



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZR 280/20

vom

8. Dezember 2021

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GG Art. 103 Abs. 1; BGB § 439 Abs. 1

Zur Substantiierungspflicht des Käufers eines vom sogenannten Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs bezüglich behaupteter Folgeschäden durch das Software-Update sowie eines merkantilen Minderwerts des Fahrzeugs (im Anschluss an Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 85 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Senatsbeschluss vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, juris Rn. 17 ff.).

BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2021 - VIII ZR 280/20 - OLG München
LG Landshut

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 8. Dezember 2021 durch die Richterin Dr. Fetzner als Vorsitzende, den Richter Dr. Schmidt, die Richterinnen Wiegand und Dr. Matussek sowie den Richter Dr. Reichelt

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin wird das Urteil des Oberlandesgerichts München - 20. Zivilsenat - vom 16. September 2020 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren wird auf 31.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, erwarb mit Kaufvertrag vom 25. März 2014 bei der Beklagten ein Neufahrzeug, VW Touran 2.0 TDI zum Preis von 31.000 € für ihre betriebliche Tätigkeit. Das Fahrzeug, das ausschließlich von ihrem ehemaligen Gesellschafter Dr. H. W. genutzt wurde, ist mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 (Abgasnorm Euro 5) ausge-

stattet. Dieser wies eine besondere Vorrichtung zur Steuerung der Abgasrückführung auf, die erkannte, wenn das Fahrzeug auf einem Rollenprüfstand hinsichtlich der dabei entstehenden Schadstoffemissionen getestet wurde. In diesem Fall schaltete das System in einen "Modus 1", der eine höhere Abgasrückführungsrate und damit verbunden einen geringeren Ausstoß an Stickoxiden bewirkte. Im normalen Straßenverkehr hingegen wurde das Fahrzeug im "Modus 0" betrieben, in dem die Abgasrückführung geringer und der Stickoxidausstoß höher ausfiel.

2 Mit Anwaltsschreiben vom 30. November 2015 forderte die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung zur Nachlieferung eines fabrikneuen, mangelfreien Fahrzeugs auf. Am 26. Oktober 2016 ließ die Klägerin das von der VW AG entwickelte und vom Kraftfahrt-Bundesamt freigegebene Software-Update durchführen.

3 Nach Klageerhebung veräußerte der damalige Gesellschafter Dr. H. W. seine Geschäftsanteile an der Klägerin. Im Zuge der Auseinandersetzung wurde ihm das vorgenannte Fahrzeug übereignet und alle Ansprüche der Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus dem mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrag an ihn abgetreten.

4 Das Landgericht hat die auf Nachlieferung eines mangelfreien fabrikneuen typengleichen Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung wie das erworbene Fahrzeug an Dr. H. W., Zug um Zug gegen dessen Rückgabe, auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten sowie auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten gerichtete Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin, mit welcher sie neben dem erstinstanzlich gestellten Antrag weitere, auf eine Rückabwicklung des Kaufvertrags gestützte Hilfsanträge

gestellt hat, zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Nichtzulassungsbeschwerde, mit der sie ihr Klagebegehren weiterverfolgt.

II.

5 Das Berufungsgericht (OLG München, Urteil vom 16. September 2020
- 20 U 4234/18, juris) hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das
Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde von Interesse, im Wesentlichen aus-
geführt:

6 Die Klägerin sei unter dem Gesichtspunkt treuwidrigen Verhaltens (§ 242
BGB) daran gehindert, an dem geltend gemachten Anspruch auf Ersatzlieferung
einer mangelfreien Sache festzuhalten.

7 Zwar habe das Fahrzeug bei Gefahrübergang sowie zum Zeitpunkt des
Nachlieferungsverlangens aufgrund der in die Motorsteuerung eingebauten Ab-
schalteinrichtung einen Sachmangel aufgewiesen.

8 Dem Verlangen der Klägerin nach einer Ersatzlieferung stehe jedoch ent-
gegen, dass der Softwarefehler mit dem Einverständnis der Klägerin bereits vor
Rechtshängigkeit behoben worden sei. Da bei dem Fahrzeug ein Software-Up-
date durchgeführt worden sei, bezüglich dessen das Kraftfahrt-Bundesamt be-
stätigt habe, hierdurch werde die vorhandene unzulässige Abschaltleinrichtung
beseitigt und das Fahrzeug entspreche hiernach den Zulassungsvorschriften, be-
stehe eine Stilllegungsgefahr objektiv nicht mehr. Die Klägerin habe sich ent-
schlossen, an der Rückrufaktion zur Durchführung des Updates teilzunehmen,
und damit dessen Aufspielen zugestimmt. Deshalb sei sie aufgrund treuwidrigen
Verhaltens (§ 242 BGB) gehindert, an der durch das wirksam ausgeübte Verlan-

gen nach Lieferung einer mangelfreien Sache erlangten Rechtsposition festzuhalten. Die Entscheidung des ehemaligen Gesellschafters der Klägerin Dr. W. für das Update aufgrund der Befürchtung, sonst könne die Zulassung für das Fahrzeug entzogen werden, stehe der Annahme einer das Nachlieferungsverlangen hindernden Zustimmung der Klägerin nicht entgegen.

