

Titel:

Unmöglichkeit der Ersatzleistung bei PKW-Kauf und Modellwechsel

Normenkette:

BGB § 133, § 157, § 433 Abs. 1 S. 2, 434 Abs. 1, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, Alt. 2, Abs. 4

Leitsatz:

Für die Frage, ob ein Mangel nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB durch eine gleichartige und gleichwertige Ersatzleistung behoben werden kann, kommt es darauf an, ob die Vertragsparteien die konkrete Leistung nach dem Vertragszweck und ihrem erkennbaren Willen als austauschbar angesehen haben; dies gilt auch bei der Beurteilung der Austauschbarkeit der Leistung nach einem Modellwechsel (BGH BeckRS 2019, 2206). (Rn. 18) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

PKW Kauf, Ersatzleistung, Modellwechsel, Austauschbarkeit, Auslegung, Restposten, Auslaufmodell

Fundstelle:

BeckRS 2020, 23052

Tenor

1. Das Versäumnisurteil des Senats vom 25.10.2018 wird aufrechterhalten.
2. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

1

I. Auf die tatsächlichen Feststellungen des Endurteils des Landgerichts München I vom 22.02.2018 wird Bezug genommen.

2

II. Das Landgericht hat zur Begründung des der Klage überwiegend stattgebenden Urteils ausgeführt, die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Nacherfüllungsanspruch aus §§ 433, 434, 437 Nr. 1, 439 BGB, gerichtet auf Ersatzlieferung eines fabrikneuen typgleichen Fahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion mit einer in den Urteilsgründen näher beschriebenen technischen Ausstattung, Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs Skoda Suberb 2.0 TDI. Der streitgegenständliche PKW sei mangelhaft, weil er wegen der Installation von Software, die die korrekte Messung von Stickoxidwerten im Normalbetrieb des Fahrzeugs verhindere und im Prüfbetrieb einen niedrigeren Schadstoffausstoß vortäusche, nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweise. Da das Fahrzeug die Abgasnorm Euro 5 nicht einhalte, eigne es sich mangels Zulassungsfähigkeit auch nicht zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung. Wie das Kraftfahrtbundesamt die Situation nach der geplanten Nachbesserung beurteile, sei belanglos, weil es auf den status quo ankomme. Die von der Klägerin begehrte Nachlieferung eines typgleichen Neufahrzeugs sei nicht deshalb im Sinn von § 275 Abs. 1 BGB unmöglich, weil das von ihr erworbene Fahrzeug so nicht mehr hergestellt werde. Das Nachfolgemodell sei dem zunächst gelieferten Fahrzeug funktionell gleichartig und gleichwertig. Die um 10 PS höhere Motorleistung und die um eine Stufe bessere Fahrzeug- und Effizienzklasse seien übliche Entwicklungen im Rahmen des technischen Fortschritts. Die übrigen Änderungen an Konstruktion und Fahrzeugform seien nicht von einem solchen Ausmaß, dass dadurch die Erfüllungstauglichkeit infrage gestellt sei. Nach der maßgeblichen Nutzersicht handele es sich bei dem Neufahrzeug um eine Weiterentwicklung des Skoda Suberb II, nicht um ein anderes Auto. Die Beklagte habe auch nicht vorgetragen, dass das Fahrzeug vor Übereignung an die Klägerin bereits im Rahmen von Tageszulassungen genutzt worden sei und im Übergabezeitpunkt eine

