

VERFASSUNGSGERICHT DES LANDES BRANDENBURG



IM NAMEN DES VOLKES

B e s c h l u s s

VfGBbg 16/22

In dem Verfassungsbeschwerdeverfahren

D.,

Beschwerdeführer,

wegen Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 26. Januar 2022
-7 U 214/20

hat das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg

am 11. Oktober 2024

durch die Verfassungsrichterinnen und Verfassungsrichter Möller, Dr. Finck,
Dr. Koch, Richter, Sokoll und Dr. Strauß

b e s c h l o s s e n :

Die Verfassungsbeschwerde wird verworfen.

G r ü n d e :

A.

- 1 Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Zurückweisung der Berufung in einem zivilgerichtlichen Verfahren.

I.

- 2 Der Beschwerdeführer ist als gemeinnütziger Verbraucherschutzverein in die Liste qualifizierter Verbraucherverbände nach § 4 des Gesetzes über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (UKlaG) eingetragen. Vor dem Landgericht Potsdam erhob er im April 2019 Klage gegen die Betreiberin der S.-Therme in B. (im Folgenden: die Beklagte). Die Klage war gerichtet auf die Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 4.500,00 Euro aus einer strafbewehrten Unterlassungserklärung der Beklagten vom 13. Juli 2010 wegen der Verwendung einer unwirksamen Regelung zur Haftung der Badegäste bei Verlust des an sie ausgegebenen Schlüssels.
- 3 Bei diesem Schlüssel handelt es sich um einen teils mechanischen, mit einem elektronischen Datenträger (im Folgenden: Schlüsselchip) versehenen Schlüssel, mit dem die Kunden der Beklagten die ihnen zur Verfügung gestellten Umkleidekabinen öffnen sowie Zusatzleistungen bargeldlos buchen können. Außerdem dient der Schlüssel zur Speicherung von Tarif und Endzeit des Besuchs in der Therme.
- 4 In der bis Juli 2010 geltenden Haus- und Badeordnung der Beklagten, in der sie die Vertragsbeziehungen zu ihren Kunden in der Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) näher ausgestaltet, war die folgende Klausel enthalten:

„Bei Verlust eines Schlüssels haftet der Benutzer mit einem Betrag in Höhe von 40,00 Euro.“

- 5 Nachdem der Beschwerdeführer die Beklagte im Juli 2010 diesbezüglich wegen der Verwendung unwirksamer AGB abgemahnt hatte, hatte die Beklagte mit Schreiben vom 13. Juli 2010 die streitgegenständliche Unterlassungserklärung abgegeben, mit der sie sich bei Meidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Vertragsstrafe verpflichtete, die Verwendung der genannten Regelung zu den Kosten bei Schlüsselverlust zu unterlassen.

- 6 Die Haus- und Badeordnung der Beklagten vom 1. Dezember 2017 enthielt in Ziffer V. Abs. 8 Satz 4 die folgende Haftungsregelung:

„V. Haftung

(...)

8. (...) Bei schuldhaftem Verlust, Zerstörung oder Beschädigung des Schlüsselchips oder von Leih Sachen wird ein Pauschalbetrag in Höhe von derzeit 40,00 Euro (Schlüsselchip) bzw. ein Pfand in Höhe von 50,00 Euro bzw. 20,00 Euro (Leihwäsche) in Rechnung gestellt, was den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden nicht übersteigt.

(...)

Dem Gast ist ausdrücklich gestattet, den Nachweis anzutreten, dass der Bad Saarow Kur GmbH gar kein oder ein wesentlich geringerer Schaden entstanden ist, als der Pauschalbetrag ausweist.“

- 7 Ende Oktober 2018 forderte der Beschwerdeführer die Beklagte auf, die Verwendung der vorgenannten Klausel zu unterlassen. Zugleich machte er die Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 4.500,00 Euro nach der Unterlassungserklärung vom 13. Juli 2010 geltend. Die Beklagte lehnte beide Forderungen des Beschwerdeführers ab, was sie unter anderem damit begründete, dass die nunmehr beanstandete Klausel mit der zu unterlassenden nicht identisch sei.
- 8 Der Beschwerdeführer beantragte den Erlass eines Mahnbescheids gegen die Beklagte. Nach Abgabe der Sache an das Landgericht Potsdam verfolgte der Beschwerdeführer seinen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung der Vertragsstrafe im dort anhängigen streitigen Verfahren weiter.
- 9 In ihrer Klageerwiderung trug die Beklagte unter anderem vor, dass die Pauschale in ihren AGB jedenfalls nicht überhöht sei. Die für die Neuerstellung eines Schlüsselchips notwendigen Kosten beliefen sich auf mehr als 40,00 Euro. Die Schlüsselchips der Beklagten seien hohen Belastungen (Salzwasser, Besucherzahlen) ausgesetzt, weshalb eine höhere und damit kostspieligere Materialqualität erforderlich sei. Außerdem mache der Verlust eines Schlüssels die Programmierung des neu beschafften Schlüsselchips erforderlich. Diese Programmierung erfordere mindestens eine

