



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 357/20

Verkündet am:
21. Juli 2021
Reiter,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 439 Abs. 1 Alt. 2, §§ 133 B, 157 B

- a) Eine Austauschbarkeit von Kaufgegenstand und Ersatzsache (Nachfolgemodell eines Kraftfahrzeugs) ist beim Verbrauchsgüterkauf grundsätzlich nur dann anzunehmen, wenn der Verbraucher sein Nachlieferungsbegehren innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren ab Abschluss des Kaufvertrages geltend macht (im Anschluss an Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).
- b) Dies gilt auch dann, wenn der Verkäufer zugleich Hersteller der Kaufsache ist und in Bezug auf den Mangel der Kaufsache sittenwidrig gehandelt und diesen arglistig verschwiegen hat.

BGH, Urteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 357/20 - OLG Schleswig
LG Itzehoe

ECLI:DE:BGH:2021:210721UVIIIIZR357.20.0

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juli 2021 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, den Richter Dr. Schneider, die Richterin Dr. Fetzer, den Richter Kosziol und die Richterin Dr. Liebert

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 3. April 2020 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger erwarb von der Beklagten, die zugleich Herstellerin ist, im Januar 2010 einen neuen VW Tiguan Team 2.0 I TDI mit einem Motor EA 189 (Abgasnorm Euro 5) zum Preis von 28.662,01 €. Die Übergabe des Fahrzeugs erfolgte im April 2010. Der Motor wies eine besondere Vorrichtung zur Steuerung der Abgasrückführung auf, die erkannte, wenn das Fahrzeug auf einem Rollenprüfstand hinsichtlich der dabei entstehenden Schadstoffemissionen getestet wurde. In diesem Fall schaltete das System in einen "Modus 1", der eine höhere Abgasrückführungsrate und damit verbunden einen geringeren Ausstoß an Stickoxiden bewirkte. Im normalen Straßenverkehr hingegen wurde das Fahrzeug im "Modus 0" betrieben, in dem die Abgasrückführung geringer und der Stickoxid- ausstoß höher ausfiel.

2 Die Beklagte entwickelte ein Software-Update, das dazu führt, dass der Motor nur noch im "Modus 1" betrieben wird. Dessen Freigabe durch das Kraftfahrt-Bundesamt erfolgte für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp mit Wirkung zum 1. Juni 2016. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2017 erklärte das Kraftfahrt-Bundesamt gegenüber dem Kläger, dass seine Halter- und Fahrzeugdaten an die zuständige Zulassungsbehörde übermittelt würden, sollte er bis zum 3. April 2018 das Update nicht aufgespielt haben. Diese könne daraufhin die Einleitung von Maßnahmen, insbesondere die Untersagung des weiteren Betriebs des Fahrzeugs in eigener Zuständigkeit, veranlassen. Der Kläger ließ das Update im Juli 2019 aufspielen.

3 Mit Schreiben vom 15. März 2018 forderte der Kläger von der Beklagten die Nachlieferung eines mangelfreien, fabrikneuen, typengleichen Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion Zug um Zug gegen Rückübereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs. Dem kam die Beklagte nicht nach.

4 Das vom Kläger im Jahr 2010 erworbene Fahrzeugmodell der ersten Generation wird seit 2016 nicht mehr hergestellt. Stattdessen wird als Nachfolgemodell der VW Tiguan 2.0 I TDI der zweiten Generation angeboten, der unter anderem über einen Motor des Typs EA 288 (Abgasnorm Euro 6) verfügt.

5 Mit seiner Klage hat der Kläger als Klageantrag zu 1 die Nachlieferung eines mangelfreien, fabrikneuen, typengleichen Ersatzfahrzeugs Zug um Zug gegen Rückgabe des mangelhaften Fahrzeugs begehrt. Mit dem Klageantrag zu 2 hat er diesbezüglich die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten mit der Rücknahme des mangelhaften Fahrzeugs verlangt. Hilfsweise hat er Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises zuzüglich Zinsen Zug um Zug gegen Rückübereignung des Fahrzeugs (Klageantrag zu 3) und weiter Hilfsweise zusätzlich Zug

um Zug gegen Zahlung einer Nutzungsentschädigung (Klageantrag zu 4) begehrt sowie (unbedingt) die Feststellung der Ersatzpflicht für weitere Schäden (Klageantrag zu 5).

6 Das Landgericht hat den Antrag auf Nachlieferung abgewiesen und die Beklagte auf die Hilfsanträge verurteilt, den Kaufpreis abzüglich einer Nutzungsentschädigung (insgesamt 6.162,62 €) zuzüglich Rechtshängigkeitszinsen, Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs, zu zahlen. Darüber hinaus hat es festgestellt, dass die Beklagte sich in Annahmeverzug befinde und verpflichtet sei, dem Kläger auch für künftige Schäden Ersatz zu leisten. Beide Parteien haben hiergegen Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten den Zahlungsbetrag reduziert auf 4.052,24 € sowie die Klage im Übrigen abgewiesen. Es hat die Revision beschränkt auf die deliktsrechtlichen Ansprüche zugelassen.

7 Der Kläger hat zunächst in vollem Umfang Revision und hilfsweise Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt. Diese hat er hinsichtlich der Hilfsanträge sowie des Klageantrags zu 5 zurückgenommen. Der Senat hat die - insoweit vom Berufungsgericht nicht zugelassene - Revision bezüglich der Klageanträge zu 1 und 2 zugelassen. Mit der diesbezüglichen Revision verfolgt der Kläger seine Anträge auf Nachlieferung und Feststellung des Annahmeverzugs weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg.

I.

9 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

10 Die Klage sei zulässig. Der auf Verpflichtung der Beklagten zur Nachlieferung eines mangelfreien, fabrikneuen, typengleichen Ersatzfahrzeugs gerichtete Antrag des Klägers sei hinreichend bestimmt. Die Ausstattungsmerkmale des begehrten Fahrzeugs seien über den als Anlage zu Protokoll der mündlichen Verhandlung genommenen Auszug aus dem Prospekt über das streitgegenständliche Fahrzeug hinreichend beschrieben.

11 Dem Kläger stehe jedoch ein Anspruch auf Nachlieferung eines Ersatzfahrzeugs nicht zu. Zwar habe das gekaufte Fahrzeug im Zeitpunkt des Gefahrübergangs und des Nachlieferungsverlangens einen Mangel in Form einer unzulässigen Abschaltvorrichtung aufgewiesen. Der Anspruch auf Ersatzlieferung umfasse auch - wie der durch Auslegung ermittelte Wille der Vertragsparteien bei Vertragsschluss ergebe - die Nachlieferung eines typengleichen Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion, so dass die Ersatzlieferung nicht unmöglich sei. Eine andere Auslegung sei auch nicht deshalb geboten, weil der Modellwechsel sechs Jahre nach dem Vertragsschluss (Januar 2010) und das Nacherfüllungsverlangen vom 15. März 2018 datiere. Bestehe auch noch nach acht Jahren ein durchsetzbarer Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung, entspreche es auch dem Interesse des mit diesem Anspruch konfrontierten Verkäufers, seine Verpflichtung durch Lieferung eines Neuwagens der aktuellen Modellreihe erfüllen zu können. Die Beklagte könne sich allerdings in Bezug auf den Anspruch des Klägers auf Ersatzlieferung mit Erfolg auf die von ihr erhobene Einrede der relativen Unverhältnismäßigkeit gemäß § 439 Abs. 3 BGB in der gemäß Art. 229 § 39 EGBGB für vor dem 1. Januar 2018 entstandene Schuldverhältnisse geltenden Fassung (im Folgenden: § 439 Abs. 3 BGB aF; jetzt: § 439 Abs. 4 BGB) berufen. Das von der Beklagten angebotene Software-Update sei geeignet, den relevanten Sachmangel - drohende Betriebsuntersagung - zu beheben, nachdem das Kraftfahrt-Bundesamt festgestellt habe, dass das Software-Update die Vorschriftsmäßigkeit der betroffenen Fahrzeuge herstellen könne. Der Kläger sei

