
Datum: 27.03.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 24/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:0327.6U24.19.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 11 O 429/17

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 17.01.2019 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Bonn – 11 O 429/17 – teilweise abgeändert und wie insgesamt folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein mangelfreies, fabrikneues Fahrzeug VW Golf Trendline aus der aktuellen Produktion mit zumindest den folgenden technischen Merkmalen:
 - ? Motorisierung: 2.0 TDI mit mindestens 81 kW
 - ? Manuelles Schaltgetriebe
 - ? Viertürer
 - ? Außenfarbe: dunkelblau mit Perleffekt
 - ? Farbe des Interieurs: schwarz mit schwarzen Sitzen
 - ? Dieselpartikelfilter
 - ? Reifendruckkontrollanzeige
 - ? 15“-Räder
 - ? Elektrisch einstell- und beheizbare Außenspiegel in Wagenfarbe mit integrierten Blinkern

- ? Türaußengriffe in Wagenfarbe
- ? Halogenscheinwerfer
- ? Tagfahrlicht
- ? Fahrlichtautomatik
- ? Verzinkte Karosserie
- ? Schwarzer Kühlergrill
- ? Stoßfänger in Wagenfarbe
- ? Ablagefächer im Innenraum
- ? Längsverstellbare Vordersitze (höhenverstellbar für Fahrer) mit Lehnenneigungsverstellung und verstellbaren Kopfstützen
- ? Rückbank mit asymmetrisch teil- und umklappbarer Lehne, drei Kopfstützen und Isofix-Vorbereitung auf den äußeren Sitzen
- ? Kofferraumabdeckung
- ? Kühlbares Handschuhfach
- ? 12V-Steckdose vorn
- ? Fahrer- und deaktivierbarer Beifahrerairbag
- ? Knieairbag für Fahrer
- ? Kopfairbagsystem
- ? Seitenairbags vorn
- ? ESP
- ? ABS
- ? EDS
- ? Traktionskontrolle
- ? Bremsassistent
- ? Gegenlenkunterstützung
- ? Gespannstabilisierung
- ? Warndreieck
- ? Innenbeleuchtung

- ? Leseleuchten vorn
- ? Fensterheber vorn und hinten
- ? Zentralverriegelung mit zwei Funkschlüsseln
- ? Kofferraumbeleuchtung
- ? Intervallschaltung für Heck- und Frontscheibenwischer
- ? Klimaanlage mit Staub- und Pollenfilter
- ? Lederlenkrad mit höhen- und längsverstellbarer Lenksäule
- ? Makeupspiegel in Sonnenblenden
- ? Bordcomputer mit Multifunktionsanzeige „Plus“
- ? Rückstrahler in allen Türen
- ? Servolenkung
- ? Reifenreparaturset
- ? Fußraumbeleuchtung vorn
- ? Regensensor
- ? Automatisch abblendbarer Innenspiegel
- ? Radio mit CD- und MP3-Wiedergabefunktion

nachzuliefern Zug um Zug gegen Rückübergabe des mangelhaften Fahrzeugs VW Golf 2,0 I TDI, FIN A;

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 1 genannten Fahrzeugs in Verzug befindet;
3. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.100,51 € freizustellen.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.
6. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 20.000 € hinsichtlich des Nachlieferungsanspruchs und im Übrigen in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden

Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

7. Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt als Betroffener des so genannten „Abgasskandals“ von der beklagten Autohändlerin die Neulieferung eines Fahrzeugs.

Der Kläger erwarb gemäß verbindlicher Bestellung vom 29.04.2009 (Bl. 48 d.A.) und Auftragsbestätigung vom 15.05.2009 (Bl. 49f. d.A.) aufgrund eines die Beklagte verpflichtenden Kaufvertrages ein Fahrzeug der Marke Volkswagen, Typ Golf VI Trendline 2,0 l TDI, 81 kW zum Preis von 17.181,03 €, das dem Kläger am 09.09.2009 ausgeliefert und übereignet wurde. Dem Kaufvertrag liegen Neuwagenkaufbedingungen zu Grunde, die folgende Klausel enthielten:

Konstruktions- oder Formänderungen, Abweichungen im Farbton sowie Änderungen des Lieferumfangs seitens des Herstellers bleiben während der Lieferzeit vorbehalten, sofern die Änderungen oder Abweichungen unter Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers für den Käufer zumutbar sind. Sofern der Verkäufer oder der Hersteller zur Bezeichnung der Bestellung oder des bestellten Kaufgegenstandes Zeichen oder Nummern gebraucht, können allein daraus keine Rechte hergeleitet werden.

Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor EA 189 EU 5 ausgestattet. Die Motorsteuerungssoftware des Fahrzeugs sah hinsichtlich der Abgasrückführung zwei Betriebsmodi vor, und zwar einen hinsichtlich des Stickstoffausstoßes optimierten Betriebsmodus 1 mit einer verhältnismäßig hohen Abgasrückführungsrate sowie einen hinsichtlich des Partikel ausstoßes optimierten Betriebsmodus 0 mit einer erheblich geringeren Abgasrückführungsrate. Dabei vermochte die Motorsteuerung zu erkennen, ob das Fahrzeug auf einem technischen Prüfstand zur Ermittlung der Emissionswerte (NEFZ-Prüfzyklus) eingesetzt oder ob es im Straßenverkehr betrieben wird, und schaltete im NEFZ-Prüfzyklus in den Modus 1. Auf diese Art und Weise wurde sichergestellt, dass bei der Prüfung nach den gesetzlich vorgesehenen Maßgaben der Euro-5-Abgasnorm geringere Stickoxidemissionen gemessen und dementsprechend die Stickoxidgrenzwerte im Laborbetrieb eingehalten wurden. Dagegen schaltete die Motorsteuerung in den Modus 0, wenn das Fahrzeug im Straßenverkehr eingesetzt wurde.

