Anspruch des Neuwagenkäufers auf Ersatzlieferung (§ 439 I Fall 2 BGB) eines mangelfreien Fahrzeugs

1. **Ein Fahrzeug ist nicht frei von Sachmängeln, wenn die Software der Kupplungsüberhitzungsanzeige eine Warnmeldung einblendet, die den Fahrer zum Anhalten auffordert, um die Kupplung abkühlen zu lassen, obwohl dies auch bei Fortsetzung der Fahrt möglich ist.**

   An der Beurteilung als Sachmangel ändert es nichts, wenn der Verkäufer dem Käufer mitteilt, es sei nicht notwendig, die irreführende Warnmeldung zu beachten. Dies gilt auch dann, wenn der Verkäufer zugleich der Hersteller des Fahrzeugs ist.

   Der Verkäufer eines mit einem Softwarefehler behafteten Neufahrzeugs kann der vom Käufer beanspruchten Ersatzlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs nicht entgegenhalten, diese sei unmöglich geworden (§ 275 I BGB), weil die nunmehr produzierten Fahrzeuge der betreffenden Modellversion mit einer korrigierten Version der Software ausgestattet seien.

   Der Wahl der Nacherfüllung durch Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache steht – in den Grenzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) – grundsätzlich nicht entgegen, dass der Käufer zuvor vergeblich Beseitigung des Mangels (§ 439 I Fall 1 BGB) verlangt hat.

   Das Festhalten des Käufers an dem wirksam ausgeübten Recht auf Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache ist – ebenso wie das Festhalten des Käufers an einem wirksam erklärten Rücktritt vom Kaufvertrag (BGH, Urt. v. 05.11.2008 – VIII ZR 166/07, NJW 2009, 509 Rn. 23; Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 31) – nicht treuwidrig, wenn der Mangel nachträglich ohne Einverständnis des Käufers beseitigt wird (hier: durch Aufspielen einer korrigierten Version der Software).

Ob die vom Käufer beanspruchte Art der Nacherfüllung (hier: Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache) im Vergleich zu der anderen Variante (hier: Beseitigung des Mangels) wegen der damit verbundenen Aufwendungen für den Verkäufer unverhältnismäßige Kosten verursacht und diesen deshalb unangemessen belastet, entzieht sich einer verallgemeinerungsfähigen Betrachtung und ist aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung und Würdigung aller maßgeblichen Umstände des konkreten Einzelfalls unter Berücksichtigung der in § 439 III 2 BGB a.F. (§ 439 IV 2 BGB n.F.) genannten Kriterien festzustellen.

Für die Beurteilung der relativen Unverhältnismäßigkeit der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung im Vergleich zu der anderen Art ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Zugangs des Nacherfüllungsverlangens abzustellen.

Der auf Ersatzlieferung in Anspruch genommene Verkäufer darf den Käufer nicht unter Ausübung der Einrede der Unverhältnismäßigkeit auf Nachbesserung verweisen, wenn der Verkäufer den Mangel nicht vollständig, nachhaltig und fachgerecht beseitigen kann.

§ 439 II BGB kann verschuldensunabhängig auch vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten erfassen, die dem Käufer entstehen, um das Vertragsziel der Lieferung einer mangelfreien Sache zu erreichen.

BGH, Urteil vom 24.10.2018 – VIII ZR 66/17
(vorangehend: OLG Nürnberg, Urteil vom 20.02.2017 – 14 U 199/16)

Sachverhalt: Der Kläger erwarb mit Kaufvertrag vom 20.07.2012 von der Beklagten, die Kraftfahrzeuge herstellt und mit ihnen handelt, für 38.265 € einen Neuwagen (BMW X3 xDrive20), der ihm im September 2012 geliefert wurde. Das dem damaligen Serienstandard entsprechende Fahrzeug ist mit einem Schaltgetriebe sowie mit einer Software ausgestattet, die bei drohender Überhitzung der Kupplung eine Warnmeldung einblendet. Ab Januar 2013 erschien im Textdisplay des Autoradios, wie die Beklagte in zweiter Instanz nicht mehr bestritten hat, nach dem zu dieser Zeit noch geltenden Stand der Serie mehrfach eine Warnmeldung, die den Fahrer aufforderte, das Fahrzeug anzuhalten, um die Kupplung abkühlen zu lassen:

> „ Kupplungstemperatur
> Vorsichtig anhalten und Kupplung abkühlen lassen. Der Vorgang kann bis zu 45 Minuten dauern. Nach Erlöschen der Meldung ist die Weiterfahrt möglich. Die Kupplung ist nicht beschädigt."

Vom Kläger beanstandete Probleme mit der Kupplung und der Elektronik des Fahrzeugs führten in der Folgezeit zu mehreren Werkstattaufenthalten in der Niederlassung der Beklagten in N. Nachdem die vorbezeichnete Warnmeldung Anfang Juli 2013 an zwei Tagen erneut aufgetreten war, verlangte der Kläger mit Anwaltsschreiben vom 11.07.2013 unter Fristsetzung bis zum 30.09.2013 Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache (Zug um Zug gegen Rückgabe des ausgelieferten Fahrzeugs) sowie – insoweit unter Fristsetzung bis zum 25.07.2013 – Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 1.419,19 €.

Die Beklagte hat behauptet, dem Kläger sei mündlich und am 24.07.2013 auch schriftlich mitgeteilt worden, die Kupplung könne auch im Fahrbetrieb abkühlen; es sei nicht notwendig, das Fahrzeug anzuhalten, wenn die Warnmeldung der Kupplungsüberhitzungsanzeige erscheine.

Während des Rechtsstreits gab der Kläger das Fahrzeug am 14.10.2014 im Rahmen des Kundendienstes in die Werkstatt der Beklagten. Die Beklagte behauptet, dabei sei ein seit Juli 2013 zur Verfügung stehendes Softwareupdate aufgespielt worden, welches den Text der Warnmeldung wie folgt korrigiere:

> „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."

Das Landgericht hat die auf Ersatzlieferung eines entsprechenden Neufahrzeugs (Zug um Zug gegen Rückübereignung des gelieferten Fahrzeugs), auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten sowie auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichtete Klage – nach Einholung eines Sachverständigengutachtens vom 08.09.2014 und eines Ergänzungsgutachtens vom 29.09.2015 – abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat – mit Ausnahme der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten – Erfolg gehabt.

Auf die dagegen gerichtete Revision der Beklagten, die weiterhin die Abweisung der Klage insgesamt erreichen wollte, und die Anschlussrevision des Klägers, der eine Verurteilung der Beklagten auch zur Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten begehrte, wurde das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen: [8] A. Das Berufungsgericht (OLG Nürnberg, Urt. v. 20.02.2017 – 14 U 199/16, DAR 2017, 706) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[9] Der Kläger könne die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen (§ 434 I 2 Nr. 2, § 437 Nr. 1, § 439 I BGB).

[10] Die auf dem bis Juli 2013 geltenden Stand der Software beruhende Warnmeldung, welche den Fahrer – nach dem Befund des Sachverständigen bis zum Erlöschen des Warnhinweises für die Dauer von 28 bis 42 Minuten – zum Anhalten des Fahrzeugs auffordere, um die Kupplung abkühlen zu lassen, stelle einen Sachmangel dar (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB). Für diesen Warnhinweis sei kein relevanter Grund gegeben. Der durchschnittliche Fahrzeugkäufer werde mit Blick auf den Erhalt seiner Gewährleistungsrechte und Garantieansprüche seine Fahrt jedoch längere Zeit unterbrechen, obwohl die Kupplung auch abkühlen könne, wenn die Fahrt fortgesetzt werde. Dies lasse sich der damaligen Fassung des Warnhinweises indes nicht entnehmen. Mit einer solchen Beeinträchtigung der Nutzbarkeit, die zum Schutz der Kupplung nicht erforderlich sei, müsse ein Fahrzeugkäufer nicht rechnen.

[11] Zwar habe die Beklagte behauptet, dem Kläger mehrfach mündlich und einmal auch schriftlich mitgeteilt zu haben, es sei nicht notwendig, das Fahrzeug anzuhalten, wenn die Warnmeldung auftrete. Dies lasse den Sachmangel jedoch nicht entfallen. Der Aufforderungscharakter der Warnung werde durch die Mitteilung der Beklagten, diese könne ignoriert werden, nicht beseitigt.

[12] Die vom Kläger verlangte Art der Nacherfüllung sei nicht unmöglich (§ 275 I BGB). Dass es (jederzeit) möglich gewesen sei, ein Fahrzeug der betreffenden Baureihe ohne den fehlerhaften Warnhinweis zu beschaffen, zeige gerade das nach der Behauptung der Beklagten seit Juli 2013 zur Verfügung stehende Softwareupdate.

