

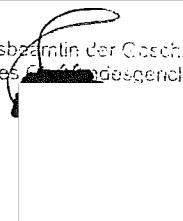
Aktenzeichen:
5 U 45/18
4 O 119/17 LG Ellwangen (Jagst)



Urkundsbeamte der Geschäftsstelle
des Oberlandesgerichts

Oberlandesgericht Stuttgart

5. ZIVILENAT



Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältin

gegen

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

wegen Neulieferung PKW Kaufrecht § 439 Abs. 1 BGB

hat das Oberlandesgericht Stuttgart - 5. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] und den Richter am Landgericht [REDACTED] aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19.07.2019 für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Ellwangen (Jagst) vom 01.02.2018, Az. 4 O 119/17, abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Das Versäumnisurteil des Landgerichts Ellwangen (Jagst) vom 23.11.2017, 4 O 119/17 wird aufgehoben.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein neues Fahrzeug Skoda Octavia Combi aus der aktuellen Produktion mit zumindest den folgenden technischen Merkmalen
 - Motorisierung: 2.0 TDI mit mindestens 81 kW
 - Außenfarbe: schwarz mit Perleffekt
 - Farbe des Interieurs: schwarz
 - Leichtmetallfelgen
 - Stahlreserverad
 - Fahrer- und abschaltbarer Beifahrerairbag
 - Seitenairbags vorn
 - Kopfairbags
 - Antiblockiersystem (ABS)
 - Motorschleppmomentregelung (MSR)
 - Antriebsschlupfregelung (ASR)
 - Bremsassistent
 - Elektronische Stabilisierungskontrolle (ESC)
 - Elektronische Differenzialsperre
 - Servolenkung
 - Höheneinstellbare Dreipunkt-Sicherheitsgurte vorn, mit Gurtstraffern
 - 3 Dreipunkt-Sicherheitsgurte hinten
 - Gurtanlegesignalisation
 - Kopfstützen vorn und hinten, höheneinstellbar
 - Isofix-Vorbereitung auf den äußeren Rücksitzen, inkl. Top-Tether
 - Sicherheitsleuchten in den Seitentüren vorn
 - Nebelscheinwerfer
 - Tagfahrlicht
 - Reifendrucküberwachung
 - Berganfahrrassistent
 - Zentralverriegelung mit Funkfernbedienung
 - Getönte Scheiben
 - Tickethalter an der Windschutzscheibe
 - Komfortblinken
 - Sonnenblende auf Fahrer- und Beifahrerseite mit Make-up-Spiegel

- 4 Dachhaltegriffe, hinten mit Kleiderhaken
- Verzurrösen im Kofferraum
- Vorbereitung zur Befestigung von Warndreieck und Verbandkasten im Kofferraum
- Anlagefächer vorne und im Kofferraum
- Becherhalter in der Mittelkonsole vorn
- Kleiderhaken an den B-Säulen
- Rücksitzlehne teil- und umklappbar
- Ablagefächer vorne und im Kofferraum
- Beleuchtetes Handschuhfach
- Elektrische Fensterheber vorn, inkl. Einklemmschutz
- Elektrische Fensterheber hinten, inkl. Einklemmschutz und Kindersicherung
- Klimaautomatik
- Beheizbare Vordersitze
- Parksensoren vorn und hinten
- Geschwindigkeitsregelanlage
- Sunset (Heckscheibe und hintere Seitenscheiben dunkel getönt)
- Mittelarmlehne vorn, mit Ablagefach
- Mittelarmlehne hinten mit Durchlademöglichkeit
- Brillenfach am Dachhimmel
- Automatische Innenspiegelabblendung, Fahrlichtassistent und Regensor
- Elektrisch anklappbarer sowie automatisch abblendbarer Außenspiegel inkl. Boarding-Spots
- Kofferraumabdeckung
- Gepäckhaken im Kofferraum
- Variabler Ladeboden im Kofferraum
- Lederlenkrad mit Multifunktionstasten
- Höheneinstellbarer Fahrer- und Beifahrersitz inkl. Lendenwirbelstützen
- Aschenbecher, Zigarettenanzünder vorn
- 12-V-Steckdose im Kofferraum
- Gepäcknetztrennwand
- Fußmatten
- Dachreling, schwarz
- Außenspiegel und Türgriffe in Wagenfarbe
- Elektrisch einstell- und beheizbare Außenspiegel mit integrierten Blinkleuchten
- Multifunktionsanzeige, Telefonfreisprecheinrichtung, Radiosystem mit 8 Lautsprechern

nachzuliefern Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs Skoda Octavia Combi FIN

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs Skoda Octavia Combi FIN in Verzug befindet.
 4. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.171,67 € freizustellen.
 5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.
- III. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen zu tragen mit Ausnahme der Kosten der Säumnis erster Instanz, die dem Kläger zur Last fallen.
- IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Hinsichtlich Ziff. I.2. darf die Beklagte die Vollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 22.000,00 € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 22.000,00 € leistet. Hinsichtlich Ziff. I.4 und Ziff. III darf der jeweilige Vollstreckungsschuldner die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils gegen ihn vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
- V. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf bis 30.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- Der Kläger möchte als kaufrechtliche Nacherfüllung die Neulieferung eines Skoda Octavia Combi aus der aktuellen Serienproduktion erreichen, weil das von ihm erworbene Fahrzeug aus der Vorserie vom so genannten Dieselskandal betroffen sei.

Der Kläger kaufte am 05.06.2013 bei dem beklagten Autohaus einen dort vorhandenen neuen Skoda Octavia Combi 2,0l TDI Best of, 81 kW zum Preis von 21.900,00 € (Anlage K1). Das Fahrzeug wurde dem Kläger am 14.06.2013 überlassen. Es handelte sich um ein Auslaufmodell mit einem umfangreichen Ausstattungspaket („Best of“). Zum Zeitpunkt des Kaufes war bereits das Nachfolgemodell verfügbar (III. Modellgeneration). Das vom Kläger erworbene Modell (II. Modellgeneration) wurde nur bis zum Februar 2013 produziert. Die aktuelle III. Modellgeneration des Fahrzeugs Skoda Octavia hat einen Euro 6-Diesel-Motor. Angeboten werden ein 1,6 l-Motor (85 kW) oder ein 2,0 l-Motor (110 kW oder 135 kW).

