
Datum: 09.05.2019
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 109/17
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2019:0509.28U109.17.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 10 O 313/15

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 19.04.2017 verkündete Urteil des Einzelrichters der 10. Zivilkammer des Landgerichts Hagen abgeändert.

Die Beklagte wird unter Klageabweisung im Übrigen und unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung verurteilt, an den Kläger 26.364,67 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 18.07.2017 zu zahlen Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des PKW N ##-0 , derzeitiges amtliches Kennzeichen ##-## 0000, FIN #####00000000006.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des vom Kläger an sie zurück zu übereignenden Fahrzeugs in Verzug befindet.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 27 % und die Beklagte zu 73 %

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Zwangsvollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung nicht Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

A.

Der Kläger verlangt von der Beklagten in erster Linie Nachlieferung wegen eines aus seiner Sicht mangelhaften Neufahrzeugs, hilfsweise die Rückabwicklung des Kaufvertrages.

Die Beklagte ist Vertragshändlerin für Fahrzeuge des Herstellers N mit Sitz in M.

Der Kläger erwarb mit Kaufvertrag vom 30.06.2015 bei der Beklagten ein Neufahrzeug des Typs N ##-0 T zum Preis von 36.215,21 €, das mit einem Audio-Surroundsystem des Herstellers C ausgerüstet ist. Das Fahrzeug wurde ihm am selben Tag übergeben.

Rund 2 Monate nach Übernahme des Fahrzeugs rügte der Kläger telefonisch und nachfolgend mit an einen Mitarbeiter der Beklagten – den Zeugen K - gerichteten EMAILS vom 20.08.2015 und 23.08.2015 Tonprobleme beim Radioempfang sowie „Vibrationsgeräusche bei basslastigen Stücken in der Tür vorne links“. Ein erster Werkstatttermin fand am 31.08.2015 statt; nachdem der Kläger das Fahrzeug wieder übernommen hatte, rügte er am 03.09.2015 telefonisch bei dem Zeugen K, das Problem sei nicht behoben. Daraufhin fand am 07.09.2015 ein weiterer Termin in der Werkstatt der Beklagten statt, an dem der Kläger, der bei der Beklagten tätige Zeuge U und der Geschäftsführer der Beklagten teilnahmen; nach Darstellung des Klägers wurden dabei auf einer Probefahrt von sämtlichen Beteiligten die Tonschwankungen beim Radiobetrieb vernommen. Es wurde ein nächster Werkstatttermin für den 09.09.2015 vereinbart, in dem nach Aktenlage der Tuner sowie der Verstärker getauscht und die Verbindungseinheit geprüft wurde(n).

Nachdem der Kläger das Fahrzeug zurück erhalten hatte, monierte er das Fortbestehen des Problems und forderte mit EMAIL vom 15.09.2015 die Lieferung eines neuen Fahrzeugs. Am 17.09.2015 wurde der PKW noch einmal bei der Beklagten – nunmehr in Anwesenheit eines Mitarbeiters des Herstellers N – überprüft; es wurde ein weiterer Werkstatttermin für den 30.09.2015 vereinbart .

Nach Rückerhalt des Fahrzeugs rügte der Kläger am 03.10.2015, die Probleme seien nach wie vor vorhanden und beharrte auf der Lieferung eines neuen Fahrzeugs.

Ob der Geschäftsführer der Beklagten im Anschluss erklärte, weder zur Neulieferung noch zu weiterer Nachbesserung bereit zu sein, ist streitig.

Jedenfalls suchte der Kläger nunmehr anwaltlichen Rat und forderte die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 19.10.2015 unter Fristsetzung bis zum 26.10.2015 noch einmal zur Lieferung eines neuen Fahrzeugs auf.

