

Titel:

Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache trotz Mangelbeseitigung

Normenkette:

BGB § 242, § 434, § 437 Nr. 1, § 439

Leitsätze:

1. Ist die gekaufte Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft und verlangt der Käufer nach seiner Wahl gemäß § 439 I BGB die Lieferung einer mangelfreien Sache, entfällt sein Anspruch nicht aufgrund einer vom Verkäufer anschließend bewirkten Beseitigung des Mangels.
2. Dem trotz Mangelbeseitigung am Anspruch auf Nachlieferung festhaltenden Käufer kann der Einwand treuwidrigen Verhaltens (§ 242 BGB) dann nicht entgegengehalten werden, wenn die Mangelbeseitigung ohne seine Zustimmung erfolgt ist.
3. Die für einen erstmals im Prozess geltend gemachten Ausschluss der verlangten Nacherfüllung nach § 439 III BGB relevante Bedeutung des Mangels bestimmt sich nach den zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegenden Umständen.

Ein Fahrzeug, dessen Steuerungselektronik den Fahrzeugnutzer durch einen Warnhinweis zum Anhalten des Fahrzeugs und anschließenden Abwarten von bis zu 45 Minuten auffordert, ohne dass hierfür ein relevanter Grund gegeben ist, eignet sich nicht für die gewöhnliche Verwendung als Fortbewegungsmittel und ist damit nicht frei von Sachmängeln. (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Nacherfüllung, Sachmangel, Mangelbeseitigung, treuwidriges Verhalten, Erfüllung, unverhältnismäßige Kosten

Vorinstanz:

LG Nürnberg-Fürth, Endurteil vom 30.12.2015 – 9 O 8893/13

Rechtsmittelinstanz:

BGH Karlsruhe, Urteil vom 24.10.2018 – VIII ZR 66/17

Fundstellen:

MDR 2017, 635

BeckRS 2017, 102366

DAR 2017, 706

LSK 2017, 102366

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 30.12.2015 abgeändert.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen PKW A ... mit der nachstehenden Ausstattung Zug um Zug gegen Herausgabe des PKW A ... mit der Fahrgestellnummer ... herauszugeben und zu übereignen:

Fahrzeug:

... Modell A ...

... Schwarz ...

... Stoff ...

Serienausstattung: ...

Sonderausstattung: ...

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des PKW A ... mit der Fahrgestellnummer ... seit dem 01.10.2013 in Annahmeverzug befindet.

4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

5. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

6. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 50.000,00 €, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

7. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 38.265,00 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

1

I. Die Parteien streiten über einen Anspruch auf Nachlieferung eines Kraftfahrzeugs.

2

Mit Kaufvertrag vom 20.07.2012 (Anlage K 1) erwarb der Kläger zum Preis von 38.265,00 € von der Beklagten einen neuen PKW A ... mit Schaltgetriebe, der im September 2012 an den Kläger ausgeliefert wurde. Seit Januar 2013 erschien im Display des Fahrzeugs mehrmals die Kupplungsüberhitzungsanzeige. Da der Kläger Probleme mit der Kupplung und der Elektronik rügte, befand sich das Fahrzeug mehrfach bei der Beklagten zur Mangelbeseitigung. Der Kläger nutzte das Fahrzeug nicht zum Fahren im Gelände, da er fürchtete, dort liegenzubleiben. Nachdem die Warnmeldung am 02.07.2013 und 08.07.2013 erneut aufgetreten war, forderte der Kläger die Beklagte mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 11.07.2013 (Anlage K 4) zur Lieferung einer Ersatzsache bis spätestens 30.09.2013 auf. Damit verbunden war das Angebot, Zug um Zug gegen Lieferung eines identischen Fahrzeugs das gekaufte Fahrzeug zurückzugeben. Die Beklagte kam der Aufforderung nicht nach.

3

Der Kläger hat behauptet, im Display des Fahrzeugs erscheine häufig eine Textmeldung, die zum vorsichtigen Anhalten des Fahrzeugs zum Zwecke der Abkühlung der Kupplung auffordere, was bis zu 45 Minuten dauern könne. Er hat die Auffassung vertreten, für das Vorliegen eines Mangels sei auf den Zeitpunkt des Nacherfüllungsverlangens abzustellen.

