

VerfGH 49/21.VB-1

B e s c h l u s s

In dem Verfahren über  
die Verfassungsbeschwerde

des

Beschwerdeführers,

gegen

den Beschluss des Oberlandesgerichts Köln vom  
2. Februar 2021 – 6 U 97/20 –

hat die 1. Kammer des

VERFASSUNGSGERICHTSHOFS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 12. März 2024

durch

die Präsidentin Prof. Dr. D a u n e r - L i e b ,  
den Vizepräsidenten Prof. Dr. H e u s c h und  
den Richter Dr. R ö h l

gemäß § 58 Abs. 2 und § 59 Abs. 2 VerfGHG

einstimmig beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird als unzulässig zu-  
rückgewiesen.

## Gründe:

### I.

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

1. Der Beschwerdeführer ist als gemeinnütziger Verbraucherschutzverein in die Liste qualifizierter Verbraucherverbände nach § 4 UKlaG eingetragen. Vor dem Landgericht Köln klagte er gegen drei in verschiedenen Bundesländern ansässige Kabelfernsehanbieter desselben Konzerns. Die Klage war unter anderem gerichtet auf die Unterlassung, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – insbesondere Preislisten – zum Abschluss von Verträgen über TV-, Internet- und Telefondienstleistungen die nachfolgende oder eine inhaltsgleiche Klausel gegenüber Verbrauchern zu verwenden oder sich bei Abwicklung entsprechender Verträge auf eine solche Klausel zu berufen:

„Rücklastschrift \* 4,50 €

\* Es bleibt dem Kunden unbenommen, nachzuweisen, dass dem Kabelnetzbetreiber überhaupt kein oder ein wesentlich niedrigerer Schaden als die Pauschale entstanden ist.“

Das Landgericht wies die Klage mit Urteil vom 21. Juli 2020 insgesamt ab. Zur Begründung der Abweisung des Unterlassungsantrags führte es aus, dass ein Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 3a, 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 3 UWG nicht bestehe. Die vom Beschwerdeführer beanstandete Allgemeine Geschäftsbedingung stelle keine unzulässige geschäftliche Handlung dar. Die Festsetzung einer mit 4,50 Euro bemessenen Kostenpauschale für Rücklastschriften sei nicht nach § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB unwirksam. Aufgrund des Sachvortrags der Parteien sei davon auszugehen, dass der von den Beklagten auf 4,50 Euro festgesetzte Pauschalbetrag

weder den ihnen selbst noch den anderen Unternehmen dieser Branche durch Rücklastschriften entstehenden Schaden wesentlich übersteige. Die Beklagten hätten die Berechnung der Pauschale unter Aufführung der einzelnen Schadensposten und der ihnen selbst dadurch entstandenen Kosten substantiiert und nachvollziehbar dargelegt. Diesem Vortrag sei der Beschwerdeführer nicht in erheblicher Weise entgegengetreten.

Das Landgericht ging in den Entscheidungsgründen von folgenden branchenüblichen Kostenpositionen aus, aus denen sich der von den Beklagten gewählte Pauschalbetrag zulässigerweise zusammensetzte: Fremdbankkosten in Höhe von 2,71 Euro, eine Bearbeitungsgebühr der eigenen Hausbank in Höhe von 1,20 Euro sowie Kosten für Porto, Papier, Briefumschlag und Druck eines Benachrichtigungsschreibens an den Kunden von zusammen 98 Cent – in Summe ein Betrag von 4,89 Euro. Dabei nahm das Landgericht an, dass den Beklagten nach ihrem eigenen Vortrag je Rücklastschriftfall Kosten ihrer eigenen Hausbank in Höhe von nur 45 Cent entstanden. Es folgte aber ihrer Argumentation, dass anderen Branchenunternehmen von deren Banken kein vergleichbarer Rabatt gewährt würde, und ging davon aus, dass sich die branchenüblichen Kosten auf 50 % der Standard-Bearbeitungsgebühr der Hausbank der Beklagten, nämlich auf 1,20 Euro, beliefen. Hinsichtlich der Kosten für ein Benachrichtigungsschreiben legte das Landgericht den Vortrag der Beklagten zugrunde, dass in jedem Fall einer Rücklastschrift eine gesonderte postalische Benachrichtigung des Kunden erfolgt. Nach Ansicht des Landgerichts konnte dahinstehen, ob stattdessen, wie der Beschwerdeführer vorgetragen hatte, von Kosten für Material und Druck von nur 3 Cent auszugehen war, weil sich selbst für diesen Fall nach landgerichtlicher Berechnung noch ein über der Pauschale liegender Betrag von 4,64 Euro ergab.

Gegen die Abweisung seiner Unterlassungsklage wandte sich der Beschwerdeführer mit der Berufung an das Oberlandesgericht Köln. Er machte geltend, dass das Landgericht entgegen den vom Bundesgerichtshof vertretenen Beweislastverteilungsre-

geln angenommen habe, die Beklagten hätten einen Durchschnittsschaden substantiiert vorgetragen, und dass er, der Beschwerdeführer, diesem Vortrag nicht in erheblicher Weise entgegengetreten sei. Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht bei Prüfung der Zulässigkeit der Pauschale auf einen branchenüblichen Schaden abgestellt. Wenn – wie im Falle der beklagten Unternehmen – feststehe, dass der eigene durchschnittliche Schaden des Klauselverwenders die Höhe der Pauschale nicht erreiche, der individuelle Rücklastschriftschaden also geringer sei, so könne die Höhe der Pauschale nicht auf einen höheren branchentypischen Durchschnittsschaden gestützt werden. Überdies habe das Landgericht bei der Annahme einer Hausbankgebühr von branchentypisch durchschnittlich 1,20 Euro den ins Blaue hinein gehaltenen Vortrag der Beklagten übernommen. Er, der Beschwerdeführer, habe jedoch bestritten, dass das branchenübliche Bearbeitungsentgelt der jeweiligen Hausbanken höher sei als die von den Beklagten gezahlten 45 Cent. In Bezug auf die vom Landgericht zugrunde gelegten Kosten eines Benachrichtigungsschreibens machte der Beschwerdeführer geltend, bestritten zu haben, dass die Beklagten regelmäßig ein Schreiben versenden. Der von den Beklagten behauptete Materialaufwand von 28 Cent pro Benachrichtigungsschreiben sei zudem eine offensichtlich falsche Behauptung ins Blaue hinein.

