



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

VIII ZR 386/20

vom

14. Dezember 2021

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 14. Dezember 2021 durch den Richter Dr. Büniger als Vorsitzenden, die Richter Dr. Schneider und Dr. Schmidt sowie die Richterinnen Wiegand und Dr. Matussek

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers wird das Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts - 4. Zivilsenat - vom 24. Juni 2020 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 7. September 2020 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich der gegen die Beklagte (frühere Beklagte zu 1) gerichteten Klage zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren wird auf 25.887,41 € festgesetzt.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Der Kläger erwarb mit Kaufvertrag vom 19. Dezember 2013 bei der Beklagten, einer Fahrzeughändlerin, ein Gebrauchtfahrzeug Volkswagen Passat Variant 2.0 TDI zum Preis von 25.486 €. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor

des Typs EA 189 (Abgasnorm Euro 5) ausgestattet. 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            Nachdem das Kraftfahrt-Bundesamt die Software als unzulässige Abschaltvorrichtung beanstandet hatte, entwickelte die Volkswagen AG - welche als Herstellerin des Fahrzeugs ehemals als Beklagte zu 2 am Rechtsstreit beteiligt war - für den Motor ein Software-Update, welches hinsichtlich des Stickoxidausstoßes einen vorschriftsgemäßen Zustand herstellen sollte. Das vom Kraftfahrt-Bundesamt freigegebene Update stand für das vom Kläger erworbene Fahrzeug spätestens im Dezember 2016 zur Verfügung.

3            Mit Anwaltsschreiben vom 4. Mai 2017 erklärte der Kläger gegenüber der Beklagten den Rücktritt vom Kaufvertrag und setzte dieser eine Frist für die Rückabwicklung. Dem kam die Beklagte nicht nach, verwies den Kläger vielmehr auf das Software-Update und erklärte, bis zum 31. Dezember 2017 auf die Erhebung der Verjährungseinrede - auch für bereits verjährte Forderungen - zu verzichten. Das Software-Update ließ der Kläger nicht durchführen.

4            Das Landgericht hat die im Juli 2017 erhobene, auf Rückzahlung des Kaufpreises zuzüglich Aufwendungen in Höhe von insgesamt 401,41 € für Reparaturleistungen und eine Hauptuntersuchung, jeweils nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des erworbenen Fahrzeugs und gegen Zahlung

einer noch zu beziffernden Nutzungsentschädigung, auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten sowie auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichtete Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers, mit welcher er die Klage auf die - am vorliegenden Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren nicht beteiligte - Herstellerin erweitert hatte, hat das Berufungsgericht diese verurteilt, an den Kläger den Kaufpreis abzüglich einer Nutzungsentschädigung (insgesamt 21.999,78 € nebst Zinsen) Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des erworbenen Fahrzeugs zu zahlen, und auch den insoweit gestellten weiteren Klageanträgen im Wesentlichen stattgegeben. Die Berufung gegen das die Beklagte betreffende klageabweisende Urteil hat es zurückgewiesen.

5                    Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Nichtzulassungsbeschwerde, mit der er sein Klagebegehren weiterverfolgt.

## II.

6                    Das Berufungsgericht (OLG Brandenburg, Urteil vom 24. Juni 2020 - 4 U 147/19, juris) hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

7                    Dem Kläger stehe ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs aufgrund des von ihm erklärten Rücktritts nicht zu.

8                    Zwar sei der Rücktritt wegen des von der Beklagten erklärten Verjährungsverzichts nicht nach § 218 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam und weise das erwor-

bene Fahrzeug auch einen Sachmangel in Form der unzulässigen Abschalt-  
einrichtung auf. Jedoch fehle es an der gebotenen Fristsetzung zur Nacherfüllung.  
Eine solche Frist habe der Kläger nicht gesetzt, sondern habe mit Schreiben vom  
4. Mai 2017 unmittelbar den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt. Ein Fall, in wel-  
chem ausnahmsweise von einer Fristsetzung zur Nacherfüllung hätte abgesehen  
werden können, liege nicht vor.