4

Die Beklagte hat behauptet, die Kupplung sei technisch einwandfrei und die Warnleuchte erscheine dann, wenn dies im Falle besonderer Beanspruchung vorgesehen sei, um Schäden vorzubeugen. Seitens der Entwicklungs- und der Gewährleistungsabteilung sei ihr auf Nachfrage zugesichert worden, dass ein Abstellen des Fahrzeugs bei Erscheinen des Warnhinweises nicht notwendig sei, weil die Kupplung bei betriebsgerechter Bedienung auch im Fahrbetrieb abgekühlt werden könne. Auch weise die Warnmeldung nach einem Softwareupdate seit Juli 2013 folgenden Text auf: „Kupplung im Stand oder während der Fahrt abkühlen lassen. Häufiges Anfahren und längeres Fahren unterhalb Schrittgeschwindigkeit vermeiden. Nach Erlöschen dieser Meldung ist die Kupplung abgekühlt und nicht geschädigt“. Nach Erstellung des Gutachtens des gerichtlichen Sachverständigen vom 08.09.2014 sei das Softwareupdate im Oktober 2014 auf das Fahrzeug des Klägers aufgespielt worden. Das Nacherfüllungsverlangen sei mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden. Bei einem Fahrzeugwert von 37.710,00 € und einem zwischenzeitlich eingetretenen Wertverlust in Höhe von 25-30% beliefen sich die Kosten der Nacherfüllung auf ca. 9.500,00 bis 11.300,00 €. Ein Austausch der Kupplungsanlage verursache Kosten in Höhe von 2.500,00 €. Soweit die Warnmeldung als Mangel anzusehen sei, sei eine Nacherfüllung unmöglich gemäß § 275 I BGB.

5

Wegen des darüber hinausgehenden erstinstanzlichen Parteivorbringens und der gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des am 30.12.2015 verkündeten Endurteils des Landgerichts Nürnberg-Fürth sowie auf die dort genannten Unterlagen Bezug genommen.

6

Das Landgericht Nürnberg-Fürth hat die Klage nach Einholung von zwei Sachverständigengutachten abgewiesen. Ein im Aufleuchten der Warnmeldung begründeter Mangel liege nicht mehr vor. Die Beklagte habe den Mangel im Laufe des Rechtsstreits behoben, so dass sich der Kläger nicht mehr auf ihn berufen könne.

7

Gegen dieses, seinen Prozessbevollmächtigten am 04.01.2016 zugestellte Urteil hat der Kläger mit am 26.01.2016 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten am 12.02.2016 begründet.

8

Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe nicht nachgewiesen, den zum Zeitpunkt der Auslieferung des Fahrzeugs vorhandenen Mangel im Laufe des Rechtsstreits behoben zu haben.

9

Der Kläger beantragt:

1. Das Endurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 30.12.2015, Az. 9 O 8893/13, wird abgeändert.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen PKW A ... mit der nachstehenden Ausstattung herauszugeben und zu übereignen:

Fahrzeug:

... Modell A ...

... Schwarz ...

... Stoff ...

Serienausstattung:

...

Sonderausstattung:

...

dies Zug um Zug gegen Herausgabe des PKW A ... mit der Fahrgestellnummer

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des PKW A ... mit der Fahrgestellnummer ... seit dem 01.10.2013 in Annahmeverzug befindet.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger außergerichtlich entstandene, nicht festsetzbare Kosten der Rechtsverfolgung in Höhe von 1.419,19 € und Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 26.07.2013 zu bezahlen.

10

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

11

Die Beklagte verteidigt die ergangene Entscheidung. Sie müsse zwar einräumen, dass ihr bis zum Vorliegen des Gutachtens des gerichtlichen Sachverständigen vom 08.09.2014 nicht bekannt gewesen sei, dass die Warnmeldung dazu geraten habe, die Abkühlung der Kupplung im Stand erfolgen zu lassen. Aufgrund der bei der Fachabteilung eingeholten Information sei dem Kläger mehrfach und mit Schreiben vom 24.07.2013 auch schriftlich mitgeteilt worden, dass ein Abkühlen der Kupplung auch unproblematisch während der Fahrt erfolgen könne. Die im gerichtlichen Sachverständigengutachten vom 08.09.2014 festgestellte Warnmeldung, die ihre Mitarbeiter nie gesehen und nicht gekannt hätten, habe dem Stand der Serie bis zum Juli 2013 entsprochen. Bereits ab Juli 2013 sei eine Änderung der Software veranlasst, aber noch nicht auf das Fahrzeug des Klägers aufgespielt gewesen, weil dieses erst am 14.10.2014 an das Diagnosegerät angeschlossen worden sei. Der Auskunft der Fachabteilung habe der geänderte Text der Warnmeldung zugrunde gelegen. Im Hinblick auf § 439 III BGB sei zu sehen, dass die Wertdifferenz des