Mit Hinweisbeschluss vom 24. November 2020 wies das Oberlandesgericht Köln die Parteien darauf hin, dass es beabsichtige, die Berufung des Beschwerdeführers gemäß § 522 Abs. 2 ZPO ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss zurückzuweisen. Das Landgericht habe die Klage zu Recht und mit zutreffender Begründung abgewiesen. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch stehe dem Beschwerdeführer nicht zu, weil die Pauschale den bei einer Rücklastschrift nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden nicht übersteige. § 309 Nr. 5 BGB sehe eine abstrakte Schadensberechnung vor. Maßgeblich sei der typischerweise in der Branche anfallende Durchschnittsschaden, nicht der beim Verwender konkret eintretende Schaden. Sei der tatsächliche Schaden beim Verwender niedriger als die Pauschale, müsse dem Verbraucher nach § 309 Nr. 5 Buchst. b BGB lediglich aus-

drücklich der Nachweis eines geringeren Schadens eröffnet werden. Die von den Beklagten verwendeten Klauseln sähen eine solche Nachweismöglichkeit aber ausdrücklich vor. Das Landgericht habe die anfallenden Kosten zutreffend in Ansatz gebracht. Es habe anhand einer abstrakten Schätzung die branchenüblichen Kosten bestimmt. Die Fremdbankkosten seien mit 2,71 Euro in Ansatz zu bringen. Die Bearbeitungsgebühren der eigenen Hausbank könnten mit durchschnittlich 1,20 Euro in Ansatz gebracht werden. Die entsprechende Feststellung des Landgerichts sei vor dem Hintergrund des durch § 287 ZPO eröffneten Ermessensspielraums berufsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Portokosten betrügen inzwischen 80 Cent, so dass dahinstehen könne, ob die Materialkosten entsprechend dem Berufungsvorbringen des Beschwerdeführers mit lediglich 3 Cent zu beziffern seien.

Der Beschwerdeführer nahm zu diesem Hinweis mit einem mehr als dreißig Seiten umfassenden Schriftsatz vom 25. Januar 2021 umfangreich Stellung. Unter anderem führte er aus, dass die Rücklastschriftpauschalen der größten in Deutschland tätigen Telekommunikationsunternehmen inzwischen unter 4,50 Euro lägen. Die Tatsache, dass die führenden Unternehmen der Telekommunikationsbranche niedrigere Pauschalen erheben und die Beklagten selbst einen erheblich niedrigeren individuellen Rücklastschriftschaden hätten, mache es extrem unwahrscheinlich, dass der branchentypische Schaden bei mindestens 4,50 Euro liege. Lediglich die Konzernmutter der Beklagten verlange von ihren Kunden noch eine Rücklastschriftpauschale in dieser Höhe. In einem von ihm, dem Beschwerdeführer, unter dem Aktenzeichen 12 O 188/18 vor dem Landgericht Düsseldorf geführten Rechtsstreit gegen die Konzernmutter sei aber weitestgehend unstreitig, dass ihr individueller Rücklastschriftschaden nur bei etwas über 3 Euro liege. Von einem weiteren Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen sei aus einem Urteil des Oberlandesgerichts Schleswig vom 14. Februar 2019 – 2 U 4/18 – zudem positiv bekannt, dass ihm für eine Rücklastschrift nur Bankkosten von insgesamt 2,88 Euro entstünden.

Mit Beschluss vom 2. Februar 2021, der dem Beschwerdeführer nach seinen Angaben am 15. Februar 2021 zugestellt worden ist, wies das Oberlandesgericht die Berufung des Beschwerdeführers zurück. Zugleich setzte es den Berufungsstreitwert auf 7.500 Euro fest. Der Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 25. Januar 2021 gebe zu einer vom erteilten Hinweis abweichenden Beurteilung keinen Anlass. Schadensersatzpauschalen seien erlaubt, solange sie dem regelmäßigen Schaden entsprächen und sie dem anderen Vertragsteil ausdrücklich den Nachweis eines wesentlich geringeren Schadens gestatteten. Die Beweislast dafür, dass der pauschalierte Betrag dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden entspreche, trage zwar der Klauselverwender. Die Regelung in § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB sei jedoch an § 252 Satz 2 BGB orientiert. Der Verwender müsse nachweisen, dass der vereinbarte Betrag dem typischen Schadensumfang entspreche. Dabei dürften aber keine zu strengen Anforderungen gestellt werden. Es sei ausreichend, wenn Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen für eine Schadensschätzung vorgetragen würden. Der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Schaden erfordere eine generalisierende Betrachtung. Auf Eigenheiten des einzelnen Verwenders komme es nicht an. Soweit der Beschwerdeführer meine, dass eine an dem branchenüblichen Durchschnittsschaden ausgerichtete Schadenspauschale nicht in Betracht komme, wenn der individuelle Schaden des Klauselverwenders nachweislich geringer ausfalle, lasse sich eine in einer solchen Rechtsansicht liegende Abkehr vom Grundsatz typisierender Betrachtung aus den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, die der Beschwerdeführer anführe, nicht herleiten. In der Pauschale der Beklagten seien keine Posten enthalten, die dem Grunde nach nicht ersatzfähig seien. Als typische Schadenspositionen im Rücklastschriftfall seien neben den anfallenden Bankkosten auch die Kosten für ein Benachrichtigungsschreiben anzuerkennen. Die Benachrichtigung durch ein postalisches Schreiben entspreche jedenfalls derzeit noch dem gewöhnlichen Lauf der Dinge. Davon, dass das branchenübliche Porto geringer sei als das allgemein übliche Porto, könne nicht ausgegangen werden. Den Beschwerdeführer treffe insoweit eine sekundäre Darlegungslast, der er jedoch nicht nachgekommen sei.

Die hiergegen gerichtete Anhörungsrüge des Beschwerdeführers wies das Oberlandesgericht mit Beschluss vom 4. März 2021 zurück. Darin führte es unter anderem aus, dass die Revision auch dann nicht zuzulassen gewesen wäre, wenn durch Urteil entschieden worden wäre. Die Maßstäbe und Beweislastregeln für die Beurteilung einer Schadenspauschale nach § 309 Nr. 5 BGB und eine insoweit zulässige Schadensschätzung seien in der Rechtsprechung geklärt, so dass keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung der Sache bestehe. Das Gericht sehe sich auch im Einklang mit der vom Beschwerdeführer angeführten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

2. Mit Schreiben seines Vorstandsvorsitzenden vom 15. März 2021, das am selben Tag vorab per Telefax mit allen Anlagen beim Verfassungsgerichtshof eingegangen ist, hat der Beschwerdeführer gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Köln vom 2. Februar 2021 Verfassungsbeschwerde erhoben. Der Beschluss verletze ihn, weil das Oberlandesgericht ohne Zulassung der Revision entschieden habe, in seinem grundrechtsgleichen Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 4 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und damit einhergehend in seinem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 4 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG. Der Beschluss verstoße bezüglich der Schadensschätzung nach § 287 ZPO zudem gegen das Willkürverbot aus Art. 4 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG.