9 Soweit die Klägerin vorbringe, neben der unzulässigen Abschalteneinrichtung seien weitere Sachmängel am Fahrzeug vorhanden beziehungsweise durch das Software-Update neu aufgetreten, fehle substantiiertes Sachvortrag.

10 Bei der Behauptung, durch das Update würden Mängel in Gestalt eines höheren Partikelaustrittes, einer höheren Geräuschentwicklung, einer reduzierten Leistung sowie einer Lebenszeitverkürzung des Motors und sonstiger Teile hervorgerufen, handele es sich lediglich um Vermutungen und vage Befürchtungen, die darüber hinaus dem Prüfergebnis des Kraftfahrt-Bundesamts widersprechen. Eine Beweisaufnahme über diese Behauptungen der darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin würde einer unzulässigen Ausforschung gleichkommen. Der Vortrag zu einem Kraftstoffmeherverbrauch sei ebenfalls unsubstantiiert und einer Beweiserhebung nicht zugänglich.

11 Das Vorbringen der Klägerin zu einem Minderwert des Fahrzeugs führe ebenfalls nicht zur Annahme eines Sachmangels. Diesbezüglich hätte es konkreter Anhaltspunkte bedurft, welche darauf hindeuteten, dass gerade Dieselfahrzeuge, bei denen eine unzulässige Abschalteneinrichtung durch ein Software-Update entfernt worden sei, aus diesem Grund einen geringeren Wiederverkaufswert hätten. Zumindest wäre nachvollziehbar darzulegen gewesen, dass sich der Preis des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps ungünstiger entwickelt habe als der Gesamtmarkt für Dieselfahrzeuge oder der Markt für andere als mit dem EA 189 Motor ausgerüstete Dieselfahrzeuge aus dem VW-Konzern.

- 12 Auf die Frage, ob die Beklagte die Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung einwenden könne und ob diese zu bejahen sei, komme es somit nicht an.

III.

- 13 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist zulässig, insbesondere ist der Beschwerdewert nach § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erreicht. Sie hat auch in der Sache Erfolg (§ 544 Abs. 9 ZPO), weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO). Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt. Denn es hat gehörswidrig das hinreichend substantiierte Vorbringen der Klägerin zu durch das Software-Update hervorgerufenen Folgeschäden sowie zu einem am Fahrzeug bestehenden merkantilen Minderwert übergangen und in der Folge versäumt, die hierfür von der Klägerin angebotenen Sachverständigenbeweise zu erheben.

- 14 1. Das Gebot rechtlichen Gehörs verpflichtet das entscheidende Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (st. Rspr.; vgl. etwa BVerfGE 86, 133, 145; 96, 205, 216; BVerfG, Beschlüsse vom 27. Mai 2016 - 1 BvR 1890/15, juris Rn. 14; vom 25. September 2020 - 2 BvR 854/20, juris Rn. 26; Senatsbeschlüsse vom 26. Mai 2020 - VIII ZR 64/19, NJW-RR 2020, 1019 Rn. 13; vom 10. November 2020 - VIII ZR 18/20, juris Rn. 11). Als grundrechtsgleiches Recht soll es sicherstellen, dass die Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in der unterlassenen Kenntnisnahme und der Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben. In diesem Sinne gebietet Art. 103 Abs. 1 GG in Verbindung mit den

Grundsätzen der Zivilprozessordnung auch die Berücksichtigung erheblicher Beweisangebote. Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze mehr findet (st. Rspr.; vgl. hierzu etwa BVerfGE 50, 32, 35 f.; 65, 305, 307; 69, 141, 143 f.; BVerfG, Beschluss vom 25. März 2020 - 2 BvR 113/20, juris Rn. 45; Senatsbeschlüsse vom 11. Oktober 2016 - VIII ZR 300/15, NJW-RR 2017, 75 Rn. 10; vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 Rn. 4; vom 26. Mai 2020 - VIII ZR 64/19, aaO; vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, juris Rn. 11; jeweils mwN).

15 Dies gilt auch dann, wenn die Nichtberücksichtigung des betreffenden Sachvortrags sowie eines damit zusammenhängenden Beweisangebots darauf beruht, dass das Gericht verfahrensfehlerhaft überspannte Anforderungen an den Vortrag einer Partei gestellt hat. Eine solche nur scheinbar das Parteivorbringen würdigende Verfahrensweise stellt sich als Weigerung des Tatrichters dar, in der nach Art. 103 Abs. 1 GG gebotenen Weise den Parteivortrag zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihm inhaltlich auseinanderzusetzen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juni 2009 - II ZR 143/08, NJW 2009, 2598 Rn. 2; Senatsbeschlüsse vom 21. Oktober 2014 - VIII ZR 34/14, NJW-RR 2015, 910 Rn. 13; vom 21. Februar 2017 - VIII ZR 1/16, NJW 2017, 1877 Rn. 10; vom 22. Juni 2021 - VIII ZR 134/20, NJW-RR 2021, 1093 Rn. 16; vom 29. September 2021 – VIII ZR 226/19, aaO Rn. 12).

