

## Schadensersatzrechtliche Rückabwicklung eines Neuwagenkaufvertrags – defektes Soundsystem

1. Einem Käufer ist es jedenfalls dann nicht verwehrt, von seinem ursprünglichen Nachbesserungsverlangen Abstand zu nehmen und gestützt auf [§ 437 Nr. 1](#), [§ 439 I Fall 2 BGB](#) die Lieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen, wenn der Verkäufer die zunächst verlangte Nachbesserung ([§ 439 I Fall 1 BGB](#)) nicht zuwege gebracht hat (im Anschluss an [BGH, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17](#), [BGHZ 220, 134](#) Rn. 42 ff.).
2. Die Ersatzlieferung ([§ 439 I Fall 2 BGB](#)) eines Neuwagens ist nicht schon deshalb i. S. von [§ 275 I BGB](#) unmöglich, weil ein Modellwechsel stattgefunden hat. Vielmehr ist der Verkäufer gemäß [§ 437 Nr. 1](#), [§ 439 I Fall 2 BGB](#) (lediglich) verpflichtet, dem Käufer anstelle der ursprünglich gelieferten mangelhaften Kaufsache eine mangelfreie, im Übrigen aber gleichartige und gleichwertige Sache zu liefern, und das kann grundsätzlich auch ein Neufahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion sein (vgl. [BGH, Beschl. v. 08.01.2019 – VII I ZR 225/17](#), [NJW 2019, 1133](#) Rn. 24 ff.). Das gilt jedenfalls dann, wenn der Käufer ausdrücklich die Ersatzlieferung eines Neufahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion verlangt und damit dokumentiert, dass (auch) aus seiner Sicht die vom Verkäufer geschuldete Leistung austauschbar ist.
3. Macht ein Käufer seinen Anspruch auf Nacherfüllung ([§ 437 Nr. 1](#), [§ 439 I BGB](#)) klageweise geltend, dann ist der Verkäufer in der Regel nicht daran gehindert, sich erst im Rechtsstreit darauf zu berufen, dass die von dem Käufer gewählte Art der Nacherfüllung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich sei ([§ 439 III BGB a.F.](#) = [§ 439 IV BGB n.F.](#)). Das gilt auch dann, wenn der Verkäufer vorprozessual lediglich Mängel der Kaufsache in Abrede gestellt und aus diesem Grund die Nacherfüllung verweigert hatte, also vorprozessual von unverhältnismäßigen Kosten keine Rede war (im Anschluss an [BGH, Urt. v. 16.10.2013 – VIII ZR 273/12](#), [NJW 2014, 213](#) Rn. 17).
4. Verlangt der Käufer wegen eines Mangels gemäß [§ 437 Nr. 3 Fall 1](#), [§§ 280 I, III](#), [281 BGB](#) Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist bei der Beurteilung, ob die in der Lieferung der mangelhaften Kaufsache liegende Pflichtverletzung des Verkäufers i. S. von [§ 281 I 3 BGB](#) unerheblich und der Schadensersatzanspruch deshalb ausgeschlossen ist, auf den Zeitpunkt der Geltendmachung des Schadensersatzverlangens abzustellen (vgl. zum Rücktritt [BGH, Urt. v.](#)

**26.10.2016 – VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 29). War zu diesem Zeitpunkt die Ursache des aufgetretenen Mangelsymptoms noch nicht bekannt und deshalb nicht absehbar, ob und gegebenenfalls mit welchem Aufwand der Mangel beseitigt werden kann, ist eine Geringsfügigkeit regelmäßig zu verneinen (vgl. BGH, Urt. v. 15.06.2011 – VIII ZR 139/09, NJW 2011, 3708 Rn. 9).**

OLG Hamm, Urteil vom 09.05.2019 – [28 U 109/17](#)

(nachfolgend: [BGH, Beschluss vom 25.08.2020 – VIII ZR 140/19](#))

**Sachverhalt:** Der Kläger kaufte von der beklagten Vertragshändlerin mit Vertrag vom 30.06.2015 einen Neuwagen zum Preis von 36.215,21 €. Das Fahrzeug, das mit einem Audio-Surroundsystem des Herstellers *H* ausgestattet ist, wurde ihm am selben Tag übergeben.

Rund zwei Monate später rügte der Kläger telefonisch und nachfolgend mit an den Mitarbeiter *M* der Beklagten gerichteten E-Mails vom 20.08. und vom 23.08.2015 Tonprobleme beim Radioempfang sowie „Vibrationsgeräusche bei basslastigen Stücken in der Tür vorne links“. Ein erster Werkstatttermin fand deshalb am 31.08.2015 statt. Nachdem der Kläger das Fahrzeug anschließend zurückerhalten hatte, machte er gegenüber *M* am 03.09.2015 telefonisch geltend, dass die Probleme nicht behoben worden seien. Daraufhin fand am 07.09.2015 ein weiterer Termin in der Werkstatt der Beklagten statt, an dem der Kläger, der Mitarbeiter der Beklagten *T* und der Geschäftsführer der Beklagten teilnahmen. Nach Darstellung des Klägers haben sämtliche Beteiligten während einer Probefahrt die behaupteten Tonschwankungen beim Radiobetrieb wahrgenommen. Es wurde ein nächster Werkstatttermin für den 09.09.2015 vereinbart. An diesem Tag wurden nach Aktenlage der Tuner und der Verstärker getauscht sowie die Verbindungseinheit geprüft. Nachdem der Kläger seinen Pkw anschließend zurückerhalten hatte, monierte er, dass die gerügten Problems fortbeständen, und forderte mit E-Mail vom 15.09.2015 die Lieferung eines mangelfreien Neuwagens. Am 17.09.2015 wurde das Fahrzeug nochmals in der Werkstatt der Beklagten – diesmal in Anwesenheit eines Mitarbeiters des Fahrzeugherstellers – überprüft, und es wurde ein (weiterer) Werkstatttermin für den 30.09.2015 vereinbart, den der Kläger auch wahrnahm. Am 03.10.2015 machte der Kläger geltend, dass die die behaupteten Probleme trotz des jüngsten Werkstattaufenthalts seines Fahrzeugs nach wie vor vorhanden seien, und beharrte auf der Lieferung eines neuen Pkw. Ob der Geschäftsführer der Beklagten daraufhin erklärte, dass die Beklagte weder zu einer Ersatzlieferung noch zu weiteren Nachbesserungen bereit sei, ist zwischen den Parteien streitig. Jedenfalls forderte der – nunmehr anwaltlich vertretene – Kläger die Beklagte mit Schreiben vom 19.10.2015 auf, ihm bis zum 26.10.2015 ersatzweise einen mangelfreien Neuwagen zu liefern. Dies lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 26.10.2015 mit der Begründung ab, das von dem Kläger beanstandete Phänomen trete nur auf, wenn das Radio im FM-Betrieb laufe und