Der Verstoß gegen seinen Anspruch auf den gesetzlichen Richter folge daraus, dass die Voraussetzungen einer Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO offensichtlich vorgelegen hätten. Die Revision sei zur Klärung einer klärungsbedürftigen grundsätzlichen Rechtsfrage und zudem zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen gewesen. Das Oberlandesgericht habe eine klärungsbedürftige grundsätzliche Rechtsfrage von über den konkreten Fall hinausgehender Bedeutung entschieden und sei außerdem in entscheidungserheblicher Weise zu Lasten des Beschwerdeführers von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abgewichen. Die Nichtzulassung der Revision ohne jede Begründung sei

daher willkürlich. Falls vom Verfassungsgerichtshof angenommen werde, dass das Oberlandesgericht von der für § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB maßgeblichen Beweislastverteilung nicht abgewichen sei, sondern die Höhe des branchentypischen Rücklastschriftschadens selbstständig nach § 287 ZPO geschätzt habe, liege ein Verstoß des Oberlandesgerichts gegen das Willkürverbot vor, weil keine objektiven Anknüpfungsfakten vorhanden gewesen seien, die eine Schadensschätzung zugelassen hätten.

Die Voraussetzungen der Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO hätten hinsichtlich der Rechtsfrage vorgelegen, ob ein Klauselverwender die Höhe der Schadensersatzpauschale auf einen angeblich höheren branchentypischen Schaden stützen könne, wenn unstreitig oder bewiesen sei, dass der individuelle durchschnittliche Schaden des Klauselverwenders im Anwendungsbereich der Pauschale die Höhe der Pauschale nicht erreiche. Diese Frage sei, soweit ersichtlich, in bisheriger Literatur und Rechtsprechung noch nicht erörtert worden. In der gegebenen Situation laufe der Rückgriff auf einen vermeintlich höheren branchentypischen Schaden darauf hinaus, dass der Klauselverwender eine überhöhte Pauschalierungsklausel damit rechtfertige, dass andere Branchenunternehmen einen höheren Schaden erlitten. Das sei offenkundig eine weitreichende ungeklärte Frage von allgemeiner Bedeutung, die zwingend der Klärung durch den Bundesgerichtshof bedürfe. Er, der Beschwerdeführer, sei der Auffassung, dass es nicht dem Normzweck des § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB entspreche, dem Klauselverwender einen vorsätzlichen und systematischen Verstoß gegen das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot zu ermöglichen. Demgegenüber habe das Oberlandesgericht die Auffassung vertreten, dass es auf den individuellen durchschnittlichen Schaden bei Prüfung der Zulässigkeit der Schadenspauschalierungsklausel am Maßstab des § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB generell nicht ankomme.

Wegen dieser Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts wäre, so der Beschwerdeführer, die Revision zugleich nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO zur Sicherung einer

einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen gewesen. Das Oberlandesgericht weiche mit seiner Rechtsauffassung von einer neueren Auffassung des Bundesgerichtshofs und zweier Oberlandesgerichte ab. Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 16. Januar 1984 – II ZR 100/83, welches das Missverständnis genährt habe, dass es bei § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB auf den branchentypischen Schaden ankomme, sei durch jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs überholt. Im Urteil vom 18. Februar 2015 – XII ZR 199/13 – habe sich der Bundesgerichtshof ausschließlich mit den individuellen Gegebenheiten des im damaligen Verfahren beklagten Freizeitbads auseinandergesetzt. Dem hätten sich die Oberlandesgerichte Koblenz mit Urteil vom 14. Juli 2016 – 2 U 615/15 – und Schleswig mit Urteil vom 23. November 2017 – 2 U 1/17 – angeschlossen. Mit Urteil vom 26. Juni 2019 – VIII ZR 95/18 – habe sich der Bundesgerichtshof schließlich nicht abstrakt mit der Höhe der Mahnkosten in der Energieversorgungsbranche, sondern mit den konkreten Kosten des individuellen Klauselverwenders auseinandergesetzt und geprüft, ob die individuellen Verhältnisse dieses Unternehmens die Höhe der Pauschale rechtfertigten.

Das Oberlandesgericht hätte, so der Beschwerdeführer, die Revision nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO schließlich auch deshalb zulassen müssen, weil es von der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Verteilung der Beweislast im Rahmen des § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB abgewichen sei. Die Beweislast dafür, dass die Höhe seiner Schadensersatzpauschale gerechtfertigt sei, treffe danach den Klauselverwender. Die dem Klauselverwender zugeordnete Vortrags- und Beweislast dürfe nicht durch eine Schätzung nach § 287 ZPO umgangen werden, die sich auf lediglich vage Annahmen des Gerichts stütze. So sei es mit der Entscheidung des Oberlandesgerichts jedoch geschehen, wobei dieses habe ausreichen lassen, dass der Klauselverwender Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen für eine Schadensschätzung vortrage. Einen Beweis habe es den Beklagten nicht abverlangt.

Sollte der Verfassungsgerichtshof nicht davon ausgehen, dass das Oberlandesgericht von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Beweislastverteilung ab-

gewichen sei, sondern den branchenüblichen Durchschnittsschaden geschätzt habe, sei diese Schätzung willkürlich. Eine Schätzung nach § 287 ZPO dürfe nicht abstrakt erfolgen, sondern müsse dem jeweiligen Einzelfall Rechnung tragen und auf konkreten, von der beweispflichtigen Partei vorzutragenden und im Streitfall zu beweisenden Anknüpfungstatsachen beruhen. Sie dürfe nicht mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft hängen. Insbesondere scheide eine Schätzung aus, wenn sie zu realitätswidrigen Ergebnissen führe. Beide Voraussetzungen lägen vor. Für eine Schätzung des branchentypischen Rücklastschriftschadens auf 4,50 € fehle es an geeigneten Anknüpfungstatsachen. Das gelte namentlich für die vom Oberlandesgericht angenommenen Hausbankkosten von 1,20 Euro und die Benachrichtigungskosten von 83 Cent. Bezüglich der Letzteren gehe das Oberlandesgericht selbst nicht davon aus, dass noch in jedem Fall ein postalisches Benachrichtigungsschreiben versendet werde. Schon aus diesem Grund könne aber kein branchenübliches Rücklastschriftporto von 80 Cent zugrunde gelegt werden. Darüber hinaus sei das Gesamtergebnis der Schätzung realitätswidrig. Schon der individuelle Rücklastschriftschaden der Beklagten spreche gegen einen branchentypischen Rücklastschriftschaden von 4,50 Euro. Darüber hinaus berechneten die großen Branchenunternehmen nur Rücklastschriftkosten von maximal 4 Euro. Das sei ein starkes Indiz dafür, dass ihnen kein höherer Rücklastschriftschaden entstehe und damit auch der branchentypische Schaden nicht 4,50 Euro erreiche.