[13] Dem Anspruch des Klägers könne auch nicht entgegengehalten werden, dass der Mangel im Laufe des Rechtsstreits behoben worden sei. Dies gelte auch dann, wenn das Fahrzeug des Klägers am 14.10.2014 ein Softwareupdate mit dem von der Beklagten behaupteten geänderten Text des Warnhinweises erhalten haben sollte. Dem Verkäufer stehe es nicht frei, das dem Käufer gemäß § 439 I BGB gewährte Wahlrecht zu unterlaufen, indem die Nacherfüllung in Gestalt einer vom Käufer nicht gewählten Art und Weise (hier: Beseitigung des Mangels anstelle der Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache) erbracht werde. Halte der Käufer trotz nachträglicher Mängelbeseitigung an dem geltend gemachten Anspruch auf Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache fest, könne ihm dies nur dann als treuwidriges, widersprüchliches Verhalten i. S. von § 242 BGB vorgeworfen werden, wenn er der Mängelbeseitigung zugestimmt habe. So verhalte es sich hier jedoch nicht. Selbst wenn von einer vollständigen Behebung des Mangels durch das Softwareupdate vom 14.10.2014 ausgegangen werden müsste, sei weder vorgetragen noch ersichtlich, dass der Kläger damit einverstanden gewesen sei.

[14] Der Beklagten stehe die von ihr erhobene Einrede aus § 439 III BGB a.F., wonach der Verkäufer – auch erstmals während des Rechtsstreits – die vom Käufer im Rahmen des vorliegenden Verbrauchsgüterkaufs gewählte Art der Nacherfüllung verweigern könne, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich sei, nicht zu. Zwar überstiegen die Kosten der Nachlieferung die der Nachbesserung hier um ein Vielfaches. Jedoch sei die Bedeutung des Mangels erheblich. Die irreführende Warnmeldung schränke die Verwendungsmöglichkeiten des Fahrzeugs spürbar ein. Erachte man die Kosten für eine Modifikation des hinterlegten Warnhinweises als beträchtlich, habe dies indizielle Bedeutung für das Gewicht des Mangels.

[15] Dass der Mangel möglicherweise durch das Softwareupdate vom 14.10.2014 behoben worden sei, stehe der Annahme einer erheblichen Bedeutung des Mangels im Übrigen nicht entgegen. Denn der insoweit relevante Zeitpunkt sei der Gefahrübergang, weil zu diesem Zeitpunkt eine einwandfreie Leistung geschuldet sei.

[16] Auf die andere Art der Nacherfüllung könne nicht ohne erhebliche Nachteile für den Kläger zurückgegriffen werden. Denn es stehe nicht fest, dass das am 14.10.2014 installierte Softwareupdate den Mangel ohne nachteilige Folgen beseitigt habe. Der Sachverständige habe keinen Warnhinweis mehr auslösen und so nicht ausschließen können, dass die Warnmeldung der Kupplungsüberhitzungsanzeige abgeschaltet gewesen sei. Für den Kläger bestehe daher die Unsicherheit, ob diese Funktion mit einem geänderten Warnhinweis verknüpft oder ob sie komplett abgeschaltet worden sei.

[17] Ein Anspruch des Klägers auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten bestehe nicht. Der Kläger habe nicht dargelegt, dass sich die Beklagte zum Zeitpunkt der Beauftragung seines Rechtsanwaltes mit der Nacherfüllung in Verzug befunden habe (§§ 280 I, II, 286 BGB). Gemäß § 439 II BGB könne die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten im Übrigen nur verlangt werden, soweit diese zur Auffindung des zu beseitigenden Mangels notwendig seien; das sei hier nicht ersichtlich.

[18] B. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung können weder der Anspruch des Klägers auf Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache bejaht noch der Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verneint werden.

[19] I. Zur Revision der Beklagten

[20] 1. Auf die zulässige Revision ist das angefochtene Urteil, soweit es zum Nachteil der Beklagten ergangen ist, entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung in vollem Umfang rechtlich zu überprüfen.

[21] Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision damit begründet, es sei höchstrichterlich nicht geklärt, „welche Auswirkungen eine nach Ausübung des Wahlrechts nach § 439 I BGB ohne Zustimmung des Käufers erfolgte Mängelbeseitigung auf dessen Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache“ habe. Sollte das Berufungsgericht damit eine Revisionsbeschränkung beabsichtigt haben, so wäre diese unwirksam.

[22] a) Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann die Zulassung der Revision zwar auf einen tatsächlich und rechtlich selbstständigen und abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffs begrenzt werden, auf den auch die Partei selbst ihre Revision beschränken könnte, nicht aber auf einzelne Rechtsfragen oder Anspruchselemente (vgl. etwa BGH, Urt. v. 15.05.2018 – II ZR 2/16, WM 2018, 1183 Rn. 14; Urt. v. 27.02.2018 – XI ZR 224/17, NJW 2018, 1683 Rn. 22; Urt. v. 10.11.2017 – V ZR 184/16, NJW 2018, 1309 Rn. 6; Urt. v. 15.03.2017 – VIII ZR 295/15, NJW 2017, 2679 Rn. 13; Urt. v. 02.02.2017 – III ZR 41/16, NVwZ-RR 2017, 579 Rn. 23; Urt. v. 22.11.2016 – VII ZR 298/14, BGHZ 212, 90 Rn. 18; Beschl. v. 12.06.2018 – VIII ZR 121/17 [unter II 2], zur Veröffentlichung bestimmt; Beschl. v. 10.04.2018 – VII-I ZR 247/17, NJW 2018, 1880 Rn. 20).

[23] b) Danach liegt hier eine unbeschränkte Zulassung der Revision vor. Bei der vom Berufungsgericht aufgeworfenen Frage, welche Auswirkungen eine ohne Einverständnis des Käufers erfolgte Mängelbeseitigung auf den von ihm verfolgten Anspruch auf Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 I Fall 2 BGB) hat, handelt es sich lediglich um eine einzelne Rechtsfrage, die ein bloßes Element des Anspruchs auf Ersatzlieferung bildet.

[24] 2. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, dem Kläger stehe gemäß § 437 Nr. 1, § 434 I 2 Nr. 2, § 439 I Fall 2 BGB ein Anspruch auf Nacherfüllung in der von ihm gewählten Form der Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache zu, ist nicht frei von Rechtsfehlern.

[25] Zwar wies das dem Kläger veräußerte Neufahrzeug bei Gefahrübergang im September 2012 einen Sachmangel auf. Aufgrund einer Fehlfunktion der Fahrzeugsoftware in Gestalt einer irreführenden Warnmeldung eignete es sich nicht für die gewöhnliche Verwendung und wies nicht die Beschaffenheit auf, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB).

[26] Die Ersatzlieferung eines von Sachmängeln freien Fahrzeugs der vom Kläger erworbenen Modellversion ist auch nicht unmöglich (§ 275 I BGB). Ebenso wenig steht der vom Kläger mit Anwaltsschreiben vom 13.07.2013 gewählten Nacherfüllung durch Ersatzlieferung entgegen, dass er zuvor Nachbesserung verlangt hat. Des Weiteren ist das Festhalten des Klägers an dem von ihm wirksam ausgeübten Recht auf Ersatzlieferung nicht treuwidrig (§ 242 BGB), selbst wenn die Beklagte den Sachmangel, wie sie behauptet, während des Rechtsstreits beseitigt haben sollte, denn der Kläger hat dem weder ausdrücklich noch konkludent zugestimmt.

[27] Die weitere Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei nicht berechtigt, die Ersatzlieferung eines Neufahrzeugs wegen Unverhältnismäßigkeit zu verweigern (§ 439 III BGB in der gemäß Art. 229 § 39 EGBGB für vor dem 01.02.2018 entstandene Schuldverhältnisse geltenden Fassung [nachfolgend: § 439 III BGB a.F.]; nunmehr § 439 IV BGB), beruht jedoch, wie die Revision zu Recht geltend macht, auf einer verfahrensfehlerhaft festgestellten Tatsachengrundlage.

[28] a) Nach den insoweit noch rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts war das dem Kläger gelieferte Neufahrzeug bei Gefahrübergang schon aufgrund der irreführenden Warnmeldung nicht frei von Sachmängeln. Es eignete sich weder für die gewöhnliche Verwendung, noch wies es die Beschaffenheit auf, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB).