Mit Schreiben vom 26.10.2015 lehnte die Beklagte die Forderung des Klägers mit der Begründung ab, das beobachtete Phänomen trete nur dann auf, wenn das Radio im FM-Betrieb laufe, der Surroundmodus eingeschaltet und der Mittellautsprecher aktiviert sei ; es sei auf die aktive Rauschunterdrückung im Radiobetrieb zurückzuführen und Stand der Technik. Wenn Radio im DAB-Modus gehört werde, funktioniere die Anlage einwandfrei .

Mit seiner Klage vom 02.11.2015 hat der Kläger sein Verlangen nach Lieferung eines neuen Fahrzeugs des Herstellers N vom Typ ##-0 Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des ihm überlassenen Fahrzeugs weiter verfolgt und zudem die

Feststellung begehrt, dass sich die Beklagte im Annahmeverzug mit der Rücknahme des gebrauchten Fahrzeugs befinde.	
Er hat geltend gemacht :	13
Der von der Beklagten erworbene N sei bei Übergabe mangelhaft gewesen.	14
Die C-Audioanlage funktioniere nicht einwandfrei; die Probleme entsprächen nicht dem Stand der Technik.	15
Der Surroundklang falle bei analogem, tatsächlich aber – wie sich inzwischen herausgestellt habe - auch bei digitalem Radioempfang aus, der Ton komme dann nur noch über eine einzelne Box im Armaturenbrett, alle anderen Boxen würden nicht angesteuert. Das sei von der Beklagten nach dem ersten Werkstatttermin sowie bei der Probefahrt am 07.09. und am 17.09.2015 auch von allen Anwesenden bestätigt worden. Weil das Radio aber analogen Empfang vorsehe und gerade Regionalsender auch nur so zu empfangen seien, müsse der analoge Empfang einwandfrei funktionieren.	16
Neben der Audioanlage sei nunmehr auch das Navigationssystem defekt, es „friere ein“. Das System kündige an, zu laden und bleibe dann beim Ladevorgang stehen; danach könne dann weder das Navigationssystem, noch das Radio betrieben werden. Das „Einfrieren“ des Navigationssystems sei vom Zeugen U bei Vorstellung des Mangels Anfang Februar 2016 auch bestätigt worden.	17
Er, der Kläger, verlange wegen beider Mängel Lieferung eines neuen Fahrzeugs, was ihm nach fehlgeschlagener Nachbesserung unbenommen sei.	18
Die Nachlieferung sei nicht unverhältnismäßig, sondern der einzig sichere Weg, ein mangelfreies Auto zu erhalten, nachdem die Nachbesserung bei der Beklagten mehrfach gescheitert sei.	19
Er sei mit dem ihm übergebenen Auto bislang 15.000 km gefahren; einen Nutzungswertersatz müsse er sich aber bei Wahl der Gewährleistungsvariante „Nacherfüllung“ nicht abziehen lassen.	20
Die Beklagte hat geltend gemacht:	21
Die klägerseits behaupteten Mängel an Audioanlage und Navigationssystem würden bestritten.	22
Tonschwankungen im Analogbetrieb seien durch die aktive Rauschunterdrückung, die das System bei eingeschaltetem Centerpoint (= Mittellautsprecher) betreibe, möglich und normal. Sie seien Stand der Technik. Bei allen anderen Einstellungen und auch im digitalen Betrieb träten sie nicht auf. Ein Fehler an der Soundanlage sei von ihr, Beklagter, auch nie zugestanden worden – ebenso wenig wie ein Fehler am Navigationsgerät.	23
Der von ihr, der Beklagten, veranlasste Austausch einzelner Komponente der Soundanlage sei nur erfolgt und das Fahrzeug sei nur deshalb wiederholt überprüft worden, um den Kläger als Kunden zufrieden zu stellen. Mängel seien bei den Probefahrten nicht festgestellt worden, nur die – schon beschriebenen und dem Stand der Technik entsprechenden Tonschwankungen durch die Rauschunterdrückung.	24

Die Ersatzlieferung des Fahrzeugs könne der Kläger ohnehin nicht verlangen, denn er habe sich auf eine Nachbesserung konzentriert. Eine Ersatzlieferung sei auch nicht zielführend, weil in jedem anderen N ##-0 die identische Soundanlage verbaut sei.