nennenswerte Laufleistung aufgewiesen habe. Die Beklagte könne den Nachlieferungsanspruch nicht nach § 439 Abs. 4 BGB wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigern, weil die Nacherfüllung in Form eines Software-Updates für die Klägerin unzumutbar sei. Aus Sicht der Klägerin bestehe die begründete Befürchtung, dass das Fahrzeug trotz der Nachbesserung nicht mangelfrei sein und die Entfernung der Manipulationssoftware negative Auswirkungen auf die Emissionswerte, den Kraftstoffverbrauch, den Verschleiß und die Motorleistung haben werde. Die in der Fachwelt als effektiver angesehene Hardware-Lösung habe die Beklagte bzw. die Herstellerin des Motors (Volkswagen AG, i.F. nur: VW) der Klägerin nicht angeboten, und sie weigere sich auch, den Käufern im Hinblick auf das von ihr entwickelte Software-Update entsprechende Garantien auszustellen. Davon abgesehen sei die von der Beklagten angebotene Nachbesserung wegen der umfassend in den Medien erfolgten konträren Berichterstattung für die Klägerin mit erheblichen Nachteilen im Sinn von § 439 Abs. 4 Satz 2 BGB verbunden. Es sei nicht auszuschließen, dass schon deshalb ein nicht unerheblicher Minderwert des Fahrzeugs eingetreten sei oder eintreten werde. VW habe in einem anderen Verfahren selbst vorgetragen, dass grundsätzlich jede Maßnahme zur Verringerung von Stickoxiden bei Dieselmotoren mit spezifischen Nachteilen verbunden sei; namentlich sei durch die Abgasrückführung ein erhöhter Rußausstoß mit negativen Auswirkungen auf den Partikelfilter zu beklagen. Schließlich gründe sich die Unzumutbarkeit der angebotenen Nachbesserung auch auf eine nachhaltige Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zu der Herstellerin des Motors, auch wenn die Beklagte selbst die Klägerin nicht getäuscht habe, sondern auch erst durch die Presse von den Manipulationen erfahren habe. Nachdem VW sowohl die Behörden als auch ihre Kunden über Jahre hinweg systematisch irregeführt habe, habe die Klägerin wenig Anlass, ihr in Bezug auf das Software-Update zu vertrauen. Das gelte erst recht vor dem Hintergrund des Bestreitens eines Mangels seitens VW in sämtlichen anhängigen Rechtsstreitigkeiten mit ihren Kunden. An der Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten mit der Rücknahme des mangelhaften Fahrzeugs bestehe ein berechtigtes Interesse der Klägerin, weil die Beklagte das entsprechende Zug-um-Zug-Angebot im Prozess zurückgewiesen habe. Die Beklagte schulde der Klägerin ferner Freistellung von außergerichtlichen Anwaltskosten in Höhe einer 1,3-fachen Geschäftsgebühr zuzüglich Auslagenpauschale und Umsatzsteuer.

3

III. Die Beklagte hat gegen das ihr am 28.02.2018 zugestellte Endurteil mit Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 26.03.2018, eingegangen am 27.03.2018, Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 09.05.2018 begründet.

4

1. Die Beklagte wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie habe der Klägerin vorprozessual ein anderes Fahrzeug angeboten, das ihr aber wegen der Ausstattung – insbesondere fehlender Ledersitze – nicht zugesagt habe. Das Landgericht habe in unzulässiger Weise von Amts wegen in den Urteilsgründen die Beschaffenheit des ersatzweise zu liefernden Fahrzeugs festgelegt, anstatt die Klage als unzulässig abzuweisen. Offenbar habe das Landgericht erkannt, dass der von der Klägerin gestellte Antrag nicht vollstreckungsfähig sei. Die Entscheidung sei aber selbst mit der tenoreränzenden Maßgabe des Landgerichts nicht vollstreckbar, weil diverse Beschaffenheitsmerkmale außer Acht gelassen worden seien. Soweit die Klägerin ihren Antrag in der Berufung (hilfsweise) umgestellt habe, sei dieser weiterhin nicht vollstreckbar, weil die dort aufgelisteten Ausstattungsmerkmale in der neuen Serie in dieser Zusammenstellung nicht verfügbar seien. Bei der Prüfung der Nachlieferungsfähigkeit einer anderen Sache sei Zurückhaltung zu üben. Das von der Klägerin begehrte Neufahrzeug stelle trotz gleichen Namens wegen des Modellwechsels mit einer Vielzahl von Änderungen ein aliud dar. Insbesondere sei das Fahrzeug mit dem neuen Motor EA 288 im „modularen Dieselmotorkasten“ von VW vollständig neu konstruiert und leiste auch 10 PS mehr, erfülle die Abgasnorm EU 6 statt 5, habe einen SCR-Katalysator mit zusätzlichem Tank für Harnstofflösung zur Abgasreinigung, und das Fahrzeug weise veränderte Maße, ein neues Design und neue technische Ausstattungsdetails auf.