[29] aa) Für die gewöhnliche Verwendung eignet sich ein Kraftfahrzeug grundsätzlich nur dann, wenn es nach seiner Beschaffenheit keine technischen Mängel aufweist, die die Zulassung zum Straßenverkehr hindern oder die Gebrauchsfähigkeit aufheben oder beeinträchtigen (vgl. Senat, Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 15; Urt. v. 29.06.2016 – VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015 Rn. 40; Urt. v. 10.03.2009 – VIII ZR 34/08, NJW 2009, 1588 Rn. 12 m. w. Nachw. [jeweils zu Gebrauchtfahrzeugen]). Dem wird das von der Beklagten gelieferte Fahrzeug nicht gerecht, weil dessen Gebrauchsfähigkeit beeinträchtigt war.

[30] (1) Wie die Beklagte im Hinblick auf das vom Landgericht eingeholte Sachverständigengutachten in zweiter Instanz nicht mehr in Abrede gestellt hat, erteilte die Fahrzeugsoftware dem Fahrer bei (drohender) Überhitzung der Kupplung – unter Hinweis auf die „Kupplungstemperatur" – die Anweisung „Vorsichtig anhalten und Kupplung abkühlen lassen." Das Berufungsgericht hat in Anbetracht dessen mit Recht angenommen, dass ein durchschnittlicher Fahrzeugführer einer solchen Aufforderung, die eine unmittelbare Reaktion verlangt, zur Vermeidung von Schäden nachkommen und das Fahrzeug ohne vermeidbare Verzögerungen anhalten wird; sodann wird er mit Rücksicht auf den weiteren Text der Warnmeldung abwarten, bis diese erlischt („Nach Erlöschen dieser Meldung ist die Weiterfahrt möglich."). Nach dem Inhalt der Warnmeldung kann dies, wie auch der Sachverständige bestätigt hat, bis zu 45 Minuten dauern.

[31] (2) Ein Anhalten des Fahrzeugs war indes, wie das Berufungsgericht insoweit unangegriffen festgestellt hat, zum Schutz der Kupplung tatsächlich nicht geboten, weil diese auch abkühlen kann, wenn die Fahrt fortgesetzt wird. Dies blieb dem Fahrer jedoch – jedenfalls vor der Installation der nach dem Vortrag der Beklagten ab Juli 2013 zur Verfügung stehenden Programmverbesserung – verborgen. Die Aufforderung zum Anhalten des Fahrzeugs war daher irreführend und beeinträchtigte die gewöhnliche Verwendung des Fahrzeugs als Fortbewegungsmittel im öffentlichen Straßenverkehr, weil die installierte Software den Fahrer aufforderte, den Fahrbetrieb ohne objektiv gegebenen Anlass zu unterbrechen.

[32] (3) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, dass die Warnmeldung nach dem Befund des Sachverständigen nur in bestimmten Verkehrssituationen auftrat, nämlich bei Simulation eines „extremen" Stop-and-go-Verkehrs. Dies steht der Annahme eines Sachmangels nicht entgegen, weil der bestimmungsgemäße Gebrauch des Fahrzeugs auch staubedingten Stop-and-go-Verkehr unterschiedlichen Grades umfasst.

[33] bb) Das Fahrzeug wies – in Ansehung der irreführenden Softwaremeldung – bei Gefahrübergang auch nicht die Beschaffenheit auf, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach Art der Sache erwarten kann. Dem steht nicht entgegen, dass die von der Software bei (drohender) Überhitzung der Kupplung generierte irreführende Aufforderung, das Fahrzeug anzuhalten, um die Kupplung abkühlen zu lassen, dem – jedenfalls bis Juli 2013 – maßgeblichen Softwarestand der betreffenden Fahrzeugserie entsprach.

[34] Denn § 434 I 2 Nr. 2 BGB bezeichnet als Vergleichsmaßstab zur Beurteilung der Mangelfreiheit eines Kaufgegenstandes ausdrücklich die Beschaffenheit, die „bei Sachen der gleichen Art“ üblich ist und die der Käufer „nach der Art der Sache“ erwarten kann. Nach dieser Maßgabe ist, wie der Senat bereits ausgesprochen hat, nicht lediglich eine auf denselben Fahrzeugtyp des Herstellers bezogene fabrikatsinterne Betrachtung anzustellen, sondern ein herstellerübergreifender Vergleichsmaßstab heranzuziehen, der Serienfehler unberücksichtigt lässt (vgl. Senat, Urt. v. 04.03.2009 – VIII ZR 160/08, NJW 2009, 2056 Rn. 9 ff.; Beschl. v. 16.05.2017 – VIII ZR 102/16, juris Rn. 3).

[35] cc) Vergeblich rügt die Revision, der Annahme eines Sachmangels stehe die – unter Zeugenbeweis gestellte – Behauptung der Beklagten entgegen, nachdem einer ihrer Mitarbeiter unter anderem mit ihrer Entwicklungsabteilung Rücksprache gehalten habe, sei der Kläger mündlich und durch ein Schreiben vom 24.07.2013 auch schriftlich informiert worden, es sei nicht notwendig, die Fahrt zu unterbrechen, wenn der Warnhinweis eingeblendet werde. Die Revision meint insoweit, ein Sachmangel, der – wie hier – darin bestehe, dass die installierte Fahrzeugsoftware dem Fahrer einen irreleitenden Warnhinweis erteile, entfalle schon dadurch, dass der Verkäufer, jedenfalls dann, wenn er zugleich der Hersteller des Fahrzeugs sei, dies nach Vertragsschluss mündlich oder schriftlich richtigstelle, selbst wenn die fehlerhafte Softwarefunktion unverändert bleibe. Das trifft nicht zu.

[36] Zwar mag sich der Fahrzeugführer unter solchen Umständen veranlasst sehen, die irreführende Warnmeldung hinzunehmen, ohne die Fahrt zu unterbrechen. Eine bloß verbale Richtigstellung vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass das dem Kläger veräußerte Fahrzeug bei Gefahrübergang der nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB erforderlichen Sollbeschaffenheit nicht entsprach, denn Sollbeschaffenheit ist die Lieferung eines Fahrzeugs ohne Einblendung einer irreleitenden Warnmeldung. Daran ändert es nichts, wenn der Verkäufer, mag er auch der Hersteller des Fahrzeugs sein, dem Käufer mitteilt, die Warnung brauche nicht befolgt zu werden, denn Maßstab ist insoweit die objektiv berechtigte Käufererwartung (vgl. Senat, Urt. v. 04.03.2009 – VIII ZR 160/08, NJW 2009, 2056 Rn. 11; s. auch Senat, Urt. v. 07.02.2007 – VIII ZR 266/06, NJW 2007, 1351 Rn. 21).

[37] b) Der Anspruch auf Ersatzlieferung (§ 439 I Fall 2 BGB) ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil er auf eine unmögliche Leistung gerichtet wäre (§ 275 I BGB). Nach dieser Bestimmung ist der Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. Danach ist die Beklagte nicht von ihrer Verpflichtung zur Nacherfüllung in der vom Kläger beanspruchten Form befreit.

[38] aa) Der Sachverständige hat bereits in seinem Gutachten vom 08.09.2014 ausgeführt, das in der digitalen Motorelektronik hinterlegte Temperaturmodell für die Berechnung der Kupplungstemperatur sowie die Kriterien für das Auslösen der Warnmeldung könnten (nur) durch ein Softwareupdate geändert und angepasst werden. Auch die Revision stellt insoweit nicht in Abrede, dass es möglich ist, den irreführenden Warnhinweis durch eine Aktualisierung der Fahrzeugsoftware zu korrigieren, sondern macht im Gegenteil geltend, eine solche Version habe bereits ab Juli 2013 zur Verfügung gestanden und sei während des Rechtsstreits – am 14.10.2014 – auch installiert worden.

[39] bb) Die Revision beruft sich vergeblich darauf, der Beklagten sei eine Ersatzlieferung deshalb unmöglich, weil das Softwareupdate zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht entwickelt gewesen sei; erst ab Juli 2013 ausgelieferte Fahrzeuge seien damit ausgestattet gewesen. Somit seien diese nicht identisch mit dem vom Kläger im Jahr 2012 gekauften, dem damaligen Serienstandard entsprechenden Fahrzeug.