dafür darlegungs- und beweisbelastet, dass das Aufspielen des Updates zu neuen Mängeln an dem Fahrzeug oder einem merkantilen Minderwert führe. Dies stehe nicht fest. Der Vortrag des Klägers sei hierfür nicht ausreichend.

12 Stelle das Aufspielen des Software-Updates demnach eine geeignete Form der Nacherfüllung dar, sei das auf Ersatzlieferung gerichtete Nacherfüllungsverlangen als unverhältnismäßig zu bewerten. Ausgehend von Ersatzbeschaffungskosten in Höhe von 9.000 € lägen die Nachbesserungskosten von allenfalls 100 € bei knapp über 1 % hiervon, so dass die Kosten der Nachlieferung diejenigen der Nachbesserung erheblich überstiegen. Die Erheblichkeit des Mangels, das Interesse des Klägers an der von ihm gewählten Form der Nacherfüllung und ein etwa missbilligenswertes Verhalten der Beklagten führten nicht dazu, dass diese die erhebliche Kostenbelastung hinnehmen müsse. Die Lieferung eines Neufahrzeugs gehe bei wertender Betrachtung auch im Falle einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung seitens der Beklagten über das hinaus, was ihr zumutbar sei. Besonders ins Gewicht falle, dass der Kläger das Fahrzeug acht Jahre ohne Beanstandungen uneingeschränkt genutzt habe. Ein etwaiger Vertrauensverlust des Klägers führe zu keinem anderen Ergebnis. Denn der Kläger wolle sich gerade nicht vom Vertrag lösen, sondern sich durch die Ersatzlieferung weiter an die Beklagte binden.

II.

13 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Die Revision ist daher zurückzuweisen.

14 Der Kläger kann vorliegend von der Beklagten im Wege der Nacherfüllung nicht die Lieferung eines mangelfreien Nachfolgemodells des von ihm ursprünglich erworbenen Neufahrzeugs gemäß § 437 Nr. 1, § 434 Abs. 1, § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB verlangen. Damit entfällt zugleich die Grundlage für das Begehren des

Klägers auf Feststellung des Annahmeverzugs mit der Rücknahme des erworbenen Fahrzeugs.

- 15 Das vom Kläger erworbene Fahrzeug wies zwar zu den entscheidenden Zeitpunkten des Gefahrübergangs und des Zugangs des Nachlieferungsbegehrens aufgrund der vorhandenen unzulässigen Abschaltvorrichtung einen Sachmangel im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 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, Modellpflege, 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 mehr als acht Jahre verstrichen sind, so dass sein Nachlieferungsbegehren mangels Verfügbarkeit eines nacherfüllungstauglichen Neufahrzeugs wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) ausgeschlossen ist.

- 16 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht die Klage als zulässig angesehen. Ohne Rechtsfehler hat es insbesondere angenommen, dass der auf Ersatzlieferung gerichtete Klageantrag hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist.
- 17 a) Gemäß § 253 Abs. 2 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, Urteile vom 21. März 2018 - VIII ZR 68/17, BGHZ 218, 139 Rn. 15; vom 22. Januar 2021 - V ZR 12/19, NJW-RR 2021, 401 Rn. 9 und vom 9. März 2021 - VI ZR 73/20, NJW 2021, 1756 Rn. 15; jeweils mwN).
- 18 b) Diesen Anforderungen wird der Antrag des Klägers entgegen der in der Revisionserwiderung vertretenen Auffassung gerecht. Die technischen Merkmale des streitgegenständlichen Fahrzeugs sind für die Beklagte als Herstellerin sowohl über die angegebene Fahrzeug-Identifizierungsnummer eindeutig bestimmbar als auch über den in Bezug genommenen, vom Kläger entsprechend markierten Prospektauszug, aus dem sich diese ergeben. Da der Kläger ein gleichwertiges und gleichartiges Ersatzfahrzeug begehrt, kann aus der Ausstattung des gekauften Pkw auf die erforderliche Ausstattung des nachzuliefernden Pkw aus der aktuellen Serienproduktion geschlossen werden. Insoweit besteht insbesondere auch eine ausreichende Grundlage für eine etwaige Zwangsvollstreckung.

Denn in deren Rahmen ließe sich anhand dieser Angaben bei der dem jeweiligen Vollstreckungsorgan (vgl. hierzu näher Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20 unter II 1 b, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) obliegenden sachgerechten Auslegung eines auf Grundlage des Klageantrags ergangenen Titels (vgl. zur gebotenen Auslegung auch BGH, Beschluss vom 8. Juli 2020 - XII ZB 334/19, NJW-RR 2020, 1137 Rn. 11 mwN) ohne größere Schwierigkeiten beurteilen, ob das von der Beklagten nach dem Begehren des Klägers zu liefernde mangelfreie Ersatzfahrzeug der Sache nach dem entspricht, was dem Kläger vom Gericht aufgrund seines Klageantrags zugesprochen worden ist.

19 2. Die Klage ist jedoch unbegründet. Dies ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts indes bereits daraus, dass das Nacherfüllungsbegehren mangels Verfügbarkeit eines nacherfüllungstauglichen Neufahrzeugs wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) ausgeschlossen ist, weil das ursprünglich vom Kläger erworbene Fahrzeugmodell der ersten Generation bereits seit dem Jahr 2016 nicht mehr hergestellt wird und dessen Nachfolgemodell nicht mehr von der Beschaffungspflicht der Beklagten umfasst ist. Auf die vom Berufungsgericht bejahte Frage, ob der Anspruch wegen Unverhältnismäßigkeit des Verlangens nach § 439 Abs. 3 BGB aF ausscheidet, kommt es deshalb nicht an.

20 a) Frei von Rechtsfehlern ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass das Fahrzeug bereits bei Übergabe an den Kläger aufgrund einer eingebauten unzulässigen Abschaltvorrichtung einen Sachmangel im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 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: Senatsurteil vom 27. Mai 2020 - VIII ZR 315/18, BGHZ 226, 1 Rn. 42 f. mwN).

21 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. Senatsurteile vom 29. Juni 2016 - VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015 Rn. 40; vom 26. Oktober 2016 - VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 15; vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 29; vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 34; Senatsbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 5). Dem wurde das vom Kläger erworbene Fahrzeug bereits bei Gefahrübergang nicht gerecht, da es werkseitig mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen war, aufgrund derer die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Zulassungsbehörde bestand.

