Ersatzlieferung eines höherwertigen Neuwagens nur gegen Zuzahlung – VW-Abgasskandal

1. **Verlangt der Käufer einer mangelhaften Sache, die nicht mehr hergestellt wird, die Lieferung eines mangelfreien Nachfolgemodells, 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 zu leistende Zuzahlung als austauschbar mit dem ursprünglich gelieferten Kaufgegenstand angesehen haben (Bestätigung von Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 56, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 118/20, juris Rn. 60; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 275/19, juris Rn. 57; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 357/20, juris Rn. 55).**

2. **Danach erscheint bei beiderseits interessengerechter Vertragsauslegung bei einem erheblichen Mehrwert des im Wege der Nachlieferung verlangten Nachfolgemodells eines nicht mehr hergestellten Fahrzeugs, der ab einem Anstieg des Listenpreises von einem Viertel anzunehmen ist, in der Regel eine Zuzahlung in Höhe eines Drittels dieser Differenz als angemessen. In Ausnahmefällen mag unter Berücksichtigung der vom Tatrichter umfassend zu würdigenden Umstände eine höhere Zuzahlung in Betracht kommen, die jedoch die Hälfte dieser Differenz nicht überschreiten darf (Fortentwicklung von Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 56, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 118/20, juris Rn. 60; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 275/19, juris Rn. 57; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 357/20, juris Rn. 55).**

3. **Beruft der Verkäufer sich auf die Einrede der Unverhältnismäßigkeit, muss er darlegen und erforderlichenfalls beweisen, dass die dem Käufer angebotene Nachbesserung den Kaufgegenstand in den geschuldeten vertragsgemäßen Zustand versetzt, insbesondere den vorhandenen Sachmangel vollständig, nachhaltig und fachgerecht beseitigt.**

4. **Dabei ist zugunsten des Verkäufers zu berücksichtigen, dass die Freiheit des Kaufgegenstands von (Folge-)Mängeln nach Vornahme einer noch ausstehenden Nachbesserung eine negative Tatsache darstellt und der Verkäufer diesen Negativbeweis nicht allumfassend und allgemein führen kann. Daher muss der Käufer nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast –**

im Rahmen des ihm (als technischen Laien) Zumutbaren – konkret vortragen, aus welchem Grund die als Nachbesserung angebotene Maßnahme nach seiner Auffassung nicht zu einem Zustand führt, der frei von (Folge-)Mängeln ist.

5. **Der Käufer darf sich dabei auch auf nur vermutete Tatsachen stützen, wenn er mangels eigener Sachkunde und hinreichenden Einblicks in komplexe technische Zusammenhänge – hier die Funktionsweise eines Softwareupdates zur Beseitigung einer unzulässigen Abschalteinrichtung (Prüfstanderkennungssoftware) – keine genaue Kenntnis von den Auswirkungen einer ihm angebotenen Nachbesserungsmaßnahme haben kann.**

BGH, Urteil vom 08.12.2021 – VIII ZR 190/19

Sachverhalt: Mit Kaufvertrag vom 13.06.2015 erwarb der Kläger von der Beklagten, einer nicht markengebundenen Kraftfahrzeughändlerin, für 19.910 € brutto ein aus dem EU-Ausland reimportiertes Fahrzeug der lediglich bis Juni 2015 gebauten dritten Generation des Modells VW Caddy 1.6 TDI. Der Kaufvertrag enthält nähere Angaben zur vereinbarten Ausstattung, zum Kraftstoffverbrauch und zur Abgasklasse (Euro 5).

Das dem Kläger am 16.06.2015 übergebene Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor der Baureihe EA189 ausgestattet, dessen Steuerungssoftware erkennt, ob das Fahrzeug auf einem technischen Prüfstand betrieben wird (Prüfstanderkennungssoftware). In diesem Fall bewirkt sie eine Verringerung des Stickoxid(NO_x)-Ausstoßes, indem sie in den „Modus 1“ schaltet. In diesem Modus ist die Abgasrückführungsrate höher als bei dem im normalen Fahrbetrieb aktivierten „Modus 0“.

Das Kraftfahrt-Bundesamt beanstandete die Motorsteuerungssoftware als unzulässige Abschalteinrichtung und ordnete einen Rückruf der betroffenen Fahrzeuge an. Mit Bescheid vom 03.11.2016 („Freigabe- und Unbedenklichkeitserklärung“) gab das Kraftfahrt-Bundesamt ein vom Fahrzeughersteller – auch für das vom Kläger erworbene Fahrzeugmodell – zur Beseitigung der Prüfstanderkennungssoftware entwickeltes Softwareupdate frei. Im Dezember 2016 informierte der Hersteller den Kläger, dass für sein Fahrzeug eine kostenfreie „Service-Maßnahme“ zur Verfügung stehe, und bat um eine Terminvereinbarung zu deren Umsetzung.

Der Kläger, der dies ablehnte, verlangte mit Anwaltsschreiben vom 08.05.2017, welches der Beklagten am Folgetag auf dem Postweg zuging, ihm einen mangelfreien und vertragsgemäßen Neuwagen zu liefern. Seit Juli 2015 wird statt des vom Kläger erworbenen Fahrzeugmodells das Nachfolgemodell VW Caddy IV hergestellt.

Mit der am 24.05.2017 eingegangenen Klage hat der Kläger begehrt, die Beklagte zu verurteilen, ihm „ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit gleichartiger und gleichwertiger technischer Ausstattung wie das Fahrzeug VW Caddy 1.6 TDI, Fahrzeug-Ident-Nr. …“, Zug um Zug gegen Rückübereignung des vorgenannten Fahrzeugs, zu liefern. Ferner hat der Kläger die Feststellung begehrt, dass die Beklagte mit der Rücknahme des von ihm erworbenen Fahrzeugs in Verzug ist, sowie die Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verlangt. Die Beklagte hat die Nachlieferung verweigert, weil diese gemessen an den Kosten einer Nachbesserung durch Installation des Softwareupdates unverhältnismäßig sei.

Die Klage hat in den Vorinstanzen keinen Erfolg gehabt. Auf die Revision des Klägers, der damit sein Klagebegehren weiterverfolgt hat, wurde das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen: [8] I. Das Berufungsgericht (OLG Braunschweig, Urt. v. 13.06.2019 – 7 U 289/18, DAR 2019, 517) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[9] Der Klageantrag zu 1, der auf die Nachlieferung eines mangelfreien fabrikneuen und typgleichen Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit gleichartiger und gleichwertiger technischer Ausstattung wie das vom Kläger erworbene Fahrzeug gerichtet sei, sei mangels hinreichender Bestimmtheit bereits unzulässig (§ 253 II Nr. 2 ZPO). Für die eventuelle Zwangsvollstreckung durch einen Gerichtsvollzieher bleibe unklar, was mit „gleichartiger und gleichwertiger technischer Ausstattung“ gemeint sei. Es könne nicht dem Vollstreckungsorgan überlassen bleiben, die Kriterien für eine ordnungsgemäße Erfüllung des vom Kläger im Jahr 2015 erworbenen Fahrzeugs zu ermitteln und diese mit den Ausstattungs- und Aufpreislisten des Herstellers für die aktuelle Fahrzeuggeneration zu vergleichen. Bei der gewählten Fassung des Klageantrags sei dies indes erforderlich. Abgesehen davon, dass das Kriterium der „technischen Ausstattung“ reine Komfortausstattungen, wie zum Beispiel eine bestimmte Farbe, nicht erfasse, lasse die gewählte Antragsfassung nicht erkennen, welche der zahlreichen technischen Details eines Fahrzeugs als „gleichartige und gleichwertige Ausstattung“ anzusehen seien. Dies ergebe sich auch nicht aus der im Klageantrag genannten Fahrzeug-Identifizierungsnummer.

[10] Jedenfalls habe das Landgericht die Klage bezüglich des Klageantrags zu 1 zu Recht als unbegründet abgewiesen. Ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte aus § 433 I 2, § 434 I 2 Nr. 2, Satz 3, § 437 Nr. 1, § 439 BGB sei nicht gegeben. Daraus folge zugleich die Unbegründetheit der Klageanträge zu 2 und 3 (Verzug der Beklagten mit der Rücknahme des vom Kläger erworbenen Fahrzeugs, Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten).

[11] Entgegen der Auffassung der Beklagten sei das Fahrzeug allerdings mit einem Sachmangel behaftet. Ein Kraftfahrzeug eigne sich grundsätzlich nur dann für die gewöhnliche Verwendung i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB, wenn es bei Gefahrübergang eine Beschaffenheit aufweise, die weder seine weitere Zulassung zum Straßenverkehr hindere noch ansonsten seine Gebrauchsfähigkeit aufhebe oder beeinträchtige. Daran fehle es, wenn – wie hier – die elektronische Steuerung des Motors den Prüfstandbetrieb erkenne und daraufhin die Abgasreinigungstechnik und -kontrolle vom normalen Ablauf („Modus 0“) in einen anderen Betriebsablauf („Modus 1“) umschalte. Dies bedeute, dass das Fahrzeug die der Zulassung und Schadstoffklasseneinordnung zugrundeliegenden Abgaswerte ausschließlich unter den Idealbedingungen des Prüfstandbetriebs erreiche, nie jedoch im praktischen Fahrbetrieb. Danach sei der vom Kläger erworbene Pkw als mangelhaft anzusehen, weil er entgegen Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgeliefert worden sei, die infolge des Risikos einer behördlichen Betriebsuntersagung oder -beschränkung dessen Eignung einschränke.

[12] Es komme nicht entscheidend darauf an, ob daneben auch das On-Board-Diagnosesystem mangelhaft sei. Denn es sei nur eine Fortwirkung des vorbezeichneten Mangels, dass das On-Board-Diagnosesystem naturgemäß auf die Motorsteuerung abgestimmt sei und deshalb die systemtypische Umschaltung zwischen Prüfstand- und Normalbetrieb nicht als Fehler melde.

[13] Mit dem Vorliegen eines Sachmangels sei dem Kläger zwar grundsätzlich der Weg des Nacherfüllungsverlangens gemäß § 437 Nr. 1, § 439 I BGB eröffnet. Ein Anspruch auf Neulieferung eines Fahrzeugs stehe dem Kläger jedoch zumindest unter dem Gesichtspunkt der Unverhältnismäßigkeit (§ 439 III BGB a.F.) nicht zu.

[14] Geschuldet sei laut Kaufvertrag ein Pkw VW Caddy III in der bis Juni 2015 gebauten Form mit einem 1,6-Liter-TDI-Motor mit 75 kW. Vergeblich berufe sich die Beklagte darauf, diese Version sei nicht mehr bestellbar, weil sie seit Juni 2015 nicht mehr produziert und stattdessen das Modell VW Caddy IV hergestellt werde. Den Verkäufer treffe die Verpflichtung zur Ersatzbeschaffung einer gleichartigen und gleichwertigen Sache, zumal gerade beim Kauf eines Neufahrzeugs mit dem Markteintritt eines Nachfolgemodells allgemein gerechnet werde.

[15] Gemäß § 439 I BGB komme als Nacherfüllung jedoch außer der vom Kläger begehrten Nachlieferung auch die Nachbesserung in Betracht. Entgegen der Ansicht des Klägers scheide die Nachbesserung durch ein Aufspielen des Softwareupdates (sowie das Anbringen eines Strömungsgleichrichters) nicht deshalb aus, weil sie ohne verbleibende Schäden nicht möglich und damit der zur Feststellung der Unverhältnismäßigkeit notwendige Vergleich zwischen den Kosten der begehrten Neulieferung und der Nachbesserung ausgeschlossen wäre.

