



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 66/17

Verkündet am:
24. Oktober 2018
Reiter,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: _____ ja

BGB § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2

- a) 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.
- b) 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.

BGB § 439 Abs. 1 Alt. 2, § 275 Abs. 1

Der Verkäufer eines mit einem Softwarefehler behafteten Neufahrzeugs kann der vom Käufer beanspruchten Ersatzlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs nicht entgegenhalten, diese sei unmöglich geworden (§ 275 Abs. 1 BGB), weil die nunmehr produzierten Fahrzeuge der betreffenden Modellversion mit einer korrigierten Version der Software ausgestattet seien.

BGB § 439 Abs. 1 Alt. 2, § 242 Cd

- a) 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 Abs. 1 Alt. 1 BGB) verlangt hat.
- b) 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, Urteile vom 5. November 2008 - VIII ZR 166/07, NJW 2009, 509 Rn. 23; vom 26. Oktober 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).

BGB § 439 Abs. 3 aF (§ 439 Abs. 4)

- a) 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 Abs. 3 Satz 2 BGB aF (§ 439 Abs. 4 Satz 2 BGB) genannten Kriterien festzustellen.
- b) 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.
- c) 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.

BGB § 439 Abs. 2

§ 439 Abs. 2 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. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17 - OLG Nürnberg
LG Nürnberg-Fürth

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. September 2018 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, die Richterinnen Dr. Hessel und Dr. Fetzer sowie die Richter Dr. Büniger und Kosziol

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision des Klägers wird das Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg - 14. Zivilsenat - vom 20. Februar 2017 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger erwarb mit Kaufvertrag vom 20. Juli 2012 von der Beklagten, die Kraftfahrzeuge herstellt und mit ihnen handelt, für 38.265 € einen Neuwagen , der dem Kläger 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 mehr-

fach eine Warnmeldung, die den Fahrer aufforderte, das Fahrzeug anzuhalten, um die Kupplung abkühlen zu lassen:

"Δ 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."

2 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. Juli 2013 unter Fristsetzung bis zum 30. September 2013 Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache (Zug um Zug gegen Rückgabe des ausgelieferten Fahrzeugs) sowie - insoweit unter Fristsetzung bis zum 25. Juli 2013 - Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 1.419,19 €.

3 Die Beklagte hat behauptet, dem Kläger sei mündlich und am 24. Juli 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.

4 Während des Rechtsstreits gab der Kläger das Fahrzeug am 14. Oktober 2014 im Rahmen des Kundendienstes in die Werkstatt der Beklagten. Die Beklagte behauptet, dabei sei ein seit Juli 2013 zur Verfügung stehendes Software-Update 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."

5 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 8. September 2014 und eines Ergänzungsgutachtens vom 29. September 2015 - abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat - mit Ausnahme der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten - Erfolg gehabt.

6 Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihr auf Abweisung der Klage insgesamt gerichtetes Begehren weiterverfolgt, während der Kläger mit der von ihm eingelegten Anschlussrevision eine Verurteilung der Beklagten auch zur Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten begehrt.

Entscheidungsgründe:

7 Sowohl die Revision der Beklagten als auch die Anschlussrevision des Klägers haben Erfolg.

A.

8 Das Berufungsgericht (OLG Nürnberg, DAR 2017, 706) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

9 Der Kläger könne die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, § 437 Nr. 1, § 439 Abs. 1 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 Abs. 1 Satz 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 Abs. 1 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 Software-Update.
- 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. Oktober 2014 ein Software-Update mit dem von der Beklagten behaupteten geänderten Text des Warnhin-

weises erhalten haben sollte. Dem Verkäufer stehe es nicht frei, das dem Käufer gemäß § 439 Abs. 1 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 im Sinne 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 Software-Update vom 14. Oktober 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 Abs. 3 BGB aF, 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 Software-Update vom 14. Oktober 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. Oktober 2014 installierte Software-Update den Mangel ohne nachteilige Folgen beseitigt habe. Der Sachverständige habe keinen Warnhinweis mehr auslösen und so nicht ausschließen können, dass die Warnmeldung der Kuppelungsüberhitzungsanzeige 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 Abs. 1, 2, § 286 BGB). Gemäß § 439 Abs. 2 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.

B.

