

Entscheidungsbesprechung

Freie Wahl des Käufers zwischen Nachbesserung und Nachlieferung beim Neuwagenkauf

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

2. 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.

3. 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.

4. 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.

5. 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).

6. 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 a.F. (§ 439 Abs. 4 S. 2 BGB) genannten Kriterien festzustellen.

7. 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.

8. Der auf Ersatzlieferung in Anspruch genommene Verkäufer darf den Käufer nicht unter Ausübung der Einrede der Unverhältnismäßigkeit auf Nachbesserung verwei-

sen, wenn der Verkäufer den Mangel nicht vollständig, nachhaltig und fachgerecht beseitigen kann.

[...]

(Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 439 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2, 242, 275 Abs. 1, 439 Abs. 3 a.F.

BGH, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17 (OLG Nürnberg, LG Nürnberg-Fürth)¹

I. Sachverhalt (vereinfacht)

A erwarb mit Kaufvertrag vom 20.7.2012 von B, die PKW herstellt und mit ihnen handelt, für 38.265,01 € einen Neuwagen vom Typ BMW X3 xdrive20, 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 mehrfach eine Warnmeldung, die den Fahrer aufforderte, das Fahrzeug anzuhalten, um die Kupplung abkühlen zu lassen:

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

Vom Kläger beanstandete Probleme mit der Kupplung und der Elektronik des Fahrzeugs führten zu mehreren Werkstattaufenthalten bei B. Nachdem die Warnmeldung im Juli 2013 an zwei Tagen erneut auftrat, verlangte der Kläger mit Anwaltsschreiben vom 11.7.2013 unter Fristsetzung bis zum 30.9.2013 Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache. B hatte A mündlich und später auch schriftlich mitgeteilt, dass die Kupplung auch im Fahrbetrieb abkühlen könne; es sei nicht notwendig das Fahrzeug anzuhalten. Während des Rechtsstreits gab der Kläger das Fahrzeug am 14.10.2014 im Rahmen des Routinekundendienstes in eine Werkstatt der B. Ohne Beauftragung und Wissen das A wurde ein Softwareupdate aufgespielt, dass die Warnmeldung modifizierte:

„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.“

A verlangt hält an dem Neulieferungsverlangen fest. Zu Recht?

II. Einführung in die Probleme

Der Fall handelt von zentralen Problemen des besonderen Schuldrechts, die sich für Klausuren oder Hausarbeiten eignen.² Die Bestimmung des Sachmangels setzt sehr genaues Arbeiten mit dem Sachverhalt voraus: Die Kupplung des

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2019, 292 und online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=89553&pos=0&anz=1> (22.7.2019).

² So auch: *Looschelders*, JA 2019, 149 (149).

Fahrzeugs selbst ist nicht defekt, es ist bei Autos in der relevanten Vergleichsgruppe normal, dass diese bei extensivem Stop-and-Go heiß werden. Stattdessen ist der Sachmangel in der fehlerhaften, zumindest unvollständigen, Warnmeldung zu erblicken. Diesen Unterschied zu erkennen und den bloßen „Anzeigefehler“ als Sachmangel zu würdigen, obwohl eine Weiterfahrt auch bei heißer Kupplung möglich ist, ist erste Hürde der Falllösung.

Der Bundesgerichtshof bestätigte das Vorliegen eines Mangels und schloss sich überwiegend der käuferfreundlichen Ansicht der Vorinstanz an. Zentrale Streitpunkte sind, ob die angezeigte Warnmeldung in dieser Form erwartet werden darf, also Grundlage eines Sachmangels nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB sein kann, ob A trotz seiner anfänglich verlangten und mittlerweile angewandten Nachbesserung an seinem zwischenzeitlich geäußerten Neulieferungsverlangen erfolgreich festhalten kann und wie es sich auswirkt, dass das Softwareupdate nach Nacherfüllungsfristablauf den Fehler behoben hat – aber ohne Wissen des A aufgespielt wurde. Letztlich könnte die Form der verlangten Nacherfüllung unverhältnismäßig sein, eine Neulieferung ist für B wirtschaftlich nachteilig, insbesondere weil mittlerweile zu vergleichsweise geringen Kosten ein Softwareupdate aufgespielt worden ist.