streitgegenständlichen Fahrzeugs gegenüber einem „neuen Fahrzeug“ zum Zeitpunkt der Klageerhebung mindestens 10.000,00 € betragen habe. Der Kläger habe seinerzeit ein Angebot, das Fahrzeug gegen erinnerlich 28.000,00 € in Zahlung zu nehmen, nicht angenommen. Die Kosten für das später erfolgte Softwareupdate, das nicht für ein einzelnes Fahrzeug, sondern für die komplette Serie bzw. für alle Fahrzeuge des Herstellers mit identischer Funktion entwickelt worden sei, könnten kaum beziffert werden. Softwareveränderungen würden unabhängig von einzelnen Beschwerden oder Klagen erfolgen, insofern lägen „Sowieso-Kosten“ für die Programmierung der Updates vor, die umgelegt auf ein einzelnes Fahrzeug zu vernachlässigen seien. Es liege ein derart offensichtlicher Fall der Unverhältnismäßigkeit vor, der es schwierig mache, hierzu konkreter vorzutragen. Eine „Rechnung“ für das allen Fahrzeugnutzern über die angeschlossenen Servicebetriebe kostenfrei zur Verfügung gestellte Softwareupdate könne nicht vorgelegt werden. Auch bei einem Betriebssystem für einen Computer könne nicht Nachlieferung anstelle des einfachen Aufspiels eines zur Verfügung stehenden Updates verlangt werden.

12

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens in der Berufungsinstanz wird auf die Schriftsätze vom 11.02.2016 (Bl. 179 ff. d. A.), 28.04.2016 (Bl. 191 ff. d. A.), 16.01.2017 (Bl. 209 ff. d. A.) und 01.02.2017 (Bl. 218 f. d. A.) Bezug genommen.

13

Der Senat hat keinen Beweis erhoben.

14

II. Die Berufung ist zulässig, insbesondere an sich statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden.

15

Das Rechtsmittel hat auch in der Sache überwiegend Erfolg.

16

1. Der Kläger kann nach § 434 I 1, 2 Nr. 2, § 437 Nr. 1, § 439 I BGB die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Denn das ihm in Vollziehung des Kaufvertrags überlassene Fahrzeug war zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht frei von Sachmängeln (a.). Dem Anspruch des Klägers kann weder entgegengehalten werden, dass eine Nacherfüllung unmöglich (b.), noch, dass eine Mangelbeseitigung zwischenzeitlich erfolgt (c.) sei. Auch der Einwand der Unverhältnismäßigkeit (§ 439 III BGB) steht der Beklagten nicht zur Verfügung (d.).

17

a. Das streitgegenständliche Fahrzeug wurde dem Kläger nicht frei von Sachmängeln ausgeliefert. Denn die vom gerichtlichen Sachverständigen im Zuge seines Augenscheins am 04.08.2014 (vgl. Seite 2 des Gutachtens vom 08.09.2014, Bl. 46 d. A.) dokumentierte Displaymeldung („Kupplungstemperatur Vorsichtig anhalten und Kupplung abkühlen lassen. Der Vorgang kann bis zu 45 Minuten dauern. Nach Erlöschen dieser Meldung ist die Weiterfahrt möglich. Die Kupplung ist nicht beschädigt“, vgl. Seite 3 des Gutachtens vom 08.09.2014 sowie die Bildanhänge Nr. 12 ff., Bl. 47, 58 ff. d. A.) beruhte auf dem bis Juli 2013 geltenden Stand der auf den Fahrzeugen der streitgegenständlichen Serie aufgespielten Software. Dies stellt die Beklagte, die zunächst aufgrund des von ihr geschilderten Missverständnisses im Rahmen der Kommunikation mit der Entwicklungsabteilung bestritten hat, dass die Warnmeldung eine Aufforderung zum Anhalten enthalten habe, nicht mehr in Abrede.

18

Die vorstehend mitgeteilte Displaymeldung stellt auch einen Sachmangel des erworbenen Fahrzeugs dar. Denn nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB ist eine Sache nur dann frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Ein Fahrzeug, dessen Steuerungselektronik den Fahrzeugnutzer durch einen Warnhinweis zum Anhalten des Fahrzeugs und anschließenden Abwarten von bis zu 45 Minuten auffordert, ohne dass hierfür ein relevanter Grund gegeben ist, eignet sich nicht für die gewöhnliche Verwendung als Fortbewegungsmittel. Denn die von Inhalt und Gestaltung des Warnhinweises ausgehende Reaktionsaufforderung wird den durchschnittlichen Fahrzeugkäufer, der regelmäßig auch den Erhalt seiner Gewährleistungs- und Garantieansprüche im Blick haben wird, dazu anhalten, seine Fahrt für einen nicht unerheblichen Zeitraum (vgl. die vom gerichtlichen Sachverständigen