5

Hinzu komme, dass die Klägerin das bei der Beklagten bereits auf Lager befindliche Reimport-Fahrzeug in der Variante „Elegance“ mit festgelegter Ausstattung im Juni 2015 in Kenntnis des bereits ab März 2015 erfolgten Modellwechsels als Sonderangebot bzw. Restposten zu einem so niedrigen Preis erworben habe, dass die Beklagte sogar einen kleinen Verlust in Höhe von 52,77 € brutto gemacht habe. Der Klägerin sei bewusst gewesen, dass es dieses Fahrzeug so nicht mehr geben werde, und zum Ausgleich habe sie einen Preisabschlag erhalten; sie sei deshalb nicht schutzwürdig. Das neue Modell „Suberb III“ sei ab März 2015

bestellbar gewesen und seit März 2015 als Limousine und seit Juni 2015 als Kombi produziert worden. Die Klägerin hätte also das deutlich teurere Nachfolgemodell bestellen können, sich aber bewusst für das beim Händler stehende und günstige Auslaufmodell als Stückschuld entschieden und damit das Risiko in Kauf genommen, dass die Nachlieferung im Fall eines Sachmangels ausscheiden würde. Das von ihr ausgewählte Fahrzeug sei im Zeitpunkt des Kaufs – unabhängig von der Tageszulassung – infolge des bereits erfolgten Modellwechsels nicht mehr „fabrikneu“ im Sinn der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 2003, 2824) gewesen, sodass sie auch unter diesem Gesichtspunkt nicht die Lieferung eines „fabrikneuen“ Ersatzfahrzeugs verlangen könne.

6

Darüber hinaus sei der Listenpreis des neuen Modells Superb III in der von der Klägerin zumindest gewünschten Ausstattung mit Ledersitzen als Variante „L&K“ – die Ausstattungslinie „Elegance“ werde nicht mehr angeboten – mit über 40.000,- € fast doppelt so hoch wie der von ihr gezahlte Sonderpreis von 24.990,- €, und selbst in der günstigsten Variante „Sportline“ koste das Fahrzeug noch mindestens 31.490,- €, ohne dabei den „Mindestanforderungen“ der Klägerin an die Ausstattung zu genügen (siehe Preisliste, Anlage BB8). Die Austauschbarkeit sei deshalb wegen fehlender Gleichwertigkeit zu verneinen. Andernfalls würde die Klägerin deutlich mehr erhalten als das, was sie vertraglich im Rahmen der Gewährleistung beanspruchen könne.

7

Dass zwischen einem Auslaufmodell und dem Nachfolgemodell nach dessen Markteinführung nach dem maßgeblichen Parteiwillen keine Identität oder Austauschbarkeit gegeben sei, werde daran deutlich, dass ansonsten der Händler einem Kunden, der in diesem Zeitpunkt den neuen Superb III bestellt hätte, stattdessen auch das alte Auslaufmodell Superb II hätte liefern können, was der Käufer zu Recht aber nicht als Erfüllung akzeptieren würde.