Die Volkswagen AG als Hersteller des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps stellte die Produktion des Modells der 6. Generation im Juni 2009 ein und stellte sie auf eine neue Modellreihe um. Diese beinhaltet einen Motor aus der Gruppe des Typs EA 288, der den Anforderungen der Euro 6-Norm entspricht und der mit einer Leistungssteigerung von 81 kW auf 85 kW, einer um 5 bis 8 km/h erhöhten Höchstgeschwindigkeit, einem Absenken des Durchschnittsverbrauchs sowie mit dem Einbau eines mit AdBlue-Technologie betriebenen SCR-Katalysators verbunden ist.

Die beschriebene Motorsteuerungssoftware wurde vom Kraftfahrtbundesamt im Rahmen einer gegen die Volkswagen AG als Herstellerin erlassenen Anordnung als unzulässige Abschalt einrichtung angesehen. Das daraufhin von der Herstellerin entwickelte

Softwareupdate, nach dessen Aufspielen die Motorsteuerungssoftware in einem adaptierten Modus 1 betrieben wird, wurde vom Kraftfahrtbundesamt am 20.06.2016 freigegeben. Dem Kläger wurde im Dezember 2016 erfolglos angeboten, das Softwareupdate aufspielen zu lassen. Der Kläger forderte die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 31.07.2017 unter Fristsetzung bis zum 11.09.2017 auf, ihm einen nach aktuellen Vorschriften zulassungsfähigen mangelfreien vertragsgemäßen Neuwagen zu liefern, was die Beklagte mit Schreiben vom 14.07.2017 zurückwies. Weiter wurde der Kläger mit dem gleichen Schreiben aufgefordert, die Software ändern zu lassen. Dem kam der Kläger nicht nach. Ebenfalls mit Schreiben vom 14.07.2017 verzichtete die Beklagte bis zum 31.12.2017 auf die Erhebung der Einrede der Verjährung, wobei der Verjährungsverzicht ausdrücklich auch solche Ansprüche umfasste, die bereits verjährt waren.

Der Kläger hat behauptet, er habe das Fahrzeug insbesondere mit Blick auf dessen angegebene Umweltfreundlichkeit erworben. Die eingebaute Motorsteuerungssoftware stelle eine unzulässige Abschaltvorrichtung dar. Wegen seiner Verwendung habe die Stilllegung des Fahrzeuges gedroht. Das ihm angebotene Softwareupdate stelle kein geeignetes Mittel dar, um die Manipulation der Motorsteuerungssoftware ohne das Risiko weitergehender Schäden zu beheben. Die Dauerhaltbarkeit verschiedener Fahrzeugkomponenten werde durch den angepassten Modus negativ beeinträchtigt. Zudem führe es zu einem merkantilen Minderwert des Fahrzeugs. Das neue Modell des Volkswagen Golf der siebten Generation sei dem Vorgängermodell gegenüber nahezu identisch. Die Unterschiede führten allenfalls zur Annahme eines so genannten „Facelifts“. Er ist der Ansicht gewesen, es gehöre der gleichen Gattung an wie das von ihm erworbene Modell der sechsten Generation. Im Übrigen hätten Untersuchungen des B ergeben, dass der Spritverbrauch von Fahrzeugen des hiesigen Fahrzeugtyps zwischen 8,6 % und 15 % über dem von der Herstellerin angegebenen Wert gelegen hätten. Auch das Fahrzeug des Klägers habe einen Spritverbrauch von mehr als 10 % über den Herstellerangaben aufgewiesen.

Mit der am 28.11.2017 bei Gericht eingegangenen Klage hat der Kläger ursprünglich sinngemäß beantragt, 1) die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Fahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung wie das Fahrzeug VW Golf 2,0 I TDI, FIN A Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs VW Golf 2,0 I TDI, FIN A nachzuliefern, 2) festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Antrag zu 1) genannten Fahrzeugs in Verzug befindet und 3) die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten freizustellen. Mit Schriftsatz vom 01.06.2018 hat der Kläger die Anträge zu 1) und zu 3) neu gefasst und beantragt, 1) die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Fahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit gleichartiger und gleichwertiger technischer Ausstattung wie das Fahrzeug VW Golf 2,0 I TDI, FIN A, Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs VW Golf 2,0 I TDI, FIN A nachzuliefern 2) festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Antrag zu 1) genannten Fahrzeugs in Verzug befindet und 3) die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.680,28 € freizustellen. Mit Schriftsatz vom 22.11.2018 (Bl. 565 der Akte) hat der Kläger den Antrag zu 1) erneut neu gefasst.