ermittelten Wartezeiten bis zum Erlöschen der Displayanzeige von 28 und 42 Minuten, vgl. Seite 3 des Gutachtens vom 08.09.2014, Bl. 47 d. A.) zu unterbrechen. Dass ein Abkühlen der Kupplung auch während fortgesetzter Fahrt möglich ist und eine Schädigung der Kupplung auch auf diese Weise vermieden werden kann, lässt sich dem Warnhinweis in seiner damaligen Fassung nicht entnehmen. Käufer von Kraftfahrzeugen erwarten in objektiv berechtigter Weise nicht, dass sie von der Fahrzeugelektronik ohne eine tatsächlich bestehende Notwendigkeit einen Warnhinweis erteilt bekommen, der zur Abwendung drohender Schäden eine keinen Aufschub duldende Änderung des Fahrverhaltens in Form des Anhaltens nahe legt. Mit einer solchen unangemessenen Beeinträchtigung der Nutzbarkeit muss ein Fahrzeugkäufer nicht rechnen. Letztlich findet die Annahme eines Sachmangels auch darin eine Stütze, dass der ursprüngliche Warnhinweis später textlich überarbeitet worden ist. Dafür, dass die Aufforderung, das Fahrzeug anzuhalten und sodann bis zu 45 Minuten abzuwarten, aus dem Warnhinweis entfernt wurde, obwohl der Schutz der Kupplung diese Verhaltensweisen erfordert, sind Anhaltspunkte weder ersichtlich noch vorgetragen.

19

Soweit die Beklagte geltend macht, sie habe dem Kläger mehrmals und mit Schreiben vom 24.07.2013 sogar schriftlich mitgeteilt, dass beim Auftreten der Warnmeldung keine Notwendigkeit zum Anhalten bestehe, lässt dies den Sachmangel nicht entfallen. Die Auskunft der Beklagten erfolgte nach deren eigener Schilderung auf der Basis von Informationen aus der Entwicklungsabteilung, denen bereits der ab Juli 2013 erneuerte Text der Warnmeldung zugrunde gelegen hat. Sie - die Auskunft - bezog sich daher nicht auf die im Fahrzeug des Klägers hinterlegte Warnmeldung und war daher nicht geeignet, deren Aufforderungscharakter für den Kläger verbindlich zu beseitigen, zumal von einer Erklärung der Beklagten, für etwaige Folgekosten aufzukommen, die auf ein Ignorieren der Warnmeldung zurückzuführen sind, nicht die Rede ist. Zudem musste sich der Kläger nicht darauf einlassen, etwaige andere Fahrer des PKW über die (fehlende) Bedeutung der Warnmeldung informieren zu müssen.

20

b. Die vom Kläger verlangte Nacherfüllung ist nicht unmöglich. Soweit die Beklagte dies unter Hinweis darauf, dass Fahrzeuge ohne „diese“ Warnmeldung (vgl. Seite 4 des Schriftsatzes der Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 29.01.2015, Bl. 78 d. A.) nicht existieren würden, geltend macht, kann damit der Anspruch des Klägers nicht zu Fall gebracht werden. Denn es erschließt sich nicht, weshalb es für die Beklagte oder „für jedermann“ (vgl. § 275 I BGB) unmöglich sein sollte, ein Fahrzeug der streitgegenständlichen Baureihe ohne den mangelhaften Warnhinweis zu beschaffen. Dass dies (jederzeit) möglich (gewesen) ist, zeigt gerade das nach der Behauptung der Beklagten seit Juli 2013 vorliegende Softwareupdate. Schließlich kommt die Annahme von Unmöglichkeit im Falle des Gattungskaufs ohnehin erst dann in Betracht, wenn die gesamte Gattung untergegangen ist und nicht mehr hergestellt werden kann (Palandt/Weidenkaff, BGB, 76. Auflage 2017, § 439 Rn. 15).

21

c. Dem Anspruch des Klägers kann selbst dann nicht entgegengehalten werden, dass der Mangel zwischenzeitlich - im Laufe des Rechtsstreits - behoben worden sei, wenn davon ausgegangen werden müsste, dass auf das streitgegenständliche Fahrzeug am 14.10.2014 ein Softwareupdate mit dem von der Beklagten behaupteten geänderten Text des Warnhinweises aufgespielt worden ist.