18 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 Abs. 1 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 Bundesgerichtshofs kann die Zulassung der Revision zwar auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen 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, Urteile vom 15. Mai 2018 - II ZR 2/16, WM 2018, 1183 Rn. 14; vom 27. Februar 2018 - XI ZR 224/17, NJW 2018, 1683 Rn. 22; vom 10. November 2017 - V ZR 184/16, NJW 2018, 1309 Rn. 6; vom 15. März 2017 - VIII ZR 295/15, NJW 2017, 2679 Rn. 13; vom 2. Februar 2017 - III ZR 41/16, NVwZ-RR 2017, 579 Rn. 23; vom 22. September 2016 - VII ZR 298/14, BGHZ 212, 90 Rn. 18; Beschlüsse vom 12. Juni 2018 - VIII ZR 121/17 unter II 2, zur Veröffentlichung bestimmt; vom 10. April 2018 - VIII 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 Abs. 1 Alt. 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 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, § 439 Abs. 1 Alt. 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 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB).

26 Die Ersatzlieferung eines von Sachmängeln freien Fahrzeugs der vom Kläger erworbenen Modellversion ist auch nicht unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB). Ebenso wenig steht der vom Kläger mit Anwaltsschreiben vom 13. Juli 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 Abs. 3 BGB in der gemäß Art. 229 § 39 EGBGB für vor dem 1. Januar 2018 entstandene Schuldverhältnisse geltenden Fassung [nachfolgend: § 439 Abs. 3 BGB aF]; nunmehr § 439 Abs. 4 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 Abs. 1 Satz 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. Senatsurteile vom 26. Oktober 2016 - VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 15; vom 29. Juni 2016 - VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015 Rn. 40; vom 10. März 2009 - VIII ZR 34/08, NJW 2009, 1588 Rn. 12 mwN [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 Abs. 1 Satz 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. Senatsurteil vom 4. März 2009 - VIII ZR 160/08, NJW 2009, 2056 Rn. 9 ff.; Senatsbeschluss vom 16. Mai 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. Juli 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 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB erforderlichen Sollbeschaffenheit nicht entspricht, 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 berechnete Käufererwartung (vgl. Senatsurteil vom 4. März 2009 - VIII ZR 160/08, aaO Rn. 11; siehe auch Senatsurteil vom 7. Februar 2007 - VIII ZR 266/06, NJW 2007, 1351 Rn. 21).

37 b) Der Anspruch auf Ersatzlieferung (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB) ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil er auf eine unmögliche Leistung gerichtet wäre (§ 275 Abs. 1 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 8. September 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 Software-Update 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. Oktober 2014 - auch installiert worden.

39 bb) Die Revision beruft sich vergeblich darauf, der Beklagten sei eine Ersatzlieferung deshalb unmöglich, weil das Software-Update 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 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BGBl. I S. 3138) nur dann unmöglich, wenn er sie auch durch Beschaffung oder Wiederbeschaffung nicht erbringen kann (BT-Drucks. 14/6040, S. 129). Die Unmöglichkeit der vom Verkäufer übernommenen Beschaffungspflicht (vgl. BT-Drucks. aaO, 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 Abs. 1 Alt. 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. Senatsurteile vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 24; vom 15. Juli 2008 - VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 18; vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 206/05, 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. Juli 2013 getroffenen Wahl der Nacherfüllung durch Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB) steht nicht entgegen, dass er zuvor die andere Art der Nach-

erfüllung, nämlich die Beseitigung des Mangels (§ 439 Abs. 1 Alt. 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. Senatsurteile vom 9. Mai 2018 - VIII ZR 26/17, NJW 2018, 2863 Rn. 19, 28 f., zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; vom 29. April 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 Abs. 2 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: 1. August 2018, § 262 Rn. 11; Jauernig/Berger, BGB, 17. Aufl., § 439 Rn. 17; NK-BGB/Büdenbender, 3. Aufl., § 439 Rn. 19, 23; jeweils mwN) 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, aaO, § 262 Rn. 5; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2013, § 439 Rn. 9; BeckOGK-BGB/Höpfner, Stand: 15. September 2018, § 439 Rn. 18; BeckOK-BGB/Faust,

aaO, § 439 Rn. 17; MünchKommBGB/Krüger, 7. Aufl., § 262 Rn. 13; MünchKommBGB/Westermann, aaO, § 439 Rn. 4; jeweils mwN).