Der Kläger hat sinngemäß beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger mangelfreies, fabrikneues Fahrzeug VW Golf Trendline aus der aktuellen Produktion mit zumindest den folgenden technischen Merkmalen:	
? Motorisierung: 2.0 TDI mit mindestens 81 kW	13
? Manuelles Schaltgetriebe	14
? Viertürer	15
? Außenfarbe: dunkelblau mit Perleffekt	16
? Farbe des Interieurs: schwarz mit schwarzen Sitzen	17
? Dieselpartikelfilter	18
? Reifendruckkontrollanzeige	19
? 15“-Räder	20
? Elektrisch einstell- und beheizbare Außenspiegel in Wagenfarbe mit integrierten Blinkern	21
? Türaußengriffe in Wagenfarbe	22
? Halogenscheinwerfer	23
? Tagfahrlicht	24
? Fahrlichtautomatik	25
? Verzinkte Karosserie	26
? Schwarzer Kühlergrill	27
? Stoßfänger in Wagenfarbe	28
? Ablagefächer im Innenraum	29
? Längsverstellbare Vordersitze (höhenverstellbar für Fahrer) mit Lehnenneigungsverstellung und verstellbaren Kopfstützen	30
? Rückbank mit asymmetrisch teil- und umklappbarer Lehne, drei Kopfstützen und Isofix-Vorbereitung auf den äußeren Sitzen	31
? Kofferraumabdeckung	32
? Kühlbares Handschuhfach	33
? 12V-Steckdose vorn	34
? Fahrer- und deaktivierbarer Beifahrerairbag	35
? Knieairbag für Fahrer	36
? Kopfairbagsystem	37

? Seitenairbags vorn	38
? ESP	39
? ABS	40
? EDS	41
? Traktionskontrolle	42
? Bremsassistent	43
? Gegenlenkunterstützung	44
? Gespannstabilisierung	45
? Warndreieck	46
? Innenbeleuchtung	47
? Leseleuchten vorn	48
? Fensterheber vorn und hinten	49
? Zentralverriegelung mit zwei Funkschlüsseln	50
? Kofferraumbeleuchtung	51
? Intervallschaltung für Heck- und Frontscheibenwischer	52
? Klimaanlage mit Staub- und Pollenfilter	53
? Lederlenkrad mit höhen- und längsverstellbarer Lenksäule	54
? Makeupspiegel in Sonnenblenden	55
? Bordcomputer mit Multifunktionsanzeige „Plus“	56
? Rückstrahler in allen Türen	57
? Servolenkung	58
? Reifenreparaturset	59
? Fußraumbeleuchtung vorn	60
? Regensensor	61
? Automatisch abblendbarer Innenspiegel	62
? Radio mit CD- und MP3-Wiedergabefunktion	63
nachzuliefern Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs VW Golf 2,0 I TDI, FIN A;	64

2.	festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 1 genannten Fahrzeugs in Verzug befindet;	
3.	die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.680,28 € freizustellen.	66
	Die Beklagte hat beantragt,	67
	die Klage abzuweisen.	68
	Die Beklagte hat behauptet, eine, gegenüber dem durch das Kraftfahrtbundesamt freigegebene Softwareupdate ohnehin unverhältnismäßige, Nachlieferung in Form einer Ersatzlieferung sei unmöglich, da es keine der geschuldeten Gattung entsprechenden Neufahrzeuge mehr gebe. Die siebte Generation des VW Golf unterscheide sich von der Vorgängergeneration über die unstreitigen Elemente hinaus auch bezüglich Karosserie und Ausmaßen. Zudem hätten sich die Höchstgeschwindigkeit und das Drehmoment verändert.	69
	Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Diese sei zulässig. Insbesondere sei der Klageantrag – nach dessen Änderung – hinreichend bestimmt. Der Anspruch bestehe nicht, weil die geforderte Neulieferung der Beklagten im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB unmöglich sei, nachdem die damalige Generation des VW Golf nicht mehr gebaut werde.	70
	Gegen dieses Urteil, auf das gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergänzend Bezug genommen wird, wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Entgegen der Ansicht des Landgerichts bestehe der Nachlieferungsanspruch aus §§ 434, 437 Nr. 1, § 439 BGB. Ein Sachmangel liege aufgrund der Abschalteinrichtung vor. Dies nehme auch der Bundesgerichtshof an. Es liege auch ein nicht behebbarer Rechtsmangel im Sinne des § 435 BGB vor. Die Nachlieferung sei nicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich. Die Änderung des Modells führe nicht zu der Annahme einer Unmöglichkeit. Die Nachlieferung sei nicht unverhältnismäßig gemäß § 439 Abs. 3 S. 1 1. Alt. BGB. Die Nachbesserung sei nicht möglich. Jedenfalls seien die Voraussetzungen des § 439 Abs. 3 S. 1 1. Alt BGB nicht erfüllt, zumal die Beklagte die Kosten der von ihr behaupteten Nachbesserungsmöglichkeit nicht substantiiert dargelegt habe. Darüber hinaus ergebe sich der Nachlieferungsanspruch auch aus §§ 311, 241 Abs. 2 BGB. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen bestünden auch die geltend gemachten Nebenforderungen.	71
	Der Kläger beantragt sinngemäß,	72
	das Urteil des Landgerichts Aachen vom 17.01.2019, 11 O 429/17, aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, wie in erster Instanz beantragt.	73
	Die Beklagte beantragt,	74
	die Berufung zurückzuweisen.	75
	Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.	76
	II.	77
	Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte, Berufung des Klägers hat in der Sache weitgehend Erfolg. Der geltend gemachte Anspruch auf Nachlieferung ist zulässig	78

und begründet. Auch besteht ein Anspruch auf Feststellung, dass die Beklagte sich in Annahmeverzug befindet. Der Anspruch auf Freistellung von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten ist indes nur in Höhe von 1.100,51 € begründet. Im Einzelnen:

1. Die Klage ist zulässig. Insbesondere ist der Klageantrag Ziffer 1 nicht bereits aufgrund fehlender Bestimmtheit unzulässig (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). 79

Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Klageantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was der Kläger fordert, dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (vgl. BGH, Urteil vom 02.03.2017 – I ZR 194/15, GRUR 2017, 537 – Konsumgetreide; OLG Stuttgart, Urteil vom 29.07.2019 – 5 U 45/18, WM 2019, 2085, jeweils mwN). 80

Nach diesen Grundsätzen ist der Klageantrag hinreichend bestimmt. Der Kläger zählt die einzelnen Merkmale auf, die das von ihm als Nachlieferung geforderte Fahrzeug aufweisen muss. Daher kann die Beklagte aus der Aufzählung hinreichend genau erkennen, welche Merkmale das von ihr zu beschaffende Ersatzfahrzeug aufweisen muss. Aus dem Antrag wird auch deutlich, dass der Kläger ein Fahrzeug der aktuell produzierten Generation begehrt (vgl. BGH, Urteil vom 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133). 81

2. Der Senat geht – wie der Bundesgerichtshof im Hinweisbeschluss vom 08.01.2019 (NJW 2019, 1133) – davon aus, dass bei einem Dieselmotor der Baureihe EA 189 aufgrund der Software zur Reduzierung des Stickoxidausstoßes auf dem Prüfstand ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB vorliegt (vgl. auch OLG Stuttgart, WM 2019, 2085). Das vom Kläger am 29.04.2009 verbindlich bestellte und am 09.09.2009 ausgelieferte und übereignete Fahrzeug VW Golf wies eine entsprechende unzulässige Abschalteneinrichtung auf (vgl. BGH, NJW 2019, 1133). 82

Ansprüche aus dem Sachmängelgewährleistungsrecht sind vorliegend nicht aufgrund der möglicherweise anzunehmenden Verjährung mit einer Einrede behaftet. Zum einen hat die Beklagte diese Einrede in Bezug auf die Gewährleistungsrechte wegen der Abschalteneinrichtung nicht geltend gemacht. Zum anderen hat die Beklagte ausdrücklich bis zum 31.12.2017 auf die Erhebung der Einrede der Verjährung verzichtet, auch soweit bereits verjährte Ansprüche betroffen waren, und die Klage ist vor diesem Zeitpunkt eingegangen. 83

3. Gemäß § 437 Nr. 1, § 439 BGB hat der Kläger bei Vorliegen eines Mangels die Wahl, ob er von der Beklagten Nacherfüllung in Form der Lieferung eines mangelfreien Fahrzeugs verlangt oder er Nachbesserung begehrt. Der Kläger hat mit anwaltlichem Schreiben vom 31.07.2017 Nachlieferung begehrt und ausdrücklich ausgeführt, dass er von seinem Wahlrecht in dieser Form Gebrauch mache. 84

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Nachlieferung nicht ausgeschlossen, weil der Kläger im Jahr 2009 ein Modell erworben hat, das die Beklagte in der damaligen Form nicht mehr beschaffen kann, weil eine neue Modellgeneration produziert wird. Zu dieser Frage hat der Bundesgerichtshof (NJW 2019, 1133) in einem vergleichbaren Fall folgendes ausgeführt: 85

„2. Nach vorläufiger Einschätzung des Senats könnte die Auffassung des Berufungsgerichts von Rechtsfehlern beeinflusst sein, dem Kläger stehe ein Anspruch auf Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache (§ 437 Nr. 1, § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB) deshalb nicht zu, weil Fahrzeugmodelle der ersten Generation des VW Tiguan nicht mehr hergestellt 86

würden, so dass die von der Beklagten geforderte Leistung unmöglich sei (§ 275 Abs. 1 BGB) und der Kläger die Lieferung eines VW Tiguan der seit dem Jahr 2016 hergestellten zweiten Generation nicht beantragt habe (§ 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

a) Das Berufungsgericht hat unter anderem angenommen, dem geltend gemachten Anspruch auf Ersatzlieferung eines mangelfreien Neufahrzeugs stehe entgegen, dass die verlangte Leistung unmöglich sei (§ 275 Abs. 1 BGB). Maßgeblich sei insoweit, ob der Verkäufer eine gleichartige und gleichwertige Sache beschaffen könne. Dies sei hier nicht der Fall, weil der Kläger ein Fahrzeugmodell der ersten Generation des VW Tiguan erworben habe, solche Fahrzeuge jedoch seit dem Jahr 2016 nicht mehr hergestellt würden. Ein VW Tiguan der nunmehr produzierten zweiten Generation stelle - so das Berufungsgericht - keine gleichartige und gleichwertige Sache dar, weil ein solches Fahrzeug eine andere Motorisierung aufweise, nämlich 110 kW (150 PS) statt 103 kW (140 PS). Die Höchstgeschwindigkeit betrage nunmehr 202-204 km/h anstelle von 182-193 km/h. Außerdem seien die Fahrzeuge der zweiten Modellgeneration um 6 cm länger und der Radstand um 8 cm breiter. 87

aa) Im Anschluss an die Entscheidung des Berufungsgerichts haben auch andere Oberlandesgerichte auf den Gesichtspunkt einer leistungsstärkeren Motorisierung im Zuge eines Modellwechsels oder auf die Zertifizierung für eine höhere Abgasnorm abgestellt und gemeint, vornehmlich diese Umstände stünden einem Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung eines Fahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion entgegen (OLG Köln, Beschluss vom 6. März 2018 - 16 U 110/07, juris Rn. 9; OLG München, Beschluss vom 2. Juli 2018 - 8 U 1710/17, juris Rn. 27; OLG Jena, NZV 2018, 571 f.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 9. November 2018 - 22 U 2/18, BeckRS 2018, 29177 Rn. 55; OLG Hamburg, Urteil vom 21. Dezember 2018 - 11 U 55/18, juris Rn. 46 ff.; siehe auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 6. Dezember 2018 - 17 U 4/18, juris Rn. 30). 88