der Surroundmodus eingeschaltet und der Mittellautsprecher aktiviert sei. Es sei auf die aktive Rauschunterdrückung im Radiobetrieb zurückzuführen und Stand der Technik. Wenn das Radio im DAB-Modus betrieben werde, funktioniere die Anlage einwandfrei. Mit seiner Klage hat der Kläger die Beklagte auf Ersatzlieferung eines mangelfreien Neuwagens, Zug um Zug gegen Rückgabe und Rücküberweisung des ihm gelieferten, aus seiner Sicht mangelhaften Pkw, in Anspruch genommen. Zudem hat er die Feststellung begehrt, dass die Beklagte mit der Rücknahme des (angeblich) mangelhaften Fahrzeugs in Annahmeverzug sei. Dieses Fahrzeug – so hat der Kläger geltend gemacht – sei schon bei der Übergabe mangelhaft gewesen, weil das Audiosystem nicht einwandfrei funktioniere. Der Surroundklang falle bei analogem und – wie sich inzwischen herausgestellt habe – auch bei digitalem Radioempfang aus; der Ton komme dann nur noch aus einer einzelnen Box im Armaturenbrett, alle anderen Boxen würden nicht angesteuert. Das habe die Beklagte nach dem ersten Werkstatttermin und bei der Probefahrt am 07.09.2015 auch bestätigt, und es hätten auch alle bestätigt, die an der Untersuchung des Pkw am 17.09.2015 teilgenommen hätten. Der Kläger hat gemeint, dass auch der analoge Radioempfang einwandfrei funktionieren müsse, zumal gerade Regionalsender nur analog zu empfangen seien. Außer dem Soundsystem – so hat der Kläger geltend gemacht – sei auch das Navigationssystem defekt; es „friere ein“. Das System kündige an zu laden und bleibe dann beim Ladevorgang hängen; es könne dann weder das Navigationssystem noch das Radio betrieben werden. Dass das Navigationssystem „einfriere“, habe der Mitarbeiter T der Beklagten Anfang Februar 2016, als das Fahrzeug der Beklagten wegen dieses Mangels vorgestellt worden sei, bestätigt. Die Beklagte hat die von dem Kläger behaupteten Mängel des Sound- und des Navigationssystems in Abrede gestellt. Tonschwankungen seien beim analogen Radioempfang durch die aktive Rauschunterdrückung, die bei eingeschaltetem Centerpoint (= Mittellautsprecher) stattfinde, möglich und normal; sie seien Stand der Technik. Darüber hinaus – insbesondere beim digitalen Radioempfang – träten sie nicht auf. Sie, die Beklagte, habe einen Defekt des Sound- oder des Navigationssystems auch nie zugestanden. Der Pkw des Klägers sei nur wiederholt überprüft und einzelne Komponenten des Soundsystems seien nur ausgetauscht worden, um den Kläger als Kunden zufriedenzustellen. Auch bei den Probefahrten seien Mängel nicht festgestellt worden. Es seien lediglich die beschriebenen – dem Stand der Technik entsprechenden – Tonschwankungen aufgetreten. Die Beklagte hat gemeint, eine Ersatzlieferung könne der Kläger schon deshalb nicht mit Erfolg verlangen, weil er sich auf eine Nachbesserung konzentriert habe. Eine Ersatzlieferung sei auch nicht zielführend, weil jeder andere in Betracht kommende Neuwagen mit einem identischen Soundsystem ausgestattet sei. Zudem sei eine Ersatzlieferung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden, weil für eine Reparatur des streitgegenständlichen Fahrzeugs allenfalls Kosten von bis zu 1.000 € anfielen. Abgesehen davon würde das Fahrzeug so, wie es der Kläger erworben habe, seit Februar 2017 gar nicht mehr hergestellt. Das neue Modell sei mit dem – dem Kläger gelieferten – Vorgängermodell nicht vergleichbar; es sehe anders aus, sei abweichend ausgestattet und anders mo-