[16] Soweit der Kläger das Vorhandensein einer mit dem Softwareupdate verbundenen anderen Abschalteinrichtung bei Außentemperaturen unter 15 °C und über 33 °C sowie oberhalb von 250 m Seehöhe behaupte, sei er den detaillierten Erklärungen der Beklagten, ein solches sogenanntes Thermofenster sei zum Schutz der „Bauteile“ erforderlich und die Höhenbeschränkung nicht vorhanden, nicht weiter entgegengetreten.

[17] Das Vorbringen des Klägers, das Softwareupdate führe zu stärker verstopften Abgasrückführungsventilen, einem Ruckeln, einem Leistungsverlust des Motors sowie zu einem höheren Kraftstoffverbrauch, sei nicht konkret genug. Dies gelte schon deshalb, weil durchaus unsicher sei, wie viel von den nur allgemein geäußerten Vermutungen des Klägers überhaupt auf den hier streitgegenständlichen Fahrzeugtyp zutreffe. Vor allem aber habe das Kraftfahrt-Bundesamt mit seiner Freigabeerklärung vom 03.11.2016 die dauerhafte Funktionsfähigkeit des Systems bescheinigt, ohne dass der Kläger dagegen konkrete Einwände erhoben habe.

[17] Soweit der Kläger konkret geltend mache, das Softwareupdate verursache eine massive Erhöhung des Dieselpartikelausstoßes, sodass der Dieselpartikelfilter leide, betreffe dies eine abgasreduzierende Einrichtung, die nach der Freigabeerklärung des Kraftfahrt-Bundesamtes aber hinsichtlich Funktion und Lebensdauer nicht zu beanstanden sei. Soweit der Kläger allgemein eine geringere Lebensdauer des Motors beanstande, trage er angesichts des Bestreitens der Beklagten in keiner Weise vor, welche Teile außerhalb des Abgasreinigungssystems konkret davon voraussichtlich betroffen seien.

[18] Ohne Substanz behaupte der Kläger einen auch nach der Installation des Softwareupdates (und des Strömungsgleichrichters) verbleibenden Minderwert des Fahrzeugs. Zum einen könne – anders als bei einem reparierten Unfallfahrzeug – nach Vornahme der vom Kraftfahrt-Bundesamt angeordneten Maßnahme von einem merkantilen Minderwert nicht die Rede sein. Im Übrigen sei der Markt für Gebrauchtfahrzeuge derart transparent, dass dem Kläger der Vortrag eines konkret bezifferten Minderwerts zumutbar sei.

[19] Im Hinblick darauf, dass auch eine Nachbesserung möglich sei, bestehe gemäß § 439 III BGB a.F. kein Anspruch auf Neulieferung. Denn letztere sei nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich (relative Unverhältnismäßigkeit). Für die Frage der relativen Unverhältnismäßigkeit seien die Kosten der Nacherfüllung der verlangten Art mit der anderen möglichen Art zu vergleichen. Insoweit sei von dem Verkaufswert der Sache in mangelfreiem Zustand auszugehen und dieser mit den Kosten einer Nachbesserung zu vergleichen. Von Bedeutung seien ferner die Auswirkungen des Mangels für den Käufer und etwaige Nachteile bei der anderen Art der Nacherfüllung.

[20] Hier behaupte die Beklagte Beschaffungskosten eines gleichwertig ausgestatteten Modells VW Caddy IV mit 75-kW-Motor von 27.536,60 €. Davon abzuziehen sei der bei der Beklagten verbleibende Wert des vom Kläger zurückzugebenden Fahrzeugs, den sie mit 11.178 € errechnet habe. Dem habe der Kläger nichts von Substanz entgegengehalten. Selbst nach seiner Berechnung habe die Beklagte 11.849,10 € für die Nachlieferung aufzuwenden.

[21] Dies stehe in keinem Verhältnis zu den Umrüstkosten von rund 100 €, die für das Aufspielen des Updates (nebst Montage des Strömungsgitters) anfielen und dem Kunden nicht in Rechnung gestellt würden. Die Kosten für die Entwicklung des Softwareupdates seien nicht hinzuzurechnen, zumal diese Kosten nicht der Beklagten, sondern dem Hersteller entstanden seien. Ungeachtet dessen habe die Beklagte die Kosten der Umrüstung mit umgerechnet lediglich 7 € pro Einzelfahrzeug beziffert. Selbst unter Berücksichtigung der Entwicklungskosten für das Softwareupdate erhöhe sich der Gesamtaufwand insgesamt umgerechnet auf lediglich 74,97 € brutto pro Fahrzeug. Der Kläger habe hingegen nur pauschal Nachbesserungskosten von 4.000 bis 5.000 € pro Fahrzeug behauptet. Im Vergleich zu maximal 100 € Nachbesserungskosten wäre die Neulieferung für die Beklagte mit 11.849,10 € somit um mehr als das 117-fache teurer und damit unverhältnismäßig.

[22] Die Bedeutung des Mangels rechtfertige im gegebenen Fall eine andere Bewertung nicht. Die Gefahr einer Stilllegung des vom Kläger erworbenen Fahrzeugs habe jedenfalls zur Zeit der Geltendmachung des Anspruchs gegenüber der Beklagten mit Schreiben vom 08.05.2017 nicht mehr bestanden, nachdem die vom Hersteller entwickelten Abhilfemaßnahmen vom Kraftfahrt-Bundesamt genehmigt und dem Kläger vom Hersteller des Fahrzeugs angeboten worden seien. Es könne auch nicht außer Betracht bleiben, dass der Kläger das Fahrzeug seit dem Erwerb unstreitig uneingeschränkt nutzen könne und tatsächlich nutze.

[23] II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung, der Klageantrag zu 1 sei mangels hinreichender Bestimmtheit unzulässig (§ 253 II Nr. 2 ZPO), jedenfalls aber sei die Klage unbegründet, weil die Beklagte sich auf die Einrede der Unverhältnismäßigkeit berufen könne (§ 439 III BGB a.F.), kann ein Anspruch des Klägers auf Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache gemäß § 437 Nr. 1, § 434 I 2 Nr. 2, § 439 I Fall 2 BGB nicht verneint werden.

[24] 1. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht die Klage bereits als unzulässig angesehen, weil der auf die Lieferung eines Nachfolgemodells gerichtete Klageantrag zu 1 den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 II Nr. 2 ZPO nicht genüge.

[25] a) Das Bestimmtheitsgebot des § 253 II Nr. 2 ZPO dient dazu, den Streitgegenstand abzugrenzen und zugleich die Grundlage für eine etwa erforderliche Zwangsvollstreckung zu schaffen. Daran gemessen ist ein Klageantrag 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 Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt (st. Rspr.; s. BGH, Urt. v. 21.03.2018 – VIII ZR 68/17, BGHZ 218, 139 Rn. 15; Urt. v. 09.03.2021 – VI ZR 73/20, NJW 2021, 1756 Rn. 15; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 19, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 118/20, juris Rn. 24; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 357/20, juris Rn. 17; Urt. v. 21.07.2021 – VII-I ZR 275/19, juris Rn. 19; jeweils m. w. Nachw.).

[26] b) Diesen Anforderungen wird der Klageantrag zu 1 gerecht.

[27] aa) Dabei kann hier dahinstehen, ob die Vollstreckung – wovon das Berufungsgericht ausgegangen ist – 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, der unter Berücksichtigung der Klagebegründung auszulegen ist, und des auf seiner Grundlage geschaffenen Titels bei der dem jeweiligen Vollstreckungsorgan obliegenden sachgerechten Auslegung des Urteils (vgl. zur gebotenen Auslegung BGH, Beschl. v. 08.07.2020 – XI-I ZB 334/19, NJW-RR 2020, 1137 Rn. 11 m. w. Nachw.) ohne Weiteres beurteilen, inwieweit der Vollstreckungsgegenstand der im Titel beschriebenen Sache entspricht.

[28] bb) Das Berufungsgericht hat insoweit – wie die Revision mit Recht rügt – übersehen, dass der Inhalt und die Reichweite des Klagebegehrens nicht nur durch den Wortlaut des gestellten Klageantrags bestimmt wird; vielmehr ist dieser unter Berücksichtigung der Klagebegründung auszulegen (st. Rspr.; BGH, Urt. v. 21.03.2018 – VIII ZR 68/17, BGHZ 218, 139 Rn. 31; Urt. v. 21.06.2016 – II ZR 305/14, WM 2016, 1599 Rn. 12; Urt. v. 21.02.2012 – X ZR 111/09, NJW-RR 2012, 872 Rn. 23; Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 39; jeweils m. w. Nachw.; s. auch Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VII-I ZR 357/20, juris Rn. 18 [markierter Prospektauszug]; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 20.05.2020 – 17 U 328/19, juris Rn. 62 [in der Fahrzeugrechnung dokumentierte Konfiguration]).

[29] (1) Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts ist der Inhalt des Kaufvertrags Gegenstand der Klagebegründung. Dort ist unter der Überschrift „Volkswagen Caddy 1.6 TDI, 105 PS, 7 Sitzer/□PDC/□BC/□Climatr." Folgendes vereinbart:

> „Aufbau: Van/□Kleinbus, Leistung: 75□KW, Fahrgestell-Nummer: [...], Farbe: schwarz met., Getriebe: manuell 5 Gang, Hubraum: 1598 ccm, Treibstoff: Diesel, Anhängerkupplung: nein [...]."

[30] In der Rubrik „Ausstattung" ist angegeben:

> „4 Airbags, 5 Türen, ABS, Außentemperatur, Bordcomputer, Dachreling, ESP, elekr. Fenster, elektr. Spiegel, fahrbereit, Frontantrieb, HU/□AU neu, Klimaautomatik, Lederlenkrad, metallic, Mittelarmlehne, PDC hi, Partikelfilter, Radio CD, Schiebetür, Servolenkung, Traktionskontrolle, Wegfahrsperre, ZV mit FB; mp3-fähig".

[31] (2) Aus der von den Parteien vereinbarten Ausstattung des gekauften Pkw kann – da der Kläger ein gleichartiges und gleichwertiges Ersatzfahrzeug begehrt – mit hinreichender Bestimmtheit auf die erforderliche Ausstattung des gegebenenfalls nachzuliefernden Pkw aus der aktuellen Serienproduktion geschlossen werden. Soweit Abkürzungen von Ausstattungsmerkmalen verwendet werden, sind diese allgemein gebräuchlich; auch die Revisionserwiderung beanstandet dies nicht.