Nach einer anderen in der Instanzrechtsprechung vertretenen Ansicht sei auch nach einem Modellwechsel ein Anspruch des Käufers eines mangelhaften Neufahrzeugs gegen den Verkäufer auf Lieferung eines mangelfreien fabrikneuen und typengleichen, entsprechend ausgestatteten Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers nicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen (siehe nur LG Hamburg, Urteil vom 20. April 2018 - 313 O 31/17, juris Rn. 29 ff.; LG Hamburg, DAR 2018, 273, 274, 276 f.; LG Ravensburg, Urteil vom 6. März 2018 - 2 O 96/17, juris Rn. 49; [LG Offenburg, VuR 2017, 269](#), 271). 89

bb) Der Senat tendiert zu der letztgenannten Auffassung. 90

Das Berufungsgericht dürfte bei der Beurteilung der hier maßgeblichen Frage, ob der Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung eines mangelfreien Neufahrzeugs gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB grundsätzlich auch ein Fahrzeug der aktuellen Serienproduktion erfassen kann, sofern das bei Vertragsabschluss maßgebliche Modell nicht mehr produziert wird und weder vom Verkäufer noch von einem Dritten beschafft werden kann, die Bedeutung der interessengerechten Auslegung der Willenserklärungen der Kaufvertragsparteien (§§ 133, 157 BGB) nicht hinreichend in den Blick genommen haben. 91

Ob eine Ersatzlieferung in Betracht kommt, ist, wie der Senat bereits entschieden hat, nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss zu beurteilen (§§ 133, 157 BGB; Senatsurteil vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 Rn. 23). Eine dahingehende Ermittlung und Auslegung des Willens der Vertragsparteien hat das Berufungsgericht aber unterlassen. Dies dürfte vom Senat nachzuholen sein, da die hierfür maßgeblichen Umstände bei vorläufiger Bewertung festgestellt und weitere 92

Feststellungen nicht zu erwarten sind.

(1) Im Ausgangspunkt dürfte dabei zu berücksichtigen sein, dass es sich beim Kauf eines Neufahrzeugs zwar regelmäßig - ohne anderslautende Vereinbarung der Vertragsparteien - um eine Gattungsschuld (§ 243 Abs. 1 BGB) handelt (Senatsurteil vom 17. Oktober 2018 - VIII ZR 212/17, NJW 2019, 80 Rn. 20 [zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt]). Bei der hier eröffneten Frage, ob die vom Käufer nach Maßgabe des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB begehrte Ersatzlieferung unmöglich ist, dürfte aber die Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf nicht maßgeblich sein, denn im Rahmen der Nacherfüllung hat der Gesetzgeber des am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BGBl. I S. 3138) diese Unterscheidung ausdrücklich als verzichtbar angesehen (BT-Drucks. 14/6040, S. 230 [zu § 439 BGB]; siehe auch S. 94). Demgemäß ist nach dem Wortlaut des § 439 BGB weder hinsichtlich der Nachbesserung noch hinsichtlich der Ersatzlieferung maßgebend, ob ein Stückkauf oder ein Gattungskauf vorliegt (Senatsurteil vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05, aaO Rn. 20). Vielmehr dürfte bei der vom Schuldner vertraglich übernommenen Beschaffungspflicht anzusetzen sein (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 132; Senatsurteil vom 17. Oktober 2018 - VIII ZR 212/17, aaO), deren Inhalt und Reichweite durch interessengerechte Auslegung des Kaufvertrags zu bestimmen ist (§§ 133, 157 BGB).

93

(2) Bei der Bestimmung des Inhalts und der Reichweite der vertraglichen Beschaffungspflicht des Verkäufers dürfte zunächst dem aus den Gesetzesmaterialien hervorgehenden Vorrang des Anspruchs auf Nacherfüllung Rechnung zu tragen sein, der den §§ 437 ff. BGB zugrunde liegt und der einerseits dem Käufer das gewähren will, was dieser vertraglich zu beanspruchen hat, und andererseits dem Verkäufer eine letzte Chance einräumen will, den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 93 ff., 220 f., 230; Senatsurteile vom 23. Februar 2005 - VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219, 226 f.; vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05, aaO Rn. 19). Diese gesetzliche Wertung könnte das Berufungsgericht hinsichtlich des hier in Rede stehenden Nachlieferungsverlangens nicht hinreichend berücksichtigt und auf diese Weise vorschnell auf § 275 Abs. 1 BGB zurückgegriffen haben.

94

(3) Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Pflicht des Verkäufers zur Ersatzbeschaffung nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, gleichartige und gleichwertige Sachen erfasst, denn der Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung richtet sich darauf, dass anstelle der ursprünglich gelieferten mangelhaften Kaufsache nunmehr eine mangelfreie, im Übrigen aber gleichartige und - funktionell sowie vertragsmäßig - gleichwertige Sache zu liefern ist (vgl. Senatsurteile vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05, aaO Rn. 17 f., 23; vom 15. Juli 2008 - VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 18; vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 24; vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, aaO Rn. 41). Die Ersatzbeschaffung ist damit nicht darauf beschränkt, eine mangelfreie, im Übrigen aber mit dem Kaufgegenstand identische Sache zu liefern.