22 (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 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 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. L 171/1 vom 29. Juni 2007; im Folgenden: VO 715/2007/EG) unzulässig ist.

23 Nach Art. 5 Abs. 1 VO 715/2007/EG - in deren Anwendungsbereich auch das Fahrzeug des Klägers fällt (Art. 2 Abs. 1, 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 Senatsbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, aaO Rn. 7 f.) entspricht. Folgerichtig sieht die Verordnung die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, strikt als unzulässig an (Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG), sofern nicht die ausdrücklich normierten Ausnahmetatbestände (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO 715/2007/EG) greifen (Senatsbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, aaO Rn. 11; Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, WD 7- 3000- 031/16, S. 12).

24 Dabei ist eine "Abschaltvorrichtung" gemäß Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG definiert als jedes Bauteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingeleiteten 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 Bauteil zählt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (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, NJW 2021, 1216 Rn. 59 ff., 68 - CLCV).

25 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, aaO Rn. 69 ff., 90 - CLCV). Ausgehend von den weitgefassten Bestimmungen in Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO

715/2007/EG handelt es sich bei der im Fahrzeug des Klägers installierten Software um eine unzulässige Abschaltvorrichtung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG (vgl. Senatsbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, aaO Rn. 12; BGH, Urteil vom 25. Mai 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 (NOx-Werte), indem sie in den "Modus 1" schaltet, bei dem eine höhere Abgasrückführung als bei dem im normalen Fahrbetrieb aktivierten "Modus 0" erfolgt.

26 Anhaltspunkte für das Vorliegen der (engen) Voraussetzungen, unter denen Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO 715/2007/EG in bestimmten Fällen die Verwendung von Abschaltvorrichtungen ausnahmsweise gestattet, sind nicht erkennbar (vgl. hierzu bereits Senatsbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, aaO Rn. 13 ff.; zudem EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 - C-693/18, aaO Rn. 104 ff., 115 - CLCV).

27 (2) Infolge der nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG unzulässigerweise im Fahrzeug des Klägers installierten Abschaltvorrichtung 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 im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 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. Senatsbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, aaO Rn. 17).

- 28 (a) Denn nach § 5 Abs. 1 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 Abs. 2 VO 715/2007/EG unzulässigen Abschalt-einrichtung versehen sind, auch dann "nicht vorschriftsmäßig" im Sinne von § 5 Abs. 1 FZV, wenn der Halter einer Aufforderung zur Entfernung der Abschalt-einrichtung mittels eines von der zuständigen Typgenehmigungsbehörde zugelassenen Software-Updates nicht Folge leistet, da ein solches Fahrzeug entgegen den in § 3 Abs. 1 Satz 2 FZV normierten Zulassungsvoraussetzungen keinem genehmigten Typ (mehr) entspricht (vgl. etwa VGH München, Urteil vom 22. Oktober 2019 - 11 BV 19.823, juris Rn. 29 mwN; VGH Kassel, Beschluss vom 20. März 2019 - 2 B 261/19, juris Rn. 10 f.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25. März 2019 - OVG 1 S 125.18, juris Rn. 10).
- 29 Da somit bei Fahrzeugen, die entgegen zwingender unionsrechtlicher Vorschriften installierte Abschalt-einrichtungen aufweisen, zur Herstellung ihrer Vorschriftsmäßigkeit eine entsprechende Nachrüstung erforderlich ist, sieht sich der Halter eines solchen Fahrzeugs, jedenfalls solange eine solche (noch) nicht durchgeführt worden ist, einer drohenden Betriebsbeschränkung oder -untersagung nach § 5 Abs. 1 FZV ausgesetzt.
- 30 Diese Gefahr besteht nicht nur bei einer bereits erfolgten Umrüstungsanordnung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde. Vielmehr liegt sie auch in den Fällen vor, in denen die zuständige EG-Typgenehmigungsbehörde eine entsprechende Maßnahme gegenüber dem Hersteller noch nicht gefordert beziehungsweise noch nicht ihr Einverständnis mit einem solchen Vorgehen erklärt

hat. Denn auch dann ist im Ansatz bereits ein Sachverhalt ("Mangelanlage"/Grundmangel) gegeben, der - gegebenenfalls in Verbindung mit weiteren Umständen (vor allem einer Entscheidung beziehungsweise Äußerung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde) - dazu führen kann, dass die deutsche Zulassungsbehörde eine Betriebsuntersagung oder -beschränkung nach § 5 Abs. 1 FZV vornimmt, weil das Fahrzeug wegen der gegen Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG verstoßenden Abschalteneinrichtung nicht dem genehmigten Typ (§ 3 Abs. 1 Satz 2 FZV) entspricht (so bereits Senatsbeschlüsse vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 20; vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 Rn. 13; vgl. auch BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 21).

31 (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 im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 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. Senatsurteile vom 26. April 2017 - VIII ZR 80/16, NJW 2017, 2817 Rn. 18 mwN; vom 26. Oktober 2016 - VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 15 f.).

32 Von einer solch verminderten Eignung ist jedenfalls bei Fahrzeugen, die mit (noch) nicht nachgerüsteten Motoren des Typs EA 189 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, 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 Abs. 1 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 Software-Updates 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 Abschaltvorrichtung hervorgerufenen Möglichkeit eines entsprechenden behördlichen Eingreifens (vgl. BGH, Urteile vom 18. Januar 2017 - VIII ZR 234/15, NJW 2017, 1666 Rn. 21 f., 28; vom 11. Dezember 1991 - V ZR 204/91, NJW-RR 1993, 396 unter II 2 [jeweils zum Rechtsmangel]; Beschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, aaO Rn. 22).

33 bb) Da sich das Fahrzeug des Klägers somit bei Gefahrübergang und zum Zeitpunkt des Nacherfüllungsbegehrens wegen latent drohender Betriebsuntersagung nicht für die gewöhnliche Verwendung eignete, war es mangelhaft im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 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, Urteil vom 30. November 2012 - V ZR 25/12, NJW 2013, 1671 Rn. 13 mwN).

34 b) Dem Verlangen des Klägers nach einer Ersatzlieferung steht nicht entgegen, dass während des Rechtsstreits das Software-Update aufgespielt worden ist und dadurch - wie die Beklagte geltend gemacht hat - der Mangel behoben worden sei.

