

Beglaubigte Abschrift

Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 4 U 97/17

325 O 276/16

LG Hamburg

Verkündet am 15.07.2019

Busse, Justizobersekretärin
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

In der Sache

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. Stoll & Sauer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Einsteinallee 1/1,
77933 Lahr,

gegen

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Nebenintervenientin:

Volkswagen AG, vertreten durch d. Vorstand, dieser vertr. d. d. Vorstandsvorsitzenden Dr.
Herbert Diess, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg

Prozessbevollmächtigte:

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 4. Zivilsenat - durch den Richter am
Oberlandesgericht Dr. Theege als Einzelrichter auf Grund der mündlichen Verhandlung vom
27.05.2019 für Recht:

Das Urteil des Landgerichts vom 26. Juni 2017 Az. 325 O 276/16 wird aufgehoben und die
Beklagte wird verurteilt, an den Kläger

1. ein mangelfreies fabrikneues typgleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion
des Herstellers mit gleichartiger und gleichwertiger technischer Ausstattung wie das Fahrzeug



weil die Nebenintervenientin das vom Kläger erworbene Fahrzeug nicht mehr herstellt und nur den überarbeiteten und veränderten PKW VW Tiguan II herstellt.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, ihm ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung wie das Fahrzeug VW Tiguan, FIN: Zug um Zug gegen Rückkübereignung des mangelhaften Fahrzeugs VW Tiguan, FIN: nachzuliefern;
2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Neulieferung und mit der Rücknahme der im Klagantrag zu Ziffer 1 genannten Fahrzeuge im Verzug befindet;
3. die Beklagte zu verurteilen, ihn von den durch die Beauftragung seiner Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.419,07 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten seit Rechtshängigkeit freizustellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat sich insbesondere darauf berufen, das gelieferte Fahrzeug sei mangelfrei, jedenfalls sei ein etwaiger Mangel durch kostengünstiges und einfaches Aufspielen eines sog. „Software-Updates“ leicht zu beheben. Dieses sei dem Kläger angeboten worden, der sich jedoch geweigert habe, dieses durchführen zu lassen.

Die Nebenintervenientin ist erstinstanzlich noch nicht beigetreten gewesen und hat daher keinen Antrag gestellt.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 26. Juni 2017 die Klage abgewiesen und hierzu gemeint, es könne dahinstehen, ob das dem Kläger gelieferte Fahrzeug mangelhaft sei, weil ein Anspruch auf Nachlieferung aus §§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Variante 2 BGB nicht bestehe, denn der Beklagten sei die Nachlieferung im Sinne von § 275 BGB unmöglich geworden. Die Beklagte könne ein dem Anspruch des Klägers entsprechendes Fahrzeug nicht mehr liefern, weil die Nebenintervenientin diesen PKW nicht mehr herstelle. Das Nachfolgemodell des Tiguan II aber könne der Kläger nicht als Nacherfüllung verlangen, weil es sich dabei um ein vielfach von jenem dem Kläger geschuldeten Tiguan I abweichendes Fahrzeug handle. Das Landgericht hat das aus einer tabellarischen Übersicht der technischen

und sonstigen Abweichungen beider Fahrzeug nebst Erläuterungen hergeleitet.

Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen nimmt das Gericht wegen der Einzelheiten der tatbestandlichen Darstellung sowie der Begründung des Landgerichts Bezug auf Tatbestand und Gründe der landgerichtlichen Entscheidung.

Der Kläger hat gegen dieses, seinen Prozessbevollmächtigten unter dem 29. Juni 2017 zugestellte Urteil mit am 25. Juli 2017 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt.

Der Kläger hat zunächst die Auffassung vertreten, dass er nicht verpflichtet sei, die Nachbesserung durch Aufspielen einer neuen Software als Mängelbeseitigung ausreichen zu lassen, weil damit sein Wahlrecht ausgehöhlt werde. Letztlich stelle sich nämlich die Nachbesserung als ebenfalls unmöglich heraus, denn zum Zeitpunkt seines Nachlieferungsverlangens vom 20. April 2016 sei das update noch gar nicht möglich gewesen. Dieses sei erst unter dem 1. Juni 2016 angeboten worden. Auch reiche dieses nach einer Stellungnahme des Kraftfahrtbundesamtes nicht immer aus, alle Mängel zu beseitigen. Auch stelle die Neulieferung eines VW Tiguan II eine Nachlieferung aus der Gattung dar, weil die Abweichung des früheren Modells und des Folgemodells sowohl in technischer wie auch in optischer Hinsicht geringfügig seien.