Stunde Arbeitszeit und müsse durch einen speziellen Mitarbeiter der Beklagten an einem eigens hierfür eingerichteten Arbeitsplatz erfolgen. Die hierfür anfallenden Personalkosten beliefen sich auf 36,00 Euro. Zusammen mit den Materialkosten für die Neubeschaffung eines Schlüssels in Höhe von 6,62 Euro ergäben sich Gesamtkosten in Höhe von mindestens 42,62 Euro. Ihren Vortrag hatte die Beklagte mit einer tabellarischen Kostenkalkulation (Anlage B1) unterlegt, die - ausgehend von sieben Programmierschritten - den hierfür jeweils angesetzten Zeitaufwand (zwischen vier und zwölf Minuten) und den veranschlagten Stundenlohn (40,00 Euro) auswies. Außerdem hatte sie Beweis angeboten durch die Vernehmung eines Mitarbeiters.

- 10 Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 7. Oktober 2019 nahm der Beschwerdeführer hierzu Stellung. Er bestritt mit Nichtwissen, dass die Beklagte kostspieligere Schlüsselchips benötige als andere Bäder. Ebenso bestritt er das Vorbringen der Beklagten zum Zeitaufwand der Programmierung und den hierfür anfallenden Personalkosten sowie die Richtigkeit der in der vorgelegten Tabelle angegebenen Zahlen mit Nichtwissen.
- 11 Die Klage wies das Landgericht mit Urteil vom 17. November 2020 insgesamt ab. Zur Begründung führte es aus, dass die von der Beklagten im Jahr 2018 verwendete Baudeordnung keinen Verstoß gegen den wirksam zustande gekommenen Unterlassungsvertrag darstelle, weil die beanstandete Klausel nicht inhaltsgleich mit derjenigen sei, die die Beklagte im Jahr 2010 verwendet und zu deren Unterlassung sie sich verpflichtet habe. Die vereinbarte Vertragsstrafe sei somit nicht verwirkt. Für die Beurteilung der Inhaltsgleichheit sei die sogenannte Kerntheorie maßgebend, nach der es darauf ankomme, ob der Kern der Verletzungshandlung inhaltsgleich sei. Der von den Parteien übereinstimmend angenommene Kern der Verletzungshandlung sei hiernach die Geltendmachung pauschalierter Schadensersatzes im Sinne von § 309 Nr. 5b Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Gerade dieses pauschalierte Schadensersatzverlangen ohne Möglichkeit des Gegenbeweises habe die 2010 verwendete Klausel AGB-widrig gemacht. Diesen Kerngehalt des beanstandeten Verhaltens habe die Beklagte abgestellt, indem sie in den von ihr verwendeten AGB die Möglichkeit eines Gegenbeweises eingeführt und als Voraussetzung für das Schadensersatzbegehren ein Verschuldenserfordernis eingeführt habe. Die konkrete Höhe der Pauschale sei demgegenüber nachrangig. Im Übrigen habe die Beklagte hierzu substantiiert vorgetragen. Das pauschale Bestreiten des Beschwerdeführers genüge insoweit nicht, die tatsächlichen Ersatzkosten als beweisbedürftig anzusehen. Soweit

der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben auch eine überhöhte Pauschale im Sinne von § 309 Nr. 5a BGB gerügt habe, habe es sich um ein einseitiges Kontrahierungsmotiv gehandelt, das für die Auslegung der Vereinbarung nicht maßgeblich sei.

- 12 Gegen die Abweisung seiner Klage wandte sich der Beschwerdeführer mit der Berufung an das Brandenburgische Oberlandesgericht. Er machte geltend, dass die Auffassung des Landgerichts, wonach die vom Beschwerdeführer beanstandete neue Klausel nicht inhaltsgleich mit derjenigen sei, zu deren Unterlassung sich die Beklagte verpflichtet habe, auf einer rechtsfehlerhaften Anwendung der für Unterlassungsverträge geltenden Auslegungsregel beruhe. Bei methodisch korrektem Vorgehen sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die ursprüngliche Klausel in der Abmahnung zumindest gleichrangig wegen der Höhe der Pauschale nach § 309 Nr. 5a BGB und wegen der fehlenden Gegenbeweismöglichkeit nach § 309 Nr. 5b BGB beanstandet habe. Hierfür spreche auch, dass er in der Abmahnung konkret dargelegt habe, welche Höhe der Pauschale er für plausibel halte.
- 13 Mit Hinweisschreiben vom 11. März 2021 wies das Oberlandesgericht die Parteien darauf hin, dass der Unterlassungsvertrag für beide beanstandete Verhaltensweisen (Verstoß gegen § 309 Nr. 5a und Nr. 5b BGB) zustande gekommen sein dürfte. Die Unterlassungserklärung dürfte aber nicht so zu verstehen sein, dass sich die Beklagte darin für alle Zeit und ungeachtet der tatsächlichen Ersatzbeschaffungskosten zur Unterlassung der gerügten Pauschale von 40,00 Euro verpflichtet habe. Die Frage, ob dieser Betrag auch im Jahr 2018 den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden erheblich übersteige, könnte deshalb ausschlaggebend sein.
- 14 In Ihrer Berufungserwiderung verwies die Beklagte auf ihr Vorbringen zu den tatsächlichen Kosten der Ersatzbeschaffung im erstinstanzlichen Verfahren. Diese seien hiernach nicht einmal kostendeckend gewesen. Ergänzend trug sie vor, die Materialkosten für einen Ersatzschlüssel hätten im Jahr 2018 tatsächlich 17,82 Euro pro Stück betragen. Zum Nachweis legte die Beklagte Rechnungskopien aus dem Jahr 2018 vor. Weiter machte sie geltend, dass bei der Beurteilung der Pauschale auch der historische Kaufkraftverlust in Deutschland zu beachten sei, der zwischen 2010 und 2018 bei etwa elf Prozent gelegen habe, sowie weitere preissteigernde Umstände wie steigende Personal- und Beschaffungskosten.
- 15 In seiner Stellungnahme zum Vorbringen der Beklagten und den Hinweisen des Gerichts trug der Beschwerdeführer vor, dass die im Falle eines Schlüsselverlusts ent-

stehenden Materialkosten im Jahr 2018 unstreitig nicht über 17,82 Euro gelegen hätten. Auf die Höhe der - von ihm bestrittenen - anteiligen Personalkosten für die Programmierung des Schlüsselchips komme es nicht an, da diese jedenfalls nicht vom Schädiger zu tragen seien. Soweit es dennoch auf die Höhe der Personalkosten ankäme, wäre hierüber der von der beweispflichtigen Beklagten angebotene Beweis zu erheben. Hilfsweise mache sich der Beschwerdeführer das Beweisangebot der Beklagten zu Eigen für den Nachweis der Behauptung, dass für die Programmierung eines Chips jedenfalls keine höheren anteiligen Personalkosten als 5,00 Euro anfielen. Es sei nicht ersichtlich, warum die Programmierung eines neuen Chips mindestens eine Stunde dauern solle. Nach Kenntnis des Beschwerdeführers beschränke sich der Aufwand der Programmierung eines neuen Chips auf das Einlegen des Chips in ein Lesegerät und wenige Mausklicks in der Kassensoftware der Beklagten; der Vorgang dauere keine fünf Minuten. Sollte es auf den Beweis ankommen, möge der von der Beklagten benannte Mitarbeiter hierzu vernommen werden.

- 16 Am 26. Januar 2022 führte das Brandenburgische Oberlandesgericht einen Termin zur mündlichen Verhandlung durch.
- 17 Mit nachgereichtem Schriftsatz vom 8. Februar 2022 nahm der Beschwerdeführer ergänzend Stellung. In der mündlichen Verhandlung habe das Gericht darauf hingewiesen, dass in tatsächlicher Hinsicht nicht mehr von einer den tatsächlichen Schaden übersteigenden Pauschale auszugehen sei, da der Beschwerdeführer die Ausführungen der Beklagten zu den im Schadensfall entstehenden Sach- und Personalkosten nicht substantiiert genug bestritten habe. Insoweit werde auf den erstinstanzlichen Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 7. Oktober 2019 verwiesen. Ein konkretes Bestreiten sei ihm mangels konkreter Kenntnisse der Arbeitsabläufe der Beklagten nicht möglich. Im Übrigen sei dies auch nicht erforderlich. Die Beweislast dafür, dass die Pauschale die Höhe des gewöhnlichen Schadens nicht übersteige, liege bei der Beklagten als Verwenderin der Klausel. Bei dem von der Beklagten behaupteten Zeit- und Personalaufwand für das Programmieren eines neuen Chips handele es sich, ebenso wie bei der von ihr behaupteten Höhe des Arbeitslohnes, um Tatsachen, die weder eigene Handlungen, noch Gegenstand eigener Wahrnehmung des Beschwerdeführers seien. Ein Arbeitsaufwand von einer ganzen Stunde sei nicht plausibel. Der Beschwerdeführer habe daher mit Nichtwissen nach § 138 Abs. 4 Zivilprozessordnung (ZPO) bestreiten können. Die Auffassung des Gerichts, wonach der Beschwerdeführer nicht wirksam bestritten habe, erschließe sich nicht.

18 Das Brandenburgische Oberlandesgericht wies die Berufung des Beschwerdeführers mit dem am 26. Januar 2022 verkündeten und dem Beschwerdeführer nach eigenen Angaben am 16. Februar 2022 zugestellten Urteil zurück. Die Beklagte könne der Vertragsstrafenforderung den Einwand veränderter Umstände entgegenhalten. Dass die Kosten der Schadenbehebung zur Zeit der Vertragsstrafenforderung im Jahr 2018 mit 40,00 Euro nicht zu hoch bemessen gewesen seien, habe die Beklagte ausreichend dargelegt. Dass sie dabei auch Personalkosten zum Aufwand der Schadensbehebung gerechnet habe, könne dabei nicht beanstandet werden. Wenn jeder der von der Beklagten in der Anlage B1 beschriebenen Arbeitsschritte mit fünf Minuten veranschlagt werden könne (§ 287 Abs. 1 ZPO), dann beliefen sich die Personalkosten der Beklagten auf 23,00 Euro. Gemeinsam mit den von dem Beschwerdeführer zugestandenem Materialkosten von 17,00 Euro ergäben sich 40,00 Euro; der so bezifferte Pauschalbetrag sei nicht zu hoch. Soweit die Beklagte erstmals in der Berufungserwiderung vorgetragen habe, dass dieser Betrag 2018 wesentlich höher gelegen habe, als 2010, sei dieser neue Vortrag zuzulassen gewesen, da der Beschwerdeführer ihn nicht bestritten habe. Er wäre außerdem nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen gewesen, weil der Gesichtspunkt einer wesentlichen Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse bislang in der Erörterung der Parteien und in der Begründung des angefochtenen Urteils keine Rolle gespielt habe. Da der zum Schadensersatz 2018 erforderliche Betrag bei 40,00 Euro gelegen habe, reiche es aus, anhand des unbestrittenen Vortrags der Beklagten einen Kaufkraftverlust von elf Prozent und gestiegene Personalkosten anzunehmen, um zu dem Schluss zu gelangen, dass acht Jahre zuvor, zur Zeit der Unterwerfungserklärung, die erforderlichen Kosten noch wesentlich unter diesem Betrag gelegen hätten. Der nachgereichte Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 8. Februar 2022 habe keinen Anlass zu einer anderen Bewertung und Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung gegeben.

II.

19 Mit Schreiben seines Vorstandsvorsitzenden vom 9. April 2022, das am 14. April 2022 beim Verfassungsgericht eingegangen ist, hat der Beschwerdeführer gegen das Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 26. Januar 2022 (7 U 214/20) Verfassungsbeschwerde erhoben. Er rügt eine Verletzung seines Anspruchs auf Gleichbehandlung vor dem Gericht aus Art. 52 Abs. 3 Alt. 1 Verfassung des Landes Brandenburg (LV).

- 20 Das Brandenburgische Oberlandesgericht habe seine Ausführungen „offenbar“ zur Kenntnis genommen, die Sache aber bewusst abweichend von der Auffassung des Beschwerdeführers entschieden. Zwar bestünden deshalb keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Gehörsverstoßes, weshalb auch eine Anhörungsrüge nach § 321a ZPO nicht veranlasst gewesen sei.
- 21 Jedoch sei die Anwendung des § 287 Abs. 1 ZPO durch das Brandenburgische Oberlandesgericht unter keinem denkbaren Gesichtspunkt rechtlich vertretbar und damit schlechthin unhaltbar. Die Mindestvoraussetzungen für eine Schadensschätzung hätten nicht vorgelegen. Es sei nicht im Ansatz erkennbar, aufgrund welcher Anknüpfungstatsachen außerhalb der vom Beschwerdeführer bestrittenen Tatsachenbehauptungen der Beklagten sich das Oberlandesgericht eine dem Maßstab des § 287 Abs. 1 ZPO genügende Überzeugung von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit seiner Schätzung für das Jahr gebildet habe. Die gerichtliche Schadensschätzung verstoße deshalb gegen das Willkürverbot und verletze den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 52 Abs. 3 Alt. 1 LV.
- 22 Soweit die Beklagte behauptet habe, dass für die Programmierung eines neuen Chips sieben Programmierschritte mit einem Zeitaufwand von acht, zwölf, fünf, vier, acht, zwölf bzw. fünf Minuten - insgesamt 54 Minuten - angefallen seien, habe der Beschwerdeführer dies bestritten und darauf hingewiesen, dass sich die Programmierung eines neuen Chips nach seiner Kenntnis auf das Einlegen eines Chips in ein Lesegerät und wenige Mausklicks in der Kassensoftware der Beklagten beschränke, was keine fünf Minuten dauere. Bei dieser Prozesslage sei schon nicht ersichtlich, aufgrund welcher Erkenntnisse das Oberlandesgericht die bestrittenen Behauptungen der beweisbelasteten Beklagten, wonach die Programmierung eines neuen Chips aus sieben einzeln auszuführenden Programmierschritten bestehe und 36,00 Euro koste, schlicht als zutreffend unterstellt habe, zumal es in den Urteilsgründen dazu keinerlei Erkenntnisquellen außerhalb des streitigen Vortrags der Beklagten benannt habe.
- 23 Für die Annahme des Oberlandesgerichts, dass der Zeitaufwand für jeden Arbeitsschritt genau fünf Minuten betrage, gebe es keinerlei Anknüpfungstatsachen. Aufgrund welcher Umstände sich das Oberlandesgericht davon überzeugt habe, dass zwar der von der Beklagten behauptete Zeitaufwand zu hoch, ein Zeitaufwand von fünf Minuten pro behauptetem Schritt und damit von 35 Minuten insgesamt - ganz

abweichend vom Vortrag beider Parteien - aber jedenfalls wahrscheinlicher sei, sei den Urteilsgründen nicht im Ansatz zu entnehmen. Insbesondere führe das Oberlandesgericht nicht aus, dass es etwa aufgrund eigener Fachkenntnisse oder aufgrund von Erkenntnissen, die es aus anderen Verfahren gewonnen habe, selbst beurteilen könne, wie lange die Programmierung eines Schlüsselchips in einer Therme gewöhnlich dauere.

- 24 Die Schätzung der Programmierzeit führe nur in einem sehr engen Korridor zu der entscheidungserheblichen Feststellung des Oberlandesgerichts, dass der Schaden im Jahr 2018 mindestens bei 40,00 Euro, im Jahr 2010 dagegen noch unter diesem Betrag gelegen habe. Hätte das Oberlandesgericht beispielsweise drei Minuten Arbeitszeit pro Programmierschritt angenommen, hätte der sich hiernach ergebende Schaden in Höhe von insgesamt 31,82 Euro die Höhe der Pauschale nicht erreicht. Bei Annahme einer Arbeitszeit von sieben Minuten pro behauptetem Programmierschritt wäre die Pauschale bereits im Jahr 2010 nicht überhöht gewesen. Anhaltspunkte dafür, dass sich die tatsächlich erforderliche Programmierzeit „wahrscheinlich“ in jenem engen Korridor bewege, seien den Urteilsgründen nicht zu entnehmen. Die vom Oberlandesgericht vorgenommene Schätzung sei im Wortsinne willkürlich, da sich mit ihr ein beliebiges Prozessergebnis herbeiführen lasse.

B.

- 25 Die Verfassungsbeschwerde ist nach § 21 Satz 1 Verfassungsgerichtsgesetz Brandenburg (VerfGGBbg) zu verwerfen, weil sie unzulässig ist.
- 26 Die Verfassungsbeschwerde genügt bereits nicht dem Grundsatz der Subsidiarität.
- 27 1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichts verlangt der aus dem Gebot der Rechtswegerschöpfung nach § 45 Abs. 2 Satz 1 VerfGGBbg abgeleitete Grundsatz der Subsidiarität vom Beschwerdeführer, vor Anrufung des Verfassungsgerichts über eine bloße Rechtswegerschöpfung hinaus alles im Rahmen seiner Möglichkeiten Stehende zu unternehmen, um eine mögliche Grundrechtsverletzung bereits im Fachverfahren zu verhindern oder zu beheben (vgl. Beschlüsse vom 19. April 2024 - VfGBbg 72/21 -, vom 26. August 2022 - VfGBbg 56/20 -, vom 20. Mai 2021 - VfGBbg 61/19 -, und vom 19. März 2021 - VfGBbg 11/21 -, <https://verfassungsgericht.brandenburg.de>).

- 28 2. Der Beschwerdeführer hätte eine Anhörungsrüge gemäß § 321a ZPO erheben können und müssen.
- 29 a. Dabei ist unerheblich, dass der Beschwerdeführer nur die Verletzung von Art. 52 Abs. 3 Var. 1 LV rügt. Denn für die Frage, ob eine Verletzung des Grundrechts auf rechtliches Gehör geltend gemacht wird, ist nicht entscheidend, welches Grundrecht der Beschwerdeführer explizit benennt, sondern welches er der Sache nach als verletzt rügt (Beschlüsse vom 15. Februar 2019 - VfGBbg 4/19 -, und vom 30. November 2018 - VfGBbg 56/16 -, <https://verfassungsgericht.brandenburg.de>). Auch wenn ein Beschwerdeführer seine Verfassungsbeschwerde - wie hier - nicht auf eine Verletzung seines Grundrechts auf rechtliches Gehör stützt, muss er aus Gründen der Subsidiarität dann eine Anhörungsrüge erhoben haben, wenn den Umständen nach ein Gehörsverstoß durch die Fachgerichte nicht ganz fernliegt und das Ergreifen der Anhörungsrüge mit Rücksicht auf die geltend gemachte Beschwerde vernünftigerweise zu erwarten gewesen wäre (vgl. Beschlüsse vom 15. Februar 2019 - VfGBbg 4/19 -, und vom 24. März 2017 - VfGBbg 27/16 -, <https://verfassungsgericht.brandenburg.de>, m. w. N.). Für die Frage, wann vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde von dem Rechtsbehelf der Anhörungsrüge Gebrauch zu machen ist, ist demnach allein maßgeblich, ob die Verfassungsbeschwerde der Sache nach die mangelnde Gewährung von Gehör im Ausgangsverfahren zum Gegenstand hat, und anzunehmen ist, dass eine Anhörungsrüge nicht aussichtslos war (st. Rspr., vgl. Beschlüsse vom 15. Februar 2019 - VfGBbg 4/19 -, und vom 24. März 2017 - VfGBbg 27/16 -, <https://verfassungsgericht.brandenburg.de> ; vgl. auch VerfGH Berlin, Beschluss vom 21. April 2009 - 18/08 -, Rn. 8, juris).
- 30 b. Nach diesen Maßgaben hat die vorliegende Verfassungsbeschwerde nach ihrem objektiven Gehalt (auch) die mangelnde Gewährung rechtlichen Gehörs zum Gegenstand.
- 31 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass es der vom Brandenburgischen Oberlandesgericht vorgenommenen Schätzung des Programmieraufwands für einen neu beschafften Schlüsselchip an einer tragfähigen Schätzgrundlage mangle. Er beanstandet insbesondere, dass das Gericht die Behauptungen der Beklagten zu den erforderlichen Programmierschritten und zum Arbeitslohn schlicht als zutreffend unterstellt habe, obgleich der Beschwerdeführer dieses Vorbringen bestritten habe; andere Erkenntnisquellen - außerhalb der strittig gebliebenen Behauptungen des be-

weisbelasteten Beklagten - habe das Gericht nicht benannt. Damit rügt der Beschwerdeführer in der Sache, dass sich das Berufungsgericht bei seiner Schätzung darüber hinweggesetzt habe, dass wesentliche Anknüpfungstatsachen vom Beschwerdeführer streitig gestellt worden waren.

- 32 Zwar trägt der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift vor, das Brandenburgische Oberlandesgericht habe seine Ausführungen „offenbar“ zur Kenntnis genommen, die Sache aber bewusst abweichend von der Auffassung des Beschwerdeführers entschieden. Es bestünden deshalb keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Gehörsverstoßes in dem angegriffenen Urteil, weshalb eine Anhörungsrüge nach § 321a ZPO nicht veranlasst gewesen sei. Auch wenn der Beschwerdeführer hier nach von einer Gehörsrüge bewusst abgesehen hat, kann das von ihm Gewollte auch in diesem Zusammenhang nicht maßgeblich sein, da der Grundsatz der Subsidiarität verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes nicht zu seiner Disposition steht (vgl. Beschluss vom 24. März 2017 - VfGBbg 27/16 - <https://verfassungsgericht.brandenburg.de>; vgl. auch VerfGH Berlin, Beschluss vom 21. April 2009 - 18/08 -, Rn. 11, juris, m. w. N.). Die Notwendigkeit einer Anhörungsrüge hängt vielmehr davon ab, ob eine Verletzung von Art. 52 Abs. 3 Alt. 2 LV ernsthaft in Betracht kommt, eine Anhörungsrüge also möglich und nicht ohne Aussicht auf Erfolg war (vgl. Beschluss vom 15. Februar 2019 - VfGBbg 4/19 - <https://verfassungsgericht.brandenburg.de>; vgl. auch VerfGH Berlin, Beschluss vom 21. April 2009 - 18/08 -, Rn. 11, juris).
- 33 c. Ein Verstoß gegen den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör aus Art. 52 Abs. 3 2. Alt. LV durch das angegriffene Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts erscheint nach den vorliegenden Umständen nicht völlig fernliegend. Zwar sind die Gerichte nicht verpflichtet, sich mit jeglichem Vorbringen ausdrücklich zu befassen. Es ist vielmehr grundsätzlich davon auszugehen, dass sie das ihnen unterbreitete Vorbringen zur Kenntnis nehmen und in Betracht ziehen. Geht das Gericht allerdings auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, in der Begründung der Entscheidung nicht ein, so lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder offensichtlich unsubstantiiert ist. Daraus ergibt sich eine Pflicht der Gerichte, die wesentlichen, der Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung dienenden Tatsachenbehauptungen in den Entscheidungsgründen zu verarbeiten (vgl. Beschlüsse vom

18. März 2022 - VfGBbg 54/21 -, vom 20. Mai 2021 - VfGBbg 72/19 -, Rn. 36, m. w. N., <https://verfassungsgericht.brandenburg.de>; vgl. auch BVerfG, Beschlüsse vom 26. September 2012 - 2 BvR 938/12 -, Rn. 20, vom 16. September 2010 - 2 BvR 2394/08 -, Rn. 14, und vom 7. Dezember 2006 - 2 BvR 722/06 -, Rn. 23, www.bverfg.de; vgl. VerfGH Berlin, Beschluss vom 21. April 2009 - 18/08 -, Rn. 12, juris m. w. N).

- 34 Den Gründen des angegriffenen Urteils lässt sich nicht entnehmen, ob das Oberlandesgericht das Bestreiten des Beschwerdeführers, dem dieser offensichtlich zentrale Bedeutung beimisst, bei seiner Entscheidung tatsächlich berücksichtigt hat. Nach den Feststellungen des Gerichts habe der Beschwerdeführer den Vortrag der Beklagten, dass es seit dem Jahr 2010 zu einem wesentlichen Anstieg der Kosten für die Ersatzbeschaffung gekommen sei, nicht bestritten. Hinweise darauf, dass der Beschwerdeführer einzelne Faktoren der Schadensberechnung (Umfang der erforderlichen Arbeitszeit und -kosten) bereits im Verfahren vor dem Landgericht mit Nichtwissen bestritten hatte, finden sich in den Urteilsgründen nicht. Unerwähnt bleibt auch das Vorbringen des Beschwerdeführers im Berufungsverfahren, wonach der Programmieraufwand nach seiner Kenntnis deutlich geringer sei als von der Beklagten angegeben (Schriftsatz vom 26. November 2021). Ob dies dadurch begründet ist, dass das Gericht das Bestreiten des Beschwerdeführers als unsubstantiiert (nach § 138 Abs. 2 ZPO), unzulässig (nach § 138 Abs. 4 ZPO) oder verspätet (nach §§ 296a ZPO, 529 f. ZPO) angesehen und ihm deshalb schon keine rechtliche Relevanz beigemessen hat, wird in der Entscheidung nicht mitgeteilt.
- 35 Soweit der Beschwerdeführer vorträgt, das Brandenburgische Oberlandesgericht habe ihn im Termin zur mündlichen Verhandlung auf die mangelnde Substantiierung seines Bestreitens hingewiesen, wurde dieser Hinweis nach seinen Angaben nicht protokolliert. Da auch das angegriffene Urteil hierauf keinen Bezug nimmt, gelte dieser Hinweis grundsätzlich als nicht erteilt (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juni 2005 - II ZR 366/03 -, Rn. 5, juris; vgl. Geipel, ZAP 2016, 1233 f.). Sähe man den richterlichen Hinweis dadurch als hinreichend belegt, dass der Beschwerdeführer in seinem Schriftsatz vom 8. Februar 2022 darauf Bezug genommen hat (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2005 - IV ZR 47/04 -, Rn. 15, juris; Greger in: Zöllner, ZPO, 35. Auflage 2024, § 139 Rn. 13), ändert dies nichts daran, dass das angegriffene Urteil das Bestreiten des Beschwerdeführers nicht erwähnt und seine rechtliche Würdigung diesbezüglich nicht offenlegt.

- 36 Zwar ist es grundsätzlich Sache des Fachgerichts, ob es das Bestreiten einer Partei als hinreichend substantiiert ansieht. Dies enthebt den Tatrichter jedoch nicht davon, Einlassungen zur Kenntnis zu nehmen oder, soweit diese nicht von vornherein als pauschale Behauptungen unzureichend sind, in Erwägung zu ziehen. Im Falle eines Bestreitens mit Nichtwissen kommt hinzu, dass die Zulässigkeit einer solchen Erklärung (nach § 138 Abs. 4 ZPO) die Verpflichtung der betroffenen Partei zum substantiierten Bestreiten gerade ausschließt (BGH, Beschluss vom 29. November 2018 - I ZR 5/18 -, juris; Schwenker, jurisPR-BGHZivilR 19/2022 Anm. 4). Liegen die Voraussetzungen nach § 138 Abs. 4 ZPO vor, ist das Gericht aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 103 Abs. 1 GG) gehalten, das Bestreiten zu beachten (BAG, Beschluss vom 13. November 2007 - 3 AZN 449/07 -, Rn. 19, juris; Greger in: Zöller, ZPO, 35. Auflage 2024, § 138 ZPO Rn. 14; Fritsche in: MüKoZPO, 6. Aufl. 2020, § 138 Rn. 33; zu einem Gehörsverstoß durch überspannte Substantiierungsanforderungen vgl. auch BGH, Beschlüsse vom 28. Juli 2020 - VI ZR 300/18 -, und vom 29. November 2018 - I ZR 5/18 -, juris). Ob eine Prüfung der Voraussetzungen nach § 138 Abs. 4 ZPO erfolgt ist, geht aus dem angegriffenen Urteil nicht hervor. Zugleich kann nach den vorliegenden Unterlagen nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass der Beschwerdeführer mit dem von ihm erklärten Nichtwissen nicht (mehr) gehört werden konnte.
- 37 Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer dem Vortrag der Beklagten zu zwischenzeitlich eingetretenen Kostensteigerungen nicht ausdrücklich entgegengetreten ist, denn hieraus dürfte nicht zwingend ableitbar sein, dass er damit sein früheres Bestreiten des von der Beklagten behaupteten Zeitaufwands der Programmierung aufgegeben hätte. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann in einem vorausgegangenem Vortrag der Partei ein Bestreiten nachfolgender Behauptungen der Gegenseite liegen, wenn jener Vortrag diesen Behauptungen widerspricht. Ein solches konkludentes vorweggenommenes Bestreiten hindert die Anwendung der Vorschrift des § 138 Abs. 3 ZPO (BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VIII ZR 285/21 -, Rn. 21 ff., juris, m. w. N.; Schwenker, a. a. O.).
- 38 d. Nach alledem lassen sich Erfolgsaussichten für eine gegen das Berufungsurteil erhobene Anhörungsrüge nicht von vornherein ausschließen. Im Erfolgsfall hätte die Anhörungsrüge zugleich den explizit gerügten Verstoß gegen das Will-

kürverbot beseitigt, weshalb ihre Erhebung erwartet werden durfte (vgl. Beschluss vom 15. Februar 2019 - VfGBbg 4/19 -, <https://verfassungsgericht.brandenburg.de>, m. w. N.).

C.

39 Der Beschluss ist einstimmig ergangen. Er ist unanfechtbar.

Möller

Dr. Finck

Dr. Koch

Richter

Sokoll

Dr. Strauß