[40] (1) Die geschuldete Leistung ist dem Schuldner nach den Materialien des am 01.01.2002 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BGBl. 2001 I 3138) nur dann unmöglich, wenn er sie auch durch Beschaffung oder Wiederbeschaffung nicht erbringen kann (BT-Drs. 14/6040, S. 129). Die Unmöglichkeit der vom Verkäufer übernommenen Beschaffungspflicht (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 132) tritt nach dieser Maßgabe nicht bereits deshalb ein, weil – wie die Revision meint – die Softwareversion der ab Juli 2013 hergestellten Fahrzeuge korrigiert worden sei. Daraus folgt gerade nicht, dass die Beklagte ab Juli 2013 eine mangelfreie Sache der geschuldeten Art nicht beschaffen könnte.

[41] (2) Denn der Anspruch auf Ersatzlieferung (§ 439 I Fall 2 BGB) richtet sich darauf, dass anstelle der ursprünglich gelieferten mangelhaften Kaufsache nunmehr eine mangelfreie, im Übrigen aber gleichartige und gleichwertige Sache zu liefern ist (vgl. Senat, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 24; Urt. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 18; Urt. v. 07.06.2006 – VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 Rn. 23). In Anbetracht dessen sind mit einer korrigierten Software ausgerüstete Fahrzeuge der hier maßgeblichen Modellversion vom Ersatzlieferungsanspruch umfasst. Der Umstand, dass der Fehler der Fahrzeugsoftware, wie die Beklagte behauptet, seit Juli 2013 beseitigt sei, bedeutet lediglich, dass die damit ausgerüsteten Fahrzeuge gegebenenfalls den hier festgestellten Sachmangel nicht mehr aufweisen.

[42] c) Der vom Kläger mit Anwaltsschreiben vom 11.07.2013 getroffenen Wahl der Nacherfüllung durch Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 I Fall 2 BGB) steht nicht entgegen, dass er zuvor die andere Art der Nacherfüllung, nämlich die Beseitigung des Mangels (§ 439 I Fall 1 BGB), verlangt hat.

[43] aa) Die Ausübung des durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eingeführten Nacherfüllungsanspruchs des Käufers ist – anders als die Ausübung des Rücktritts- und Minderungsrechts (vgl. Senat, Urt. v. 09.05.2018 – VIII ZR 26/17, NJW 2018, 2863 Rn. 19, 28 f. [zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt]; Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 180/14, BGHZ 205, 151 Rn. 29) – gesetzlich nicht als (bindende) Gestaltungserklärung ausgeformt worden. Unter diesem Gesichtspunkt ist der Käufer daher nicht gehindert, von der zunächst gewählten Art der Nacherfüllung wieder Abstand zu nehmen.

[44] bb) Eine Bindung des Käufers an die zunächst gewählte Art der Nacherfüllung folgt auch nicht aus § 263 II BGB, wonach im Falle einer Wahlschuld (§ 262 BGB) die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete gilt.

[45] (1) Das Wahlrecht zwischen den verschiedenen Arten der Nacherfüllung ist entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung (so etwa BeckOK-BGB/*Lorenz,* Stand: 01.08.2018, § 262 Rn. 11; Jauernig/*Berger,* BGB, 17. Aufl., § 439 Rn. 17; NK-BGB/*Büdenbender,* 3. Aufl., § 439 Rn. 19, 23; jeweils m. w. Nachw.) vom Gesetzgeber nicht als Wahlschuld ausgestaltet worden. Auch die Revision macht dies nicht geltend und steht insoweit in Einklang mit der im Schrifttum vorherrschenden Sichtweise (vgl. *Ball,* NZV 2004, 217, 219; *Reinicke/Tiedtke,* Kaufrecht, 8. Aufl., Rn. 413; Palandt/*Weidenkaff,* BGB, 77. Aufl., § 439 Rn. 5; Palandt/*Grüneberg,* BGB, 77. Aufl., § 262 Rn. 5; Staudinger/*Matusche-Beckmann,* BGB, Neubearb. 2013, § 439 Rn. 9; BeckOGK/*Höpfner,* Stand: 15.09.2018, § 439 BGB Rn. 18; BeckOK-BGB/*Faust,* Stand: 01.08.2018, § 439 Rn. 17; MünchKomm-BGB/*Krüger,* 7. Aufl., § 262 Rn. 13; MünchKomm-BGB/*Westermann,* 7. Aufl., § 439 Rn. 4; jeweils m. w. Nachw.).

[46] (2) Allein die letztgenannte Auffassung entspricht dem Gesetzeszweck des § 439 I BGB, der dem Käufer eine Befugnis zur Auswahl gewährt und seine Rechte gegenüber dem Verkäufer erweitert. Entsprechend dieser Zielsetzung, die sowohl der unmittelbaren als auch der entsprechenden Anwendung des § 263 II BGB entgegensteht (vgl. BGH, Urt. v. 20.01.2006 – V ZR 124/05, NJW 2006, 1198 Rn. 17), hat es der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes als legitim angesehen, den Käufer, der mit der Nacherfüllung das erhalten soll, was er vertraglich zu beanspruchen hat (Senat, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 24 m. w. Nachw.), entscheiden zu lassen, auf welche Weise das Vertragsziel der Lieferung einer mangelfreien Sache doch noch erreicht werden kann (BT-Drs. 14/6040, S. 231; s. auch Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 212).

[47] cc) Allerdings kann der Käufer unter den besonderen Umständen des Einzelfalls mit Rücksicht auf die Gebote von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert sein, von seinem Nachbesserungsverlangen Abstand zu nehmen und Ersatzlieferung zu verlangen (vgl. OLG Celle, Urt. v. 19.12.2012 – 7 U 103/12, NJW 2013, 2203, 2204; OLG Hamm, Urt. v. 21.07.2016 – 28 U 175/15, NJW-RR 2017, 47, 48 m. w. Nachw.).

[48] (1) Dies ist jedoch nicht anzunehmen, wenn der Verkäufer die vom Käufer zunächst gewählte Nachbesserung nicht fachgerecht zuwege gebracht hat und aus diesem Grund die verkaufte Sache zur Zeit der Ausübung des Nachlieferungsverlangens nicht vertragsgerecht war. In einer solchen Fallgestaltung ist es umgekehrt dem Verkäufer unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, den Käufer an der ursprünglich getroffenen Wahl festzuhalten, zumal die Interessen des Verkäufers Berücksichtigung finden, indem er die vom Käufer nachträglich gewählte andere Art der Nacherfüllung gegebenenfalls nach Maßgabe des § 439 III BGB a.F. verweigern darf (vgl. *Ball,* NZV 2004, 217, 226; BeckOK-BGB/*Faust,* a. a. O., § 439 Rn. 19).

[49] (2) So liegt es auch hier, denn die von der Beklagten im ersten Halbjahr 2013 unternommenen Nachbesserungsversuche haben die irreführende Softwarefunktion nicht korrigiert. Eine Mängelbeseitigung hätte nach dem Gutachten des Sachverständigen ein Softwareupdate erfordert; ein solches stand jedoch – jedenfalls nach dem Sachvortrag der Beklagten – erst ab Juli 2013 zur Verfügung.

[50] d) Vergeblich rügt die Revision, dem Ersatzlieferungsbegehren stehe der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegen, weil der Kläger diejenige Art der Nacherfüllung gewählt habe, die die Beklagte stärker belaste, zumal das Fahrzeug seit der Übergabe im September 2012 benutzt werde und mittlerweile erheblich an Wert verloren habe.

[51] Auch wenn bei der Nacherfüllung keine Wertersatzpflicht des Käufers für eine durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung besteht (§ 439 IV BGB a.F., § 346 II 1 Nr. 3 Halbsatz 2 BGB) und bei einem (hier vorliegenden) Verbrauchsgüterkauf auch keine Wertersatzpflicht des Käufers für Nutzungen besteht (§ 474 V 1 BGB a.F.), ist es nach den Gesetzesmaterialien nicht zu beanstanden, sondern im Gegenteil legitim, den Käufer entscheiden zu lassen, auf welche Weise er das Vertragsziel der Lieferung einer mangelfreien Sache erreichen möchte (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 231). Der Käufer ist dabei in seiner Wahl frei und kann das Wahlrecht grundsätzlich nach seinem Interesse ausüben, ohne das des Verkäufers in den Vordergrund stellen zu müssen (BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 26.09.2006 – 1 BvR 2389/04, BVerfGK 9, 263, 271; Staudinger/*Matusche-Beckmann,* a. a. O., § 439 Rn. 117; Palandt/*Weidenkaff,* a. a. O., § 439 Rn. 5).

