
Datum: 21.07.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 175/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:0721.28U175.15.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 2 O 23/15
Schlagworte: Autokauf, Neufahrzeug, Transportschaden, Nachbesserung, Nacherfüllung, Rücktritt
Normen: BGB § 434; BGB § 437; BGB § 439 Abs. 3; BGB § 439

Leitsätze:

Zu der Frage, wann der Käufer an eine einmal gewählte Art der Nacherfüllung (Nachbesserung oder Nachlieferung) gebunden ist.

Der Verkäufer kann den Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung (§ 439 Abs. 3 BGB) nicht mehr erheben, wenn der Käufer den Rücktritt oder die Minderung erklärt oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat.

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird – unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels – das am 03.09.2015 verkündete Urteil des Einzelrichters der 2. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 13.579,25 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14.02.2015 Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Pkw L D SW 1.6 mit der Fahrgestell-Nr. U#YHM####ADL##### zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte seit dem 04.09.2015 mit der Annahme des vorbezeichneten Kraftfahrzeugs in Verzug befindet.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits – einschließlich der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens 400 H 5/14 Amtsgericht Bielefeld - werden der Klägerin zu 10 % und der Beklagten zu 90 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

I.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, die in P-T ein Autohaus u.a. für Fahrzeuge der Marke L betreibt, Rückabwicklung eines Kaufvertrags über ein Fahrzeug mit Tageszulassung.

Aufgrund verbindlicher Bestellung vom 11.07.2013 – von der Beklagten am 12.07.2013 bestätigt - erwarb die Klägerin das Fahrzeug vom Typ L D zum Kaufpreis von 16.290 zzgl. Zulassungskosten in Höhe von 140 €. Der Kaufpreis wurde vollständig über ein von der Beklagten vermitteltes Darlehen bei der T2- D2 Bank finanziert, welches nicht von der Klägerin, sondern von deren Ehemann aufgenommen wurde.

Anlässlich eines Reifenwechsels im Dezember 2013 wurde die Klägerin informiert, dass an dem Fahrzeug Auspuffrohr und Tank beschädigt seien.

Im Prozess ist zwischen den Parteien nicht mehr im Streit, dass dieser Schaden bei Übergabe des Fahrzeugs an die Klägerin am 23.07.2013 schon vorhanden war.

Die Klägerin führte das Fahrzeug unter Hinweis auf die Beschädigung bei der Beklagten vor, wo angeboten wurde, den Schaden zu beseitigen.

Streitig ist, ob die Mitarbeiter der Beklagten dabei einräumten, dass es sich um einen anfänglich vorhandenen Schaden handelte, oder ob sie seinerzeit noch von einem nachträglich entstandenen Schaden ausgingen und die Reparatur aus Kulanz anboten.

Mit Anwaltsschreiben vom 12.12.2013 warf die Klägerin der Beklagten eine arglistige Täuschung über den Schaden vor und lehnte es ab, das Fahrzeug - wie von der Beklagten angeboten – reparieren zu lassen, weil ihr nicht zugleich eine Minderung angeboten worden sei. Sie verlangte nun sinngemäß unter Fristsetzung zum 08.01.2014 Nachlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs. Die Beklagte ließ mit Anwaltsschreiben vom 27.12.2013 bestreiten, dass das Fahrzeug bei Auslieferung einen Mangel gehabt habe, und erklärte sich bereit, kulanzweise Auspuff und Tank kostenfrei auszutauschen.

Nach weiterem ergebnislosem Schriftwechsel leitete die Klägerin beim Amtsgericht Bielefeld ein selbständiges Beweisverfahren (Az 403 H 1/14 = 400 H 5/14) ein, in dem der Sachverständige Dr.-Ing. C in seinem Gutachten vom 15.10.2014 bestätigte, dass das Schadensbild an Auspuff und Tank auf einen Transport- oder Ladeschaden hinweise, der durch nachträglich aufgebrachten Unterbodenschutz kaschiert, aber nicht fachgerecht beseitigt worden sei. Zur fachgerechten Instandsetzung sei ein Austausch von Auspuff und Tank erforderlich, dessen Kosten sich auf brutto 1.954,27 € beliefen, danach verbleibe kein merkantiler Minderwert.