- 35 aa) § 439 Abs. 1 BGB schützt nicht allein das Interesse daran, eine mangelfreie Sache zu erhalten, sondern - den Vorgaben der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12; im Folgenden: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie; vgl. Erwägungsgrund Nr. 10 Hs. 1 und Nr. 11 S. 1 und 3 sowie Art. 3 Abs. 2, 3 und 5) entsprechend - auch das Wahlrecht des Käufers zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung, das der Kläger wirksam zu Gunsten der Ersatzlieferung ausgeübt hat (vgl. Senatsurteil vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 53). Das spätere Aufspielen des Updates ändert an dem Fortbestand des Anspruchs auf Ersatzlieferung deshalb grundsätzlich nichts.
- 36 bb) Der Kläger war - entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung - auch nicht unter dem Gesichtspunkt treuwidrigen Verhaltens (§ 242 BGB) gehindert, an der durch das wirksam ausgeübte Verlangen nach Lieferung einer mangelfreien Sache erlangten Rechtsposition festzuhalten. Dies kann zwar nach den Umständen des Einzelfalls dann der Fall sein, wenn ein Käufer mit der Mangelbeseitigung einverstanden ist (vgl. Senatsurteil vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, aaO Rn. 54 f.). In der hier vorliegenden Konstellation ist dem Kläger das weitere Verlangen einer Ersatzlieferung trotz Aufspielens des Updates jedoch nicht aus Treu und Glauben verwehrt. Denn das Kraftfahrt-Bundesamt hatte den Kläger mit Schreiben vom 21. Dezember 2017 aufgefordert, das Update aufspielen zu lassen unter Hinweis darauf, dass ansonsten die örtliche Zulassungsbehörde den weiteren Betrieb des Fahrzeugs untersagen könne.
- 37 c) Die aufgrund der unzulässigen Abschalteneinrichtung bestehende Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs führt jedoch im Streitfall nicht dazu, dass dem Kläger der geltend gemachte Anspruch auf Nacherfüllung durch Lieferung eines mangelfreien Neufahrzeugs zusteht. Eine Ersatzlieferung in Form des vom Kläger erworbenen Fahrzeugmodells der ersten Generation des VW Tiguan 2.0 I TDI ist

ausgeschlossen, weil dieses nach den im Revisionsverfahren unbeanstandet gebliebenen Feststellungen des Berufungsgerichts seit dem Jahr 2016 nicht mehr hergestellt wird, so dass eine solche Nachlieferung unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann der Kläger, der sein Nacherfüllungsbegehren erstmals mehr als acht Jahre nach Kaufvertragsabschluss geltend gemacht hat, aber auch nicht Nacherfüllung durch Lieferung eines entsprechenden Fahrzeugmodells der zweiten Generation verlangen.

38 aa) Im Ausgangspunkt hat das Berufungsgericht unter Zugrundelegung der einschlägigen Rechtsprechung des Senats allerdings zutreffend angenommen, dass allein aufgrund eines nach Vertragsschluss beziehungsweise nach Übergabe erfolgten Modellwechsels ein Anspruch des Käufers eines mangelbehafteten Neufahrzeugs gegen den Verkäufer auf Lieferung eines mangelfreien, fabrikneuen und typengleichen Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers nicht generell gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist.

39 (1) Der Anspruch auf Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB) ist nicht auf die Ersatzbeschaffung einer mangelfreien, im Übrigen aber identischen Sache beschränkt, sondern bestimmt sich vielmehr nach der vom Verkäufer im jeweiligen Einzelfall übernommenen Beschaffungspflicht. Diese kann über die ursprüngliche Leistungsverpflichtung des Verkäufers hinausgehen und sich auch auf eine vom Kaufgegenstand abweichende Sache - wie etwa ein zwischenzeitlich auf den Markt getretenes Nachfolgemodell des Kaufgegenstands - erstrecken, die nach dem Parteiwillen als gleichwertig und gleichartig anzusehen ist.

40 (a) Beim Nacherfüllungsanspruch aus § 439 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 Abs. 1 BGB (BT-Drucks. 14/6040, S. 221). Dabei soll mit der Nacherfüllung nach der

gesetzgeberischen Konzeption eine nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB durchgesetzt werden (Senatsurteile vom 15. Juli 2008 - VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 18; vom 13. April 2011 - VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 49; vom 17. Oktober 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 Abs. 1 Satz 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-Drucks. 14/6040, S. 89, 221; Senatsurteile vom 23. Februar 2005 - VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219, 227; vom 26. August 2020 - VIII ZR 351/19, BGHZ 227, 15 Rn. 27 mwN).

41 Ausgehend von dieser Interessenlage beider Kaufvertragsparteien beschränkt sich die "Lieferung einer mangelfreien Sache" gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB nicht zwangsläufig auf eine mit dem Kaufgegenstand (abgesehen von der Mangelhaftigkeit) identische Sache. Vielmehr hängt die Möglichkeit einer Ersatzbeschaffung bei Unmöglichkeit der Lieferung einer dem Kaufgegenstand vollständig entsprechenden (mangelfreien) Sache im jeweiligen Einzelfall entscheidend davon ab, ob und wodurch nach dem durch interessengerechte Auslegung zu ermittelnden Willen der Parteien (§§ 133, 157 BGB) bei Vertragsschluss eine Nachlieferung in Betracht kommen sollte (vgl. hierzu Senatsurteile vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 Rn. 23; vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 41; Senatsbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 30 ff.; vgl. auch BGH, Urteil vom 21. November

2017 - X ZR 111/16, NJW 2018, 789 Rn. 8). Auf den Parteiwillen kommt es deshalb maßgeblich an, weil die Vorschrift des § 439 Abs. 1 BGB selbst keine Regelung zu der Frage trifft, welche Ersatzsache als austauschbar, also als gleichwertig und gleichartig, mit dem Kaufgegenstand zu bewerten ist.

42 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. Senatsurteile vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05, aaO; vom 15. Juli 2008 - VIII ZR 211/07, aaO; vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR 226/11, aaO; Senatsbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, aaO Rn. 31 ff.), wovon der Gesetzgeber im Grundsatz sogar für Fälle des Stückkaufs ausgegangen ist (BT-Drucks. 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 Senatsurteile vom 17. Oktober 2018 - VIII ZR 212/17, BGHZ 220, 77 Rn. 20; vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 40; vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 361/18, aaO; Senatsbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, aaO).

43 (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.

44 (aa) Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass der Nachlieferungsanspruch sich schon deshalb grundsätzlich nicht auf ein Nachfolgemodell des ursprünglich veräußerten Kaufgegenstands (Neufahrzeug) erstrecken könne, weil der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung lediglich nochmals die Übergabe des Besitzes und die Verschaffung des Eigentums einer mangelfreien Sache - "nicht weniger, aber auch nicht mehr" - schulde (so Riehm, ZIP 2019, 589, 590). Hierdurch wird lediglich die Zielsetzung des Nacherfüllungsanspruchs nach der gesetzgeberischen Konzeption - nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten - in allgemeiner Form beschrieben (siehe auch Senatsurteile vom 15. Juli 2008 - VIII ZR 211/07, aaO; vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR 226/11, aaO), jedoch keine Aussage zum Inhalt oder zum Umfang der Nacherfüllung im Einzelfall getroffen. Gegenstand des Nacherfüllungsanspruchs ist - im Unterschied zum ursprünglichen Erfüllungsanspruch - nicht mehr die erstmalige Lieferung der mangelfreien Kaufsache, sondern - als primäres Gewährleistungsrecht des Käufers - die Herstellung ihrer Mangelfreiheit durch Nachbesserung oder durch Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache (vgl. BGH, Urteile vom 13. April 2011 - VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 50; vom 14. Februar 2020 - V ZR 11/18, BGHZ 225, 1 Rn. 51).

45 Da infolge der mangelhaften Leistung des Verkäufers der Vertrag nicht wie vorgesehen abgewickelt werden kann (vgl. BT-Drucks. 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).