[52] e) Die Revision macht ferner ohne Erfolg geltend, der Kläger könne die am 13.07.2013 gewählte Ersatzlieferung deshalb nicht mehr beanspruchen, weil die Beklagte den Sachmangel am 14.10.2014 durch Aktualisierung der Fahrzeugsoftware beseitigt habe. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Kläger sei unter den hier gegebenen Umständen gleichwohl berechtigt, weiterhin Ersatzlieferung zu verlangen, lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Die entgegenstehende Auffassung der Revision wird dem Umstand nicht gerecht, dass der Kläger am 14.10.2014 einer Nachbesserung nicht zugestimmt hat.

[53] aa) Dem Verlangen des Klägers nach einer Ersatzlieferung steht grundsätzlich nicht entgegen, dass der Softwarefehler, wie die Beklagte behauptet, während des Rechtsstreits behoben worden sei. Denn § 439 I BGB schützt entgegen der Ansicht der Revision nicht allein das Interesse, eine mangelfreie Sache zu erhalten, sondern – den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entsprechend (Erwägungsgründe 10 Halbsatz 1 und 11 Satz 1 sowie Art. 3 II, III, V der Richtlinie 1999/44/EG) – auch das Wahlrecht des Käufers zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung.

[54] bb) Der Kläger könnte allerdings unter dem Gesichtspunkt treuwidrigen Verhaltens (§ 242 BGB) gehindert sein, an der durch das wirksam ausgeübte Verlangen nach Lieferung einer mangelfreien Sache erlangten Rechtsposition festzuhalten, sofern er mit einer Mängelbeseitigung durch Aktualisierung der Fahrzeugsoftware einverstanden gewesen wäre. Für den Nacherfüllungsanspruch des Käufers gilt insoweit nichts anderes als für den Rücktritt vom Kaufvertrag (s. dazu Senat, Urt. v. 05.11.2008 – VIII ZR 166/07, NJW 2009, 508 Rn. 23; Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 31 f.).

[55] Ein solches Einverständnis hat das Berufungsgericht indes nicht festgestellt. Dagegen ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern. Dem Kläger wurde nicht einmal mitgeteilt, dass die Fahrzeugsoftware im Rahmen der Inspektion am 14.10.2014 in einer Weise aktualisiert werden sollte, die Einfluss auf die bei abkühlungsbedürftiger Kupplung eingeblendete Warnmeldung habe. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ist überdies nicht nur der Kläger am 14.10.2014 in Unkenntnis der Auswirkungen der Softwareaktualisierung gewesen. Vielmehr hatten nicht einmal die Mitarbeiter der Beklagten davon Kenntnis; sie schlossen das Fahrzeug lediglich bei einer routinemäßigen Inspektion im Rahmen des Kundendienstes an das Diagnosegerät an, nicht aber zu dem Zweck, den Sachmangel zu beseitigen. Unter diesen Umständen begründet die bloße Hinnahme der Softwareaktualisierung weder ein ausdrückliches noch ein stillschweigendes Einverständnis des Klägers mit der Beseitigung des Sachmangels.

[56] f) Von den bisher getroffenen Feststellungen nicht getragen wird dagegen die weitere Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte dürfe die vom Kläger beanspruchte Ersatzlieferung auch unter Berufung auf die Einrede der Unverhältnismäßigkeit nicht verweigern (§ 439 III 1 BGB a.F.). Nach dieser Bestimmung kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 II und III BGB verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.

[57] aa) Die Beklagte ist, wovon auch das Berufungsgericht zu Recht ausgegangen ist, allerdings nicht deshalb gehindert, sich auf das Leistungsverweigerungsrecht des § 439 III BGB a.F. zu berufen, weil sie die Einrede erst im laufenden Rechtsstreit erhoben hat. Da der Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung nicht von einer Fristsetzung gegenüber dem Verkäufer abhängig ist und § 439 III BGB a.F. ebenso wenig vorschreibt, dass der Verkäufer sich nur dann auf die Einrede berufen kann, wenn er sie innerhalb einer bestimmten Frist erhebt, ist dieser in der Regel nicht gehindert, sich erst im Rechtsstreit auf die Unverhältnismäßigkeit der Kosten der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung zu berufen (Senat, Urt. v. 16.10.2013 – VIII ZR 273/12, NJW 2014, 213 Rn. 17).

[58] bb) Jedoch ist die Annahme des Berufungsgerichts, die vom Kläger beanspruchte Ersatzlieferung verursache im Vergleich zu einer Nachbesserung keine als unverhältnismäßig zu bewertenden Kosten (relative Unverhältnismäßigkeit), von Rechtsfehlern beeinflusst.

[59] aaa) Ob die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung im Vergleich zu der anderen Variante wegen der damit verbundenen Aufwendungen für den Verkäufer unverhältnismäßige Kosten verursacht und diesen deshalb unangemessen belastet, entzieht sich einer verallgemeinerungsfähigen Betrachtung und ist aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung und Würdigung aller maßgeblichen Umstände des konkreten Einzelfalls und unter Berücksichtigung der in § 439 III BGB a.F. genannten Kriterien festzustellen (vgl. BGH, Urt. v. 04.04.2014 – V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 41, 45; s. auch BT-Drs. 14/6040, S. 232).

[60] bbb) Diesen Anforderungen trägt die tatrichterliche Beurteilung des Berufungsgerichts nicht in allen Punkten Rechnung.

[61] (1) Nach den insoweit nicht angegriffenen zweitinstanzlichen Feststellungen sind die Kosten der Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache nach der Beurteilung des Berufungsgerichts im Streitfall deutlich („um ein Vielfaches“) höher als die Kosten der Nachbesserung. Dabei bedarf es hier keiner Entscheidung, ob der mit der Entwicklung des Softwareupdates verbundene Aufwand der Beklagten ins Gewicht fällt, denn das Berufungsgericht hat dies nicht zu ihrem Nachteil berücksichtigt. Auch Feststellungen dazu, ob es der Beklagten möglich ist, das zurückgenommene, mangelhafte Fahrzeug abzusetzen (vgl. BeckOK-BGB/*Faust,* a. a. O., § 439 Rn. 58; MünchKomm-BGB/*Westermann,* a. a. O., § 439 Rn. 24; jeweils m. w. Nachw.; zu dem insoweit für die Beurteilung des Fahrzeugwertes maßgeblichen Zeitpunkt s. unten), hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Dies nimmt die Revision als ihr günstig hin.

[62] (2) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht im Rahmen seiner tatrichterlichen Beurteilung rechtsfehlerfrei angenommen, dass nicht allein auf das Kostenverhältnis der beiden Arten der Nacherfüllung abzustellen ist, sondern § 439 III 2 BGB a.F. weitere Wertungsgesichtspunkte hervorhebt. Danach ist insbesondere auf den Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels sowie auf die Frage Rücksicht zu nehmen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Aus revisionsrechtlicher Sicht ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die beiden zuletzt genannten Wertungskriterien (§ 439 III 2 Fall 2, 3 BGB a.F.) als ausschlaggebend angesehen hat, auch wenn es die Kosten der Ersatzlieferung um „ein Vielfaches“ höher bewertet hat. Die Annahme der Revision, die Wertungskriterien des § 439 III 2 Fall 2, 3 BGB a.F. seien hier von vornherein außer Betracht zu lassen, findet bereits keine Grundlage im Gesetz.

[63] (a) Ebenfalls zutreffend – und insoweit unangegriffen – hat das Berufungsgericht seinen Erwägungen zugrunde gelegt, dass dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand (§ 439 III 2 Fall 1 BGB a.F.) bei der gebotenen Interessenabwägung im Streitfall kein Gewicht beizumessen ist. Denn dieser Gesichtspunkt kommt namentlich bei geringwertigen Sachen zum Tragen, bei denen eine Nachbesserung oft mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden sein wird, sodass in der Regel nur eine Ersatzlieferung in Betracht kommen wird (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 232). Darum geht es hier jedoch nicht.

[64] (b) Das Berufungsgericht hat im Rahmen seiner Wertungsüberlegungen im Ansatz zutreffend auf die Bedeutung des Mangels abgestellt (§ 439 III 2 Fall 2 BGB a.F.).

[65] (aa) Es hat die Bedeutung der irreleitenden Warnmeldung als erheblich beurteilt und dies damit begründet, dass sie objektiv nicht gebotene Fahrtunterbrechungen von bis zu 45 Minuten verursache und die Gebrauchsfähigkeit des Fahrzeugs aus diesem Grunde spürbar eingeschränkt sei. Diese tatrichterliche Würdigung der Bedeutung des Mangels, der insbesondere nicht entgegensteht, dass die Warnmeldung nur in bestimmten Verkehrssituationen („extremer" Stop-and-go-Verkehr) eingeblendet wird, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (vgl. Senat, Urt. v. 09.03.2011 – VIII ZR 266/09, NJW 2011, 1664 Rn. 17; Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 30 [jeweils zur Beurteilung sporadisch auftretender Fahrzeugmängel]).

