vorliegenden Konstellation ist dem Kläger das weitere Verlangen einer Ersatzlieferung trotz Aufspielens des Updates jedoch nicht aus Treu und Glauben verwehrt, zumal der Kläger bereits in seinem Ersatzlieferungsverlangen vom 30.08.2016 erklärt hat, dass er mit einer Mangelbeseitigung durch Aufspielen des Updates nicht einverstanden sei und ein solches Update allenfalls vor dem Hintergrund, dass das Fahrzeug an die Beklagte zurückgegeben werde, aufspielen lassen werde.

[39] c) Die aufgrund der unzulässigen Abschalteinrichtung bestehende Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs führt jedoch im Streitfall nicht dazu, dass dem Kläger der geltend gemachte Anspruch auf Nacherfüllung durch Lieferung eines mangelfreien Neufahrzeugs zusteht. Eine Ersatzlieferung in Form des vom Kläger erworbenen Fahrzeugmodells der ersten Generation des Audi A5 Sportback 2.0 TDI ist ausgeschlossen, weil dieses nach den im Revisionsverfahren unbeanstandet gebliebenen Feststellungen des Berufungsgerichts seit dem Jahr 2016 nicht mehr hergestellt wird, sodass eine solche Nachlieferung unmöglich ist (§ 275 I BGB). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann der Kläger, der sein Nacherfüllungsbegehren erstmals fast sieben Jahre nach Kaufvertragsabschluss geltend gemacht hat, aber auch nicht Nacherfüllung durch Lieferung eines entsprechenden Fahrzeugmodells der zweiten Generation verlangen.

[40] aa) Im Ausgangspunkt hat das Berufungsgericht unter Zugrundelegung der einschlägigen Rechtsprechung des Senats allerdings zutreffend angenommen, dass allein aufgrund eines nach Vertragsschluss beziehungsweise nach Übergabe erfolgten Modellwechsels ein Anspruch des Käufers eines mangelbehafteten Neufahrzeugs gegen den Verkäufer auf Lieferung eines mangelfreien, fabrikneuen und typengleichen Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers nicht generell gemäß § 275 I BGB ausgeschlossen ist.

[41] (1) Der Anspruch auf Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 I Fall 2 BGB) ist nicht auf die Ersatzbeschaffung einer mangelfreien, im Übrigen aber identischen Sache beschränkt, sondern bestimmt sich vielmehr nach der vom Verkäufer im jeweiligen Einzelfall übernommenen Beschaffungspflicht. 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 des Kaufgegenstands – erstrecken, die nach dem Parteiwillen als gleichwertig und gleichartig anzusehen ist.

[42] (a) Beim Nacherfüllungsanspruch aus § 439 I BGB handelt es sich um eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 I BGB (BT-Drs. 14/6040, S. 221). Dabei soll mit der Nacherfüllung nach der gesetzgeberischen Konzeption eine nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten aus § 433 I 2 BGB durchgesetzt werden (Senat, Urt. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 18; Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 49; Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 24). 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 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 des Vertrags regelmäßig verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden (BT-Drs. 14/6040, S. 89, 221; Senat, Urt. v. 23.02.2005 – VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219, 227; Urt. v. 26.08.2020 – VIII ZR 351/19, BGHZ 227, 15 Rn. 27 m. w. Nachw.).

[43] Ausgehend von dieser Interessenlage beider Kaufvertragsparteien beschränkt sich die „Lieferung einer mangelfreien Sache“ gemäß § 439 I Fall 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 (vgl. hierzu Senat, Urt. v. 07.06.2006 – VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 Rn. 23; Urt. v. 11.12.2019 – VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 41; Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 30 ff.; vgl. auch BGH, Urt. v. 21.11.2017 – X ZR 111/16, NJW 2018, 789 Rn. 8). 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.

[44] 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 (vgl. Senat, Urt. v. 07.06.2006 – VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 Rn. 23; Urt. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 18; Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 24; Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 31 ff.), wovon der Gesetzgeber im Grundsatz sogar für Fälle des Stückkaufs ausgegangen ist (BT-Drs. 14/6040, S. 89, 220, 230), 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 – bei Vertragsschluss eine Beschaffungspflicht für den Fall einer Nacherfüllung übernommen hat (so bereits Senat, Urt. v. 17.10.2018 – VIII ZR 212/17, BGHZ 220, 77 Rn. 20; Urt. v. 24.10.2018 – VII-I ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 40; Urt. v. 11.12.2019 – VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 41; Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 31 ff.).

[45] (b) 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 Leistungsverpflichtung hinausgehen sowie zu einer zusätzlichen wirtschaftlichen Belastung führen.