[32] Der von der Revisionserwiderung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgebrachte Gesichtspunkt, das Nachfolgemodell werde mit verschiedenen Leistungsstärken (ab 55 kW) angeboten, steht der Bestimmtheit des Klageantrags zu 1 – auch vor dem Hintergrund der Schriftsätze des Klägers – ebenfalls nicht entgegen. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass der Kläger in seiner Replik vom 05.01.2018 – wie die Revision in der mündlichen Verhandlung zu Recht geltend gemacht hat – vorgetragen hat, dass das Nachfolgemodell auch mit 75 kW angeboten wird. Damit ist der von der Revisionserwiderung angeführte Umstand, dass der Kläger in der Klageschrift zunächst noch vorgetragen hat, die PS-Zahl habe sich verändert, nicht geeignet, die Unbestimmtheit des Klageantrags zu 1 zu begründen. Überdies war die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in der Lage, die Anforderungen an die Konfiguration eines gleichartig und gleichwertig ausgestatteten Fahrzeugs mit einem 75-kW-Motor zu bestimmen. Denn sie hat sich nicht gehindert gesehen, die Beschaffungskosten für ein solches Fahrzeug präzise vorzutragen. Soweit das Berufungsgericht schließlich gemeint hat, von dem Kriterium der „technischen" Ausstattung seien reine Komfortmerkmale, wie eine bestimmte Farbe, nicht erfasst, übersieht es, dass die Farbe ausdrücklich im Kaufvertrag vereinbart ist.

[33] 2. Infolgedessen lässt sich die Zurückweisung der Berufung mit der Begründung, der auf die Nachlieferung eines Fahrzeugs aus der aktuellen Fahrzeuggeneration gerichtete Klageantrag zu 1 sei mangels hinreichender Bestimmtheit unzulässig, nicht aufrechterhalten. Ebenfalls zu Unrecht hat das Berufungsgericht insoweit in einer Hilfsbegründung angenommen, die Klage sei jedenfalls unbegründet. Denn wenn das Berufungsgericht – wie hier – die Klage als unzulässig ansieht, darf es sie nicht daneben oder stattdessen als unbegründet abweisen. Die Ausführungen zur fehlenden Begründetheit gelten in seinem solchen Fall als nicht geschrieben (BGH, Urt. v. 04.05.2018 – V ZR 266/16, NJW-RR 2018, 974 Rn. 15; Urt. v. 03.07.2009 – V ZR 58/06, juris Rn. 11; Urt. v. 26.01.2006 – IX ZR 282/03, ZInsO 2006, 260, 261; Beschl. v. 28.01.2014 – VI ZR 248/13, juris Rn. 10). Das Berufungsurteil ist daher – soweit der Klageantrag zu 1 betroffen ist – ohne Befassung mit der Begründetheit des Antrags aufzuheben (§ 562 I ZPO). Die Sache ist, da sie nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO), damit es über die Begründetheit des Klageantrags zu 1 entscheiden und die hierzu erforderlichen Feststellungen treffen kann.

[34] Soweit das Berufungsgericht die Klageanträge zu 2 und 3 (Feststellung des Verzugs der Beklagten mit der Rücknahme des Fahrzeugs und Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten des Klägers) als unbegründet angesehen hat, kann mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung das Bestehen solcher Ansprüche (§ 293 BGB; §§ 257, 280 I, II, 286 I, 288 IV, § 439 II BGB) nicht verneint werden. Die Begründetheit dieser Ansprüche hängt – wie das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend erkannt hat – davon ab, ob der Kläger, wie er auch mit dem Klageantrag zu 1 geltend gemacht hat, die Ersatzlieferung des Nachfolgemodells VW Caddy IV verlangen kann. Das Berufungsgericht hat sich jedoch insoweit nicht mit allen sich stellenden Rechtsfragen befasst und die von ihm erörterten rechtlichen Aspekte teilweise rechtsfehlerhaft bewertet.

[35] Noch zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass das vom Kläger erworbene Fahrzeug bei Übergabe am 16. Juni 2015 mit einem Sachmangel behaftet war (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB; dazu im Folgenden unter a). Auch die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Nachlieferung eines gleichartigen und gleichwertigen Nachfolgemodells stehe grundsätzlich nicht entgegen, dass das vom Kläger erworbene Fahrzeugmodell der dritten Generation im maßgeblichen Zeitpunkt des Zugangs des Nachlieferungsverlangens nicht mehr hergestellt wurde (§ 275 I BGB), ist – entgegen der Revisionserwiderung – im Ausgangspunkt frei von revisionsrechtlich beachtlichen Rechtsfehlern. Jedoch lässt sich auf der Grundlage der vom Berufungsgericht bisher getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen, ob bei beiderseits interessengerechter Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) das begehrte Nachfolgemodell der vierten Generation aufgrund eines erheblichen Mehrwerts nur gegen eine angemessene Zuzahlung von der vertraglichen Beschaffungspflicht der Beklagten umfasst ist (dazu im Folgenden unter b). Zudem ist die Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei aufgrund der von ihr erhobenen Einrede der Unverhältnismäßigkeit (§ 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.]; nunmehr § 439 IV BGB) berechtigt, die Ersatzlieferung eines Neufahrzeugs wegen Unverhältnismäßigkeit der damit – im Vergleich zur Nachbesserung durch das vom Fahrzeughersteller angebotene Softwareupdate – verbundenen Kosten zu verweigern, mit den im Rahmen des § 439 III BGB a.F. maßgeblichen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast nicht zu vereinbaren (dazu im Folgenden unter c).

[36] a) Frei von Rechtsmängeln hat das Berufungsgericht festgestellt, das von der Beklagten gelieferte Fahrzeug sei mangelbehaftet, weil es zur Zeit des Gefahrübergangs bei Auslieferung am 16.06.2015 sowie bei Zugang des Gewährleistungsbegehrens vom 08.05.2017 (zur Maßgeblichkeit beider Zeitpunkte: Senat, Urt. v. 27.05.2020 – VIII ZR 315/18, BGHZ 226, 1 Rn. 42 f.) mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung in Gestalt einer Prüfstanderkennungssoftware ausgestattet war (und noch ist). Gemäß § 434 I 2 Nr. 2 BGB 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. 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. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 35, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urt. v. 26.04.2017 – VIII ZR 80/16, NJW 2017, 2817 Rn. 18; Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 15 f.).

[37] Danach fehlt dem Fahrzeug des Klägers die Eignung für die gewöhnliche Verwendung i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB, weil es bei der Übergabe mit einer – den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduzierenden – Abschalteinrichtung i. S. von Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2007 über die Typgenehmigung von Fahrzeugen 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) versehen war, die gemäß Art. 5 II 1 der Verordnung unzulässig ist (zur Unzulässigkeit der Prüfstanderkennungssoftware: EuGH, Urt. v. 17.12.2020 – C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 = NJW 2021, 1216 Rn. 59 ff., 68, 93 – CLCV). Denn in einem solchen Fall besteht die latente Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Behörde, sodass der weitere (ungestörte) Betrieb des Fahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr nicht mehr gewährleistet ist. Dies gilt unabhängig davon, ob die im jeweiligen Einzelfall zuständige Zulassungsbehörde bereits eine entsprechende Betriebsuntersagung nach § 5 I der Verordnung über die Zulassung von Fahrzeugen zum Straßenverkehr (Fahrzeug-Zulassungsverordnung – FZV) ausgesprochen hat. 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 (ausführlich: Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 35 ff, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 118/20, juris Rn. 38 ff.; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 357/20, juris Rn. 31 ff.; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 275/19, juris Rn. 33 ff.; s. auch Senat, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 6 ff., 21 ff.).

[38] b) Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts lässt sich allerdings unter den im Streitfall gegebenen Umständen nicht abschließend beurteilen, ob dem Kläger der geltend gemachte Anspruch auf Nacherfüllung durch Lieferung eines mangelhaften Neufahrzeugs uneingeschränkt oder unter den hier gegebenen Umständen aufgrund einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung der auf den Abschluss des Kaufvertrags gerichteten Willenserklärungen der Parteien (§§ 133, 157 BGB) nur gegen eine angemessene Zuzahlung zusteht.

[39] aa) Im Ausgangspunkt noch zutreffend hat das Berufungsgericht unter Zugrundelegung der einschlägigen Rechtsprechung des Senats angenommen, dass allein aufgrund einer nach Vertragsschluss beziehungsweise nach Übergabe erfolgten Einführung eines Nachfolgemodells 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 wegen Unmöglichkeit der Leistung ausgeschlossen ist. Die hiergegen erhobenen Einwände der Revisionserwiderung greifen aus den Gründen, die der Senat in seinen Urteilen vom 21.07.2021 eingehend ausgeführt hat, nicht durch (Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VII-I ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 35 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 118/20, juris Rn. 42 ff.; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 275/19, juris Rn. 39 ff.; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 357/20, juris Rn. 37 ff.).

[40] bb) Soweit die Revisionserwiderung geltend macht, der Kläger habe ein reimportiertes Fahrzeug erworben und verlange nunmehr die Lieferung eines „fabrikneuen“ (wohl für den deutschen Markt produzierten) Nachfolgemodells, steht dies der Beschaffungspflicht der Beklagten ebenfalls grundsätzlich nicht entgegen. Denn das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, dass es sich bei dem erworbenen Fahrzeug allein aufgrund des Reimports nicht um ein Neufahrzeug handelt. Übergangenen Sachvortrag zeigt die Revisionserwiderung nicht auf.

[41] cc) Ohne Erfolg beanstandet die Revisionserwiderung weiter, dem Nachlieferungsbegehren stehe unter den hier gegebenen Umständen bereits entgegen, dass der Kläger am 13.06.2015 bewusst ein Auslaufmodell erworben habe, weil die dritte Modellgeneration des VW Caddy nur bis Juni 2015 gebaut worden und im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses das Nachfolgemodell bereits bestellbar gewesen sei.

[42] (1) Allerdings kann es unter den jeweiligen, vom Tatrichter zu würdigenden Umständen des Einzelfalls in Betracht kommen, dass eine Beschaffungspflicht des Verkäufers ausscheidet, wenn beim Erwerb des ursprünglich gelieferten Fahrzeugs die Markteinführung des Nachfolgemodells unmittelbar bevorstand, es sich also um ein sogenanntes Auslaufmodell gehandelt haben könnte, welches der Käufer (möglicherweise) aus preislichen Erwägungen bewusst anstelle eines bereits angekündigten Nachfolgemodells erwirbt (vgl. Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 118/20, juris Rn. 79; in einem solchen Fall eine Erstreckung der Beschaffungspflicht auf das Nachfolgemodell verneinend etwa OLG Koblenz, Urt. v. 09.09.2019 – 12 U 773/18, VersR 2020, 171, 174 [Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch Senat, Beschl. v. 06.07.2020 – VIII ZR 274/19, n. v.]; OLG München, Urt. v. 17.12.2020 – 24 U 212/19, n. v. [EU-Reimport; Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch Senat, Beschl. v. 03.08.2021 – VIII ZR 14/21, n. v.]; OLG München, Urt. v. 16.01.2020 – 1 U 1004/18, BeckRS 2020, 23052 Rn. 21; anders hingegen OLG Stuttgart, Urt. v. 29.07.2019 – 5 U 45/18, WM 2019, 2085 Rn. 43).

[43] (2) Diese Grundsätze kommen hier jedoch nicht zum Tragen. Denn im gegebenen Fall hat das Berufungsgericht zwar festgestellt, dass das vom Kläger erworbene Modell seit Juni 2015 – dem Monat, in dem auch der Kaufvertrag geschlossen wurde – nicht mehr produziert wird. Es hat jedoch keine Feststellungen zu den Gründen, aus denen der Kläger das nur noch bis Juni 2015 produzierte Modell VW Caddy III erworben hat, getroffen. In den Vorinstanzen etwa übergangenen Sachvortrag der Beklagten zeigt die Revisionserwiderung erneut nicht auf. Sie macht lediglich unzutreffend geltend, es handele sich hierbei nicht um Tatsachen, sondern um eine (naheliegende) Schlussfolgerung.