46 (bb) Dementsprechend hat der Gerichtshof für den Geltungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, welche die Grundlage für das geltende Kaufrecht bildet, ausgeführt, dass zwar durch den Kaufvertrag der vertragsgemäße Zustand des Verbrauchsguts festgelegt und damit insbesondere bestimmt wird, wann eine Vertragswidrigkeit gegeben ist, der Umfang der aus der Schlechterfüllung folgenden Verpflichtungen des Verkäufers aber über die im Kaufvertrag vorgesehenen Pflichten hinausgehen kann (vgl. EuGH, C-65/09 und C-87/09, Slg. 2011, I-5257 Rn. 59, 62 - Gebr. Weber und Putz). Dabei hat er klargestellt, dass sich der Begriff "Ersatzlieferung" selbst nach dem Wortlaut der deutschen Fassung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und vor allem im Hinblick auf das von dieser 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, C-65/09 und C-87/09, aaO Rn. 54 ff. - Gebr. Weber und Putz).

47 Der Senat hat dieses weite Verständnis der vom Verkäufer geschuldeten Ersatzlieferung durch richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs in das deutsche Recht übertragen (Senatsurteil vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rn. 25 ff.). Seit dem 1. Januar 2018 sieht § 439 Abs. 3 BGB (BGBl. I 2017, S. 969; im Folgenden: nF) 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.

48 (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-Drucks. 14/6040, S. 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. Senatsurteile vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 Rn. 23; vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 41; Senatsbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 29 ff.). Denn das Institut der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 1 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-Drucks. 14/6040, S. 230). Vor diesem Hintergrund ist § 439 BGB nicht restriktiv auszulegen. Insbesondere folgt dies nicht aus dem Umstand, dass die Nacherfüllung - ebenso wie der Rücktritt und die Minderung - ein Verschulden des Verkäufers nicht voraussetzt.

49 (dd) Eine - durch § 439 Abs. 1 BGB nicht verspernte und mit dessen Wertungen in Einklang stehende - interessengerechte Auslegung, aus der sich eine den Verkäufer im Fall einer Nachlieferungsverpflichtung treffende Beschaffungspflicht bezüglich eines Nachfolgemodells ergibt, führt nicht dazu, dass die (wirtschaftlichen) Interessen des Verkäufers nicht in hinreichendem Umfang berücksichtigt werden.

- 50 (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 Abs. 4 BGB (im Streitfall noch § 439 Abs. 3 BGB aF) gewährleistet (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 232; Senatsbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, aaO Rn. 37). Hinzu tritt die kaufrechtliche Verjährungsfrist von zwei Jahren (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB), mithilfe derer der Gesetzgeber ebenfalls unbillige Einschränkungen der Dispositionsfreiheit des Verkäufers verhindern wollte (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 96). Zudem sollen die Regressmöglichkeiten nach § 478 BGB aF (seit 1. Januar 2018: §§ 445a, 478 BGB) sicherstellen, dass der Letztverkäufer nicht allein die Nachteile des durch die Schuldrechtsmodernisierung verwirklichten verbesserten Verbraucherschutzes zu tragen hat, wenn der Grund für seine Haftung, nämlich der Mangel der Sache, nicht in seinem Bereich entstanden ist, sondern etwa auf einen Fehler im Herstellungsprozess zurückzuführen ist (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 247).
- 51 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 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, durch die ihm in Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 2 der Richtlinie eröffnete Möglichkeit, die Ersatzlieferung zu verweigern, sowie durch das in Art. 4 der Richtlinie vorgesehene Rückgriffsrecht beim Hersteller gewahrt (siehe EuGH, C-65/09 und C-87/09, aaO Rn. 58 - Gebr. Weber und Putz; C-404/06, Slg. 2008, I-2685 Rn. 42 - Quelle).
- 52 (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.

53 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 Kaufsache lieferbar ist, von vornherein nicht zeitlich unbegrenzt gelten. Denn der Käufer eines Verbrauchsguts hat für die gelieferte mangelhafte Sache, die durch Nutzung fortlaufend an Wert verliert, eine Nutzungsentschädigung nicht zu zahlen (§ 474 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 BGB in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung, nunmehr § 474 Abs. 1 Satz 1, § 475 Abs. 3 Satz 1 BGB). Bereits aus diesem Grund ist bei einer nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung der Willenserklärungen der Parteien eines Verbrauchsgüterkaufs - vor allem beim Kauf von Fahrzeugen, die bereits nach kurzer Zeit einen deutlichen Wertverlust erleiden - eine Austauschbarkeit von Kaufgegenstand und Ersatzsache regelmäßig nur dann anzunehmen, wenn der Verbraucher sein Nachlieferungsbegehren innerhalb eines an der Länge der regelmäßigen kaufrechtlichen Verjährungsfrist (zwei Jahre - § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) angelehnten Zeitraums - beginnend mit dem für die Willensbildung maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses - geltend macht.

54 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 Abs. 4 BGB aF bzw. § 439 Abs. 5 BGB nF).

55

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, C-65/09 und C-87/09, Slg. 2011, I-5257 Rn. 76 - Gebr. Weber und Putz; Senatsurteile vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rn. 27, 35; vom 7. April 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, NJW-RR 2011, 1589 unter II 3 [zur Kostenbeteiligung des Bestellers bei einer über den Stand der Technik bei Vertragsschluss hinausgehenden werkvertraglichen Nacherfüllung]). Falls die vom Käufer angebotene Zuzahlung aus Sicht des Tatrichters nach dessen freiem Schätzungsermessen nicht angemessen sein sollte, um einem solchen Wertunterschied Rechnung zu tragen, entfällt nach dem interessengerecht auszulegenden Parteiwillen regelmäßig eine Beschaffungspflicht des Verkäufers. Die Frage einer eventuellen Kostenbeteiligung des Käufers oder eines gänzlichen Ausschlusses einer sich auf das Nachfolgemodell erstreckenden Beschaffungspflicht des Verkäufers stellt sich damit vor allem in den Fällen, in denen der Verkäufer die Einrede nach § 439 Abs. 3 BGB aF (§ 439 Abs. 4 BGB nF) erheben könnte.

56 Dies führt jedoch nicht dazu, dass die Frage, ob eine Beschaffungspflicht bei erheblichem Mehrwert des Nachfolgemodells nur gegen Kostenbeteiligung des Käufers oder überhaupt nicht besteht, im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 439 Abs. 3 BGB aF (§ 439 Abs. 4 BGB nF) aus prozessökonomischer Sicht stets offenbleiben könnte. Denn diese Einredemöglichkeit steht dem Verkäufer nicht immer zur Verfügung. Die Erhebung der Unverhältnismäßigkeitseinrede ist ihm im Verbrauchsgüterkauf verwehrt, wenn die andere Art der Nacherfüllung - die Nachbesserung - wegen § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist oder der Verkäufer diese nach § 275 Abs. 2 oder 3 BGB oder nach § 439 Abs. 3 BGB aF (§ 439 Abs. 4 BGB nF) berechtigterweise verweigert (vgl. auch Ring, SVR 2019, 161, 165 sowie 448, 451). Wie der Senat aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofs (EuGH, C-65/09 und C-87/09, aaO Rn. 71 - Gebr. Weber und Putz) bereits entschieden hat, ist § 439 Abs. 3 BGB aF beim Verbrauchsgüterkauf richtlinienkonform einschränkend dahingehend anzuwenden, dass dem Verkäufer in diesem Fall die Berufung auf die Unverhältnismäßigkeitseinrede - betreffend die Nachlieferung - nicht erlaubt ist (Senatsurteil vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rn. 35; seit 1. Januar 2018 ausdrücklich geregelt in § 475 Abs. 4 Satz 1 BGB).