16 2. Gemessen an diesen Maßstäben ist dem Berufungsgericht eine Gehörsverletzung nach Art. 103 Abs. 1 GG anzulasten. Wie die Nichtzulassungsbeschwerde mit Recht rügt, hätte das Berufungsgericht den Sachvortrag der - trotz Veräußerung des Fahrzeugs und Abtretung der vertraglichen Ansprüche weiterhin prozessführungsbefugten (§ 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO) - Klägerin zu Folgeschäden des Software-Updates und zu einem merkantilen Minderwert infolge der

Betroffenheit des Fahrzeugs vom sogenannten Abgasskandal nicht pauschal und ohne nähere Begründung als "Vermutungen und vage Befürchtungen" abtun beziehungsweise eine nachvollziehbare Darlegung hinsichtlich des Minderwerts verlangen dürfen, sondern vielmehr die diesbezüglich angebotenen Sachverständigenbeweise erheben müssen.

- 17 a) Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 17. Dezember 2014 - VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rn. 43; vom 29. Januar 2020 - VIII ZR 80/18, BGHZ 224, 302 Rn. 55; vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20, WM 2021, 1609 Rn. 20; Beschlüsse vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 Rn. 7; vom 22. Juni 2021 - VIII ZR 134/20, NJW-RR 2021, 1093 Rn. 33). Das gilt insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den Vorgängen hat (BGH, Beschlüsse vom 26. Oktober 2016 - IV ZR 52/14, NJW-RR 2017, 22 Rn. 27; vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, aaO). Das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen. Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei gegebenenfalls die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweiserheblichen Streitfragen zu unterbreiten (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 17. Dezember 2014 - VIII ZR 88/13, aaO; vom 29. Januar 2020 - VIII ZR 80/18, aaO; vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20, aaO; Senatsbeschluss vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, juris Rn. 15).

18 Dabei ist es einer Partei grundsätzlich nicht verwehrt, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält (vgl. Senatsurteil vom 29. Januar 2020 - VIII ZR 385/18, NJW-RR 2020, 615 Rn. 83; Senatsbeschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, aaO Rn. 8; jeweils mwN). Sie darf auch von ihr nur vermutete Tatsachen insbesondere dann als Behauptung in einen Rechtsstreit einführen, wenn sie mangels entsprechender Erkenntnisquellen oder Sachkunde keine sichere Kenntnis von entscheidungserheblichen Einzel-tatsachen hat (BGH, Urteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19, NJW-RR 2021, 886 Rn. 19 mwN). Eine Behauptung ist erst dann unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufgestellt worden ist (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 26. April 2018 - VII ZR 139/17, NJW 2019, 76 Rn. 34; vom 7. Februar 2019 - III ZR 498/16, NJW 2019, 1137 Rn. 37; vom 29. Januar 2020 - VIII ZR 385/18, aaO; vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20, WM 2021, 1609 Rn. 22; jeweils mwN). Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur beim Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt sein können (BGH, Urteil vom 27. Mai 2003 - IX ZR 283/99, NJW-RR 2004, 337 unter II 1; Beschlüsse vom 16. April 2015 - IX ZR 195/14, NJW-RR 2015, 829 Rn. 13; vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, aaO; vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, aaO Rn. 16).

19 b) Gemessen hieran hat die Klägerin ausreichend substantiiert dargelegt, dass nach ihrer Auffassung durch das beklagtenseits zur Beseitigung des Sachmangels der unzulässigen Abschalteneinrichtung (vgl. hierzu ausführlich Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, ZIP 2021, 1706 Rn. 24 ff. mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) aufgespielte Software-Update Folgeschäden am Fahrzeug entstünden und zudem auch unabhängig von der Durchführung

des Updates ein merkantiler Minderwert des Fahrzeugs verbleibe, weshalb sie wegen eines nach wie vor vorhandenen Mangels die Nachlieferung eines fabrikneuen, typengleichen Fahrzeugs (§ 437 Nr. 1, § 434 Abs. 1, § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB) verlangen könne. Bei seiner gegenteiligen Auffassung hat das Berufungsgericht - das noch zutreffend davon ausgegangen ist, dass grundsätzlich auch das Nachfolgemodell von der Nachlieferungspflicht der Beklagten umfasst sein kann (vgl. hierzu Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, aaO Rn. 39 ff.) - die Anforderungen an einen substantiierten und schlüssigen Sachvortrag überspannt.

20 aa) Das Berufungsgericht hätte dem unter Beweis gestellten Vorbringen der Klägerin zu den negativen technischen Auswirkungen des Software-Updates für das Fahrzeug nachgehen müssen.