torisiert. Ein dem klägerischen Fahrzeug vergleichbarer Pkw könne nicht mehr bezogen werden. Das Landgericht hat am 07.04.2016 sowohl den Kläger als auch den Geschäftsführer der Beklagten persönlich angehört. Sodann hat es ein Sachverständigengutachten zu der Frage eingeholt, ob bei dem Fahrzeug des Klägers bei analogem und/oder digitalem Radioempfang der Surroundklang ausfalle und dies gegebenenfalls als Sachmangel zu bewerten oder Stand der Technik sei. Den behaupteten Mangel des Navigationssystems hat das Landgericht nicht in die Beweisaufnahme einbezogen. Im Anschluss hat das Landgericht die Klage mit dem angefochtenen Urteil abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Kläger nicht bewiesen habe, dass sein Fahrzeugs mangelhaft sei, und deshalb keinen Anspruch auf Nacherfüllung durch Lieferung eines mangelfreien Pkw ([§§ 434 I, 437 Nr. 1, § 439 I Fall 2 BGB](#)) habe. Den behaupteten Mangel des Soundsystems habe der gerichtlich bestellte Sachverständige nicht bestätigt. Wegen des behaupteten Mangels des Navigationssystem scheidet eine Ersatzlieferung aus, weil sie – was das Gericht auch ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens feststellen könne – mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden sei. Denn der Kläger habe mit seinem Fahrzeug 15.000 km zurückgelegt und so eine erhebliche Wertminderung bewirkt. Die Beklagte dürfe eine Ersatzlieferung auch dann wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigern, wenn der streitgegenständliche Kfz-Kaufvertrag ein Verbrauchsgüterkauf sei. Es stehe nämlich nicht fest, dass der Kläger nur durch eine Ersatzlieferung ein mangelfreies Fahrzeug erhalten können; der von der Beklagten angebotenen Nachbesserung des Navigationssystem durch Installation eines Softwareupdates habe sich der Kläger verschlossen. Mit seiner dagegen gerichteten Berufung hat der Kläger in erster Linie seinen Anspruch auf Ersatzlieferung weiterverfolgt. Hilfsweise hat er die Rückabwicklung des mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrags verlangt. Er hat die Beweiswürdigung des Landgerichts gerügt; dieses habe verfahrensfehlerhaft weder das beantragte Obergutachten eingeholt, noch sich mit seinen – des Klägers – Einwänden gegen die Feststellungen des Sachverständigen hinreichend auseinandergesetzt. Dessen Gutachten sei schlicht unbrauchbar. Auch die Ausführungen des Landgerichts zu dem gerügten Mangel des Navigationssystems und der unverhältnismäßigen Kosten, mit denen eine Ersatzlieferung angeblich verbunden sei, verfangen nicht. Das Landgericht habe schon verkannt, dass der Mangel des Navigationssystems nicht durch Installation eines Softwareupdates beseitigt werden könne. Jedenfalls aber hätte es nicht nur die Kosten für die Installation des Updates, sondern auch die Kosten für dessen Entwicklung in seine Überlegungen einbeziehen müssen. Außerdem hätte das Landgericht darauf abstellen müssen, welchen Wert das streitgegenständliche Fahrzeug gehabt habe, als er – der Kläger – die behaupteten Mängel erstmals gerügt habe. Seinerzeit habe die Laufleistung des Pkw noch nicht 15.000 km betragen, sodass der Wertverlust deutlich geringer gewesen sei als im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht. Dass eine Ersatzlieferung unmöglich sei, hat der Kläger bestritten und behauptet, es habe mittlerweile nur ein Facelift und kein Modellwechsel stattgefunden. Ebenfalls hat der Kläger bestritten, dass ein Fahrzeug so, wie er es erhalten habe, gar nicht

mehr erhältlich sei. Der Kläger hat dementsprechend zuletzt beantragt, die Beklagte zur Ersatzlieferung eines mangelfreien Pkw – hilfsweis zur Zahlung von 36.215,21 € nebst Zinsen – Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs und zum Ersatz vorgerichtlich entstandener Rechtsanwaltskosten zu verurteilen. Außerdem hat er die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten begehrt. Die Berufung hatte (nur) mit dem Hilfsantrag Erfolg.

**Aus den Gründen:** I. Die Voraussetzungen der §§ 434 I, 437 Nr. 1, § 439 I Fall 2 BGB für die von dem Kläger mit dem Hauptantrag verfolgte Ersatzlieferung in Form eines Neufahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion ... liegen nicht sämtlich vor, weshalb die Beklagte diese Leistung nicht schuldet.

1. Der streitbefangene Pkw, den der Kläger in seiner Eigenschaft als Verbraucher von der gewerbsmäßig mit Kraftfahrzeugen handelnden Beklagten mit Kaufvertrag vom 30.06.2015 zum Preis von 36.215,21 € erworben hat (§§ 433, 474 ff. BGB), wies im Zeitpunkt des Gefahrübergangs einen (objektiven) Sachmangel gemäß § 434 I 2 Nr. 2 BGB auf. Nach der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme steht fest, dass der Pkw bei der Übergabe an den Kläger nicht von der Beschaffenheit war, die bei Sachen gleicher Art üblich ist und die ein Käufer nach Art der Sache erwarten kann. a) Der Sachverständige G, der dem Senat aufgrund wiederholter Beauftragung mit der Erstellung von Gutachten über Kraftfahrzeuge als besonders kompetent und zuverlässig bekannt ist, hat das Fahrzeug des Klägers am 15.03.2018 und in der 30. Kalenderwoche des Jahres 2018 untersucht. Den vom Kläger gerügten Mangel am Navigationssystem hat der Sachverständige dabei nicht reproduzieren können. Er hat aber festgestellt, dass die Soundanlage des Pkw im Zeitpunkt der Überprüfung einen technischen Defekt aufwies. Der Sachverständige hat insoweit die Behauptung des Klägers bestätigt, der Senderempfang im Analogbetrieb sei auffallend schlecht und bleibe hinter dem Standard zurück, der bei vergleichbaren Soundanlagen allgemein erwartet werden könne. UKW-Sender seien – so der Sachverständige – nicht störungsfrei zu empfangen, und ein Raumklang könne beim Betrieb des Radios im Analogmodus nicht erzeugt werden; es entstehe der akkustische Eindruck, nur aus dem Mittellautsprecher kämen Töne. Nach den überzeugend erläuterten Feststellungen des Sachverständigen beruht dieser Umstand darauf, dass ein im hinteren Bereich des Fahrzeugs verbautes Koaxial-Antennenkabel verdrillt und dabei so verlegt worden ist, dass der für Kabel dieser Art zulässige kleinste Biegeradius unterschritten wurde; das Kabel wies nach den Feststellungen des Sachverständigen mechanische Beschädigungen auf. Eine derart beschädigte Verkabelung entspricht nach den Ausführungen des Sachverständigen – denen der Senat sich anschließt – nicht dem Stand der Technik. b) Der vorbeschriebene Defekt der Soundanlage lag bereits bei der Übergabe des Pkw an den Kläger im Juni 2015 vor. Das ist vom Sachverständigen G zwar nicht festgestellt worden. Wenn – wie im Streitfall – ein Verbrauchsgüterkauf geschlossen wurde, ist die Rückbeziehung aber gemäß § 476 BGB a.F. zu vermuten, wenn der Käufer innerhalb einer Frist von sechs Monaten ab Übernahme der Kaufsache eine Mangelercheinung rügt, die