Unter Berücksichtigung der Kosten für eine Reparatur der Anlage von nur bis zu 1000 € sei eine Neulieferung des Autos zudem unverhältnismäßig. 26

Inzwischen werde das klägerische Fahrzeug auch gar nicht mehr hergestellt, der letzte Produktionsmonat sei Januar 2017 gewesen. Das neue Modell sei mit dem Vorgängermodell nicht mehr vergleichbar, es verfüge über ein anderes Aussehen, eine abweichende Ausstattung und eine andere Motorisierung. Ein dem klägerischen Fahrzeug vergleichbares Auto könne nicht mehr bezogen werden. 27

Der Kläger müsse sich im Übrigen einen Kostenbetrag für gezogene Nutzungen anrechnen lassen 28

Das Landgericht hat im Termin am 07.04.2016 den Kläger und den Geschäftsführer der Beklagten persönlich angehört. Es hat sodann ein Gutachten des Sachverständigen D zu der Frage eingeholt, ob in dem N bei analogem und/oder digitalem Betrieb des Radios der Surroundklang ausfalle und dazu, ob darin ein Sachmangel zu sehen sei oder ob es sich um den Stand der Technik handle. Den gerügten Mangel am Navigationssystem hat es nicht in die Beweisaufnahme einbezogen. 29

Im Termin am 19.04.2017 hat das Landgericht den Sachverständigen D angehört und im Anschluss mit dem angefochtenen Urteil die Klage abgewiesen. 30

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass nach Beweisaufnahme feststehe, dass dem Kläger der Nachweis einer Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs nicht gelungen sei und er deshalb keinen Anspruch auf Nacherfüllung durch Neulieferung gemäß den §§ 437 Ziffer 1, 439 Abs. 1, 434 Abs. 1 BGB geltend machen könne. Den gerügten Mangel am Soundsystem habe der Sachverständige nicht bestätigt. 31

Der gerügte Mangel am Navigationssystem begründe kein Recht auf Nachlieferung, weil diese mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden sei, was auch ohne Einholung eines Gutachtens festgestellt werden könne. Der Kläger sei mit dem Auto 15.000 km gefahren, was eine erhebliche Wertminderung bei dem Auto nach sich ziehe. Auf die Unverhältnismäßigkeit dürfe die Beklagte sich berufen, auch wenn ein Verbrauchsgüterkauf geschlossen worden sei. Dass nur mittels Neulieferung Abhilfe geschaffen werden könne, stehe nicht fest, der angebotenen Nachbesserung durch Aufspielen eines Updates habe der Kläger sich verschlossen. 32

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes sowie wegen der Urteilsgründe wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. 33

Gegen die Entscheidung wendet sich der Kläger mit seiner rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung, mit der er in erster Linie den Nachlieferungsanspruch aufrecht erhält und hilfsweise klageerweiternd Rückabwicklung des Kaufvertrages verlangt. 34

Er macht ergänzend geltend : 35

Die Beweiswürdigung des Landgerichts sei zu rügen; es habe verfahrensfehlerhaft weder ein –beantragtes- Obergutachten eingeholt, noch sich mit seinen, des Klägers, Einwänden gegen 36

die Feststellungen des Sachverständigen D hinreichend auseinandergesetzt.

Das Gutachten D sei schlicht unbrauchbar.

37

Auch die Ausführungen des Landgerichts zu dem gerügten Mangel des Navigationssystems und der Unverhältnismäßigkeit der gewünschten Neulieferung verfangen nicht. Der Mangel sei isoliert neben dem Mangel an der Soundanlage zu betrachten, es sei eine Gesamtkostenbetrachtung sämtlicher gerügter und festzustellender Mängel anzustellen, wobei die Kosten der Mängelbeseitigung nicht nur das Aufspielen des Updates, sondern auch dessen Entwicklungskosten umfassten. Das Landgericht habe ohnehin übersehen, dass durch das Aufspielen eines Updates der Mangel gar nicht behoben werden könne.