[46] (aa) Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass der Nachlieferungsanspruch sich schon deshalb grundsätzlich nicht auf ein Nachfolgemodell des ursprünglich veräußerten Kaufgegenstands (Neufahrzeug) erstrecken könne, weil der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung lediglich nochmals die Übergabe des Besitzes und die Verschaffung des Eigentums einer mangelfreien Sache – „nicht weniger, aber auch nicht mehr“ – schulde (so *Riehm,* ZIP 2019, 589, 590). Hierdurch wird lediglich die Zielsetzung des Nacherfüllungsanspruchs nach der gesetzgeberischen Konzeption – nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten – in allgemeiner Form beschrieben (s. auch Senat, Urt. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 18; Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 24), jedoch keine Aussage zum Inhalt oder zum Umfang der Nacherfüllung im Einzelfall getroffen. Gegenstand des Nacherfüllungsanspruchs ist – im Unterschied zum ursprünglichen Erfüllungsanspruch – nicht mehr die erstmalige Lieferung der mangelfreien Kaufsache, sondern – als primäres Gewährleistungsrecht des Käufers – die Herstellung ihrer Mangelfreiheit durch Nachbesserung oder durch Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache (vgl. BGH, Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 50; Urt. v. 14.02.2020 – V ZR 11/18, BGHZ 225, 1 Rn. 51).

[47] Da infolge der mangelhaften Leistung des Verkäufers der Vertrag nicht wie vorgesehen abgewickelt werden kann (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 231), 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).

[48] (bb) Dementsprechend hat der Gerichtshof für den Geltungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, welche die Grundlage für das geltende Kaufrecht bildet, ausgeführt, dass zwar durch den Kaufvertrag der vertragsgemäße Zustand des Verbrauchsguts festgelegt und damit insbesondere bestimmt wird, wann eine Vertragswidrigkeit gegeben ist, der Umfang der aus der Schlechterfüllung folgenden Verpflichtungen des Verkäufers aber über die im Kaufvertrag vorgesehenen Pflichten hinausgehen kann (vgl. EuGH, Urt. v. 16.06.2011 – C-65/09 und C-87/09, Slg. 2011, I-5257 = ECLI:EU:C:2011:396 Rn. 59, 62 – Gebr. Weber und Putz). Dabei hat er klargestellt, dass sich der Begriff „Ersatzlieferung“ selbst nach dem Wortlaut der deutschen Fassung der Richtlinie und vor allem im Hinblick auf das von der Richtlinie angestrebte hohe Verbraucherschutzniveau nicht auf die bloße Lieferung eines Ersatzes beschränkt, sondern auch den Ausbau der mangelhaften und den Einbau einer mangelfreien Sache umfasst (EuGH, Urt. v. 16.06.2011 – C-65/09 und C-87/09, Slg. 2011, I-5257 = ECLI:EU:C:2011:396 Rn. 54 ff. – Gebr. Weber und Putz).

[49] Der Senat hat dieses weite Verständnis der vom Verkäufer geschuldeten Ersatzlieferung durch richtlinienkonforme Auslegung des § 439 I Fall 2 BGB im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs in das deutsche Recht übertragen (Senat, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rn. 25 ff.). Seit dem 01.01.2018 sieht § 439 III BGB (BGBl. I 2017 969; im Folgenden: n.F.) sogar für sämtliche Kaufverträge vor, dass der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet ist, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen.

[50] (cc) 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 (vgl. BT-Drs. 14/6040, 220 f., 230), 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. Senat, Urt. v. 07.06.2006 – VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 Rn. 23; Urt. v. 11.12.2019 – VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 41; Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 29 ff.). Denn das Institut der Nacherfüllung gemäß § 439 I BGB soll das hohe Verbraucherschutzniveau der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umsetzen und dem Käufer – soweit Interessen des Verkäufers nicht entgegenstehen – eine Reparatur oder einen Umtausch der mangelhaften Sache ermöglichen (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 230). Vor diesem Hintergrund ist § 439 BGB nicht restriktiv auszulegen. Insbesondere folgt dies nicht aus dem Umstand, dass die Nacherfüllung – ebenso wie der Rücktritt und die Minderung – ein Verschulden des Verkäufers nicht voraussetzt.

[51] (dd) Eine – durch § 439 I BGB nicht versperrte und mit dessen Wertungen in Einklang stehende – interessengerechte Auslegung, aus der sich eine den Verkäufer im Fall einer Nachlieferungsverpflichtung treffende Beschaffungspflicht bezüglich eines Nachfolgemodells ergibt, führt nicht dazu, dass die (wirtschaftlichen) Interessen des Verkäufers nicht in hinreichendem Umfang berücksichtigt werden.

[52] (aaa) Zum einen wird der Schutz des Verkäufers vor unverhältnismäßigen Kosten der Nachlieferung grundsätzlich bereits durch die – vorliegend auch vom Berufungsgericht berücksichtigte – Regelung in § 439 IV BGB (im Streitfall noch § 439 III BGB a.F.) gewährleistet (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 232; Senat, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 37). Hinzu tritt die kaufrechtliche Verjährungsfrist von zwei Jahren (§ 438 I Nr. 3 BGB), mithilfe derer der Gesetzgeber ebenfalls unbillige Einschränkungen der Dispositionsfreiheit des Verkäufers verhindern wollte (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 96). Zudem sollen die Regressmöglichkeiten nach § 478 BGB a.F. (seit 01.01.2018: §§ 445a, 478 BGB) sicherstellen, dass der Letztverkäufer nicht allein die Nachteile des durch die Schuldrechtsmodernisierung verwirklichten verbesserten Verbraucherschutzes zu tragen hat, wenn der Grund für seine Haftung, nämlich der Mangel der Sache, nicht in seinem Bereich entstanden ist, sondern etwa auf einen Fehler im Herstellungsprozess zurückzuführen ist (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 247).