III. Lösung des BGH

Der Fall eignet sich besonders für eine Besprechung im (verkürzten) Gutachtenstil, der BGH stellt gut erkennbar Subsumtionen heraus, die Struktur der Prüfung ist gut zu verfolgen und bietet Gelegenheit die Entscheidung gutachterlich aufzubereiten.

A könnte einen Anspruch auf Neulieferung im Wege Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB gegen B haben.

Einen Kaufvertrag haben A und B geschlossen.

1. Sachmangel bei Gefahrübergang

Zudem müsste die Kaufsache einen Sachmangel gem. § 434 BGB bei Gefahrübergang im Sinne des § 446 S. 1 BGB aufweisen. Dieses ist der Fall, wenn zum Gefahrübergangzeitpunkt die Beschaffenheit der Kaufsache negativ von dem abweicht, was der Käufer erwarten durfte.³ Diese Erwartung bemisst sich zuerst subjektiv, also danach, was Parteien hinsichtlich der Beschaffenheit oder Verwendung vereinbart haben.⁴ Anschließend kann nach einem objektivierten Fehlerbegriff darauf rekurriert werden, was der Käufer gewöhnlicherweise bei Sachen gleicher oder ähnlicher Art in Abwesenheit einer Vereinbarung erwarten darf.⁵ Die Beschaffenheit ist die einer Sache unmittelbar anhängende Eigenschaft bzgl. Größe, Gewicht, Material, Nutzbarkeit, Haltbarkeit und sonstiger Qualität. Auf eine lange Dauer kommt es nicht an; ausge-

klammert bleiben allein kurzfristige Momentaufnahmen, die sich sofort wieder ändern und für den Käufer vernünftigerweise nicht von Bedeutung sind.⁶ Die Beschaffenheit der Kaufsache liegt hier in einem Fahrzeug, dass regelmäßig eine irreführende Warnmeldung anzeigt, die den Fahrzeugführer zum Anhalten des Fahrzeuges auffordert, obwohl dieses zur Ursachenbehebung der Kupplungsüberhitzung nicht erforderlich ist.

a) Beschaffensvereinbarung

Die erwartbare Beschaffenheit des Fahrzeuges könnte durch Beschaffensvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB festgelegt worden sein. Dieses ist der Fall, wenn sich die Parteien zumindest konkludent über eine oder mehrere konkrete Eigenschaften der Kaufsache ausgetauscht und geeinigt haben.⁷ Ein ausdrücklicher Austausch über die Beschaffenheit des Wagens hat nicht stattgefunden. Eine Beschaffensvereinbarung liegt deswegen nicht vor.

b) Verwendungszweck

Weiterhin könnte ein Verwendungszweck im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB die Soll-Beschaffenheit des Fahrzeuges konkretisieren. Voraussetzung ist, dass beide Parteien übereinstimmend eine gewisse Verwendung festgelegt haben,⁸ dieses ist vorliegend ebenfalls nicht ersichtlich.

c) Gewöhnliche Verwendung

Letztlich könnte die Soll-Beschaffenheit durch die gewöhnliche Verwendung festgelegt sein; liegen weder Beschaffens- noch Verwendungszweckvereinbarung vor, bemisst sich die Sachmangelhaftigkeit der Kaufsache nach objektivierten Kriterien. Ein Sachmangel liegt demnach vor, wenn die Sache nicht die gleiche Beschaffenheit aufweist, die der Käufer nach Art der Sache gewöhnlicherweise erwarten kann.⁹

„Für die gewöhnliche Verwendung eignet sich ein Kraftfahrzeug grundsätzlich nur dann, wenn es nach seiner Beschaffenheit keine technischen Mängel aufweist, welche die Zulassung zum Straßenverkehr hindern oder die Gebrauchsfähigkeit aufheben oder beeinträchtigen [...]“¹⁰

