# Keine zeitlich unbegrenzte Ersatzlieferung eines aktuellen Neuwagens beim Verbrauchsgüterkauf – VW-Abgasskandal

1. **Einem Fahrzeug fehlt die Eignung für die gewöhnliche Verwendung i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB, wenn es bei Übergabe an den Käufer mit einer – den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduzierenden – Abschalteinrichtung i. S. von Art. 3 Nr. 10 der Veordnung (EG) Nr. 715/2007 versehen ist, die gemäß Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässig ist. Denn in einem solchen Fall besteht eine (latente) Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Behörde, sodass der weitere (ungestörte) Betrieb des Fahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr nicht gewährleistet ist (im Anschluss an Senat, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133).**

2. **Die Lieferung einer mangelfreien Sache gemäß § 439 I Fall 2 BGB beschränkt sich 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 (im Anschluss an 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). 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 (im Anschluss an 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). Entscheidend ist dabei letztlich, ob und in welchem Umfang der Verkäufer – nach dem im jeweiligen Fall zu ermittelnden übereinstimmenden Willen der Parteien – bei Vertragsschluss eine Beschaffungspflicht für den Fall einer Nacherfüllung übernommen hat (im Anschluss an Senat, Urt. v. 17.10.2018 – VIII ZR 212/17, BGHZ 220, 77 Rn. 20; Urt. v. 24.10.2018 – VIII 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. 30 ff.).**

3. **Ist lediglich ein Nachfolgemodell der erworbenen Sache (insbesondere eines Fahrzeugs) lieferbar, kann bei der gebotenen nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung die den Verkäufer eines Verbrauchsguts treffende Beschaffungspflicht im Hinblick darauf, dass der Verbraucher eine Nutzungsentschädigung für die fortlaufend an Wert verlierende mangelhafte Kaufsache nicht zu zahlen hat, von vornherein nicht zeitlich unbegrenzt gelten. Eine Austauschbarkeit von Kaufgegenstand und Ersatzsache ist beim Verbrauchsgüterkauf – vor allem beim Kauf von Fahrzeugen, die bereits nach kurzer Zeit einen deutlichen Wertverlust erleiden – grundsätzlich nur dann anzunehmen, wenn der Verbraucher sein Nachlieferungsbegehren innerhalb eines in der Länge der regelmäßigen kaufrechtlichen Verjährungsfrist von zwei Jahren (§ 438 I Nr. 3 BGB) angelehnten Zeitraums – beginnend ab dem für die Willensbildung maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses – geltend macht (Fortentwicklung von Senat, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133).**

BGH, Urteil vom 21.07.2021 – VIII ZR 254/20

**Sachverhalt:** Aufgrund eines Kaufvertrags vom 20.04.2009 erwarb der Kläger von der Beklagten, einer VW-Vertragshändlerin, für 27.618,64 € einen fabrikneuen VW Tiguan I 2.0 TDI 4MOTION *Track & Field* zum Preis von 27.618,64 €. Dieses Fahrzeug ist mit einem von der *Volkswagen AG* hergestellten 2,0-Liter-Dieselmotor des Typs EA189 (Euro 5) ausgestattet. Dessen Steuerungssoftware erkennt, ob das Fahrzeug auf einem Prüfstand betrieben wird, und verringert in diesem Fall den Ausstoß an Stickoxiden ($NO_x$), indem sie in den „Modus 1“ schaltet. In diesem Modus ist die Abgasrückführungsrate höher als im „Modus 0“, der beim normalen Fahrbetrieb aktiv ist. Das Kraftfahrt-Bundesamt beanstandete die Motorsteuerungssoftware als unzulässige Abschalteinrichtung.

Nachdem die Verwendung entsprechender Vorrichtungen bei Dieselmotoren des Typs EA189 im Rahmen des sogenannten Dieselskandals öffentlich bekannt geworden war, rügte der Kläger die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs und forderte die Erklärung eines Verjährungsverzichts. Die Beklagte wies mit Schreiben vom 04.10.2016 auf ein von der Fahrzeugherstellerin entwickeltes, vom Kraftfahrt-Bundesamt zwischenzeitlich freigegebenes Softwareupdate hin und verzichtete bis zum 31.12,2017 darauf, die Einrede der Verjährung im Hinblick auf etwaige – auch bereits verjährte – Ansprüche zu erheben, die im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen, in Fahrzeugen mit dem EA189-Motoren eingesetzten Software bestünden.

Mit Schreiben vom 07.03.2017 lehnte der Kläger eine Nachbesserung durch Aufspielen eines Softwareupdates ab und verlangte stattdessen, dass ihm die Beklagte bis zum 27.03.2017 ersatzweise ein fabrikneues typengleiches Fahrzeug liefere. Dem kam die Beklagte nicht nach.