[66] (bb) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, dass die irreführende Warnmeldung zur Zeit der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung keine Bedeutung mehr gehabt habe, weil die Software des Fahrzeugs – jedenfalls nach der Behauptung der Beklagten – während des Rechtsstreits (am 14.10.2014) aktualisiert und der Mangel bei der routinemäßigen Inspektion im Rahmen des Kundendienstes behoben worden sei. Entgegen der Auffassung der Revision kommt es bei der Beurteilung der relativen Unverhältnismäßigkeit der vom Käufer verlangten Art der Nacherfüllung nicht auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung (hier der 19.12.2016) an.

[67] (aaa) Die Frage, welcher Zeitpunkt für die Bestimmung der relativen Unverhältnismäßigkeit der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung maßgeblich ist, ist allerdings im Schrifttum umstritten.

[68] Nach einer Auffassung, der sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, soll der Zeitpunkt, für den die Unverhältnismäßigkeit festzustellen ist, derjenige des Gefahrübergangs sein, weil für diesen Zeitpunkt Mangelfreiheit geschuldet sei (*Haas,* in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, Kap. 5 Rn. 158; MünchKomm-BGB/*Westermann,* a. a. O., § 439 Rn. 27). Nach anderer Ansicht kommt es auf den Zeitpunkt des Nacherfüllungsverlangens an. Ein früherer Zeitpunkt spiele für die Belastung des Verkäufers keine Rolle; bei Annahme eines späteren Zeitpunkts könne der Verkäufer hingegen die Nacherfüllung in der vom Käufer verlangten Form durch Zuwarten vermeiden (Erman/*Grunewald,* BGB, 15. Aufl., § 439 Rn. 17). Nach einer weiteren Sichtweise sei der Beginn der Mängelbeseitigung durch den Verkäufer maßgeblich (NK-BGB/*Büdenbender,* a. a. O., § 439 Rn. 42). Schließlich wird vertreten, dass es bei der vom Verkäufer erhobenen Einrede der Unverhältnismäßigkeit auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung ankomme. Dies wird maßgeblich auf den Gesetzeszweck der Einrede gestützt, die den Schutz des Verkäufers vor unangemessenen Belastungen gewährleisten solle (BT-Drs. 14/6040, S. 232). Ihr Zweck, den Verkäufer vor unverhältnismäßig hohen Nacherfüllungskosten zu schützen, bleibe auch dann von Bedeutung, wenn der Käufer den Nacherfüllungsanspruch vor Gericht geltend mache (BeckOK-BGB/*Faust,* a. a. O., § 439 Rn. 56; BeckOGK/*Höpfner,* a. a. O., § 439 BGB Rn. 157; *Kirsten,* ZGS 2005, 66, 69).

[69] (bbb) Im Ausgangspunkt ist auf den Zugang des Nacherfüllungsverlangens abzustellen.

[70] Auf den vom Berufungsgericht als maßgeblich erachteten Zeitpunkt des Gefahrübergangs kommt es nicht an, weil es zu dieser Zeit noch nicht um Nacherfüllung und erst recht nicht darum geht, auf welche Weise diese zu erfolgen hat. Bevor der Käufer Nacherfüllung beansprucht, hat der Verkäufer keine Veranlassung, die tatsächlichen Voraussetzungen der Einrede der Unverhältnismäßigkeit der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung prüfen und die Einrede gegebenenfalls zu erheben.

[71] Ebenso wenig ist es sachgerecht, zur Bestimmung der relativen Unverhältnismäßigkeit der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung abzustellen. Zwar dient das Leistungsverweigerungsrecht des § 439 III BGB a.F. dem Schutz des Verkäufers. So ist es ihm, wie ausgeführt, etwa gestattet, die Einrede der Unverhältnismäßigkeit erst im laufenden Rechtsstreit zu erheben. Der Verkäufer hat jedoch grundsätzlich keinen berechtigten Anlass, nach dem Zugang des Nacherfüllungsverlangens entstandene Kostensteigerungen in die Bewertung einfließen zu lassen und mit der vom Käufer beanspruchten Art der Nacherfüllung zuzuwarten bzw. diese zu verzögern oder gar zu verweigern, wenn sie im Zeitpunkt des Zugangs des Nacherfüllungsverlangens mit verhältnismäßigen Kosten möglich ist. Aus diesem Grunde ist es auch nicht gerechtfertigt, auf den Beginn der Mängelbeseitigung durch den Verkäufer abzustellen.

[72] Für die Feststellung der Unverhältnismäßigkeit der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung ist daher grundsätzlich der Zugang des Nacherfüllungsverlangens maßgebend. Allerdings kann unter Umständen auch auf einen späteren Zeitpunkt abzustellen sein (vgl. Senat, Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448 Rn. 16). So ist der Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung zwar nicht an eine vorherige Fristsetzung geknüpft. Hat der Käufer dem Verkäufer aber gleichwohl eine Frist zur Nacherfüllung bestimmt, wird es in der Regel interessengerecht sein, für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der beanspruchten Art der Nacherfüllung auf den Ablauf der gesetzten Nacherfüllungsfrist abzustellen.

[73] (cc) Nach dieser Maßgabe ist im Streitfall auf den Ablauf der bis zum 30.09.2013 gesetzten Nacherfüllungsfrist abzustellen. Der Bedeutung des vom Berufungsgericht festgestellten Sachmangels steht es somit nicht entgegen, dass die Beklagte ihn nachträglich behoben haben will, denn dies ist nach ihrem Sachvortrag erst (weit) nach Ablauf der vorbezeichneten Frist zur Ersatzlieferung geschehen. Zur Prüfung der Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Ersatzlieferung im Vergleich zur Nachbesserung bedurfte es dabei keiner (erneuten) Untersuchung des Fahrzeugs durch die Beklagte. Ohne Erfolg weist die Revision in diesem Zusammenhang darauf hin, dass das Softwareupdate schon vor Ablauf der gesetzten Nacherfüllungsfrist, nämlich seit Juli 2013, verfügbar gewesen sei. Denn die Beklagte hat von der Möglichkeit, den Mangel durch ein Softwareupdate zu beheben – nach ihrer Darstellung – erst nach mehr als einem Jahr, am 14.10.2014, Gebrauch gemacht.

[74] (c) Die weitere Annahme des Berufungsgerichts, auf die andere Art der Nacherfüllung könne nicht ohne erhebliche Nachteile für den Kläger zurückgegriffen werden (§ 439 III 2 Fall 3 BGB a.F.), beruht allerdings nicht auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage.

[75] Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass dem Kläger durch die von der Beklagten behauptete Installation des Softwareupdates am 14.10.2014 keine von Sachmängeln freie Sache verschafft worden sei. Nach dem Befund des Sachverständigen sei nicht auszuschließen, dass die Einblendung der Kupplungsüberhitzungsanzeige durch das Softwareupdate abgeschaltet worden sei. Für den Kläger bestehe daher „die Unsicherheit, ob die Funktion, die die Überhitzung der Kupplung betrifft, tatsächlich mit einem geänderten Warnhinweis verknüpft oder ob sie komplett abgeschaltet worden“ sei. Mit diesen Erwägungen hat das Berufungsgericht den Streitstoff nicht vollständig ausgeschöpft.

[76] (aa) Im Ansatz noch zu Recht hat das Berufungsgericht seiner Beurteilung zugrunde gelegt, dass der auf Ersatzlieferung in Anspruch genommene Verkäufer den Käufer nicht unter Ausübung der Einrede der Unverhältnismäßigkeit (§ 439 III BGB a.F.) auf Nachbesserung verweisen darf, wenn der Verkäufer den Mangel dadurch nicht vollständig, nachhaltig und fachgerecht beseitigen kann. Denn die Nacherfüllung zielt darauf ab, die gekaufte Sache in einen vertragsgemäßen Zustand zu versetzen, wie er nach § 433 I 2, § 434 I BGB geschuldet ist (vgl. Senat, Urt. v. 22.06.2005 – VIII ZR 281/04, BGHZ 163, 234, 242 f.; Urt. v. 06.02.2013 – VIII ZR 374/11, NJW 2013, 1365 Rn. 12; *Ball,* NZV 2004, 217, 219; Erman/*Grunewald,* a. a. O., § 439 Rn. 17; MünchKomm-BGB/*Westermann,* a. a. O., § 439 Rn. 10; BeckOK-BGB/*Faust,* a. a. O., § 439 Rn. 59; NK-BGB/*Büdenbender,* a. a. O., § 439 Rn. 44).