38

Soweit das Landgericht einen Wertvergleich zwischen dem streitbefangenen Auto und einem Neufahrzeug angestellt und so auf die Unverhältnismäßigkeit der Neulieferung geschlossen habe, komme es bei dem vom Landgericht angestellten Wertvergleich auf den Fahrzeugwert bei Erhebung der Mängelrüge an. Damals sei das Fahrzeug noch nicht so viele Kilometer gelaufen und die Wertminderung eine deutlich geringere gewesen, als im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht.

39

Soweit die Beklagte behauptet habe, eine Nachlieferung sei nicht mehr möglich, werde das bestritten. Das neue Modell des ###-0 habe nur ein Facelift erhalten; es sei kein komplett neues Auto. Dass das streitbefangene Auto im Übrigen am Markt nicht mehr zu erhalten sei, werde ebenfalls bestritten.

40

Schließe sich das Gericht dieser Auffassung nicht an, werde nunmehr hilfsweise Schadensersatz gefordert. Ihm, Kläger, sei ein Schaden in Höhe des Wertes eines neu zu liefernden PKW gleicher Art und Güte entstanden. Eine Abrechnung von Gebrauchsvorteilen finde auch bei einem Schadensersatzanspruch nicht statt.

41

Sofern und nur für den Fall, dass das Gericht sich auch dieser Auffassung nicht anschließe, werde der Rücktritt vom Vertrag erklärt.

42

Der Kläger beantragt nach mehrfacher Antragsmodifizierung zuletzt

43

abändernd

44

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen neuen, mangelfreien PKW Typ N ###-0 V, T-D 000, 6-Gang Automatikgetriebe, Allradantrieb (AWD), Farbe ##### Metallic, Lederausstattung und Glasschiebedach, Hundegitter, Technikpaket, Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des PKW ###-0, derzeitiges amtliches Kennzeichen ###-## 0000, FIN #####00000000006 zu übergeben und zu übereignen 446
- 2. festzustellen, dass die Beklagte sich mit der Annahme des von ihm an die Beklagte zurück zu übereignenden Fahrzeugs in Verzug befinde, 448
- 3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn vorgerichtliche Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 1.590,91 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 27.10.2015 zu zahlen 450

hilfsweise zu Ziffer 1

51

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 36.215,21 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des PKW N ##-0, derzeitiges amtliches Kennzeichen ##-## 0000, FIN #####00000000006.	52
Die Beklagte beantragt,	53
die Berufung zurückzuweisen.	54
Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung mit näheren Ausführungen. Sie behauptet unter Darlegung im Einzelnen, der N ##-0 der neuen Produktionslinie habe nicht nur ein Facelift erhalten, sondern sei ein komplett neu entwickeltes Fahrzeug. Sie, die Beklagte, habe ein Fahrzeug wie das streitbefangene nicht mehr auf Lager, es sei für sie auch nicht zu beschaffen.	55
Der Senat hat ein mündliches Gutachten des Sachverständigen E in Auftrag gegeben, zu dessen Vorbereitung der Sachverständige am 02.08.2018 einen schriftlichen Vorbericht vorgelegt hat; sein Gutachten hat der Sachverständige im Senatstermin am 28.08.2018 erstattet. Bezüglich der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Berichterstattevermerks zum Termin am 28.08.2018 verwiesen.	56
Im Anschluss an den Termin hat der Senat einen Hinweis- und Auflagenbeschluss erlassen; auf dessen Inhalt sowie die schriftsätzlichen Stellungnahmen der Parteien dazu wird Bezug genommen.	57
Im Anschluss an den zweiten Termin vor dem Senat am 05.03.2019 sind mit Beschluss vom selben Tag weitere rechtliche Hinweise erteilt und es ist ein Vergleichsvorschlag unterbreitet worden, der vom Kläger abgelehnt worden ist.	58
Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.	59
B.	60
Die zulässige Berufung des Klägers hat (nur) mit dem Hilfsantrag Erfolg.	61
I.	62
Die Voraussetzungen der §§ 439 Abs. 1, 437 Nr. 1, 434 BGB für die von dem Kläger mit dem <u>Hauptantrag</u> verfolgte Ersatzlieferung in Form eines Neufahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion des N ##-0 liegen nicht sämtlich vor, weshalb die Beklagte diese Leistung nicht schuldet.	63
1.	64
Der streitbefangene N, 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 Gefahrüberganges einen (objektiven) Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB auf.	65
Nach der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme steht fest, dass der PKW bei Übergabe an den Kläger nicht von der Beschaffenheit war, die bei Sachen gleicher Art üblich	66