[53] Auch der Gerichtshof sieht den Schutz der durch die erweiterte Nachlieferungsverpflichtung berührten finanziellen Interessen des Verkäufers grundsätzlich bereits durch die zweijährige Verjährungsfrist nach Art. 5 I der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, durch die ihm in Art. 3 III Unterabsatz 2 der Richtlinie eröffnete Möglichkeit, die Ersatzlieferung zu verweigern, sowie durch das in Art. 4 der Richtlinie vorgesehene Rückgriffsrecht beim Hersteller gewahrt (EuGH, Urt. v. 16.06.2011 – C-65/09 und C-87/09, Slg. 2011, I-5257 = ECLI:EU:C:2011:396 Rn. 58 – Gebr. Weber und Putz; Urt. v. 17.04.2008 – C-404/06, Slg. 2008, I-2685 = ECLI:EU:C:2008:231 Rn. 42 – Quelle).

[54] (bbb) Zum anderen ist – worauf die Tatgerichte (verstärkt) ein besonderes Augenmerk zu richten haben – im Rahmen der gebotenen nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung der zum Kaufvertragsabschluss führenden Willenserklärungen im Einzelfall sorgfältig und nicht nur schematisch zu prüfen, ob die Parteien die Ersatzlieferung eines Nachfolgemodells als austauschbar mit dem ursprünglich gelieferten Kaufgegenstand angesehen haben. Hierbei können, je nach Sachverhalt, verschiedene Gesichtspunkte ausschlaggebende Bedeutung gewinnen.

[55] So kann – was vorliegend das Berufungsgericht nicht hinreichend beachtet hat – 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 I 1, V 1 BGB in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung, nunmehr § 474 I 1, § 475 III 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 regelmäßig 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 Kaufvertragsabschlusses – geltend macht.

[56] Die beschriebene zeitliche Begrenzung der Beschaffungspflicht führt zugleich dazu, dass sich eine mögliche Beschaffungspflicht des Verkäufers allein auf das Nachfolgemodell beschränkt, das zu dem Zeitpunkt hergestellt wird, zu dem das Nachlieferungsverlangen erstmals innerhalb von zwei Jahren ab Vertragsschluss gestellt 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 (§ 439 IV BGB a.F. bzw. § 439 V BGB n.F.).

[57] Unabhängig von der Berücksichtigung einer zeitlichen Grenze einer Beschaffungspflicht kann im Rahmen der nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung der zum Vertragsschluss führenden Willenserklärungen bei einem erheblichen Mehrwert der Ersatzsache Anlass bestehen zu prüfen, ob die Parteien bei Vertragsschluss die Ersatzlieferung eines Nachfolgemodells (insbesondere bei Fahrzeugen) übereinstimmend nur gegen eine vom Käufer von sich aus anzubietende Zuzahlung als austauschbar mit dem ursprünglich gelieferten Kaufgegenstand angesehen haben (vgl. auch EuGH, Urt. v. 16.06.2011 – C-65/09 und C-87/09, Slg. 2011, I-5257 = ECLI:EU:C:2011:396 Rn. 76 – Gebr. Weber und Putz; Senat, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rn. 27, 35; Urt. v. 07.04.2021 – VIII ZR 191/19, juris Rn. 33 [zur Kostenbeteiligung des Verkäufers bei dem Ausbau der mangelhaften und dem Einbau der mangelfreien Sache durch den Käufer]; OLG Stuttgart, Beschl. v. 14.09.2011 – 10 W 9/11, NJW-RR 2011, 1589 unter II 3 [zur Kostenbeteiligung des Bestellers bei einer über den Stand der Technik bei Vertragsschluss hinausgehenden werkvertraglichen Nacherfüllung]). Falls die vom Käufer angebotene Zuzahlung aus Sicht des Tatrichters nach dessen freiem Schätzungsermessen nicht angemessen sein sollte, um einem solchen Wertunterschied Rechnung zu tragen, entfällt nach dem interessengerecht auszulegenden Parteiwillen regelmäßig eine Beschaffungspflicht des Verkäufers. Die Frage einer eventuellen Kostenbeteiligung des Käufers oder eines gänzlichen Ausschlusses einer sich auf das Nachfolgemodell erstreckenden Beschaffungspflicht des Verkäufers stellt sich damit vor allem in den Fällen, in denen der Verkäufer die Einrede nach § 439 III BGB a.F. erheben könnte.