auf einen technischen Defekt der Kaufsache und damit einen Sachmangel zurückgeführt werden kann (vgl. [BGH, Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15](#), [BGHZ 212, 224 = NJW 2017, 1093](#)). Im Streitfall hat der Kläger nachweislich bereits rund zwei Monate nach dem Kauf und der Fahrzeugübergabe die später vom Sachverständigen *G* bestätigten und auf den oben angegebenen technischen Defekt zurückzuführenden Tonschwankungen beim Betrieb des Radios gerügt. Er kann sich deshalb auf die Vermutungswirkung des [§ 476 BGB a.F.](#) berufen. 2. Der Kläger hat sein auf den Mangel der Soundanlage gestütztes Ersatzlieferungsverlangen auch wirksam ausgeübt. Er hat vorprozessual persönlich wie auch über seinen Anwalt die Ersatzlieferung von der Beklagten gefordert, nachdem er ihr zuvor die Gelegenheit zur Untersuchung des Fahrzeugs und zur Beseitigung hierbei festgestellter Mängel gegeben hatte (vgl. [BGH, Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 310/08](#), [NJW 2010, 1448](#) Rn. 12; [Urt. v. 19.07.2017 – VIII ZR 278/16](#), [NJW 2017, 2758](#) Rn. 27). 3. a) Der Kläger ist mit seinem Ersatzlieferungsgesuch nicht deshalb ausgeschlossen, weil er sich im Anschluss an das erste, von ihm persönlich schon am 15.09.2015 gestellte Ersatzlieferungsverlangen (doch) noch einmal auf einen Nachbesserungsversuch der Beklagten eingelassen hat. Entgegen der Einschätzung der Beklagten bindet dieses Entgegenkommen des Klägers ihn nicht an die Nacherfüllungsvariante der „Nachbesserung“. Jedenfalls dann, wenn die im Einverständnis mit dem Käufer durchgeführte Nachbesserung fehlgeschlagen ist, ist es dem Käufer unbenommen, erneut auf sein ursprüngliches Ersatzlieferungsverlangen zurückzukommen ([BGH, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17](#), [BGHZ 220, 134 = NJW 2019, 292 = BB 2019, 330](#) Rn. 42 ff.; *Reinking/Eggert, Der Autokauf*, 13. Aufl., Rn. 670). Diese Konstellation ist im Streitfall gegeben; nach dem Ergebnis der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme bestand der Defekt der Soundanlage auch im Anschluss an den letzten Nachbesserungsversuch der Beklagten Ende September 2015 fort, denn das die Tonschwankungen verursachende beschädigte Kabel war unverändert im Fahrzeug verblieben und als Fehlerquelle von der Beklagten nicht ausgemacht worden (s. oben). b) Dem Ersatzlieferungsverlangen des Klägers steht auch der von der Beklagten erhobene Einwand der Unmöglichkeit der Ersatzlieferung ([§ 275 I BGB](#)) nicht entgegen. aa) Die vom Kläger begehrte Ersatzlieferung ist der Beklagten nicht deshalb unmöglich, weil – wie die Beklagte vor Durchführung der Beweisaufnahme vor dem Senat behauptet hatte – auch jedes ersatzweise zu beschaffende Neufahrzeug ... die klägerseits gerügten und von der Beklagten vorprozessual und erstinstanzlich noch als „Stand der Technik“ bezeichneten Tonschwankungen beim Radiobetrieb aufweist. Dass diese Behauptung der Beklagten nicht zutrifft, steht nach der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme fest. Die Tonschwankungen während des Betriebs des Radios, die auf der nicht fachgerecht erfolgten Verlegung des Antennenkabels im hinteren Fahrzeugbereich beruhen, entsprechen nach den Ausführungen des Sachverständigen *G* nicht dem „Stand der Technik“ in der Baureihe, vielmehr ist der unfachmännisch erfolgte Einbau des Kabels eine individuelle Besonderheit des vom Kläger bei der Beklagten erworbenen Fahrzeugs. Dafür, dass bei sämtlichen Fahrzeugen der Baureihe das Antennenkabel vergleichbar un-

fachmännisch verbaut worden sein könnte, ist nichts ersichtlich oder beklagten-seits vorgetragen.