95

Für die Frage, ob ein Mangel durch eine gleichartige und gleichwertige Ersatzleistung behoben werden kann, dürfte es somit darauf ankommen, ob die Vertragsbeteiligten die konkrete Leistung nach dem Vertragszweck und ihrem erkennbaren Willen als austauschbar angesehen haben (BGH, Urteil vom 21. November 2017 - X ZR 111/16, NJW 2018, 789 Rn. 8, unter Hinweis auf das Senatsurteil vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05, aaO).

96

(a) Dabei dürfte zu beachten sein, dass beim Kauf eines Neufahrzeugs mit der Produktion und dem Markteintritt eines Nachfolgemodells typischerweise zu rechnen ist. Den Parteien, namentlich dem Fahrzeughändler, ist bei Abschluss des Kaufvertrags in der Regel bewusst,

97

dass der Fahrzeughersteller nach gewisser Zeit einen Modellwechsel vornehmen kann und das bisherige Modell nicht mehr produziert. Am Markt tritt das Nachfolgemodell an die Stelle des nicht mehr aktuellen Vorgängermodells. Nachfolgemodelle sind dabei in der Regel in mancher Hinsicht fortentwickelt, sei es durch die Klassifikation nach neuen europäischen Abgasnormen und Änderungen der Motortechnik, durch Fortschritte bei Sicherheits- und Assistenzsystemen und entsprechenden umfangreicherem Einsatz von Steuerungssoftware, durch Änderung bei Abmessungen, Gewicht, Kraftstoffverbrauch und Formensprache oder etwa durch vermehrten Komfort. Auf diese Weise ersetzt das Nachfolgemodell am Markt seinen Vorgänger und tritt an dessen Stelle.

(b) Diese Gesichtspunkte dürften auch bei der Beurteilung der Austauschbarkeit der Leistung nach einem Modellwechsel Gewicht erlangen. Ein mehr oder weniger großer Änderungsumfang dürfte für die Interessenlage der Vertragsparteien, insbesondere des Verkäufers, in der Regel ohne Belang sein, zumal der Fahrzeughersteller technische oder andere Änderungen auch ohne äußerlich erkennbaren Modellwechsel vornehmen kann. Auch die in der Instanzrechtsprechung teilweise für maßgeblich erachtete Unterscheidung zwischen einem "facelift" und einem Modellwechsel (siehe etwa OLG Jena, aaO S. 572), dürfte insoweit nicht entscheidend sein. Vielmehr steht für den mit einem Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung konfrontierten Verkäufer eines Neuwagens nach einem Modellwechsel - sofern ein Neufahrzeug der nicht mehr aktuellen Modellreihe nicht mehr zu beschaffen ist - im Mittelpunkt, welche Ersatzbeschaffungskosten er für das Nachfolgemodell aufwenden müsste. Die Interessenlage des Verkäufers dürfte in dieser Lage nicht wesentlich anders zu beurteilen sein, als sei das zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages produzierte Modell noch lieferbar. 98

Die danach entscheidende Frage, ob die Kosten der Ersatzbeschaffung - nach dem Vortrag der Beklagten, auf den die Revision Bezug nimmt, hier 28.000 € netto abzüglich des Veräußerungserlöses für das vom Kläger erworbene Fahrzeug in Höhe von 19.330 € netto - im Einzelfall unverhältnismäßig sind und deshalb ein Beschaffungshindernis darstellen könnten, dürfte nicht anhand von § 275 Abs. 1 BGB zu beantworten sein. Denn für das Kaufrecht hat der Gesetzgeber diese Frage vornehmlich dem Anwendungsbereich des § 439 Abs. 4 BGB (beziehungsweise des hier in zeitlicher Hinsicht noch anwendbaren § 439 Abs. 3 BGB aF) zugewiesen (BT-Drucks. 14/6040, S. 232). Zu diesen Gesichtspunkten hat das Berufungsgericht - aus seiner Sicht folgerichtig - keine Feststellungen getroffen. 99

(c) Ausgehend von diesen vorläufigen Erwägungen des Senats dürfte das Berufungsgericht den Vorrang der Nacherfüllung nicht hinreichend beachtet haben, so dass dem Anspruch des Klägers auf die begehrte Ersatzlieferung nicht entgegenstehen dürfte, dass das nunmehr allein zur Verfügung stehende Nachfolgemodell technisch in verschiedener Hinsicht, unter anderem im Hinblick auf die vom Berufungsgericht in erster Linie genannte Motorisierung, Änderungen aufweist. 100

b) Vor dem beschriebenen (materiell-rechtlichen) Hintergrund erscheint ferner die Auffassung des Berufungsgerichts fraglich, der Kläger könne schon deshalb nicht Ersatzlieferung eines VW Tiguan der zweiten Generation verlangen, weil er einen dahingehenden Antrag nicht gestellt habe, so dass das Berufungsgericht zu einer entsprechenden Verurteilung nicht befugt gewesen sei (§ 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Denn das Prozessrecht soll das materielle Recht verwirklichen und nicht dessen Durchsetzung vermeidbar verhindern. Inhalt und die Reichweite des Klagebegehrens werden deshalb nicht nur durch den Wortlaut des gestellten Klageantrags bestimmt; vielmehr ist dieser unter Berücksichtigung der Klagebegründung auszulegen (Senatsurteile vom 21. März 2018 - VIII ZR 68/17, NJW 2018, 3448 Rn. 31 [zur 101

Veröffentlichung in BGHZ bestimmt]; VIII ZR 84/17, [WuM 2018, 278](#) Rn. 36; jeweils mwN).“