[44] dd) Auch ist das am 08.05.2017 geltend gemachte Nachlieferungsbegehren des Klägers, welches der Beklagten am Folgetag auf dem Postweg zugegangen ist, nicht deshalb ausgeschlossen, weil es erst rund 23 Monate nach Kaufvertragsabschluss am 13.06.2015 erhoben worden ist.

[45] Allerdings führt, wie der Senat entschieden hat, eine nach beiden Seiten hin interessengerechte Auslegung des Parteiwillens bei Vertragsschluss im Fall eines Verbrauchsgüterkaufs dazu, dass die von einem Verkäufer übernommene Beschaffungspflicht bezüglich eines neuwertigen Nachfolgemodells zeitlich 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. 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 beiderseits interessengerechten Auslegung der Willenserklärungen der Parteien eines Verbrauchsgüterkaufvertrags – vor allem beim Kauf von Neufahrzeugen, 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 (Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 54, 65 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 118/20, juris Rn. 58, 69 ff.; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 275/19, juris Rn. 55, 66 ff.; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 357/20, juris Rn. 53, 64 ff.). Die vorgenannte zeitliche Grenze ist hier indes nicht überschritten.

[46] ee) Jedoch ist nach dem bisherigen Sach- und Streitstand nicht auszuschließen, dass die Beschaffungspflicht der Beklagten in anderer Weise eingeschränkt sein könnte.

[47] (1) Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts lässt sich bei interessengerechter Auslegung der auf den Abschluss des Kaufvertrags gerichteten Willenserklärungen der Parteien (§§ 133, 157 BGB) nicht ausschließen, dass das vom Kläger begehrte Nachfolgemodell der vierten Fahrzeuggeneration des VW Caddy einen erheblichen Mehrwert gegenüber dem vom Kläger erworbenen Modell der dritten Fahrzeuggeneration aufweist.

[48] Wie der Senat in seinen Urteilen vom 21.07.2021 ausgesprochen hat (Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 56, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 118/20, juris Rn. 60; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 275/19, juris Rn. 57; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 357/20, juris Rn. 55), kann bei einem Verbrauchsgüterkauf unabhängig von der Berücksichtigung der – hier gewahrten – zeitlichen Grenze der Beschaffungspflicht im Rahmen der nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung der zum Vertragsschluss führenden Willenserklärungen bei einem erheblichen Mehrwert der Ersatzsache Anlass zu der Prüfung bestehen, ob die Parteien bei Vertragsschluss die Ersatzlieferung eines Nachfolgemodells (insbesondere bei Fahrzeugen) übereinstimmend nur gegen eine angemessene 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, ECLI:EU:C:2011:396 = Slg. 2011, I-5257 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, 1590 [zur Kostenbeteiligung des Bestellers bei einer über den Stand der Technik bei Vertragsschluss hinausgehenden werkvertraglichen Nacherfüllung). Entgegen der Ansicht der Revision steht dabei allerdings nicht die Auslegung von Unionsrecht in Frage, sondern der Gesichtspunkt, welchen Willen die Vertragsparteien bei Vertragsschluss bei beiderseits interessengerechter Auslegung gebildet haben (Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 66 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 118/20, juris Rn. 69; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 275/19, juris Rn. 68, 66 ff.; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 357/20, juris Rn. 66).

[49] Falls eine danach vom Käufer angebotene, vom Verkäufer aber höher angesetzte 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.

[50] (2) In seinen vorgenannten Urteilen vom 21.07.2021 (Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 66 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 118/20, juris Rn. 69; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 275/19, juris Rn. 68, 66 ff.; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 357/20, juris Rn. 66) hat der Senat mangels Entscheidungserheblichkeit offenlassen können, unter welchen tatsächlichen Voraussetzungen eine solche Zuzahlung in Betracht kommt, insbesondere anhand welchen Maßstabs der Wertunterschied zu bestimmen, ab welcher Grenze er als erheblich zu beurteilen und unter welchen Voraussetzungen eine gegebenenfalls in Betracht kommende Zuzahlung als angemessen zu bewerten ist.

[51] (a) Nach dem wohlverstandenen Interesse der Parteien ist insoweit nicht anzunehmen, dass sie den Wertunterschied zwischen dem erworbenen Fahrzeug und dem im Wege der Nachlieferung begehrten Nachfolgemodell anhand kleinteiliger und zudem ohne Einholung eines aufwendigen Sachverständigengutachtens auch kaum festzustellender Umstände, wie etwa den Produktionskosten der betreffenden Fahrzeuge oder den auf verbesserte Ausstattung des Nachfolgemodells zurückzuführenden Mehrwert, bemessen hätten. Ebenso wenig erscheint die Orientierung an einem einzelfallabhängigen Vergleichsmaßstab interessengerecht, wie etwa dem letztlich auch vom jeweiligen Verhandlungsgeschick abhängenden Einkaufs- oder Verkaufspreis der betreffenden Fahrzeuge.

[52] Vielmehr ist im Grundsatz eine generalisierende Betrachtungsweise geboten, wonach der Wertunterschied typisiert anhand des in der Regel unschwer und objektiv festzustellenden Listenpreises der jeweiligen Fahrzeuge bestimmt wird.

[53] Insoweit kommt es bei dem vom Käufer erworbenen mangelhaften Fahrzeug auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an, bei dem vom Käufer begehrten Nachfolgemodell auf den Zeitpunkt des Zugangs des Nachlieferungsverlangens. Bei der gebotenen generalisierenden, vom Einzelfall regelmäßig losgelösten Betrachtungsweise kann regelmäßig erst ab einem Anstieg des Listenpreises von einem Viertel zwischen dem Abschluss des Kaufvertrags und dem Nachlieferungsverlangen von einem erheblichen Mehrwert ausgegangen werden. Darunter kommt eine Zuzahlung nicht in Betracht. Ist die genannte Differenz erreicht, ist bei beiderseits interessengerechter Vertragsauslegung nicht die gesamte Differenz, sondern nur ein Teil hiervon vom Käufer im Wege der Zuzahlung auszugleichen.

[54] (b) Bei der dem Tatrichter obliegenden Bemessung der Höhe des zuzuzahlenden Betrags ist dabei zu berücksichtigen, dass dieser den Nacherfüllungsanspruch des Käufers nicht aushöhlen darf (vgl. EuGH, Urt. v. 16.06.2011 – C-65/09 und C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 = Slg. 2011, I-5257 Rn. 76 – Gebr. Weber und Putz; Senat, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rn. 35 [jeweils zum Recht des Käufers auf Erstattung von Aus- und Einbaukosten]). Die Zuzahlung soll vielmehr einem erheblichen Mehrwert des Nachfolgemodells in einer Höhe Rechnung tragen, welche bei beiderseits interessengerechter Vertragsauslegung angemessen ist. Sie hat nicht die Aufgabe, den Verkäufer von jeglicher mit der Nacherfüllung einhergehenden wirtschaftlichen Belastung zu befreien. Die mit dem Vertragsabschluss vom Verkäufer für den Fall der Mangelhaftigkeit der Kaufsache übernommene Beschaffungspflicht kann vielmehr – je nach Parteiwillen – durchaus zu einer zusätzlichen wirtschaftlichen Belastung des Verkäufers führen (vgl. Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 44, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 118/20, juris Rn. 48; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 275/19, juris Rn. 45; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 357/20, juris Rn. 43). Danach erscheint bei beiderseits interessengerechter Vertragsauslegung bei einem erheblichen Mehrwert des im Wege der Nachlieferung verlangten Nachfolgemodells des Fahrzeugs, der ab einem Anstieg des Listenpreises von einem Viertel anzunehmen ist, in der Regel eine Zuzahlung in Höhe eines Drittels dieser Differenz als angemessen. In Ausnahmefällen mag unter Berücksichtigung der vom Tatrichter umfassend zu würdigenden Umstände allerdings eine höhere Zuzahlung in Betracht kommen, die jedoch die Hälfte dieser Differenz nicht überschreiten darf.

[55] (c) Die Darlegungs- und Beweislast für einen erheblichen Mehrwert des Nachfolgemodells und eine hieraus folgende Obliegenheit des Käufers zur Zuzahlung trägt der Verkäufer. Beansprucht er eine Zuzahlung, so hat er einen erheblich erhöhten Listenpreis des Nachfolgemodells darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen. Dies entspricht den Anforderungen an den für die Unmöglichkeit gemäß § 275 I BGB darlegungspflichtigen Schuldners (vgl. BGH, Urt. v. 10.10.2012 – XII ZR 117/10, BGHZ 195, 50 Rn. 53; s. auch BGH, Urt. v. 21.05.2010 – V ZR 244/09, NJW 2010, 2341 Rn. 9 [insoweit zu § 275 II BGB]; MünchKomm-BGB/*Ernst,* 8. Aufl., § 275 Rn. 169; Grüneberg/*Grüneberg,* BGB, 81. Aufl., § 275 Rn. 34). Falls der Käufer die jeweils angemessene Zuzahlung nicht – auch nicht nachträglich – anbietet, sondern nur eine solche, die aus Sicht des Tatrichters nach dessen freiem Schätzungsermessen dem Wertunterschied nicht Rechnung trägt, entfällt nach dem interessengerecht auszulegenden Parteiwillen regelmäßig eine Beschaffungspflicht des Verkäufers (vgl. Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 56, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 118/20, juris Rn. 60; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 275/19, juris Rn. 57; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 357/20, juris Rn. 55).

[56] (3) Nach diesen Grundsätzen ist es im Streitfall nicht ausgeschlossen, dass ein Modell der vierten Fahrzeuggeneration des VW Caddy – nicht zuletzt unter Berücksichtigung des von der Revisionserwiderung vorgebrachten Gesichtspunkts des Reimports – einen erheblichen Mehrwert gegenüber dem vom Kläger bestellten Modell der dritten Fahrzeuggeneration aufweist und dementsprechend bei einer vom Kläger begehrten Nachlieferung eines Fahrzeugs aus der Nachfolgegeneration eine von ihm zu leistende angemessene Zuzahlung einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Vertragsauslegung entspricht. Zwar sind die von der Beklagten für das Nachfolgemodell behaupteten Beschaffungskosten von 27.536,60 € gegenüber dem unstreitigen Kaufpreis von 19.910 € (brutto) für das vom Kläger erworbene Modell als Vergleichsmaßstab nicht maßgeblich, weil es – wie ausgeführt – auf die jeweiligen Listenpreise ankommt. Die vorgenannten Beträge können jedoch ein gewisses Indiz für einen erheblich gesteigerten Listenpreis darstellen und unter diesen Umständen eine Obliegenheit des Klägers zu einer angemessenen Zuzahlung nach Maßgabe der vorstehend genannten Grundsätze auslösen. Hierzu wird das Berufungsgericht nach ergänzendem Vortrag der Parteien weitere Feststellungen zu treffen haben.

[57] c) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht schließlich einen Anspruch des Klägers auf Ersatzlieferung mit der Begründung verneint, dem stehe die von der Beklagten erhobene Einrede der relativen Unverhältnismäßigkeit nach der Bestimmung des § 439 III BGB a.F. entgegen. Nach dieser Vorschrift kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (Satz 1). Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung nicht ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte (Satz 2).