bb) Die Ersatzlieferung ist der Beklagten weiter auch dann nicht unmöglich, wenn ihre Behauptung als zutreffend unterstellt wird, die Produktion des streitbefangenen Modells des Pkw sei seit Januar 2017 eingestellt worden, und seit Juni 2017 werde nur noch ein neues Modell (die „zweite Generation“) produziert, das in Bezug auf die Motorisierung, die Fahrzeugabmessungen und die Ausstattung mit den Fahrzeugen der „ersten Generation“ nicht vergleichbar sei; ein (fabrikneues) Modell der ersten Generation könne von ihr und/oder einem Dritten nicht mehr beschafft werden. Soweit der Senat im Anschluss an den von der Beklagten auf den Hinweisbeschluss vom 28.08.2018 gehaltenen Vortrag noch die gegenteilige Einschätzung vertreten hatte (vgl. die Ladungsverfügung vom 18.20.2018), hält er daran – wie im Senatstermin am 05.03.2019 ausführlich erörtert – in Ansehung der Ausführungen des BGH in dessen einen VW Tiguan 2.0 TDI betreffenden [Hinweisbeschluss vom 08.01.2019 – VIII ZR 225/17](#) – nicht mehr fest. In dem vorgenannten Beschluss hat der BGH herausgestellt, dass der Verkäufer eines neuen Kraftfahrzeugs im Rahmen der Ersatzbeschaffung nach [§ 439 I Fall 2 BGB](#) verpflichtet sei, dem Käufer eine mit dem Kaufgegenstand gleichartige und gleichwertige Sache zu verschaffen, und dass als solche auch das Nachfolgemodell eines als Neufahrzeug erworbenen Pkw anzusehen sei. Denn maßgeblich sei – so der BGH –, dass nach dem Willen der Vertragsbeteiligten und dem Vertragszweck beim Neufahrzeugkauf grundsätzlich von einer Austauschbarkeit der nach dem Kaufvertrag vom Verkäufer geschuldeten Leistung auszugehen sei und deshalb beim Kraftfahrzeugkauf auch ein seinen Vorgänger am Markt ersetzendes Nachfolgemodell geeignet sei, im Rahmen einer Ersatzlieferung an dessen Stelle zu treten – unabhängig davon, ob das Nachfolgemodell nur mit einem „Facelift“ versehen oder in Ausstattung, Motorisierung und Aussehen tiefgreifenderen Änderungen unterworfen worden sei. Für den Verkäufer sei – so der BGH – bei der Bewertung der Frage der Austauschbarkeit das maßgebende Kriterium das der Kosten für die Ersatzbeschaffung. Dieser Punkt sei aber nicht im Rahmen des [§ 275 I BGB](#), sondern bei der Prüfung, ob wegen einer Unverhältnismäßigkeit der Kosten für die Ersatzbeschaffung ein Beschaffungshindernis nach [§ 439 III BGB a.F.](#) vorliege, zu berücksichtigen. Der Senat hat zwar angesichts des Umstands, dass beim Kraftfahrzeugkauf die Entscheidung des Käufers für ein Fahrzeugmodell nicht nur von rationalen, sondern (auch) von Aspekten wie dem „Gefallen“ des Fahrzeugäußeren sowie dem der Ausstattung und der Verwendbarkeit der einzelnen Ausstattungsmerkmale für die persönlichen Bedürfnisse bestimmt wird, Bedenken, ob für den Käufer angesichts der nach einem Modellwechsel unter Umständen veränderten Fahrzeugoptik und -ausstattung tatsächlich bei beiden Vertragsparteien stets ohne Weiteres eine Austauschbarkeit der Leistungen angenommen werden kann. Dessen ungeachtet schließt der Senat sich jedenfalls für Fälle, in denen der Käufer ausdrücklich die Ersatzlieferung eines Neufahrzeugs aus der aktuellen Produktion begehrt und damit eine auch aus seiner Sicht gegebene Austauschbarkeit dokumentiert, den Erwägungen des BGH im Ergebnis an und hält deshalb die vom Kläger mit dem Hauptantrag verfolgte Ersatzlieferung durch ein

der „zweiten Modellgeneration“ zugehöriges Neufahrzeug der Beklagten nicht (mehr) für unmöglich (§ 275 I BGB). cc) Die Beklagte kann aber gemäß § 439 III BGB a.F. die vom Kläger gewählte Ersatzlieferung verweigern, weil diese mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden ist. Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 27.02.2019 unwidersprochen vorgetragen, dass die Anschaffung eines Neufahrzeugs des Modells ... für sie – zum insoweit maßgeblichen Zeitpunkt im Juni 2015 (s. hierzu *Reinking/Eggert*, a. a. O., Rn. 812) – mit Anschaffungskosten von 28.900,62 € netto verbunden war. Hiervon ist als Abzugsbetrag in Ansatz zu bringen, was die Beklagte im Zuge der Rückabwicklung zurückerhält, nämlich das mangelhafte Fahrzeug (vgl. *Reinking/Eggert*, a. a. O., Rn. 815). Bei der Ermittlung seines Wertes kann nicht auf den Händlerverkaufswert abgestellt werden, den die Beklagte nach ihrem Vortrag bei einem Verkauf des klägerischen Fahrzeugs im derzeitigen Zustand erzielen könnte und der nach ihren Ausführungen im Schriftsatz vom 21.08.2018 22.585,22 € netto betragen würde. Denn wie der BGH mit [Urteil vom 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 = NJW 2019, 292 = BB 2019, 330](#) Rn. 66 ff. – ausgeführt hat, kommt es für die Feststellung der Unverhältnismäßigkeit der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung grundsätzlich auf den Zugang des Nacherfüllungsverlangens an. Vortrag dazu, welchen Händlerverkaufswert das streitbefangene Fahrzeug bei Zugang des anwaltlichen Nacherfüllungsverlangens mit Schriftsatz vom 19.10.2015 (noch) besessen hat, ist von der Beklagten nicht gehalten worden, sodass der Kostenaufwand für die Ersatzlieferung nicht zuverlässig ermittelt werden kann. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass allein durch die (Erst-)Zulassung eines Neufahrzeugs auf einen Halter und durch die Ingebrauchnahme des Fahrzeugs ein Wertverlust eintritt, der regelmäßig mit 15 % des Neufahrzeugpreises anzusetzen ist ([OLG Hamm, Urt. v. 22.07.2010 – I-2 U 242/09, DAR 2011, 28, 29; Reinking/Eggert](#), a. a. O., Rn. 817). Im Streitfall beträgt der Wertverlust, den der Pkw bis zum 20.1.2015 erlitten hat, folglich 5.432,28 €. Die Kosten für die Reparatur der Soundanlage, die nach der objektiven Kostenermittlung des Sachverständigen *G* mit 220,88 € netto (= 262,85 € brutto) anzusetzen sind, machen lediglich rund fünf Prozent des Wertverlustes aus. Ausgehend davon ist die wirtschaftliche Belastung der Beklagten durch die Ersatzlieferung als wirtschaftlich unverhältnismäßig zu bewerten. In dem Zusammenhang hilft dem Kläger nicht, dass bis zur Klageerhebung – und darüber hinaus bis zum Eingang des Vorberichts des Sachverständigen *G* im August 2018 – die (geringen) Kosten für die Reparatur der Soundanlage ungeklärt waren, und auch nicht, dass die Beklagte unter Bestreiten des Sachmangels einen weiteren Nachbesserungsversuch vorprozessual abgelehnt hatte. Die zu § 323 V 2 BGB ergangene Rechtsprechung des BGH, wonach für die Beurteilung, ob ein Sachmangel als geringfügig anzusehen und deshalb der Rücktritt vom Vertrag nach den §§ 434 I, 437 Nr. 2 Fall 1, §§ 323, 326 BGB unwirksam ist, auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen ist und die nachträgliche Entwicklung grundsätzlich keine Bedeutung erlangt (s. *Reinking/Eggert*, a. a. O., Rn. 1046), ist auf den Streitfall nicht übertragbar. Der Kläger hat sich in erster Linie gerade nicht auf die sekundären Käuferrechte aus den § 437 Nr. 2 Fall 1 BGB (Rücktritt) und § 437 Nr. 3 Fall 1 BGB