Nachdem der Bundesgerichtshof unter dem 8. Januar 2019 einen Hinweisbeschluss zur Frage der Mangelhaftigkeit von mit der streitgegenständlichen Software ausgestatteten Fahrzeugen und zur Nachlieferung aus der Gattung erlassen hatte (Beschluss vom 8. Januar 2019, Az.: VII ZR 225/17), hat sich der Kläger die Begründungen des Bundesgerichtshofs hierzu zu eigen gemacht und ergänzt, dass der Beklagten die Nachlieferung möglich sei und sie diese auch schulde. Die Beklagte könne sich insbesondere nicht darauf berufen, die Nachlieferung durch einen PKW Tiguan II sei unverhältnismäßig, weil die Kosten zu hoch seien. Auch liege weder ein unerheblicher Mangel vor noch stelle das nunmehr erfolgte Aufspielen des updates ein treuwidriges Verhalten dar.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 26. Juni 2017 , 325 O 276/16 wird aufgehoben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des Landgerichts Hamburg zurückverwiesen,

sowie hilfsweise

1. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, der Klägerpartei ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit gleichartiger und gleichwertiger technischer Ausstattung wie das Fahrzeug VW Tiguan, FIN:

Zug um Zug gegen Rückübergang des mangelhaften Fahrzeugs
VW Tiguan, FIN: nachzuliefern.

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagtenpartei mit der Rücknahme des im Klagantrag zu Ziffer 1 genannten Fahrzeugs in Verzug befindet.

3. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, die Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von € 1.419,07 freizustellen.

sowie weiter hilfsweise,

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerpartei ein Neufahrzeug VW Tiguan aus der aktuellen Produktion mit zumindest den folgenden technischen Merkmalen

- Motorisierung: 2.0 TDI, 110 kW, Allradantrieb und Schaltgetriebe
- Außenfarbe: Dunkelblau Metallic
- Innenraumfarbe: Schwarz
- Anhängervorrichtung anklappbar
- 4 Leichtmetallräder und Radsicherungen mit
erweitertem Diebstahlschutz
- Kennzeichenbeleuchtung in LED-Technik
- Mittelarmlehne vorn
- Multifunktions-Lederlenkrad
- Sportsitze vorn mit Höheneinstellung, beheizbar
- Textilfußmatten vorn und hinten
- Nebelscheinwerfer und Abbiegelicht
- Sicherheitsoptimierte Kopfstützen vorn, längs- und höheneinstellbar
- Außenspiegel elektrisch einstell-, anklapp- und beheizbar, mit Umfeldbeleuchtung
und Beifahrerspiegelabsenkung
- Klimaautomatik
- Parklenkassistent „Park Assist“ inkl. Einparkhilfe
- Radio-Navigationssystem mit Navigationsdaten für Westeuropa auf internem Speicher

- Tempomat
- Netztrennwand
- Gepäckraumwendematte
- Bluetooth-Freisprecheinrichtung mit Sprachbedienung und Bedienung und Anzeige über die Multifunktionsanzeige
- Gepäckraum-Wendematte
- beleuchtete Make-up-Spiegel in den Sonnenblenden
- Innenbeleuchtung mit Abschaltverzögerung und Dimmfunktion
- Gepäckraumboden herausnehmbar
- Scheibenwaschdüsen vorn automatisch beheizt
- Scheinwerfer-Reinigungsanlage
- Beifahrersitzlehne komplett umklappbar
- Innenleuchten im Fußraum vorn
- Innenspiegel automatisch abblendend
- Schalthebelknopf in Leder
- Müdigkeitserkennung
- automatische Fahrlichtschaltung mit Tagfahrlicht, „Leaving home“-Funktion und manueller „Coming home“-Funktion
- Regensensor
- Gepäckraumabdeckung
- Panorama-Ausstell-/Schiebedach mit Panoramadach hinten
- Lendenwirbelstützen vorn
- Rücksitzbank asymmetrisch teil-, längs verschieb- und klappbar und Mittelarmlehne
- Handschuhfach abschließbar, beleuchtet und mit Kühlmöglichkeit
- 3 Kopfstützen hinten
- 4 Verzurrösen im Gepäckraum
- Airbag für Fahrer und Beifahrer, mit Beifahrerairbag-Deaktivierung
- Dreipunkt-Automatiksicherheitsgurte vorn und hinten, vorne mit Höheneinstellung und Gurtstraffer
- ESP mit Gegenlenkunterstützung, ABS, ASR, EDS, MSR und Gespannstabilisierung
- ISOFIX-Halteösen zur Befestigung von 2 Kindersitzen auf den Rücksitzen