[58] Dies führt jedoch nicht dazu, dass die Frage, ob eine Beschaffungspflicht bei erheblichem Mehrwert des Nachfolgemodells nur gegen Kostenbeteiligung des Käufers oder überhaupt nicht besteht, im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 439 III BGB a.F. (§ 439 IV BGB n.F.) aus prozessökonomischer Sicht stets offenbleiben könnte. Denn diese Einredemöglichkeit steht dem Verkäufer nicht immer zur Verfügung. Die Erhebung der Unverhältnismäßigkeitseinrede ist ihm im Verbrauchsgüterkauf verwehrt, wenn die andere Art der Nacherfüllung – die Nachbesserung – wegen § 275 I BGB ausgeschlossen ist oder der Verkäufer diese nach § 275 II oder III BGB oder nach § 439 III BGB a.F. (§ 439 IV BGB n.F.) berechtigterweise verweigert (vgl. auch *Ring,* SVR 2019, 161, 165; *ders.,*SVR 2019, 448, 451). Wie der Senat aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofs (EuGH, Urt. v. 16.06.2011 – C-65/09 und C-87/09, Slg. 2011, I-5257 = ECLI:EU:C:2011:396 Rn. 71 – Gebr. Weber und Putz) bereits entschieden hat, ist § 439 III BGB a.F. beim Verbrauchsgüterkauf richtlinienkonform einschränkend dahin gehend anzuwenden, dass dem Verkäufer in diesem Fall die Berufung auf die Unverhältnismäßigkeitseinrede – betreffend die Nachlieferung – nicht erlaubt ist (Senat, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rn. 35; seit 01.01.2018 ausdrücklich geregelt in § 475 IV 1 BGB).

[59] (2) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht im Ausgangspunkt noch zutreffend angenommen, dass auch im Fall eines Neuwagenkaufs der Anspruch eines Verbrauchers auf Ersatzlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs gemäß § 439 I Fall 2 BGB ein Fahrzeug der nachfolgenden Serienproduktion erfassen kann, sofern das im Vertrag beschriebene Modell nicht mehr hergestellt wird und nicht mehr als Neufahrzeug beschafft werden kann. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Parteien eines Kaufvertrags über ein Neufahrzeug ein Nachfolgemodell aufgrund zahlreicher Unterschiede zwischen den Modellen grundsätzlich nicht für erfüllungstauglich halten.

[60] (a) Selbst wenn sich Nachfolgemodelle von ihrem Vorgänger üblicherweise aufgrund ihrer Ausstattungsmerkmale 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, namentlich dem Fahrzeughändler, ist bei Abschluss des Kaufvertrags 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, sei es durch die Klassifikation nach neuen europäischen Abgasnormen und Änderungen der Motortechnik, durch Fortschritte bei Sicherheits- und Assistenzsystemen und entsprechend umfangreicherem Einsatz von Steuerungssoftware, durch Änderungen bei Abmessungen, Gewicht, Kraftstoffverbrauch und Formensprache oder etwa durch vermehrten Komfort. Auf diese Weise ersetzt das Nachfolgemodell am Markt seinen Vorgänger und tritt an dessen Stelle (zum Ganzen bereits Senat, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 35).

[61] (b) Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die Parteien eines Neuwagengeschäfts sich hinsichtlich der wesentlichen Fahrzeugeigenschaften auf ein konkretisiertes Fahrzeug einigten, vereinbarten hierfür einen bestimmten Kaufpreis vereinbarten und deshalb kein hiervon abweichendes – besser ausgestattetes und/oder teureres oder aber schlechter ausgestattetes und/oder günstigeres Fahrzeug – für erfüllungstauglich hielten. Denn diese Argumentation nimmt die beiderseitige Interessenlage (insbesondere den Vorrang der Nacherfüllung, an dem beide Seiten ein berechtigtes Interesse haben) nicht hinreichend in den Blick und übersieht zudem, dass die Frage, ob und mit welcher Reichweite den Verkäufer eine Beschaffungspflicht bezüglich eines Nachfolgemodells trifft, letztlich von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängt. Davon abgesehen lässt sich dies nicht damit vereinbaren, dass der Gesetzgeber bei der Nacherfüllung die Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf ausdrücklich als verzichtbar angesehen (BT-Drs. 14/6040, S. 94, 230; Senat, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 31) und damit zu verstehen gegeben hat, dass die zu liefernde Ersatzsache nicht notwendigerweise mit der im Kaufvertrag konkret festgelegten Sache identisch sein muss. Es kommt in Anbetracht der mit § 439 BGB vom Gesetzgeber verfolgten Zielsetzung der Vermeidung einer Rückabwicklung des Vertrags (BT-Drs. 14/6040, S. 89, 221) und des diesbezüglich von den Parteien bei Vertragsschluss gebildeten Willens allein darauf an, ob der Verkäufer vertraglich eine Beschaffungspflicht übernommen hat, deren Inhalt und Reichweite durch interessengerechte Auslegung des Kaufvertrags im jeweiligen Einzelfall zu bestimmen ist (Senat, Urt. v. 11.12.2019 – VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 41 f.).