8

Aber selbst wenn eine Nachlieferung möglich wäre, sei sie unverhältnismäßig teuer, denn Nachbesserungskosten in Höhe von ca. 100,- € mit einer Stunde Arbeitseinsatz stünden Nachlieferungskosten von mindestens 16.609,- € netto gegenüber. Die Klägerin habe nicht substantiiert vorgetragen, warum das ihr angebotene Software-Update vor dem Hintergrund, dass es bereits von 2 Millionen Kunden mit EA-189-Motoren, davon 58.000 Skoda Superb-Fahrern, erfolgreich in Anspruch genommen worden sei, nicht zumutbar sei. Das Software-Update habe keine nachteiligen Folgen, und die Klägerin würde von der Skoda a.s. nach Durchführung eine Bescheinigung erhalten, dass es keine negativen Auswirkungen auf Kraftstoffverbrauch, CO₂-Emissionen, Motorleistung, Drehmoment und Geräuschemissionen habe. Die begehrte Nachlieferung sei auch deshalb unverhältnismäßig und für die Beklagte unzumutbar, weil die Klägerin, die nach § 475 Abs. 3 Satz 1 BGB keinen Nutzungsersatz schulde, sonst jahrelang ein Auto gefahren hätte, ohne dafür zu bezahlen, während der insbesondere bei einem Neuwagen erhebliche Nutzungswertverlust voll zulasten des Verkäufers ginge. Selbst wenn sich die Klägerin auf einen Vertrauensverlust zum Hersteller berufen dürfte, sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte zwischenzeitlich erhebliche vertrauensbildende Maßnahmen ergriffen habe. Die SKODA AUTO a.s. sei keine Tarnfirma von VW.

9

Ein Sachmangel liege ohnehin nicht vor, weil die Klägerin das von ihr erworbene Fahrzeug uneingeschränkt habe nutzen können und ein Wertverlust infolge der EA 189-Thematik nicht eingetreten sei. Das Fahrzeug leide auch nicht an einem Rechtsmangel, weil ein Widerruf, eine Rücknahme oder ein Erlöschen der EG-Typgenehmigung, ein Entzug oder Widerruf der Betriebserlaubnis, und ein Entzug der individuellen Straßenverkehrszulassung nicht drohe. Eine Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs könne auch nicht damit begründet werden, dass die Straßenverkehrszulassung im Fall der Nichtteilnahme an der technischen Überarbeitung (Software-Update) entzogen werden könne, weil sich die Klägerin das mangels Kooperation selbst zuzuschreiben hätte. Auch die weiteren von der Klägerin angeführten Anspruchsgrundlagen (§§ 311, 241 Abs. 2, 280 BGB) seien nicht gegeben.

10

2. Die Klägerin verteidigt das landgerichtliche Urteil. Eine Unmöglichkeit der Nachlieferung im Sinn von § 275 BGB sei nicht gegeben. Die angebotene Nachbesserung in Form des Software-Updates sei von vornherein unmöglich, untauglich, wirkungslos und damit unzumutbar. Eine Nachlieferung sei auch nicht

unverhältnismäßig. Bei Abschluss des Kaufvertrages habe die Klägerin nicht gewusst, wann ein neues Modell rauskommt. Von dem Verkäufer sei sie nicht über den anstehenden Modellwechsel informiert worden, und sie habe das Fahrzeug nicht wissentlich als Altmodell erworben. Das Fahrzeug sei weder als Auslaufmodell angeboten worden noch habe es Gespräche über die Möglichkeit gegeben, ein neues Modell zu erwerben. Die Beklagte habe bei dem Verkauf des Fahrzeugs keinen Verlust erlitten und der Klägerin keinen Preisabschlag gewährt. Den von der Beklagten angebotenen Zeugen Schweiger kenne die Klägerin nicht. Es habe keinen Modellwechsel gegeben, sondern lediglich eine Modellpflege (Facelift), eine technische Weiterentwicklung bzw. – in den Worten der Beklagten – eine Produktaufwertung. Die Beklagte habe lediglich ein neues Modell vortäuschen wollen. Die Beklagte müsse sich als freie Händlerin die arglistige Täuschung durch die Mitarbeiter von VW zurechnen lassen.