- Kopfairbagsystem für Front- und Fondpassagiere inkl. Seitenairbags vorn
- Leuchtweitenregulierung
- Rückstrahler in allen Türen
- Scheibenbremsen vorn und hinten, vorn innenbelüftet
- Verbandtasche und Warndreieck
- Warnblinkautomatik bei Vollbremsung
- Warnton und -leuchte für nicht angelegte Gurte vorn und hinten
- Wegfahrsperre elektronisch
- 2 Leseleuchten vorn und hinten
- Elektronische Parkbremse inkl. Auto-Hold-Funktion, mit Berganfahrassistent
- Fensterheber vorn und hinten elektrisch
- Gepäckraumbeleuchtung
- Heckscheibenwischer mit Intervallschaltung
- Kombi-Instrument mit elektronischem Tachometer, Kilometer- und Tageskilometerzähler, Drehzahlmesser
- Komfortblinker
- Kontrollleuchten und Service-Intervallanzeige
- Lenksäule mit Höhen- und Längseinstellung
- Multifunktionsanzeige
- Reifenkontrollanzeige
- Scheibenwischer vorn mit Intervallschaltung
- Servolenkung elektromechanisch, geschwindigkeitsabhängig geregelt
- Start-Stopp-System mit Bremsenergie-Rückgewinnung
- Staub- und Pollenfilter mit Aktivkohleeinsatz
- Tire Mobility Set: 12-Volt-Kompressor und Reifendichtmittel
- Warnleuchte für Waschwasserstand
- Zentralverriegelung mit Funkfernbedienung, 2 Funkschlüsseln
- Bordwerkzeug und Wagenheber
- 4 Stahl-Winterräder zusätzlich

nachzuliefern Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs VW Tiguan, FIN: !

Die Beklagte hat beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Nebenintervenientin hat keinen Antrag gestellt.

Die Beklagte wie auch die Nebenintervenientin halten die Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs im Beschluss vom 8. Januar 2019 für unzutreffend. Diese berücksichtige nicht, dass der Anspruch auf Nachlieferung nach wie vor nicht möglich sei, weil die Gattung Tiguan I nicht mehr hergestellt werde. Die Betrachtung des Bundesgerichtshofs sei zu pauschal und übersehe, dass ein Modellwechsel nicht so ohne Weiteres zu austauschbaren Fahrzeugmodellen führe. Im Übrigen stünden die Kosten der vom Kläger begehrten Mängelbeseitigung in keinem Verhältnis zum Wert des Altfahrzeuges und der Wert des Mangels liege nur bei unter 1 % des Kaufpreises. Die Beklagte ergänzt, dass der Mangel unterdessen durch das vom Kläger nunmehr erlaubte Aufspielen des Software-Updates behoben sei und vertritt die Ansicht, die Hilfsanträge des Klägers seien unzulässig.

Wegen weiterer Einzelheiten des Vortrages der Parteien nimmt das Gericht Bezug nicht nur auf die Berufungsbegründung vom 26. Oktober 2017 und den ergänzenden Schriftsatz vom 21. November 2018 sondern auch auf die Erwidernungen der Beklagten sowie der Nebenintervenientin und deren Stellungnahme vom 10. Juli 2019.

II.

Die Berufung des Klägers ist zulässig und auch in der Sache begründet. Im Ergebnis kann der Kläger von der Beklagten Nacherfüllung durch Nachlieferung eines PKW VW Tiguan gemäß §§ 434 Abs. 12 Nr. 2, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Nr. 2. Variante BGB verlangen. Soweit der Kläger den Antrag zu 1. aus dem Schriftsatz vom 26. Oktober 2017 hinsichtlich der Formulierung geändert hat, liegt weder eine Klagänderung im Sinne von § 263 ZPO vor noch ein Fall der sog. privilegierten Klagänderung gemäß § 264 ZPO. Der Kläger hat sein Klagebegehren, einen PKW Tiguan als Ersatz für das gelieferte Fahrzeug zu erhalten nur sprachlich korrigiert, ohne aber das Klagebegehren zu verändern.