9 Die Beklagte habe eine Nachbesserung nicht ernsthaft und endgültig ver-  
weigert (§ 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Vielmehr ergebe sich aus ihrem Antwortschrei-  
ben auf das Rückabwicklungsbegehren des Klägers ihre Nacherfüllungsbereit-  
schaft. Hierin habe die Beklagte dem Kläger angeboten, einen Termin in der  
Werkstatt zu vereinbaren, um die zu diesem Zeitpunkt bereits vorliegende und  
vom Kraftfahrt-Bundesamt freigegebene Software aufzuspielen.

10 Die Fristsetzung sei auch nicht wegen Unzumutbarkeit der Nachbesse-  
rung im Sinne von § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB entbehrlich gewesen. Eine solche  
Unzumutbarkeit ergebe sich insbesondere nicht aus der Ungeeignetheit der an-  
gebotenen Mangelbeseitigung. Das vom Kraftfahrt-Bundesamt freigegebene  
Software-Update sei geeignet, den Sachmangel der unzulässigen Abschalt-  
einrichtung und der damit latent drohenden Betriebsuntersagung zu beseitigen. So-  
weit der Kläger behaupte, nach dem Aufspielen des Software-Updates sei mit  
Folgemängeln (Leistungseinbußen, Erhöhung des Kraftstoffverbrauchs, gerin-  
gere Lebensdauer, Verrußung des Partikelfilters) beziehungsweise einer mer-  
kantilen Wertminderung zu rechnen, handele es sich um eine nicht ausreichende  
hypothetische Möglichkeit, über die "kein (Ausforschungs-)Beweis zu erheben"  
sei. Selbst wenn mit dem Update diese Folgemängel verbunden wären, läge dies  
im Risikobereich der Beklagten. Würden tatsächlich solche Folgeprobleme auf-  
treten, stünden dem Kläger erneut die Rechte aus § 437 BGB zu und könnte er

insbesondere - nunmehr wegen fehlgeschlagener Nachbesserung - ohne Fristsetzung den Rücktritt erklären.

- 11 Zur Begründung der Unzumutbarkeit einer Fristsetzung zur Nachbesserung könne sich der Kläger schließlich nicht auf ein infolge der arglistigen Täuschung der Herstellerin gestörtes Vertrauensverhältnis zur Beklagten berufen.

### III.

- 12 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 des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt. Denn es hat dessen hinreichend substantiiertes Vorbringen zu einer im Software-Update in Form eines sogenannten Thermofensters enthaltenen (unzulässigen) Abschaltvorrichtung nicht beachtet. Ferner hat das Berufungsgericht den Vortrag zu durch das Software-Update hervorgerufenen Folgeschäden sowie zu einem am Fahrzeug bestehenden merkantilen Minderwert zu Unrecht als nicht hinreichend substantiiert angesehen und es in der Folge versäumt, die hierfür vom Kläger angebotenen Sachverständigenbeweise zu erheben.

- 13 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; vom 12. Oktober 2021 - VIII ZR 91/20, juris Rn. 14). 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 Beweisanträge. 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).

14 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).