46 (2) Allein die letztgenannte Auffassung entspricht dem Gesetzeszweck des § 439 Abs. 1 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 Abs. 2 BGB entgegensteht (vgl. BGH, Urteil vom 20. Januar 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 (Senatsurteil vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR 226/11, aaO mwN), entscheiden zu lassen, auf welche Weise das Vertragsziel der Lieferung einer mangelfreien Sache doch noch erreicht werden kann (BT-Drucks. 14/6040, S. 231; siehe 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, NJW 2013, 2203, 2204; OLG Hamm, NJW-RR 2017, 47, 48 mwN).

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 festzu-

halten, zumal die Interessen des Verkäufers Berücksichtigung finden, indem er die vom Käufer nachträglich gewählte andere Art der Nacherfüllung gegebenenfalls nach Maßgabe des § 439 Abs. 3 BGB aF verweigern darf (vgl. Ball, aaO S. 226; BeckOK-BGB/Faust, aaO, § 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 Software-Update 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 Abs. 4 BGB aF, § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Halbs. 2 BGB) und bei einem (hier vorliegenden) Verbrauchsgüterkauf auch keine Wertersatzpflicht des Käufers für Nutzungen besteht (§ 474 Abs. 5 Satz 1 BGB aF), 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-Drucks. 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 (BVerfGK 9, 263, 271; Staudinger/

Matusche-Beckmann, aaO, § 439 Rn. 117; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 439 Rn. 5).

52 e) Die Revision macht ferner ohne Erfolg geltend, der Kläger könne die am 13. Juli 2013 gewählte Ersatzlieferung deshalb nicht mehr beanspruchen, weil die Beklagte den Sachmangel am 14. Oktober 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. Oktober 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 Abs. 1 BGB schützt entgegen der Ansicht der Revision nicht allein das Interesse, eine mangelfreie Sache zu erhalten, sondern - den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entsprechend (Erwägungsgründe Nr. 10 Halbs. 1 und Nr. 11 Satz 1 sowie Art. 3 Abs. 2, 3, 5 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 Kauf-

vertrag (siehe dazu Senatsurteile vom 5. November 2008 - VIII ZR 166/07, NJW 2009, 508 Rn. 23; vom 26. Oktober 2016 - VIII ZR 240/15, aaO 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. Oktober 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. Oktober 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 Abs. 3 Satz 1 BGB aF). Nach dieser Bestimmung kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 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 Abs. 3 BGB aF 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 Abs. 3 BGB aF 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 (Senatsurteil vom 16. Oktober 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 Abs. 3 BGB aF genannten Kriterien festzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 41, 45; siehe auch BT-Drucks. 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 Software-Updates 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, aaO, § 439 Rn. 58; MünchKommBGB/Westermann, aaO, § 439 Rn. 24; jeweils mwN; zu dem insoweit für die Beurteilung des Fahrzeugwertes maßgeblichen Zeitpunkt siehe 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 Abs. 3 Satz 2 BGB aF 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 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2, 3 BGB aF) 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 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2, 3 BGB aF 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 Abs. 3 Satz 2 Alt. 1 BGB aF) 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, so dass in der Regel nur eine Ersatzlieferung in Betracht kommen wird (vgl. BT-Drucks. 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 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 BGB aF).

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 trichterliche 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. Senatsurteile vom 9. März 2011 - VIII ZR 266/09, NJW 2011, 1664 Rn. 17; vom 26. Oktober 2016 - VIII ZR 240/15, aaO 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. Oktober 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. Dezember 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; MünchKommBGB/Westermann, aaO, § 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, aaO, § 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-Drucks. 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, aaO, § 439 Rn. 56; BeckOGK-BGB/Höpfner, aaO, § 439 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 Abs. 3 BGB aF 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 beziehungsweise 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. Senatsurteil vom 10. März 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. September 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 Software-Update schon vor Ablauf der gesetzten Nacherfüllungsfrist, nämlich seit Juli 2013, verfügbar gewesen sei. Denn die Beklagte hat von der Möglichkeit, den Mangel durch ein Software-Update zu beheben - nach ihrer Darstellung - erst nach mehr als einem Jahr, am 14. Oktober 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 Abs. 3 Satz 2 Alt. 3 BGB aF), beruht allerdings nicht auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage.