Die Klägerin erklärte sodann mit Anwaltsschreiben vom 12.11.2014 die Anfechtung und den Rücktritt vom Kauf und setzte der Beklagten eine Erklärungsfrist zum 19.11.2014.	11
Mit der nachfolgend erhobenen Klage hat die Klägerin Rückzahlung von Kaufpreis und Zulassungskosten nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs verlangt.	12
Sie hat der Beklagten vorgeworfen, ihr den Transportschaden beim Kauf arglistig verschwiegen zu haben.	13
Daneben hat die Klägerin ihr Begehren auf Gewährleistungsrecht gestützt. Das verkaufte Fahrzeug sei mangelbehaftet und die Beklagte sei ihrem Nachlieferungsverlangen nicht binnen gesetzter Frist nachgekommen.	14
Eine Nacherfüllung in Form einer Nachbesserung scheide aus, weil durch eine Reparatur der durch die Beschädigung verloren gegangene Charakter als Neufahrzeug nicht wiederhergestellt werden könne. Außerdem, so macht die Klägerin geltend, habe sie das Vertrauen in die Beklagte verloren, weil diese den Transportschaden zuerst verschwiegen und später bestritten habe.	15
Den von der Beklagten im Prozess erhobenen Einwand der Unverhältnismäßigkeit einer Nachlieferung hält die Klägerin für verspätet und in der Sache für unbegründet.	16
Die Klägerin hat bei der Berechnung ihrer Klageforderung von dem zurückverlangten Kaufpreis eine Nutzungsentschädigung iHv 1.444,52 € auf Basis einer – unstreitigen – voraussichtlichen Gesamtleistung von 200.000 km in Abzug gebracht.	17
Die Beklagte ist dem Vorwurf arglistigen Verschweigens des Mangels beim Kauf entgegengetreten – der Schaden sei ihren Mitarbeitern seinerzeit nicht bekannt gewesen – und hat die Auffassung vertreten, die Klägerin habe die ihr angebotene Reparatur nicht ablehnen und von der zusätzlichen Gewährung einer Minderung abhängig machen dürfen.	18
Eine Nachlieferung komme nicht in Betracht. Zum einen gehe es um einen auf das bestimmte Fahrzeug bezogenen Stückkauf. Zum anderen sei eine solche Nachlieferung wegen der damit für sie verbundenen Kosten unverhältnismäßig im Sinne des § 439 Abs. 3 BGB.	19
Des Weiteren hat die Beklagte geltend gemacht, der Rücktritt vom Kauf sei nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen, weil ihr nur eine unerhebliche Pflichtverletzung anzulasten sei.	20
Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt:	21
Auf eine arglistige Täuschung könne die Klägerin ihr Rückabwicklungsbegehren nicht stützen, weil sie nicht substantiiert vorgetragen habe, dass die Beklagte zur Zeit des Kaufs Kenntnis von dem Schaden gehabt habe.	22
Auch auf Mängelgewährleistungsrecht könne die Klage nicht gestützt werden. Eine Nachlieferung, wie von der Klägerin vor Rücktrittsausspruch verlangt, sei zwar grundsätzlich möglich, aber vorliegend gemäß § 439 Abs. 3 BGB als unverhältnismäßig anzusehen. Dabei hat das Landgericht die Auffassung vertreten, diese Einrede könne ein Verkäufer auch noch nach erklärtem Rücktritt erheben. Der Einwand sei in der Sache auch begründet, was im Einzelnen ausgeführt wird.	23