Diesen überzeugenden Ausführungen tritt der Senat – nach eigener Prüfung – bei. Daher kann auch im vorliegenden Fall nicht davon ausgegangen werden, dass der Anspruch auf Nachlieferung wegen fehlender Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit des nunmehr produzierten VW Golf im Vergleich zu der Version, die zum Zeitpunkt der Bestellung produziert wurde, gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist. Denn nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen ergibt eine interessengerechte Auslegung der Willenserklärungen der Parteien des Kaufvertrages nach §§ 133, 157 BGB – unter Berücksichtigung der weiteren Umstände des Vertragsschlusses – im vorliegenden Fall, dass nach dem Zweck des Kaufvertrages vom 29.04./15.05.2009 und dem Willen der Parteien das dem Kläger damals gelieferte Modell durch ein fabrikneues Fahrzeug der aktuellen Modellgeneration ersetzt werden können sollte. 102

Dabei stand die Markteinführung des Nachfolgemodells unmittelbar bevor. Dies ändert indes nichts daran, dass sich die Nachlieferungspflicht der Beklagten auf ein Modell der damals bestellten Generation beschränken würde. Wie das OLG Stuttgart mit Recht ausgeführt hat (WM 2019, 2085; aA OLG Koblenz, Urteil vom 09.09.2019 – 12 U 773/18, MDR 2019, 1446) wollte der Kläger – auch im vorliegenden Fall ein neuwertiges Fahrzeug mit umfangreichem Ausstattungspaket zu einem attraktiven Preis erwerben. Allein aufgrund der von der Beklagten im Einzelnen benannten Unterschiede sowie der weiteren Verbesserungen des Nachfolgemodells scheidet eine Austauschbarkeit nicht aus. 103

Soweit das neue Modell auf einem modularen Querbaukasten beruht, die Karosserieform sich änderte, der Motor, die Optik und die Abmessungen angepasst wurden, und auch die Ausstattung in zahlreichen weiteren Punkten eine andere ist, sieht der Verkehr und auch der Kläger das Fahrzeug weiterhin als das Nachfolgemodell an. Die im einzelnen u.a. im Schriftsatz der Beklagten vom 21.03.2018 auf S. 53 ff (Bl. 124 R ff. d.A.) aufgeführten Unterschiede der Modelle rechtfertigen nach Ansicht des Senats vor dem Hintergrund der Ausführungen des Bundesgerichtshofs (NJW 2019, 1133) auch im vorliegenden Fall keine andere Bewertung. 104

4. Die Beklagte kann die vom Kläger gewählte Nachlieferung nicht wegen unverhältnismäßigen Kosten nach § 439 Abs. 3 S. 1 BGB a.F. (§ 439 Abs. 4 S. 1 BGB n.F.) verweigern. 105

Nach § 439 Abs. 3 S. 1 BGB a.F. (die Vorschrift entspricht § 439 Abs. 4 S. 1 BGB n.F.) 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. 106

Die Beklagte hat die Prüfung der Unverhältnismäßigkeit erforderliche Einrede im vorliegenden Fall erhoben, so dass diese Frage zu prüfen ist. 107

Die Kosten für die Ersatzbeschaffung sind unverhältnismäßig in diesem Sinn, wenn die Mängelbeseitigung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist; dies kann sich aus dem Vergleich zur zweiten Nacherfüllungsmöglichkeit ergeben (relative Unverhältnismäßigkeit) oder daraus, dass die Mängelbeseitigung für sich allein betrachtet unverhältnismäßige Kosten verursacht (absolute Unverhältnismäßigkeit). 108

Die absolute Unverhältnismäßigkeit kommt bei einem Verbrauchsgüterkauf nicht zur Anwendung, weil die Verbrauchsgüterkauf-RL ein Recht des Verkäufers zur Verweigerung der vom Käufer verlangten Art der Nacherfüllung nur wegen Unmöglichkeit oder wegen 109

relativer, nicht aber wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit vorsieht (vgl. EuGH, Urteil vom 16.06.2011 – C-65/09, NJW 2011, 2269; Faust in BeckOK BGB, 53. Edition, Stand: 01.02.2020, § 475 Rn. 34). Dies ist für den Verkäufer auch keine unbillige Belastung, weil seine finanziellen Interessen durch die Verjährungsfrist von zwei Jahren hinreichend geschützt werden können (vgl. EuGH, NJW 2011, 2269). Soweit die Beklagte im vorliegenden Fall auf die Erhebung der Einrede der Verjährung verzichtet und darüber hinaus ausdrücklich erklärt hat, dass der Verzicht auch für bereits verjährte Ansprüche gelte, führt dies zu keiner anderen Bewertung.

Eine relative Unverhältnismäßigkeit – die im Grundsatz zu prüfen ist (vgl. BGH, NJW 2019, 1133) – hat die darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. Höpfner in BeckOGK, Stand: 01.01.2020, § 439 Rn. 141, mwN) nicht hinreichend dargelegt. Der Verkäufer muss in diesem Zusammenhang darlegen und beweisen, dass die vom Käufer nicht gewählte Art der Nachbesserung möglich ist und dabei keine erheblichen Nachteile für den Käufer eintreten. 110