## II.

1. Die Verfassungsbeschwerde wird gemäß § 58 Abs. 2 Satz 1, § 59 Abs. 2 Satz 1 VerfGHG durch die Kammer zurückgewiesen, weil sie unzulässig ist. Sie genügt nicht den sich aus § 18 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 55 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 VerfGHG ergebenden Anforderungen an ihre Begründung. Das gilt zum einen im Hinblick auf die Darlegung möglicher Grundrechtsverletzungen (nachfolgend a)) und zum anderen im Hinblick auf die Darlegung der Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes (nachfolgend b)). Dabei geht die Kammer davon aus, dass sich der Beschwerdeführer

allein gegen den Berufungszurückweisungsbeschluss des Oberlandesgerichts vom 2. Februar 2021 wenden will und nicht auch gegen den Anhörungsrügebeschluss des Oberlandesgerichts vom 4. März 2021. Eine Gehörsverletzung rügt der Beschwerdeführer mit der Verfassungsbeschwerde weder ausdrücklich noch der Sache nach. Nach den Ausführungen in der Beschwerdebegründung ist die Anhörungsrüge nur vorsorglich erhoben worden, um dem Subsidiaritätsgrundsatz Genüge zu tun. Als Angriffsgegenstand wird der Anhörungsrügebeschluss vom 4. März 2021 in der Beschwerdebegründung nicht weiter behandelt.

**a)** Unzureichend – jedenfalls überwiegend – ist die Begründung der Verfassungsbeschwerde mit Blick auf die notwendige Darlegung möglicher Grundrechtsverletzungen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs darf sich die nach § 18 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 55 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 VerfGHG erforderliche substantiierte Begründung der Verfassungsbeschwerde nicht lediglich in der Nennung des verletzten Rechts und in der Bezeichnung der angegriffenen Maßnahme erschöpfen. Vielmehr muss sie bestimmte formale und inhaltliche Anforderungen erfüllen (vgl. VerfGH NRW, Beschlüsse vom 24. August 2021 – VerfGH 55/21.VB-1, juris, Rn. 7, vom 30. August 2022 – VerfGH 16/22.VB-1, juris, Rn. 10, und vom 13. Juni 2023 – VerfGH 21/22.VB-3, juris, Rn. 12). Inhaltlich muss ein Beschwerdeführer für eine ordnungsgemäße Begründung substantiiert darlegen, dass die von ihm behauptete Verletzung eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts möglich ist (VerfGH NRW, Beschlüsse vom 16. Juni 2020 – VerfGH 42/20.VB-2, juris, Rn. 11, und vom 13. Juni 2023 – VerfGH 21/22.VB-3, juris, Rn. 12). In einer Verfassungsbeschwerde gegen eine gerichtliche Entscheidung muss er sich dafür hinreichend mit der Begründung der angefochtenen Entscheidung und den für den behaupteten Grundrechtsverstoß geltenden verfassungsrechtlichen Maßstäben auseinandersetzen (vgl. VerfGH NRW, Beschlüsse vom 24. August 2021 – VerfGH 55/21.VB-1, juris, Rn. 8, und vom 4. April 2022 – VerfGH 125/21.VB-3, juris, Rn. 11). Insoweit bedarf es einer

ins Einzelne gehenden, argumentativen Auseinandersetzung mit den Gründen der angefochtenen Entscheidung auf der Ebene des Verfassungsrechts am Maßstab der als verletzt gerügten grundrechtlichen Positionen (VerfGH NRW, Beschlüsse vom 16. März 2021 – VerfGH 121/20.VB-1, juris, Rn. 8, und vom 18. Januar 2022 – VerfGH 191/20.VB-1, juris, Rn. 13). Die Verfassungsbeschwerde muss auf diese Weise, weil der Verfassungsgerichtshof kein "Superrevisionsgericht" ist, die Möglichkeit aufzeigen, dass die angefochtene fachgerichtliche Entscheidung auf einer grundsätzlichen Verkennung des Gewährleistungsgehalts des als verletzt gerügten Grundrechts beruht (VerfGH NRW, Beschlüsse vom 24. August 2021 – VerfGH 172/20.VB-1, juris, Rn. 10, und vom 29. August 2023 – VerfGH 40/23.VB-1, juris, Rn. 7).

**aa)** Den vorgenannten Anforderungen genügt die Beschwerdebegründung nicht, soweit sie eine Verletzung der grundrechtsgleichen Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 4 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und einen damit einhergehenden Verstoß gegen das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 4 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG rügt.

Ein Verstoß gegen die beiden Gewährleistungen kommt nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs in Betracht, wenn ein Gericht der gesetzlich vorgesehenen Pflicht zur Zulassung eines Rechtsmittels nicht nachkommt und die Entscheidung insoweit sachlich nicht zu rechtfertigen ist, sich damit als objektiv willkürlich erweist und den Zugang zur nächsten Instanz unzumutbar erschwert (VerfGH NRW, Beschlüsse vom 24. August 2021 – VerfGH 55/21.VB-1, juris, Rn. 10 m. w. N., und vom 16. Mai 2023 – VerfGH 106/22.VB-1, ZfSch 2023, 561 = juris, Rn. 15). Damit gilt letztlich derselbe Willkürmaßstab wie im Rahmen des Art. 4 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG (vgl. dazu VerfGH NRW, Beschluss vom 16. Juni 2020 – VerfGH 69/19.VB-1, juris, Rn. 9; siehe auch BVerfG, Beschluss vom 13. April 2023 – 1 BvR 667/22, NZM 2023, 495 = juris, Rn. 16). Die einfach-rechtlich fehlerhafte Handhabung der maßgeblichen Zulassungsvorschriften genügt für einen Verfassungsverstoß

nicht (VerfGH NRW, Beschluss vom 24. August 2021 – VerfGH 55/21.VB-1, juris, Rn. 10). Die fehlerhafte Auslegung eines Gesetzes allein macht eine Gerichtsentcheidung nicht willkürlich. Willkür liegt vielmehr erst vor, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm ohne Auseinandersetzung mit der Sach- und Rechtslage nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Norm in krasser Weise missdeutet wird (BVerfG, Beschluss vom 19. Dezember 2013 – 1 BvR 859/13, WM 2014, 251 = juris, Rn. 21; VerfGH NRW, Beschluss vom 16. Juni 2020 – VerfGH 69/19.VB-1, juris, Rn. 9). Von willkürlicher Missdeutung kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn das Gericht sich mit der Rechtslage eingehend auseinandersetzt und seine Auffassung nicht jedes sachlichen Grundes entbehrt (BVerfG, Beschluss vom 19. Januar 1996 – 1 BvR 662/93, NJW 1996, 1336 = juris, Rn. 12; VerfGH NRW, Beschlüsse vom 16. Juni 2020 – VerfGH 69/19.VB-1, juris, Rn. 9, und vom 21. November 2023 – VerfGH 45/23.VB-2, juris, Rn. 5).