Mit der form-und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung verfolgt die Klägerin ihre Klagebegehren weiter und wiederholt und vertieft hierzu ihr erstinstanzliches Vorbringen.	
Sie beantragt,	25
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bielefeld	26
1. die Beklagte zu verurteilen, an sie Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Pkw L D SW 1.6 mit der Fahrgestell-Nr. U#YHM####ADL##### 14.985,48 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.11.2014 zu zahlen;	27
2. festzustellen, dass sich die Beklagte seit dem 20.11.2014 mit der Rückgabe des Pkw L D SW 1.6 mit der Fahrgestell-Nr. U#YHM####ADL##### in Verzug befindet.	28
Die Beklagte beantragt,	29
die Berufung zurückzuweisen.	30
Sie vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen mit näheren Ausführungen.	31
Beide Parteien haben angeregt, die Revision zuzulassen.	32
Auf die Darstellung der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird gemäß den §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 ZPO i.V.m. § 26 Nr. 8 EGZPO verzichtet.	33
II.	34
Die Berufung der Klägerin hat überwiegend Erfolg.	35
Die Klage ist in dem aus dem Urteilstenor ersichtlichen Umfang begründet.	36
1.	37
Die Klägerin kann von der Beklagten Rückzahlung des Kaufpreises von 16.290 € abzüglich einer mit 2.850,75 € zu bemessenden Nutzungsentschädigung, mithin 13.439,25 €, Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs verlangen.	38
Der Anspruch ergibt sich aus den §§ 346, 323, 437 Nr. 2, 434, 433 BGB.	39
Die Klägerin ist mit Anwaltsschreiben vom 12.11.2014 wirksam von dem mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrag zurückgetreten. Das verkaufte Fahrzeug wies bei Gefahrübergang, d.h. bei Übergabe, einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB auf (zu a)), die Beklagte ist dem berechtigten Nachlieferungsverlangen der Klägerin nicht binnen gesetzter Frist nachgekommen (zu b)) und sie kann sich im Prozess nicht mehr auf die Unverhältnismäßigkeit dieser Art der Nacherfüllung berufen (zu c)).	40
a)	41
Entgegen der Einschätzung der Klägerin bestehen allerdings Zweifel, dass das verkaufte Fahrzeug wegen des Transportschadens im Unterbodenbereich nicht mehr als Neufahrzeug anzusehen ist und deshalb bei Übergabe nicht der vereinbarten Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB entsprach.	42

Die Parteien haben konkludent bei Vertragsschluss vereinbart, dass das verkaufte Fahrzeug, welches über eine Tageszulassung verfügen sollte, fabrikneu ist.	43
Ein mit Tageszulassung verkauftes Fahrzeug ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung als Neufahrzeug zu qualifizieren. Dabei wird ein unbenutztes Kfz als fabrikneu angesehen, wenn und solange das Modell dieses Fahrzeugs unverändert weitergebaut wird, wenn es keine durch eine längere Standzeit bedingten Mängel aufweist und wenn zwischen Herstellung des Fahrzeugs und Abschluss des Kaufvertrags nicht mehr als 12 Monate liegen (BGH, Urt. v. 12.01.2005, VIII ZR 109/04, NJW 2005, 1422, s. auch Reinking/Eggert, Autokauf, 12. Aufl., Rn 632ff.).	44
Bei der Feststellung, ob eine Vorbeschädigung die Eigenschaft der Fabrikneuheit entfallen lässt, kommt es auf die Verkehrsanschauung an, welche sich nicht allein am Reparaturaufwand, sondern auch am Umfang des beseitigten Schadens orientiert (s. hierzu Senatsurteil vom 17.11.2011, 28 U 109/11, BeckRS 2011, 29317).	45
Dass ein auf die Bauteile Auspuffrohr und Tank beschränkter Schaden, der sich vollständig beseitigen lässt, ohne dass ein merkantiler Minderwert verbleibt, der Einordnung des Fahrzeugs als fabrikneu entgegenstehen soll, begegnet Bedenken. Die Frage kann letztlich aber offen bleiben.	46
Unabhängig davon liegt hier ein Sachmangel vor. Denn es gehört zur üblichen und berechtigterweise vom Käufer zu erwartenden Beschaffenheit eines mit Tageszulassung verkauften Fahrzeugs, dass ein solcher Transportschaden vor Auslieferung fachgerecht beseitigt worden ist. Das war hier nicht geschehen, so dass ein Mangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB zu bejahen ist.	47
b)	48
Die Klägerin hat der Beklagten gemäß § 323 Abs. 1 BGB erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt, bevor sie den Rücktritt vom Kauf erklärt hat.	49
Mit Anwaltsschreiben vom 12.12.2013 hat die Klägerin sinngemäß die Lieferung eines mängelfreien Fahrzeugs verlangt.	50
Zu diesem Zeitpunkt hatte sie ihr Wahlrecht zwischen einer Nachbesserung und einer Nachlieferung nach § 439 Abs. 1 BGB noch nicht verloren.	51
Ein Käufer, der sich für eine Art der Nacherfüllung entschieden und diese gegenüber dem Verkäufer geltend gemacht hat, kann nicht zeitlich unbegrenzt seine Wahl ändern. Er ist grundsätzlich an seine Wahl gebunden, wenn der Verkäufer in der gewählten Form nacherfüllt oder den Käufer in Bezug auf die gewählte Form in Annahmeverzug versetzt hat oder wenn der Verkäufer rechtskräftig zu einer Form der Nacherfüllung verurteilt wurde (s. hierzu BeckOK-Faust, BGB, Stand 2014, § 439 BGB Rn 10, MüKo-H.P. Westermann, 6. Aufl. 2012, § 439 BGB Rn 5; OLG Celle, Urt. v. 28.06.2006, 7 U 235/05, NJW-RR 2007, 353).	52
So war es hier aber nicht. Die Klägerin hat vor dem 12.12.2013 ihr Wahlrecht gar nicht dahin ausgeübt, dass sie von der Beklagten die Nachbesserung des mangelbehafteten Fahrzeugs verlangt hat. Vielmehr war es die Beklagte, die der Klägerin die Nachbesserung angeboten hatte. Hiermit hatte sich die Klägerin aber nur unter der Voraussetzung einverstanden erklärt, dass ihr zugleich eine Minderung gewährt wird, wozu wiederum die Beklagte nicht bereit war. Ein solches Erklärungsverhalten der Käuferin ist nicht als wirksame und bindende Ausübung	53

