



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VIII ZR 226/19

vom

29. September 2021

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 29. September 2021 durch die Richterin Dr. Fetzer als Vorsitzende, die Richter Dr. Schneider und Dr. Schmidt sowie die Richterinnen Wiegand und Dr. Matussek

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers wird der Beschluss des Oberlandesgerichts München - 27. Zivilsenat - vom 28. Juni 2019 aufgehoben.

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

Der Gegenstandswert des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens wird auf 22.177,17 € festgesetzt.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Der Kläger erwarb mit Kaufvertrag vom 9. Dezember 2010 bei der Beklagten ein Gebrauchtfahrzeug zum Preis von 20.400 €. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs (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 Stickoxid- ausstoß höher ausfiel.

2            Nachdem das Kraftfahrtbundesamt die Software als unzulässige Abschalt- einrichtung beanstandet hatte, entwickelte die            AG für den Motor ein Software-Update, welches hinsichtlich des Stickoxidausstoßes einen vorschrift- gemäßen Zustand herstellen sollte. Das vom Kraftfahrtbundesamt freigegebene Update stand für das vom Kläger erworbene Fahrzeug ab dem 14. Dezember 2016 zur Verfügung, worüber dieser vom Hersteller auch im Dezember 2016 in- formiert wurde.

3            Mit Anwaltsschreiben vom 20. Dezember 2016 erklärte der Kläger gegen- über der Beklagten den Rücktritt vom Kaufvertrag und setzte dieser eine Frist für die Rückabwicklung des Kaufvertrags bis zum 29. Dezember 2016. Dem kam die Beklagte nicht nach. Am 17. August 2017 ließ der Kläger das Software-Update von der Beklagten durchführen.

4            Das Landgericht hat die auf Rückzahlung des Kaufpreises zuzüglich Auf- wendungen für Reparaturleistungen (in Höhe von weiteren 1.777,17 €) nebst Zin- sen, Zug um Zug gegen die Übergabe des erworbenen Fahrzeugs und gegen Zahlung einer noch zu beziffernden Nutzungsentschädigung, auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten sowie auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsan- waltskosten gerichtete Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beru- fung des Klägers durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Nichtzulassungsbeschwerde, mit der er sein Klagebegehren weiterverfolgt.

II.

5           Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

6           Zwar sei das streitgegenständliche Fahrzeug aufgrund der verwendeten Software bei Übergabe an den Kläger mangelhaft im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB gewesen. Ein Rücktrittsrecht des Klägers sei jedoch nach § 323 BGB ausgeschlossen, weil dieser der Beklagten unstreitig keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt habe.

7           Insbesondere lägen keine besonderen Umstände gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt des Klägers rechtfertigten. Auch nach dem Vortrag des Klägers selbst sei nicht im Ansatz von einer arglistigen Täuschung durch die Beklagte als Verkäuferin des Gebrauchtfahrzeugs auszugehen. Eine mögliche arglistige Täuschung des Herstellers müsse sich die Beklagte nicht zurechnen lassen.

8           Die Nachbesserung durch die Beklagte sei für den Kläger auch nicht unzumutbar, was sich bereits daraus ergebe, dass der Kläger im Jahre 2017 das Aufspielen des Updates letztendlich tatsächlich durch diese habe durchführen lassen. Eine mögliche arglistige Täuschung des Herstellers führe im Übrigen nicht zwingend dazu, dass das Vertrauensverhältnis zur Beklagten als Verkäuferin zerrüttet sei. Darüber hinaus sei die Erstellung des Updates in Absprache mit dem Kraftfahrtbundesamt erfolgt und das Update erst nach Freigabe und Zulassung durch dieses durchgeführt worden. Ein unzumutbares Zuwarten, bis das Update zur Verfügung gestanden habe, sei vorliegend offensichtlich nicht gegeben, da der Kläger bereits im Dezember 2016 über das verfügbare Update informiert worden sei.