11

3. Der Senat hat im Termin zur mündlichen Verhandlung am 25.10.2018 Versäumnisurteil gegen die Klägerin nach § 539 Abs. 2 ZPO erlassen, auf die Berufung der Beklagten hin das Endurteil des Landgerichts München II vom 22.02.2018 aufgehoben und die Klage insgesamt abgewiesen. Die Klägerin hat gegen das Versäumnisurteil mit Schriftsatz vom 19.11.2018 Einspruch eingelegt und diesen begründet.

12

Die Klägern beantragt zuletzt,

1. Das Versäumnisurteil des Oberlandesgerichts München vom 25.10.2018, 1 U 1004/18 wird aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts München II vom 22.02.2018, 9 O 2083/17 wird zurückgewiesen und dieses Urteil wiederhergestellt.
3. Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht davon ausgeht, dass das erstinstanzliche Urteil wegen der Unzulässigkeit des Antrags aufzuheben wäre:

Die Beklagtenpartei wird verurteilt, an die Klägerpartei ein mangelfreies, fabrikneues Fahrzeug Skoda Superb Combi aus der aktuellen Produktion mit zumindest den folgenden technischen Merkmalen

- Motorisierung: 2.0 TDI 103 kW DSG
- Außenfarbe: weiß
- Innenraumfarbe: beige in Leder
- ESC
- Antiblockiersystem ABS
- Motorschleppmomentregelung MRS
- Antriebsschlupfregelung ASR
- Elektronische Differenzialsperre EDS
- Hydraulischer Bremsassistent HBA
- Beifahrer-, Seiten und Kopfairbags, Beifahrerairbag abschaltbar
- Kopfstützen und Dreipunktgurte an allen Sitzen
- umklappbare Rückbank
- Getränkehalter
- Tagfahrlicht
- Coming-Home-Lichtfunktion
- LED-Rückleuchten
- beleuchtete Kosmetikspiegel in der Sonnenblende
- Brillenfach

- Außentemperaturanzeige
- Pollenfilter
- Fach unter Beifahrersitz
- Servolenkung mit Wegfahrsperre
- Elektrisch einstellbare, anklappbare und automatisch abblendende Außenspiegel
- Außenbeleuchtung
- Beheizbare Waschdüsen
- Beleuchtete Innentürgriffe
- Xenon-Scheinwerfer
- Bluetooth-Funktionalität
- Chrom-Seitenschutzleisten
- Dachreling in Silber
- Elektrisch verstellbare Vordersitze, Fahrersitz mit Memory-Funktion
- Elektrische Fensterheber vorne und hinten
- Fußraumbeleuchtung hinten
- Innenspiegel automatisch abblenden
- Klimaautomatik
- Bordcomputer
- MDI
- Mittelarmlehne
- Multifunktionslederlenkrad
- Nebelscheinwerfer mit Corner-Funktion
- Radio
- Regensensor
- Scheinwerferreinigungsanlage
- Sitzheizung vorne
- Sonnenschutzrollos hinten
- Tempomat
- Heckscheibe und hintere Seitenscheiben dunkel getönt
- Einparkhilfe vorne und hinten
- Berganfahrassistent

nachzuliefern Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs Skoda Superb 2,0 I TDI, FIN: ...

4. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagtenpartei mit der Rücknahme des in Klageantrag Ziffer 1 genannten Fahrzeugs in Verzug befindet.

5. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, die Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.889,24 € freizustellen.

13

Die Beklagte beantragt,

das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten.

14

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

B.

15

I. Der zulässige Einspruch gegen das Versäumnisurteil vom 25.10.2018 hat in der Sache keinen Erfolg, weil die Klägerin keinen Anspruch auf Nachlieferung eines Neufahrzeugs aus der Serie Skoda Suberb III in der von ihr näher bezeichneten Konfiguration hat, die Beklagte sich nicht in Verzug mit der Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs Skoda Suberb II 2,0 TDI befindet, und die Klägerin auch keine Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten verlangen kann.