- 15            2. Gemessen an diesen Maßstäben ist dem Berufungsgericht eine Gehörsverletzung nach Art. 103 Abs. 1 GG anzulasten. Wie die Nichtzulassungsbeschwerde mit Recht rügt, hat das Berufungsgericht den Vortrag des Klägers zu einer in dem Software-Update enthaltenen unzulässigen Abschaltvorrichtung in Form eines sogenannten Thermofensters gänzlich unberücksichtigt gelassen. Zudem hätte das Berufungsgericht das Vorbringen des Klägers 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 "hypothetische Möglichkeit, über die kein (Ausforschungs-)Beweis zu erheben" sei, abtun dürfen, sondern vielmehr die diesbezüglich angebotenen Sachverständigenbeweise erheben müssen.
- 16            a) Den Vortrag des Klägers zu einem in dem Software-Update enthaltenen Thermofenster hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt und durch das Übergehen dieses zentralen Vorbringens das rechtliche Gehör verletzt.
- 17            Der Kläger hat - worauf die Nichtzulassungsbeschwerde zutreffend verweist - vorgetragen, dass aus seiner Sicht in dem Software-Update wiederum eine Abschaltvorrichtung in Form eines sogenannten Thermofensters implementiert sei. Dieses funktioniere "analog dem Thermofenster von der Daimler AG". Die Abgasreinigung setze nur bei Außentemperaturen zwischen 17 und 33 Grad Celsius ein und werde ab einer Höhe von 1000 Metern wieder ausgeschaltet. Der Kläger hat seine Ansicht, wonach ein solches Thermofenster eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007

über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (ABl. L 171/1 vom 29. Juni 2007; im Folgenden VO 715/2007/EG) sei, umfassend dargelegt und zur Funktionsweise des Software-Updates die Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt.

18 Da der Kläger mit diesem Vorbringen die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung vor dem von ihm erklärten Rücktritt vom Kaufvertrag darlegen will, handelt es sich um ein für sein Klagebegehren zentrales Vorbringen. Das Schweigen des Berufungsgerichts in diesem Punkt lässt deshalb (nur) den Schluss zu, dass dieser Vortrag entgegen dem Gebot aus Art. 103 Abs. 1 GG nicht oder zumindest nicht hinreichend beachtet wurde (vgl. hierzu BVerfG, NJW-RR 2018, 694 Rn. 18 mwN).

19 b) Bezüglich des klägerischen Vortrags zu Folgeschäden des Software-Updates sowie zu einem merkantilen Minderwert infolge der Betroffenheit des Fahrzeugs vom sogenannten Abgasskandal hat das Berufungsgericht die Substantiierungsanforderungen überspannt.

20 aa) 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; Beschluss vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, juris Rn. 15).

21            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).

22           bb) Gemessen hieran hat der Kläger ausreichend substantiiert dargelegt, dass nach seiner Auffassung durch das beklagtenseits zur Beseitigung des Sachmangels der unzulässigen Abschaltelinrichtung (vgl. hierzu ausführlich Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 24 ff. mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) angebotene Software-Update Folgeschäden am Fahrzeug entstünden und zudem auch unabhängig von der Durchführung des Updates ein merkantiler Minderwert des Fahrzeugs verbleibe, weswegen die für einen Rücktritt nach § 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich erforderliche vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung vorliegend entbehrlich gewesen sei (§ 326 Abs. 5, § 323 Abs. 2 Nr. 3, § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB). Bei seiner gegenteiligen Auffassung hat das Berufungsgericht die Anforderungen an einen substantiierten und schlüssigen Sachvortrag überspannt.

23           (1) Das Berufungsgericht hätte dem unter Beweis gestellten Vorbringen des Klägers zu den negativen technischen Auswirkungen des Software-Updates für das Fahrzeug nachgehen müssen.

24 (a) Der Kläger hat wiederholt geltend gemacht, die erhöhte Abgasrückführung nach Installation des Software-Updates bewirke eine starke Rußpartikelbildung. Diese führe zu Versottungsschäden unter anderem am Abgasrückführungsventil, zu Partikelfilterschäden ab 30.000 Kilometern, da dieser permanent "freibrennen" müsse, zu Motorschäden bereits ab einer Laufleistung von 50.000 Kilometern sowie zu einem schlechteren Ansprechverhalten des Motors aufgrund der verzögerten Verbrennung. Zudem habe das Update einen höheren Verbrauch zur Folge, da ein geändertes Verbrennungsgemisch, das mehr Abgase mitverbrennen solle, mehr Sauerstoff und mehr Kraftstoff benötige. Zum Nachweis der ihm deshalb drohenden Folgeschäden eines auf die Entfernung der unzulässigen Abschaltvorrichtung gerichteten Updates hat er sich wiederholt auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens berufen.