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

Mit seiner Klage hat der Kläger zuletzt die Ersatzlieferung eines – mit einem 190 PS starken Motor und der für diesen Fahrzeugtyp bestimmten Serienausstattung versehenen – Volkswagen Tiguan II Offroad aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers, Zug um Zug gegen Rückgabe des mangelhaften Fahrzeugs, begehrt. Weiter hat er die Feststellung verlangt, dass die Beklagte mit der Ersatzlieferung und der Rücknahme des ursprünglich gelieferten Fahrzeugs in „Annahmeverzugs“ ist, und die Freistellung von vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen beansprucht. Hilfsweise hat der Kläger die Rückabwicklung des mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrags begehrt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die dagegen gerichtete Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Beklagte antragsgemäß zur Ersatzlieferung verurteilt, den Verzug der Beklagten mit der Neulieferung sowie ihren Annahmeverzug mit der Rücknahme des vom Kläger erworbenen Fahrzeugs festgestellt und die Beklagte verurteilt, den Kläger von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten (ohne Zinsen) freizustellen. Die dagegen gerichtete Revision der Beklagten, die die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebte, hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:** [8] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

[9] Nachdem der Kläger seinen Antrag auf den Hinweis des Berufungsgerichts hinsichtlich der (Mindest-)Ausstattungsmerkmale des Nachlieferungsfahrzeugs konkretisiert habe, bestünden gegen die Zulässigkeit des Hauptantrags (Nachlieferungsbegehren) keine Bedenken mehr, da einem Gerichtsvollzieher im Rahmen einer möglichen Zwangsvollstreckung gemäß §§ 883, 884 ZPO nunmehr die Feststellung möglich sei, ob ein bei der Beklagten vorgefundenes Fahrzeug dem geschuldeten entspreche.

[10] Dem Kläger stehe gemäß § 437 Nr. 1, § 439 I BGB ein Nacherfüllungsanspruch zu, weil das an ihn ausgelieferte Fahrzeug aufgrund der verwendeten Software mangelhaft i. S. des § 434 I BGB sei, wie der BGH in seinem Hinweisbeschluss vom 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 – für einen entsprechenden Fall bereits im Einzelnen dargelegt habe.

[11] Die vom Kläger gewählte Nachlieferung sei nicht gemäß § 275 I BGB wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen. Zwar könne die Beklagte ein neues Fahrzeug der ursprünglichen Spezifikation nicht mehr beschaffen, weil dieses Fahrzeugmodell seit dem Jahr 2013 nicht mehr hergestellt werde und ein bereits produziertes Fahrzeug der ursprünglichen Modellreihe aufgrund der seit der Herstellung verstrichenen Standzeit selbst dann nicht mehr als fabrikneues Fahrzeug anzusehen sei, wenn es bislang noch nicht in Gebrauch genommen worden wäre. Jedoch führe ein Modellwechsel nicht zwingend zur Unmöglichkeit der Nachlieferung.

[12] Vielmehr komme es darauf an, ob im Gewährleistungsfall die Lieferung eines Nachfolgemodells aus Sicht der Parteien eine taugliche Nacherfüllung darstelle. Auf Käuferseite dürfte im Regelfall ein Interesse bestehen, gegebenenfalls auch ein solches Nachfolgemodell als nacherfüllungstauglich anzunehmen, und auch vorliegend bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass es dem Kläger gerade auf solche Ausstattungsmerkmale des erworbenen Fahrzeugs angekommen wäre, über die das Nachfolgemodell nicht mehr verfüge. So habe der Kläger dargelegt, dass es für seine Kaufentscheidung im Jahr 2009 ausschlaggebend auf den – auch beim Nachfolgemodell vorhandenen – erhöhten Böschungswinkel angekommen sei. Das maßgebliche Auslegungskriterium auf Verkäuferseite hingegen sei der Ersatzbeschaffungsaufwand. Je höher dieser Aufwand sei, desto geringer werde – aus Sicht eines verständigen Käufers – das Interesse des Verkäufers sein, auch mit einem Nachfolgemodell den Nachlieferungsanspruch zu erfüllen. Im Hinblick darauf, dass die Kosten der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung im Rahmen des § 439 III BGB a.F. zu berücksichtigen seien, bleibe dies für die Beurteilung der Unmöglichkeit i. S. des § 275 BGB aber noch ohne Bedeutung.

[13] Vorliegend sei die Nachlieferung allerdings auch nicht unverhältnismäßig i. S. des § 439 III BGB a.F. Zwar dürften die Kosten einer Nachbesserung durch das Aufspielen des Softwareupdates angesichts der in die Hunderttausende gehenden Zahl der betroffenen Fahrzeuge anteilig sehr niedrig sein, sodass verglichen hiermit bei dem zu erwartenden Nachlieferungsaufwand eine relative Unverhältnismäßigkeit gegeben wäre. Jedoch stehe nicht fest, dass das Softwareupdate auch zur Mangelbeseitigung geeignet sei und dem Käufer deshalb zugemutet werden könne, sich hierauf einzulassen. Auch wenn aufgrund der Freigabe des Updates durch das Kraftfahrt-Bundesamt die betroffenen Fahrzeuge nach dem Aufspielen des Updates aus der Sicht der zuständigen Behörde regelkonform seien, könne nicht ausgeschlossen werden, dass – wie der Kläger geltend mache – mit dem Softwareupdate Folgeprobleme verbunden seien. Dem Berufungssenat sei aus der Vielzahl der bei ihm geführten Verfahren zum „Dieselskandal“ bekannt, dass auch in der Fachöffentlichkeit über noch ungeklärte Folgen des Updates für die Haltbarkeit des Motors und für den Verbrauch des Fahrzeugs diskutiert werde. Da aber die Beklagte zur Wirkungsweise der Software Näheres nicht vorgetragen habe, sei es nicht möglich, hierzu Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu erheben, was sinnvoll nur bei vorheriger Offenlegung des Quellcodes in Betracht komme.