**(1)** Ausgehend hiervon genügt die Beschwerdebegründung nicht den daran zu stellenden Anforderungen, soweit der Beschwerdeführer einen Verfassungsverstoß in der Nichtzulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung bezogen auf den Gesichtspunkt sieht, dass § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB nach der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts ein Abstellen auf den branchentypischen Durchschnittsschaden auch dann erlaubt, wenn der individuelle durchschnittliche Schaden des Klauselverwenders geringer ist.

Die Verfassungsbeschwerde arbeitet schon den relevanten Maßstab für die Annahme eines Verfassungsverstoßes nicht vollständig heraus. Auch geht sie nicht der Frage nach, ob die vom Oberlandesgericht unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmittelzulassung gegebene Begründung für die Wahl des Beschlussverfahrens nach § 522 Abs. 2 ZPO, welches eine Revisionszulassung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO wegen seiner ihr entgegenstehenden Voraussetzungen gemäß § 522

Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 ZPO denknötwendig ausschließt, diesem Maßstab standhält oder warum sie mit ihm unvereinbar ist.

Die Behauptung des Beschwerdeführers, das Oberlandesgericht habe die Revision ohne jede Begründung nicht zugelassen, woraus gegebenenfalls auf eine verfassungswidrige Nichtzulassung des Rechtsmittels gefolgert werden könnte (siehe VerfGH NRW, Beschluss vom 24. August 2021 – VerfGH 55/21.VB-1, juris, Rn. 11), trifft nicht zu. Zwar verhält sich der Berufungszurückweisungsbeschluss vom 2. Februar 2021 nicht ausdrücklich zur Revisionszulassung. Allerdings geht der Beschluss auf seiner Seite 3 auf die Argumentation des Beschwerdeführers ein, nach welcher eine am branchenüblichen Durchschnittsschaden ausgerichtete Schadenspauschale nicht in Betracht kommen soll, wenn der individuelle Schaden des Klauselverwenders nachweislich geringer ausfällt. Hier stellt das Oberlandesgericht ausdrücklich fest, dass sich eine Abkehr vom Grundsatz der typisierenden Betrachtung aus den vom Beschwerdeführer angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs – Urteile vom 18. Februar 2015 – XII ZR 199/13 – und vom 26. Juni 2019 – VIII ZR 95/18 – nicht herleiten lasse. Damit liegen schon an dieser Stelle ausreichende Anhaltspunkte (vgl. zu diesem Erfordernis VerfGH NRW, Beschluss vom 24. August 2021 – VerfGH 55/21.VB-1, juris, Rn. 11) dafür vor, aufgrund welcher Überlegungen das Gericht von der Revisionszulassung abgesehen beziehungsweise eine Entscheidung im Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO für zulässig gehalten hat. Diese Erwägungen hat das Oberlandesgericht sodann im Anhörungsrügebeschluss vom 4. März 2021 nochmals ergänzt. Dort hat es ausgeführt, dass es die Revision auch im Falle einer Entscheidung durch Urteil nicht zugelassen hätte, weil die Voraussetzungen nach § 543 Abs. 2 ZPO – worauf es näher eingeht – nicht vorgelegen hätten.

Wegen ihrer falschen Grundannahme legt die Verfassungsbeschwerde in der Folge nicht ausreichend dar, warum die in den Ausführungen des Oberlandesgerichts erkennbar werdenden Erwägungen zur Rechtsmittelzulassung dem Willkürmaßstab

nicht standhalten sollten und darin gegebenenfalls mehr zu sehen sein sollte als eine fehlerhafte Anwendung einfachen Rechts.

Danach kann dahinstehen, ob das für die Verfassungsbeschwerde erforderliche Rechtsschutzbedürfnis heute noch besteht, soweit es um die unterbliebene Rechtsmittelzulassung zur Klärung der vom Beschwerdeführer als klärungsbedürftig angesehenen Rechtsfrage geht. Zweifel am Rechtsschutzbedürfnis begründet eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die als klärend angesehen werden kann (siehe zum Rechtsschutzbedürfnis bei zwischenzeitlicher Klärung der für grundsätzlich gehaltenen Rechtsfrage z. B. VerfGH NRW, Beschluss vom 4. April 2022 – VerfGH 96/21.VB-3, juris, Rn. 7). Mit Urteil vom 10. Februar 2021 – KZR 63/18 – hat der Bundesgerichtshof kurz nach Erlass des vom Beschwerdeführer mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Beschlusses seine Ausführungen im Urteil vom 16. Januar 1984 – II ZR 100/83 – bekräftigt und ausgeführt, dass die Pauschale nach § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB der Höhe nach den normalerweise eintretenden branchentypischen Durchschnittsschaden nicht übersteigen dürfe. Der danach maßgebliche Durchschnittsschaden sei objektiv und unabhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls zu ermitteln (siehe BGH, Urteil vom 10. Februar 2021 – KZR 63/18, BGHZ 229, 1 = juris, Rn. 32; siehe aus der Literatur zustimmend z. B. Looschelders, in: Erman, BGB, 17. Auflage 2023, § 309 Rn. 46).

**(2)** Dass die Verfassungsbeschwerde den eingangs genannten Begründungsanforderungen nicht genügt, gilt auch, soweit der Beschwerdeführer einen Verfassungsverstoß durch die Nichtzulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO trotz – vorgeblicher – Abkehr des Oberlandesgerichts von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 309 Nr. 5 BGB annimmt. Das Oberlandesgericht wollte von den zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast aufgestellten Obersätzen des Bundesgerichtshofs ersichtlich nicht abweichen, wie es zuletzt im Anhörungsrügebefehl vom 4. März 2021 explizit zum Ausdruck gebracht hat.