57 (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 Abs. 1 Alt. 2 BGB ein Fahrzeug der nachfolgenden Serienproduktion erfassen kann, sofern das im Vertrag beschriebene Modell nicht mehr hergestellt wird und nicht mehr als Neufahrzeug beschafft werden kann. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Parteien eines Kaufvertrags über ein Neufahrzeug ein Nachfolgemodell aufgrund zahlreicher Unterschiede zwischen den Modellen grundsätzlich nicht für erfüllungstauglich halten.

- 58 (a) Selbst wenn sich Nachfolgemodelle von ihrem Vorgänger üblicherweise aufgrund ihrer Ausstattungsmerkmale und ihrer Marktbewertung deutlich unterscheiden sollten, wäre dies allein nicht ausschlaggebend, weil beim Kauf eines Neufahrzeugs mit der Produktion und dem Markteintritt eines Nachfolgemodells typischerweise zu rechnen ist. Den Parteien, namentlich dem Fahrzeughändler, ist bei Abschluss des Kaufvertrags in der Regel bewusst, dass der Fahrzeughersteller nach gewisser Zeit das bisherige Modell nicht mehr in der im Kaufvertrag beschriebenen Form herstellt. Am Markt tritt das Nachfolgemodell eines Neufahrzeugs regelmäßig für beide Seiten erkennbar an die Stelle des nicht mehr aktuellen Vorgängermodells. Nachfolgemodelle sind dabei in der Regel in mancher Hinsicht fortentwickelt, sei es durch die Klassifikation nach neuen europäischen Abgasnormen und Änderungen der Motortechnik, durch Fortschritte bei Sicherheits- und Assistenzsystemen und entsprechend umfangreichem 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 Senatsbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 35).
- 59 (b) Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die Parteien eines Neuwagengeschäfts sich hinsichtlich der wesentlichen Fahrzeugeigenschaften auf ein konkretisiertes Fahrzeug einigten, hierfür einen bestimmten Kaufpreis vereinbarten und deshalb kein hiervon abweichendes - besser ausgestattetes und/oder teureres oder aber schlechter ausgestattetes und/oder günstigeres - Fahrzeug für erfüllungstauglich hielten. Denn diese Argumentation nimmt die beiderseitige Interessenlage (insbesondere den Vorrang der Nacherfüllung, an dem beide Seiten ein berechtigtes Interesse haben) nicht hinreichend in den Blick und übersieht zudem, dass die Frage, ob und mit welcher Reichweite den Verkäufer eine Beschaffungspflicht bezüglich eines Nachfolgemodells trifft, letztlich von den

konkreten Umständen des Einzelfalls abhängt. Davon abgesehen lässt sich dies nicht damit vereinbaren, dass der Gesetzgeber bei der Nacherfüllung die Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf ausdrücklich als verzichtbar angesehen (BT-Drucks. 14/6040, S. 94, 230; Senatsbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, aaO 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-Drucks. 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 (Senatsurteil vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 41 f.).

60 Die Leistungsmerkmale und Eigenschaften des ursprünglich erworbenen Fahrzeugs sind auch nicht als - durch ein Nachfolgemodell nicht erfüllbare - Beschaffenheitsvereinbarungen im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB zu werten. Dies trifft bereits deswegen nicht zu, weil an das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 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.; siehe etwa Senatsurteile vom 20. März 2019 - VIII ZR 213/18, NJW 2019, 1937 Rn. 22; vom 27. September 2017 - VIII ZR 271/16, NJW 2018, 146 Rn. 18; vom 18. Oktober 2017 - VIII ZR 32/16, NJW 2018, 150 Rn. 16). Allein der Umstand, dass ein Fahrzeug über bestimmte Eigenschaften verfügt, begründet keine tragfähigen Anhaltspunkte für das Vorliegen einer (konkludenten) Beschaffenheitsvereinbarung. Damit ist für die teilweise vertretene Auffassung, einer interessengerechten

Auslegung der Parteierklärungen stünden getroffene Beschaffenheitsvereinbarungen entgegen, kein Raum.

61 (c) Soweit teilweise einer möglichen Beschaffungspflicht bezüglich eines Nachfolgemodells entgegengehalten wird, dass die Käufer eines Neuwagens aus der Sicht eines objektiven Empfängers kein Interesse an einer Nacherfüllung durch ein Nachfolgemodell hätten, weil die Veränderungen gegenüber dem Vorgängermodell aus ihrer Sicht - etwa, weil es nicht die Garageneinfahrt passieren könne, weniger Motorleistung aufweise oder mit einem SCR-Katalysator ausgerüstet sei - nachteilig sein könnten, berücksichtigt dies nicht, dass solche Umstände nicht isoliert, sondern mit weiteren auslegungsrelevanten Gesichtspunkten zu würdigen sind. Die gebotene Auslegung mag zwar im konkreten Einzelfall ergeben, dass bestimmten Merkmalen eines Fahrzeugs aufgrund der - für den Verkäufer erkennbaren - Interessenlage des Käufers eine solch gewichtige Bedeutung zukommt, dass sie eine Nacherfüllung durch ein Nachfolgemodell, welches über die entsprechenden Merkmale nicht (mehr) verfügt, ausschließt. Anhaltspunkte hierfür bestehen im Streitfall indes nicht. Dies gilt auch, soweit die Revisionserwiderung geltend macht, dass die Käufer eines Neuwagens sich bewusst für das aktuelle Modell entschieden, etwa weil sie das aktuelle Modell am Ende seiner Produktionszeit für besonders zuverlässig und ausgereift hielten oder weil ihnen das Altmodell eher zusage oder die Veränderungen gegenüber dem Vorgängermodell noch nicht absehbar seien.

62 (d) Die teilweise vertretene Auffassung, es widerspreche dem objektiv erkennbaren Interesse eines Verkäufers, dass dieser sich ohne jede Nachzahlung des Käufers dazu verpflichte, ein noch nicht einmal bekanntes Nachfolgemodell zu einem unbekanntem Preis liefern zu müssen und damit bereit sei, entweder einen Teil seiner Marge zu verlieren oder sogar einen Verlust hinzunehmen, nimmt allein die Interessen des Verkäufers und nicht die Belange beider Seiten

in den Blick. Zwar dürfen im Rahmen der gebotenen nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung der Parteierklärungen die wirtschaftlichen Interessen des Verkäufers nicht vernachlässigt werden. Diesen wird aber durch die oben (unter 2 c aa (1) (b) (dd)) beschriebenen, sich aus einer nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung ergebenden Beschränkungen einer Beschaffungspflicht des Verkäufers (zeitliche Grenze für die Geltendmachung einer Ersatzlieferung, unter Umständen von sich aus anzubietende Zuzahlung des Käufers oder Wegfall der Beschaffungspflicht bei deutlichem Mehrwert des Nachfolgemodells) hinreichend Rechnung getragen. Auch mag es - wie oben ausgeführt - Fälle geben, in denen eine Beschaffungspflicht des Verkäufers bezüglich eines Nachfolgemodells des erworbenen Fahrzeugs gänzlich ausscheidet.