ist und die ein Käufer nach Art der Sache erwarten kann.

a.	67
Der Sachverständige E, 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. KW 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 N 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 verdreht 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.	68
Eine derart beschädigte Verkabelung entspricht nach den Ausführungen des Sachverständigen - denen der Senat sich anschließt - nicht dem Stand der Technik.	69
b.	70
Der vorbeschriebene Defekt der Soundanlage lag bereits bei Übergabe des PKW an den Kläger im Juni 2015 vor.	71
Das ist vom Sachverständigen E zwar nicht festgestellt worden.	72
Wenn – wie im Streitfall – ein Verbrauchsgüterkauf geschlossen wurde, ist die Rückbeziehung gemäß § 476 BGB a.F. aber zu vermuten, wenn der Käufer innerhalb einer Frist von 6 Monaten ab Übernahme der Kaufsache eine Mangelercheinung rügt, die auf einen technischen Defekt der Kaufsache und damit einen Sachmangel zurückgeführt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 12.10.2016 in NJW 2017,1093). Im Streitfall hat der Kläger nachweislich bereits rund zwei Monate nach dem Kauf und der Fahrzeugübergabe die später vom Sachverständigen E bestätigten und auf den o.a. technischen Defekt zurückzuführenden Tonschwankungen beim Betrieb des Radios gerügt.	73
Er kann sich deshalb auf die Vermutungswirkung des § 476 BGB a.F. berufen.	74
2.	75
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, Urteil vom 10.03.2010 in NJW 2010,1448; Urteil vom 19.07.2017 in NJW 2017,2758).	76
3.	77
	78

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, Urteil vom 24.10.2018 in BB 2019,330ff; Reinking/Eggert: Der Autokauf, 13. Auflage, Rdnr. 670). 79

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). 80

b. 81

Dem Ersatzlieferungsverlangen des Klägers steht auch der von der Beklagten erhobene Einwand der Unmöglichkeit der Ersatzlieferung (§ 275 Abs. 1 BGB) nicht entgegen. 82

aa. 83

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 eines N ##-0 die klägerseits gerügten und von der Beklagten vorprozessual und erstinstanzlich noch als „Stand der Technik“ bezeichneten Tonschwankungen beim Radiobetrieb aufweist. 84

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 E 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. 85

Dafür, dass bei sämtlichen Fahrzeugen der Baureihe das Antennenkabel vergleichbar unfachmännisch verbaut worden sein könnte, ist nichts ersichtlich oder beklagtenseits vorgetragen. 86

bb. 87

Die Ersatzlieferung ist der Beklagten weiter auch dann nicht unmöglich, wenn ihre Behauptung als zutreffend unterstellt wird, die Produktion des streitbefangenen Modells des N ##-0 sei ab Januar 2017 eingestellt worden und ab 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. 88