[58] Ob die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung im Vergleich zu der anderen Variante wegen der damit verbundenen Aufwendungen für den Verkäufer unverhältnismäßige Kosten verursacht und diesen deshalb unangemessen belastet, entzieht sich einer verallgemeinerungsfähigen Betrachtung und ist aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung und Würdigung aller maßgeblichen Umstände des konkreten Einzelfalls und unter Berücksichtigung der in § 439 III BGB a.F. genannten Kriterien festzustellen (vgl. BGH, Urt. v. 04.04.2014 – V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 41, 45; Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 59).

[59] aa) Auf die Einrede der Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung kann sich der Verkäufer, wenn er den Käufer auf Nachbesserung verweisen will, nicht berufen, sofern der vorhandene Mangel durch die von ihm angebotene Nachbesserung nicht vollständig, nachhaltig und fachgerecht beseitigt wird. Denn eine Nachbesserung i. S. von § 439 I BGB setzt voraus, dass der vorhandene Mangel auf diese Weise behoben wird (vgl. hierzu Senat, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 76; Urt. v. 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, WM 2021, 2156 Rn. 36, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Beschl. v. 09.11.2021 – VIII ZR 184/20, juris Rn. 18; jeweils m. w. Nachw.). Das betrifft nicht nur den ursprünglichen Mangel, der bereits bei Übergabe der Sache vorhanden war. Denn eine ordnungsgemäße Nachbesserung liegt nur dann vor, wenn hierdurch auch (nicht zu vernachlässigende) Folgemängel nicht hervorgerufen werden.

[60] Im gegebenen Fall ist zwar nicht streitig, dass das dem Kläger angebotene Softwareupdate die Prüfstanderkennungssoftware entfernt und damit den bei Übergabe vorhandenen Sachmangel in Gestalt der latent drohenden Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Behörde beseitigt. Darüber hinaus darf das Softwareupdate jedoch auch Folgemängel nicht verursachen. Dies ist mangels rechtsfehlerfreier Feststellungen des Berufungsgerichts offen.

[61] bb) Das Berufungsgericht hat dabei verkannt, dass die Darlegungs- und Beweislast grundsätzlich die Beklagte trifft. Nach dem allgemeinen Grundsatz, wonach rechtsvernichtende Einwendungen von der Partei darzulegen sind, die sich hierauf beruft (vgl. nur Senat, Urt. v. 24.02.2016 – VIII ZR 38/15, NJW 2016, 2645 Rn. 40 m. w. Nachw.), ist der Verkäufer grundsätzlich darlegungs- und beweisbelastet für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der Unverhältnismäßigkeitseinrede des § 439 III BGB a.F. (Staudinger/*Matusche-Beckmann,* BGB, Neubearb. 2013, § 439 Rn. 128; MünchKomm-BGB/*Westermann,* 8. Aufl., § 439 Rn. 35; *Becker,* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 4. Aufl., § 439 BGB Rn. 2).

[62] Dazu gehört bei einem Verbrauchsgüterkauf auch die Darlegung, dass die eine Art der Nacherfüllung – hier die Nachbesserung – möglich ist. Denn die Erhebung der Einrede der (absoluten) Unverhältnismäßigkeit ist dem Verkäufer beim Verbrauchsgüterkauf verwehrt, wenn die andere Art der Nacherfüllung – hier die Nachlieferung – unmöglich ist (§ 275 I BGB) oder wenn der Verkäufer diese nach § 275 II oder III BGB beziehungsweise gemäß § 439 III BGB a.F. (§ 439 IV BGB n.F.) berechtigterweise verweigert. Wie der Senat aufgrund der Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 16.06.2011 – C-65/09 und C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 = Slg. 2011, I-5257 Rn. 71 – Gebr. Weber und Putz) 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 – hier betreffend die Nachlieferung – nicht erlaubt ist (Senat, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rn. 35 f.; seit dem 01.01.2018 ausdrücklich geregelt in § 475 IV 1 BGB in der bis zum 31.12.2021 geltenden Fassung).

[63] Der Verkäufer muss demgemäß in erster Linie darlegen und erforderlichenfalls beweisen, dass die dem Käufer angebotene Nachbesserung den Kaufgegenstand in den geschuldeten vertragsgemäßen Zustand versetzt, insbesondere den vorhandenen Sachmangel vollständig, nachhaltig und fachgerecht beseitigt. Dazu zählt entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung auch, dass der Verkäufer darlegt und gegebenenfalls beweist, dass die als Nachbesserung angebotene Maßnahme Folgemängel nicht verursacht, weil – wie ausgeführt – die Nachbesserung anderenfalls nicht fachgerecht ist und die Kaufsache nicht in den geschuldeten vertragsgemäßen Zustand versetzte. Hieran ändert der von der Revisionserwiderung in der mündlichen Verhandlung angeführte Umstand nichts, dass insoweit eine bloße Prognoseentscheidung auf der Grundlage der Einschätzung beteiligter Fachbehörden zu treffen sei. Denn nach kaufrechtlichen Grundsätzen ist entgegen der Sichtweise der Revisionserwiderung nicht lediglich eine Prognoseentscheidung zu treffen, sondern das Gericht hat sich, gegebenenfalls durch Beweisaufnahme, über die Tauglichkeit der angebotenen Nachbesserungsmaßnahme Gewissheit zu verschaffen.

[64] Allerdings ist zugunsten des Verkäufers zu berücksichtigen, dass die Freiheit von Folgemängeln nach Vornahme der noch ausstehenden Nachbesserung eine negative Tatsache darstellt und er diesen Negativbeweis nicht allumfassend und allgemein führen kann. Denn dazu müsste er alle auch nur entfernt in Betracht zu ziehenden Umstände ausräumen, was ihm nicht zumutbar ist. Es reicht daher aus, die von dem Käufer konkret dargelegten tatsächlichen Umstände auszuräumen. Gelingt dem Verkäufer dies, ist der Beweis der negativen Tatsache erbracht (vgl. BGH, Urt. v. 12.11.2010 – V ZR 181/09, BGHZ 188, 43 Rn. 12; Urt. v. 05.12.2012 – VIII ZR 74/12, NJW 2013, 1299 Rn. 36; Urt. v. 28.07.2015 – XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 Rn. 21; Urt. v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, BGHZ 216, 245 Rn. 21 ff.; Urt. v. 08.01.2019 – II ZR 139/17, NJW-RR 2019, 747 Rn. 31; Urt. v. 06.03.2020 – V ZR 2/19, ZIP 2020, 2240 Rn. 10; Urt. v. 22.10.2020 – IX ZR 208/18, NJW-RR 2020, 1500 Rn. 11). Vor diesem Hintergrund muss der Käufer nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast – im Rahmen des ihm (als technischen Laien) Zumutbaren – konkret vortragen, aus welchem Grund die als Nachbesserung angebotene Maßnahme nach seiner Auffassung nicht zu einem Zustand führt, der frei von Mängeln und Folgeschäden ist.

[65] cc) Den vorbezeichneten Grundsätzen trägt das Berufungsurteil nicht Rechnung. Träfe das Vorbringen des Klägers zu, wonach das Softwareupdate Folgemängel verursache, läge in dem angebotenen Aufspielen des Updates keine geeignete Mangelbeseitigung, so dass die Beklagte die Nachlieferung als allein mögliche Art der Nacherfüllung nicht gemäß § 439 III BGB a.F. wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigern dürfte. Das Berufungsgericht, das in seinem Urteil im Wesentlichen darauf abgestellt hat, der Kläger habe hierzu nicht hinreichend vorgetragen, hat insoweit die Anforderungen an den Sachvortrag des Käufers überspannt.

[66] (1) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat der Kläger nach Maßgabe der ihm obliegenden sekundären Darlegungslast – im Rahmen des ihm als technischen Laien Zumutbaren – hinreichend vorgetragen, warum das Update nach seiner Auffassung nicht zu einem mangelfreien Zustand führt. Der Kläger darf sich insoweit auch auf nur vermutete Tatsachen stützen, denn er kann mangels eigener Sachkunde und hinreichenden Einblicks in die Funktionsweise des Softwareupdates keine genaue Kenntnis von dessen konkreten Auswirkungen haben. Daher ist er im Hinblick auf die von ihm behaupteten Folgemängel letztlich auf Vermutungen angewiesen und kann diese naturgemäß nur auf entsprechende Anhaltspunkte stützen (Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 85 f.; Beschl. v. 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 Rn. 7 ff.). Unter diesen Umständen können an die Darlegungslast des Käufers hinsichtlich der Ungeeignetheit des Updates zur fachgerechten Nachbesserung aufgrund behaupteter Folgemängel keine hohen Anforderungen gestellt werden. Dies gilt selbst in Fallgestaltungen einer primären Darlegungslast des Käufers (vgl. Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 85 f.; Beschl. v. 29.09.2021 – VIII ZR 226/19, juris Rn. 17 ff. [jeweils zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung zur Nacherfüllung gemäß § 326 V, § 323 II Nr. 3, § 440 Satz 1 Fall 3 BGB]) und erst recht bei einer – wie hier – lediglich sekundären Darlegungslast des Käufers.

[67] (2) Etwas anderes wäre erst dann anzunehmen, wenn eine vom Käufer behauptete Tatsache so ungenau bezeichnet wäre, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann oder wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt worden ist, mithin aus der Luft gegriffen ist und sich deshalb als rechtsmissbräuchlich darstellt. Bei dieser Annahme ist allerdings Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher Anhaltspunkte in Betracht kommen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschl. v. 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 Rn. 8; Beschl. v. 29.09.2021 – VIII ZR 226/19, juris Rn. 16). Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung liegen die strengen Voraussetzungen für einen Sachvortrag „ins Blaue hinein“ angesichts der vom Klä-ger hinreichend angeführten Anhaltspunkte jedoch nicht vor.

[68] dd) Das Berufungsgericht hat unter Verkennung der lediglich sekundären Darlegungslast des Klägers zu Unrecht in verschiedener Hinsicht die Angabe nicht erforderlicher Einzelheiten verlangt und damit die hier zu stellenden Substanziierungsanforderungen überspannt. Dies betrifft namentlich den Sachvortrag des Klägers, mit dem Softwareupdate werde erneut eine unzulässige Abschalteinrichtung implementiert, nunmehr in Form eines sogenannten Thermofensters (dazu im Folgenden unter (1)). Zudem hat das Berufungsgericht das Vorbringen des Klägers zu weiteren Folgemängeln des Updates (dazu im Folgenden unter (2)) sowie zu einem selbst im Fall fachgerechter Nachbesserung verbleibenden merkantilen Minderwert des Fahrzeugs (dazu im Folgenden unter (3)) rechtsfehlerhaft als nicht hinreichend substanziiert angesehen.

[69] (1) Soweit der Kläger beanstandet, mit dem Softwareupdate werde erneut eine unzulässige Abschalteinrichtung implementiert, nunmehr in Gestalt einer temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung, wonach ihre volle Funktionsfähigkeit nur bei Außentemperaturen zwischen 15 und 33 °C und im Fahrbetrieb unter 250 Höhenmetern gewährleistet sei (sog. Thermofenster), hat das Berufungsgericht unter Verkennung der sekundären Darlegungslast des Klägers überhöhte Substanziierungsanforderungen gestellt.