[62] Die Leistungsmerkmale und Eigenschaften des ursprünglich erworbenen Fahrzeugs sind auch nicht als – durch ein Nachfolgemodell nicht erfüllbare – Beschaffenheitsvereinbarungen i. S. des § 434 I 1 BGB zu werten. Dies trifft bereits deswegen nicht zu, weil an das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB strenge Anforderungen zu stellen sind. Unter der Geltung des neuen Schuldrechts kommt sie nicht mehr im Zweifel, sondern nur noch in eindeutigen Fällen in Betracht (st. Rspr.; s. etwa Senat, Urt. v. 20.03.2019 – VIII ZR 213/18, NJW 2019, 1937 Rn. 22; Urt. v. 27.09.2017 – VIII ZR 271/16, NJW 2018, 146 Rn. 18; Urt. v. 18.10.2017 – VIII ZR 32/16, NJW 2018, 150 Rn. 16). Allein der Umstand, dass ein Fahrzeug über bestimmte Eigenschaften verfügt, begründet keine tragfähigen Anhaltspunkte für das Vorliegen einer (konkludenten) Beschaffenheitsvereinbarung. Damit ist für die teilweise vertretene Auffassung, einer interessengerechten Auslegung der Parteierklärungen stünden getroffene Beschaffenheitsvereinbarungen entgegen, kein Raum.

[63] (c) Soweit teilweise einer möglichen Beschaffungspflicht bezüglich eines Nachfolgemodells entgegengehalten wird, dass die Käufer eines Neuwagens aus der Sicht eines objektiven Empfängers kein Interesse an einer Nacherfüllung durch ein Nachfolgemodell hätten, weil die Veränderungen gegenüber dem Vorgängermodell aus ihrer Sicht – etwa, weil es nicht die Garageneinfahrt passieren könne, weniger Motorleistung aufweise oder mit einem SCR-Katalysator ausgerüstet sei – nachteilig sein könnten, berücksichtigt dies nicht, dass solche Umstände nicht isoliert, sondern mit weiteren auslegungsrelevanten Gesichtspunkten zu würdigen sind. Die gebotene Auslegung mag zwar im konkreten Einzelfall ergeben, dass bestimmten Merkmalen eines Fahrzeugs aufgrund der – für den Verkäufer erkennbaren – Interessenlage des Käufers eine solch gewichtige Bedeutung zukommt, dass sie eine Nacherfüllung durch ein Nachfolgemodell, welches über die entsprechenden Merkmale nicht (mehr) verfügt, ausschließt. Anhaltspunkte hierfür bestehen im Streitfall indes nicht.

[64] (d) Die teilweise vertretene Auffassung, es widerspreche dem objektiv erkennbaren Interesse eines Verkäufers, dass dieser sich ohne jede Nachzahlung des Käufers dazu verpflichte, ein noch nicht einmal bekanntes Nachfolgemodell zu einem unbekannten Preis liefern zu müssen, und damit bereit sei, entweder einen Teil seiner Marge zu verlieren oder sogar einen Verlust hinzunehmen, nimmt allein die Interessen des Verkäufers und nicht die Belange beider Seiten in den Blick. Zwar dürfen im Rahmen der gebotenen nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung der Parteierklärungen die wirtschaftlichen Interessen des Verkäufers nicht vernachlässigt werden. Diesen wird aber durch die oben (unter 2 c aa (1) (b) (dd)) beschriebenen, sich aus einer nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung ergebenden Beschränkungen einer Beschaffungspflicht des Verkäufers (zeitliche Grenze für die Geltendmachung einer Ersatzlieferung, unter Umständen von sich aus anzubietende Zuzahlung des Käufers oder Wegfall der Beschaffungspflicht bei deutlichem Mehrwert des Nachfolgemodells) hinreichend Rechnung getragen. Auch mag es – wie oben ausgeführt – Fälle geben, in denen eine Beschaffungspflicht des Verkäufers bezüglich eines Nachfolgemodells des erworbenen Fahrzeugs gänzlich ausscheidet.

[65] (e) Schließlich folgt auch aus Ziffer IV 6 Satz 1 der „Neuwagen-Verkaufsbedingungen“

> („Konstruktions- oder Formänderungen, Abweichungen im Farbton sowie Änderungen des Lieferumfanges seitens des Herstellers bleiben während der Lieferungszeit vorbehalten, sofern die Änderungen oder Abweichungen unter Berücksichtigung des Interesses des Verkäufers für den Käufer zumutbar sind.“)

nicht, dass der Verkäufer nach Ablauf der Lieferzeit nach dem Parteiwillen nicht mehr zu einer Nachlieferung durch ein anderes (Nachfolge-)Modell verpflichtet sein sollte (so aber *Riehm,* ZIP 2019, 589, 591). Unabhängig davon, ob diese „Verkaufsbedingungen“ überhaupt wirksam in den vorliegend geschlossenen Vertrag einbezogen worden sind, betrifft der dort geregelte Änderungsvorbehalt erkennbar allein die Primärleistungspflicht des Verkäufers und nicht den Fall einer mangelbedingten Ersatzlieferung. Die betreffende Klausel ist allein dem Interesse des Verkäufers geschuldet, bei seitens des Herstellers vorgenommenen Änderungen am und Abweichungen vom im Kaufvertrag bezeichneten Modell seiner Lieferverpflichtung aus § 433 I BGB gegenüber dem Käufer nachkommen zu können, indem er das geänderte Modell als vertragsgemäß liefert (so etwa OLG Karlsruhe Urt. v. 25.05.2019 – 13 U 144/17, NJW-RR 2019, 869 Rn. 88). Rückschlüsse auf die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens einer Beschaffungspflicht im Nacherfüllungsfall lassen sich folglich daraus nicht ziehen.