„Ein Anhalten des Fahrzeuges war indes [...] zum Schutz der Kupplung tatsächlich nicht geboten, weil diese auch abkühlen kann, wenn die Fahrt fortgesetzt wird. [...] Die Aufforderung zum Anhalten des Fahrzeuges war daher irreführend und beeinträchtigte die gewöhnliche Verwendung des Fahrzeuges als Fortbewegungsmittel im öffentlichen Straßenverkehr, weil die installierte Software den Fahrer aufforderte, den Fahrbetrieb ohne objektiv gegebenen Anlass zu unterbrechen.“¹¹

„Das Fahrzeug wies – in Ansehung der irreführenden Softwaremeldung – bei Gefahrübergang auch nicht die Be-

³ Biedenbender, in: Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2016, § 434 Rn. 16.

⁴ Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 434 Rn. 8.

⁵ BGH NJW 2007, 1351; BGH NJW 2009, 2056; BGH NJW 2009, 2807 (2808); OLG Düsseldorf NJW 2006, 2858; OLG Koblenz NJW 2007, 1828; OLG Stuttgart NJW 2007, 612.

⁶ Biedenbender (Fn. 3), § 434 Rn. 11.

⁷ Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 434 Rn. 16.

⁸ Berger (Fn. 4), § 434 Rn. 12.

⁹ Westermann (Fn. 7), § 434 Rn. 24.

¹⁰ BGH, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, Rn. 29.

¹¹ BGH, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, Rn. 31.

schaffenheit auf, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach Art der Sache erwarten kann.¹²

Damit liegt eine Negativabweichung der Fahrzeugbeschaffenheit von der üblichen und bei Sachen gleicher Art erwartbaren Sollbeschaffenheit vor. Folglich wäre somit grds. ein Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB gegeben.

d) Fehler ist Teil einer ganzen Fahrzeugserie

Möglicherweise könnte der Annahme eines Sachmangels hier jedoch entgegenstehen, dass der Fehler bei der gesamten Fahrzeugserie auftrat und deswegen nach Art der Kaufsache doch zu erwarten gewesen sein könnte. Das gewöhnlicherweise Erwartbare könnte somit gerade in einem Fahrzeug mit entsprechender Warnmeldung liegen und letztlich so nicht von der Ist-Beschaffenheit abweichen.

Fraglich erscheint, ob der Vergleichsmaßstab zur Herleitung des Erwartbaren auf bloß eine Serie einer Kaufsache beschränkt sein kann. Problematisch erscheint, dass hierdurch fehlerhafte Serienprodukte den Standard so setzen könnten, dass objektiv fehlerhafte Produkte das Erwartbare und Gewöhnliche im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB geschrieben und deswegen Käufer Sachmangelrechte nicht geltend machen könnten.

Es ist deswegen hierbei „nicht lediglich eine auf denselben Fahrzeugtyp des Herstellers bezogene fabrikatsinterne Betrachtung abzustellen, sondern ein herstellerübergreifender Vergleichsmaßstab heranzuziehen, der Serienfehler unberücksichtigt lässt [...]“¹³

Abzustellen ist mithin auf eine hersteller- und serienübergreifende Vergleichsgruppe von Fahrzeugen.¹⁴ Im Vergleich zu diesen Fahrzeugen anderer Hersteller und anderer Serien ist es nicht normal oder gewöhnlich, dass die vorbezeichnete Warnmeldung eingeblendet wird. Dass der Fehler bei einer ganzen Fahrzeugserie aufgetaucht ist, hindert die Annahme eines Sachmangels mithin nicht.

e) Entgegenstehen einer mündlichen Richtigstellung

Möglicherweise könnte der Annahme des Sachmangels aber entgegenstehen, dass A mehrfach durch Mitarbeiter oder Beauftragte der B darauf hingewiesen worden ist, dass ein Softwarefehler vorliegt und ein Anhalten entgegen der Displayanzeige nicht zu erfolgen braucht. Fraglich erscheint, ob es ausreicht die Fehlermeldung richtig zu stellen, an der Anzeige im Display aber nichts zu ändern.