[70] (a) Das Berufungsgericht hat lediglich ausgeführt, der Kläger behaupte zwar das Vorhandensein einer weiteren Abschalteinrichtung in Form einer Abschaltung der Abgasreinigung bei Außentemperaturen unter 15 °C und über 33 °C sowie oberhalb von 250 m Seehöhe, er sei jedoch den detaillierten Erklärungen der Beklagten, das Thermofenster sei zum Schutz der „Bauteile“ erforderlich und die Höhenbeschränkung nicht vorhanden, nicht weiter entgegengetreten.

[71] Anhand dieser Ausführungen kann revisionsrechtlich nicht ausgeschlossen werden, dass das dem Kläger angebotene Softwareupdate einen Folgemangel verursacht, weil mit dem dabei zum Einsatz kommenden Thermofenster eine Abschalteinrichtung i. S. von Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 installiert wird, die nach Maßgabe der Bestimmung des Art. 5 II der Verordnug (EG) Nr. 715/2007 unzulässig ist, und deshalb – jedenfalls latent – die objektive Gefahr einer Betriebsuntersagung des Fahrzeugs durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Behörde droht. Zwar reicht ein solcher Gesetzesverstoß noch nicht aus, um das Verhalten des Herstellers als sittenwidrig i. S. von § 826 BGB zu qualifizieren (vgl. BGH, Beschl. v. 09.03.2021 – VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814 Rn. 25 ff.; Urt. v. 23.09.2021 – III ZR 200/20, juris Rn. 22); gleichwohl wäre die vom Verkäufer angebotene Nachbesserung unzureichend.

[72] (aa) Nach Art. 5 I der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 – in deren Anwendungsbereich auch das Fahrzeug des Klägers fällt (Art. 2 I, 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 entspricht. Folgerichtig sieht die Verordnung die Verwendung von Abschalteinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, strikt als unzulässig an (Art. 5 II 1), sofern nicht die in Art. 5 II 2 ausdrücklich normierten Ausnahmetatbestände greifen (vgl. Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 27, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 118/20, juris Rn. 31; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 357/20, juris Rn. 23; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 275/19, juris Rn. 25; Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 11).

[73] (aaa) Eine Abschalteinrichtung ist 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.

[74] 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. 68 – CLCV; s. auch Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 28, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 118/20, juris Rn. 32; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 357/20, juris Rn. 24; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 275/19, juris Rn. 26 [jeweils zur Prüfstanderkennungssoftware]; vgl. auch Generalanwalt *Rantos*, Schlussanträge v. 23.09.2021 – C-128/20, C-134/20 und C-145/20, ECLI:EU:C:2021:758 = juris Rn. 87 ff. [zu einem mit dem Softwareupdate installierten Thermofenster, aufgrund dessen die Abgasrückführung nur dann voll funktionsfähig ist, wenn Außentemperaturen zwischen 15 und 33 °C herrschen und der Fahrbetrieb unterhalb von 1000 Höhenmetern stattfindet]). Im Streitfall hat das Berufungsgericht – insoweit zugunsten des Klägers – nicht in Zweifel gezogen, dass das hier eingesetzte Thermofenster eine Abschalteinrichtung im vorgenannten Sinn ist.

[75] (bbb) Jedoch ist die weitere Annahme des Berufungsgerichts, der Einsatz eines Thermofensters mit den hier in Rede stehenden Temperatur- und Höhenwerten sei zulässig, von Rechtsfehlern beeinflusst. Als Ausnahmetatbestand, aus dem sich die Zulässigkeit eines Thermofensters mit den hier gewählten Temperatur- und Höhenwerten ergeben könnte, kommt im Streitfall lediglich Art. 5 II 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 in Betracht. Dieser setzt voraus, dass die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.

[76] Dabei ist zu beachten, dass die Ausnahmetatbestände des Art. 5 II 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 eng auszulegen sind, um das grundsätzlich geltende Verbot von Abschalteinrichtungen nicht auszuhöhlen (vgl. EuGH, Urt. v. 17.12.2020 – C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 = NJW 2021, 1216 Rn. 111 – CLCV; Senat, Beschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 13). Ein Unfall im Sinne dieser Vorschrift ist nur ein unvorhergesehenes und plötzliches Ereignis, das Schäden oder Gefahren, wie etwa Verletzungen oder den Tod nach sich zieht (EuGH, Urt. v. 17.12.2020 – C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 = NJW 2021, 1216 Rn. 108 – CLCV). Der Begriff der Beschädigung im Sinne der hier maßgeblichen Norm bezeichnet einen im Allgemeinen auf einer gewaltsamen oder plötzlichen Ursache beruhenden Schaden (vgl. EuGH, Urt. v. 17.12.2020 – C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 = NJW 2021, 1216 Rn. 108 – CLCV). Um den Ausnahmetatbestand des Art. 5 II 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu erfüllen, muss die Abschalteinrichtung somit den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden schützen. Nur Beschädigungsrisiken, die zu einer konkreten Gefahr während des Betriebs des Fahrzeugs führen, sind geeignet, die Verwendung der Abschalteinrichtung zu rechtfertigen. Die Bewahrung des Motors vor Verschleiß und Verschmutzung genügt nicht (EuGH, Urt. v. 17.12.2020 – C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 = NJW 2021, 1216 Rn. 113 f. – CLCV).

[77] Ob im gegebenen Fall die nach dieser Maßgabe erforderlichen Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands erfüllt sind, lässt sich anhand der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts revisionsrechtlich nicht beurteilen. Welchen Sachvortrag die für die tatsächlichen Voraussetzungen der Ausnahmevorschrift darlegungspflichtige Beklagte gehalten hat, hat das Berufungsgericht bereits nicht festgestellt. Schon aus diesem Grund entbehrt die Beurteilung, das Thermofenster sei zum Schutz von „Bauteilen“ erforderlich, einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage. Zudem hat das Berufungsgericht aus dem Blick verloren, dass es gemäß Art. 5 II 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 auf den Schutz des Motors ankommt und nicht pauschal auf den Schutz von „Bauteilen“.

[78] In Anbetracht dessen wird das Berufungsgericht den von der Revisionserwiderung in Bezug genommenen Sachvortrag der Beklagten, die die Existenz eines solchen Thermofensters jedenfalls in dem hier gewählten Temperaturbereich nicht in Abrede stellt, jedoch behauptet, das Risiko einer Belag- oder Lackbildung könne zu einem Versagen des Abgasrückführungssystems führen (s. auch Bundesministerium für &Verkehr und digitale Infrastruktur (Hrsg.), Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen", Stand: April 2016, S. 18, sowie BT-Drs. 18/12900, S. 436 f.), unter Berücksichtigung der nach Erlass des Berufungsurteils vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätze in seinem Urteil vom 17.12.2020 (EuGH, Urt. v. 17.12.2020 – C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040 = NJW 2021, 1216 – CLCV) zu würdigen haben, gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Vorabentscheidungsersuchen, die bei dem Gerichtshof anhängig sind und den durch das hier in Rede stehende Thermofenster definierten Anwendungsbereich betreffen (vgl. OGH, Vorabentscheidungsersuchen v. 17.03.2020 – 10 Ob 44/19x, beim EuGH geführt unter C-145/20; auch Landesgericht Klagenfurt, Vorabentscheidungsersuchen v. 19.02.2020, beim EuGH geführt unter C-128/20; Landesgericht Eisenstadt, Vorabentscheidungsersuchen v. 29.01.2020, beim EuGH geführt unter C-134/20; s. auch die in den vorgenannten Rechtssachen ergangenen Schlussanträge des Generalanwalts *Rantos* vom 23.09.2021, ECLI:EU:C:2021:758 = juris Rn. 105 ff.).

[79] (bb) Anders als es im Berufungsurteil anklingt, kann dem Kläger der Freigabebescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 03.11.2016 nicht entgegengehalten werden. Im Hinblick auf Abschalteinrichtungen heißt es dort lediglich, unzulässige Abschalteinrichtungen seien nicht mehr vorhanden; die nach Vornahme des Softwareupdates vorhandenen Abschalteinrichtungen seien zulässig.

[80] (aaa) Ungeachtet dessen, dass ein Thermofenster in dem Bescheid nicht einmal erwähnt ist, sondern nur pauschal darauf verwiesen wird, dass Abschalteinrichtungen – soweit vorhanden – als zulässig einzustufen seien, vermag der Bescheid nicht, die rechtliche Beurteilung, ob eine Abschalteinrichtung nach dem Maßstab des Art. 5 II 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zulässig ist, einer eigenständigen zivilgerichtlichen Prüfung zu entziehen.

[81] Insoweit hat das Berufungsgericht allerdings zu Recht nicht auf die Tatbestandswirkung eines Verwaltungsakts abgestellt; auch die Revisionserwiderung macht dies nicht geltend. Maßgeblicher Regelungsgegenstand des Bescheids vom 03.11.2016 ist ausschließlich die Freigabe des Updates. Bei den weiteren Ausführungen des Kraftfahrt-Bundesamtes, wonach vorhandene Abschalteinrichtungen zulässig seien, handelt es sich um Begründungselemente, die von dem Regelungsinhalt und damit der Tatbestandswirkung des Verwaltungsakts selbst nicht erfasst werden (st. Rspr.; BGH, Urt. v. 16.03.2021 – VI ZR 773/20, VersR 2021, 650 Rn. 14; Urt. v. 04.08.2020 – II ZR 174/19, BGHZ 226, 329 Rn. 36; Urt. v. 12.01.2007 – V ZR 268/05, NJW-RR 2007, 523 Rn. 11; Urt. v. 04.02.2004 – XII ZR 301/01, BGHZ 158, 19, 22).

[82] Die zivilrechtliche Beurteilung, ob aufgrund der Unzulässigkeit der Abschalteinrichtung – jedenfalls latent – die Gefahr einer Betriebsuntersagung des Fahrzeugs droht, sodass ihm die Eignung für die gewöhnliche Verwendung i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB fehlt, ist demgemäß unabhängig von dem vorgenannten Freigabebescheid vorzunehmen. Die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Behörde ist zudem an der objektiven Rechtslage zu messen. Sie hängt nicht davon ab, ob die im jeweiligen Einzelfall zuständige Zulassungsbehörde eine entsprechende Betriebsuntersagung nach § 5 I FZV ausgesprochen hat oder eine solche (zunächst) unterblieben ist. Die den Käufer an der gewöhnlichen Verwendung hindernde Beschaffenheit liegt – wie ausgeführt (oben II 2 a) – nämlich nicht erst in der behördlich verfügten Untersagung des Betriebs, sondern bereits in der durch die unzulässige Abschalteinrichtung hervorgerufenen Möglichkeit eines entsprechenden behördlichen Eingreifens.

[83] (bbb) Der Inhalt des Freigabebescheids vom 03.11.2016 vermag es auch nicht, die Anforderungen an die sekundäre Darlegungslast des Klägers zu erhöhen, zumal das Kraftfahrt-Bundesamt bereits nicht offengelegt hat, auf welche Abschalteinrichtungen es sich bezieht und auf welche Weise es seine Erkenntnisse konkret gewonnen hat. Allenfalls führt der Bescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes dazu, dass die (darlegungs- und beweisbelastete) Beklagte das Vorbringen des Klägers unter Berufung auf die Freigabe des Updates substanziiert bestreiten kann (vgl. Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 87, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Beschl. v. 29.09.2021 – VII-I ZR 226/19, juris Rn. 22).

[84] (cc) Die Beklagte kann dem Ersatzlieferungsbegehren des Klägers schließlich auch nicht entgegenhalten, das von ihm begehrte Nachfolgemodell sei mit einem vergleichbaren Thermofenster ausgestattet. Dahin gehende Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Übergangenen Sachvortrag der Beklagten zeigt die Revisionserwiderung nicht auf.