Das vom Kläger erworbene Fahrzeug verfügte über einen Dieselmotor EA 189 der Volkswagen AG (nachfolgend „VW“), der die Abgasnorm Euro 5 einhalten sollte (beim Nachfolgemodell: Motor EA 288). Die Motorsteuerungssoftware optimiert durch eine Steuerung der Abgasrückführung die Stickoxidwerte auf dem Prüfstand. Im normalen Fahrbetrieb auf der Straße sind die Emissionen erheblich höher. Nach Auffassung des Kraftfahrtbundesamtes (KBA) handelte es sich um eine unzulässige Abschalteinrichtung. Das KBA erließ am 15.10.2015 einen Bescheid, nach dem generelle Lösungen für die Mängelbehebung verbindlich aufzuzeigen seien (Anlage R2). Hierzu entwickelte VW als Motorenhersteller einen Maßnahmenplan, der unter anderem ein Software-Update für die Motorsteuerung vorsah. Die EG-Typengenehmigung für die Emissionsklasse „Euro 5“ besteht für das Fahrzeug nach wie vor.

Mit Anwaltsschreiben vom 25.01.2016 (Anlage K2) forderte der Kläger die Beklagte auf, ihm bis zum 07.03.2016 einen mangelfreien Neuwagen zu liefern. Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 29.01.2016 (Anlage K3) den Austausch des Fahrzeugs gegen ein nicht betroffenes Neufahrzeug ab und verwies auf die von VW entwickelte technischen Lösungen. Der Kläger wurde um Geduld und Verständnis gebeten. Eine Information über den Zeitplan und die erforderlichen Maßnahmen sollte erfolgen. Die für den Hersteller Skoda zuständige englische Aufsichtsbehörde Vehicle Certification Agency (VCA) gab am 10.06.2016 das Update für die Software unter anderem im Fahrzeugmodell des Klägers frei (Anlage B1,

Bl. 122). In der 32. Kalenderwoche 2016 (ab 08.08.2016) und in der 10. Kalenderwoche 2017 (ab 06.03.2017) wurde der Kläger über die Möglichkeit zur Durchführung des Updates von der Skoda Auto Deutschland GmbH informiert, der Kläger vereinbarte einen solchen Termin jedoch nicht. Mit Schreiben vom 29.10.2016 (Anlage R38, Bl. 131) informierte die Beklagte den Kläger über ein zwischenzeitlich erstelltes Software-Update und bat bis zur konkreten Durchführung der Maßnahmen um Geduld und Verständnis. Enthalten war in diesem Schreiben ein Verjährungsverzicht für – auch bereits verjährte – Ansprüche im Zusammenhang mit der Motor-Software bis zum 31.12.2017.

Die erstinstanzlich zunächst erhobene Einrede der Verjährung nahm die Beklagte im Hinblick auf ihr Schreiben vom 29.10.2016 (Anlage R38, Bl. 131) wieder zurück (Bl. 365a; aufrechterhalten wurde die Einrede jedoch im Hinblick auf CO2-Werte und Geräuschemissionen, Bl. 402 und Bl. 753).

Der Kläger hat vorgetragen, das von ihm erworbene Fahrzeug sei im aktuellen Zustand nicht gesetzeskonform und nicht zulassungsfähig. Die Abgasnorm Euro 5 werde nicht eingehalten. Es fehle die für die Zulassung relevante Gesetzeskonformität hinsichtlich der Schadstoffgrenzen. Das Fahrzeug sei aufgrund der Manipulation des Motors durch eine unzulässige Abschalteinrichtung mangelhaft. Der Kläger könne die Nachlieferung wie beantragt verlangen. Das Fahrzeug werde aktuell in nahezu identischer Ausstattung angeboten. Das Nachfolgemodell sei ein gleichartiges und gleichwertiges Ersatzfahrzeug. Neben Maßnahmen zur „Modellpflege“ sei ein Euro 6-Motor verbaut worden. Änderungen aus Gründen des technischen Fortschritts oder zur Erfüllung gesetzlicher Vorgaben seien nach dem Kaufvertrag im Interesse des Käufers zu berücksichtigen. Dies werde durch die Neuwagen-Verkaufsbedingungen bestätigt, in denen es einen Änderungsvorbehalt zu Gunsten des Herstellers gebe, der umgekehrt auch zu Gunsten des Käufers wirke.

Eine Nachbesserung sei dem Kläger wegen der Ungeeignetheit des Updates demgegenüber nicht zumutbar. Es sei davon auszugehen, dass durch das Software-Update eine Leistungsreduzierung, ein erhöhter Kraftstoffverbrauch, eine erhöhte Rußentwicklung entstünden – mit entsprechenden nachteiligen Folgen für das Fahrzeug. Eine Nachbesserung hinsichtlich des Makels als „Betrugsfahrzeug“ sei ohnehin nicht möglich.

Deswegen hat der Kläger erstinstanzlich im Wesentlichen verlangt, dass die Beklagte ein mangelfreies, fabrikneues, typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion liefere. Zunächst war dieser Antrag auf eine identische technische Ausstattung, später auf eine gleichartige und gleichwertige Ausstattung bezogen.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Das Fahrzeug sei nicht mangelhaft. Die verbaute Software stelle keine unzulässige Abschaltreinrichtung dar. Maßgeblich seien die Emissionswerte aus dem synthetischen Fahrzyklus unter Laborbedingungen. Jedenfalls könne der Motor durch das von den Aufsichtsbehörden gebilligte Update ohne Nachteile umprogrammiert werden. Die vom Kläger begehrte Nachlieferung sei unmöglich, weil das streitgegenständliche Fahrzeug schon seit Februar 2013 nicht mehr hergestellt werde. Das Nachfolgemodell unterscheide sich nach Baureihe, Typ, Karosserie und Motor fundamental von der Vorgängergeneration. Insbesondere basiere es – anders als das vom Kläger erworbene Modell – auf dem neuen modularen Querbaukasten des VW-Konzerns. Gerade auf Grund der höheren Motorisierung sei das Nachfolgemodell nicht gleichartig und gleichwertig. Auch die Ausstattung sei andersartig und höherwertig. Jedenfalls sei die Nachlieferung eines Neufahrzeugs insbesondere angesichts der damit für die Beklagte (als am „Abgasskandal“ unbeteiligtes Autohaus) verbundenen Kosten unverhältnismäßig (Ersatzbeschaffungskosten für das Neufahrzeug abzüglich Veräußerungswert des Altfahrzeugs: 16.609,00 €, Anlage B7 und Anlage B8; Kosten der Nachbesserung: unter 100,00 €, siehe Bl. 102 und Bl. 449 f.). Für den Fall der Annahme einer Nachlieferungspflicht sei der Kläger zum Nutzungsersatz verpflichtet.

Der Kläger versäumte den Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 23.11.2017, woraufhin ein klageabweisendes Versäumnisurteil erging (Bl. 478). Hiergegen legte der Kläger fristgerecht Einspruch ein. Das Landgericht verhandelte hierzu mündlich am 01.02.2018 (Bl. 507) und erließ das vorliegend angegriffene Urteil am Ende des Sitzungstages (Bl. 512).

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens und der Anträge der Parteien in 1. Instanz wird auf die Schriftsätze und auf die tatsächlichen Feststellungen im Urteil des Landgerichts Bezug genommen.