9 Auch der vom Kläger behauptete merkantile Minderwert, der durch keinerlei Tatsachen konkretisiert werde, sowie der behauptete Mangelverdacht hinsichtlich weiterer Mängel, die sich aus dem Update ergeben würden, führten zu keiner anderen Bewertung. Vielmehr habe der Kläger nach seinen eigenen Angaben im Termin vor dem Landgericht einen höheren Kraftstoffverbrauch, mit dem er unter anderem den merkantilen Minderwert begründe, nicht festgestellt. Der vom Kläger erstmals in der Berufungsbegründung gestellte Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Beweis dafür, dass ungeachtet des Software-Updates der Minderwert des Fahrzeugs durch den Abgasskandal 30 % betrage, sei bereits nach § 531 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 ZPO verspätet und damit unzulässig. Zudem habe der Kläger keinerlei konkrete Anknüpfungstatsachen für eine solche Begutachtung vorgetragen, so dass es sich hierbei um eine schlichte Behauptung ins Blaue hinein handle.

### III.

10 Die zulässige Nichtzulassungsbeschwerde hat in der Sache Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 9 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die angefochtene Entscheidung verletzt in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Denn das Berufungsgericht hat gehörswidrig das hinreichend substantiierte Vorbringen des Klägers zu durch das Software-Update hervorgerufenen Folgeschäden sowie zu einem am Fahrzeug bestehenden merkantilen Minderwert übergangen und in der Folge versäumt, die hierfür vom Kläger angebotenen Sachverständigenbeweise zu erheben. Die Annahme des Berufungsgerichts, der bezüglich des Bestehens eines Minderwerts gestellte Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens sei nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen, ist ebenfalls offenkundig fehlerhaft und gehörsverletzend.

- 11            1. Das Gebot rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. 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, Rn. 4; vom 26. Mai 2020 - VIII ZR 64/19, NJW-RR 2020, 1019 Rn. 13; vom 8. September 2021 - VIII ZR 258/20 unter III 1 a, zur Veröffentlichung bestimmt; jeweils mwN).
- 12            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 Trichters 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; jeweils mwN).

- 13            Ebenso verletzt es den Anspruch der Partei auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG), wenn ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel einer Partei deswegen unberücksichtigt bleibt, weil der Tatrichter es in offenkundig fehlerhafter Anwendung einer Präklusionsvorschrift wie derjenigen des § 531 ZPO zu Unrecht zurückgewiesen hat (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschlüsse vom 27. Februar 2018 - VIII ZR 90/17, NJW 2018, 1686 Rn. 13; vom 20. März 2019 - VII ZR 182/18, NJW-RR 2019, 726 Rn. 15; vom 23. September 2020 - IV ZR 74/20, FamRZ 2020, 2021 Rn. 8; jeweils mwN).
- 14            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 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 "durch keinerlei Tatsachen konkretisiert" und "schlichte Behauptung ins Blaue hinein" abtun dürfen, sondern vielmehr die diesbezüglich angebotenen Sachverständigenbeweise erheben müssen.
- 15            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 12. September 2012 - 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, Urteil 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).

16

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).

17            b) Gemessen hieran hat der Kläger ausreichend substantiiert dargelegt, dass nach seiner Auffassung durch das beklagtenseits zur Beseitigung des Sachmangels der unzulässigen Abschaltvorrichtung (vgl. hierzu ausführlich Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, ZIP 2021, 1706 Rn. 24 ff. mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) angebotene und inzwischen aufgespielte 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.

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

19            (1) Der Kläger hat wiederholt geltend gemacht, ihm sei eine Nachbesserung durch ein vom Hersteller entwickeltes Software-Update (unter anderem) deswegen unmöglich beziehungsweise unzumutbar, weil es nach Durchführung des Updates in vielen Fällen zu weiteren Mängeln in Form einer Erhöhung der Emissionswerte und des Kraftstoffverbrauchs, einer Verschlechterung der Motorleistung sowie verstärkten Verschleißerscheinungen komme; überdies