22

aa. Der Nacherfüllungsanspruch des Klägers wäre in diesem Fall nicht durch Erfüllung (§ 362 I BGB) erloschen. Nach § 439 I BGB kann der Käufer als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Der Käufer ist dabei in seiner Wahl zwischen den beiden Arten der Nacherfüllung frei und kann beliebig nach seinem Interesse entscheiden, ohne auf das des Verkäufers, der auf seine Rechte aus § 439 III BGB verwiesen ist, Rücksicht nehmen zu müssen (Palandt/Weidenkaff, BGB, 76. Auflage 2017, § 439 Rn. 5; Pammler in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 439 BGB Rn. 35; Grunewald in: Erman, BGB, 14. Aufl. 2014, § 439 BGB Rn. 12; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2013, § 439 Rn. 8 ff.; Westermann in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2016, § 439 Rn. 4). Dem Verkäufer steht es von daher nicht frei, die vom Käufer getroffene Wahl dadurch zu unterlaufen, dass er die Nacherfüllung auf die vom Käufer nicht gewählte Art und Weise (hier: Beseitigung des Mangels anstelle der Lieferung einer mangelfreien Sache) erbringt. Nur durch Vornahme der verlangten Art der Nacherfüllung kann der Verkäufer das vom Käufer wirksam ausgeübte Wahlrecht zum Erlöschen bringen (Palandt, a. a. O. Rn. 8).

Die Frage, ob es dem Käufer nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sein kann, trotz Beseitigung des Mangels an der von ihm gewählten anderen Art der Nacherfüllung (Lieferung einer mangelfreien Sache) festzuhalten (vgl. nachfolgend unter bb.), ist vom Einwand der Erfüllung zu unterscheiden.

23

bb. Die Frage, ob es dem Käufer infolge einer nachträglichen Mangelbeseitigung verwehrt ist, sich auf ein bereits ausgeübtes Gewährleistungsrecht zu berufen, ist höchststrichterlich bislang nur zum Wandelungsrecht nach § 462 BGB aF und zum Rücktrittsrecht nach § 437 Nr. 2, § 323 BGB beantwortet worden (vgl. Wassermann, jurisPR-BGHZivilR 1/2009 Anm. 1). Die insoweit angestellten Überlegungen lassen sich jedoch auch auf das im vorliegenden Fall vom Kläger ausgeübte Wahlrecht nach § 439 I BGB übertragen.

24

(1) Zu § 462 BGB aF hat der Bundesgerichtshof (vgl. BGH, Urteil vom 19.06.1996 - VIII ZR 252/95, juris Rn. 11 ff.) ausgeführt, dass das Wandelungsrecht des Käufers unberührt bleibt, wenn der Mangel einer gekauften Sache durch eine - (vertraglich) nicht vereinbarte - Nachbesserung bis zum Vollzug der Wandelung zwar erfolgreich, aber ohne Zustimmung des Käufers, also eigenmächtig beseitigt wird. Nur wenn eine im Einverständnis mit dem Käufer durchgeführte Nachbesserung zur vollständigen Behebung des Mangels geführt habe, sei der Wandelung der Boden entzogen.

25

Auch in der vom Erstgericht herangezogenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Urteil vom 10.11.1995 - 22 U 65/95 = NJW-RR 1998, 265) wird maßgeblich darauf abgestellt, dass sich der Käufer den auf § 242 BGB gestützten Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens gefallen lassen muss, wenn er zu erkennen gibt, dass er trotz bereits gerichtlich geltend gemachter Wandelung einer Klaglosstellung durch Beseitigung aller Mängel nicht ablehnend gegenüber steht. Ein Rechtssatz, dass sich ein Käufer bereits allein deshalb nicht mehr auf den bei Gefahrübergang vorhanden gewesenen Mangel berufen kann, weil dieser im Laufe des Rechtsstreits durch den Verkäufer behoben worden ist, lässt sich der genannten Entscheidung nicht entnehmen.

26

(2) Zum Rücktrittsrecht nach § 437 Nr. 2, § 323 BGB hat der Bundesgerichtshof (vgl. BGH, Urteil vom 05.11.2008 - VIII ZR 166/07, juris Rn. 23) entschieden, dass der Käufer unter dem Gesichtspunkt treuwidrigen Verhaltens (§ 242 BGB) nur dann gehindert ist, an der durch den wirksam erklärten Rücktritt erlangten Rechtsposition festzuhalten, wenn die später erfolgte Mängelbeseitigung mit seiner Zustimmung erfolgt ist. Insoweit genügt zur Begründung des Vorwurfs treuwidrigen Verhaltens auch nicht, dass der Käufer etwaigen Reparaturmaßnahmen lediglich nicht entgegengetreten ist, wozu nach erklärtem Rücktritt auch keine Veranlassung besteht.

27

(3) Unabhängig davon, dass der Käufer mit der Ausübung seines Wahlrechts nach § 439 I BGB nicht wie beim Rücktritt nach § 437 Nr. 2, § 323 BGB oder bei der Minderung nach § 437 Nr. 2, § 441 BGB von einem Gestaltungsrecht Gebrauch macht, mit dessen wirksamer Erklärung der Kaufvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt bzw. der Kaufpreis auf den § 441 III 1 BGB entsprechenden Betrag herabgesetzt ist, kann dem Käufer ein Festhalten am Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache nur dann nach § 242 BGB als treuwidriges, widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden, wenn die vom Verkäufer durchgeführte Mängelbeseitigung mit seiner Zustimmung erfolgt ist.