21 (1) Die Klägerin hat wiederholt und unter Verweis auf fachliche Publikationen geltend gemacht, das Aufspielen des Software-Updates sei keine taugliche Nachbesserung, weil der Motor hiernach "geringere Leistungs- und erhöhte Verbrauchswerte" aufweise. Das Update führe zu einer Beschädigung des Rußpartikelfilters, wodurch sich die Emissionen erneut erhöhten. Nach Erfahrungen mit vergleichbaren Motoren komme es außerdem zu sogenannten Versottungerscheinungen am Abgasrückführungsventil sowie - durch den gestiegenen Kontrollbedarf der Abgaseinrichtung - zu kürzeren Wartungsintervallen mit entsprechend höheren Kosten. Zum Nachweis der ihr deshalb drohenden Folgeschäden eines auf die Entfernung der unzulässigen Abschaltvorrichtung gerichteten Updates hat sie sich wiederholt auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens berufen.

22 Damit hat die Klägerin - ungeachtet der Frage einer Darlegungs- und Beweislast (siehe hierzu unter IV 2 b) - ausreichend eine von ihr für wahrscheinlich

erachtete, nicht ordnungsgemäße Nachbesserung durch das Software-Update dargetan. Insbesondere durfte sie sich dabei als Laiin auf nur vermutete Tatsachen stützen, denn sie kann mangels eigener Sachkunde und hinreichenden Einblicks in die Funktionsweise des Software-Updates keine genaue Kenntnis von dessen konkreter (Aus-)Wirkung haben, weswegen sie betreffend die von ihr befürchteten Folgeschäden letztlich auf Vermutungen angewiesen ist und diese naturgemäß nur auf entsprechende Anhaltspunkte stützen kann (vgl. Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, ZIP 2021, 1706 Rn. 85 f., zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; BGH, Beschlüsse vom 26. März 2019 - VI ZR 163/17, VersR 2019, 835 Rn. 11 ff.; vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 Rn. 7 ff.; vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, juris Rn. 20). Weitere Einzelheiten, etwa zum Umfang einer Verringerung der Fahrzeugleistung, zu einer Erhöhung des Abgasausstoßes oder selbst zu einem Anstieg des Kraftstoffverbrauchs sind von ihr nicht zu fordern.

- 23 (2) Schließlich führt auch der von der Beklagtenseite wiederholt hervorgehobene Umstand, dass in der von ihr vorgelegten Bescheinigung des Kraftfahrt-Bundesamts vom 20. Juni 2016 unter anderem ausgeführt wird, "die ursprünglich vom Hersteller angegebenen Kraftstoffverbrauchswerte und CO₂-Emissionen wurden in Prüfungen durch einen Technischen Dienst bestätigt" und weiter angegeben wird, "die bisherige Motorleistung und das maximale Drehmoment blieben unverändert", nicht zu erhöhten Substantiierungsanforderungen bei der Klägerin als Laiin, zumal das Kraftfahrt-Bundesamt nicht offengelegt hat, auf welche Weise diese Erkenntnisse konkret gewonnen wurden (siehe bereits Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, aaO Rn. 87, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Senatsbeschluss vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, aaO Rn. 22).

24 bb) Darüber hinaus hätte das Berufungsgericht auch über die Behauptung der Klägerin, das Software-Update könne wegen des hiervon unberührt bleibenenden merkantilen Minderwerts zu keiner vollständigen Mängelbeseitigung führen, Beweis erheben müssen. Die Klägerin hat vorgetragen - und dies von vornherein ebenfalls unter Sachverständigenbeweis gestellt -, das Fahrzeug werde immer mit einem Makel behaftet sein, da es einen merkantilen Minderwert von mindestens 10 % aufweise, der sich auch durch eine - aus Sicht der Klägerin nicht mögliche - technisch einwandfreie Nachbesserung nicht beseitigen ließe.

25 (1) Das Verbleiben eines merkantilen Minderwerts trotz vollständiger Behebung eines ursprünglichen Mangels wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung in bestimmten Fällen angenommen. Insbesondere bei Unfallfahrzeugen ist anerkannt, dass selbst nach vollständiger und fachgerechter Beseitigung des Unfallschadens wegen eines merkantilen Minderwerts noch ein Mangel verbleiben kann, weil der Charakter eines Fahrzeugs als Unfallfahrzeug sich nicht durch Nachbesserung beseitigen lässt (vgl. Senatsurteile vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 Rn. 17; vom 10. Oktober 2007 - VIII ZR 330/06, NJW 2008, 53 Rn. 20; vom 12. März 2008 - VIII ZR 253/05, NJW 2008, 1517 Rn. 18, 21; vom 20. Mai 2009 - VIII ZR 191/07, BGHZ 181, 170 Rn. 16; zu Gebäuden siehe etwa BGH, Urteile vom 10. Dezember 2010 - V ZR 203/09, juris Rn. 12 f.; vom 6. Dezember 2012 - VII ZR 84/10, NJW 2013, 525 Rn. 19; jeweils mwN). Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass trotz vollständiger und ordnungsgemäßer Instandsetzung eines erheblich beschädigten Kraftfahrzeugs bei einem großen Teil des Publikums, vor allem wegen eines nicht auszuschließenden Verdachts verborgener gebliebener Schäden und des Risikos höherer Schadensanfälligkeit infolge nicht fachgerechter Reparatur, eine den Preis beeinflussende Abneigung gegen den Erwerb eines derart beschädigten Kraftfahrzeugs besteht (vgl. BGH, Urteile vom 23. November 2004 - VI ZR 357/03, BGHZ 161, 151, 159 f.; vom 20. Mai 2009 - VIII ZR 191/07, aaO; jeweils mwN).