(großer Schadensersatz statt der Leistung) berufen, durch die das Vertragsverhältnis in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt worden wäre. Er hat sich vielmehr mit seinem Hauptantrag für den Anspruch auf Nacherfüllung aus [§ 437 Nr. 1](#), [§ 439 I BGB](#) entschieden, bei dem das ursprüngliche Vertragsverhältnis unverändert bestehen bleibt und bei dem nach der Rechtsprechung des BGH vom Verkäufer fristungebunden und auch noch im Prozess die Einrede der Unverhältnismäßigkeit erhoben und auf erst nach Klageerhebung bekannt gewordene Umstände gestützt werden kann – selbst wenn vorprozessual ein Mangel bestritten sowie die Nachbesserung verweigert wurde und von einer Unverhältnismäßigkeit etwaiger Reparaturkosten keine Rede war ([BGH, Urt. v. 16.10.2013 – VIII ZR 273/12](#), [NJW 2014, 213](#) Rn. 17). Das Recht der Beklagten auf Verweigerung der Ersatzlieferung beschränkt sich im Streitfall auch nicht darauf, vom Kläger (nur) eine Erstattung der (Mehr-)Kosten für die Ersatzlieferung verlangen zu können (vgl. EuGH, Urt. v. 16.06.2011 – [C-65/09](#) und [C-87/09](#), [ECLI:EU:C:2011:396](#) = [NJW 2011, 2269](#) – Gebr. Weber und Putz; nachfolgend [BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08](#), [BGHZ 192, 148](#) Rn. 35; für den Zeitraum ab dem 01.01.2018: [§ 475 IV 1 BGB](#)). Eine solche Beschränkung setzt voraus, dass die im Verhältnis zu der vom Kläger begehrten Ersatzlieferung „andere Art der Nacherfüllung“ – das heißt die Nachbesserung – vom Verkäufer zu Recht verweigert wird oder aus sonstigen objektiven Gründen ausscheidet ([BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08](#), [BGHZ 192, 148](#) Rn. 35). Diese Sachlage ist im Streitfall nicht gegeben. Die Reparatur der mangelhaften Soundanlage und damit die Nacherfüllungsvariante der Nachbesserung ist – wie vom Sachverständigen *G* festgestellt – ohne Weiteres möglich. Die vorprozessual von der Beklagten unter Verweis auf die Mangelfreiheit der nach ihrer Einschätzung dem „Stand der Technik“ entsprechenden Soundanlage ausgesprochene Verweigerung der Nachbesserung erfolgte deshalb zu Unrecht. Inzwischen lehnt die Beklagte eine Nachbesserung auch nicht mehr ab, sondern sie bietet sie vielmehr auf der Grundlage des Gutachtens des Sachverständigen *G* ausdrücklich an (Schriftsatz vom 27.02.2019). Diese Vorgehensweise ist – wie sich der oben angegebenen [Entscheidung des BGH vom 16.10.2013](#) entnehmen lässt – zulässig und nicht zu beanstanden. Anhaltspunkte, dass die Nacherfüllungsvariante der „Nachbesserung“ aus einem anderen Grund ausscheidet, sind nicht ersichtlich oder klägerseits vorgetragen. II. Dem Kläger steht gegen die Beklagte jedoch der mit dem Hilfsantrag vorrangig begehrte Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Form der Rückabwicklung des Kaufvertrags zu ([§§ 434 I](#), [437 Nr. 3 Fall 1](#), [280 I](#), III, [281 BGB](#)). 1. Die erst in zweiter Instanz erklärte, abändernde Klageerweiterung um den Eventualantrag ist gemäß [§ 533 Nr. 1 ZPO](#) zulässig. Die in der Klageerweiterung liegende Klageänderung ist sachdienlich; sie ist geeignet, den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt einer abschließenden gerichtlichen Bewertung zuzuführen, ohne dass hierfür neuer Tatsachenvortrag berücksichtigt werden muss. Dass die Stellung des Hilfsantrags an eine innerprozessuale Bedingung – die abschlägige Entscheidung des Senats über den auf Ersatzlieferung gerichteten Hauptantrag – gekoppelt wird, begegnet keinen Zulässigkeitsbedenken (vgl. MünchKom-