[77] (bb) Auch macht die Revision in diesem Zusammenhang zu Unrecht geltend, der Kläger könne ohnehin nicht verlangen, dass das Fahrzeug mit einer (funktionierenden) Kupplungsüberhitzungsanzeige ausgestattet sei, denn zum einen sei das Ausstattungsmerkmal verzichtbar, weil es bei den meisten anderen Fahrzeugmodellen nicht vorhanden sei; zum anderen habe es bei allen Fahrzeugen der betreffenden Modellserie nicht funktioniert. Ist das gekaufte Fahrzeug nämlich mit einer bestimmten Software ausgestattet, entspricht es der berechtigten Käufererwartung, dass diese die ihr zugedachte Funktion erfüllt (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB), ohne dass es darauf ankommt, ob andere Fahrzeuge mit dieser Software ausgerüstet sind oder ob diese den ihr zugedachten Zweck erfüllt.

[78] (cc) Soweit das Berufungsgericht hingegen angenommen hat, auf die andere Art der Nacherfüllung könne deshalb nicht ohne erhebliche Nachteile für den Kläger zurückgegriffen werden, weil nicht auszuschließen sei, dass die Warnmeldung durch die aufgespielte Software komplett abgeschaltet worden sei, hat es unter Verstoß gegen § 286 I ZPO den Sachvortrag der Beklagten nicht vollständig beachtet. Insoweit trifft es zwar zu, dass eine Abschaltung der Kupplungsüberhitzungsanzeige keine ordnungsgemäße Nachbesserung darstellen würde, weil der Fahrer dann – auch bei unsachgemäßer Fahrweise, die zu einer Überhitzung der Kupplung führen könnte – keine Warnhinweise erhalten würde. Die Revision rügt jedoch zu Recht, dass das Berufungsgericht die erstinstanzliche Behauptung der Beklagten unbeachtet gelassen hat, die Warnmeldung, die der Sachverständige bei seinen Probefahrten nach dem Softwareupdate nicht mehr hervorrufen konnte, sei auch durch leichtes Schleifenlassen der Kupplung herbeizuführen.

[79] Zwar hat der Sachverständige, der – soweit ersichtlich – lediglich eine kurze Strecke mit dem Fahrzeug zurückgelegt hat, dazu ausgeführt, er habe eine Meldung der Kupplungsüberhitzungsanzeige mit zeitweise schleifender Kupplung nicht auslösen können. Er hat jedoch ergänzend darauf hingewiesen, es sei nicht auszuschließen, dass die geänderte Textmeldung bei Probefahrten mit stärkerer Belastung der Kupplung eingeblendet werde. Dem hätte das Berufungsgericht im Rahmen seiner tatrichterlichen Verpflichtung zur (weiteren) Aufklärung des ihm unterbreiteten Sachverhalts nachgehen müssen. In diesem Zusammenhang durfte das Berufungsgericht auch den weiteren Hinweis des Sachverständigen nicht unbeachtet lassen, aus seiner Sicht sei die Ansprechtemperatur der Kupplungsüberhitzungsanzeige durch die neue Software „in jedem Fall [...] in Richtung höhere Temperaturen [...] verschoben“ worden.

[80] (aaa) Ohne Erfolg weist die Revisionserwiderung darauf hin, dass die Beklagte den vom Berufungsgericht übergangenen Sachvortrag in zweiter Instanz nicht wiederholt hat. Eine vorsorgliche Wiederholung ist nach der Rechtsprechung des BGH jedenfalls dann entbehrlich, wenn – wie hier – die betreffende Partei in erster Instanz obsiegt hat und das entsprechende Vorbringen hierfür unerheblich war (vgl. BGH, Urt. v. 05.11.1996 – VI ZR 343/95, NJW 1997, 528 [unter II 2]; Urt. v. 22.02.2006 – VII-I ZR 40/04, NJW-RR 2006, 776 Rn. 28; Urt. v. 27.02.2007 – XI ZR 195/05, NJW-RR 2007, 2106 Rn. 44, insoweit in BGHZ nicht abgedruckt; Urt. v. 07.01.2008 – II ZR 283/06, BGHZ 175, 86 Rn. 17; Urt. v. 20.09.2011 – II ZR 4/10, juris Rn. 19).

[81] (bbb) Zwar hat das Berufungsgericht – zur Vorbereitung eines Vergleichsvorschlags – in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, es könne „durchaus sein, dass der Sachvortrag der Beklagten nicht ausreicht, um die Voraussetzungen von § 439 III BGB anzunehmen“. Auch hat die Beklagte daraufhin ihr erstinstanzliches Vorbringen, auf das sie bereits in der Berufungserwiderung Bezug genommen hat, nicht ausdrücklich wiederholt. Dies kann ihr jedoch entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung schon deshalb nicht entgegengehalten werden, weil der gerichtliche Hinweis unzureichend war. Die in erster Instanz obsiegende Beklagte durfte vielmehr in verstärktem Maße einen konkreten Hinweis durch das Berufungsgericht erwarten (vgl. BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 09.03.2015 – 1 BvR 2819/14, NJW 2015, 1746, 1747; s. auch BGH, Beschl. v. 15.09.2015 – VI ZR 391/14, juris Rn. 10), weil das Landgericht sein klageabweisendes Urteil nicht auf die Einrede der Unverhältnismäßigkeit (§ 439 III BGB a.F.) gestützt hat.

[82] II. Zur Anschlussrevision des Klägers

[83] 1. Die Anschlussrevision des Klägers ist statthaft und auch im Übrigen zulässig. Zwar hat das Berufungsgericht die Revision nur zugunsten der Beklagten und nicht – im Hinblick auf den abgewiesenen Teil der Klage – auch zugunsten des Klägers zugelassen. Die Anschlussrevision ist jedoch gemäß § 554 II 1 Halbsatz 2 ZPO auch dann statthaft, wenn die Revision (insoweit) nicht zugelassen worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 06.06.2018 – VIII ZR 247/17, ZIP 2018, 1786 Rn. 31; Urt. v. 08.06.2018 – V ZR 125/17, NZM 2018, 719 Rn. 33 [zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt]; jeweils m. w. Nachw.).

[84] 2. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch des Klägers auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht versagt werden.

[85] a) Unter dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens (§§ 280 I, II, 286 BGB) kann der Kläger Erstattung seiner vorgerichtlichen Anwaltskosten allerdings nicht verlangen, denn diese waren, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, bereits entstanden, bevor die Beklagte mit ihrer aus § 437 Nr. 1, § 439 I Fall 2 BGB folgenden Verpflichtung zur Lieferung einer mangelfreien Sache in Verzug kommen konnte.

[86] b) Unbeschadet der Frage, ob der Kläger Erstattung seiner vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten gemäß § 437 Nr. 3, § 280 I BGB auch als Schadensersatz neben der Leistung unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung der Verpflichtung des Verkäufers zur Nacherfüllung (§ 439 I BGB) beanspruchen könnte (vgl. Senat, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 11 ff.; Urt. v. 02.04.2014 – VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337 Rn. 23 f.; Urt. v. 18.03.2015 – VIII ZR 176/14, NJW 2015, 2564 Rn. 15; Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 104/14, NJW 2015, 2244 Rn. 12), steht dem Kläger, wie die Anschlussrevision zu Recht geltend macht, ein Anspruch auf Erstattung seiner vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nach Maßgabe des § 439 II BGB zu, sofern er mit dem Verlangen nach Ersatzlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs durchdringt.

[87] aa) § 439 II BGB, der eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellt (Senat, Urt. v. 30.04.2014 – VIII ZR 275/13, BGHZ 201, 83 Rn. 15; Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 37; Urt. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 9), bestimmt, dass der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Kosten zu tragen hat. Davon werden nicht nur die vom Gesetz beispielhaft („insbesondere“) genannten Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten erfasst, sondern etwa auch zur Klärung von Mangelerscheinungen erforderliche Sachverständigenkosten, weil diese mit der Zielrichtung, dem Käufer die Durchsetzung eines daran anknüpfenden Nacherfüllungsanspruchs zu ermöglichen, und damit „zum Zwecke der Nacherfüllung“ aufgewandt werden (Senat, Urt. v. 30.04.2014 – VIII ZR 275/13, BGHZ 201, 83 Rn. 15). Unter diesen Umständen können nach der Rechtsprechung des BGH auch vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten erstattungsfähig sein (vgl. BGH, Urt. v. 17.02.1999 – X ZR 40/96, NJW-RR 1999, 813 [unter II; noch zu der mit Ablauf des 31.12.2001 außer Kraft getretenen Bestimmung des § 476a BGB]; ebenso Palandt/*Weidenkaff,* a. a. O., § 439 Rn. 11; Erman/*Grunewald,* a. a. O., § 439 Rn. 8; anders BeckOGK/*Höpfner,* a. a. O., § 439 BGB Rn. 48.4; *Reinking/Eggert,* Der Autokauf, 13. Aufl., Rn. 763; jeweils m. w. Nachw.).