„Eine bloß verbale Richtigstellung vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass das [...] veräußerte Fahrzeug [...] der nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB erforderlichen Sollbeschaffenheit nicht entsprach, denn Sollbeschaffenheit ist die Lieferung eines Fahrzeugs ohne Einblendung einer irreleitenden Warnmeldung. Daran ändert es nichts, wenn der Verkäufer, mag er auch der Hersteller des Fahrzeugs sein, dem Käufer mitteilt, die Warnung brauche nicht befolgt zu

werden, denn Maßstab ist insoweit die objektiv berechnete Käufererwartung [...]“¹⁵

Demnach steht die bloße Übermittlung einer Richtigstellung an A, zuerst mündlich, dann auch schriftlich, dem Vorliegen des Sachmangels nicht entgegen.

f) Bei Gefahrübergang

Weiterhin müsste der Sachmangel auch bei Gefahrübergang im Sinne des § 446 BGB vorgelegen haben. Gem. § 446 S. 1 BGB geht die Gefahr des zufälligen Untergangs mit der Übergabe der Kaufsache auf den Käufer über. Ferner geht die Gefahr auf den Käufer über, wenn dieser sich im Annahmeverzug befindet, vgl. § 446 S. 3 BGB.¹⁶ Hier lag der Mangel bereits bei Übergabe vor. Ein Sachmangel bei Gefahrübergang ist gegeben.

2. Möglichkeit der Nacherfüllung

Womöglich könnte der Anspruch des A auf Nachlieferung aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB jedoch gem. § 275 BGB ausgeschlossen sein. Dieses ist der Fall, soweit die geschuldete Leistung für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.¹⁷ Problematisch erscheint, dass durch ein Routine-Softwareupdate alle Fahrzeuge hinsichtlich des Vorliegens der Fehlermeldung korrigiert worden sind und deswegen ein gleiches Fahrzeug zur Nachlieferung nicht mehr zu beschaffen sein könnte.

„[...] 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 [...]. 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 [B] behauptet, seit Juli 2013 beseitigt sei, bedeutet lediglich, dass die damit ausgerüsteten Fahrzeuge gegebenenfalls den hier festgestellten Sachmangel nicht mehr aufweisen.“¹⁸

Die Nachlieferung einer sachmangelfreien Sache ist mithin nicht unmöglich im Sinne des § 275 BGB, der Anspruch ist damit nicht ausgeschlossen.

3 Ausschluss wegen vorherigem Nachbesserungsverlangen

Es könnte A jedoch verwehrt sein, B auf Nachlieferung in Anspruch zu nehmen. Möglicherweise bindet ihn das vorherige Nacherfüllungsverlangen in Form der Nachbesserung gem. § 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Dieses wäre der Fall, wenn Nachbesserung und Nachlieferung Wahlschuld wären und nicht in elektiver Konkurrenz zueinander stünden. Dieses ist umstritten.

¹² BGH, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, Rn. 33.

¹³ BGH, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, Rn. 34.

¹⁴ So auch bereits BGH NJW 2009, 2056.

¹⁵ BGH, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, Rn. 36.

¹⁶ Ausführlich zum Gefahrübergang und Sachmangel jüngst Heinemeyer, NJW 2019, 1025 ff.

¹⁷ Lorenz, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 49. Ed., Stand: 1.2.2019, § 275 Rn. 8.

¹⁸ BGH, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, Rn. 41.

a) Wahlschuld

Nach einer Auffassung handelt es sich bei den Alternativen des § 439 Abs. 1 BGB um Wahlschulden im Sinne des §§ 262 f. BGB.¹⁹ Bei der Wahlschuld ist die gewählte Leistung nach § 263 Abs. 2 BGB als die allein geschuldete anzusehen, es kommt zur sog. rückwirkenden Konzentration.²⁰ Folgte man dieser Auffassung, dann wäre die Auswahl einer der Alternativen als Gestaltungserklärung zu verstehen, welche die jeweils andere Art der Nacherfüllungsmöglichkeit gem. § 263 Abs. 2 BGB erlöschen ließe.