[85] (b) Im Zusammenhang mit dem Thermofenster rügt die Revision des Weiteren, das Berufungsgericht habe den Sachvortrag des Klägers zu einer Fehlfunktion des On-Board-Diagnose-Systems (nachstehend: OBD-System) übergangen. Die Fehlfunktion bestehe auch nach dem Softwareupdate weiter, weil das OBD-System Überschreitungen der NO_x-Werte aufgrund der Deaktivierung des Emissionskontrollsystems außerhalb der durch das Thermofenster vorgegebenen Außentemperaturen als Fehler nicht anzeige. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Typgenehmigung lägen daher nicht vor. Damit dringt die Revision nicht durch. Zwar hat das Berufungsgericht die Funktion des OBD-Systems lediglich im Hinblick auf die Prüfstanderkennungssoftware gewürdigt, welche mit dem Softwareupdate beseitigt wird, nicht aber im Hinblick auf das mit dem Softwareupdate implementierte Thermofenster. Das dahin gehende Vorbringen des Klägers ist jedoch nicht entscheidungserheblich.

[86] (aa) Dass das OBD-System die Funktion eines Teils des Emissionskontrollsystems selbst aktiviert, verändert, verzögert oder deaktiviert und somit seinerseits als Abschalteinrichtung i. S. von Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu bewerten wäre, macht die Revision nicht geltend (verneinend insoweit OLG Karlsruhe, Urt. v. 30.10.2020 – 17 U 296/19, juris Rn. 72 [Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch BGH, Beschl. v. 19.05.2021 – VII ZR 229/20, n. v.]; OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.05.2021 – 18 U 526/19, juris Rn. 38 f.; OLG Dresden, Urt. v. 01.07.2021 – 11a U 1085/20, juris Rn. 41).

[87] (bb) Ohne Erfolg beanstandet die Revision, dass das OBD-System die Überschreitung von Grenzwerten nicht erfasse, welche auf der Abschaltung des Emissionskontrollsystems bei Außentemperaturen unter 15 und über 33 °C beruhten.

[88] (aaa) Der Überwachung des Thermofensters durch das OBD-System kommt eine eigenständige Bedeutung für das im Hinblick auf die hier maßgebliche Frage der Ordnungsmäßigkeit der dem Kläger angebotenen Nachbesserung i. S. von § 439 I Fall 1 BGB nicht zu. Sofern die Reduzierung der Abgasrückführung durch das Thermofenster in dem hier in Rede stehenden Temperatur- und Höhenbereich als unzulässige Abschalteinrichtung i. S. von Art. 5 II 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu bewerten sein sollte, wäre bereits dies als unzureichende Nachbesserung anzusehen, ohne dass es zusätzlich auf die Überwachung des Thermofensters durch das OBD-System ankäme. Sollte das hier gewählte Thermofenster hingegen zulässig sein, wäre die angebotene Nachbesserung durch das Softwareupdate unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden.

[89] Schon deshalb ist entgegen der Ansicht der Revision ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof (Art. 267 III AEUV) nicht geboten, weil ein solches nur erforderlich wäre, wenn sich eine entscheidungserhebliche und der einheitlichen Auslegung bedürfende Frage des Unionsrechts stellt (vgl. nur EuGH, Urt. v. 06.10.2021 – C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799 = NJW 2021, 3303 Rn. 33 f. – Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi; Urt. v. 09.09.2015 – C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565 = EuZW 2016, 111 Rn. 38 – Ferreira da Silva e Brito; BGH, Urt. v. 30.07.2020 – VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 16). Bereits Ersteres ist hier nicht der Fall.

[90] (bbb) Zudem verkennt die Revision die Funktion des OBD-Systems. Nach Art. 3 Nr. 9 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 handelt es sich dabei um ein System für die Emissionsüberwachung, das in der Lage ist, mithilfe rechnergespeicherter Fehlercodes den Bereich von Fehlfunktionen anzuzeigen. Der Begriff der "Fehlfunktion“ bezeichnet nach Art. 2 Nr. 20 der Verordnung (EG) Nr. 692/2008 der Kommission vom 18.07.2008 zur Durchführung und Änderung der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (ABl. 2008 L 199, 1) den Ausfall oder das fehlerhafte Arbeiten eines emissionsrelevanten Bauteils oder Systems, der beziehungsweise das ein Überschreiten der in Anhang XI Absatz 3.3.2 genannten Emissionsgrenzwerte zur Folge hätte, oder den Fall, dass das OBD-System nicht in der Lage ist, die grundlegenden Anforderungen von Anhang XI an die Überwachungsfunktionen zu erfüllen.

[91] Nach dieser Maßgabe ist es ersichtlich nicht Aufgabe des OBD-Systems, zwischen einer rechtlich zulässigen und einer rechtlich unzulässigen Abschalteinrichtung zu unterscheiden. Arbeitet eine Abschalteinrichtung – sei sie rechtlich zulässig oder unzulässig – mithin technisch so, wie sie programmiert ist, liegt eine Fehlfunktion nicht vor, sodass die Anzeige einer Fehlfunktion nicht veranlasst ist (vgl. OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 07.07.2021 – 17 U 63/19, juris Rn. 54; OLG Brandenburg, Urt. v. 07.06.2021 – 1 U 104/19, juris Rn. 39; OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.05.2021 – 8 U 14/20, juris Rn. 77; OLG Hamm, Urt. v. 28.01.2021 – 18 U 21/20, juris Rn. 164). Dies ist derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt. Auch aus diesem Grund ist von einer Vorlage an den Gerichtshof abzusehen („acte clair“; vgl. etwa EuGH, Urt. v. 06.10.2021 – C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799 = NJW 2021, 3303 Rn. 33, 39 ff. – Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi; Urt. v. 09.09.2015 – C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565 = EuZW 2016, 111 Rn. 38 – Ferreira da Silva e Brito; Urt. v. 06.10.1982 – Rs. 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 = NJW 1983, 1257, 1258 – CILFIT; Senat, Urt. v. 24.02.2021 – VII-I ZR 36/20, BGHZ 229, 59 Rn. 22 m. w. Nachw.).

[92] (2) Dem Berufungsgericht unterlaufene Rechtsfehler zeigt die Revision indes im Hinblick auf weitere Folgemängel auf, die das Softwareupdate nach dem Vorbringen des Klägers verursacht. Auch insoweit hat das Berufungsgericht die Anforderungen an die sekundäre Darlegungslast des Klägers überspannt.

[93] (a) Der Kläger hat unter Hinweis auf US-amerikanische Fachpublikationen geltend gemacht, durch das Softwareupdate erhöhe sich der Kraftstoffverbrauch auch bei dem ihm gekauften Fahrzeug um mehr als 10 % gegenüber den Angaben im Kaufvertrag. Zudem verringere sich die Motorleistung, während die Partikelemissionen zunähmen.

[94] Ferner hat der Kläger behauptet, in zahlreichen Fällen sei es nach der Installation des Softwareupdates zu verstopften Abgasrückführungsventilen und in der Folge zu einem Zusetzen des Partikelfilters gekommen. Dieser müsse häufiger ausgetauscht werden, weil seine Regenerationsfähigkeit und Reinigungskapazität stärker abnähmen. Der Leistungsabfall könne dazu führen, dass die Motorsteuerung unvermittelt in den Notlaufmodus wechsele und das Fahrzeug nur noch mit geringer Geschwindigkeit fortbewegt werden könne.

[95] Die Revision verweist des Weiteren auf Sachvortrag des Klägers, wonach eine mit dem Softwareupdate einhergehende Erhöhung des Einspritzdrucks die Haltbarkeit des Motors und des Dieselpartikelfilters beeinträchtige; die zu erwartende Laufleistung des Fahrzeugs von mindestens 400.000 km verkürze sich dadurch um wenigstens 50 %.

[96] (b) Das Berufungsgericht hat auch im Hinblick auf die vorgenannten, vom Kläger behaupteten Folgemängel verkannt, dass er seiner sekundären Darlegungslast nachgekommen ist. In Anbetracht dessen ist es Aufgabe der primär darlegungspflichtigen Beklagten, die von dem Kläger hinreichend konkret behaupten tatsächlichen Umstände auszuräumen, gegebenenfalls unter Anbietung von Sachverständigengutachten. Der Kläger hat ausreichend eine von ihm für wahrscheinlich erachtete nicht ordnungsgemäße Nachbesserung durch das Softwareupdate dargetan. Insbesondere durfte er sich – wie ausgeführt – 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 konkreten (Aus-)Wirkungen haben und ist deshalb letztlich im Hinblick auf die von ihm befürchteten negativen technischen Auswirkungen auf Vermutungen angewiesen.

[97] Wie aufgezeigt, führt auch der vom Berufungsgericht mehrfach herangezogene Umstand, dass in dem Freigabebescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 03.11.2016 unter anderem (pauschal) erklärt wird, nach Vornahme des Updates seien hinsichtlich der Schadstoffemissionen und der Dauerhaltbarkeit der emissionsmindernden Einrichtungen die Grenzwerte sowie die sonstigen Anforderungen eingehalten, die ursprünglich vom Hersteller angegebenen Kraftstoffverbrauchswerte und CO_2-Emissionen bestätigt und die bisherige Motorleistung unverändert, nicht zu erhöhten Substanziierungsanforderungen an den Kläger als Laien.

[98] (3) Zu Recht rügt die Revision zudem, das Berufungsgericht habe die Substanziierungsanforderungen an die sekundäre Darlegungslast des Klägers auch im Hinblick auf einen von ihm behaupteten, nach dem Softwareupdate verbleibenden merkantilen Minderwert des Fahrzeugs überspannt.

[99] (a) Der Kläger hat vorgetragen, unabhängig davon, ob das Aufspielen des Updates technische Folgemängel verursache, sei – ebenso wie bei einem Unfallwagen trotz fachgerecht reparierter Unfallschäden – bei einer Weiterveräußerung mit hohen Preisabschlägen zu rechnen. Insoweit hat der Kläger behauptet, der Minderwert liege bei mindestens 10 % des Kaufpreises. Die Revision nimmt insoweit unter anderem Bezug auf vom Kläger vorgelegte Sachverständigengutachten aus anderen Verfahren, die für Fahrzeuge, welche ebenfalls mit einem Motor der Baureihe EA189 ausgestattet waren, Minderwerte zwischen 4 % und 10 % des Kaufpreises ermittelt hätten.

[100] (b) Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, der dahin gehende Sachvortrag des Klägers sei ohne Substanz geblieben. Anders als bei einem reparierten Unfallfahrzeug gehe es nicht um eine Einwirkung auf die mechanische Konstruktion. Im Übrigen sei der Gebrauchtwagenmarkt derart transparent, dass dem Kläger der Vortrag eines konkret bezifferten Minderwerts zumutbar sei. Auch diese Beurteilung ist von Rechtsfehlern beeinflusst. Das Berufungsgericht hat nicht nur den Sachvortrag des Klägers übergangen, mit dem er den behaupteten Minderwert konkret beziffert hat. Zu Unrecht hat es auch die Möglichkeit eines merkantilen Minderwerts von vornherein auf vollständig und fachgerecht reparierte Unfallfahrzeuge beschränkt.