[14] Schließlich sei die Nachlieferung auch nicht absolut unverhältnismäßig. Dies gelte selbst dann, wenn man den von der Beklagten vorgetragenen, rund 70 % höheren Beschaffungspreis für das Nachfolgemodell zugrunde lege. Denn einerseits reduziere sich ihr Beschaffungsaufwand um den Restwert des ursprünglich gelieferten Fahrzeugs und andererseits könne sie gemäß § 478 BGB a.F. bei der Herstellerin des Fahrzeugs Regress nehmen.

[15] II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts kann der Kläger vorliegend 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 hierauf bezogene Begehren des Klägers auf Feststellung des Verzugs der Beklagten mit der Neulieferung und 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 weist zwar 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 eingeführten 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 acht Jahre verstrichen sind, sodass sein Nachlieferungsbegehren mangels Verfügbarkeit eines nacherfüllungstauglichen Neufahrzeugs wegen Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) ausgeschlossen ist.

[17] Ob der Kläger dagegen die von ihm hilfsweise begehrte Rückabwicklung des Kaufvertrags gemäß § 437 Nr. 2 Fall 1, § 434 I, §§ 440, 323 I, §§ 346, 348 BGB beanspruchen kann, lässt sich auf Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts, das sich – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – mit diesem Begehren nicht befasst hat, nicht abschließend beurteilen.

[18] 1. Entgegen der Auffassung der Revision ist die Klage allerdings zulässig. Insbesondere genügt der auf Nachlieferung eines Nachfolgemodells gerichtete Klageantrag – ebenso wie die darauf gemäß § 308 I 1, § 313 I Nr. 4 ZPO erfolgte Verurteilung durch das Berufungsgericht – den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 II Nr. 2 ZPO.

[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. 02.12.2015 – IV ZR 28/15, NJW 2016, 708 Rn. 8; Urt. v. 21.11.2017 – II ZR 180/15, NJW 2018, 1259 Rn. 8; Urt. v. 21.03.2018 – VII-I 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) Gemessen an diesen Grundsätzen ist der Antrag des Klägers, die Beklagte zur Nachlieferung eines „VW Tiguan Offroad 2.0 SCR 4MOTION mit einer Lackierung in Indiumgrau Metallic aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers und einem 190 PS starken Motor in der Serienausstattung des Fahrzeugs“ zu verurteilen, welchen er auf Anregung des Berufungsgerichts um im Einzelnen näher aufgeführte Ausstattungsmerkmale ergänzt hat, die das zu liefernde Ersatzfahrzeug „zumindest“ erfüllen müsse, hinreichend bestimmt und schafft insbesondere auch eine ausreichende Grundlage für eine etwaige Zwangsvollstreckung. Bei ihrer die Anforderungen an eine Bestimmtheit des Klageantrags überspannenden gegenteiligen Sichtweise, die sie letztlich darauf stützt, „für den Gerichtsvollzieher sei nicht erkennbar“, ob ein Fahrzeug die kleinteilig beschriebenen Mindestanforderungen erfülle, verkennt die Revision, dass sich im Rahmen der Zwangsvollstreckung ohne größere Schwierigkeiten beurteilen lässt, 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] Dabei kann dahinstehen, ob die Vollstreckung – wie die Revision meint – im Wege der Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher gemäß §§ 883 f. ZPO erfolgte (so OLG Köln, Urt. v. 02.04.2020 – 18 U 60/19, juris Rn. 74) oder – als Vornahme einer vertretbaren Handlung – durch Ersatzvornahme gemäß § 887 ZPO – etwa durch Bestellung eines entsprechenden Ersatzfahrzeugs durch den Kläger bei einem anderen Händler – durchzuführen wäre (so OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.05.2019 – 13 U 144/17, NJW-RR 2019, 869 Rn. 46). Denn in beiden Fällen ließe sich anhand des gestellten Antrags und des auf seiner Grundlage geschaffenen Titels bei der dem jeweiligen Vollstreckungsorgan obliegenden sachgerechten Auslegung des Urteils (vgl. zur gebotenen Auslegung auch BGH, Beschl. v. 08.07.2020 – XII ZB 334/19, NJW-RR 2020, 1137 Rn. 11 m. w. Nachw.) ohne Weiteres beurteilen, inwieweit der Vollstreckungsgegenstand der im Titel beschriebenen Sache entspricht. Dies gilt nicht zuletzt auch für die von der Revision für bedeutsam erachtete Frage, ob das Farbmerkmal „Titanschwarz“ auch durch die Farben „Anthrazit“ oder „Schwarz“ erfüllt werden könnte. Denn es kommt bei verständiger Würdigung nicht auf eine vollständige Identität von kleinteilig beschriebenen Ausstattungsmerkmalen an.