b) Elektive Konkurrenz

Nach anderer Auffassung handelt es sich bei § 439 Abs. 1 BGB nicht um eine Wahlschuld, sondern um ein elektives Konkurrenzverhältnis.²¹ Folgte man dieser Auffassung, würde Auswahlfreiheit zwischen den gleichberechtigten Alternativen des § 439 Abs. 1 BGB bestehen. Unabhängig davon sei die Bindung des Käufers an die Grundsätze von Treu und Glauben, also beispielsweise das Verbot widersprüchlichen Verhaltens oder des Rechtsmissbrauchs, das etwa verletzt sein kann, wenn der Käufer den Verkäufer, ohne ihm eine Frist gesetzt zu haben, mit einer veränderten Wahl konfrontiert.²² So wäre das Nachlieferungsverlangen des A nicht durch die vorherige Forderung der Nachforderung ausgeschlossen, solange dieses mit den Geboten von Treu und Glauben vereinbar ist.

c) Stellungnahme

Beide Auffassungen gelangen hinsichtlich des Erfolges des Anspruches auf Nacherfüllung des A zu unterschiedlichen Ergebnissen, eine Stellungnahme ist erforderlich.

„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 [...], hat es der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes als legitim angesehen, den Käufer, der mit der Nacherfüllung das erhalten soll, was er vertraglich zu beanspruchen hat [...], entscheiden zu lassen, auf welche Weise das Vertragsziel der Lieferung einer mangelfreien Sache doch noch erreicht werden kann [...].“

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 [...].

Dies ist jedoch nicht anzunehmen, wenn der Verkäufer die vom Käufer zunächst gewählte Nachbesserung nicht fachgerecht zuwege gebracht hat und aus diesem Grund die verkaufte Sache zur Zeit der Ausübung des Nachlieferungsverlangens nicht vertragsgerecht war. In einer solchen Fallgestaltung ist es umgekehrt dem Verkäufer unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, den Käufer an der ursprünglich getroffenen Wahl festzuhalten [...].²³

Mithin ist der zweitgenannten Auffassung zu folgen, wonach die Alternativen des § 439 Abs. 1 BGB in elektiver Konkurrenz zueinander stehen. Es ist A damit nicht verwehrt, Nachlieferung zu verlangen weil er zuvor Nachbesserung verlangt hat.

4. Ausschluss aufgrund des aufgespielten Softwareupdates

A könnte nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) daran gehindert sein, seinen Anspruch geltend zu machen. Dieses wäre der Fall, wenn er sich durch sein Nacherfüllungsverlangen besonders treuwidrig verhalten hätte. Ein solches Verhalten könnte darin zu sehen sein, dass A an dem Nachlieferungsverlangen festhält, obwohl das Fahrzeug bereits mit einer korrigierten Softwaremeldung ausgestattet worden ist und ihn so derzeit nicht bei der Fahrt beeinträchtigt.

„Dem Verlangen [...] nach einer Ersatzlieferung steht grundsätzlich nicht entgegen, dass der Softwarefehler [...] 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 [...] – auch das Wahlrecht des Käufers zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung.“

Der [A] 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.²⁴

„[...] die bloße Hinnahme der Softwareaktualisierung [begründet aber] weder ein ausdrückliches noch ein stillschweigendes Einverständnis des Klägers mit der Beseitigung des Sachmangels.“²⁵

Hier wusste A nichts von der Vornahme der Mängelbeseitigung, sein Einverständnis hat er nie erklärt. Mithin hat A die Softwareaktualisierung mangels Kenntnis weder veranlasst noch war er mit ihr stillschweigend einverstanden, er hat sie bloß hingenommen. Das Verlangen des A, weiter an seinem Wahlrecht aus § 439 Abs. 1 BGB festzuhalten, ist daher nicht treuwidrig und folglich nicht nach § 242 BGB ausgeschlossen.

¹⁹ Schellhammer, MDR 2002, 301 (301 f.); Büdenbender, AcP 205 (2005), 386 ff.

²⁰ OLG Celle NJW 2013, 2004 ff.; Westermann (Fn. 7), § 439 Rn. 4 m.w.N.

²¹ Saenger, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 439 Rn. 13; Schroeter, NJW 2006, 1761 (1762).

²² Westermann (Fn. 7), § 439 Rn. 5.