Die Beklagte hat dem Kläger zur Erfüllung der sie treffenden Verpflichtung aus § 433 Abs. 1 BGB ein mangelhaftes Fahrzeug geliefert und ist somit den Ansprüchen des Klägers auf

Mängelgewährleistung ausgesetzt. Der Kläger hat unbestritten einen Anspruch auf Nacherfüllung geltend gemacht, den zu erfüllen die Beklagte auch verpflichtet ist.

Dass das gelieferte und mit der sog. "Schummelsoftware" ausgestattet Fahrzeug nicht mangelfrei im Sinne der kaufrechtlichen Vorschriften ist, steht für das Gericht nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 8. Januar 2019 zweifelsfrei fest. Letztlich haben aber auch die Parteien nicht mehr ernsthaft darum gerungen, ob die Ausstattung des dem Kläger gelieferten Wagens eine ordnungsgemäße Erfüllung war oder nicht. Das war der Beklagten auch unter Beachtung von § 138 Abs. 1 ZPO kaum möglich, denn nach den mannigfachen Erklärungen des Kraftfahrtbundesamtes zu dieser Frage, den umfassenden Veröffentlichungen in den Medien und eigenen Stellungnahmen maßgeblicher Mitarbeiter der Nebenintervenientin konnte nicht ernsthaft mehr vertreten werden, die Ausstattung der Fahrzeuge mit der streitgegenständlichen Software führe nicht zu einem Mangel der geschuldeten Leistung.

Dieser Mangel ist auch – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht durch Aufspielen der neuen Software behoben. Die Beklagte hat insoweit nicht vorgetragen, dass der Kläger das Aufspielen der Software als Mängelbeseitigung anerkannt und gebilligt hat. Der Kläger hat lediglich zur Erhaltung der Zulassungsfähigkeit des Fahrzeuges diese Maßnahme geduldet, aber nicht deutlich gemacht oder gar erklärt, dass damit die ihm geschuldete Mängelbeseitigung erfüllt sei. Im Übrigen ist das Verhalten des Klägers auch nicht – wie die Beklagte gemeint hat – treuwidrig. Der Kläger hat vorerst nur eine notwendige Maßnahme getroffen, um die Zulassung des Fahrzeuges zum Straßenverkehr vorsorglich sicherzustellen. Nach zahlreichen Medienberichten, dass betroffene Fahrzeuge möglicherweise stillgelegt werden müssten, weil ohne Aufspielen der neuen Software die allgemeine Betriebserlaubnis erlöschen könnte, war das Verhalten des Klägers als reine Vorsorgemaßnahme zu sehen und reichte aus, um weitere Schäden abzuwenden, welcher möglicherweise erneut die Beklagte getroffen hätten. Eine darüber hinausgehende weitere Erklärung, dass der Kläger damit – sie es auch nur konkludent - auf seinen Nacherfüllungsanspruch verzichtet, ist dem aber nicht zu entnehmen.

Der Anspruch des Klägers ist auch nicht ausgeschlossen, weil der Beklagten die Lieferung aus der geschuldeten Gattung wegen § 275 BGB unmöglich ist. Das Gericht folgt hier der eindeutigen und nicht auch nur ansatzweise unklaren oder zweifelhaften Auffassung des Bundesgerichtshofs aus seinem Beschluss vom 8. Januar 2019. Die Stellungnahme des Bundesgerichtshofs ist insoweit klar und eindeutig und lässt keine Zweifel zu. Zwar ist der Beklagten zuzustimmen, dass es sich ausweislich des einleitenden Satzes des Beschlusses (vor Rdnr. 1 zitiert nach juris) um eine vorläufige Ansicht des Bundesgerichtshofs handelt. Indessen macht die weitere Begründung deutlich, wann und unter welchen Voraussetzungen der Bundesgerichtshof davon ausgeht, dass trotz Modellwechsels nicht vom Untergang der Gattung im Sinne von § 243 Abs.1 BGB auszugehen ist. Der Bundesgerichtshof hat nämlich erkennbar genau und umfassend abgewogen, wann trotz Änderungen des hergestellten Gegenstandes dennoch davon auszugehen ist, dass aus der Gattung – lediglich mit kleinen Änderungen – auch beim sog. Modellwechsel weiter geliefert werden kann (BGH a.a.O. Rdnr. 30 ff). Diesen ausführlichen Darlegungen hätte auch im vom Bundesgerichtshof nun nicht mehr streitig