63 (e) Schließlich folgt auch aus Ziffer IV. 6. S. 1 der "Neuwagen-Verkaufsbedingungen" ("Konstruktions- oder Formänderungen, Abweichungen im Farbton sowie Änderungen des Lieferumfanges seitens des Herstellers bleiben während der Lieferungszeit vorbehalten, sofern die Änderungen oder Abweichungen unter Berücksichtigung des Interesses des Verkäufers für den Käufer zumutbar sind") nicht, dass der Verkäufer nach Ablauf der Lieferzeit nach dem Parteiwillen grundsätzlich nicht mehr zu einer Nachlieferung durch ein anderes (Nachfolge-)Modell verpflichtet sein sollte (so aber Riehm, ZIP 2019, 589, 591). Unabhängig davon, ob diese "Verkaufsbedingungen" überhaupt wirksam in den vorliegend geschlossenen Vertrag einbezogen worden sind, betrifft der dort geregelte Änderungsvorbehalt erkennbar allein die Primärleistungspflicht des Verkäufers und nicht den Fall einer mangelbedingten Ersatzlieferung. Die betreffende Klausel ist allein dem Interesse des Verkäufers geschuldet, bei seitens des Herstellers vorgenommenen Änderungen am und Abweichungen vom im Kaufvertrag bezeichneten Modell seiner Lieferverpflichtung aus § 433 Abs. 1 BGB gegenüber dem Käufer nachkommen zu können, indem er das geänderte Modell als vertragsgemäß liefert (so etwa OLG Karlsruhe, NJW-RR 2019, 869 Rn. 88).

Rückschlüsse auf die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens einer Beschaffungspflicht im Nachlieferungsfall lassen sich folglich daraus nicht ziehen.

64 bb) Nach alledem ist die Annahme des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, dass sich nach der Rechtsprechung des Senats ein mangelbedingter Nachlieferungsanspruch beim Kauf eines Neufahrzeugs grundsätzlich auch auf ein zwischenzeitlich hergestelltes Nachfolgemodell erstrecken kann. Jedoch hat es bei der gebotenen beiderseits interessengerechten Auslegung der auf den Abschluss des Kaufvertrags gerichteten Erklärungen der Vertragsparteien rechtsfehlerhaft nicht alle maßgeblichen Umstände des Einzelfalls hinreichend berücksichtigt, sondern unter Verweis auf den - nur in die Thematik einführenden und lediglich einer vorschnellen Bejahung der Unmöglichkeit einer Nachlieferung eine Absage erteilenden - Hinweisbeschluss des Senats vom 8. Januar 2019 (VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133) eine zu schematische Betrachtung angestellt. Insbesondere hat es dem im Rahmen einer interessengerechten Auslegung ersichtlich relevanten Gesichtspunkt, dass der Kläger erstmals nach mehr als acht Jahren seit Kaufvertragsabschluss die Ersatzlieferung eines Nachfolgemodells verlangt hat, keine hinreichende Beachtung geschenkt. Bereits dieser Umstand und die mit ihm verbundenen wirtschaftlichen Auswirkungen für die Beklagte schließen bei einer rechtsfehlerfreien Auslegung eine Nacherfüllung durch Ersatzlieferung des Nachfolgemodells aus.

65 Denn eine nach beiden Seiten hin interessengerechte Auslegung des Parteiwillens bei Vertragsschluss führt bei einem Verbrauchsgüterkauf zu dem Ergebnis, dass die von einem Verkäufer übernommene Beschaffungspflicht bezüglich eines neuwertigen Nachfolgemodells nicht uneingeschränkt, sondern nur dann besteht, wenn ein Nachlieferungsanspruch innerhalb eines als sachgerecht und angemessen zu bewertenden Zeitraums von zwei Jahren ab Vertragsabschluss geltend gemacht wird. Da der genannte Zeitraum vorliegend deutlich

überschritten ist, ist das Nachlieferungsbegehren des Klägers entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bereits mangels Verfügbarkeit eines nacherfüllungstauglichen Neufahrzeugs im Ergebnis wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) ausgeschlossen.

66 Eine in der mündlichen Verhandlung seitens der Revision angeregte Vorlage an den Gerichtshof nach Art. 267 AEUV ist nicht veranlasst, da nicht die Auslegung von Unionsrecht in Frage 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 Abs. 4 BGB (in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung, nunmehr § 439 Abs. 5 BGB) lediglich in dem abgenutzten Zustand (ohne Wertersatz) an den Verkäufer herauszugeben. Zudem hat der Käufer bei einem - auch hier vorliegenden - Verbrauchsgüterkauf nach § 474 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 BGB (in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung, nunmehr § 474 Abs. 1 Satz 1, § 475 Abs. 3 Satz 1 BGB) einen Ersatz für die Nutzung des ursprünglich gelieferten Fahrzeugs gemäß § 439 Abs. 4 BGB aF (§ 439 Abs. 5 BGB nF) in Verbindung 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 Ver-

brauchsgüterkauf 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 Abs. 2 Alt. 2 BGB) - bei der Neuregelung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts in § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB als angemessen erachtet, damit die Vertragspartner einerseits "eine faire Chance erhalten, ihre Ansprüche geltend zu machen" (BT-Drucks. 14/6040, S. 228), andererseits aber auch "Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit" gewährleistet sowie der Schutz des Verkäufers vor unbilligen Einschränkungen seiner Dispositionsfreiheit erreicht werden (BT-Drucks. 14/6040, S. 96). Auch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, zu deren Umsetzung § 439 BGB geschaffen worden ist, geht in ihrem Anwendungsbereich gemäß Art. 5 Abs. 1 von einer Haftungsdauer (Satz 1; siehe hierzu EuGH, C-133/16, JZ 2018, 298 Rn. 32 ff. - Ferenschild; Senatsurteil vom 18. November 2020 - VIII ZR 78/20, NJW 2021, 1008 Rn. 19 ff.) beziehungsweise von einer Verjährungsfrist (Satz 2) von zwei Jahren aus, was nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ebenfalls dem Schutz der finanziellen Interessen des Verkäufers und der Kompensation dafür dient, dass dieser für jede Vertragswidrigkeit haftet, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsguts besteht (siehe EuGH, C-65/09 und C-87/09, Slg. 2011, I-5257 Rn. 58 - Gebr. Weber und Putz; C-404/06, Slg. 2008, I-2685 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 des Senatsbeschlusses vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133, Vorinstanz OLG Bamberg, 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 Abs. 1 Alt. 2 BGB mangels Verfügbarkeit eines nacherfüllungstauglichen Neufahrzeugs wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) ausgeschlossen, da das ursprünglich vom Kläger erworbene Fahrzeugmodell VW Tiguan Team 2.0 I TDI erster Generation bereits seit dem Jahr 2016 nicht mehr hergestellt wird und dessen Nachfolgemodell nicht mehr von der Beschaffungspflicht der Beklagten im mangelbedingten Nacherfüllungsfall umfasst ist.