[22] Überdies hat der Kläger – was bei der Auslegung seines Klagebegehrens zu berücksichtigen ist (vgl. Senat, Urt. v. 21.03.2018 – VIII ZR 68/17, BGHZ 218, 139 Rn. 31; Urt. v. 06.06.2018 – VII-I ZR 247/17, NJW 2019, 58 Rn. 26; jeweils m. w. Nachw.) – bei der Ergänzung seines Antrags um weitere Angaben zu der Ausstattung des Ersatzfahrzeugs klargestellt, dass hiermit lediglich die von dem Hersteller und von der Beklagten selbst angegebene Serienausstattung des Nachfolgemodells näher beschrieben werde, um damit den Beanstandungen des Berufungsgerichts und der Beklagten bezüglich der unzureichenden Konkretisierung des begehrten Ersatzfahrzeugs zu begegnen.

[23] 2. Die Klage ist jedoch in Bezug auf den vom Kläger vorrangig gemäß § 437 Nr. 1, §§ 434 I, 439 I Fall 2 BGB geltend gemachten und vom Berufungsgericht allein geprüften Anspruch auf Nacherfüllung durch Lieferung eines mangelfreien Neufahrzugs sowie der damit verbundenen Nebenansprüche (Feststellung von Verzug/Annahmeverzug; Freistellung von außergerichtlichen Anwaltskosten) unbegründet.

[24] a) Allerdings ist das Berufungsgericht frei von Rechtsfehlern – und insoweit von der Revision nicht angegriffen – 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 ff. m. w. Nachw.).

[25] 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 (und nach wie vor ist), aufgrund derer die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Zulassungsbehörde bestand.

[26] (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.

[27] 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).

[28] 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).

[29] 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 II 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.

[30] 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 und werden von der Revision auch nicht geltend gemacht (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).

[31] (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).

[32] (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).

[33] 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. Diese Gefahr besteht nicht nur bei einer bereits erfolgten Umrüstungsanordnung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vorliegend nach § 25 II der Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbstständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge (EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung – EG-FGV) ergangen ist.

[34] Vielmehr liegt sie auch in den Fällen vor, in denen die zuständige EG-Typgenehmigungsbehörde eine entsprechende Maßnahme gegenüber dem Hersteller noch nicht gefordert bzw. 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 Veordnung (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).

[35] (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.).

[36] 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).

[37] bb) Da sich das Fahrzeug des Klägers somit bei Gefahrübergang und zum Zeitpunkt des Nacherfüllungsbegehrens (und auch des mit Klageerhebung hilfsweise erklärten Rücktritts) 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.).

[38] b) Die aufgrund der unzulässigen Abschalteinrichtung bestehende Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs führt aber 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 VW Tiguan ist ausgeschlossen, weil dieses unstreitig seit dem Jahr 2013 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 acht Jahre nach Kaufvertragsabschluss geltend gemacht hat, aber auch nicht Nacherfüllung durch Lieferung eines entsprechenden Fahrzeugmodells der zweiten Generation des VW Tiguan verlangen.

[39] aa) Im Ausgangspunkt hat das Berufungsgericht unter Zugrundelegung der einschlägigen Rechtsprechung des Senats allerdings zutreffend angenommen, dass allein aufgrund eines nach Vertragsschluss bzw. 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. Die hiergegen erhobenen Einwände der Revision greifen nicht durch.

[40] (1) Der Anspruch auf Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 I Fall 2 BGB) ist – entgegen der Auffassung der Revision – 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.

[41] (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.).

[42] 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.

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

[44] (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.

[45] (aa) Soweit die Revision demgegenüber meint, der Nachlieferungsanspruch könne sich schon deshalb (grundsätzlich) nicht auf ein Nachfolgemodell des ursprünglich veräußerten Kaufgegenstands (Neufahrzeug) erstrecken, 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 auch *Riehm,* ZIP 2019, 589, 590), übersieht sie, dass hiermit lediglich die Zielsetzung des Nacherfüllungsanspruchs nach der gesetzgeberischen Konzeption – nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten – in allgemeiner Form beschrieben wird (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). Dagegen wird hiermit keine Aussage zum Inhalt oder zum Umfang der Nacherfüllung im Einzelfall getroffen. Die Revision verstellt sich den Blick darauf, dass Gegenstand des Nacherfüllungsanspruchs – 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 ist (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).

[46] 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).

[47] (bb) Dementsprechend hat der Gerichtshof für den Geltungsbereich 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 oder Richtlinie), 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).

[48] 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.

[49] (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). Anders als die Revision meint, ist § 439 BGB vor diesem Hintergrund 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.

[50] (dd) Entgegen der Sichtweise der Revision führt 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, auch nicht dazu, dass die (wirtschaftlichen) Interessen des Verkäufers „vollständig ausgeblendet“ würden.

[51] (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 in der gemäß Art. 229 § 39 EGBGB bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung; im Folgenden: 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 – wie auch vorliegend – auf einen Fehler im Herstellungsprozess zurückzuführen ist (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 247).

[52] 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 Richtlinie, durch die ihm in Art. 3 III Unterabsatz 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eröffnete Möglichkeit, die Ersatzlieferung zu verweigern, sowie durch das in Art. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 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).

[53] (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.

[54] 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 grundsätzlich nur dann anzunehmen, wenn der Verbraucher sein Nachlieferungsbegehren innerhalb eines an die Länge der regelmäßigen kaufrechtlichen Verjährungsfrist (zwei Jahre – § 438 I Nr. 3 BGB) angelehnten Zeitraums – beginnend ab dem für die Willensbildung maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses – geltend macht.