Die Beklagte hat nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, dass die Mangelbeseitigung ohne Nachteile für den Kläger möglich ist. Hierzu hätte es nach Auffassung des Senats Ausführungen dazu bedurft, wie die Behebung des Mangels konkret erfolgen sollte. Die Beklagte beschränkt ihre Ausführungen aber im Wesentlichen darauf zu behaupten, der Mangel sei durch ein Softwareupdate und – bei bestimmten Motoren – den Einbau eines kleineren Bauteils zu beheben. Nachteilige Auswirkungen auf das Fahrzeug des Klägers wie etwa ein erhöhter Verbrauch, eine geringere Laufleistung, eine größere Lautstärke oder ähnliches seien mit der Nachbesserung nicht verbunden. Damit genügt die Beklagte ihrer Darlegungslast nicht. Vielmehr hätte die Beklagte – die als Verkäufer die Nachbesserung vornehmen muss – im Einzelnen darlegen müssen, aus welchem Grund durch ein Update allein der Software die Problematik hätte behoben werden können, ohne dass Nachteile für den Kläger entstehen. Die Funktionsweise der Software, insbesondere die Abweichungen zu der ursprünglich aufgespielten Software, wären darzulegen gewesen, weil nur so geprüft werden kann, ob Nachteile entstehen. Aus Sicht des Senats wäre es für einen Sachverständigen nicht möglich zu prüfen, ob die entsprechenden – vom Kläger behaupteten – Nachteile entstehen. Dies setzt denklogisch voraus, dass die Änderungen benannt werden (aA OLG Saarbrücken, Urteil vom 28.08.2019 – 2 U 92/18, NJW-RR 2020, 47). 111

Da die Frage der Möglichkeit der Nachbesserung zentrale Bedeutung für den Rechtsstreit hatte und von beiden Parteien umfangreich erörtert wurde, bedurfte es keines weiteren Hinweises. 112

5. Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass ihr ein Anspruch auf Erstattung eines Nutzungsersatzes zusteht. Der Ausschluss des Nutzungsersatzes bei der Nachlieferung im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 2 S. 1 BGB a.F., § 475 Abs. 3 S. 1 BGB n.F.) ist als gesetzgeberische Wertentscheidung nicht bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit für den Verkäufer zu berücksichtigen (BGH NJW 2019, 292 Rn. 51). Wie dargelegt werden die finanziellen Interessen der Beklagten durch die Vorschriften der Verjährung geschützt. Dies galt bereits – worauf es vorliegend nicht ankommt, weil der Kaufvertrag im Jahr 2009 geschlossen wurde – vor der Einführung des § 474 Abs. 2 S. 1 a.F. zum 16.12.2008 (vgl. EuGH, Urteil vom 17.04.2008 – C-404/06, NJW 2008, 1433 – Quelle). 113

6. Die Beklagte befindet sich mit der Rücknahme des Klägerfahrzeugs in Annahmeverzug nach §§ 293, 294 BGB. Ausreichend war insofern gemäß § 295 S. 1 BGB das wörtliche Rückgabeangebot des Klägers in dem Anwaltsschreiben vom 31.07.2017, weil die Beklagte nachfolgend seine Forderung der Nachlieferung gegen Rückgabe abgelehnt hat. 114

Der Kläger kann im Hinblick auf §§ 756, 765 ZPO die Feststellung des Annahmeverzugs bereits im Erkenntnisverfahren beanspruchen.

7. Der Kläger kann nach § 439 Abs. 2 BGB auch die Freistellung von den Anwaltskosten für die vorgerichtliche Geltendmachung des Nachlieferungsanspruchs verlangen, allerdings nur in Höhe von 1.100,51 €. Zu einer vergleichbaren Frage hat das OLG Stuttgart (WM 2019, 2085) folgendes ausgeführt: 116

Der Kläger kann nach § 439 Abs. 2 BGB auch die Freistellung von den Anwaltskosten für die vorgerichtliche Geltendmachung des Nachlieferungsanspruchs verlangen. § 439 Abs. 2 BGB 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 (BGH NJW 2019, 292 Rn. 86 ff.). Eine solche Gelegenheit wurde der Beklagten vorliegend zwar nicht gegeben, diese hat aber die Nachlieferung bis zuletzt verweigert. Angesichts der zahlreichen Rechtsfragen im Zusammenhang mit den „Dieselfällen“ durfte der Kläger sofort einen Anwalt beauftragen (OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 9788 Rn. 104). Erstattungsfähig (im Rahmen der Freistellung) ist allerdings nur ein Gebührensatz von 1,3 für die anwaltliche Geschäftsgebühr und nicht von 2,0. Der vorliegende Fall ist in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nach Umfang und Schwierigkeit im mittleren Bereich anzusiedeln, zumal davon auszugehen ist, dass der Klägervertreter bei Abfassung des Anwaltsschreibens bereits mit mehreren „Dieselfällen“ beauftragt war. Die Freistellung war auf eine Gebühr von 964,60 € zuzüglich Auslagenpauschale und Umsatzsteuer zu beschränken; in Bezug auf den weitergehenden Betrag war die Klage teilweise abzuweisen. 117

Dem tritt der Senat bei. Danach besteht ein Anspruch auf Freistellung in Höhe einer 1,3-fachen Gebühr aus einem Streitwert von 17.181,03 € (904,80 €) zuzüglich Unkostenpauschale (20 €) und Mehrwertsteuer, insgesamt 1.100,51 €. Im Übrigen war die Klage abzuweisen. 118

8. Die Kostenentscheidung beruht auf 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 119

9. Die Revision war gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2 ZPO zuzulassen. Die Sache hat grundsätzliche Bedeutung. Zum einen ist nicht hinreichend geklärt, ob eine Unverhältnismäßigkeit anzunehmen ist (vgl. OLG Stuttgart, WM 2019, 2085). Zum anderen erscheint es fraglich, ob der Beklagten aus anderen Gründen das Recht zustehen kann, die Nachlieferung zu verweigern (vgl. etwa BGH, Urteil vom 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073). 120

Berufungsstreitwert: 17.181,03 €. 121