72 (a) Diesbezüglich ist der Senat, da das Berufungsgericht bei seiner Würdigung den Sachverhalt nicht vollständig ausgeschöpft und damit letztlich auch den Auslegungsgrundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung nicht ausreichend berücksichtigt hat, vorliegend an dessen gegenteiliges Auslegungsergebnis nicht gebunden und kann, da weitere tatsächliche Feststellungen insoweit nicht zu erwarten sind, die betreffende Auslegung selbst vornehmen (vgl. etwa Senatsurteile vom 6. Dezember 2017 - VIII ZR 219/16, NJW-RR 2018, 822 Rn. 30 f.; vom 25. April 2018 - VIII ZR 176/17, NJW 2018, 2472 Rn. 31 f.; jeweils mwN).

- 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 mangelbe dingten Nachlieferung nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB übernommene Beschaf fungspflicht auch auf ein das ursprüngliche Fahrzeugmodell am Markt ersetzen des Nachfolgemodell nur für den Fall erstrecken sollte, dass der Kläger ein ent sprechendes Nacherfüllungsverlangen innerhalb eines Zeitraums von zwei Jah ren ab Vertragsschluss an die Beklagte richtete. Denn ansonsten würde die auf einer vertraglichen Abrede beruhende Beschaffungspflicht der Beklagten zu ih ren 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 Nachfol gemodell liefern zu müssen, ohne für das gelieferte Fahrzeug, das infolge seiner langjährigen Nutzung erheblich an Wert eingebüßt hat, Nutzungs- oder Werter satz zu erhalten.
- 74 Im Streitfall lagen zwischen dem Vertragsschluss im Januar 2010 und dem erstmaligen Nachlieferungsverlangen des Klägers mit Schriftsatz vom 15. März 2018 mehr als acht Jahre. Somit kann der Kläger weder Nachlieferung des Nachfolgemodells noch - weil dieses nicht mehr hergestellt wird - des ur sprünglich erworbenen Fahrzeugtyps verlangen (im Ergebnis ähnlich auch OLG Koblenz, NJW 2019, 2246 Rn. 26 [acht Jahre zwischen Kauf und Nachlieferungs begehren]; Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen im Verfahren VIII ZR 274/19).
- 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 Beschaf fungspflicht treffen würde, sind weder vorgetragen noch sonst erkennbar.

- 76 (aa) Dies gilt zunächst für den in der mündlichen Verhandlung angesprochenen Umstand, dass das Vorhandensein der Abschaltseinrichtung erst im Herbst 2015 öffentlich bekannt gemacht worden ist. 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 die spätere Bekanntgabe des Vorhandenseins der Abschaltseinrichtung - für die Bestimmung der den Verkäufer im Fall eines Nachlieferungsbegehrens treffenden Beschaffungspflicht nicht an.
- 77 (bb) Eine erweiterte Beschaffungspflicht ergibt sich nicht auf Grund von Ziffer IV 6. S. 1 der "Neuwagen-Verkaufsbedingungen". Wie oben (unter 2 c aa (2) (e)) ausgeführt, lassen sich hieraus Rückschlüsse auf die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens einer Beschaffungspflicht nicht ziehen. Insbesondere folgt hieraus nicht der Parteiwille zu einer Ausdehnung der Beschaffungspflicht über den Zeitraum von zwei Jahren hinaus.
- 78 (cc) Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Beklagte hier nicht nur Verkäuferin, sondern zugleich Herstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs ist. Eine deliktsrechtliche Verantwortlichkeit der Beklagten als Herstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs wegen sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB; vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 12 ff.) ist für die Beurteilung der kaufrechtlichen Beschaffungspflicht von vornherein ohne Bedeutung. Denn für die - auf Grund einer interessengerechten Auslegung des Parteiwillens zu ermittelnde - Beschaffungspflicht bezüglich eines Nachfolgemodells kommt es - wie oben unter II 2 c bb ausgeführt - maßgeblich auf die damit für beide Parteien verbundenen wirtschaftlichen Auswirkungen an. Diese sind aber beim Verbrauchsgüterkauf dadurch ge-

prägt, dass der Käufer einen Ersatz für die Nutzung des ursprünglichen Fahrzeugs nicht zu leisten hat (vgl. § 474 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 BGB aF; § 475 Abs. 3 Satz 1 BGB nF). Die dadurch bedingte wirtschaftliche Interessenlage ändert sich nicht durch eine neben die kaufrechtliche Gewährleistung tretende deliktische Verantwortlichkeit des Verkäufers, der - wie hier die Beklagte - das Fahrzeug selbst hergestellt hat. Im Übrigen wäre es ein Wertungswiderspruch, deliktische Ansprüche des Käufers, bei denen er sich gezogene Nutzungen anrechnen lassen muss (vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, aaO Rn. 64 ff.), zum Anlass einer Ausdehnung der Beschaffungspflicht zu nehmen, die damit verbunden wäre, dem Käufer letztlich in noch weiterem Umfang Nutzungsvorteile ohne Anrechnung zu belassen.

79

Ebenso wenig ergibt sich im Hinblick auf die oben dargestellte interessen-gerechte Auslegung eine zeitliche Ausweitung der Beschaffungspflicht bei Nachfolgemodellen im Verbrauchsgüterkauf aus dem Umstand, dass § 438 Abs. 3 BGB bei Arglist des Verkäufers eine längere Verjährungsfrist vorsieht und hierdurch vom Gesetzgeber auch im Gewährleistungsrecht eine - ausreichende - Kompensation für die arglistige Täuschung des Verkäufers geschaffen wurde. Denn es entspricht einer interessengerechten Auslegung der Parteierklärungen bei Vertragsschluss nicht, dass der arglistig täuschende Verkäufer nicht nur länger, sondern durch eine weitergehende Beschaffungspflicht auch in ausgedehnterem Umfang haftete, als dies gewährleistungsrechtlich ohne die arglistige Täuschung der Fall wäre und als er deliktsrechtlich Schadensersatz schuldete.

80

3. Im Hinblick darauf, dass die Klage bereits deshalb unbegründet ist, weil der Nachlieferungsanspruch sich nicht auf das vom Kläger begehrte Nachfolgemodell aus der aktuellen Serienproduktion bezieht und ein Nachlieferungsanspruch bezüglich eines mangelfreien Fahrzeugs der ersten Generation - weil dieses nicht mehr hergestellt wird - nicht erfüllbar wäre, kommt es nicht darauf an, ob dem Anspruch auch - wie das Berufungsgericht meint - die Einrede des § 439 Abs. 3 BGB aF entgegenstünde.

Dr. Milger

Dr. Schneider

Dr. Fetzer

Kosziol

Dr. Liebert

Vorinstanzen:

LG Itzehoe, Entscheidung vom 14.06.2019 - 6 O 167/18 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 03.04.2020 - 6 U 43/19 -