des jus variandi aus § 439 Abs. 1 BGB zu verstehen; ebensowenig ist es zu einer Einigung über die Nachbesserung gekommen. Deshalb konnte die Klägerin am 12.12.2013 von der Beklagten noch Nachlieferung verlangen.

Die damit verbundene Fristsetzung zum 08.01.2014 war ordnungsgemäß i.S. des § 323 Abs. 1 BGB, auch wenn sie zugleich für die Abgabe einer Stellungnahme oder das Angebot eines Übergabetermins geltend sollte. Die Beklagte macht auch nicht geltend, dass ihr die Bedeutung der gesetzten Frist nicht klar gewesen sei. 54

Die Frist ist auch fruchtlos abgelaufen. Die Beklagte hat binnen dieser Frist im Anwaltsschreiben vom 27.12.2013 einen bei Übergabe vorhandenen Mangel bestritten und lediglich vergleichsweise die Mangelbeseitigung angeboten. 55

c) 56

Auf die erfolglose Fristsetzung zur Nachlieferung könnte sich die Klägerin allerdings dann nicht berufen, wenn die Beklagte berechtigt die Ersatzlieferung nicht vorgenommen hätte und dies im Prozess auch noch geltend machen kann. 57

So verhält es sich hier aber nicht. 58

aa) Die Beklagte macht insoweit zunächst ohne Erfolg geltend, ihr sei eine Nachlieferung im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB nicht möglich (gewesen), weil die Lieferung eines anderen Fahrzeugs nicht dieselbe Leistung darstelle. 59

Bei einem Neufahrzeugkauf ist die Nachlieferung grundsätzlich möglich, wenn der Verkäufer ein mangelfreies Fahrzeug mit der geschuldeten Ausstattung beschaffen kann (s. dazu BGH, Urt. v. 07.06.2006, VIII ZR 209/05, NJW 2006, 2839; OLG Braunschweig, Beschl. v. 04.02.2003, 8 W 83/02, NJW 2003, 1053). 60

Dass dies hier nicht möglich war, hat die Beklagte nicht dargelegt. 61

bb) Die Beklagte kann sich auch nicht auf die Unverhältnismäßigkeit dieser Form der Nacherfüllung berufen, wie sie es erstmals im Prozess und damit nach Ausspruch des Rücktritts am 12.11.2014 getan hat. 62

Den Einwand der Unverhältnismäßigkeit gemäß § 439 Abs. 3 BGB kann der Verkäufer nach Erklärung des Vertragsrücktritts durch den Käufer nicht mehr erheben. 63

Der Verkäufer muss die Einrede erheben, solange noch ein Nacherfüllungsanspruch besteht, also bevor der Käufer den Rücktritt oder die Minderung erklärt oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat (BeckOK-Faust, 2014, § 439 BGB Rn 38, Höpfner NJW 2014, 214, 215, s. hierzu auch OLG Celle, Urt. v. 28.06.2006, 7 U 235/05, NJW-RR 2007, 353, Lorenz NJW 2007, 1, 5f.; Reinking/Eggert, Autokauf, 12. Aufl. Rn 801). 64

Das ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes, folgt aber aus der gesetzlichen Systematik: 65