[88] bb) Davon ausgehend hat das Berufungsgericht – insoweit noch zu Recht – festgestellt, dass im gegebenen Fall ein Zusammenhang der vorgerichtlichen anwaltlichen Tätigkeit mit dem Auffinden der Ursache der Mangelerscheinung und der Klärung der Verantwortlichkeit nicht gegeben ist. Jedoch wird die Auffassung des Berufungsgerichts, die vorgerichtlichen Anwaltskosten seien deshalb nicht erstattungsfähig, den hier maßgeblichen Umständen nicht gerecht und schränkt den Anwendungsbereich des § 439 II BGB ungerechtfertigt ein.

[89] (1) Im Streitfall ging es dem Kläger mit der Beauftragung seines Rechtsanwaltes nicht darum, die Ursache einer Mangelerscheinung aufzufinden. Ebenso wenig ging es um die Klärung der Verantwortlichkeit für den Mangel; es stand ohnehin nicht in Rede, dass der Kläger für die irreführende Warnmeldung der Fahrzeugsoftware verantwortlich gewesen sein könnte. Im vorliegenden Fall hatte der Kläger der Beklagten zudem bereits vor Einschaltung seines Rechtsanwalts mehrfach Gelegenheit zur Mängelbeseitigung gegeben. Erst nachdem der Beklagten dies nicht gelungen war, hat der Kläger anwaltliche Hilfe in Anspruch genommen, um den Anspruch auf Nacherfüllung nunmehr in Form der Lieferung einer mangelfreien Sache durchzusetzen.

[90] (2) Auch eine solche Fallgestaltung unterfällt nach dem Wortlaut und dem Normzweck des § 439 II BGB dessen Anwendungsbereich. Dieser beschränkt sich nicht nur auf die zur Feststellung der Ursache einer Mangelerscheinung erforderlichen Untersuchungskosten, sondern erfasst auch die zur Durchsetzung einer Ersatzlieferung erforderlichen Anwaltskosten, wenn der Verkäufer die ihm zunächst gewährte Gelegenheit zur Beseitigung des Mangels nicht wahrgenommen hat.

[91] (a) Die vom Kläger geltend gemachten Anwaltskosten wurden „zum Zwecke der Nacherfüllung“ aufgewandt, nämlich zu der Zeit, als sich der Vollzug des Kaufvertrags (noch) im Stadium der Nacherfüllung gemäß § 439 I BGB befand (vgl. Senat, Urt. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 9; *Lorenz,* NJW 2014, 2319, 2321), und auch mit der Zielrichtung, dem Kläger die Durchsetzung eines Nacherfüllungsanspruchs – hier in Gestalt von § 439 I Fall 2 BGB – zu ermöglichen (Senat, Urt. v. 30.04.2014 – VIII ZR 275/13, BGHZ 201, 83 Rn. 15).

[92] (b) Es handelt sich des Weiteren um zur Wahrung und Durchsetzung des Anspruchs auf Lieferung einer mangelfreien Sache gemäß § 439 I Fall 2 BGB „erforderliche Aufwendungen“. Aus der gebotenen Ex-ante-Sicht einer vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Person (s. BGH, Beschl. v. 31.01.2012 – VII-I ZR 277/11, NZM 2012, 607 Rn. 4; Urt. v. 17.09.2015 – IX ZR 280/14, NJW 2015, 3793 Rn. 8; Urt. v. 25.11.2015 – IV ZR 169/14, NJW-RR 2016, 511 Rn. 12) durfte der Kläger annehmen, dass es nach mehreren vergeblichen Versuchen, den Sachmangel zu beseitigen, mit Rücksicht auf seine besondere Situation zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig ist (st. Rspr.; s. nur BGH, Urt. v. 23.01.2014 – III ZR 37/13, BGHZ 200, 20 Rn. 48; Urt. v. 06.10.2010 – VIII ZR 271/09, NJW 2011, 296 Rn. 9; Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 Rn. 21; jeweils m. w. Nachw.), das Vertragsziel der Lieferung einer mangelfreien Sache nunmehr in Form einer Ersatzlieferung und unter Zuhilfenahme eines Rechtsanwaltes zu erreichen.

[93] (c) Die Zubilligung eines Anspruchs auf Erstattung der dem Kläger entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten entspricht der Zielsetzung des § 439 II BGB, der die von Art. 3 III 1, IV der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geforderte Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung gewährleisten soll (Senat, Urt. v. 30.04.2014 – VIII ZR 275/13, BGHZ 201, 83 Rn. 11; Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 211/15, NJW 2017, 1100 Rn. 40).

[94] Die dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts unentgeltlich zu bewirken, soll den Käufer vor drohenden finanziellen Belastungen schützen, die ihn in Ermangelung eines solchen Schutzes davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen (Senat, Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 37; s. auch EuGH, Urt. v. 17.04.2008 – C-404/06, NJW 2008, 1433 Rn. 34 – Quelle). Ein solcher Hinderungsgrund kann sich für den Käufer nicht nur dann ergeben, wenn er Transport- oder Sachverständigenkosten aufbringen muss, sondern auch dann, wenn er zur Herstellung eines vertragsgemäßen Zustandes notwendige Rechtsanwaltskosten aufzuwenden hat, diese jedoch nicht erstattet werden. Die berechtigten Interessen des Verkäufers bleiben gewahrt, denn auch diese Kosten können in die Beurteilung einfließen, ob dem Verkäufer gemäß § 439 III BGB a.F. ein Recht zur Verweigerung der Leistung zusteht (NK-BGB/*Büdenbender,* a. a. O., § 439 Rn. 44; BeckOGK/*Höpfner,* a. a. O., § 439 Rn. 134).

[95] C. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben; auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision des Klägers ist es daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Die Sache ist nicht entscheidungsreif und daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO), damit es die erforderlichen ergänzenden Feststellungen treffen und auf dieser Grundlage eine (erneute) Abwägung vornehmen kann, ob die vom Kläger beanspruchte Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache im Vergleich zur Nachbesserung unverhältnismäßig ist (§ 439 III BGB a.F.).

[96] Im Hinblick auf den vom Berufungsgericht bisher übergangenen Sachvortrag der Beklagten sowie den Hinweis des Sachverständigen auf die Möglichkeit zusätzlicher Befunde durch Probefahrten mit stärkerer Kupplungsbelastung wird das Berufungsgericht eine ergänzende Begutachtung durch den Sachverständigen anzuordnen oder – zur Vermeidung der von ihm für möglich gehaltenen Schäden der Kupplung bei wesentlich stärkerer Belastung – erforderlichenfalls einen Sachverständigen mit weitergehender EDV-Sachkunde zu beauftragen haben (§§ 411 III, 412 ZPO).

[97] Bei der sich hieran anschließenden erneuten Abwägung im Rahmen des § 439 III BGB a.F. wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, dass es den Kosten der Beklagten für die Entwicklung des Softwareupdates eine indizielle Bedeutung für das Gewicht das Mangels jedenfalls nicht zumessen darf, ohne entsprechende zusätzliche Feststellungen getroffen zu haben. Des Weiteren wird das Berufungsgericht gegebenenfalls Feststellungen zum Wert des mangelhaften Fahrzeugs bei Ablauf der vom Kläger gesetzten Frist zur Ersatzlieferung sowie zu der Frage zu treffen haben, ob und in welchem Ausmaß die Beklagte den Sachmangel zu vertreten hat, denn bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit nach § 439 III BGB a.F. kann auch das Verschulden des Verkäufers ins Gewicht fallen (BGH, Urt. v. 04.04.2014 – V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 36, 45). Zwar muss sich der Verkäufer ein etwaiges Verschulden des ihm vorgeschalteten Herstellers nicht zurechnen lassen (§ 278 BGB), denn beim Kaufvertrag ist der vom Verkäufer eingeschaltete Hersteller der Kaufsache nicht dessen Erfüllungsgehilfe (Senat, Urt. v. 02.04.2014 – VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337 Rn. 31 m. w. Nachw.). Die Beklagte ist jedoch nicht nur Verkäuferin, sondern auch Herstellerin des Fahrzeugs.

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.