[66] bb) Nach alledem ist die Annahme des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, dass sich nach der Rechtsprechung des Senats ein mangelbedingter Nachlieferungsanspruch beim Kauf eines Neufahrzeugs grundsätzlich auch auf ein zwischenzeitlich hergestelltes Nachfolgemodell erstrecken kann. Jedoch hat es bei der gebotenen beiderseits interessengerechten Auslegung der auf den Abschluss des Kaufvertrags gerichteten Erklärungen der Vertragsparteien rechtsfehlerhaft nicht alle maßgeblichen Umstände des Einzelfalls hinreichend berücksichtigt, sondern unter Verweis auf den – nur in die Thematik einführenden und lediglich einer vorschnellen Bejahung der Unmöglichkeit einer Nachlieferung eine Absage erteilenden – Hinweisbeschluss des Senats vom 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 – eine zu schematische Betrachtung angestellt. Insbesondere hat es dem im Rahmen einer interessengerechten Auslegung ersichtlich relevanten Gesichtspunkt, dass der Kläger erstmals nach fast sieben Jahren seit Kaufvertragsabschluss die Ersatzlieferung eines Nachfolgemodells verlangt hat, keine hinreichende Beachtung geschenkt. Bereits dieser Umstand und die mit ihm verbundenen wirtschaftlichen Auswirkungen für die Beklagte schließen bei einer rechtsfehlerfreien Auslegung eine Nacherfüllung durch Ersatzlieferung des Nachfolgemodells aus.

[67] Denn eine nach beiden Seiten hin interessengerechte Auslegung des Parteiwillens bei Vertragsschluss führt bei einem Verbrauchsgüterkauf zu dem Ergebnis, dass die von einem Verkäufer übernommene Beschaffungspflicht bezüglich eines neuwertigen Nachfolgemodells nicht uneingeschränkt, sondern nur dann besteht, wenn ein Nachlieferungsanspruch innerhalb eines als sachgerecht und angemessen zu bewertenden Zeitraums von zwei Jahren ab Vertragsabschluss geltend gemacht wird. Da der genannte Zeitraum vorliegend deutlich überschritten ist, ist das Nachlieferungsbegehren des Klägers entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bereits mangels Verfügbarkeit eines nacherfüllungstauglichen Neufahrzeugs wegen Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) im Ergebnis ausgeschlossen.

[68] Eine in der mündlichen Verhandlung seitens der Revisions angeregte Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV ist nicht veranlasst, da nicht die Auslegung von Unionsrecht infrage steht, sondern der Gesichtspunkt, welchen Willen die Vertragsparteien bei Vertragsschluss bei beiderseits interessengerechter Auslegung gebildet haben.

[69] (1) Beim Neuwagenkauf tritt durch die Nutzung des Fahrzeugs durch den Käufer recht schnell ein deutlicher Wertverlust ein. Der Käufer hat im Falle der Nachlieferung die an ihn ausgelieferte mangelhafte Sache gemäß § 439 IV BGB (in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung, nunmehr § 439 V BGB) lediglich in dem abgenutzten Zustand (ohne Wertersatz) an den Verkäufer herauszugeben. Zudem hat der Käufer bei einem – auch hier vorliegenden – Verbrauchsgüterkauf nach § 474 I 1, V 1 BGB (in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung, nunmehr § 474 I 1, § 475 III 1 BGB) einen Ersatz für die Nutzung des ursprünglich gelieferten Fahrzeugs gemäß § 439 IV BGB a.F. (§ 439 V BGB n.F.) i. V. mit §§ 346 ff. BGB – anders als etwa nach einem Rücktritt – nicht zu leisten.

[70] (a) In Ansehung dieser Umstände gebietet eine nach beiden Seiten hin interessengerechte Auslegung des Parteiwillens (§§ 133, 157 BGB), bei der neben allen Umständen des Einzelfalls auch die Gebote von Treu und Glauben zu berücksichtigen sind, dass eine Nachfolgemodelle umfassende Beschaffungspflicht des Verkäufers im Fall einer mangelbedingten Ersatzlieferung beim Verbrauchsgüterkauf von vornherein auf den Zeitraum begrenzt ist, innerhalb dessen die Vertragsparteien – ausgehend von der ihnen bei Vertragsabschluss bekannten Sach- und Rechtslage – mit dem Eintritt eines Gewährleistungsfalls und einem entsprechenden Nachlieferungsbegehren üblicherweise rechnen konnten.