Ist der Rücktritt im Zeitpunkt seiner Erklärung begründet, wandelt diese Erklärung das Schuldverhältnis der Parteien in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis um, womit der Nacherfüllungsanspruch des Käufers und das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers entfallen. § 439 Abs. 3 S. 3 BGB sieht dagegen als Rechtsfolge des berechtigt erhobenen Unverhältnismäßigkeitseinwands die Beschränkung des Käufers auf die andere Art der 66

Nacherfüllung vor. Die Regelung betrifft damit noch das Vertragsstadium des wechselseitigen Leistungsaustauschs. Es wäre systemwidrig, wenn der Verkäufer dem Käufer den bereits entstandenen Rückabwicklungsanspruch durch nachträgliche Erhebung einer Einrede gegen den nicht mehr bestehenden Nacherfüllungsanspruch aus der Hand schlagen könnte.	
Auch Sinn und Zweck der Vorschrift des § 439 Abs. 3 BGB unter Berücksichtigung der Parteiinteressen gebieten es grundsätzlich nicht, zum Schutz des Verkäufers die nachträgliche Geltendmachung des Unverhältnismäßigkeitseinwands zu gestatten. Ob ausnahmsweise anderes anzunehmen sein kann, wenn der Verkäufer ohne Verschulden daran gehindert war, die Einrede vor Rücktrittsausspruch zu erheben, kann dahin stehen.	67
Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.	68
d)	69
Der Rücktritt ist auch nicht wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung nach § 323 Abs. 5 S.2 BGB ausgeschlossen.	70
Nach der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist bei einem behebbaren Mangel im Rahmen der nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB gebotenen Interessenabwägung von einer Geringfügigkeit des Mangels und damit von einer Unerheblichkeit der Pflichtverletzung in der Regel nicht mehr auszugehen, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand einen Betrag von 5 % des Kaufpreises übersteigt (BGH, Ur. v. 28.05.2014, VIII ZR 94/13, NJW 2014, 3229).	71
Auf der Grundlage des im selbständigen Beweisverfahren eingeholten Sachverständigengutachtens ist von Mängelbeseitigungskosten iHv 1.954,27 € (incl. Umsatzsteuer) auszugehen. Diese machen 12 % des Kaufpreises von 16.290 € aus.	72
Anhaltspunkte dafür, gleichwohl die in der Auslieferung des mangelbehafteten Fahrzeugs liegende Pflichtverletzung der Beklagten als unerheblich zu qualifizieren, sind nicht vorgetragen und auch sonst nicht ersichtlich.	73
e)	74
Aufgrund des berechtigten Rücktritts kann die Klägerin Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich der durch die Fahrzeugnutzung gezogenen Gebrauchsvorteile verlangen.	75
Dass der Fahrzeugkauf über ein durch die Beklagte vermitteltes Darlehen finanziert wurde, steht dem nicht entgegen. Die Grundsätze, die sonst nach der Senatsrechtsprechung für die Rückabwicklung eines drittfinanzierten Verbundgeschäfts gelten (s. hierzu Senatsurt. v. 08.09.2005, 28 U 60/05, NZV 2006, 421), finden keine Anwendung, weil im konkreten Fall Käufer und Darlehensnehmer nicht personenidentisch sind. Die Anwendung der §§ 358ff. BGB setzt voraus, dass derselbe Verbraucher Vertragspartner von Kauf- und Darlehensvertrag ist.	76
Die von dem Kaufpreis von 16.290 € in Abzug zu bringende Nutzungsentschädigung ist mit 2.850,75 € zu beziffern. Die Berechnung der Gebrauchsvorteile erfolgt nach der Theorie über den linearen Wertschwund, wonach der Kaufpreis ins Verhältnis zu setzen ist zur voraussichtlichen Gesamtleistung bzw. (bei Gebrauchtfahrzeugen) Restleistung und der daraus auf die vom Käufer zugelegte Fahrstrecke entfallende Anteil zu ermitteln ist.	77
Auf der Grundlage der im vorliegenden Fall unstreitigen voraussichtlichen Gesamtleistung des Fahrzeugs von 200.000 km und der von der Klägerin mit 35.000 km angegebenen	78