In einem solchen Fall kommt eine Revisionszulassung durch das Berufungsgericht nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO nicht in Betracht, weil von ihm – jedenfalls bewusst – kein abstrakter Rechtssatz aufgestellt wird, der von dem eines höher- oder gleichrangigen Gerichts abweicht. Etwaige Fälle sogenannter unbewusster Divergenz, die das Berufungsgericht nicht erkannt hat, fallen in den Prüfungsbereich des Revisionsgerichts im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO. Worin hier angesichts dessen die Willkürlichkeit der oberlandesgerichtlichen Entscheidung liegen soll, zeigt die Verfassungsbeschwerde nicht auf. Dabei versäumt sie unter anderem ein weiteres Mal die notwendige Abgrenzung zur lediglich fehlerhaften Anwendung einfachen Rechts. Sollte das Oberlandesgericht aus den von ihm herangezogenen Rechtssätzen des Bundesgerichtshofs im Einzelnen bloß falsche Schlussfolgerungen gezogen haben, handelte es sich um einen Subsumtions- oder einfachen Rechtsanwendungsfehler im Einzelfall (vgl. z. B. BGH, Beschluss vom 14. August 2013 – XII ZB 443/12, MDR 2013, 1304 = juris, Rn. 6), der einen Willkürvorwurf selbst dann nicht begründen würde, wenn der Fehler offensichtlich wäre (siehe BGH, Beschluss vom 17. Juni 2010 – IX ZR 187/08, juris, Rn. 6).

**bb)** Auch in Bezug auf die vom Beschwerdeführer als Verstoß gegen das Willkürverbot des Art. 4 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG gerügte etwaige eigene Schadensschätzung des Oberlandesgerichts spricht viel dafür, dass die Verfassungsbeschwerde die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung nicht ausreichend begründet hat. Insoweit bestehen sowohl formale als auch inhaltliche Bedenken.

**(1)** Eine nach § 18 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 55 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 VerfGHG ausreichende Begründung setzt in formaler Hinsicht einen Vortrag voraus, der dem Verfassungsgericht eine umfassende Sachprüfung ohne weitere Nachforschungen etwa durch die Beiziehung von Akten des Ausgangsverfahrens ermöglicht (VerfGH NRW, Beschluss vom 18. Mai 2021 – VerfGH 22/21.VB-1, juris, Rn. 9). Hierzu muss der Beschwerdeführer den Sachverhalt, aus dem er die Grundrechtsverletzung ableitet, sowohl aus sich heraus verständlich als auch hinsichtlich der für die gerügte

Grundrechtsverletzung erheblichen Umstände vollständig wiedergeben. Der Verfassungsgerichtshof soll grundsätzlich allein aufgrund des Inhalts der Beschwerdeschrift in die Lage versetzt werden, sich ohne Einholung weiterer Auskünfte ein ausreichendes Bild über die Sach- und Rechtslage zu verschaffen, um den geltend gemachten Verfassungsverstoß auf seine Schlüssigkeit hin zu überprüfen (VerfGH NRW, Beschluss vom 23. Februar 2021 – VerfGH 193/20.VB-3, juris, Rn. 13). Das hat besondere Bedeutung in den Fällen, in denen der Beschwerdeführer – wie hier – von den Feststellungen und der Würdigung der Tatsachen durch die Fachgerichte abweichen will und seinen abweichenden Sachvortrag mit einem Angriff gegen die fachgerichtliche Tatsachenfeststellung verbindet. Der Beschwerdeführer muss in diesen Fällen die Tatsachen vortragen, aus denen sich die Grundrechtswidrigkeit der Sachverhaltsfeststellung ergeben soll (siehe zu § 92 BVerfGG Magen, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Auflage 2022, § 92 Rn. 32).

Hier kommt insoweit dem Prozessgeschehen in erster Instanz besondere Bedeutung zu. Die Berufungsinstanz ist, wie sich aus ihrer grundsätzlichen Bindung an die erstinstanzlich festgestellten Tatsachen gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergibt, nur eine eingeschränkte Tatsacheninstanz. Über die Grundlagen beziehungsweise die notwendigen Anknüpfungstatsachen für eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO entscheidet damit im Wesentlichen der Parteivortrag in erster Instanz. Hierzu ist der Vortrag in der Verfassungsbeschwerde – entgegen den zuvor genannten Anforderungen – jedoch lückenhaft. Der Verfahrensverlauf wird nur unvollständig wiedergegeben. Das gilt zum einen für das nach § 138 Abs. 2 und 3 ZPO für die Tatsachenfeststellung bedeutsame Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag, in das die Verfassungsbeschwerde keinen uneingeschränkten, ungefilterten Einblick gewährt, und zum anderen für die Reaktionen des Beschwerdeführers auf die vom Landgericht erteilten rechtlichen Hinweise. Wie sich aus dem mit der Verfassungsbeschwerde in Ablichtung vorgelegten landgerichtlichen Urteil ergibt, hat das Landgericht wiederholt, am 10. Januar 2018 und am 29. Januar 2019, rechtliche Hinweise erteilt. Weder

diese noch die Reaktionen des Beschwerdeführers hierauf werden mit der Verfassungsbeschwerde vorgelegt oder ihrem wesentlichen Inhalt nach wiedergegeben.

**(2)** Auch inhaltlich gelingt es der Verfassungsbeschwerde mangels vertiefter Auseinandersetzung mit den Besonderheiten des § 287 Abs. 1 ZPO kaum, argumentativ aufzuzeigen, warum die Grenze vom gegebenenfalls einfachen Rechtsanwendungsfehler zum Verfassungsverstoß überschritten sein sollte. Zwar trifft der Hinweis des Beschwerdeführers zu, dass eine Schätzung nach der fachgerichtlichen Rechtsprechung zu § 287 Abs. 1 ZPO nicht „völlig in der Luft hängen“ darf (siehe z. B. BGH, Urteil vom 22. Mai 1984 – III ZR 18/83, BGHZ 91, 243 = juris, Rn. 55). Mit der Formulierung soll aber vor allem die freie oder echte Schätzung ausgeschlossen werden (siehe z. B. BAG, Urteil vom 26. September 2012 – 10 AZR 370/10, BAGE 143, 165 = juris, Rn. 19 m. w. N.; BGH, Urteil vom 6. Dezember 2012 – VII ZR 84/10, NJW 2013, 525 = juris, Rn. 23; Ahrens, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 5. Auflage 2023, § 287 Rn. 38; Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 20. Auflage 2023, § 287 Rn. 8). Das Gesetz nimmt in Kauf, dass das Ergebnis der Schätzung mit der Wirklichkeit vielfach nicht übereinstimmt. Der Tatrichter muss daher nach pflichtgemäßem Ermessen prüfen, ob auf der Grundlage des Vortrags des Geschädigten wenigstens die Schätzung eines Mindestschadens möglich ist (BAG, Urteil vom 26. September 2012 – 10 AZR 370/10, BAGE 143, 165 = juris, Rn. 19). Die Anforderungen an die dafür notwendigen Schätzgrundlagen variieren in Abhängigkeit vom jeweils zu ermittelnden Schadenstypus (Ahrens, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 5. Auflage 2023, § 287 Rn. 6). Die sich daraus ergebende Schwierigkeit der Grenzziehung im konkreten Fall bleibt in der Verfassungsbeschwerde vollkommen unerörtert.