2. Das Landgericht hat mit Urteil vom 01.02.2018 das Versäumnisurteil aufrechterhalten und damit die Klage abgewiesen.

Der Anspruch auf Nachlieferung stehe dem Kläger nicht zu, weil die Nachlieferung gemäß § 275 BGB unmöglich sei. Dabei könne offenbleiben, ob das verkauftes Fahrzeug mangelhaft sei. Die im Kaufvertrag vereinbarte Gattung werde nicht mehr hergestellt. Die in der aktuellen Serienproduktion gefertigten Fahrzeuge gehörten im Hinblick auf die Abgasnorm (Euro 6) und die Motorleistung (mindestens 85 kW) nicht derselben Gattung an. Die Nachfolgegeneration sei damit nicht gleichartig und gleichwertig. Der Änderungsvorbehalt in den Neuwagen-Verkaufsbedingungen lasse Änderungen nur bis zur Auslieferung zu. Ob ein An-

spruch auf Nachbesserung bestehe, sei nicht entscheidungserheblich, weil der Kläger diese nicht verlangt habe. Eine vorvertragliche Haftung der Beklagten im Hinblick auf Verkaufsprospekte sei nicht gegeben, genauso wenig eine deliktische Haftung des beklagten Autohauses auf Lieferung eines Fahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion.

3. Gegen dieses Urteil richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung des Klägers; er verfolgt seinen erstinstanzlichen Antrag auf Lieferung eines Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion weiter – zuletzt unter Präzisierung der geforderten Ausstattungsmerkmale.

Das verkaufte Fahrzeug sei zum Zeitpunkt der Übergabe und zum Zeitpunkt des Nacherfüllungsverlangens infolge der Manipulationssoftware und angesichts des drohenden Verlusts der Zulassung mangelhaft gewesen, weshalb der Kläger die Nachlieferung habe verlangen können. Auf eine angeblich danach bestehende Nachbesserungsmöglichkeit komme es nicht an, zumal nachteilige Folgen durch das erst zum Sommer 2016 zur Verfügung stehende Update nicht ausgeschlossen werden könnten, weil dieses zur Nachbesserung schon technisch nicht geeignet sei. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei die Nachlieferung nicht unmöglich. Die vom Landgericht angenommene Gattungsänderung liege bei geringen Änderungen, wie des Wechsels zu Euro 6 und einer überschaubar höheren Motorleistung, nicht vor. Das Nachfolgemodell gehöre noch zu der zwischen den Parteien vereinbarten Gattung. Der Nachlieferungsanspruch decke sich mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch. Der Kaufvertrag habe sich nicht nur auf das konkret gelieferte Fahrzeug als Stückschuld in dem Sinne bezogen, dass der Kläger das Nachfolgemodell zu dem vereinbarten Preis nicht akzeptiert hätte. Alleine die Leistungssteigerung führe nicht zu einem Gattungswechsel.

Der Kläger beantragt in der Berufungsinstanz zuletzt:

1. Das Urteil des Landgerichts Ellwangen (Jagst) vom 01.02.2018, 4 O 119/17 wird aufgehoben und wie folgt abgeändert.
2. Das Versäumnisurteil des Landgerichts Ellwangen (Jagst) vom 23.11.2017, 4 O 119/17 wird aufgehoben.
3. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, an die Klägerpartei ein neues Fahrzeug Skoda Octavia Combi aus der aktuellen Produktion mit zumindest den folgenden technischen Merkmalen

– wie tenoriert –

nachzuliefern Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeug
Skoda Octavia Combi FIN!

4. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagtenpartei mit der Rücknahme des in Klageantrag Ziff. 1 genannten Fahrzeugs in Verzug befindet.
5. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, die Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltkosten in Höhe von 1.789,76 € freizustellen.

Die Beklagte beantragt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil.

Soweit der Kläger die Lieferung eines mangelfreien fabrikneuen typengleichen Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion gefordert habe, sei dies mangels Bestimmtheit unzulässig. Gleiches gelte für die Vorgabe, das Ersatzfahrzeug solle eine gleichartige und gleichwertige technische Ausstattung wie das erworbene Fahrzeug haben. Die im Laufe des Berufungsverfahrens vorgenommene Aufzählung von Einzelmerkmalen ändere hieran nichts, da das Nachfolgemodell in verschiedenen Ausstattungsvarianten verfügbar sei.

Ein Mangel des erworbenen Fahrzeugs liege nicht vor, weil sich das Fahrzeug uneingeschränkt für die vorgesehene Verwendung eigne, insbesondere über die erforderliche Typengenehmigung/Betriebserlaubnis verfüge. Das mit wenig Zeitaufwand zu installierende Update der Motorsteuerungssoftware funktioniere technisch einwandfrei und habe deshalb auch etwaige Bedenken der Aufsichtsbehörden ausgeräumt.

Der geltend gemachte Nachlieferungsanspruch bestehe nach der Reichweite der vertraglichen Vereinbarung nicht. Das seit mehreren Jahren nicht mehr produzierte Fahrzeug des Klägers und die zuletzt noch aktuelle Baureihe gehörten nicht derselben Gattung an. Die neue Modellreihe verfüge bei 2 l Hubraum mit 150 PS über einen 40 PS stärkeren Motor (bei gleichzeitig höherem Drehmoment und Automatikschaltung) und erfülle die Abgasnorm Euro 6, weshalb dieses Modell zu dem vom Kläger erworbenen Fahrzeug weder gleichartig noch gleichwertig sei. Insbesondere aufgrund der vertraglich vereinbarten Motorisierung sei

ein Fahrzeug mit einem anderen Motor und einer anderen Leistung nicht für eine Nachlieferung tauglich. Daneben sei das Nachfolgemodell – ausweislich des um mindestens 8.500,00 € höheren Listenpreises – auch in anderen Ausstattungsmerkmalen höherwertig (z.B. Design, Interieur, Abmessungen, Vernetzung), zumal die III. Modellgeneration im Herbst 2016 ein Facelift erhalten habe.