Nutzung, ergibt sich ein Nutzungsvorteil von $(35.000 \text{ km} \times 16.290 \text{ €} : 200.000 \text{ km} =) 2.850,75 \text{ €}$.	
Es bleibt ein - Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs - zurückzuzahlender Kaufpreisanteil von 13.439,25 €.	79
2.	80
Daneben kann die Klägerin von der Beklagten gemäß den §§ 284, 437 Nr. 3, 434, 433 BGB Erstattung der Zulassungskosten iHv 140 € verlangen.	81
Es handelt sich dabei um eine im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung getätigte Aufwendung, die sich für die Klägerin als nutzlos erwiesen hat.	82
3.	83
Der Zinsanspruch ist nur teilweise begründet, nämlich soweit Rechtshängigkeitszinsen ab dem 14.02.2105 geschuldet sind (§§ 291, 288 Abs. 1 BGB).	84
Die Klägerin kann nicht schon ab dem 20.11.2014 Zahlung von Zinsen aus dem Gesichtspunkt des Verzugs (§§ 286, 288 Abs. 1 BGB) verlangen. Das anwaltliche Schreiben vom 12.11.2014 enthielt keine verzugsbegründende, vergebliche Aufforderung zur Zahlung binnen gesetzter Frist, sondern nur eine Aufforderung, sich bis zum 19.11.2014 zu dem Rückabwicklungsverlangen zu erklären.	85
4.	86
Die Beklagte befindet sich mit der Annahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs in Verzug, was insoweit antragsgemäß festzustellen war. Allerdings trat der Annahmeverzug erst am 04.09.2015 und nicht schon, wie die Klägerin meint, zum 20.11.2014 ein.	87
Das Anwaltsschreiben vom 12.11.2014 enthielt kein den Annahmeverzug begründendes Angebot der Übergabe und Rückübereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs. Für die Klageschrift, mit der nur die Herausgabe des Fahrzeugs Zug um Zug gegen die verlangte Kaufpreisrückzahlung angeboten worden ist, gilt nichts anderes.	88
Erst nachdem die Klägerin im Termin am 03.09.2015 auch die Rückübereignung des Fahrzeugs in ihren Zug-um-Zug-Antrag aufgenommen hatte und die Beklagte weiterhin Klageabweisung beantragt hat, ist diese in den Verzug der Annahme geraten.	89
III.	90
Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	91
Die Revision war nicht zuzulassen.	92
Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, § 543 Nr. 1 ZPO. Ebenso wenig erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts, § 543 Nr. 2 ZPO.	93
Entgegen der Einschätzung der Parteien ergibt sich kein Revisionszulassungsgrund aus dem Umstand, dass es – soweit ersichtlich – noch keine höchstrichterliche Entscheidung zu der Frage gibt, ob der Verkäufer die Einrede der Unverhältnismäßigkeit aus § 439 Abs. 3 BGB	94

noch nach erfolgtem Rücktritt des Käufers vom Vertrag erheben kann. In dem in der angefochtenen Entscheidung zitierten Urteil des BGH vom 16.10.2013 zu VIII ZR 273/12 hat der BGH diese Frage offen gelassen und lediglich entschieden, dass die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts nicht schon mit Ablauf der gesetzten Frist ausgeschlossen sei, sondern noch im Prozess um die Nacherfüllung erfolgen könne (NJW 2014, 213, Tz 16f.).

Grundsätzliche Bedeutung hat eine Rechtssache, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann, oder wenn andere Auswirkungen des Rechtsstreits auf die Allgemeinheit deren Interessen in besonderem Maße berühren und ein Tätigwerden des BGH erforderlich machen (BGH, Beschl. v. 11.05.2004, XI ZB 39/03, NJW 2004, 2222 m.w.N.). 95

Hier fehlt es an der Klärungsbedürftigkeit der angesprochenen Rechtsfrage, weil ihre Beantwortung nach Einschätzung des Senats nicht zweifelhaft ist und – soweit erkennbar – hierzu auch keine unterschiedlichen Auffassungen vertreten werden. 96

Aus demselben Grund ist auch keine höchstrichterliche Entscheidung zur Rechtsfortbildung geboten. Dieser Zulassungsgrund deckt sich weitgehend mit dem der Grundsatzbedeutung (BGH Beschl. v. 24.09.2003, IV ZB 41/02, NJW 2004, 289). Hier geht es nicht um die Klärung einer rechtlichen Frage, für deren Beurteilung eine richtungsweisende Orientierungshilfe ganz oder teilweise fehlt (vgl. BGH a.a.O.). 97