89

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, Bl.431 GA), hält er daran – wie im Senatstermin am 05.03.2019 ausführlich erörtert - in Ansehung der Ausführungen des Bundesgerichtshofs in dessen einen X betreffenden Hinweisbeschluss vom 08.01.2019 (Az. VIII ZR 225/17) nicht mehr fest. In dem v.g. Beschluss hat der Bundesgerichtshof herausgestellt, dass der Verkäufer eines neuen Kraftfahrzeugs im Rahmen der Ersatzbeschaffung nach § 439 Abs. 1 Alt. 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 Bundesgerichtshof –, 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 Bundesgerichtshof – 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 Abs. 1 BGB, sondern bei der Prüfung, ob wegen einer Unverhältnismäßigkeit der Kosten für die Ersatzbeschaffung ein Beschaffungshindernis nach § 439 Abs. 3 BGB a.F. vorliege, zu berücksichtigen.

90

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 uU 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 durch ein Neufahrzeug der aktuellen Produktion begehrt und damit eine auch aus seiner Sicht gegebene Austauschbarkeit dokumentiert, den Erwägungen des Bundesgerichtshofes 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 Abs. 1 BGB.

cc. 91

92

Die Beklagte kann aber gemäß § 439 Abs. 3 BGB a.F. die vom Kläger gewählte Ersatzlieferung verweigern, weil diese mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden ist.

93

Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 27.02.2019 (Bl.462 GA) unwidersprochen vorgetragen, dass die Anschaffung eines Neufahrzeugs des Modells ##-0 für sie – zum insoweit maßgeblichen Zeitpunkt im Juni 2015, (hierzu Reinking/Eggert, a.a.O., Rdnr. 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 (Reinking/Eggert, a.a.O., Rdnr. 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 (Bl. 346 GA)

22.585,22 € netto betragen würde. Denn wie der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 24.10.2018 (in NJW 2019,292) ausgeführt hat, kommt es für die Feststellung der Unverhältnismäßigkeit der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung grds. 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, so dass 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, Az.: 2 U 242/09, Urteil vom 22.07.2010 in DAR 2011,28; Reinking/Eggert, a.a.O., Rdnr 817). Im Streitfall beträgt der Wertverlust, den der N 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 E mit 220,88 € netto/262,85 € brutto anzusetzen sind, machen lediglich rund 5 % des Wertverlustes aus. Ausgehend davon ist die wirtschaftliche Belastung der Beklagten durch die Ersatzlieferung als wirtschaftlich unverhältnismäßig zu bewerten. 94

In dem Zusammenhang hilft dem Kläger nicht, dass bis zur Klageerhebung – und darüber hinaus bis zum Eingang des Vorberichts des Sachverständigen E 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 Abs. 5 Satz 2 BGB ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach für die Beurteilung, ob ein Sachmangel als geringfügig anzusehen und deshalb der Rücktritt vom Vertrag nach den §§ 437 Nr. 2, 434, 323,326 BGB unwirksam ist, auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen ist und die nachträgliche Entwicklung grundsätzlich keine Bedeutung erlangt (Reinking/Eggert, a.a.O., Rdnr 1046), ist auf den Streitfall nicht übertragbar 95

Der Kläger hat sich in erster Linie gerade nicht auf die sekundären Käuferrechte aus den § 437 Nr. 2 BGB (Rücktritt) und § 437 Nr. 3 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 BGB entschieden, bei dem das ursprüngliche Vertragsverhältnis unverändert bestehen bleibt und bei dem nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes 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, Urteil vom 16.10.2013 in NJW 2014, 213). 96

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, Urteil vom 16.06.2011 in NJW 2011,2269; nachfolgend BGH, Urteil vom 21.12.2011 in BGHZ 192,148; für den Zeitraum ab dem 01.01.2018 § 475 Abs. 4 Satz 1 BGB). Eine solche Beschränkung setzt voraus, dass die im Verhältnis zu der vom Kläger begehrten Ersatzlieferung „andere Art der Nacherfüllung“ - i.e. : die Nachbesserung - vom Verkäufer zu Recht verweigert wird oder aus sonstigen objektiven Gründen ausscheidet (BGH, Urteil vom 21.12.2011, a.a.O.) 97