entschiedenen Fall die Beklagtenseite mit Argumenten entgegentreten müssen, um die vorläufige Ansicht des Bundesgerichtshofs zu verändern. Das ist indessen nicht ersichtlich, denn dass auch bei kleineren Änderungen noch immer aus der Gattung geliefert werden kann, entspringt schon dem Begriff der Gattungsschuld, bei der ja gerade zur Erleichterung der Wirtschaftstätigkeit kleinere Abweichungen wesensimmanent sind. Das macht sich im Übrigen auch die Beklagte wie die Nebenintervenientin vollkommen zulässig mit der Nr. IV.6 der Geschäftsbedingungen für den Neuwagenverkauf zu eigen. Dass der Bundesgerichtshof von dieser Auffassung noch abweichen könnte, erscheint höchst unwahrscheinlich, weil letztlich diese nur das Verständnis und die Begriffsbestimmung der Gattungsschuld enthält, wie es im Übrigen auch der Senat in seinen Hinweisbeschlüssen zugrunde gelegt hatte.

Soweit die Beklagte nun vorgetragen hat, der Bundesgerichtshof habe mit der Annahme, ein Modellwechsel lasse die Gattung noch nicht untergehen im Sinne von § 275 BGB, übersehen, dass ein Modellwechsel nicht so einfach zur Austauschbarkeit der Fahrzeuge vor und nach dem Modellwechsel führe, irrt die Beklagte. Es handelte sich bei dem dem Beschluss des Bundesgerichtshofs zugrunde liegenden Fall um eben jenen VW Tiguan I, um den es auch im vorliegenden Rechtsstreit geht. Dass der Bundesgerichtshof die relevanten Unterschiede übersehen haben könnte, ist schon angesichts der tatbestandlichen Darstellung des Beschlusses, in welchem diese aufgeführt sind, nicht zu vermuten.

Auch mit der umfassenden Argumentation der Beklagten zur Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Nachbesserung vermag diese nicht durchzudringen. Entgegen der Ansicht der Beklagten kommt es nämlich für die Beurteilung dieser Frage im vorliegenden Fall nicht nur auf die konkreten Kosten der Neulieferung im Verhältnis zum Wert des Altfahrzeuges an. Zwar wird grundsätzlich bei der Beurteilung dieser sich aus § 439 Abs. 4 BGB stellenden Frage vordergründig auf eine wirtschaftliche Betrachtung abgestellt (vgl. nur Prütting/Weger/Weinreich-Schmidt, Kommentar BGB, 12. Auflage, § 439 Rdnr. 30 m.w.N.). Allerdings ergibt sich schon aus dem Wortlaut von § 439 Abs. 4 BGB, dass eine umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalles zu erfolgen hat und alle sowohl Käufer als auch Verkäufer betreffende Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind (vgl. zu diesem Verständnis auch Ermann-Grunewald, Kommentar zum BGB, 14. Auflage, § 439 Rdnr. 14, Palandt-Weidenkaff, Kommentar zum BGB, 75. Auflage, § 439 Rdnr. 16 a). Im vorliegenden Fall führen diese reinen Tatsachenfragen dazu, dass die von der Beklagten geschuldete Nachlieferung nicht unverhältnismäßig ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Umfang und die Bedeutung des Mangels hier für den Kläger – wie für jeden anderen Erwerber eines solchen Tiguan I – besonders hoch einzuschätzen ist. Es handelt sich um ein hochwertiges Fahrzeug, des für die technisch hochstehende Qualität seiner Fahrzeuge bekannten VW-Konzerns. Wie der Kläger ausgeführt hat und wie auch der tatbestandlichen Darstellung des landgerichtlichen Urteils zu entnehmen ist, ist es ihm darum gegangen, ein nach dem Datum des Erwerbs möglichst umweltfreundliches, technisch auf dem aktuellen Stand der Technik befindliches, sparsames und wertstabiles Fahrzeug zu erwerben. Gerade hierfür sind die Fahrzeuge des VW-Konzerns seit Jahrzehnten bekannt und haben zum umfassenden, weltweiten Erfolg der Produkte des VW-Konzerns entscheidend beigetragen. Aber in genau dieser berechtigten Erwartung sah sich der Kläger nun enttäuscht, mag diese auf Unaufmerksamkeiten oder gar planmäßigem

Vorgehen des VW-Konzerns beruhen. Auf jeden Fall ist nachvollziehbar, dass das Vertrauen des Klägers in den Vertragspartner erschüttert war und nicht durch das Aufspielen der neuen Software wieder hergestellt werden konnte. Ist aber das Vertrauen in das gelieferte Gut und dessen Vertragsgerechtigkeit erschüttert, so stellt sich das Verlangen nach Nachlieferung statt Nachbesserung nicht als unverhältnismäßig dar (vgl. Prütting..., a.a.O. zum Fall des sog. „Zitronenautos“).