[71] 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 – wenngleich zum Zwecke der Verjährung an die Ablieferung der Sache anknüpfend (§ 438 II Fall 2 BGB) – bei der Neuregelung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts in § 438 I Nr. 3 BGB als angemessen erachtet, damit die Vertragspartner einerseits „eine faire Chance erhalten, ihre Ansprüche geltend zu machen“ (BT-Drs. 14/6040, S. 228), andererseits aber auch „Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit“ gewährleistet sowie der Schutz des Verkäufers vor unbilligen Einschränkungen seiner Dispositionsfreiheit erreicht werden (BT-Drs. 14/6040, S. 96). Auch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, zu deren Umsetzung § 439 BGB geschaffen worden ist, geht in ihrem Anwendungsbereich gemäß Art. 5 I 1 von einer Haftungsdauer (Satz 1; s. hierzu EuGH, Urt. v. 13.07.2017 – C-133/16, ECLI:EU:C:2017:541 = JZ 2018, 298 Rn. 32 ff. – Ferenschild; Senat, Urt. v. 18.11.2020 – VIII ZR 78/20, NJW 2021, 1008 Rn. 19 ff.) beziehungsweise von einer Verjährungsfrist (Satz 2) von zwei Jahren aus, was nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ebenfalls dem Schutz der finanziellen Interessen des Verkäufers und der Kompensation dafür dient, dass dieser für jede Vertragswidrigkeit haftet, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsguts besteht (s. EuGH, Urt. v. 16.06.2011 – C-65/09 und C-87/09, Slg. 2011, I-5257 = ECLI:EU:C:2011:396 Rn. 59, 62 – Gebr. Weber und Putz; Urt. v. 17.04.2008 – C-404/06, Slg. 2008, I-2685 = ECLI:EU:C:2008:231 Rn. 40 – Quelle).

[72] (b) Hieran anknüpfend trägt es den Interessen der am Neuwagenkauf beteiligten Vertragsparteien grundsätzlich in angemessener Weise Rechnung, wenn der Verkäufer im Falle eines mangelbedingten Nacherfüllungsbegehrens zwar grundsätzlich auch zur Nachlieferung eines zwischenzeitlich hergestellten Nachfolgemodells verpflichtet ist, dies aber nur für den Fall gilt, dass der Verbraucher einen entsprechenden Anspruch binnen eines den widerstreitenden Interessen beider Seiten hinreichend Rechnung tragenden Zeitraums von zwei Jahren ab Vertragsschluss geltend macht (in dem Fall von Senat, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 [Vorinstanz: OLG Bamberg, Beschl. v. 02.08.2017 – 6 U 5/17, DAR 2018, 143] lagen nur einige Monate zwischen Vertragsschluss und Nachlieferungsbegehren).

[73] (2) Ausgehend von den dargestellten Auslegungsgrundsätzen ist im Streitfall der vom Kläger geltend gemachte Nachlieferungsanspruch gemäß § 439 I Fall 2 BGB mangels Verfügbarkeit eines nacherfüllungstauglichen Neufahrzeugs wegen Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) ausgeschlossen, da das ursprünglich vom Kläger erworbene Fahrzeugmodell Audi A5 Sportback 2.0 TDI erster Generation bereits seit dem Jahr 2016 nicht mehr hergestellt wird und dessen Nachfolgemodell nicht mehr von der Beschaffungspflicht der Beklagten im mangelbedingten Nacherfüllungsfall umfasst ist.

[72] (a) Diesbezüglich ist der Senat, da das Berufungsgericht bei seiner Würdigung den Sachverhalt nicht vollständig ausgeschöpft und damit letztlich auch den Auslegungsgrundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung nicht ausreichend berücksichtigt hat, vorliegend an dessen gegenteiliges Auslegungsergebnis nicht gebunden und kann, da weitere tatsächliche Feststellungen insoweit nicht zu erwarten sind, die betreffende Auslegung selbst vornehmen (vgl. etwa Senat, Urt. v. 06.12.2017 – VIII ZR 219/16, NJW-RR 2018, 822 Rn. 30 f.; Urt. v. 25.04.2018 – VIII ZR 176/17, NJW 2018, 2472 Rn. 31 f.; jeweils m. w. Nachw.).

[75] (b) Danach entspricht es auch vorliegend einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung des übereinstimmenden Willens der Parteien bei Vertragsschluss, dass sich die von der Beklagten für den Fall einer mangelbedingten Nachlieferung nach § 439 I Fall 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 Beklagte richtete. Denn ansonsten würde die auf einer vertraglichen Abrede beruhende Beschaffungspflicht der Beklagten zu ihren Lasten zu weit ausgedehnt. Insbesondere wäre die Beklagte 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.