Ausgehend von dem vertraglich vereinbarten Äquivalenzverhältnis und dem Parteiwillen ergebe sich der Ausschluss der Nachlieferungspflicht vorliegend daraus, dass sich der Kläger bewusst für eine – preislich günstige und sofort lieferbare – Sonderedition des bereits zum Zeitpunkt des Kaufvertrags nicht mehr produzierten Vorgängermodells entschieden habe. Obwohl das teurere, technisch und optisch abweichende Nachfolgemodell bei Vertragschluss schon seit rund einem Jahr am Markt erhältlich gewesen sei, habe der Kläger gerade das preisgünstige und umfangreich ausgestattete Auslaufmodell als konkrete Stückschuld erworben. Auf Grund des Rabattes in Form des günstigen Preises bei umfangreicher Ausstattung sei auch die Beschaffungspflicht der Beklagten auf das bei Vertragsschluss bereitstehende Modell als Einzelstück beschränkt. Nur durch den bewussten Erwerb des Auslaufmodells habe der Kläger den günstigen Preis erzielen können. Für die Beklagte sei es auch darum gegangen, Platz für das Nachfolgemodell zu schaffen. Mit dem aktuellen fabrikneuen Modell würde der Kläger deutlich mehr erhalten, als vertraglich vereinbart, zumal 2016 die gesetzliche Gewährleistungsfrist für das erworbene Fahrzeug eigentlich bereits abgelaufen gewesen sei, was nur aufgrund des Verjährungsverzichts der Beklagten die Mängelrechte nicht von vornehmerein ausschließe. Eine Austauschbarkeit des Sonder-Auslaufmodells bestehet im Verhältnis zum fabrikneuen Nachfolgemodell damit nicht.

Jedenfalls sei die Nachlieferung mit unverhältnismäßig hohen Kosten für die Beklagte verbunden – gerade im Vergleich mit dem günstigen und technisch geeigneten Update. Im März 2016 habe sich der Ersatzbeschaffungsaufwand der Beklagten unter Abzug eines fiktiven Veräußerungserlöses für das Altfahrzeug auf 8.153,15 € belaufen (Bl. 978). Das Update sei dem Kläger bereits von Anfang an angeboten worden. Die Bitte um etwas Geduld Anfang 2016 sei unschädlich, da die baldige Verfügbarkeit des Updates absehbar gewesen sei. Die Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung zeige sich auch daran, dass der Kläger sein mehrere Jahre beanstandungslos gefahrene Altfahrzeug ohne die Zahlung von Nutzungsersatz gegen ein fabrikneues Modell austauschen wolle.

Wegen der Einzelheiten und wegen des weiteren Vortrags der Parteien in 2. Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze und auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 22.03.2019 (Bl. 948) und vom 19.07.2019 (Bl. 1016) Bezug genommen. Der Kläger hat in der ersten mündlichen Verhandlung ein Foto vorgelegt, das am 20.03.2019 einen Kilome-

terstand von 91.525 km zeigte (Bl. 952); das Fahrzeug sei im August 2018 abgemeldet worden. Der Senat hat den Parteien mit Beschluss vom 22.03.2019 rechtliche Hinweise erteilt (Bl. 955).

II.

Die zulässige Berufung hat ganz überwiegend Erfolg, nur die Rechtsanwaltskosten standen dem Kläger in geringerem Umfang zu. Auf den zulässigen Einspruch des Klägers hin hätte das Landgericht das Versäumnisurteil aufheben und der Klage weitgehend stattgeben müssen. Unter Berücksichtigung der rechtlichen Ausführungen des Bundesgerichtshofs aus dem Hinweisbeschluss vom 08.01.2019 (VIII ZR 225/17, NZV 2019, 244 ff.) kann der Kläger insbesondere die geltend gemachte Nachlieferung eines aktuellen Ersatzfahrzeugs gemäß §§ 437 Nr. 1, 434 Abs. 1, 439 Abs. 1 Var. 2 BGB verlangen.

Die zuletzt beantragte Nachlieferung beschreibt das vom Kläger als Nacherfüllung gewünschte Fahrzeug in nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmter Weise (nachfolgend 1.). Das vom Kläger erworbene Fahrzeug weist einen Sachmangel gemäß § 434 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB auf (nachfolgend 2.). Die Nachlieferung ist nicht deshalb nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, weil das vom Kläger erworbene Fahrzeug der II. Modellgeneration durch die III. Modellgeneration abgelöst wurde; unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessenlage bei Abschluss des Kaufvertrags ist auch die Lieferung des Nachfolgemodells ungeachtet der höherwertigen Ausstattung – insbesondere bei der Motorisierung – noch als von der vertraglichen Beschaffungspflicht der Beklagten umfasste Ersatzlieferung anzusehen (nachfolgend 3.). Die vom Kläger begehrte Nachlieferung ist nicht wegen Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen (nachfolgend 4.). Ausgehend hiervon befindet sich die Beklagte in Annahmeverzug, was das mangelhafte Fahrzeug angeht (nachfolgend 5.). Der Kläger kann auch gemäß § 439 Abs. 2 BGB Freistellung von den angefallenen Rechtsanwaltskosten verlangen, jedoch nur in Höhe einer 1,3 Gebühr (nachfolgend 6.).

1. Die Klage ist zulässig. Insbesondere ist sie hinsichtlich der Beschreibung des vom Kläger im Rahmen der Nachlieferung gewünschten Fahrzeugs hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.
 - a) Ein Klageantrag ist hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt, das Risiko eines

Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt (BGH NJW 1999, 954; BGH NJW 2016, 1094 Rn. 19).

- b) Unter Berücksichtigung der Klarstellung des Klägers in der mündlichen Verhandlung vom 22.03.2019 (Bl. 949), ihm sei die Getriebeart des nachzuliefernden Ersatzfahrzeugs gleichgültig, bestehen keine Bedenken gegen die Bestimmtheit des Klageantrags mit der Aufzählung der Merkmale des Ersatzfahrzeugs in der zuletzt beantragten Fassung. Die Aufzählung knüpft ersichtlich an die Merkmale des vom Kläger erworbenen Fahrzeugs an, wie sie in Anlage R1c beschrieben sind. Die Beklagte kann aus der Aufzählung hinreichend genau erkennen, welche Merkmale das von ihr zu beschaffende Ersatzfahrzeug aufweisen muss.
 - c) Soweit die Beklagte bezüglich einzelner Merkmale infolge etwaiger künftiger Anpassungen der Modellvarianten kein exakt dem Antrag entsprechendes Ersatzfahrzeug beim Hersteller erlangen können sollte, stellt dies keine Frage der Zulässigkeit dar, sondern betrifft die Vollstreckung des Urteils. Angesichts der dienenden Funktion des Prozessrechts (BGH NZV 2019, 244 Rn. 39) wäre die klägerische Begehr auch in solch einem Fall dergestalt zu berücksichtigen, dass es dem Kläger – ausweislich der zuvor gestellten und von der Beklagten als unbestimmt gerügten – Anträge in erster Linie auf ein gleichartiges und gleichwertiges Fahrzeug aus der aktuellen Produktion ankommt. Selbst wenn sich zum Vollstreckungszeitpunkt nicht alle tenorierten Merkmale beim Hersteller erfüllen lassen sollten, müsste sich die Beklagte jedenfalls um die Beschaffung eines den aufgeführten Kriterien möglichst nahekommenden Ersatzfahrzeugs bemühen.
2. Der Senat schließt sich den zutreffenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Hinweisbeschluss vom 08.01.2019 an, nach denen 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 zu bejahen ist. Auch das vom Kläger am 05.06.2013 gekaufte und ihm kurz danach übergebene Neufahrzeug wies bei Gefahrübergang einen Motor mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung auf, so dass angesichts der Gefährdung des weiteren (ungestörten) Betriebs dem Fahrzeug die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung fehlte (BGH NZV 2019, 244 Rn. 4 ff.; ebenso OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.05.2019, 13 U 144/17, BeckRS 2019, 9798 Rn. 42 ff.). Angesichts des von der Beklagten erklärten Verjährungsverzichts bis Ende 2017 und der Klageerhebung am 11.05.2017 standen dem Kläger die Mängelrechte nach § 437 BGB offen.

3. Der dem Kläger nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB zustehende Nacherfüllungsanspruch erlaubte ihm die Wahl, von der Beklagten die Lieferung eines mangelfreien Ersatzfahrzeugs zu verlangen. Der Kläger machte seinen Nachlieferungsanspruch mit Anwaltsschreiben vom 25.01.2016 geltend und forderte die Beklagte auf, ihm bis zum 07.03.2016 einen mangelfreien Neuwagen zu liefern. Diesem Anspruch auf Ersatzbeschaffung nach § 439 Abs. 1 Var. 2 BGB steht nicht entgegen, dass der Kläger im Jahr 2013 ein Auslaufmodell der II. Modellgeneration erwarb und im Rahmen der Nacherfüllung ein fabrikneues, typengleiches Ersatzfahrzeug der nachfolgenden III. Modellgeneration verlangte, die bereits zum Zeitpunkt des Kaufs und auch noch zum Zeitpunkt des Nacherfüllungsverlangens sowie bei Ablauf der hierzu gesetzten Frist als aktuelle Baureihe vertrieben wurde (unter anderem mit abweichender Motorisierung und mit Euro 6).
 - a) Das Landgericht hat hierzu angenommen, der Anspruch auf Nachlieferung sei wegen fehlender Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit der III. Modellgeneration im Vergleich zur II. Modellgeneration gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich. Diese Einschätzung entspricht nicht den – zeitlich nach dem landgerichtlichen Urteil ergangenen – Wertungen des Bundesgerichtshofs in dem Hinweisbeschluss vom 08.01.2019 (BGH NZV 2019, 244 Rn. 28 ff.). Ob eine Ersatzlieferung durch Lieferung eines Fahrzeugs der aktuellen Serienproduktion in Betracht kommt, ist bei einem Modellwechsel dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Parteien bei Vertragsschluss zu entnehmen; zu fragen ist, ob die Vertragsbeteiligten die konkrete Leistung nach dem Vertragszweck und ihrem erkennbaren Willen als austauschbar angesehen haben (BGH NZV 2019, 244 Rn. 30 und Rn. 34).
 - b) Ohne dass es auf die Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf ankäme (BGH NZV 2019, 244 Rn. 31), ist damit die Frage entscheidend, ob nach dem Willen der Vertragsparteien die vertragliche Beschaffungspflicht der Beklagten als Autohaus nur die ausgelaufene II. Modellreihe oder sogar nur das vom Kläger konkret erworbene Fahrzeug umfassen sollte, weil der Kläger zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwar ein Neufahrzeug erwarb, dieses aber schon damals der kurz zuvor abgelösten II. Modellgeneration angehörte. Wie der Bundesgerichtshof in dem bereits erwähnten Hinweisbeschluss festgestellt hat, sind Inhalt und Reichweite der vertraglichen Beschaffungspflicht des Verkäufers unter Berücksichtigung des Vorrangs des Anspruchs auf Nacherfüllung zu bestimmen, der einerseits dem Käufer das gewähren will, was dieser vertraglich zu beanspruchen hat, und andererseits dem Verkäufer eine letzte Chance einräumen will, die mit der Rückabwicklung des Vertrages verbundenen wirtschaftlichen Nachteile abzuwenden (BGH NZV 2019, 244 Rn. 32). Der Anspruch des Käufers auf

Ersatzlieferung richtet sich dabei auf eine mangelfreie, im Übrigen aber gleichartige und – funktionell sowie vertragsmäßig – gleichwertige Sache, nicht auf eine mangelfreie, im Übrigen aber mit dem Kaufgegenstand identische Sache (BGH NZV 2019, 244 Rn. 33). Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit der Ersatzleistung bestimmen sich danach, ob die Vertragsbeteiligten die konkrete Leistung nach dem Vertragszweck und ihrem erkennbaren Willen als austauschbar angesehen haben (BGH NZV 2019, 244 Rn. 34). Für den Kauf eines neuen Fahrzeugs hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass mit der Produktion und dem Markteintritt eines Nachfolgemodells typischerweise zu rechnen ist und dass am Markt das Nachfolgemodell an die Stelle des nicht mehr aktuellen Vorgängermodells tritt, selbst wenn das Nachfolgemodell in mancher Hinsicht fortentwickelt ist (BGH NZV 2019, 244 Rn. 35 unter Nennung der Kriterien Abgasklassifikation, Motortechnik, Sicherheits- und Assistenzsysteme, Steuerungssoftware, Änderungen bei Abmessungen, Gewicht, Kraftstoffverbrauch und Formensprache, vermehrter Komfort). Bei der Beurteilung der Austauschbarkeit der Leistung nach einem Modellwechsel ist ein „mehr oder weniger großer Änderungsumfang“ für die Interessenlage der Vertragsparteien, insbesondere des Verkäufers, in der Regel ohne Belang; für den Verkäufer steht insofern nämlich im Mittelpunkt, welche Ersatzbeschaffungskosten er für das Nachfolgemodell aufwenden muss, so dass seine Interessenlage nicht wesentlich anders zu beurteilen ist, als sei das zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrags produzierte Modell noch lieferbar (BGH NZV 2019, 244 Rn. 36). Diesem rechtlichen Maßstab schließt sich der Senat an.