25 Damit hat der Kläger ausreichend eine von ihm für wahrscheinlich erachtete, nicht ordnungsgemäße Nachbesserung durch das Software-Update dargelegt, aufgrund derer gegebenenfalls eine vorherige Fristsetzung (§ 323 Abs. 1 BGB) entbehrlich hätte sein können. Insbesondere durfte er sich dabei als Laie auf nur vermutete Tatsachen stützen, denn er kann mangels eigener Sachkunde und hinreichenden Einblicks in die Funktionsweise des Software-Updates keine genaue Kenntnis von dessen konkreter (Aus-)Wirkung haben, weswegen er betreffend die von ihm 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, NJW 2021, 2958 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 ihm nicht zu fordern. Diese sind vielmehr im Rahmen der Beweisaufnahme - also im Wege der Einholung des vom Kläger angebotenen Sachverständigengutachtens - zu klären.

26 (b) Schließlich führt auch der von der Beklagtenseite wiederholt hervorgehobene Umstand, dass in der von ihr vorgelegten Bescheinigung des Kraftfahrt-Bundesamts vom 3. Juni 2016 unter anderem ausgeführt wird, "die ursprünglich vom Hersteller angegebenen Kraftstoffverbrauchswerte und CO<sub>2</sub>-Emissionen wurden in Prüfungen durch einen Technischen Dienst bestätigt" und "die bisherige Motorleistung und das maximale Drehmoment blieben unverändert", nicht zu erhöhten Substantiierungsanforderungen beim Kläger als Laien, zumal das Kraftfahrt-Bundesamt nicht offengelegt hat, auf welche Weise diese Erkenntnisse konkret gewonnen wurden. Allenfalls führt der Bescheid des Kraftfahrt-Bundesamts dazu, dass die Beklagte das Vorbringen des Klägers unter Berufung auf diese Freigabebestätigung substantiiert bestreiten kann (vgl. 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).

27 (2) Darüber hinaus hätte das Berufungsgericht auch über die Behauptung des Klägers, das Software-Update könne wegen des hiervon unberührten merkantilen Minderwerts zu keiner vollständigen Mängelbeseitigung führen, Beweis erheben müssen. Der Kläger 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 30 % aufweise. Dies beruhe vor allem auf dem Vertrauensverlust in eine rechtlich und technisch korrekte Produktion der Volkswagen AG, der durch das Software-

Update mit seinen rechtlich wie technisch zweifelhaften Komponenten nicht ausgeglichen werden könne.

28 (a) 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; Beschluss vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, juris Rn. 24).

29 (b) Ob die Eigenschaft eines vom sogenannten Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs - insbesondere wenn es über einen Dieselmotor des Typs EA 189 verfügt - in vergleichbarer Weise einen (unbehebaren) 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 verborgener 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 Verkehrswerts niederschlägt (Senatsbeschlüsse vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, juris Rn. 25; vom 9. November 2021 - VIII ZR 184/20, juris Rn. 21).

30           Vor diesem Hintergrund ist es (jedenfalls derzeit) für einen substantiierten Sachvortrag ausreichend, dass der Kläger behauptet hat, die ungewissen Auswirkungen des Software-Updates sowie das infolge des Abgasskandals allgemein gesunkene Vertrauen in von der Volkswagen AG produzierte Dieselfahrzeuge führe dazu, dass allein aufgrund des Makels "vom Abgasskandal betroffenes Fahrzeug" ein Kraftfahrzeug auf dem freien Markt einen Wertverlust erfahre. Damit stellte die Einholung eines Sachverständigengutachtens entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts keinen (unzulässigen) Ausforschungsbeweis dar.