m-BGB/*Westermann*, 7. Aufl., § 158 Rn. 28 ff.). 2. Der Kläger kann von der Beklagten die mit dem Hilfsantrag geltend gemachte Rückabwicklung des über den streitbefangenen Pkw geschlossenen Kaufvertrags gemäß [§ 437 Nr. 3 Fall 1](#), [§§ 280 I, III](#), [281 BGB](#) ([großer] Schadensersatz statt der Leistung) verlangen, weil das Fahrzeug bei Gefahrübergang mangelhaft gewesen ist. a) Wie oben unter I 1 ausgeführt, wies die Soundanlage des streitbefangenen Pkw bei der Übergabe an den Kläger einen technischen Defekt auf, der rechtlich als objektiver Sachmangel zu bewerten ist ([§ 434 I 2 Nr. 2 BGB](#)). b) Dass die in der Übereignung eines mangelhaften Kaufgegenstands liegende vertragliche Pflichtverletzung von der Beklagten zu vertreten ist, wird gemäß [§ 280 I 2 BGB](#) vermutet; Anhaltspunkte, die geeignet wären, die Vermutungswirkung zu entkräften, sind von der Beklagten nicht vorgetragen worden. c) Vor der mit Schriftsatz vom 12.07.2017 erfolgten (hilfsweisen) Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung musste der Kläger die Beklagte nicht erneut fristbewehrt zur Nachbesserung auffordern ([§ 281 I BGB](#)). Der Kläger hatte die Beklagte ab dem 20.08.2015 wiederholt um Nachbesserung gebeten; die daraufhin durchgeführten Nachbesserungsversuche der Beklagten am 31.08., an 09.09. und am 30.09.2015 waren nach dem Ergebnis des Gutachtens des Sachverständigen *G* im Ergebnis sämtlich fehlgeschlagen. Zudem hatte die Beklagte im Anschluss an den letzten Nachbesserungsversuch mit Schreiben vom 26.10.2015 – wenn auch zu Unrecht – behauptet, der monierte Mangel sei „Stand der Technik“ und könne nicht abgestellt werden; damit hat sie weitere Reparaturversuche konkludent endgültig abgelehnt. Vor diesem Hintergrund war eine erneute Nacherfüllungsaufforderung entbehrlich ([§ 281 II BGB](#)). d) Die in der Übereignung des mangelhaften Kraftfahrzeugs liegende Pflichtverletzung ist auch nicht unerheblich ([§ 281 I 3 BGB](#)). Allerdings unterschreiten die Kosten in Höhe von 262,85 € brutto, die der Sachverständige *G* im Nachgang für die Reparatur des Defekts an der Verkabelung der Soundanlage ermittelt hat, die vom BGH zu der – gleichlaufenden – Regelung des [§ 323 V 2 BGB](#) bei fünf Prozent des Bruttokaufpreises angesiedelte und im Streitfall bei 1.810,76 € liegende Bagatellgrenze deutlich (zur Bagatellgrenze: [BGH, Urt. v. 28.05.2014 – VIII ZR 94/13](#), [BGHZ 201, 290 = NJW 2014, 3229](#) Rn. 12, 30; *Reinking/Eggert*, a. a. O., Rn. 1032, 3810, 3511 ff.). Im Rahmen des Rückabwicklungsanspruchs aus [§ 437 Nr. 3 Fall 1](#), [§§ 280 I, III](#), [281 BGB](#) kommt es aber ebenso wie beim Rückabwicklungsanspruch nach erklärtem Rücktritt ([§ 437 Nr. 2 Fall 1](#), [§§ 323, 326 BGB](#)) bei der Beurteilung, ob eine Pflichtverletzung des Verkäufers erheblich ist, nicht auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Prozess, sondern auf den der Erklärung des Rückabwicklungsverlangens an (vgl. [BGH, Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 240/15](#), [NJW 2017, 153](#) Rn. 29). Zu diesem Zeitpunkt – am 12.07.2017 – war noch ungeklärt, ob der klägerseits gerügte Mangel überhaupt bestand, und ferner, worin seine Ursache lag und mit welchem Kostenaufwand er – wenn überhaupt – würde behoben werden können. Bei dieser Sachlage ist die Unerheblichkeit des Mangels in der Regel zu verneinen ([BGH, Urt. v. 15.06.2011 – VIII ZR 139/09](#), [NJW 2011, 3708](#) Rn. 9; *Reinking/Eggert*, a. a. O., Rn. 1042). Dass die Tonschwankungen die Verkehrssicherheit des Pkw und seinen bestimmungsgemäßen Gebrauch nicht