28

Auch der bedingungsfeindlichen und unwiderruflichen Erklärung über die Ausübung des Wahlrechts nach § 439 I BGB kommt eine Gestaltungswirkung zu (Palandt/Weidenkaff, BGB, 76. Auflage 2017, § 439 Rn. 6). Diese kann einerseits an der den Käufer erfassenden Bindungswirkung (vgl. OLG Celle, Urteil vom 19.12.2012 - 7 U 103/12, juris Rn. 10) und andererseits daran festgemacht werden, dass einer nicht der Wahl des Käufers entsprechende Nacherfüllung durch den Verkäufer keine Erfüllungswirkung zukommt (vgl. oben II. 1. c. aa.).

29

Wenn die Beseitigung des Mangels nicht die im Sinne des § 362 I BGB geschuldete Leistungshandlung (Lieferung einer mangelfreien Sache) darstellt und damit der Erlöschenstatbestand der Erfüllung

ausscheidet, vermag sie den einmal entstandenen Gewährleistungsanspruch des Käufers, dessen Tatbestandsvoraussetzungen auch nach dem zum relevanten Zeitpunkt des Schlusses der (letzten) mündlichen Verhandlung bestehenden Erkenntnisstand als nach wie vor erfüllt anzusehen sind, nicht zu Fall zu bringen. Denn die spätere Beseitigung des Mangels ändert nichts daran, dass die Sache „bei Gefahrübergang“ nicht frei von Sachmängeln gewesen ist und damit Rechte des Käufers nach § 437 BGB zur Entstehung gebracht worden sind. Die Gewährleistungsansprüche des Käufers haben materiell-rechtlich nicht zur Voraussetzung, dass der bei Gefahrübergang vorhandene Mangel bis zum Zeitpunkt einer gerichtlichen Entscheidung (durchgehend) fortbesteht. Jedenfalls nach ihrer wirksamen Ausübung erfahren sie durch eine ohne Zustimmung des Käufers vorgenommene Mängelbeseitigung keine Einschränkung mehr. Für die Gewährleistungsrechte des Rücktritts und der Minderung folgt dies bereits aus ihrer unmittelbaren Gestaltungswirkung. Für das ausgeübte Wahlrecht nach § 439 I BGB kann aus Gründen des Käuferschutzes nichts anderes gelten. Unzuträglichkeiten für den Verkäufer, die mit der Aufrechterhaltung des Nacherfüllungsverlangens trotz erfolgter Mängelbeseitigung verbunden sind, kann sachgerecht mit dem Einwand treuwidrigen bzw. widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) begegnet werden.

30

(4) Nach Maßgabe der genannten Grundsätze erweist sich das Festhalten des Klägers am entstandenen Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache auch dann nicht als treuwidrig, wenn von einer vollständigen Behebung des Mangels im Zuge des Softwareupdates am 14.10.2014 ausgegangen werden müsste. Denn es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass der Kläger mit einem Versuch der Beklagten einverstanden gewesen sei, den bereits gerichtlich geltend gemachten und vom gerichtlich bestellten Sachverständigen festgestellten Mangel durch Aufspielen eines Softwareupdates zu beseitigen. Die Annahme eines Einverständnisses des Klägers scheidet schon deshalb aus, weil auch die Mitarbeiter der Beklagten das Fahrzeug des Klägers nicht an das Diagnosegerät angeschlossen haben, um den streitgegenständlichen Mangel zu beseitigen.

31

d. Der Beklagten steht die Einrede aus § 439 III BGB nicht zu. Infolgedessen ist sie auch nicht nach § 275 II BGB, der noch strengere Anforderungen („grobes Missverhältnis“) an eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung stellt, von ihrer Verpflichtung befreit (Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Auflage 2017, § 275 Rn. 27 f.).

32

aa. Nach § 439 III 1 BGB kann der Verkäufer - auch erstmals während des Rechtsstreits (BGH, Urteil vom 16.10.2013 - VIII ZR 273/12, juris Rn. 17) - die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte (§ 439 III 2 BGB). Maßgeblich kommt es dabei darauf an, ob die Kosten der Nachlieferung im Verhältnis zu den Kosten der Nachbesserung unverhältnismäßig sind (sogenannte „relative Unverhältnismäßigkeit“). Ein Recht des Verkäufers, die einzig mögliche Form der Abhilfe wegen (absolut) unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern, besteht dagegen im Rahmen eines - hier vorliegenden - Verbrauchsgüterkaufs im Sinne der §§ 474 ff. BGB nicht (BGH, Urteil vom 21.12.2011 - VIII ZR 70/08, juris Rn. 35 f.).