[55] 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.).

[56] 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 (von der Revision gestreifte) 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. (§ 439 IV BGB n.F.) erheben könnte.

[57] 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, aus prozessökonomischer Sicht im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 439 III BGB a.F. (§ 439 IV BGB n.F.) 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).

[58] (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. Entgegen der Annahme der Revision ist nicht davon auszugehen, die Parteien eines Kaufvertrags über ein Neufahrzeug einer Modellgeneration hielten ein Fahrzeug aus der nächsten Baureihe aufgrund zahlreicher Unterschiede zwischen den Modellen grundsätzlich nicht für erfüllungstauglich.

[59] (a) Selbst wenn sich Nachfolgemodelle von ihren Vorgängern üblicherweise aufgrund von Ausstattungsmerkmalen und ihrer Marktbewertung deutlich unterscheiden sollten, wäre dies allein nicht ausschlaggebend, weil beim Kauf eines Neufahrzeugs mit der Produktion und dem Markteintritt eines Nachfolgemodells typischerweise zu rechnen ist. Den Parteien, 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).

[60] (b) Bei ihrer Annahme, die Parteien eines Neuwagengeschäfts einigten sich – generell und auch im vorliegenden Fall – hinsichtlich der wesentlichen Fahrzeugeigenschaften auf ein konkretisiertes Fahrzeug, vereinbarten hierfür einen bestimmten Kaufpreis und hielten deshalb kein hiervon abweichendes – besser ausgestattetes und/oder teureres oder aber schlechter ausgestattetes und/oder günstigeres Fahrzeug – für erfüllungstauglich, nimmt die Revision 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 ihre Sichtweise 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.).

[61] Der weitere Ansatz der Revision, die Leistungsmerkmale und Eigenschaften des ursprünglich erworbenen Fahrzeugs als – durch ein Nachfolgemodell nicht erfüllbare – Beschaffenheitsvereinbarungen i. S. des § 434 I 1 BGB zu werten, 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 Auffassung der Revision, einer interessengerechten Auslegung der Parteierklärungen stünden getroffene Beschaffenheitsvereinbarungen entgegen, kein Raum.

[62] (c) Soweit die Revision weiter geltend macht, die Käufer eines Neuwagens hätten aus der Sicht eines objektiven Empfängers kein Interesse an einer Nacherfüllung durch ein Nachfolgemodell, 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, stellt sie lediglich abstrakte Überlegungen an und berücksichtigt zudem 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 hat die Revision im Streitfall jedoch nicht ansatzweise aufgezeigt.

[63] (d) Die Auffassung der Revision, 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 b 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.

[64] (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.“)

entgegen der Auffassung der Revision nicht („im Umkehrschluss“), 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 auch *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 – was die Revisionserwiderung zutreffend geltend macht – 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.

[65] 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 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 von der Revision angeführten und im Rahmen einer interessengerechten Auslegung erkennbar relevanten Gesichtspunkt, dass der Kläger erstmals nach fast acht Jahren seit Kaufvertragsabschluss die Ersatzlieferung eines Nachfolgemodells verlangt hat, keine 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.

[66] Denn eine nach beiden Seiten hin interessengerechte Auslegung des Parteiwillens bei Vertragsschluss führt bei einem Verbrauchsgüterkauf dazu, 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 mangels Verfügbarkeit eines nacherfüllungstauglichen Neufahrzeugs wegen Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) im Ergebnis ausgeschlossen. Eine in der mündlichen Verhandlung von der Revisionserwiderung 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.

[67] (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.

[68] 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.

[69] Im Rahmen einer typisierenden Betrachtung ist dabei ein Zeitraum von zwei Jahren interessen- und sachgerecht, der – da der übereinstimmende Parteiwille zu diesem Zeitpunkt maßgebend ist – ab Vertragsschluss zu laufen beginnt. Einen vergleichbaren Zeitraum hat der Gesetzgeber – 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.) bzw. 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).

[70] (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).

[71] (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 VW Tiguan I Track & Field bereits seit dem Jahr 2013 nicht mehr hergestellt wird und dessen Nachfolgemodell, der VW Tiguan II Offroad, 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.).

[73] (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.

[74] Im Streitfall lagen zwischen dem Vertragsschluss am 20.04.2009 und dem erstmaligen Nachlieferungsverlangen des Klägers mit Schriftsatz vom 07.03.2017 fast acht 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]).

[75] (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.

[76] (aa) Dies gilt auch für den Umstand, dass die Beklagte gegenüber dem Kläger mit Schreiben vom 04.10.2016 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. Entsprechendes gilt für den Umstand, dass das Vorhandensein einer Abschalteinrichtung erst im Herbst 2015 öffentlich bekannt gemacht worden ist.

[77] (bb) Eine erweiterte Beschaffungspflicht ergibt sich entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung auch nicht aus Ziffer IV 6 Satz 1 der „Neuwagen-Verkaufsbedingungen“. Wie oben (unter 2 b 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.