**b)** Letztlich kann die Frage der hinreichenden Begründung der Verfassungsbeschwerde in Bezug auf die Möglichkeit einer Verletzung von Art. 4 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG aber auch dahinstehen. Die Verfassungsbeschwerde ist – dies ist der zweite, sie insgesamt erfassende Begründungsmangel – im Hinblick auf die Wahrung des Grundsatzes der Subsidiarität nicht ausreichend begründet worden.

Die sich aus § 18 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 55 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 VerfGHG ergebenden Begründungsanforderungen verlangen vom Beschwerdeführer auch die Darlegung, dass der verfassungsprozessuale Grundsatz der Subsidiarität gewahrt worden ist (vgl. VerfGH NRW, Beschlüsse vom 23. Februar 2021 – VerfGH 101/20.VB-1, juris, Rn. 25, und vom 30. August 2022 – VerfGH 16/22.VB-1, juris, Rn. 12; siehe auch VerfGH NRW, Beschluss vom 4. Juli 2023 – VerfGH 37/23.VB-1, juris, Rn. 2, zu den ähnlichen Darlegungsanforderungen bezüglich der Wahrung der Monatsfrist des § 55 Abs. 1 Satz 1 VerfGHG).

**aa)** Über das Gebot der Rechtswegerschöpfung gemäß § 54 Satz 1 VerfGHG hinaus ist der Beschwerdeführer nach dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gehalten, vor ihrer Erhebung alle ihm nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten zu ergreifen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in dem unmittelbar mit ihr zusammenhängenden sach nächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen (VerfGH NRW, Beschlüsse vom 27. Oktober 2020 – VerfGH 124/20.VB-1, juris, Rn. 6, und vom 27. April 2021 – VerfGH 43/21.VB-1, juris, Rn. 7). Der Beschwerdeführer muss dafür bereits im Ausgangsverfahren alle darauf gerichteten prozessualen Möglichkeiten ausschöpfen (VerfGH NRW, Beschluss vom 20. Dezember 2019 – VerfGH 45/19.VB-1, NVwZ-RR 2020, 329 = juris, Rn. 8). Dazu gehört unter dem Aspekt materieller Subsidiarität auch, dass der Rechtsweg vor den Fachgerichten nicht nur formal beschränkt wird, sondern eröffnete Rechtsmittel auch in der gehörigen Weise erhoben beziehungsweise sorgfältig geführt werden (VerfGH NRW, Beschluss vom 24. August 2021 – VerfGH 88/21.VB-1, juris, Rn. 9; vgl. auch BVerfG, Beschlüsse vom 5. Mai 2005 – 2 BvR 1593/03, juris, Rn. 5, und vom 2. Februar 2016 – 1 BvR 3078/15, ZfWG 2016, 132 = juris, Rn. 6).

**bb)** Dass der Beschwerdeführer dem genügt hätte, legt die Verfassungsbeschwerde nicht dar. Sie beschränkt sich mit Blick auf den Subsidiaritätsgrundsatz auf den Hinweis, dass ein Anhörungsrügeverfahren durchgeführt worden ist. Die sich aus dem

Subsidiaritätsgrundsatz ergebenden Anforderungen an die Prozessführung begründen aber nicht nur eine Obliegenheit, unter bestimmten Voraussetzungen eine Anhörrüge nach den jeweiligen prozessualen Vorschriften zu erheben (vgl. VerfGH NRW, Beschluss vom 13. Juni 2023 – VerfGH 58/22.VB-1, juris, Rn. 16). Die Anforderungen setzen vielmehr schon früher ein und beziehen sich nach dem zuvor Ausgeführten auf die gesamte Verfahrensführung bis zum Erlass der angegriffenen Entscheidung.

**(1)** In für die Frage der Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes nicht unbedeutenden Teilen bleibt der Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens hier jedoch unklar. Damit lässt sich nicht abschließend beurteilen, ob das Prozessverhalten des Beschwerdeführers in erster Instanz – auf das es wegen der grundsätzlichen Bindung des Berufungsgerichts an die erstinstanzlichen Feststellungen gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO maßgeblich ankommt – den prozessualen Sorgfaltsanforderungen genügt. Bei Angriffen gegen die Tatsachenfeststellung des Fachgerichts ist aber von besonderer Bedeutung und vom Beschwerdeführer im Einzelnen darzulegen, dass er das ihm Mögliche und Zumutbare zur Sachverhaltsfeststellung beigetragen hat (siehe Magen, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Auflage 2022, § 92 Rn. 32). So lässt sich hier unter anderem nicht ausreichend nachvollziehen, wie der Beschwerdeführer auf die ihm vom Landgericht erteilten – von der Verfassungsbeschwerde nicht wiedergegebenen – rechtlichen Hinweise reagiert hat (siehe zum insoweit ebenfalls relevanten zivilprozessualen Subsidiaritätsgrundsatz BGH, Beschluss vom 28. März 2019 – IX ZR 147/18, ZInsO 2019, 1026 = juris, Rn. 3 ff.). Im landgerichtlichen Urteil heißt es bezüglich des Hinweises vom 10. Januar 2018, dass der Beschwerdeführer dem Beklagtenvorbringen trotz dieses Hinweises nicht in beachtlicher Weise entgegengetreten sei. Soweit der Beschwerdeführer in der Verfassungsbeschwerde hiergegen mit Vortrag aus seinem Schriftsatz an das Landgericht vom 11. Juni 2020 argumentiert, räumt das Zweifel an einer sorgfältigen, den Anforderungen des Subsidiaritätsgrundsatzes genügenden Prozessführung nicht aus, sondern verstärkt diese noch. Bei dem Schriftsatz vom 11. Juni 2020 handelt es sich um einen dem Anwen-

dungsbereich des § 296a Satz 1 ZPO unterfallenden Schriftsatz, der erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung beim Landgericht eingegangen ist. Ein solcher birgt die Gefahr der Nichtberücksichtigung des darin enthaltenen neuen tatsächlichen Vorbringens in sich, die sich hier augenscheinlich auch realisiert hat. Das Landgericht hat im Hinblick auf diesen nicht nachgelassenen Schriftsatz keinen Anlass gesehen, auf „das hierin enthaltene neue tatsächliche Vorbringen“ die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. Dass ein dieser Gefahr begegnender, in der mündlichen Verhandlung gestellter Antrag auf einen Schriftsatznachlass in der konkreten prozessualen Situation offensichtlich aussichtslos gewesen wäre, so dass der Beschwerdeführer darauf nicht verwiesen werden konnte (vgl. VerfGH NRW, Beschluss vom 24. August 2021 – VerfGH 88/21.VB-1, juris, Rn. 10), legt die Verfassungsbeschwerde nicht dar und ist auch nicht ersichtlich.