33

bb. Im Rahmen der bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung gebotenen Abwägung (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 76. Auflage 2017, § 439 Rn. 16a) ist der gesamte - ggf. geschätzte - Aufwand der Kosten für die Nachbesserung einerseits und für die Nachlieferung andererseits gegenüberzustellen. Die Kosten für die Nachlieferung übersteigen dabei vorliegend diejenigen einer Nachbesserung um ein Vielfaches, ohne dass es darauf ankommt, welchen Wert das zurückgenommene Fahrzeug für die Beklagte hat und welche Kosten für das nachzuliefernde Neufahrzeug im Einzelnen anfallen. Die Kosten einer Nachbesserung bestimmen sich am Aufwand für die Entwicklung eines Softwareupdates, mit dem der Text des streitgegenständlichen Warnhinweises so modifiziert wird, dass dem Fahrzeugführer keine unangemessene, die Nutzbarkeit des Fahrzeugs unnötig einschränkende Reaktion nahegelegt wird. Die von der Beklagten nicht näher bezifferten Kosten mögen beträchtlich sein, stellen aber im Hinblick darauf, dass Aktualisierungen der Fahrzeugsteuerungssoftware ohnehin regelmäßig auch aus anderen Gründen oder aufgrund von Kundenbeschwerden erfolgen, einen Aufwand dar, der ohnehin anfällt. Im Vergleich hierzu fallen die Kosten der Nachlieferung zusätzlich an.

34

cc. Dem steht allerdings die erhebliche Bedeutung des Mangels entgegen. Die streitgegenständliche Warnmeldung schränkt die Verwendungsmöglichkeiten des erworbenen Fahrzeugs spürbar ein. Denn ein achtsamer Fahrzeugnutzer, der den Eintritt drohender Schäden am Fahrzeug vermeiden und ggf. bestehende Gewährleistungs- und Garantieansprüche nicht gefährden möchte, wird der Aufforderung, das Fahrzeug anzuhalten und die Fahrt bis zu 45 Minuten zu unterbrechen, nachkommen. Erachtet man die Kosten für eine Modifikation des hinterlegten Warnhinweises für beträchtlich (vgl. oben II. 1. d. bb.), hat dies indizielle Bedeutung für das Gewicht des Mangels. Dass der Mangel möglicherweise mit dem Softwareupdate am 14.10.2014 behoben worden ist, steht der Annahme eines Mangels von erheblicher Bedeutung nicht entgegen. Denn als relevanter Zeitpunkt für die Beurteilung der Bedeutung des Mangels ist der Gefährübergang anzusehen, da zu diesem Zeitpunkt eine einwandfreie Leistung geschuldet war (Westermann in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2016, § 439 Rn. 27). Dass der Mangel zu einem späteren Zeitpunkt während des gerichtlichen Verfahrens und lange, nachdem der Kläger sein Wahlrecht nach § 439 I BGB ausgeübt und die Beklagte entsprechend in Verzug gesetzt hat, möglicherweise behoben worden ist, schmälert die Bedeutsamkeit des Mangels nicht, sondern wirft lediglich die Frage auf, ob das Festhalten des Klägers an seinem Nachlieferungsanspruch treuwidrig (§ 242 BGB) ist (vgl. oben II. 1. c. bb.). Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof (vgl. das Urteil vom 15.06.2011 - VIII ZR 139/09, juris Rn. 9) zu der ähnlich gelagerten Thematik des Ausschlusses des Rücktrittsrechts nach § 323 V 2 BGB wegen der Geringfügigkeit des Mangels vertreten, dass ein zum Zeitpunkt des Rücktritts erheblicher Mangel nicht zu einem geringfügigen Mangel wird, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Mangel mit verhältnismäßig geringem Aufwand behoben werden kann. Nachdem die Beklagte es bis zum Nachlieferungsverlangen des Klägers nicht vermocht hat, den Mangel zu beheben oder eine Möglichkeit der Mangelbehebung anzubieten, und auch im gerichtlichen Verfahren zunächst geltend gemacht hat, die Beseitigung eines in dem Warnhinweis zu sehenden Mangels sei unmöglich, kommt es ihr nicht zugute, dass das letztlich nur durch ihre Weigerung, den berechtigten Anspruch des Klägers zu erfüllen, ermöglichte Aufspielen des Softwareupdates am 14.10.2014 möglicherweise zur Behebung des Mangels, zu der es ohne Einverständnis des Käufers gar nicht hätte kommen dürfen, geführt hat. Allein die unterschiedliche rechtskonstruktive Ausgestaltung des Rücktritts vom Kaufvertrag und des dem Käufer nach § 439 I BGB eingeräumten Wahlrechts rechtfertigt es nicht, den Käufer, der die ihn und den Verkäufer bindende Wahl nach § 439 I BGB getroffen hat, in dem Fall, dass der Mangel später an Bedeutsam-/Erheblichkeit verliert, schlechter zu stellen als den Käufer, der nach Schaffung der erforderlichen Voraussetzung erklärt hat, vom Kaufvertrag zurückzutreten. Weder dem mit wirksamem Rücktritt fällig gewordenen Anspruch aus dem Rückgewährschuldverhältnis (§§ 346 ff. BGB) noch dem mit Zugang des Nacherfüllungsverlangens nach § 439 I BGB fällig gewordenen (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 76. Auflage 2017, § 439 Rn. 3a) Anspruch auf die gewählte Art der Nacherfüllung kann entgegengehalten werden, es habe sich nachträglich herausgestellt, dass der Mangel mit geringem Aufwand behoben werden kann bzw. dass er - ohne die Zustimmung des Käufers - behoben worden ist.