75 Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass dem Kläger durch die von der Beklagten behauptete Installation des Software-Updates am 14. Oktober 2014 keine von Sachmängeln freie Sache verschafft worden sei.

Nach dem Befund des Sachverständigen sei nicht auszuschließen, dass die Einblendung der Kupplungsüberhitzungsanzeige durch das Software-Update 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 Abs. 3 BGB aF) 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 Abs. 1 Satz 2, § 434 Abs. 1 BGB geschuldet ist (vgl. Senatsurteile vom 22. Juni 2005 - VIII ZR 281/04, BGHZ 163, 234, 242 f.; vom 6. Februar 2013 - VIII ZR 374/11, NJW 2013, 1365 Rn. 12; Ball, aaO S. 219; Erman/Grunewald, aaO, § 439 Rn. 17; MünchKommBGB/Westermann, aaO, § 439 Rn. 10; BeckOK-BGB/Faust, aaO, § 439 Rn. 59; NK-BGB/Büdenbender, aaO, § 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 zuge dachte Funktion erfüllt

(§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB), ohne dass es darauf ankommt, ob andere Fahrzeuge mit dieser Software ausgerüstet sind oder ob diese den ihr zugeordneten 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 Abs. 1 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 Software-Update 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 An-

sprechtemperatur 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 Bundesgerichtshofs jedenfalls dann entbehrlich, wenn - wie hier - die betreffende Partei in erster Instanz obsiegt hat und das entsprechende Vorbringen hierfür unerheblich war (vgl. BGH, Urteile vom 5. November 1996 - VI ZR 343/95, NJW 1997, 528 unter II 2; vom 22. Februar 2006 - VIII ZR 40/04, NJW-RR 2006, 776 Rn. 28; vom 27. Februar 2007 - XI ZR 195/05, NJW-RR 2007, 2106 Rn. 44, insoweit in BGHZ nicht abgedruckt; vom 7. Januar 2008 - II ZR 283/06, BGHZ 175, 86 Rn. 17; vom 20. September 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 Abs. 3 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, NJW 2015, 1746, 1747 ; siehe auch BGH, Beschluss vom 15. September 2015 - VI ZR 391/14, juris Rn. 10), weil das Landgericht sein klageabweisendes Urteil nicht auf die Einrede der Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 BGB aF) 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 Be-
klagten und nicht - im Hinblick auf den abgewiesenen Teil der Klage - auch zu-
gunsten des Klägers zugelassen. Die Anschlussrevision ist jedoch gemäß
§ 554 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 ZPO auch dann statthaft, wenn die Revision (in-
soweit) nicht zugelassen worden ist (vgl. BGH, Urteile vom 6. Juni 2018
- VIII ZR 247/17, ZIP 2018, 1786 Rn. 31; vom 8. Juni 2018 - V ZR 125/17,
NZM 2018, 719 Rn. 33, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; jeweils mwN).

84 2. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein An-
spruch des Klägers auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht
versagt werden.

85 a) Unter dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens (§ 280 Abs. 1, 2,
§ 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 Abs. 1 Alt. 2 BGB folgenden Verpflichtung zur Lieferung ei-
ner mangelfreien Sache in Verzug kommen konnte.

86 b) Unbeschadet der Frage, ob der Kläger Erstattung seiner vorgerichtlich
entstandenen Rechtsanwaltskosten gemäß § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 BGB auch
als Schadensersatz neben der Leistung unter dem Gesichtspunkt einer Verlet-
zung der Verpflichtung des Verkäufers zur Nacherfüllung (§ 439 Abs. 1 BGB)
beanspruchen könnte (vgl. Senatsurteile vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR
226/11, aaO Rn. 11 ff.; vom 2. April 2014 - VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337
Rn. 23 f.; vom 18. März 2015 - VIII ZR 176/14, NJW 2015, 2564 Rn. 15; vom
29. April 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 Abs. 2 BGB zu, sofern er mit dem Verlangen nach Ersatzlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs durchdringt.