26 (2) Ob die Eigenschaft eines vom sogenannten Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs - insbesondere wenn es über einen Dieselmotor des Typs EA 189 verfügt - in vergleichbarer Weise einen (unbehebbarer) Sachmangel darstellt, weil sie ebenfalls einen merkantilen Minderwert zur Folge hat, lässt sich bislang - anders als für die Eigenschaft als Unfallfahrzeug - nicht allgemeingültig und abschließend beantworten (nach einem Sachverständigengutachten in einem konkreten Fall verneinend zuletzt etwa OLG Karlsruhe, NJW-RR 2021, 852 Rn. 37 ff. [zu § 441 BGB]). Denn bislang ist weder geklärt, wie sich die bei den betroffenen Fahrzeugen verbauten Abschaltvorrichtungen beziehungsweise die zu ihrer Entfernung vorgenommenen Software-Updates auf das Fahrzeug im Übrigen auswirken, noch - was insoweit entscheidend ist - ob beziehungsweise inwieweit aufgrund dessen bei weiten Teilen des Publikums wegen eines nicht auszuschließenden Verdachts verborgen gebliebener Schäden oder des Risikos höherer Schadensanfälligkeit eine den Preis beeinflussende Abneigung gegen den Erwerb eines derart beschädigten Kraftfahrzeugs besteht, der sich in einer entsprechenden Herabsetzung des Verkehrswertes niederschlägt (Senatsbeschlüsse vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, juris Rn. 25; vom 9. November 2021 - VIII ZR 184/20, unter III 2 b aa (2), zur Veröffentlichung vorgesehen).

27 Vor diesem Hintergrund ist es (jedenfalls derzeit) für einen substantiierten Sachvortrag ausreichend, dass die Klägerin behauptet hat, die ungewissen Auswirkungen des Software-Updates sowie das infolge des Abgasskandals allgemein gesunkene Vertrauen in von der VW AG produzierte Dieselfahrzeuge führe dazu, dass allein aufgrund des Makels "vom Abgasskandal betroffenes Fahrzeug" ein Kraftfahrzeug auf dem freien Markt einen erheblichen Wertverlust erfahre. Soweit das Berufungsgericht demgegenüber von der Klägerin verlangt, diese habe "nachvollziehbar darzulegen", dass sich der Preis des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps ungünstiger entwickelt habe als der Gesamtmarkt für

Dieselfahrzeuge oder der Markt für andere als mit dem EA 189 Motor ausgerüstete Fahrzeuge des VW-Konzerns, überspannt es die Anforderungen an die Darlegungslast der Klägerin. Eine solche Darlegung wäre nur aufgrund einer - zumindest derzeit offensichtlich noch nicht vorliegenden - umfassenden Marktanalyse möglich, was die Klägerin der Sache nach zur Einholung eines Privatgutachtens zwänge.

28 (3) Anders als die Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung meint, steht der Geltendmachung einer diesbezüglichen Gehörsverletzung vorliegend nicht entgegen, dass die Klägerin ihren erstinstanzlichen Vortrag zu einem (fortbestehenden) merkantilen Minderwert des Fahrzeugs in der Berufungsbegründung nicht ausdrücklich aufrechterhalten, sondern insoweit im Wesentlichen auf ihren Sachvortrag in der ersten Instanz Bezug genommen hat.

29 Denn durch die zulässige Berufung der Klägerin ist vorliegend der gesamte aus den Akten ersichtliche Prozessstoff ohne weiteres in die Berufungsinstanz gelangt. Liegt dem Rechtsstreit - wie hier - ein einheitlicher Streitgegenstand zugrunde, muss der Berufungskläger nicht zu allen für ihn nachteilig beurteilten Streitpunkten in der Berufungsbegründung Stellung nehmen, wenn schon der allein vorgebrachte - unterstellt erfolgreiche - Berufungsangriff gegen einen Punkt geeignet ist, der Begründung des angefochtenen Urteils insgesamt die Tragfähigkeit zu nehmen (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 166/14, NJW 2015, 3040 Rn. 12; Beschluss vom 11. Mai 2021 - VI ZR 1206/20, juris Rn. 9 f.; jeweils mwN).