- c) Ausgehend von diesen Grundsätzen ergibt eine interessengerechte Auslegung der Willenserklärungen der Kaufvertragsparteien nach §§ 133, 157 BGB im vorliegenden Fall, dass nach dem Zweck des Kaufvertrages vom 05.06.2013 und dem Willen der Parteien das dem Kläger damals verkaufte Auslaufmodell der II. Modellgeneration durch ein fabrikneues Fahrzeug der III. Modellgeneration mit besserer Motorleistung und höherwertiger Ausstattung ersetzt werden können sollte.
 - aa) Zutreffend ist im Ausgangspunkt der Hinweis der Beklagten, dass anders als im Fall, der Gegenstand des Hinweisbeschlusses des Bundesgerichtshofs war, vorliegend nicht ein fabrikneues Fahrzeug der damals aktuellen Modellgeneration verkauft wurde, sondern ein neuwertiges, nicht vorbenutztes Fahrzeug einer bereits ausgelaufenen Modellgeneration. Anders als im Fall des Bundesgerichtshofs war damit mit dem Markteintritt des Nachfolgemodells nicht nur typischerweise zu rechnen (BGH NZV 2019, 244 Rn. 35), sondern dieser Markteintritt und der damit einhergehende sukzessive Marktaustritt des Vorgängermodells hatte sich zum Zeitpunkt des vorliegend zu beurteilenden Kaufvertrags bereits realisiert.

bb) Entgegen der Auffassung der Beklagten folgt daraus jedoch nicht, dass sich ihre Beschaffungspflicht auf das veräußerte Modell Skoda Octavia Combi 2,0l TDI Best of, 81 kW oder gar auf das konkrete Fahrzeug beschränken würde. Richtig ist, dass sich der Kläger vorliegend bewusst für das Auslaufmodell entschieden hat. Nach dem insofern im Kern übereinstimmenden Parteivortrag standen bei der Auswahl des Auslaufmodells für den Kläger vor allem Preiserwägungen im Vordergrund. Der Kläger wollte ein neuwertiges Fahrzeug mit umfangreichem Ausstattungspaket zu einem attraktiven Preis erwerben. Einer Vernehmung des von der Beklagten benannten Verkaufsmitarbeiters als Zeugen bedurfte es für die Feststellung dieser Interessenlage nicht. Umgekehrt diente für die Beklagte das Angebot einer „Best of“-Ausstattung zu einem günstigen Preis dazu, bereits produzierte Fahrzeuge aus der früheren Modellgeneration noch am Markt abzusetzen. Die Beklagte konnte die für sie maßgebliche Händlerspanne zwischen Einkaufspreis beim Hersteller und Verkaufspreis an den Kunden auch bei dem Verkauf eines Auslaufmodells als Neuwagen erzielen. Umgekehrt ergibt sich aus dem Beklagtenvortrag nicht, dass es dem Kläger gerade auf den Erwerb der II. Modellgeneration und nicht der III. Modellgeneration aus anderen Gründen als Preis und Verfügbarkeit ankam, beispielsweise, weil er das Design der Vorgängerbaureihe oder deren Funktionen gegenüber dem Nachfolgemodell bevorzugte. Eine solche bewusste Entscheidung für das Vormodell ist etwa denkbar, wenn ein Hersteller ein klassisches Design aufgibt oder Funktionen anpasst (aus einem echten Geländewagen wird ein Sport Utility Vehicle). Für solche oder ähnliche Erwägungen des Klägers ist vorliegend nichts ersichtlich. Vielmehr ging es ihm – wie von der Beklagten erkannt – um die Erzielung eines angesichts des Modellwechsels erzielbaren Preisvorteils für ein Fahrzeug mit umfangreicher Ausstattung. Um dieses Ziel zu erreichen, entschied sich der Kläger für das Auslaufmodell – nicht, weil er das Nachfolgemodell aus anderen Gründen nicht wollte. Vor diesem Hintergrund ist nicht erkennbar, dass der Kläger bei gleichbleibendem Hubraum eine um 40 PS höhere Leistung nicht akzeptiert hätte. In der mündlichen Verhandlung hat der Kläger zudem klargestellt, dass die Getriebeart des Ersatzfahrzeugs für ihn unerheblich sei. Allein auf Grund dieser Unterschiede sowie der weiteren von der Beklagten genannten Verbesserungen des Nachfolgemodells scheidet damit eine Austauschbarkeit nicht aus. Um die von der Beklagten angesprochene, unzweifelhaft unzulässige Ersetzung eines verkauften aktuellen (fabrikneuen) Modells durch ein Auslaufmodell geht es nicht; die Frage der Austauschbarkeit im vorliegenden Fall und auch im Fall des Bundesgerichtshofs betrifft jeweils die Frage, ob ein nicht mehr lieferbares Modell durch ein besseres neues Modell ersetzt werden kann. Auch der

Änderungsvorbehalt in den Neuwagen-Verkaufsbedingen ist für den Nachlieferungsanspruch nicht einschlägig, da es um den Zeitraum nach Auslieferung des Erstfahrzeugs geht.

- cc) Verfolgte der Kläger beim Erwerb des Neuwagens als Auslaufmodell in erster Linie preisliche Erwägungen, kann auch aus Verkäufersicht nicht angenommen werden, die Beschaffungspflicht des Verkäufers sei im Falle der Nacherfüllung nur auf das tatsächlich verkaufte Auslaufmodell beschränkt. Vielmehr lässt sich auf eine solche Konstellation des Erwerbs eines Auslaufmodells der vom Bundesgerichtshof aufgestellte Grundsatz zur Austauschbarkeit übertragen, das Nachfolgemodell ersetze am Markt seinen Vorgänger und trete an dessen Stelle (BGH NZV 2019, 244 Rn. 35; ebenso OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 9798 Rn. 52). Zutreffend ist insoweit noch der Hinweis der Beklagten, mit Vorstellung des Nachfolgemodells am Markt sei das Vorgängermodell nur noch gegen Preisabschläge veräußerbar (Bl. 974). Mit dieser preislichen Attraktivität erschließen sich Hersteller und Autohaus gleichzeitig aber Käufergruppen, die zum Erwerb des teureren Nachfolgemodells nicht bereit wären. Dabei kann offenbleiben, ob das Auslaufmodell aus einer Überproduktion stammt oder während der Umstellungszeit noch produziert wurde, um einen Leerlauf der Produktionskapazitäten zu vermeiden. Entscheidend ist allein, dass am Markt ein nicht fabrikneues (im Sinne von aus der aktuellen Produktion stammend), dennoch neuwertiges Fahrzeug zu günstigen Konditionen angeboten wird, wovon Hersteller und Autohaus genauso profitieren, wie der Kunde es tut. Verlangt der Erwerber eines mangelhaften Auslaufmodells später die Nachlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs betrifft die dann nicht mehr gegebene Lieferbarkeit des alten Modells in erster Linie die Risikosphäre von Autohaus und Hersteller, denen bewusst sein musste, dass der Kunde für den Fall des Auftretens eines Mangels innerhalb der Gewährleistungsfrist nach § 439 Abs. 1 BGB auch die Lieferung eines mangelfreien Neufahrzeugs verlangen kann. Genauso wie der Kunde weiß, dass er ein Neufahrzeug, aber nicht das aktuell am Markt verfügbare Modell erwirbt, ist der Verkäuferseite klar, dass durch den Modellwechsel der von Gesetzes wegen bestehende Nachlieferungsanspruch für den Fall eines Sachmangels möglicherweise nur durch das Nachfolgemodell erfüllt werden kann. Aus diesem Grund trifft auch für die Veräußerung eines (mangelhaften) Auslaufmodells die Aussage des Bundesgerichtshofs zu, für den Verkäufer steht bei Modellwechseln im Mittelpunkt, welche Ersatzbeschaffungskosten er aufwenden muss (BGH NZV 2019, 244 Rn. 36 f.; OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 9798 Rn. 59 f.). Die Höhe dieser Kosten betrifft nur die Frage einer etwaigen Unverhältnismäßigkeit nach § 439 Abs. 3 BGB a.F. (§ 439 Abs. 4 BGB n.F.).