springe auch nach dem Update ab einer Geschwindigkeit von 121 km/h der "Dreckmodus" wieder an. Diesbezüglich hat er sich auf verschiedene Entscheidungen von Instanzgerichten berufen und die von ihm befürchteten Folgeschäden des Updates - unter Bezugnahme auf eine von ihm auszugsweise vorgelegte fachliche Publikation - unter anderem damit begründet, dass es technisch und chemisch nur möglich sei, den NOx-Wert ohne Leistungseinbußen zu senken, wenn der Verbrauch substantiell erhöht werde, wodurch wiederum die CO<sub>2</sub>-Werte und gleichzeitig auch die Rußpartikelwerte exponentiell anstiegen. Zum Nachweis der von ihm deshalb drohenden Folgeschäden eines auf die Entfernung der unzulässigen Abschaltvorrichtung gerichteten Updates hat er sich wiederholt auf die Einholung eines Sachverständigenutachtens berufen.

20           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 nach § 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, ZIP 2021, 1706 Rn. 85 f., zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; BGH, Beschlüsse vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 Rn. 7 ff.; vom 26. März 2019 - VI ZR 163/17, VersR 2019, 835 Rn. 11 ff.). 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.

21           (2) Soweit das Berufungsgericht demgegenüber pauschal gemeint hat, der Kläger habe seine Behauptungen "durch keinerlei Tatsachen konkretisiert", hat es dessen Ausführungen nicht in der nach Art. 103 Abs. 1 GG gebotenen Weise zur Kenntnis genommen und sich nicht mit ihnen inhaltlich auseinandergesetzt. Den beschriebenen strengen Voraussetzungen für eine Behauptung "ins Blaue hinein" genügt es nicht, dass das Berufungsgericht - wie zuvor bereits das Landgericht - insoweit einzig darauf verwiesen hat, der Kläger habe bis zum Termin vor dem Landgericht (also rund sechs Monate nach Durchführung des Updates) eigene Ermittlungen zu einem gestiegenen Kraftstoffverbrauch noch nicht angestellt. Ohnehin ist zu bedenken, dass eine aussagekräftige Feststellung entsprechender Werte vor und nach dem Software-Update - also hinsichtlich des Kraftstoffverbrauchs, aber auch betreffend die Fahrzeugleistung oder den Abgasausstoß - spezifische technische Kenntnisse, Fähigkeiten und Gerätschaften erfordern wird, so dass derartige Anforderungen von der darlegungsbelasteten Partei ohne vorherige Einholung eines (kostenträchtigen) Privatgutachtens letztlich gar nicht erfüllt werden könnten.

22           (3) Schließlich führt auch der von der Beklagtenseite wiederholt hervorgehobene Umstand, dass in der von ihr vorgelegten Bescheinigung des Kraftfahrtbundesamts vom 3. November 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 weiter angegeben wird, "die bisherige Motorleistung und das maximale Drehmoment blieben unverändert", nicht zu erhöhten Substantiierungsanforderungen beim Kläger als Laien, zumal das Kraftfahrtbundesamt nicht offengelegt hat, auf welche Weise diese Erkenntnisse konkret gewonnen wurden. Allenfalls führt der

Bescheid des Kraftfahrtbundesamts dazu, dass die Beklagte das Vorbringen des Klägers unter Berufung auf die Freigabebestätigung des Kraftfahrtbundesamts substantiiert bestreiten kann (siehe bereits Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, ZIP 2021, 1706 Rn. 87, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

23           bb) 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 sei unabhängig davon, ob es nach dem Update in technischer Hinsicht noch Nachteile aufweise, jedenfalls auch deshalb weiterhin (unbehebbar) mangelhaft, weil es von dem Abgasskandal betroffen und deshalb mit einem Makel behaftet sei, der zu einem erheblich geringeren Wiederverkaufswert führe.

24           (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 12. März 2008 - VIII ZR 253/05, NJW 2008, 1517 Rn. 18, 21; vom 10. Oktober 2007 - VIII ZR 330/06, NJW 2008, 53 Rn. 20; 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 verborgen 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). Die Eigenschaft als Unfallfahrzeug kann danach selbst dann mangelbegründend wirken, wenn im Einzelfall die Befürchtung eines Folgeschadens in Wahrheit unbegründet ist (vgl. bereits BGH, Urteil vom 20. Juni 1968 - III ZR 32/66, WM 1968, 1220 unter A II 3).