30 c) Die dem Berufungsgericht unterlaufene Gehörsverletzung ist auch entscheidungserheblich (§ 544 Abs. 9 ZPO).

31 Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht, hätte es das Vorbringen der Klägerin in gebotener Weise zur Kenntnis genommen und

den angebotenen Sachverständigenbeweis zu den behaupteten Folgeschäden des Updates und zum merkantilen Minderwert des Fahrzeugs erhoben, zu der Überzeugung gelangt wäre, dass ein Nachlieferungsanspruch der Klägerin aus § 437 Nr. 1, § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB bestehe. Maßgebend ist an dieser Stelle die rechtliche Sicht des Berufungsgerichts (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2003 - V ZR 187/02, NJW 2003, 3205 unter II 1 a bb; Beschluss vom 25. Juni 2013 - XI ZR 210/12, juris Rn. 14), welches zwischen dem ursprünglichen - aus seiner Sicht "behebene" - Mangel in Form der unzulässigen Abschaltvorrichtung und einem neuen Mangel infolge des Updates trennt.

32 Stünde nach einer Beweisaufnahme mit der nach § 286 ZPO erforderlichen Gewissheit fest, dass das Software-Update zu den seitens der Klägerin behaupteten Folgeschäden führte beziehungsweise das Fahrzeug (nach wie vor) einen merkantilen Minderwert aufwies, wäre nicht von einer Behebung des in der unzulässigen Abschaltvorrichtung liegenden (Ursprungs-) Mangels auszugehen, so dass der Klägerin - ungeachtet der Frage, ob ihre "Zustimmung" zum Aufspielen des Software-Updates sie grundsätzlich daran hinderte, sich auf kaufrechtliche Gewährleistungsrechte zu berufen (dazu unter IV) - bereits aus diesem Grund nicht der Vorwurf treuwidrigen Verhaltens (§ 242 BGB) gemacht werden könnte. Denn eine Nachbesserung im Sinne von § 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB - vorliegend in Form des Aufspielens des Software-Updates - setzt eine vollständige, nachhaltige und fachgerechte Behebung des vorhandenen Mangels voraus und liegt nicht vor, wenn zwar der ursprüngliche Mangel beseitigt, hierdurch aber Folgemängel hervorgerufen werden (vgl. Senatsurteil vom 29. September 2021 - VIII ZR 111/20, WM 2021, 2156 Rn. 47, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

33 3. Die weiteren von der Nichtzulassungsbeschwerde geltend gemachten Zulassungsgründe hat der Senat geprüft, jedoch nicht für gegeben erachtet.

- 34 a) Anders als die Nichtzulassungsbeschwerde meint, ist die Revision insbesondere nicht deshalb zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) zuzulassen, weil das Berufungsgericht die Sache nicht nach Art. 267 Abs. 2 AEUV dem Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden: Gerichtshof) zur Klärung der Fragen nach der Zulässigkeit des sogenannten Thermofensters und der Definition des Begriffs "Abschalteinrichtung" (Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typengenehmigung von Kraftfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (ABl. L 171/1 vom 29. Juni 2007) zur Vorabentscheidung vorgelegt und damit gegen das Verfahrensgrundrecht des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verstoßen habe.
- 35 aa) Die Nichtzulassungsbeschwerde berücksichtigt bereits nicht, dass das Berufungsgericht als Instanzgericht grundsätzlich keine Vorlagepflicht trifft, sondern dieses vielmehr nach Art. 267 Abs. 2 AEUV dem Gerichtshof eine Frage zur Entscheidung vorlegen "kann". Daher hätte die Nichtzulassungsbeschwerde darlegen müssen, inwiefern das (bloße) Recht des Berufungsgerichts zur Vorlage vorliegend ausnahmsweise zu einer Pflicht geworden sein soll (vgl. BVerfGE 129, 186, 201 ff.; Karpenstein in Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Stand: Mai 2021, Art. 267 Rn. 61 ff.), deren Nichtbeachtung die Klägerin - bei unhaltbarer Handhabung der Vorlagepflicht - in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt haben könnte. An einer solchen Darlegung fehlt es.
- 36 bb) Zudem stünde der erfolgreichen Geltendmachung der Rüge der Grundsatz der Subsidiarität entgegen.