16

1. Ein Nachlieferungsanspruch aus §§ 433 Abs. 1 Satz 2, 434 Abs. 1, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, Alt. 2 BGB besteht nicht:

17

1.1. Der Senat schließt sich den Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Hinweisbeschluss vom 08.01.2019 (VIII ZR 225/17, juris-Rn. 4 ff) an, nach denen bei einem Fahrzeug mit Dieselmotor der Baureihe EA 189 aufgrund der Software zur Reduzierung des Stickoxidausstoßes auf dem Prüfstand ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB vorliegt. Das von der Klägerin erworbene Fahrzeug wies bei Gefahrübergang diesen Motor mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung auf, sodass ihm angesichts der Gefährdung des weiteren ungestörten Betriebs die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung fehlte.

18

1.2. Für die Frage, ob ein Mangel nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB durch eine gleichartige und gleichwertige Ersatzleistung behoben werden kann, kommt es darauf an, ob die Vertragsparteien die konkrete Leistung nach dem Vertragszweck und ihrem erkennbaren Willen als austauschbar angesehen haben. Dabei ist zu beachten, dass 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 einen Modellwechsel vornehmen kann und das bisherige Modell nicht mehr produziert. Am Markt tritt das Nachfolgemodell 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 entsprechenden umfangreicherem Einsatz von Steuerungssoftware, durch Änderung 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. Diese Gesichtspunkte erlangen auch bei der Beurteilung der Austauschbarkeit der Leistung nach einem Modellwechsel Gewicht. Ein mehr oder weniger großer Änderungsumfang ist für die Interessenlage der Vertragsparteien, insbesondere des Verkäufers, in der Regel ohne Belang, zumal der Fahrzeughersteller technische oder andere Änderungen auch ohne äußerlich erkennbaren Modellwechsel vornehmen kann. Es kommt daher auch nicht entscheidend darauf an, ob ein echter Modellwechsel oder lediglich ein sog. „Facelift“ erfolgt ist. Vielmehr steht für den mit einem Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung konfrontierten Verkäufer eines Neuwagens nach einem Modellwechsel – sofern ein Neufahrzeug der nicht mehr aktuellen Modellreihe nicht mehr zu beschaffen ist – im Mittelpunkt, welche Ersatzbeschaffungskosten er für das Nachfolgemodell aufwenden müsste. Die Interessenlage des Verkäufers ist in dieser Lage nicht wesentlich anders zu beurteilen, als sei das zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages produzierte Modell [Hervorhebung durch den Senat] noch lieferbar (vgl. BGH, Beschl. v. 08.01.2019 a.a.O., juris-Rn. 34 ff).

19

1.3. Nach diesem Maßstab ist im vorliegenden Fall bei interessengerechter Auslegung der Willenserklärungen der Vertragsparteien eine Austauschbarkeit der Leistung zu verneinen.