[101] Insbesondere bei Unfallfahrzeugen ist anerkannt, dass selbst nach vollständiger und fachgerechter Beseitigung des Unfallschadens wegen eines merkantilen Minderwerts noch ein Mangel verbleiben kann, weil der Charakter eines Fahrzeugs als Unfallfahrzeug nicht durch Nachbesserung zu beseitigen ist (s. ausführlich Senat, Urt. v. 20.05.2009 – VIII ZR 191/07, BGHZ 181, 170 Rn. 16; Beschl. v. 29.09.2021 – VIII ZR 226/19, juris Rn. 24; jeweils m. w. Nachw.). Ob allerdings die Eigenschaft eines vom sogenannten Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs – insbesondere wenn es über einen Dieselmotor des Typs EA189 verfügt – in vergleichbarer Weise einen (unbehebbaren) Sachmangel darstellt, weil sie ebenfalls einen merkantilen Minderwert zur Folge hat, lässt sich bislang – anders als die Eigenschaft als Unfallfahrzeug – nicht allgemeingültig und abschließend beantworten (nach einem Sachverständigengutachten im konkreten Fall verneinend zuletzt etwa OLG Karlsruhe, Urt. v. 23.03.2021 – 17 U 102/18, NJW-RR 2021, 852 Rn. 39 [zu § 441 BGB]). Denn bislang ist weder geklärt, wie sich die in den betroffenen Fahrzeugen verbaute unzulässige Abschalteinrichtung (Prüfstanderkennungssoftware) auf das Fahrzeug im Übrigen auswirkt, noch – was insoweit entscheidend ist –, ob und inwieweit aufgrund dessen bei weiten Teilen des Publikums wegen eines nicht auszuschließenden Verdachts verborgen gebliebener Schäden oder des Risikos höherer Schadensanfälligkeit eine den Preis beeinflussende Abneigung gegen den Erwerb eines derartigen Kraftfahrzeugs besteht, der sich in einer entsprechenden Herabsetzung des Verkehrswerts niederschlägt (vgl. Senat, Beschl. v. 29.09.2021 – VIII ZR 226/19, juris Rn. 25; Beschl. v. 09.11.2021 – VIII ZR 184/20, juris Rn. 21).

[102] Deshalb ist es jedenfalls derzeit für einen substanziierten Sachvortrag ausreichend, dass der Kläger behauptet hat, die ungewissen Auswirkungen des Softwareupdates sowie das infolge des Abgasskandals allgemein gesunkene Vertrauen in die von der *Volkswagen AG* produzierten Dieselfahrzeuge führten dazu, dass allein aufgrund des Makels „vom Abgasskandal betroffenes Fahrzeug“ ein Kraftfahrzeug auf dem freien Markt einen erheblichen Wertverlust erfahre. Dies gilt selbst dann, wenn der Käufer primär darlegungsbelastet ist (Senat, Beschl. v. 29.09.2021 – VIII ZR 226/19, juris Rn. 26) und erst recht für einen Käufer, dem – wie hier – lediglich eine sekundäre Darlegungslast obliegt.

[103] In Ansehung dessen war der Kläger nicht gehalten, dem Vortrag der Beklagten dazu entgegenzutreten, der Fahrzeugwert verfalle allenfalls aufgrund der Diskussion über Dieselfahrverbote, nicht aber aufgrund des sogenannten Abgasskandals und der Installation des Softwareupdates. Vielmehr wird das Berufungsgericht den dahin gehenden Sachvortrag der Beklagten zu würdigen und erforderlichenfalls ihren Beweisangeboten nachzugehen haben (§ 286 I ZPO).

[104] III. Nach alledem kann das Berufungsurteil insgesamt keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 I ZPO). Die nicht zur Endentscheidung reife Sache ist im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO), damit dieses die erforderlichen Feststellungen treffen kann.

[105] Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

[106] 1. Sollte das Berufungsgericht – nachdem es die gebotenen Feststellungen getroffen hat – weiterhin zu dem Schluss kommen, das Softwareupdate beseitige nicht nur die bereits bei Auslieferung vorhandene unzulässige Abschalteinrichtung (Prüfstanderkennungssoftware), sondern führe weder zu den vom Kläger geltend gemachten Folgemängeln noch zu einem merkantilen Minderwert, wäre die tatrichterliche Bewertung, die Beklagte könne die vom Kläger gewählte Art der Nacherfüllung (Ersatzlieferung) verweigern, weil sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich sei (§ 439 III 1 BGB a.F.; relative Unverhältnismäßigkeit), entgegen der Ansicht der Revision rechtsfehlerfrei.

[107] a) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Kosten der Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache seien im Streitfall um ein Vielfaches – hier etwa um das 117-Fache – höher als die Kosten der Nachbesserung, lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

[108] aa) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Kosten der Ersatzlieferung seien bei dem gebotenen Kostenvergleich nicht zu berücksichtigen, weil der Letztverkäufer, hier die Beklagte, sie im Wege des Rückgriffs (§ 478 II BGB in der gemäß Art. 229 § 39 EGBGB für vor dem 01.01.2018 entstandene Schuldverhältnisse geltenden Fassung [im Folgenden: a.F.]; nunmehr § 445a I BGB) auf seinen Lieferanten abwälzen könne, sofern der letzte Kaufvertrag in der Kette ein Verbrauchsgüterkauf war (§ 478 I BGB a.F.).

[109] Nach § 478 II BGB a.F. kann zwar beim Verkauf einer neu hergestellten Sache – sofern ein vom Verbraucher geltend gemachter Mangel bereits bei Gefahrübergang auf den Unternehmer (Letztverkäufer, hier die Beklagte) vorhanden war – der Unternehmer von seinem Lieferanten Ersatz der Aufwendungen verlangen, die der Unternehmer im Verhältnis zum Verbraucher nach § 439 II BGB „zu tragen hatte“. Die Rückgriffvoraussetzungen sind hingegen nicht gegeben, wenn der Unternehmer sich im Verhältnis zum Verbraucher auf die Einrede der Unverhältnismäßigkeit berufen kann. Regressfähig ist dann nur der auf die andere Art der Nacherfüllung entfallende Betrag bezüglich dessen dem Unternehmer die Einrede aus § 439 III BGB a.F./§ 439 IV BGB n.F. nicht zustand (jurisPK-BGB/*Ball,* Stand: 01.02.2020, § 445a Rn. 11; BeckOGK/*Arnold,* Stand: 01.09.2021, § 445a Rn. 86 m. w. Nachw.). Demgemäß könnte der Vorlieferant dem Rückgriff des Unternehmers gegebenenfalls entgegenhalten, dass dieser die vom Verbraucher gewählte Art der Nacherfüllung gemäß § 439 III BGB a.F./§ 439 IV BGB hätte verweigern dürfen (vgl. MünchKomm-BGB/*Lorenz,* 8. Aufl., § 445a Rn. 28; BeckOK-BGB/*Faust,* Stand: 01.11.2021, § 445a Rn. 20; BeckOGK-BGB/*Arnold,* a. a. O., § 445a Rn. 87). Bereits die Gesetzesmaterialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sehen dies vor (BT-Drs. 14/6040, S. 249 [zu § 478 II BGB]; ebenso die Gesetzesmaterialien zu der Nachfolgebestimmung des § 445a BGB, vgl. BT-Drs. 18/8486, S. 41 f.).

[110] bb) Ebenfalls ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft Nachbesserungskosten von maximal 100 € pro Fahrzeug berücksichtigt, hingegen nicht beachtet, dass der Kläger Nachbesserungskosten von 4.000 € bis 5.000 € pro Fahrzeug behauptet habe. Der Kläger hat zur Begründung ausgeführt, die vom Berufungsgericht für die Nachbesserung zugrunde gelegten Kosten berücksichtigten die Kosten der Entwicklung des Softwareupdates nicht. Dass die Entwicklungskosten für das Update ohnehin nicht bei der Beklagten anfallen, sondern beim Hersteller des Fahrzeugs, kann dabei im Streitfall außer Betracht bleiben. Denn das Berufungsgericht hat die Entwicklungskosten des Softwareupdates ausdrücklich gewürdigt und diese – mit Rücksicht auf den konkreten Vortrag der Beklagten zu den Kosten der Nachbesserung – angesichts der Vielzahl der betroffenen Fahrzeuge auf lediglich 7 € pro Fahrzeug geschätzt (§ 287 II, I 1, 2 ZPO). Dagegen ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern.

[111] b) Das Berufungsgericht hat seiner tatrichterlichen Beurteilung auch rechtsfehlerfrei zugrunde gelegt, dass nicht allein auf das Kostenverhältnis der beiden Arten der Nacherfüllung abzustellen ist, sondern hat beachtet, dass § 439 III 2 BGB a.F. weitere Wertungsgesichtspunkte hervorhebt. Danach ist insbesondere auf den Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels sowie auf die Frage Rücksicht zu nehmen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte.

[112] aa) Vergeblich rügt die Revision, das Berufungsgericht habe dabei das Verschulden des Fahrzeugherstellers unbeachtet gelassen. Zwar ist im Rahmen von § 439 III BGB a.F. bei der gebotenen umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, inwieweit der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat. Wie der Senat jedoch bereits mehrfach entschieden hat, muss sich der Fahrzeughändler ein mögliches arglistiges Verhalten des Herstellers beim Inverkehrbringen des Kaufgegenstands nicht zurechnen lassen (vgl. 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; zum sog. Abgasskandal s. Senat, Urt. v. 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, WM 2021, 2156 Rn. 29, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 90, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt [zu § 440 Satz 1 Fall 3 BGB]; Beschl. v. 09.06.2020 – VIII ZR 315/19, NJW 2020, 3312 Rn. 18). Dies gilt erst recht für die Beklagte, die vertragliche Beziehungen zum Fahrzeughersteller gar nicht unterhielt, sondern das Fahrzeug anderweitig erworben hat.

[113] bb) Auch der Umstand, dass die Nachbesserung letztlich durch den Fahrzeughersteller selbst beziehungsweise durch die Installation eines von diesem entwickelten Softwareupdates vorgenommen werden solle, rechtfertigt im vorliegenden Fall keine andere Betrachtung. Denn der Kläger hat dadurch, dass er trotz des von ihm angeführten arglistigen Verhaltens des Herstellers die Ersatzlieferung eines Neufahrzeugs des besagten Fahrzeugherstellers verlangt, zu erkennen gegeben, dass er das Vertrauen in gerade diesen Hersteller trotz dessen arglistigen Handelns nicht verloren hat (vgl. Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 91, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; s. bereits 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 demselben Hersteller produzierten Nachfolgemodells unzumutbar sein sollte, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

[114] 2. Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung hat das Berufungsgericht schließlich zutreffend entschieden, dass sich der von dem Kläger geltend gemachte, auf das (Nach-) Erfüllungsinteresse gerichtete Anspruch weder unter dem Gesichtspunkt des grundsätzlich auf den Ersatz des Vertrauensschadens beschränkten Anspruchs aus Verschulden bei den Vertragsverhand-lungen (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB; Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 118/20, juris Rn. 83 m. w. Nachw.) noch aus grundsätzlich allein auf den Ersatz des Erhaltungsinteresses und damit auf das negative Interesse gerichteten deliktischen Schadensersatzansprüchen ergibt (Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 275/19, juris Rn. 81 f..; Beschl. v. 09.06.2020 – VIII ZR 315/19, NJW 2020, 3312 Rn. 25).

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.