37 Dieser erfordert, dass ein Beteiligter über das Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs im engeren Sinne hinaus alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen muss, um eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzung zu erwirken oder eine solche zu verhindern (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 9. Februar 2011 - VIII ZR 285/09, WuM 2011, 178 Rn. 10; vom 14. Juni 2018 - III ZR 54/17, BGHZ 219, 77 Rn. 37; vom 18. November 2020 - VIII ZR 123/20, NJW-RR 2021, 76 Rn. 67; Beschlüsse vom 28. März 2019 - IX ZR 147/18, ZInsO 2019, 1026 Rn. 4; vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 Rn. 15; jeweils mwN). Dieser Grundsatz ist nicht auf das Verhältnis zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit beschränkt, sondern gilt auch im Nichtzulassungsbeschwerde- und Revisionsverfahren (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, aaO). Denn einer Revision beziehungsweise einer Nichtzulassungsbeschwerde kommt bei der Verletzung von Verfahrensgrundrechten auch die Funktion zu, präsumtiv erfolgreiche Verfassungsbeschwerden vermeidbar zu machen. Daher sind für ihre Beurteilung die gleichen Voraussetzungen maßgebend, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Erfolg einer Verfassungsbeschwerde führten (vgl. BGH, Beschlüsse vom 27. März 2003 - V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 296 f.; vom 14. September 2021 - VI ZB 30/19, juris Rn. 12). Zu den Verfahrensgrundrechten, die der Einhaltung eines rechtsstaatlichen Mindeststandards dienen, zählt auch Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (vgl. BVerfGE 107, 395, 407; BGH, Beschluss vom 19. Januar 2006 - I ZR 151/02, NJW 2006, 1978 Rn. 6).

38 Hiernach war die Klägerin gehalten, bereits in den Vorinstanzen auf eine Vorlage an den Gerichtshof hinzuwirken. Dies hat sie - worauf die Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung zutreffend verweist - nicht getan. Die Behauptung der Klägerin in der Nichtzulassungsbeschwerde, das Software-Update sei "wiederum eine unzulässige Abschaltvorrichtung (sog. Thermofenster)", hat sie in den

Vorinstanzen nicht aufgestellt. In der Berufungsbegründung ist lediglich ausgeführt, das Kraftfahrt-Bundesamt werfe der Herstellerin vor, auch das Software-Update enthalte "wiederum unzulässige Manipulationen", ohne hierauf näher einzugehen.

39 cc) Im hiesigen Verfahrensstadium der Nichtzulassungsbeschwerde ist die Frage der Zulässigkeit eines sogenannten Thermofensters - was sich aus Vorstehendem ergibt - nicht entscheidungserheblich.

40 b) Die weiter geltend gemachten Zulassungsgründe sind allesamt nicht gegeben. Von einer weiteren Begründung wird abgesehen (§ 544 Abs. 6 Satz 2 ZPO).

IV.

41 1. Nach alledem ist das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 544 Abs. 9 ZPO). Der Senat macht dabei von der - auch auf den Fall einer Zurückverweisung nach § 544 Abs. 9 ZPO entsprechend anwendbaren - Möglichkeit Gebrauch, die Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO; vgl. BGH, Beschlüsse vom 1. Februar 2007 - V ZR 200/06, NJW-RR 2007, 1221 Rn. 12; vom 12. Mai 2020 - VIII ZR 171/19, NJW 2020, 2730 Rn. 26; vom 26. Mai 2020 - VIII ZR 64/19, NJW-RR 2020, 1019 Rn. 29; vom 10. November 2020 - VIII ZR 18/20, juris Rn. 22; jeweils mwN).

42 2. Für das weitere Berufungsverfahren weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass die Beweislast für eine ordnungsgemäße Mangelbeseitigung durch das Software-Update, insbesondere das Nichthervorrufen neuer Mängel, vorliegend

die Beklagte trägt, da sich die Frage der Tauglichkeit des Updates im Rahmen der von ihr erhobenen Einrede der relativen Unverhältnismäßigkeit nach § 439 Abs. 4 BGB (im Streitfall noch § 439 Abs. 3 BGB in der gemäß Art. 229 § 39 EGBGB bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung; im Folgenden: aF) stellt.

43 Denn entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es der Klägerin nicht verwehrt, sich trotz Aufspiels des Software-Updates auf die durch ihr erklärtes Nachlieferungsverlangen erlangte Rechtsposition zu berufen. Anders als das Berufungsgericht meint, handelte sie - selbst wenn das Update eine taugliche Nachbesserung dargestellt hätte - nicht treuwidrig (§ 242 BGB), wenn sie weiterhin Nachlieferung verlangt. Damit besteht ihr Anspruch auf Ersatzlieferung fort, so dass die Klägerin nicht gehalten ist, gestützt auf das Hervorrufen eigenständiger - von ihr zu beweisender - Mängel durch das Software-Update erneut einen (primären) Gewährleistungsanspruch geltend zu machen.

44 a) Die Vorschrift des § 439 Abs. 1 BGB schützt nicht allein das Interesse daran, eine mangelfreie Sache zu erhalten, sondern - den Vorgaben der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12; vgl. Erwägungsgrund Nr. 10 Hs. 1 und Nr. 11 Satz 1 und 3 sowie Art. 3 Abs. 2, 3 und 5) entsprechend - auch das Wahlrecht des Käufers zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung, das die Klägerin wirksam zu Gunsten der Ersatzlieferung ausgeübt hat (vgl. Senatsurteil vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 53). Das spätere Aufspielen des Updates ändert an dem Fortbestand des Anspruchs auf Ersatzlieferung deshalb grundsätzlich nichts (Senatsurteile vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 275/19, juris Rn. 37, und VIII ZR 357/20, juris Rn. 35).