25           (2) Ob die Eigenschaft eines vom sogenannten Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs - insbesondere wenn es über einen Dieselmotor des Typs 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 [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.

26 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 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 einem Vortrag "ins Blaue hinein" ausgeht, weil der Kläger keinerlei konkrete Anknüpfungstatsachen vorgetragen habe, auf die ein Sachverständiger seine Begutachtung aufbauen könnte, ist bereits nicht erkennbar, dass es das Vorbringen des Klägers überhaupt zur Kenntnis genommen und sich inhaltlich mit ihm auseinandergesetzt hat, sowie welches weitere - vom Kläger tatsächlich erfüllbare - Vorbringen das Berufungsgericht erwartet haben würde. Ob das vom Kläger erworbene Fahrzeug tatsächlich von dem behaupteten Wertverlust betroffen ist - was die Beklagte bestreitet - und ob dieser tatsächlich kausal auf die Betroffenheit vom sogenannten Abgasskandal zurückzuführen ist - und nicht, wie die Beklagte vorträgt, allenfalls mit der Befürchtung von Fahrverboten für Dieselfahrzeuge in den Innenstädten zusammenhängt - ist eine Tatfrage, die durch Einholung des hierfür zum Beweis angebotenen Sachverständigengutachtens zu klären sein wird (vgl. auch bereits Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, ZIP 2021, 1706 Rn. 84, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

27 (3) In ebenfalls gehörsverletzender Weise ist das Berufungsgericht zudem davon ausgegangen, das angebotene Sachverständigengutachten zum Beweis des merkantilen Minderwerts sei auch deshalb nicht einzuholen, weil der Kläger den entsprechenden Antrag erstmals in der Berufungsbegründung gestellt habe und es sich damit um ein neues Angriffsmittel handelte, welches nach § 531 Abs. 2 ZPO in der Berufungsinstanz nicht mehr zuzulassen sei.

28           Denn neu im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO ist ein Beweisantritt nur dann, wenn er entweder in der ersten Instanz überhaupt nicht oder zwar zunächst gestellt, aber im Folgenden auf ihn verzichtet worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2017 - VIII ZR 69/16, NJW 2017, 2288 Rn. 21; Beschluss vom 25. April 2019 - I ZR 170/18, TranspR 2019, 376 Rn. 17). Vorliegend hat der Kläger - worauf die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht hinweist - jedoch bereits in erster Instanz (Replik) ein Sachverständigengutachten zum Beweis der Behauptung angeboten, das mit dem Makel des Abgasskandals behaftete Fahrzeug erfahre als solches auf dem freien Markt einen erheblichen Wertverlust. Allein die sodann in der Berufungsbegründung vorgenommene (nicht näher begründete) Ergänzung, dieser Minderwert betrage vor und nach dem Update "30 %", führt nicht zu einem neuen Beweisantrag im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO (vgl. BGH, Urteile vom 8. Juni 2004 - VI ZR 199/03, BGHZ 159, 245, 251; vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 166/11, NJW-RR 2012, 341 Rn. 15; vom 19. Februar 2016 - V ZR 216/14, NJW 2016, 2315 Rn. 27; Senatsbeschlüsse vom 23. August 2016 - VIII ZR 178/15, NJW-RR 2017, 72 Rn. 20; vom 26. Mai 2020 - VIII ZR 64/19, NJW-RR 2020, 1019 Rn. 26).

29           3. Dem Erfolg der vom Kläger geltend gemachten Gehörsverletzung steht, abweichend von der Auffassung der Beschwerdeerwiderung, nicht der allgemeine Grundsatz der Subsidiarität entgegen.

30           a) Der Subsidiaritätsgrundsatz fordert, 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. 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. Senatsbeschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, aaO). Denn einer Revision 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, Beschluss vom 27. März 2003 - V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 296 f.).