31           c) Die dem Berufungsgericht unterlaufenen Gehörsverletzungen sind auch entscheidungserheblich (§ 544 Abs. 9 ZPO).

32           aa) Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht, hätte es das Vorbringen des Klägers in gebotener Weise zur Kenntnis genommen und zu den behaupteten Folgeschäden des Updates und zum merkantilen Minderwert des Fahrzeugs den angebotenen Sachverständigenbeweis erhoben, zu der Überzeugung gelangt wäre, dass mit Blick auf die vom Kläger im Rücktrittsschreiben als maßgebliche Nacherfüllungsvariante gewählte (siehe hierzu Senatsurteil vom 29. September 2021 - VIII ZR 111/20, WM 2021, 2156 Rn. 28, 40, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) Nachbesserung durch das Software-Update besondere Umstände vorlagen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen einen sofortigen Rücktritt auch ohne vorherige Fristsetzung rechtfertigten (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB) oder aufgrund derer es wegen Unzumutbarkeit für den Kläger nach § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB oder wegen Unmöglichkeit (beider Arten) der Nacherfüllung nach § 326 Abs. 5 BGB einer solchen Fristsetzung nicht bedurft hätte, so dass der Kläger aus diesem Grund nicht mit seinem auf Rückabwicklung des Kaufvertrags gerichteten Begehren ausgeschlossen gewesen wäre (vgl. hierzu bereits Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 82 mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Senatsbeschluss vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, juris Rn. 33).

33           bb) Anders als die Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung meint, ist auch bezüglich der behaupteten unzulässigen Abschalteneinrichtung in Form des sogenannten Thermofensters - dessen Vorhandensein die Beklagtenseite nicht in Abrede stellt - eine andere Entscheidung möglich.

34           Denn die Frage der Zulässigkeit einer solchen Abschalteneinrichtung ist nicht deshalb einer "zivilgerichtlichen Kontrolle (...) entzogen", weil das Kraftfahrt-Bundesamt in seiner Freigabebestätigung erklärte, die nach dem Software-Update vorhandenen Abschalteneinrichtungen seien zulässig. Entgegen der Auffassung

der Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung kommt diesem Freigabebescheid eine (für das hiesige Verfahren bindende) Tatbestandswirkung nicht zu. Denn bei den Ausführungen des Kraftfahrt-Bundesamts, wonach vorhandene Abschaltanlagen zulässig seien, handelt es sich um Begründungselemente, die von dem Regelungsinhalt und damit der Tatbestandswirkung des Verwaltungsakts selbst nicht erfasst werden (vgl. dazu im Einzelnen Senatsurteil vom 8. Dezember 2021 - VIII ZR 190/19, unter II 2 c dd (1) (a) (bb) (aaa) mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Sollte das Software-Update - dessen genaue Funktionsweise gegebenenfalls durch Sachverständigengutachten zu klären ist - (wiederum) eine Abschaltanlage im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG darstellen, die nach Maßgabe der Bestimmung des Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG unzulässig ist, wäre die von der Beklagten angebotene Nachbesserung bereits aus diesem Grund unzureichend (vgl. Senatsurteil vom 8. Dezember 2021 - VIII ZR 190/19, unter II 2 c dd (1) (a), zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

35                    3. Die weiteren von der Nichtzulassungsbeschwerde erhobenen Rügen hat der Senat geprüft, jedoch nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird insoweit abgesehen (§ 544 Abs. 6 Satz 2 ZPO).

IV.

36 Nach alledem ist das Urteil des Berufungsgerichts in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuheben und der Rechtsstreit insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 544 Abs. 9 ZPO).

Dr. Bunger

Dr. Schneider

Dr. Schmidt

Wiegand

Dr. Matussek

Vorinstanzen:

LG Potsdam, Entscheidung vom 07.08.2019 - 12 O 124/17 -

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 24.06.2020 - 4 U 147/19 -