²³ BGH, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, Rn. 46 ff.

²⁴ BGH, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, Rn. 53 f.

²⁵ BGH, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, Rn. 55.

5. Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung

Zuletzt könnte B die Nacherfüllung möglicherweise nach § 439 Abs. 4 S. 1 BGB verweigern dürfen. Dies ist der Fall, wenn die gewählte Art der Nacherfüllung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.²⁶ Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass der Mangel inzwischen behoben ist und keine weiteren Kosten für die nichtgewählte Art der Nacherfüllung, die Nachbesserung, anfallen würden. Problematisch erscheint hierbei, auf welchen Zeitpunkt hinsichtlich der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Kosten abzustellen ist – schließlich konnten von dieser potentiellen Unverhältnismäßigkeit weder A noch B zum Zeitpunkt des Vorliegens des Sachmangels, zum Zeitpunkt des Nacherfüllungsverlangens oder zum Ablauf der Nacherfüllungsfrist etwas wissen.

„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 [...]. 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.“²⁷

Vorliegend liegt der Zeitpunkt der Mängelbehebung sowohl nach dem Zeitpunkt des Nacherfüllungsverlangens, als auch nach dem Fristablauf zur Nacherfüllung. Zu beiden Zeitpunkten stand eine potentielle Unverhältnismäßigkeit noch nicht in Rede, die Fehlerbehebung war noch nicht möglich. Nach dem relevanten Betrachtungszeitpunkt liegt deswegen keine Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung im Sinne des § 439 Abs. 4 S. 1 BGB vor.

6. Ergebnis

A hat einen Anspruch auf Lieferung eines neuen Geländewagens vom Typ BMW X3 xdrive20 gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB gegen B.

IV. Bewertung der Entscheidung

Das Urteil ruft ins Gedächtnis, dass der Sachmangelbegriff in seiner Alternative des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB viele, nicht immer auf den ersten Blick ersichtliche, Möglichkeiten abdeckt. Eine irreführende Warnmeldung, so sie das Verhalten des Fahrers beeinflussen kann, ist ebenso Sachmangel, wie eine (tatsächlich) defekte Kupplung; entscheidend ist die Negativabweichung vom Erwartbaren und das Überschreiten einer gewissen Erheblichkeitsschwelle.²⁸ Dass es der Wahl der Nacherfüllung durch Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache in den Grenzen von Treu und Glauben nicht entgegensteht, dass der Käufer zuvor vergeblich Nachbesserung ver-

langt hat, leuchtet ein. Dies sollte aber in der Klausur auch ebenso einleuchtend niedergeschrieben werden können, idealerweise im Format eines Meinungsstreits mit überzeugenden Argumenten. Gleiches gilt für die im Rahmen der Unmöglichkeit der Nacherfüllung angestellten Erwägungen: Natürlich kann es nicht sein, dass ein behobener Serienfehler dazu führt, dass eine Nacherfüllung durch Neulieferung unmöglich wird, wenn auslösendes Moment des § 439 Abs. 1 BGB gerade der mittlerweile behobene Serienmangel ist! Lehrreich kann die Entscheidung besonders hinsichtlich des relevanten Entscheidungszeitpunktes der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung im Sinne des § 439 Abs. 4 S. 1 BGB sein. Die Entscheidung ist nachvollziehbar, ad hoc in der Klausurlösung ohne entsprechende Vorkenntnis aber nicht unbedingt (re-)produzierbar.

Das Urteil zeigt damit außerordentliche Klausur- und Hausarbeitsrelevanz für Lehrveranstaltungen im Besonderen Schuldrecht. Jedes der angesprochenen Probleme für sich besitzt bereits gewisse Prüfungsrelevanz, die Entscheidung birgt deswegen viel Potential gänzlich oder zumindest auszugswise abgeprüft zu werden.

Dr. Tim Brockmann, Hannover

²⁶ Höpfner, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 49. Ed., Stand: 1.4.2019, § 439 Rn. 130.

²⁷ BGH, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, Rn. 72.

²⁸ Kaletsch, NJW 2019, 713 (716).