**(2)** Von der Verfassungsbeschwerde nicht ausgeräumte Zweifel an der Wahrung des verfassungsprozessualen Subsidiaritätsgrundsatzes begründen darüber hinaus die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Schadensschätzung in seinem Schriftsatz an das Oberlandesgericht vom 25. Januar 2021. Die Verfassungsbeschwerde macht mit Recht geltend, dass eine Schadensschätzung gemäß § 287 Abs. 1 ZPO nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zu einem realitätswidrigen Ergebnis führen darf (vgl. BGH, Urteil vom 22. Mai 1984 – III ZR 18/83, BGHZ 91, 243 = juris, Rn. 55). Den diesbezüglich relevanten und inhaltlich durchaus überzeugenden Tatsachenvortrag hat der Beschwerdeführer jedoch – anderes lässt sich der Verfassungsbeschwerde und den ihr beigefügten Unterlagen nicht entnehmen – erstmals mit dem Schriftsatz vom 25. Januar 2021 in das Berufungsverfahren eingeführt, als die Berufungsbegründungsfrist lange abgelaufen und neues tatsächliches Vorbringen vom Oberlandesgericht nicht mehr ohne Weiteres zu berücksichtigen war. Erstmals mit dem Stellungnahmeschriftsatz vom 25. Januar 2021 hat der Beschwerdeführer unter Bezugnahme auf Preislisten vorgetragen, dass die Rücklastschriftpauschalen der großen Telekommunikationsanbieter bei maximal 4 Euro liegen. Erstmals in diesem Schriftsatz hat er auch auf seine Erkenntnisse aus dem von ihm geführten,

schon seit 2018 anhängigen Düsseldorfer Parallelverfahren gegen die Konzernmutter der Beklagten sowie auf die tatbestandlichen Feststellungen im Urteil des Oberlandesgerichts Schleswig vom 14. Februar 2019 – 2 U 4/18 – verwiesen. Mit Blick auf das zivilprozessuale Novenrecht und die hierzu veröffentlichte oberlandesgerichtliche Rechtsprechung musste er jedoch damit rechnen, dass dieses späte Vorbringen – wie hier letztlich auch geschehen – keine Berücksichtigung mehr finden würde. Nach langjähriger Rechtsprechung gerade des Oberlandesgerichts Köln als dem für den Beschwerdeführer zuständigen Berufungsgericht eröffnet die Möglichkeit zur Stellungnahme auf einen Hinweis nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht das Feld für neue Tatsachenfeststellungen, vielmehr unterliegt die Stellungnahme danach den Beschränkungen der §§ 529 ff. ZPO (siehe OLG Köln, Beschlüsse vom 11. November 2013 – 19 U 98/13, juris, Rn. 5 [dort Ausschluss nach §§ 529, 530 ZPO], vom 13. April 2015 – 19 U 134/14, juris, Rn. 40, vom 10. Juni 2020 – 19 U 11/20, juris, Rn. 35, und vom 23. Juni 2022 – I-19 U 237/21, juris, Rn. 87 [dort Ausschluss nach §§ 529, 531 ZPO]; ebenso z. B. OLG München, Beschluss vom 9. November 2015 – 19 U 1610/15, WM 2016, 2219 = juris, Rn. 8 m. w. N.; aus der Literatur z. B. Rimmelspacher, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020, § 522 Rn. 30 m. w. N.). Die dem Beschwerdeführer obliegende prozessuale Sorgfalt hätte es demnach geboten, das neue Tatsachenvorbringen zur Vermeidung der vorgenannten Gefahr in der von § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO geforderten Weise spätestens in die Berufungsbegründung aufzunehmen, soweit dies möglich war. Warum es dort nicht enthalten ist, ergibt sich weder aus der Verfassungsbeschwerde noch dem Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 25. Januar 2021 oder seinem Anhörungsrügeschriftsatz vom 27. Februar 2021, hätte mit Blick auf den verfassungsprozessualen Subsidiaritätsgrundsatz aber dargelegt werden müssen. Mit der Verfassungsbeschwerde legt der Beschwerdeführer wie mit seinem Schriftsatz vom 25. Januar 2021 an das Oberlandesgericht Preislisten großer Telekommunikationsunternehmen vor, in denen sich die Rücklastschriftpauschalen auf maximal 4 Euro belaufen. Eine der Preislisten (Anlage Bf 3) trägt das Datum vom 28. Juli 2020. Zu diesem Zeitpunkt war nicht einmal die Berufungsfrist des § 517 ZPO abgelaufen.

Soweit sich der Beschwerdeführer im Schriftsatz vom 25. Januar 2021 und auch in der Verfassungsbeschwerde auf § 291 ZPO bezieht und die Ansicht vertritt, der Berücksichtigung der Tatsachen stünden die Einschränkungen des Novenrechts nicht entgegen, geht dies fehl. Selbst dem § 291 ZPO unterfallende offenkundige Tatsachen – insoweit kann offen bleiben, ob und in welchem Umfang es sich hier um solche handelte – müssen ordnungsgemäß in das Verfahren eingeführt werden und dürfen vom Gericht nur verwertet werden, wenn die andere Partei hierzu rechtliches Gehör erhalten hat (siehe BVerfG, Beschlüsse vom 3. November 1959 – 1 BvR 13/59, BVerfGE 10, 177 = juris, Rn. 14 ff., und vom 29. August 1995 – 2 BvR 175/95, NJW-RR 1996, 183 = juris, Rn. 27). Sie müssen wie alle Urteilsgrundlagen grundsätzlich zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht werden (BGH, Urteil vom 14. Mai 2013 – II ZR 76/12, NJW-RR 2013, 1013 = juris, Rn. 8). In eine solche noch einzutreten, bestand für das Oberlandesgericht nach seinem Beschluss vom 24. November 2020 aber kein Anlass. Der Beschwerdeführer reagierte mit seinem Schriftsatz vom 25. Januar 2021 nicht auf einen gerichtlichen Hinweis im Sinne von § 139 Abs. 2 Satz 1 oder 2, § 525 Satz 1 ZPO. Auf Seite 5 der Berufungsbegründung vom 24. September 2020 hatte er sich mit der Möglichkeit und Zulässigkeit einer gerichtlichen Schätzung nach § 287 ZPO bereits auseinandergesetzt. Es handelte sich insofern nicht um einen übersehenen Gesichtspunkt, auf den vom Oberlandesgericht erstmalig hätte hingewiesen werden müssen.

2. Von einer weiteren Begründung der Zurückweisung wird gemäß § 58 Abs. 2 Satz 4 VerfGHG abgesehen.

Prof. Dr. Dauner-Lieb

Prof. Dr. Heusch

Dr. Röhl