- 45 Allenfalls kann ein Käufer unter dem Gesichtspunkt treuwidrigen Verhaltens (§ 242 BGB) gehindert sein, an dieser durch das wirksam ausgeübte Verlangen auf Lieferung einer mangelfreien Sache erlangten Rechtsposition festzuhalten. Dies kann nach den Umständen des Einzelfalls dann der Fall sein, wenn ein Käufer mit der Mangelbeseitigung einverstanden ist (vgl. Senatsurteile vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, aaO Rn. 54; vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 275/19, aaO Rn. 38, und VIII ZR 357/20, aaO Rn. 36).
- 46 Vorliegend hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen, welche ein solches Einverständnis der Klägerin tragen könnten. Im Gegenteil hat es vielmehr den - unwidersprochen gebliebenen - Klägervortrag berücksichtigt, wonach sich der ehemalige Gesellschafter der Klägerin Dr. W. nur deshalb für das Update entschieden habe, weil er befürchtete, ihm könne sonst die Zulassung für das Fahrzeug entzogen werden. Damit übereinstimmend hat Dr. W. im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht unwidersprochen erklärt, er habe das Update "nach Aufforderung des Kraftfahrt-Bundesamtes" aufspielen lassen. In einem solchen Fall kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Käufer - wie hier die Klägerin - von ihrer ausdrücklich getroffenen Wahl, Nacherfüllung in Form der Ersatzlieferung zu verlangen, abgerückt und nunmehr mit der anderen Art der Nacherfüllung in Form der Nachbesserung einverstanden wäre (siehe hierzu Senatsurteile vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 275/19, aaO sowie VIII ZR 357/20, aaO; Senatsbeschluss vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, juris Rn. 35).
- 47 b) Für das Bestehen des Anspruchs der Klägerin auf die von ihr gewählte Nachlieferung ist eine später erfolgte (gescheiterte) Nachbesserung (zunächst) nicht von Relevanz. Ein Käufer muss in diesen Fällen nicht das Fehlschlagen einer Nachbesserung beweisen. Somit kann sich die Nichtzulassungsbeschwer-

deerwiderung nicht mit Erfolg auf die Rechtsprechung des Senats berufen, wonach ein Käufer der die Kaufsache nach einer gewünschten Nachbesserung erneut entgegennimmt, gemäß § 363 BGB die Beweislast dafür trägt, dass der Mangel fortbesteht, mithin dass der Nachbesserungsversuch erfolglos war (vgl. Senatsurteile vom 11. Februar 2009 - VIII ZR 274/07, NJW 2009, 1341 Rn. 15; vom 9. März 2011 - VIII ZR 266/09, NJW 2011, 1664 Rn. 11). Denn diese Entscheidungen betrafen Fälle, in denen der Käufer - anders als hier - vom Verkäufer gerade die Nachbesserung verlangt hatte und später den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärte. In diesen Fällen ist (regelmäßig) eine erfolglose Nachbesserung Voraussetzung für das Recht auf Rücktritt und damit vom Käufer zu beweisen.

48 Vorliegend hat die Klägerin jedoch die Nachlieferung begehrt, so dass die Frage der Tauglichkeit des Updates zur ordnungsgemäßen Mängelbeseitigung (erst) im Rahmen der von der Beklagten erhobenen Einrede der relativen Unwirksamkeit nach § 439 Abs. 3 BGB aF von Bedeutung ist. Insoweit hat sich die Beklagte darauf berufen, die Nachlieferung sei unverhältnismäßig, da hierfür Kosten in Höhe von mindestens 10.000 € entstünden, wohingegen der Aufwand für das Software-Update deutlich weniger als 100 € betragen würde.

49 Die Beweislast für eine ordnungsgemäße Nachbesserung trägt in diesem Zusammenhang die Beklagte (vgl. Senatsurteil vom 8. Dezember 2021 - VIII ZR 190/19, unter II 2 c bb, zur Veröffentlichung vorgesehen). Denn der auf Ersatzlieferung in Anspruch genommene und sich auf eine relative Unverhältnismäßigkeit berufende Verkäufer darf den Käufer dann nicht unter Ausübung der Einrede der Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 BGB aF) auf Nachbesserung verwei-

sen, wenn der Verkäufer den Mangel dadurch nicht vollständig, nachhaltig und fachgerecht beseitigen kann (vgl. Senatsurteile vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 76; vom 8. Dezember 2021 - VIII ZR 190/19, unter II 2 c aa, zur Veröffentlichung vorgesehen; jeweils zum Verbrauchsgüterkauf).

Dr. Fetzer

Dr. Schmidt

Wiegand

Dr. Matussek

Dr. Reichelt

Vorinstanzen:

LG Landshut, Entscheidung vom 08.11.2018 - 24 O 2002/17 -

OLG München, Entscheidung vom 16.09.2020 - 20 U 4234/18 -