[78] 3. Ob der Kläger aufgrund der Mangelhaftigkeit des von ihm erworbenen Fahrzeugs stattdessen – wie er in der Klageschrift hilfsweise beantragt hat – die Rückabwicklung des Kaufvertrags gemäß § 437 Nr. 2 Fall 1, § 434 I 2 Nr. 2, § 323 I, §§ 346, 348 BGB verlangen kann, lässt sich auf der Grundlage der bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen.

[79] a) Eine entsprechende Erklärung des Rücktritts (§ 349 BGB) durch den Kläger ist mit dem in der Klageschrift enthaltenen Hilfsantrag auf Rückzahlung des Kaufpreises, Zug um Zug gegen Rückgabe des mangelbehafteten Kraftfahrzeugs, erfolgt (vgl. Senat, Urt. v. 20.05.2009 – VIII ZR 247/06, NJW 2009, 2532 Rn. 14; Urt. v. 14.10.2020 – VIII ZR 318/19, NJW 2021, 464 Rn. 31 ff.; Beschl. v. 05.03.2019 – VIII ZR 190/18, NJW 2019, 1950 Rn. 24). Etwas anderes ergibt sich – entgegen der vom Landgericht geäußerten Bedenken – auch nicht daraus, dass der Kläger vorprozessual noch ausschließlich Nachlieferung eines mangelfreien Neufahrzeugs verlangt hatte und in der Klagebegründung ausgeführt hat, er „hätte“, sollte die Nachlieferung ausscheiden, „hilfsweise ein Recht, vom Kaufvertrag mit der Beklagten zurückzutreten“.

[80] Denn nach dem objektiven Empfängerhorizont konnte dies von der Beklagten – insbesondere mit Blick auf die damit verbundene Antragstellung – nur dahin gehend verstanden werden, dass der Kläger für den Fall des Nichtbestehens des vorrangig geltend gemachten Nachlieferungsanspruchs vom Kaufvertrag zurücktrat. Da der Kläger die Rücktrittserklärung erkennbar allein davon abhängig gemacht hat, dass das Gericht seinem Nacherfüllungsverlangen nicht entspricht, und damit das materielle Gestaltungsrecht lediglich unter eine sogenannte Gegenwartsbedingung gestellt hat, bei der der Eintritt der Gestaltungswirkung nicht von einem zukünftig ungewissen, sondern von einem objektiv bereits feststehenden, für den Erklärenden nur subjektiv ungewissen Ereignis abhängig ist, ist der Rücktritt nicht unter eine unzulässige Bedingung i. S. von § 158 BGB gestellt worden (vgl. zum Ganzen bereits Senat, Beschl. v. 05.03.2019 – VIII ZR 190/18, NJW 2019, 1950 Rn. 24 m. w. Nachw.).

[81] b) Voraussetzung des Rücktritts gemäß § 437 Nr. 2 Fall 1, §§ 434 I, 323 I BGB ist allerdings weiterhin, dass der Käufer dem Verkäufer nach Übergabe der mangelhaften Kaufsache zunächst eine angemessene Frist zur Nacherfüllung (§ 439 BGB) bestimmt hat. Eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung kommt nur in bestimmten Ausnahmefällen (§ 326 V, § 323 II, § 440 BGB) in Betracht.

[82] aa) Gemäß § 326 V BGB ist für einen Rücktritt eine vorherige Fristsetzung entbehrlich, wenn der Schuldner nach § 275 I BGB nicht zu leisten braucht. Letzteres ist vorliegend, jedenfalls ausgehend von den bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen, aber nur bezüglich der vom Kläger vorrangig geforderten Ersatzlieferung (§ 439 I Fall 2 BGB) der Fall, weil das ursprüngliche Fahrzeugmodell nicht mehr hergestellt wird und sich die Beschaffungspflicht der Beklagten nicht auch auf das inzwischen produzierte Nachfolgemodell erstreckt. Die Anwendung des § 326 V BGB setzt jedoch eine Unmöglichkeit beider Arten der Nacherfüllung, also auch die Unmöglichkeit einer Nachbesserung (§ 439 I Fall 1 BGB), voraus. Denn nur in diesem Fall ist „die Leistung“ i. S. von § 275 I BGB – hier die Erfüllung des Nacherfüllungsanspruchs in seinen beiden für den Käufer zur Wahl stehenden Alternativen – unmöglich und eine Fristsetzung deshalb entbehrlich (BT-Drs. 14/6040, S. 234; vgl. hierzu bereits Senat, Urt. v. 11.12.2019 – VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 39; Senat, Urt. v. 07.06.2006 – VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 Rn. 17; Urt. v. 10.10.2007 – VIII ZR 330/06, NJW 2008, 53 Rn. 23).

[83] bb) Soweit der Kläger eine Fristsetzung zur Nachbesserung für entbehrlich hält, weil durch das von der Beklagten angebotene Softwarupdate erhebliche Folgeschäden an dem von ihm erworbenen Fahrzeug drohten, sodass eine Nachbesserung ebenfalls unmöglich (§§ 275 I, 326 V BGB), jedenfalls aber ihm unzumutbar (§ 440 Satz 1 Fall 3 BGB) sei, fehlt es hierzu an den erforderlichen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts.