- dd) Im Ergebnis ging es daher aus Sicht des Klägers bei dem Abschluss des Kaufvertrags am 05.06.2013 maßgeblich und für die Beklagte erkennbar in erster Linie um den Erwerb eines möglichst preisgünstigen Neuwagens mit guter Ausstattung, auch wenn dieser der gerade abgelösten Modellreihe angehörte. Diesem vertraglichen Ziel würde bei einer Nachlieferung des aktuellen Modells erst recht entsprochen. Es ist nicht zu beanstanden, dass der Käufer im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten das für ihn finanziell beste Ergebnis anstrebt. Umgekehrt muss es die Verkäuferseite grundsätzlich hinnehmen, dass der Kläger von den Verbesserungen einer neuen Modellreihe profitiert. Dieser Vorteil steht dem Kläger nur für den Fall der Mangelhaftigkeit des Auslaufmodells und in den Grenzen des Verjährungsrechts zu. Der Beklagte hätte es freigestanden, sich gegenüber dem Nachlieferungsverlangen Anfang 2016 auf die Einrede der Verjährung zu berufen – sie hat aber im Oktober 2016 einen weitreichenden Verjährungsverzicht auch in Bezug auf die eigentlich bereits verjährten Ansprüche des Klägers erklärt. Sofern das verkauft Modell zum Zeitpunkt des Nachlieferungsverlangens nicht mehr lieferbar ist, tritt nach den geschilderten Wertungen des Bundesgerichtshofs das Nachfolgemodell an seine Stelle. Demgegenüber wirkt es sich auf das Bestehen dieses Anspruchs nicht aus, ob zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses ein – aus Preisgründen erworbene – neuwertiges Auslaufmodell oder ein fabrikneues Fahrzeug der aktuellen Modellgeneration verkauft wurde. Die Sichtweise der Beklagten würde demgegenüber das Wahlrecht des Käufers zur Nacherfüllung bei neuwertigen Gegenständen, die am Markt durch ein Nachfolgeprodukt des gleichen Herstellers ersetzt wurden, beschränken. Eine solche Beschränkung findet sich weder im Wortlaut von § 439 Abs. 1 BGB, noch entspricht sie dem Sinn und Zweck der Vorschrift, dem Käufer eine neuwertige mangelfreie Kaufsache zur Verfügung zu stellen.
- ee) Vom Nacherfüllungsanspruch des Käufers ist es gedeckt, dass der Kläger für die Nachlieferung einen Hubraum von 2,0 l mit mindestens 81 kW in Anknüpfung an das von ihm erworbene Fahrzeug fordert. Der Kläger muss sich nicht auf das Modell mit 1,6 l Hubraum und 85 kW verweisen lassen, da dieses im Hinblick auf den Hubraum eine Verschlechterung zu dem erworbenen Vorfahrzeug bedeuten würde, auch wenn die Leistung des 1,6 l-Motors näher an dem erworbenen Fahrzeug liegt als bei dem neuen 2,0 l-Modell. Der Hubraum steht insoweit gleichrangig neben der Motorleistung. Bei keiner der Motoreigenschaften muss sich der Kläger auf eine Verschlechterung zum Ausgleich für eine Verbesserung bei einem anderen Kriterium einlassen.

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.
 - a) Die Ersatzbeschaffungskosten für den Verkäufer sind ein Kriterium für die Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung (BGH NZV 2019, 244 Rn. 37). Voraussetzung für die von dem Verkäufer nach § 439 Abs. 3 S. 3 BGB a.F. (§ 439 Abs. 4 S. 3 BGB n.F.) zu erhebende Einrede ist, dass die Mängelbeseitigung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist; dies kann sich aus dem Vergleich zur zweiten Nacherfüllungsmöglichkeit ergeben (relative Unverhältnismäßigkeit, siehe § 439 Abs. 3 S. 2 Fall 3 BGB a.F., § 439 Abs. 4 S. 2 Fall 3 BGB n.F.) oder daraus, dass die Mängelbeseitigung für sich allein betrachtet unverhältnismäßige Kosten verursacht (absolute Unverhältnismäßigkeit, siehe § 439 Abs. 3 S. 3, 2. HS BGB a.F., § 439 Abs. 4 S. 3, 2. HS BGB n.F. sowie § 440 S. 1 BGB); ist nur eine Art der Nacherfüllung möglich, kommt nur absolute Unverhältnismäßigkeit in Betracht (zu diesen Kategorien: BGH NJW 2015, 468 Rn. 39). Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf den Zeitpunkt der Ablauf der gesetzten Nacherfüllungsfrist abzustellen, das heißt vorliegend auf den 07.03.2016 (BGH, Urteil vom 24.10.2018, VIII ZR 66/17, NJW 2019, 292 Rn. 72). Dieser Zeitpunkt ist nicht nur für die Frage einer unangemessenen Belastung des Verkäufers durch die gewählte Art der Nacherfüllung maßgeblich, sondern auch für die damit verbundene Vorfrage, ob überhaupt eine zuverlässige, vollständige und nachhaltige Mängelbeseitigung möglich ist (OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 9798 Rn. 72 ff.). Im März 2016 stand jedenfalls noch nicht das Update in behördlich freigegebener Form zur Verfügung. Das Update wurde erst am 10.06.2016 durch die britische Aufsichtsbehörde VCA freigegeben. Ungeachtet der Frage nach der technischen Eignung des Updates konnte es damit im März 2016 noch nicht installiert werden – geschweige denn bot die Beklagte dem Kläger eine solche Maßnahme damals konkret an.
 - b) Der damalige vage Hinweis der Beklagten auf eine künftige Installation zu einem späteren unbestimmten Zeitpunkt reichte nicht aus, um den für die Beurteilung nach § 439 Abs. 3 BGB a.F. maßgeblichen Zeitpunkt ausnahmsweise nach hinten zu verschieben. Zwar kann dem Käufer über den maßgeblichen Zeitpunkt hinaus nach Treu und Glauben im Einzelfall eine gewisse Wartezeit bei absehbarer Behebung des Mangels durch Nachbesserung zumutbar sein (OLG Stuttgart, Urteil vom 17.04.2012, 6 U 178/10, juris, Rn. 46). In dem Schreiben der Beklagten an den Kläger vom Januar 2016 fanden sich aber keine konkreten Zeitangaben, sondern er wurde um Geduld gebeten. Wann das Update freigegeben werden würde, war für ihn nicht ersichtlich. Insbesondere stand

dessen Freigabe auch nicht unmittelbar bevor, wie der Ablauf von weiteren drei Monaten bis zur Freigabe durch die VCA zeigte. Bis zur Mitteilung an den Kläger, er könne das Update aufspielen lassen, sind dann weitere zwei Monate vergangen, wobei unklar ist, wann der Kläger einen Werkstatttermin bekommen hätte. Jedenfalls bei solchen mehrmonatigen Zeiträumen war dem Kläger keine Wartezeit zur Ausübung seines gesetzlichen Nachlieferungsanspruchs zumutbar.