31            b) Ein diesbezügliches Versäumnis ist dem Kläger vorliegend jedoch nicht anzulasten. Die Möglichkeit, auf den Hinweisbeschluss gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO Stellung zu nehmen - der nach allgemeiner Auffassung dem Zweck dient, dem Berufungsführer rechtliches Gehör zu gewähren -, hat er mit seinem Schriftsatz vom 7. Juni 2019 genutzt. Hierin hat er ausgeführt, dass er entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts eine Fristsetzung zur Nacherfüllung für entbehrlich halte, wobei er dies unter weitgehender Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens erneut (unter anderem) mit einem unbehebaren merkantilen Minderwert des Fahrzeugs und der Gefahr von Folgeschäden durch das Update begründet und zum Beweis, wie bereits in erster Instanz, ("wiederholend") jeweils die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten hat.

32            Zwar darf eine Partei auf den Hinweis des Berufungsgerichts, ihr Vortrag sei unsubstantiiert, zur Erfüllung der Anforderungen des Subsidiaritätsgrundsatzes nicht mit der Begründung, ihr sei weiterer Sachvortrag nicht möglich, auf eine Stellungnahme zum gerichtlichen Hinweisbeschluss verzichten, sondern kann

unter Umständen auch gehalten sein, dem Gericht die oben genannte höchst-richterliche Rechtsprechung zu den strengen Anforderungen an eine Behauptung "ins Blaue hinein" vor Augen zu führen und damit beizeiten der gerügten Gehörsverletzung entgegenzuwirken (vgl. zu einem solchen Fall Senatsbeschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, aaO Rn. 17). Vorliegend bestand für derartige weitergehende (rechtliche) Ausführungen indes keine Veranlassung. Denn der Kläger hat in seiner Stellungnahme zum Hinweisbeschluss zahlreiche andere gerichtliche Entscheidungen aufgeführt, die vergleichbaren Vortrag zu Folgemängeln des Software-Updates haben ausreichen lassen. Damit handelt es sich um einen anderen Sachverhalt als in dem Fall, der dem Senatsbeschluss vom 28. Januar 2020 (VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740) zugrunde lag.

33

4. Die vom Kläger geltend gemachte Gehörsverletzung war auch entscheidungserheblich (§ 544 Abs. 9 ZPO). Denn es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht, hätte es das Vorbringen des Klägers 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 mit Blick auf die vom Kläger im Rücktrittsschreiben als maßgebliche Nacherfüllungsvariante gewählte (siehe hierzu Senatsurteil vom 29. September 2021 - VIII ZR 111/20, unter B I 2 b bb (1) (a) und cc, zur Veröffentlichung bestimmt, mwN) 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, ZIP 2021, 1706 Rn. 82 mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

IV.

34 Nach alledem ist der Beschluss des Berufungsgerichts aufzuheben und der Rechtsstreit zur neuen Entscheidung und Verhandlung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats 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 2002 - VIII ZR 171/19, NJW 2002, 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).

35 Für das weitere Berufungsverfahren weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass der Kläger vorliegend auch nicht unter dem Gesichtspunkt treuwidrigen Verhaltens (§ 242 BGB) gehindert wäre, an einer durch den gegebenenfalls wirksam erklärten Rücktritt erlangten Rechtsposition festzuhalten, weil er das Software-Update noch vor Schluss der mündlichen Verhandlung durchführen ließ. Denn der Kläger hat in diesem Zusammenhang ausweislich des Sitzungsprotokolls vom 19. Februar 2018 - was die Beschwerdeerwiderung übersieht - unwidersprochen erklärt, dass er zuvor schriftlich auf die mögliche Zwangsstilllegung des Fahrzeugs ohne die binnen kurzer Frist durchzuführende Nachbesserung

hingewiesen worden sei (siehe hierzu bereits Senatsurteile vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 275/19, juris Rn. 38, sowie VIII ZR 357/20, juris Rn. 36).

Dr. Fetzer

Dr. Schneider

Dr. Schmidt

Wiegand

Dr. Matussek

Vorinstanzen:

LG Augsburg, Entscheidung vom 09.04.2018 - 111 O 1283/17 -

OLG München in Augsburg, Entscheidung vom 28.06.2019 - 27 U 1493/18 -