[84] So wird sich das Berufungsgericht bei der Beurteilung, ob beide Arten der Nacherfüllung, also auch eine Nachbesserung, unmöglich sind, zunächst damit zu befassen haben, ob eine Beseitigung des Mangels der unzulässigen Abschalteinrichtung vorliegend ausschließlich durch das von der Beklagten angebotene Softwareupdate möglich ist oder ob hierfür vielmehr auch andere Alternativen, etwa eine sogenannte Hardwarelösung (vgl. etwa OLG Brandenburg, Urt. v. 08.07.2020 – 4 U 221/19, juris Rn. 28; OLG Stuttgart, Urt. v. 02.04.2020 – 2 U 249/19, juris Rn. 43), in Betracht kommen könnten. Soweit es weiterhin allein auf das vom Fahrzeughersteller entwickelte Softwareupdate ankommen sollte – weil eine Entfernung der unzulässigen Abschalteinrichtung auf anderem Wege nicht möglich wäre oder aber die Beklagte andere Formen der Nachbesserung von vornherein (möglicherweise konkludent durch einen Verweis auf das Softwareupdate als allein in Betracht kommende Variante) verweigerte (vgl. § 323 II Nr. 1 BGB) –, bedürfte es weiterer Feststellungen zu den vom Kläger geäußerten Befürchtungen, dass das von der Beklagten angebotene Softwareupdate auf lange Sicht zu Folgeschäden in Form von nachteiligen Auswirkungen etwa hinsichtlich der Abgaswerte, des Kraftstoffverbrauchs, der Leistung oder der Lebensdauer des Fahrzeugs führen könne und überdies ein merkantiler Minderwert aufgrund der Betroffenheit vom sogenannten Abgasskandal verbleibe.

[85] Das diesbezügliche Vorbringen des Klägers hat das Berufungsgericht zu Recht als hinreichend substanziiert angesehen. Insbesondere durfte er sich dabei als Laie auf nur vermutete Tatsachen stützen, denn er kann mangels eigener Sachkunde und hinreichenden Einblicks in die Funktionsweise des Softwareupdates keine genaue Kenntnis von dessen konkreter (Aus-)Wirkung haben, weswegen er betreffend die von ihm befürchteten Folgeschäden letztlich auf Vermutungen angewiesen ist und diese naturgemäß nur auf entsprechende Anhaltspunkte stützen kann (vgl. BGH, Beschl. v. 28.01.2020 – VII-I ZR 57/19, NJW 2020, 1740 Rn. 7 ff. [Verfassungsbeschwerde hiergegen vom BVerfG mit Beschl. v. 16.04.2021 – 2 BvR 524/20 nicht angenommen]; Beschl. v. 26.03.2019 – VI ZR 163/17, VersR 2019, 835 Rn. 11 ff.; jeweils m. w. Nachw.).

[86] Insofern ist es ausreichend, dass der Kläger die von ihm befürchteten Folgewirkungen des Softwareupdates unter Bezugnahme auf vorgelegte (fachliche) Publikationen und auf Entscheidungen von Instanzgerichten ausführlich dargestellt hat. Soweit das Berufungsgericht überdies eine unzulässige Behauptung des Klägers „ins Blaue hinein“ auch deswegen verneint hat, weil ihm aus einer Vielzahl von Verfahren bekannt sei, dass auch in der Fachöffentlichkeit über noch ungeklärte Folgen des Updates diskutiert werde, kommt es im Hinblick auf den für sich genommen ausreichenden Vortrag des Klägers hierauf und folglich auch auf die von der Revision gegen eine unterbliebene Offenlegung dieser Kenntnis im Berufungsverfahren erhobene Rüge nicht an.

[87] Der von Beklagtenseite wiederholt hervorgehobene Umstand, dass in der Bescheinigung des Kraftfahrt-Bundesamts vom 21.07.2016 ausgeführt wird, „die ursprünglich vom Hersteller angegebenen Kraftstoffverbrauchswerte und $CO_2$-Emissionen wurden in Prüfungen durch einen technischen Dienst bestätigt“, und weiter angegeben wird, „die bisherige Motorleistung und das maximale Drehmoment blieben unverändert“, führt nicht zu erhöhten Substanziierungsanforderungen beim Kläger als Laien, zumal das Kraftfahrt-Bundesamt nicht offengelegt hat, auf welche Weise diese Erkenntnisse konkret gewonnen wurden. Allenfalls führt der Bescheid des Kraftfahrt-Bundesamts dazu, dass die Beklagte das Vorbringen des Klägers unter Berufung auf die Freigabebestätigung des Kraftfahrt-Bundesamts substanziiert bestreiten kann.