35

dd. In die Abwägung kann nicht eingestellt werden, dass auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Denn es steht nicht fest, dass mit dem am 14.10.2014 aufgespielten Softwareupdate der Mangel ohne nachteilige Folgen für den Kläger beseitigt werden konnte. Obwohl der gerichtliche Sachverständige zur Erstellung seines zweiten Gutachtens vom 29.09.2015 die Prüfungsfahrt, die er mit dem Fahrzeug des Klägers bereits am 04.08.2014 im Zuge der Erstellung seines ersten Gutachtens vom 08.09.2014 durchgeführt hatte, vollumfänglich wiederholt hat, konnte er weder den streitgegenständlichen noch einen anderen Warnhinweis „auslösen“. Der Sachverständige konnte insoweit nicht ausschließen, „dass mittels des sich im PKW A im Juli 2015 befindlichen Softwarestandes ein Aufleuchten der Kupplungsüberhitzungsanzeige abgeschaltet [gewesen sei]“ (vgl. Seite 6 des Gutachtens vom 29.09.2015, Bl. 119 d. A.). Für den Kläger besteht damit die Unsicherheit, ob die Funktion, die die Überhitzung der Kupplung betrifft, tatsächlich mit einem geänderten Warnhinweis verknüpft oder ob sie komplett abgeschaltet worden ist.

36

2. Die Beklagte befindet sich gemäß § 293 BGB seit 01.10.2013 in Verzug mit der Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs, nachdem ihr vom Kläger mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 11.07.2013 (Anlage K 4) die Rückgabe des erworbenen Fahrzeugs Zug um Zug gegen Herausgabe des Ersatzfahrzeugs bis spätestens 30.09.2013 angeboten worden ist.

37

3. Ein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten steht dem Kläger dagegen nicht zu. Ein Schadenersatzanspruch aus § 280 I, II, § 286 BGB besteht nicht, weil der Kläger nicht dargelegt hat, dass zum Zeitpunkt der Beauftragung seines Rechtsanwalts sich die Beklagte mit der Nacherfüllung in Verzug befunden habe. Ein Ausgleich von Rechtsanwaltskosten nach § 434 I 2 Nr. 2, § 439 II BGB kommt nur in Betracht, soweit diese zur Auffindung des zu beseitigenden Mangels notwendig gewesen sind (BGH, Urteil vom 17.02.1999 - X ZR 40/96, juris Rn. 10). Soweit der Kläger die Beklagte mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 11.07.2013 zur Nacherfüllung auffordern ließ, ist ein Zusammenhang der anwaltlichen Tätigkeit mit der Auffindung der Ursache der Mangelercheinungen und der Klärung der Verantwortlichkeit für den Mangel zur Vorbereitung eines die Nacherfüllung einschließenden Gewährleistungsanspruchs (vgl. auch BGH, Urteil vom 30.04.2014 - VIII ZR 275/13, juris Rn. 12) nicht ersichtlich.

38

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Im Hinblick auf § 43 I GKG liegt ein am Gebührenstreitwert gemessenes Unterliegen des Klägers nicht vor.

39

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

40

IV. Die Revision wird zur Fortbildung des Rechts zugelassen, da die Entscheidung die höchstrichterlich nicht geklärte Frage betrifft, welche Auswirkungen eine nach Ausübung des Wahlrechts nach § 439 I BGB ohne Zustimmung des Käufers erfolgte Mangelbeseitigung auf dessen Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache besitzt (§ 543 II 1 Nr. 2 ZPO).