1.3.1. Die Klägerin ist dem Vortrag der Beklagten nicht entgegengetreten, dass es sich bei dem von ihr im Juni 2015 erworbenen Fahrzeug des Typs Skoda Suberb II um ein zu diesem Zeitpunkt nicht mehr hergestelltes und deshalb auch nicht nachbestellbares Auslaufmodell handelte, während das Nachfolgemodell Skoda Suberb III bereits ab März 2015 bestellt werden konnte, und ebenfalls seit März 2015 als Limousine und seit Juni 2015 als Kombi produziert wurde. Jemand, der an dem Kauf eines Neufahrzeuges interessiert ist und zu diesem Zweck ein Autohaus aufsucht, erkundigt sich – sofern er nicht sowieso von dem Verkaufspersonal darauf aufmerksam gemacht wird – regelmäßig danach, ob ein dort ausgestellt und zu einem besonders günstigen Preis angebotenes Fahrzeug in dieser Form noch hergestellt wird, oder ob es sich um ein Auslaufmodell handelt und gerade deshalb darauf ein Rabatt gewährt wird. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass in der Rechnung vom 11.06.2015 (Anlage K1) das Fahrzeug zum Nettopreis von 21.000,- € in Fettdruck als „Sonderangebot“ bezeichnet wird, ist die Klägerin für ihren jeglicher Lebenserfahrung widersprechenden Vortrag beweispflichtig, sie habe bei Abschluss des Kaufvertrages nicht gewusst, „wann ein neues Modell rauskommt“, sie habe das Fahrzeug nicht wissentlich als Altmodell erworben bzw. es sei ihr nicht als solches angeboten worden, sie sei von dem Verkäufer nicht über den „anstehenden“ (tatsächlich bereits erfolgten) Modellwechsel informiert worden, und es sei auch nicht über die Möglichkeit gesprochen worden, das Nachfolgemodell zu erwerben. Diesen Beweis hat die Klägerin nicht angetreten; mangels Anfangswahrscheinlichkeit für ihre Behauptungen fehlte es auch an den Voraussetzungen für ihre Einvernahme als Partei von Amts wegen nach § 448 ZPO. Hinzu kommt, dass bei der Ermittlung des Parteiwillens im Rahmen der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB maßgeblich auf den objektiven Empfängerhorizont abzustellen ist. Erkundigt sich ein potentieller Kunde beim Besuch eines Autohauses nicht danach, warum ein im Verkaufsraum oder auf dem Hof stehendes Neufahrzeug, das in dieser Modellversion tatsächlich nicht mehr produziert wird, zu einem Sonderpreis angeboten wird, darf der Verkäufer grundsätzlich davon ausgehen, dass dem Kaufinteressenten die Umstände bekannt sind.

1.3.2. Gegenstand und Zweck des Vertrages war nach dem gemeinsamen Parteiwillen somit der (bewusste) Erwerb des noch als Restposten bei der Beklagten vorhandenen Auslaufmodells mit guter Ausstattung unter Realisierung eines besonderen Preisvorteils durch den Käufer. Das unterscheidet den vorliegenden Sachverhalt wesentlich von der dem Hinweisbeschluss des BGH a.a.O. zugrundeliegenden Fallkonstellation dahingehend, dass der Markteintritt eines Nachfolgemodells nicht erst zukünftig im Raum stand, sondern bei Abschluss des Kaufvertrages über das Vorgängermodell bereits erfolgt war, was der Klägerin eine Entscheidung zwischen dem Kauf der gerade noch als Restbestand in einer festgelegten Konfiguration erhältlichen Altversion und dem bereits bestellbaren Nachfolgemodell abverlangte. Den Parteien einen gemeinsamen Willen zu unterstellen, dass im Gewährleistungsfall dennoch das der Klägerin verkaufte Auslaufmodell der II. Generation – das nach der Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 16.07.2003 – VIII ZR 243/02) nicht mehr „fabrikneu“ war – durch ein fabrikneues Fahrzeug der III. Modellgeneration mit wesentlich veränderten Merkmalen ausgetauscht werden sollte, wäre nach Ansicht des Senats unrealistisch. Auf die Frage, ob der Käufer anstelle des von ihm konkret wegen des günstigen Preises ausgewählten Fahrzeugs auch das – erheblich teurere – Nachfolgemodell bestellt hätte, kommt es für die Vertragsauslegung nicht maßgeblich an (entgegen OLG Stuttgart, Urt. v. 29.07.2019 – 5 U 45/18, juris-Rn. 43 f), weil das aktuelle Modell zu diesem Sonderpreis eben nicht erhältlich gewesen wäre. Die Händler stoßen nach einem Modellwechsel ihre Restbestände aus der Altserie deshalb zu besonders günstigen Konditionen ab, weil sie die Fahrzeuge ansonsten gar nicht mehr absetzen könnten und die für die neuen Modelle benötigten Lagerflächen blockiert würden. Ob die Autohäuser von diesem Vorgang tatsächlich in der Weise profitieren, wie das OLG Stuttgart (a.a.O.) meint, erscheint auch vor dem Hintergrund des Vortrags der Beklagten, sie habe bei der Veräußerung des streitgegenständlichen Fahrzeugs einen geringfügigen Verlust erlitten, als zweifelhaft. Die nicht mehr gegebene Lieferbarkeit des Altmodells im Gewährleistungsfall auch in dieser besonderen Konstellation in die Risikosphäre des Verkäufers zu verlagern, wie es das OLG Stuttgart befürwortet, wäre jedenfalls eine nicht interessengerechte, sondern die Käuferseite einseitig bevorzugende Auslegung. Eine vertragliche Beschaffungspflicht der Beklagten im Rahmen der Gewährleistung aus der nachfolgenden Produktionsserie ist demnach ausgeschlossen (vgl. wie hier OLG Koblenz, Urt. v. 09.09.2019 – 12 U 773/18, juris-Rn. 52 in einem gleichgelagerten Fall). Das gilt umso mehr, als vorliegend die Ersatzbeschaffungskosten, die der Verkäufer für ein Nachfolgemodell aufwenden müsste, im Verhältnis zu dem beim Abverkauf des Fahrzeugs aus der alten Serie erzielten Verkaufserlös besonders hoch sind.