87 aa) § 439 Abs. 2 BGB, der eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellt (Senatsurteile vom 30. April 2014 - VIII ZR 275/13, BGHZ 201, 83 Rn. 15; vom 13. April 2011 - VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 37; vom 15. Juli 2008 - VIII ZR 211/07, aaO 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 (Senatsurteil vom 30. April 2014 - VIII ZR 275/13, aaO). Unter diesen Umständen können nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten erstattungsfähig sein (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 1999 - X ZR 40/96, NJW-RR 1999, 813 unter II [noch zu der mit Ablauf des 31. Dezember 2001 außer Kraft getretenen Bestimmung des § 476a BGB]; ebenso Palandt/Weidenkaff, aaO, § 439 Rn. 11; Erman/Grunewald, aaO, § 439 Rn. 8; anders BeckOGK-BGB/Höpfner, aaO, § 439 Rn. 48.4; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 13. Aufl., Rn. 763; jeweils mwN).

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 Abs. 2 BGB ungerichtlich ein.

89 (1) Im Streitfall ging es dem Kläger mit der Beauftragung seines Rechtsanwaltes nicht darum, die Ursache einer Mangelercheinung 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 Abs. 2 BGB in dessen Anwendungsbereich. Dieser beschränkt sich nicht nur auf die zur Feststellung der Ursache einer Mangelercheinung 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 Abs. 1 BGB befand (vgl. Senatsurteil vom 15. Juli 2008 - VIII ZR 211/07, aaO Rn. 9; Lorenz, NJW 2014, 2319, 2321) und auch mit der Zielrichtung, dem Kläger die

Durchsetzung eines Nacherfüllungsanspruchs - hier in Gestalt von § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB - zu ermöglichen (Senatsurteil vom 30. April 2014 - VIII ZR 275/13, aaO Rn. 15).

92 (b) Es handelt sich des Weiteren um zur Wahrung und Durchsetzung des Anspruchs auf Lieferung einer mangelfreien Sache gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB "erforderliche Aufwendungen". Aus der gebotenen ex ante-Sicht einer vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Person (siehe BGH, Beschluss vom 31. Januar 2012 - VIII ZR 277/11, NZM 2012, 607 Rn. 4; Urteile vom 17. September 2015 - IX ZR 280/14, NJW 2015, 3793 Rn. 8; vom 25. November 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.; siehe nur BGH, Urteile vom 23. Januar 2014 - III ZR 37/13, BGHZ 200, 20 Rn. 48; vom 6. Oktober 2010 - VIII ZR 271/09, NJW 2011, 296 Rn. 9; vom 21. Dezember 2005 - VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 Rn. 21; jeweils mwN), 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 Abs. 2 BGB, der die von Art. 3 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geforderte Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung gewährleisten soll (Senatsurteile vom 30. April 2014 - VIII ZR 275/13, aaO Rn. 11; vom 26. Oktober 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 (Senatsurteil vom 13. April 2011 - VIII ZR 220/10, aaO Rn. 37; siehe auch EuGH, Urteil vom 17. April 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 Abs. 3 BGB aF ein Recht zur Verweigerung der Leistung zusteht (NK-BGB/Büdenbender, aaO, § 439 Rn. 44; BeckOGK-BGB/Höpfner, aaO, § 439 Rn. 134).

C.

95 Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben; auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision des Klägers ist es daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht entscheidungsreif und daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 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 Abs. 3 BGB aF).

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 Abs. 3, § 412 ZPO).

97

Bei der sich hieran anschließenden erneuten Abwägung im Rahmen des § 439 Abs. 3 BGB aF wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, dass es den Kosten der Beklagten für die Entwicklung des Software-Updates eine indizielle Bedeutung für das Gewicht des Mangels jedenfalls nicht zuresen 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 Abs. 3 BGB aF kann auch das Verschulden des Verkäufers ins Gewicht fallen (BGH, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, aaO 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 (Senatsurteil vom 2. April 2014 - VIII ZR 46/13, aaO Rn. 31 mwN). Die Beklagte ist jedoch nicht nur Verkäuferin, sondern auch Herstellerin des Fahrzeugs.

Dr. Milger

Dr. Hessel

Dr. Fetzner

Dr. Bünger

Kosziol

Vorinstanzen:

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

OLG Nürnberg, Entscheidung vom 20.02.2017 - 14 U 199/16 -