[76] Im Streitfall lagen zwischen dem Vertragsschluss im Oktober 2009 und dem erstmaligen Nachlieferungsverlangen des Klägers mit Schriftsatz vom 30.08.2016 fast sieben Jahre. Somit kann der Kläger weder Nachlieferung des Nachfolgemodells noch – weil dieses nicht mehr hergestellt wird – des ursprünglich erworbenen Fahrzeugtyps verlangen (i. E. ähnlich auch OLG Koblenz, Urt. v. 06.06.2019 – 1 U 1552/18, NJW 2019, 2246 Rn. 26 [Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch Senat, Beschl. v. 30.06.2020 – VIII ZR 167/19]: acht Jahre zwischen Kauf und Nachlieferungsbegehren]).

[77] (c) Anhaltspunkte für das Vorliegen besonderer Umstände, aufgrund derer die Beklagte vorliegend ausnahmsweise eine deutlich weitergehende und damit namentlich auch das vom Kläger begehrte Fahrzeugmodell erfassende Beschaffungspflicht treffen würde, sind weder vorgetragen noch sonst erkennbar.

[78] (aa) Dies gilt zunächst für den Umstand, dass die Beklagte gegenüber dem Kläger mit Schreiben vom 12.09.2016 erklärt hat, sie verzichte (auch für bereits verjährte Ansprüche) „ausdrücklich bis zum 31.12.2017 auf die Erhebung der Verjährungseinrede im Hinblick auf etwaige Ansprüche, die im Zusammenhang mit der in Fahrzeugen mit Motortyp EA189 eingebauten Software bestünden“. Da die Reichweite der den Verkäufer im Nachlieferungsfall treffenden Beschaffungspflicht durch interessengerechte Auslegung der zum Abschluss des Kaufvertrags führenden Parteierklärungen zu ermitteln ist, kommt es hierbei auf erst nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses eintretende und nicht vorhersehbare Umstände – wie den vorliegend erklärten Verjährungsverzicht – für die Bestimmung der den Verkäufer im Fall eines Nachlieferungsbegehrens treffenden Beschaffungspflicht nicht an.

[79] Entsprechendes gilt für den in der mündlichen Verhandlung angesprochenen Umstand, dass das Vorhandensein der Abschalteinrichtung erst im Herbst 2015 öffentlich bekannt gemacht worden ist.

[80] (bb) Eine erweiterte Beschaffungspflicht ergibt sich nicht aufgrund von Ziffer IV 6 Satz 1 der „Neuwagen-Verkaufsbedingungen“. Wie oben (unter 2 c aa (2) (e)) ausgeführt, lassen sich hieraus Rückschlüsse auf die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens einer Beschaffungspflicht nicht ziehen. Insbesondere folgt hieraus nicht der Parteiwille zu einer Ausdehnung der Beschaffungspflicht über den Zeitraum von zwei Jahren hinaus.

[81] 3. Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung ergibt sich der von dem Kläger geltend gemachte Nacherfüllungsanspruch auch nicht aus § 823 II BGB i. V. mit § 263 StGB.

[82] Es ist weder dargetan noch ersichtlich, dass die Beklagte im Zusammenhang mit der unzulässigen Abschalteinrichtung selbst den Betrugstatbestand verwirklicht haben könnte. Gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Beklagte keine Kenntnis von der Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung gehabt hat, wendet sich die Revision nicht. Eine deliktische Haftung der Beklagten aus § 823 II BGB i. V. mit § 263 StGB kann auch nicht im Wege der Zurechnung einer Täuschungshandlung seitens der Herstellerin erfolgen – eine einschlägige Zurechnungsnorm, auf deren Grundlage das etwaige betrügerische Handeln der Herstellerin der Beklagten als Vertragshändlerin zugerechnet werden könnte, besteht nicht. Überdies könnte sich aus einer deliktischen Anspruchsgrundlage nicht der von dem Kläger allein geltend gemachte Nacherfüllungsanspruch nach § 439 I Fall 2 BGB ergeben, der einen spezifisch gewährleistungsrechtlichen Anspruch darstellt und nicht mit der sich aus Deliktsrecht ergebenden Naturalrestitution (§ 249 I BGB) gleichzusetzen ist (vgl. hierzu Senat, Beschl. v. 09.06.2020 – VIII ZR 315/19, NJW 2020, 3312 Rn. 24 f. m. w. Nachw.).

[83] 4. Im Hinblick darauf, dass die Klage bereits deshalb unbegründet ist, weil der Nachlieferungsanspruch sich nicht auf das vom Kläger begehrte Nachfolgemodell aus der aktuellen Serienproduktion bezieht und ein Nachlieferungsanspruch bezüglich eines mangelfreien Fahrzeugs der ersten Generation – weil dieses nicht mehr hergestellt wird – nicht erfüllbar wäre, kommt es nicht darauf an, ob dem Anspruch auch – wie das Berufungsgericht meint – die Einrede des § 439 III BGB a.F. entgegenstünde. Nicht erheblich ist auch, ob – wie die Revision geltend macht – neben der unzulässigen Abschalteinrichtung auch ein Mangel wegen fehlender Funktion des OBD-Systems vorlag und dem Grunde nach hieraus Gewährleistungsrechte geltend gemacht werden könnten. Denn auch insoweit bestünde jedenfalls der geltend gemachte Anspruch auf Nachlieferung aus den oben genannten Gründen nicht.

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.