Aus den vorstehenden Gründen vermag die Beklagte auch nicht mit ihrer Ansicht zu überzeugen, dass der Mangel insgesamt nur unerheblich sei, weil die Kosten von dessen Beseitigung unter 1 % des Kaufpreises lägen.

Das Gericht hatte hier nach dem ersten Hilfsantrag –wenn dieser denn überhaupt so verstanden werden kann – zu entscheiden. Die aus Sicht des Gerichts lediglich wegen § 538 Abs. 2 am Ende ZPO vom Kläger beantragte Zurückverweisung kam nicht in Betracht und könnte daher auch nicht als eigentlicher Sachantrag gemeint sein. Die Voraussetzungen des § 538 Abs. 1 ZPO liegen erkennbar nicht vor, weshalb eine Zurückverweisung nicht in Betracht kam.

Da der Kläger somit nach seinem so verstandenen Hauptantrag Erfolg hatte, war über die Hilfsanträge nicht weiter zu entscheiden. Nach Ansicht des Gerichts durfte auch nach dem sog. Hilfs-Antrag aus dem Schriftsatz vom 26. Oktober 2017 entschieden werden, denn dieser gibt das Klagebegehren des Klägers im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ausreichend und hinreichend bestimmt wieder. Ob der Kläger damit letztlich in der Vollstreckung Erfolg haben kann, ist in der mündlichen Verhandlung vom 27. Mai 2019 erörtert worden, jedoch ohne dass der Kläger seine Anträge umgestellt hätte. Die schlichten Praktikabilitätserwägungen, ob der Kläger mit dem (Hilfs-)Antrag Vollstreckungserfolg haben kann oder doch noch mit dem weiteren Hilfsantrag, durfte das Gericht nicht entscheiden, weil dem Kläger schon mit dem ersten Antrag zuzusprechen war, dass er Klageerfolg hat. Über den Hilfsantrag hätte das Gericht nur befinden dürfen, wenn das vorhergehende Klägerbegehren unzulässig oder unbegründet gewesen wäre. Das ist indessen – wie dargelegt – nicht der Fall.

Auf die von der Beklagten gerügte Unzulässigkeit der Hilfsanträge kommt es mithin nicht mehr an.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 101 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr.10, 709 Sätze 1 und 2, 711 ZPO.

Anlass, die Revision gemäß § 543 Abs. 1 ZPO zuzulassen, bestand nicht. Entgegen der Ansicht

der Beklagten war der Rechtsstreit nicht auf den Senat gemäß § 526 Abs. 2 ZPO zurück zu übertragen, weil dieser keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung betrifft. Wie bereits ausgeführt, beruht ein Teil der die Entscheidung tragenden Begründung allein auf Tatsachenfragen, nämlich der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung. Soweit die Beklagte meint, die Ansicht des Bundesgerichtshofs sei nur vorläufig und bedürfe noch einer endgültigen Klärung, was nur durch Entscheidung durch den Senat und Zulassung der Revision möglich sei, so irrt die Beklagte. Wie bereits dargelegt, handelt es sich um eine umfassend begründete Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs, die nur durch nachhaltige Argumente hätte verändert werden können. Solche hat aber weder die Beklagte vorgebracht noch sind diese ersichtlich. Im Übrigen hatte das Gericht schon darauf hingewiesen, dass nach der von ihm verstandenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts es nicht darauf ankommt, in welcher Form eine bislang unklare Rechtslage höchstrichterlich geklärt wird. Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist nur zu entnehmen, dass es darauf ankommt, dass hinsichtlich der Rechtsfrage Klarheit geschaffen worden ist (vgl. BVerfG Beschluss vom 4. November 2008, Az.: 1 BvR 2587/06 in : NJW 2009, 572, 573). Dieses ist mit dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 8. Januar 2019 aber geschehen, was sich auch daran ablesen lässt, dass – wie der Kläger vollkommen zutreffend in seinem Schriftsatz vom 24. Juni 2019 dargestellt hat – die Instanzgerichte unterdessen der Auffassung des Bundesgerichtshofs folgen.

Dr. Theege
Richter am Oberlandesgericht



Für die Richtigkeit der Abschrift
Hamburg, 19.07.2019

Busse, JOsekr'in
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle