BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZR 57/19

vom

28. Januar 2020

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GG Art. 103 Abs. 1; BGB § 434

Zur Überspannung der Substantiierungsanforderungen an die Darlegung des Vorhandenseins eines Sachmangels wegen Einbaus einer unzulässigen Abschalteinrichtung in einem Dieselmotor (hier: Motorentyp OM 651).

GG Art. 103 Abs. 1; ZPO § 522 Abs. 2 Satz 2

Eine Zulassung der Revision wegen eines dem Berufungsgericht unterlaufenen Gehörsverstoßes kommt nicht in Betracht, wenn es der Beschwerdeführer versäumt hat, im Rahmen der ihm eingeräumten Frist zur Stellungnahme auf einen Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts der nunmehr gerügten Gehörsverletzung entgegenzuwirken (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 17. März 2016 - IX ZR 211/14, NJW-RR 2016, 699). Hierbei ist eine anwaltlich vertretene Partei auch gehalten, das Berufungsgericht auf von ihm bislang nicht beachtete höchstrichterliche Rechtsprechungsgrundsätze hinzuweisen (hier: Voraussetzungen einer Behauptung "ins Blaue hinein" und eines "Ausforschungsbeweises").

BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19 - OLG Celle
LG Verden

ECLI:DE:BGH:2020:280120BVIIIZR57.19.0

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 28. Januar 2020 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, die Richterin Dr. Fetzer, die Richter Dr. Bünger und Dr. Schmidt sowie die Richterin Wiegand

beschlossen:

Die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers gegen den Beschluss des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 7. Februar 2019 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Der Streitwert für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren wird auf 23.700 € festgesetzt.

Gründe:

1 Die Beschwerde bleibt ohne Erfolg, weil der erstmals im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren geltend gemachten Gehörsverletzung (Art. 103 Abs. 1 GG) der Grundsatz der Subsidiarität entgegensteht.

I.

2 Die Nichtzulassungsbeschwerde macht allerdings zu Recht geltend, dass die angefochtene Entscheidung in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt. Denn das Berufungsgericht hat das Vorbringen des Klägers zum Vorhandensein einer oder mehrerer unzulässiger Abschalteinrichtungen zu Unrecht als unbeachtliche Behauptungen "ins Blaue hinein" gewertet und den hierfür

angetretenen Sachverständigenbeweis nicht erhoben, obwohl ein solches Vorgehen im Prozessrecht keine Stütze findet.

3 1. Es hat gemeint, der Kläger habe nicht schlüssig dargetan, wie er zu der Einschätzung gelangt sei, dass sein Fahrzeug über eine unzulässige Abschalteinrichtung verfüge. Es fehle an jeglichen Anhaltspunkten dahin, dass das Fahrzeug des Klägers eine Abgasmanipulation aufweise. Die im Internet abrufbare Liste der von einem Rückruf des Kraftfahrtbundesamts betroffenen Fahrzeuge führe keine Fahrzeuge der auf. Letztlich habe sich der Kläger, der die Plausibilität seiner Behauptungen nicht dargelegt habe, auf bloße Mutmaßungen und Spekulationen beschränkt. Ihm gehe es mit der von ihm beantragten Einholung eines Sachverständigengutachtens darum, Tatsachen in Erfahrung zu bringen, durch die er in die Lage versetzt werden wolle, sein Rücktrittsbegehren schlüssig darzutun. Derartige auf einen "Ausforschungsbeweis" gerichtete Beweisanträge seien jedoch unzulässig, so dass der angebotene Beweis nicht zu erheben sei.

4 2. Hiermit hat das Berufungsgericht - wie die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht rügt - die Anforderungen an die Substantiierungspflicht des Klägers rechtsfehlerhaft überspannt und infolgedessen verfahrensfehlerhaft den vom Kläger für die von ihm behauptete Programmierung der Motorsteuerung seines Fahrzeugs und für die von ihm weiter geltend gemachte temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung angetretenen Sachverständigenbeweis nicht erhoben. Damit hat es - wie die Nichtzulassungsbeschwerde zutreffend geltend macht - zugleich den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt. Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots stellt einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG dar, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet (st. Rspr.; vgl. hierzu etwa BVerfGE 65, 305, 307; 69,

141, 144; BVerfG, Beschlüsse vom 19. Dezember 2016 - 2 BvR 1997/15, juris Rn. 15; vom 2. Juli 2018 - 1 BvR 612/12, NVwZ 2018, 1555 Rn. 31; vom 20. Dezember 2018 - 1 BvR 1155/18, juris Rn. 11; jeweils mwN; Senatsbeschluss vom 10. April 2018 - VIII ZR 223/17, NJW-RR 2018, 647 Rn. 10 mwN).

5 a) Dem Berufungsgericht ist zwar beizupflichten, dass der Vortrag des Klägers zu dem Einbau einer gemäß 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 Nutzungsfahrzeugen (Euro 5 und 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (ABl. L 171 vom 29. Juni 2007; nachfolgend VO 715/2007/EG) unzulässigen Abschalteinrichtung, die zu einem Sachmangel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB führen würde (vgl. hierzu Hinweisbeschluss des Senats vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 4 ff.), recht allgemein gehalten ist.

6 b) Das Berufungsgericht hat jedoch die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an ein substantiiertes Vorbringen missachtet, indem es den Sachvortrag des Klägers als unzureichende Behauptungen "ins Blaue hinein" und die hierzu angebotenen Beweise als unzulässige "Ausforschungsbeweise" bewertet hat.

7 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, Urteil vom 17. Dezember 2014

- VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934 Rn. 43; Beschlüsse vom 28. Februar 2012 - VIII ZR 124/11, WuM 2012, 311 Rn. 6 mwN; vom 26. März 2019 - VI ZR 163/17, VersR 2019, 835 Rn. 11 mwN). Das gilt insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den Vorgängen hat (BGH, Beschluss vom 12. September 2012 - IV ZR 52/14, NJW-RR 2017, 22 Rn. 27). 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 (vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 28. Februar 2012 - VIII ZR 124/11, aaO mwN; vom 26. März 2019 - VI ZR 163/17, aaO). 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; Beschlüsse vom 28. Februar 2012 - VIII ZR 124/11, aaO; vom 26. März 2019 - VI ZR 163/17, aaO; jeweils mwN).

8 bb) Weiter 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 (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 27. Mai 2003 - IX ZR 283/99, NJW-RR 2004, 337 unter II 1 mwN; Beschluss vom 9. November 2010 - VIII ZR 209/08, juris Rn. 15). Dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich - wie hier der Kläger - nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblick in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann (vgl. BGH, Beschluss vom

26. März 2019 - VI ZR 163/17, aaO Rn. 13). 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 27. Mai 2003 - IX ZR 283/99, aaO; vom 26. Januar 2016 - II ZR 394/13, WM 2016, 974 Rn. 20; Beschlüsse vom 9. November 2010 - VIII ZR 209/08, aaO; vom 26. März 2019 - VI ZR 163/17, aaO Rn. 13; 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 werden können (BGH, Urteil vom 27. Mai 2003 - IX ZR 283/99, aaO mwN).

9 cc) Diese strengen Voraussetzungen für eine Behauptung "ins Blaue hinein" liegen im Streitfall nicht vor. Das Berufungsgericht hat unter Überspannung der Substantiierungsanforderungen die Darlegung von Einzelheiten verlangt, die für die rechtliche Schlüssigkeit des Klägervorbringens nicht erforderlich sind, sondern von ihm allein unter dem Gesichtspunkt der Nachvollziehbarkeit der klägerischen Behauptungen verlangt worden sind. Dabei hat es verkannt, dass der Kläger, der mangels eigener Sachkunde und hinreichenden Einblicks in die Konzeption und Funktionsweise des in seinem Fahrzeug eingebauten Motors einschließlich des Systems zur Verringerung des Stickoxidausstoßes keine genauen Kenntnisse von dem Vorhandensein und der konkreten Wirkung einer Abschalteinrichtung haben kann, ausreichend greifbare Anhaltspunkte vorgebracht hat, auf die er letztlich seinen Vorwurf stützt, sein Fahrzeug sei in zweifacher Hinsicht mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG ausgestattet.

10

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist das Vorbringen des Klägers nicht deswegen unbeachtlich, weil er die Plausibilität seiner Behauptungen nicht dargelegt habe. Es verkennt hierbei, dass der Kläger mangels eigener Sachkunde und weiterer Erkenntnismöglichkeiten - die andere mit dem Motor OM 651 ausgestattete Fahrzeugtypen betreffende Bescheide des Kraftfahrtbundesamts, gegen die die Beklagte Widerspruch eingelegt hat, sind (soweit ersichtlich) nicht veröffentlicht - letztlich auf Vermutungen angewiesen ist und diese naturgemäß nur auf einige greifbare Gesichtspunkte stützen kann. Von ihm kann - anders als das Berufungsgericht annimmt - nicht verlangt werden, dass er im Einzelnen darlegt, weshalb er von dem Vorhandensein einer oder mehrerer Abschalteinrichtungen ausgeht und wie diese konkret funktionieren. Vielmehr ist von ihm nur zu fordern, dass er greifbare Umstände anführt, auf die er den Verdacht gründet, sein Fahrzeug weise eine oder mehrere unzulässige Abschalteinrichtungen auf. Dies hat er - wie nachfolgend darzustellen ist - getan. Dabei hat er - wenn auch nur in groben Zügen - die von ihm befürchteten Auswirkungen einer solchen Abschalteinrichtung auf den Stickoxidausstoß im realen Fahrbetrieb und auf dem Prüfstand beschrieben.

11 (1) Der Kläger hat unter Beweisantritt vorgetragen, dass der in das erworbene Fahrzeug eingebaute Motor zu dem Motorentyp OM 651 gehört. Weiter hat er zwar - anders als die Nichtzulassungsbeschwerde geltend macht - in den Tatsacheninstanzen nicht vorgebracht, dass "eine große Zahl an Fahrzeugen mit Motoren dieses Typs bundesweit von der Beklagten [habe] zurückgerufen werden" müssen, sondern hat diesen Vortrag - nach § 559 Abs. 1 ZPO unbeachtlich - erst im Rahmen der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde gehalten. Er hat aber auf der von der Nichtzulassungsbeschwerde insoweit ausdrücklich in Bezug genommenen Seite 5 seines Schriftsatzes vom 12. März 2018 dargelegt, Mitte Juli 2017 sei aufgrund von Durchsuchungen der Staats-

anwaltschaft Stuttgart im Rahmen eines eingeleiteten Ermittlungsverfahrens bekannt geworden, dass in Motoren der Typen OM 651 und OM 642 eine unzulässige Thermosoftware verbaut worden sei.

12 (2) Zudem hat das Berufungsgericht bereits in seinem Hinweisbeschluss und später dann im angefochtenen Zurückweisungsbeschluss ausgeführt, es sei bekannt geworden, dass die Beklagte auf Anordnung des Kraftfahrbundesamts einen verpflichtenden Rückruf für M. -Motoren durchzuführen habe. Welche Fahrzeuge unter diese angeordnete Rückrufaktion im Einzelnen fielen, lasse sich der im Internet unter https://www.d. .com/innovation/diesel/rueckruf-faq.html abrufbaren Liste, Stand 14. September 2018, entnehmen. Aus der Liste selbst ergibt sich, dass bereits im Jahr 2018 mehrere Fahrzeugtypen der Beklagten, die mit dem Motor OM 651 ausgestattet sind, von einer Rückrufaktion betroffen waren. Diese Gesichtspunkte bieten zusammen mit dem Vortrag des Klägers, sein Fahrzeug weise ebenfalls einen Motor des Typs OM 651 auf und die Staatsanwaltschaft Stuttgart habe hinsichtlich dieses Motorentyps im März 2017 ein Ermittlungsverfahren wegen Einbaus einer unzulässigen Abschalteinrichtung eingeleitet, sowie im Hinblick auf die - wenn auch allgemein beschriebene - Funktionsweise der in zweifacher Hinsicht vermuteten Abschalteinrichtung hinreichend greifbare Anhaltspunkte für das Vorhandensein eines Sachmangels. Das Vorbringen des Klägers ist damit gemessen an den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Maßstäben nicht "ins Blaue hinein" erfolgt, sondern schlüssig und erheblich.

13 (3) Anders als das Berufungsgericht meint, sind greifbare Anhaltspunkte für die Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung nicht erst dann gegeben, wenn das Kraftfahrtbundesamt auch bezüglich Fahrzeugen der

oder gar des konkreten Fahrzeugtyps des Klägers eine Rückrufaktion angeordnet hat. Das Berufungsgericht überspannt die Anforderungen an eine substantiierte und schlüssige Darlegung eines in dem Einbau einer unzulässigen Abschalteinrichtung liegenden Sachmangels, wenn es fordert, dass sich der Kläger auf ein Einschreiten des Kraftfahrtbundesamts stützen kann. Denn ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 BGB wegen Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung liegt - wie der Senat in seinem Hinweisbeschluss vom 8. Januar 2019 (VIII ZR 225/17, aaO Rn. 20) ausgeführt hat - im Hinblick auf eine drohende Betriebsbeschränkung oder -untersagung nach § 5 Abs. 1 FZV nicht erst dann vor, wenn der Hersteller durch einen Bescheid des Kraftfahrtbundesamts eine Umrüstungsanordnung getroffen hat, sondern auch schon dann, wenn diese Behörde eine entsprechende Maßnahme gegenüber dem Hersteller noch nicht getroffen hat. Denn auch dann ist im Ansatz bereits ein Sachverhalt ("Mangelanlage"/Grundmangel) gegeben, der - gegebenenfalls mit weiteren Umständen - dazu führen kann, dass die Zulassungsbehörde eine Betriebsuntersagung oder -beschränkung vornimmt, weil das Fahrzeug wegen einer gegen Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG verstoßenden Abschalteinrichtung nicht dem genehmigten Typ entspricht.

II.

14 Jedoch ist der Kläger in der Revisionsinstanz wegen des allgemeinen Grundsatzes der Subsidiarität daran gehindert, die dem Berufungsgericht unterlaufene Gehörsverletzung geltend zu machen. Denn er hat auf den Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts, in dem dieses ausführlich dargelegt hat, dass es seinen Vortrag als unbeachtliche Behauptungen "ins Blaue hinein" einstuft und den angetretenen Sachverständigenbeweis als unzulässigen "Ausfor-

schungsbeweis" bewertet, nicht Stellung genommen und damit keine Schritte unternommen, um den drohenden Gehörsverstoß zu verhindern.

15 1. 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 ergreift, 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; Beschlüsse vom 17. März 2016 - IX ZR 211/14, NJW-RR 2016, 699 Rn. 4; vom 16. Oktober 2018 - VIII ZR 225/17, juris; vom 28. März 2019 - IX ZR 147/18, ZInsO 2019, 1026 Rn. 4; jeweils mwN). Diese Würdigung entspricht dem in § 295 ZPO zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken, nach dessen Inhalt eine Partei eine Gehörsverletzung nicht mehr rügen kann, wenn sie die ihr nach Erkennen des Verstoßes verbliebene Möglichkeit zu einer Äußerung nicht genutzt hat (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 9. Februar 2011 - VIII ZR 285/09, aaO; vom 14. Juni 2018 - III ZR 54/17, aaO; Beschlüsse vom 17. März 2016 - IX ZR 211/14, aaO mwN; vom 28. März 2019 - IX ZR 147/18, aaO mwN). Entgegen der unter Verweis auf den Aufsatz des drittinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Klägerin (JZ 2017, 598, 604 f.) von der Nichtzulassungsbeschwerde vertretenen Ansicht ist der bei Grundrechtsverletzungen eingreifende Subsidiaritätsgrundsatz damit nicht auf das Verhältnis zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit beschränkt, sondern gilt auch dann, wenn im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde eine Grundrechtsverletzung, insbesondere eine Gehörsverletzung, gerügt wird.

16

2. Gemessen daran ist der Kläger mit der erstmaligen Geltendmachung einer Gehörsverletzung in der Revisionsinstanz ausgeschlossen. Die - von ihm nicht genutzte - Möglichkeit, auf den Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO Stellung zu nehmen, dient nach allgemeiner Auffassung dem Zweck, dem Berufungsführer das rechtliche Gehör zu gewähren (BGH, Beschluss vom 17. März 2016 - IX ZR 211/14, aaO Rn. 5 mwN). Diesem soll Gelegenheit gegeben werden, sich zu der vom Berufungsgericht beabsichtigten Zurückweisung seines Rechtsmittels zu äußern. Dieser Zweck der Vorschrift würde verfehlt, wenn man dem Berufungskläger die Wahl ließe, ob er eine Gehörsverletzung im Hinweisbeschluss innerhalb der ihm eingeräumten Frist zur Stellungnahme oder erst in einem sich anschließenden Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren rügt. Dies würde der mit der Einführung des § 522 ZPO bezweckten Beschleunigung des Verfahrens zuwiderlaufen und die rechtskräftige Entscheidung der Streitigkeit zulasten der in erster Instanz obsiegenden Partei verzögern (BGH, Beschluss vom 17. März 2016 - IX ZR 211/14, aaO).

17 Dem Kläger war durch das Vorgehen des Berufungsgerichts nach § 522 Abs. 2 ZPO die Möglichkeit eröffnet, dem Berufungsgericht auf dessen Hinweisbeschluss hin die oben eingehend dargestellte höchstrichterliche Rechtsprechung zu den strengen Anforderungen an eine unbeachtliche Behauptung "ins Blaue hinein" und zu einem unzulässigen "Ausforschungsbeweis" vor Augen zu führen und damit der nunmehr gerügten Gehörsverletzung entgegenzuwirken. Anders als die Nichtzulassungsbeschwerde meint, war vom anwaltlich vertretenen Kläger nicht nur zu verlangen, seinen Tatsachenvortrag erneut zu wiederholen. Vielmehr war er gehalten, der rechtsfehlerhaften Einschätzung des Berufungsgerichts mit rechtlichen Ausführungen entgegenzutreten.

III.

18 Die von der Nichtzulassungsbeschwerde weiter geltend gemachten Obersatzabweichungen liegen nicht vor. Das Berufungsgericht, das sich für ein Vorgehen nach § 522 Abs. 2 ZPO entschieden und der Sache nur Einzelfallbedeutung zugemessen hat, hat die von der Nichtzulassungsbeschwerde formulierten abstrakten Obersätze nicht aufgestellt. Von einer näheren Begründung wird insoweit gemäß § 544 Abs. 6 Satz 2 Halbs. 2 ZPO abgesehen.

IV.

19 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Dr. Milger Dr. Fetzer Dr. Bünger

Dr. Schmidt Wiegand

Vorinstanzen:
LG Verden, Entscheidung vom 05.07.2018 - 5 O 241/17 -
OLG Celle, Entscheidung vom 07.02.2019 - 7 U 263/18 -