22

1.4. Ob die Beklagte die von der Klägerin begehrte Art der Nacherfüllung (auch) nach § 439 Abs. 4 BGB wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigern könnte, kann offen bleiben. Der Senat muss deshalb auch nicht darüber entscheiden, ob die Nachrüstung mit dem von der britischen Vehicle Certification Agency (VCA) als zuständiger Typgenehmigungsbehörde freigegebenen und der Klägerin angebotenen Software-Update tatsächlich zur Behebung des Mangels geeignet ist und damit eine ordnungsgemäße Form der Nachbesserung darstellen würde oder – wie die Klägerin behauptet – zu fortbestehenden oder neuen Unzulänglichkeiten an dem Fahrzeug führen würde.

23

1.5. Anderweitige Anspruchsgrundlagen für das Nachlieferungsbegehren der Klägerin sind ersichtlich nicht gegeben.

24

1.6. Ob der von der Klägerin in erster Instanz als Ziffer 1 gestellte Antrag, auch in der vom Landgericht vorgenommenen Konkretisierung auf Seite 9 der Gründe des angefochtenen Urteils, oder jedenfalls der in der Berufung von der Klägerin hilfsweise als Ziffer 3 gestellte Antrag das als Nacherfüllung begehrte Fahrzeug in nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmter Weise beschreibt, kann dahinstehen.

25

2. Mangels eines Nachlieferungsanspruchs befindet sich die Beklagte nicht im Verzug mit der Zug-um-Zug angebotenen Rücknahme des Fahrzeugs der Klägerin, und die Klägerin hat aus demselben Grund auch keinen Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten.

26

II. Über die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen, die die Klägerin nach § 91 ZPO zu tragen hat, wurde bereits im Versäumnisurteil vom 25.10.2018 entschieden. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO; die Vorschrift des § 709 Satz 3 ZPO ist bei Versäumnisurteilen im zweiten Rechtszug nicht anwendbar.

27

III. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Nicht schon jede Abweichung der Berufungsgerichte untereinander begründet das Vorliegen von grundsätzlicher Bedeutung oder erfordert eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, insbesondere wenn es um eine Einzelfallentscheidung geht (vgl. Zöller/Heßler, ZPO 33. Aufl. § 543 Rn. 11). So liegt der Fall hier, denn die Frage, wie weit die vertragliche Leistungspflicht eines Verkäufers und die daran anknüpfende gewährleistungsrechtliche Nacherfüllungspflicht reicht, ist von der konkreten Ausgestaltung des Vertrages abhängig und daher nicht in allgemeinverbindlicher Weise zu beurteilen. Im Übrigen ist gegen das Urteil des OLG Stuttgart Revision eingelegt worden und liegt dem Bundesgerichtshof bereits unter Az. VIII ZR 250/19 zur Entscheidung vor.