Diese Sachlage ist im Streitfall nicht gegeben. 98

Die Reparatur der mangelhaften Soundanlage und damit die Nacherfüllungsvariante der Nachbesserung ist – wie vom Sachverständigen E 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 E ausdrücklich an (Schriftsatz vom 27.02.2019, Bl.463 GA). Diese Vorgehensweise ist – wie sich aus der o.a. Entscheidung des Bundesgerichtshofs 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.	99
II.	100
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 §§ 437 Nr. 3, 434, 280 Abs. 1, 281 BGB.	101
1.	102
Die erst in zweiter Instanz erklärte, abändernde Klageerweiterung um den Eventualantrag ist gemäß § 533 Ziffer 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.	103
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. hierzu Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, Rdnrn 28 ff zu § 158 BGB (Westermann)).	104
2.	105
Der Kläger kann von der Beklagten die mit dem Hilfsantrag geltend gemachte Rückabwicklung des über den streitbefangenen PKW geschlossenen Kaufvertrages gemäß den §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 281 BGB ((großer) Schadensersatz statt der Leistung) verlangen, weil das Fahrzeug bei Gefahrübergang mangelhaft gewesen ist.	106
a.	107
Wie oben unter Ziffer I.1. ausgeführt wies die Soundanlage des streitbefangenen N ##-0 bei Übergabe an den Kläger einen technischen Defekt auf, der rechtlich als objektiver Sachmangel zu bewerten ist (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB).	108
b.	109
Dass die in der Übereignung eines mangelhaften Kaufgegenstands liegende vertragliche Pflichtverletzung von der Beklagten zu vertreten ist, wird gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet; Anhaltspunkte, die geeignet wären, die Vermutungswirkung zu entkräften, sind von der Beklagten nicht vorgetragen worden.	110
c.	111
	112

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, § 323 Abs. 1 BGB.

Der Kläger hatte die Beklagte ab dem 20.08.2015 wiederholt um Nachbesserung gebeten; 113
die daraufhin durchgeführten Nachbesserungsversuche der Beklagten am 31.08., 09.09. und
30.09.2015 waren nach dem Ergebnis des Gutachtens des Sachverständigen E 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, § 323 Abs. 114
2 BGB:

d. 115

Die in der Übereignung des mangelhaften Kraftfahrzeugs liegende Pflichtverletzung ist auch 116
nicht wegen Unerheblichkeit ausgeschlossen, § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB.

Allerdings unterschreiten die Kosten in Höhe von 262,85 € brutto, die der Sachverständige E 117
im Nachgang für die Reparatur des Defekts an der Verkabelung der Soundanlage ermittelt
hat, die vom Bundesgerichtshof zu der – gleichlaufenden – Regelung des § 323 Abs. 5 Satz 2
BGB bei 5 % des Bruttokaufpreises angesiedelte und im Streitfall bei 1.810,76 € liegende
Bagatellgrenze deutlich (zur Bagatellgrenze BGH, Urteil vom 28.05.2014 in NJW 2014,3229;
Reinking/Eggert, a.a.O., RdNr 3810, 1032, 3511 ff.).