- c) Ist damit der 07.03.2016 das für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit maßgebliche Datum, stellt sich die Frage nach der relativen Unverhältnismäßigkeit der Ersatzbeschaffungskosten im Verhältnis zu den Kosten der Nachbesserung durch das Update – dessen technische Eignung unterstellt – schon im Ausgangspunkt nicht (ebenso OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 9798 Rn. 75). Mangels Verfügbarkeit des Updates war die Nachlieferung die einzige mögliche Nacherfüllungsart. Angesichts dessen kann sich die Beklagte im vorliegenden Fall von vorneherein auch nicht auf die absolute Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung wegen hoher Ersatzbeschaffungskosten berufen. Bei einem Verbrauchsgüterkauf kann nämlich die allein mögliche Art der Nacherfüllung nicht wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit verweigert werden (BGH, Urteil vom 21.12.2011, VIII ZR 70/80, NJW 2012, 1073 Rn. 33 und Rn. 35; seit 01.01.2018 geregelt in § 475 Abs. 4 S. 1 BGB n.F.).
- d) Nichts anderes folgt daraus, dass der Bundesgerichtshof in dem erwähnten Hinweisbeschluss durch die Erwähnung der Ersatzbeschaffungskosten (Nettobeschaffungskosten abzüglich des fiktiven Veräußerungserlöses für das Altfahrzeug; BGH NZV 2019, 244 Rn. 37) eine relative Unmöglichkeit in den Raum gestellt hat, obwohl in der dort zugrundeliegenden Konstellation ein Nacherfüllungsverlangen für ein Fahrzeug mit einem EA 189-Motor bereits im Oktober 2015 erfolgt war (BGH NZV 2019, 244 Rn. 23). Die entsprechenden Rechtsausführungen des Bundesgerichtshofs sind als Rechtshinweise unter dem Obersatz zu sehen, ob ein Modellwechsel einem Nachlieferungsanspruch entgegensteht. Da nach der Vorinstanz ein Nachlieferungsanspruch schon daran scheiterte, musste der Bundesgerichtshof zunächst nur zur Frage Stellung nehmen, was die rechtlichen Voraussetzungen und Grenzen des Nachlieferungsanspruchs in solchen Fällen sind. Zumal es sich lediglich um einen Hinweisbeschluss handelte, sind die kurzen rechtlichen Ausführungen zur Unverhältnismäßigkeit als Beschaffungshindernis nicht so zu verstehen, dass von der Möglichkeit einer Nachbesserung auch im zugrundeliegenden Fall auszugehen war. Dies wird dadurch gestützt, dass die streitige technische Eignung des Updates nicht angesprochen wird.

- e) Lediglich ergänzend weist der Senat darauf hin, dass die von der Beklagten zuletzt bezeichneten Ersatzbeschaffungskosten von 8.153,15 € (zum Zeitpunkt März 2016) für sich genommen noch keine relative Unverhältnismäßigkeit begründen dürften, weil insofern zusätzliche substantielle Erstattungen durch den Fahrzeughersteller oder durch VW in Betracht kommen (unabhängig davon, ob hierauf ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch des Autohauses im Rahmen des Lieferantenregresses besteht oder eine Erstattung aus anderen Gründen erfolgt). Ob relative Unverhältnismäßigkeit auch noch aus anderen Erwägungen ausscheidet, kann offenbleiben (dazu OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 9798 Rn. 79 ff.).
 - f) Dem Nachlieferungsanspruch steht kein Anspruch der Beklagten auf Nutzungsersatz entgegen, den diese über die Unverhältnismäßigkeit oder im Wege eines Zurückbehaltungsrechts geltend machen könnte. Der Ausschluss des Nutzungseratzes 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). Die finanziellen Interessen der Beklagten bei der Nacherfüllungspflicht werden durch die Regelungen zur Verjährung geschützt (EuGH, Urteil vom 17.04.2008, C-404/06, NJW 2008, 1433 Rn. 42). Vorliegend hatte die Beklagte freiwillig einen Verjährungsverzicht erklärt und diesen sogar auf bereits verjährige Ansprüche bezogen. An dieser geschäftspolitischen Entscheidung muss sie sich festhalten lassen. Dass seit dem Kauf des Fahrzeugs mittlerweile sechs Jahre vergangen sind, geht nicht zu Lasten des Klägers.
5. 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 25.01.2016 (Anlage K2), weil die Beklagte nachfolgend seine Forderung der Nachlieferung gegen Rückgabe abgelehnt hat. Im Klageverfahren haben die Parteien ihre diesbezüglichen Positionen wiederholt. Der Kläger kann im Hinblick auf §§ 756, 765 ZPO die Feststellung des Annahmeverzugs bereits im Erkenntnisverfahren beanspruchen.
 6. 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 Mängelerscheinung 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.

III.

1. Die Kostenentscheidung erging nach §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1, 344 ZPO. Hinsichtlich der Säumniskosten war der erstinstanzliche Kostenausspruch nicht abzuändern, diese trägt der Kläger.
2. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Hinsichtlich der Höhe der Abwendungsbefugnis war – unter angemessener Erhöhung – auf den Nettopreis abzustellen, den die Beklagte zuletzt für eine Ersatzbeschaffung im März 2016 mitgeteilt hatte (Bl. 978).
3. Die Revision war nach § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen. Die Anwendung der Grundsätze aus dem Hinweisbeschluss des Bundesgerichtshofs vom 08.01.2019 (BGH NZV 2019, 244 ff.) auf den dort nicht streitgegenständlichen Verkauf von Auslaufmodellen wirft Fragen von grundsätzlicher Bedeutung auf.

4. Der Streitwert wurde nach §§ 47 Abs. 1, 48 Abs. 1 GKG festgesetzt. Insofern waren die Brutto-Ersatzbeschaffungskosten aus Klägersicht zu Grunde zu legen, wie sie sich aus der von der Beklagten vorgelegten Berechnung ergaben (Anlage B8).

Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Richter
am Oberlandesgericht

Richter
am Landgericht

Verkündet am 29.07.2019

Urkundsbeamter der Geschäftsstelle