bzw. nur minimal beeinträchtigt und deshalb keine Erheblichkeit des Mangels gegeben sei, hat die Beklagte zwar unter Bezugnahme auf eine [Entscheidung des LG Düsseldorf vom 22.09.2005 – 1 O 778/04](#) – behauptet. Ihr Einwand greift aber nicht durch; der im Urteil des LG Düsseldorf entschiedene Fall ist mit dem Streitfall nicht ohne Weiteres vergleichbar. Der Kläger hat beschrieben, dass der Defekt der Soundanlage nicht nur einen gestörten Radioempfang (ein Rauschen) bei einzelnen mittels Ultrakurzwelle (UKW) ausgestrahlten Sendern bedinge, sondern der Surroundklang dann insgesamt ausfalle und der unangenehme Höreindruck entstehe, die Beschallung erfolge lediglich „aus einer Ecke des Fahrzeugs“; diese Beeinträchtigung habe ausgehend von seinem Nutzungsverhalten bei „70 % der Nutzungszeit der Anlage“ bestanden, so der Kläger vor dem Landgericht. Der Sachverständige G hat bei seiner Anhörung vor dem Senat die Wahrnehmungen des Klägers als zutreffend bestätigt. Nach seiner Schilderung konnten nicht nur die mittels Ultrakurzwelle ausgestrahlten Sender mit eher schwachem Eingangssignal in keinem Fall rauschfrei vernommen werden, sondern durch den mangelbedingten Gleichklang aus allen Lautsprechern konnte nach den sachverständigen Feststellungen auch kein Raumklang entstehen, und die vom Kläger als unangenehm beschriebene Beschallung nur aus dem Mittellautsprecher wurde als „lauter“ empfunden. Angesichts dieser ein schlichtes Rauschen übersteigenden Auswirkungen des festgestellten technischen Defekts, die die Beklagte nicht widerlegt hat, ist nicht mehr von einer nur minimalen Komforteinbuße für den Kläger auszugehen, sondern von einer nicht unmaßgeblichen Beeinträchtigung in funktionaler Hinsicht, wenn berücksichtigt wird, dass sämtliche Lokalradiosender des Landes – unter anderem das vom Kläger nach seiner Darstellung präferierte Lokalradio O. – ausschließlich mittels UKW und nicht über DAB verbreitet werden. Dass der Kläger sein bevorzugtes Nutzungsverhalten ändert und auf andere – lokale Ereignisse unberücksichtigt lassende – Sender umsteigt, nur um so den negativen Auswirkungen des Sachmangels aus dem Weg zu gehen, ist ihm nicht zumutbar. e) In der Rechtsfolge kann der Kläger im Rahmen des mit dem Hilfsantrag ausdrücklich in erster Linie verlangten „(großen) Schadensersatzes statt der Leistung“ die Rückabwicklung des Kaufvertrags geltend machen (vgl. *Reinking/Eggert*, a. a. O., Rn. 3783). Der Kläger hat Besitz und Eigentum am Fahrzeug an die Beklagte zurückzuübertragen; die Beklagte hat den vom Kläger an sie gezahlten Kaufpreis zurückzuerstatten. Entgegen der von dem Kläger vertretenen Einschätzung hat er für die von ihm aus dem Kaufgegenstand gezogenen Nutzungen auch im Rahmen des Anspruchs aus [§ 437 Nr. 3 Fall 1](#), [§§ 280 I, III](#), [281 BGB](#) Wertersatz zu leisten ([§ 281 V BGB](#) i. V. mit [§ 346 I, II 1 Nr. 1 BGB](#); s. auch *Reinking/Eggert*, a. a. O., Rn. 3806), nachdem sich die Beklagte auf den zu berücksichtigenden Nutzungsvorteil berufen hat. Ausgehend davon, dass der Kläger nach seinen unwidersprochenen Angaben im Termin vor dem Senat am 05.03.2019 mit dem Fahrzeug rund 68.000 km gefahren ist, und ausgehend davon, dass die Parteien im Termin außerdem die Gesamtlauflistung für den streitbefangenen Pkw mit 250.000 km unstreitig gestellt haben, errechnet sich nach der Methode des „linearen Wertschwunds“ (s. *Reinking/Eggert*, a. a. O., Rn. 3809, 3562 ff.) ein von dem

an den Kläger zurückzuerstattenden Kaufpreis zu subtrahierender Abzug von  $\left(\frac{\text{36.215,21 €}}{\text{68.000 km}} \times \text{250.000 km}\right)$  9.850,54 €. Die Beklagte hat an den Kläger daher Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des streitbefangenen Pkw noch 26.364,67 € zurückzuzahlen. 3. Weil der mit dem Hilfsantrag begehrte Rückabwicklungsanspruch bereits aus [§ 437 Nr. 3 Fall 1](#), [§§ 280 I, III](#), [281 BGB](#) begründet ist, lässt der Senat offen, ob auch die Voraussetzungen für den vom Kläger weiter hilfsweise erklärten Rücktritt vom Vertrag vorliegen und ein Rückabwicklungsanspruch aus [§ 437 Nr. 2 Fall 1](#), [§§ 323](#), [326 BGB](#) begründet ist. Darauf kommt es nicht mehr streitentscheidend an. III. 1. Die Hauptforderung des Klägers ist in gesetzlicher Höhe ab Rechtshängigkeit, die gemäß [§ 187 I BGB](#) einen Tag nach Zustellung der den Hilfsantrag enthaltenden Berufungsbegründung an die Beklagte am 17.07.2017 eingetreten ist, zu verzinsen ([§§ 291](#), [288 I 2 BGB](#)). 2. Der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs ist zulässig ([§§ 256 I](#), [756 I](#), [765 Nr. 1 ZPO](#)) und gemäß den [§§ 293 ff. BGB](#) auch begründet. 3. Der Kläger hat gegen die Beklagte aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt Anspruch auf die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in geltend gemachter Höhe. Der Kläger hat seine Prozessbevollmächtigten vorprozessual (nur) mit der Geltendmachung eines Ersatzlieferungsverlangens aus [§ 437 Nr. 1](#), [§ 439 I Fall 2 BGB](#) mandatiert. Ein Anspruch auf Ersatzlieferung steht ihm – aus den oben angegebenen Gründen – aber nicht zu, weshalb auch die insoweit angefallenen Rechtsanwaltsgebühren von der Beklagten nicht zu erstatten sind. Vor erstmaliger Geltendmachung des – begründeten – Anspruchs auf Rückabwicklung des Vertrags aus den [§§ 434 I](#), [437 Nr. 3 Fall 1](#), [§§ 280 I, III](#), [281 BGB](#) mit der Berufungsbegründung bestand die Notwendigkeit außerprozessualen Tätigwerdens für die Rechtsanwälte des Klägers nicht. C. ... 2. Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung; ebenso wenig erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts ([§ 543 II 1 ZPO](#)).

**Hinweis:** Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision hatte keinen Erfolg. Der BGH hat sie mit Beschluss vom 25.08.2020 – [VIII ZR 140/19](#) – zurückgewiesen,

„weil weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert ([§ 543 II 1 ZPO](#)). Der von der Nichtzulassungsbeschwerde geltend gemachte Rechtsfortbildungsbedarf bezüglich des [§ 439 III BGB a.F.](#) besteht nicht, sodass die in diesem Zusammenhang angeregte Vorlage an den EuGH nicht in Betracht kommt. Denn es kann dahinstehen, ob die Beklagte aufgrund des [§ 439 III BGB a.F.](#) zur Verweigerung der Nachlieferung berechtigt war. Jedenfalls ist das Festhalten des Klägers an seinem Nachlieferungsbegehren unter den besonderen Umständen des Streitfalls rechtsmissbräuchlich ([§ 242 BGB](#)). Von einer näheren Begründung wird gemäß [§ 544 VI 2 Halbsatz 2 ZPO](#) abgesehen.“

#### **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.**