[88] Die Beklagte hat auch – anders als das Berufungsgericht wohl gemeint hat – im Streitfall die Behauptungen des Klägers zu Folgemängeln hinreichend in Abrede gestellt. Insoweit bedürfte es der Beweiserhebung, namentlich der Einholung des vom – insoweit beweisbelasteten (vgl. Senat, Urt. v. 11.02.2009 – VIII ZR 274/07, NJW 2009, 1341 Rn. 15 [zu § 440 BGB]; BeckOGK-BGB/*Herresthal,* Stand: 01.06.2019, § 326 Rn. 369; Staudinger/*Schwarze,* BGB, Neubearb. 2020, § 326 Rn. F 45) – Kläger angebotenen Sachverständigengutachtens zu den erwartbaren Folgen des Softwareupdates für sein Fahrzeug. Entgegen der – nicht näher begründeten – Annahme des Berufungsgerichts setzt die Erhebung des Sachverständigenbeweises auch nicht voraus, dass die Beklagte zuvor den „Quellcode“ der betreffenden Software offenlegt, damit der gerichtliche Sachverständige diesen und dessen Wirkungsweise untersuchen kann. Abgesehen davon, dass – worauf die Revision zu Recht hingewiesen hat – die Beklagte als Vertragshändlerin überhaupt keinen Zugriff auf derartige Informationen betreffend das vom Fahrzeughersteller entwickelte Softwareupdate haben dürfte, ist auch nicht ersichtlich, inwiefern derartige Informationen überhaupt notwendig sein könnten, um die entsprechenden sachverständigen Begutachtungen durchzuführen, da es – wie die Revision ebenfalls zutreffend geltend macht – bei den vom Kläger behaupteten Folgeschäden nicht (vorrangig) um die Wirkungsweise der Software im engeren Sinne, sondern vielmehr um deren Auswirkungen auf den Fahrzeugmotor geht.

[89] cc) Schließlich lässt sich die Unzumutbarkeit einer Nachbesserung i. S. von § 440 Satz 1 Fall 3 BGB und die daraus folgende Entbehrlichkeit einer Fristsetzung zur Nachbesserung auch nicht bereits damit begründen, dass es – wie der Kläger meint – aufgrund der durch den Fahrzeughersteller beim Inverkehrbringen des mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Fahrzeugs begangenen arglistigen Täuschung (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 23 ff.) zu einer „nachhaltigen Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten“ gekommen sei.

[90] Im Ausgangspunkt ist zwar zutreffend, dass zu den vom Tatrichter bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit i. S. von § 440 Satz 1 Fall 3 BGB zu berücksichtigenden Umständen des Einzelfalls neben Art und Ausmaß einer Beeinträchtigung der Interessen des Käufers auch die Zuverlässigkeit des Verkäufers und diesem vorzuwerfende Nebenpflichtverletzungen sowie ein dadurch möglicherweise gestörtes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zählen (Senat, Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 23; Urt. v. 15.04.2015 – VIII ZR 80/14, WM 2015, 1485 Rn. 22). Aber weder muss sich die Beklagte als Vertragshändlerin ein mögliches arglistiges Verhalten des Fahrzeugherstellers beim Inverkehrbringen des vom Kläger erworbenen Fahrzeugs zurechnen lassen (st. Rspr.; vgl. etwa Senat, Urt. v. 02.04.2014 – VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337 Rn. 31 m. w. Nachw.; Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 97; sowie zuletzt zum sog. Abgasskandal: Senat, Beschl. v. 09.06.2020 – VIII ZR 315/19, NJW 2020, 3312 Rn. 18) noch führt der vom Kläger hervorgehobene Umstand, dass die Erbringung der Nachbesserung letztlich durch den Fahrzeughersteller selbst bzw. durch die Installation des von diesem entwickelten Softwareupdates durchgeführt werden soll, im vorliegenden Fall dazu, dass dem Kläger eine solche Nachbesserung i. S. von § 440 Satz 1 Fall 3 BGB nicht zumutbar wäre.

[91] Denn dieser hat dadurch, dass er trotz des von ihm angeführten arglistigen Verhaltens des Herstellers bis zuletzt vorrangig die Ersatzlieferung eines Neufahrzeugs des besagten Fahrzeugherstellers verlangt hat, zu erkennen gegeben, dass er das Vertrauen in gerade diesen Hersteller trotz dessen arglistigen Handelns nicht verloren hat (vgl. BGH, Urt. v. 12.03.2010 – V ZR 147/09, NJW 2010, 1805 Rn. 10). Weshalb im Hinblick auf ein mögliches arglistiges Verhalten des Herstellers für den Käufer allein eine Nachbesserung durch ein von diesem nachträglich entwickeltes Softwareupdate, nicht aber durch eine Ersatzlieferung eines von ihm produzierten Nachfolgemodells unzumutbar sein soll, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

[92] Soweit der Kläger weiter geltend gemacht hat, eine Unzumutbarkeit der Nachbesserung ergebe sich auch daraus, dass das Vertrauensverhältnis zur Beklagten deswegen gestört sei, weil ein einfaches Softwareupdate „keinesfalls ausreichend sein könne, um die Mängel zu beheben“, könnte es sich dabei zwar gegebenenfalls um einen auch bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit i. S. von § 440 Satz 1 Fall 3 BGB zu berücksichtigenden Umstand handeln. Insoweit bedarf es aber, wie bereits ausgeführt, zunächst weiterer Feststellungen durch das Berufungsgericht.

[93] dd) Aus den vorstehend ausgeführten Gründen scheidet auf Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen schließlich auch eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 323 II Nr. 3 BGB aus.

[94] III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Da die Sache bezüglich des vorrangig vom Kläger geltend gemachten Nachlieferungsverlangens, der Feststellung des hierauf bezogenen Verzugs/Annahmeverzugs der Beklagten sowie der Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten entscheidungsreif ist, hat der Senat insoweit in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 III ZPO). Insoweit ist die Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Sache, da sie aus den ausgeführten Gründen nicht zur Endentscheidung reif ist, zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO).

**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.**