Im Rahmen des Rückabwicklungsanspruchs aus den §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB kommt es 118
aber ebenso wie beim Rückabwicklungsanspruch nach erklärtem Rücktritt (§§ 437 Nr. 2,
434, 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, Urteil vom 26.10.2016 in NJW
2017,153). 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, Urteil vom 15.06.2011
in NJW 2011,3708; Reinking/Eggert, a.a.O., RdNr 1042). Dass die Tonschwankungen die
Verkehrssicherheit des PKW nicht beeinträchtigten und seinen bestimmungsgemäßen
Gebrauch nicht bzw. nur minimal beeinträchtigen und deshalb keine Erheblichkeit des
Mangels gegeben ist, hat die Beklagte zwar unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des
LG Düsseldorf vom 22.09.2005 (Az 1 O 778/04) behauptet (Bl.37 GA). 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 119
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, Bl. 52 GA).
Der Sachverständige E 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, das sämtliche Lokalradiosender des Landes – u.a. 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. 120

In der Rechtsfolge kann der Kläger im Rahmen des mit dem Hilfsantrag ausdrücklich in erster 121
Linie verlangten „(großen) Schadensersatzes statt der Leistung“ die Rückabwicklung des Kaufvertrages geltend machen (Reinking/Eggert, a.a.O., Rdnr 3783).

Der Kläger hat Besitz und Eigentum am Fahrzeug an die Beklagte zurück zu übertragen; die 122
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 123
Kaufgegenstand gezogenen Nutzungen auch im Rahmen des Anspruchs aus § 437 Nr. 3, 280,281 BGB einen Wertersatz zu leisten, § 281 Abs. 5, 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB (s. auch Reinking/Eggert, a.a.O., Rdnr. 3806), nachdem sich die Beklagte auf den zu berücksichtigenden Nutzungsvorteil berufen hat.

Ausgehend davon, dass der Kläger nach seinen unwidersprochenen Angaben im Termin vor 124
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 Wertschwundes“ (Reinking/Eggert, a.a.O., Rdnrn 3809,3562ff) ein von dem an den Kläger zurückzuerstattenden Kaufpreis zu subtrahierender Abzug von ($36.215,21 \text{ €} \times 68.000 \text{ km} : 250.000 \text{ km} =$) 9.850,54 €.

Die Beklagte hat an den Kläger daher Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung 125
des streitbefangenen PKW noch 26.364,67 € zurückzuzahlen.

3. 126

Weil der mit dem Hilfsantrag begehrte Rückabwicklungsanspruch bereits aus den §§ 437 Nr. 127
3, 280,281 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 den §§ 437 Nr. 2, 434, 323,326 BGB begründet ist. Darauf kommt es nicht mehr streitentscheidend an.

III. 128

1. 129

Die Hauptforderung des Klägers ist in gesetzlicher Höhe ab Rechtshängigkeit, die gemäß § 130 187 BGB einen Tag nach Zustellung der den Hilfsantrag enthaltenden Berufungsbegründung an die Beklagte am 17.07.2017 eingetreten ist, zu verzinsen, §§ 291,288 BGB.	130
2.	131
Der Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzugs ist zulässig (§§ 256,756,765 ZPO) und gemäß den §§ 293 ff BGB auch begründet.	132
3.	133
Der Kläger hat gegen die Beklagte aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt Anspruch auf die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in geltend gemachter Höhe.	134
Der Kläger hat seine Prozessbevollmächtigten vorprozessual (nur) mit der Geltendmachung eines Ersatzlieferungsverlangens aus den §§ 437 Nr. 1, 439 BGB mandatiert. Ein Anspruch auf Ersatzlieferung steht ihm – aus den o.a. Gründen – aber nicht zu, weshalb auch die insoweit angefallenen Rechtsanwaltsgebühren von der Beklagten nicht zu erstatten sind.	135
Vor erstmaliger Geltendmachung des – begründeten – Anspruchs auf Rückabwicklung des Vertrages aus den §§ 437 Nr. 3, 434, 280, 281 BGB mit der Berufungsbegründung bestand die Notwendigkeit außerprozessualen Tätigwerdens für die Rechtsanwälte des Klägers nicht.	136
C.	137
1.	138
Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits beruht auf § 92 ZPO.	139
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit basiert auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	140
2.	141
Die Revision war nicht zuzulassen.	142
Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung; ebenso wenig erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 ZPO).	143