

Drittes Kapitel: Die Integrität der richterlichen Entscheidungsfindung

Wie bisher gezeigt wurde, genügt die Partei ihren Substantiierungsanforderungen, wenn der Tatsachenvortrag einer Schlüssigkeitsprüfung zugänglich ist. Konkrete Anhaltspunkte sind zur Darlegung des Rechtsschutzbedürfnisses bei vermutungsweise Vorbringen erforderlich und müssen, sofern die Partei sie behauptet, als wahr unterstellt werden. Alternative Konzepte, die eine Beweisaufnahme davon abhängig machen wollen, ob die Partei Modalitäten schildert, die einen Erfolg der Beweisaufnahme als nicht unwahrscheinlich erscheinen lassen, sind als unzulässige Vorwegnahme der Beweismwürdigung zurückzuweisen. Unzulässig ist letztere, weil der Richter im Wissen um die Fehleranfälligkeit seiner auf Alltagstheorien zu einem „plausiblen“ Vortrag gestützten Entscheidung ohne Ausschöpfung der prozessualen Erkenntnismöglichkeiten keine Überzeugung von der Unbeweisbarkeit einer Behauptung erlangen kann.

Der in § 286 Abs. 1 ZPO geforderten Überzeugung lässt sich noch ein weiteres Argument entnehmen, dass dafür spricht, die Substantiierungsanforderungen auf die Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung zu beschränken. Denn das Beweismaß der Überzeugung wird nicht nur durch Vorurteile in Form von oberflächlichen Wahrscheinlichkeitsüberlegungen verletzt, sondern auch durch verfahrensfremde Motive bei der Entscheidungsfindung. Gemeint ist der Verdacht, dass der Griff zum „Zauberschwert“ der Unsubstantiiertheit zur Verfahrensabkürzung nicht allein auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen beruht, sondern nicht unwesentlich dem (Selbst-)Zweck dienen soll, „(die) Akte mit einem Termin vom Tisch zu bekommen“.³¹⁶ Die Existenz dieses Phänomens hat zwar an sich keinen Neuigkeitswert,³¹⁷ ist aber in den letzten Jahrzehnten zunehmend bemerkt worden³¹⁸ und soll im Spiegel der aktuellen Entscheidungspraxis des BGH

316 Vgl. *Riemer*, DRiZ 1997, 259.

317 Vgl. schon *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

318 *Hendel*, Recht und Politik, 1977, 155 stellte trotz vorhandenem Problembewusstsein noch einen gewissen Unwillen seitens der Richterschaft fest, sich den als ehrwürdig empfundenen Fragen in diesem Bereich zu stellen.

Anlass geben, jenen praktischen Bedenken³¹⁹ im Rahmen der Gesetzesauslegung Rechnung zu tragen.

A. Eindrücke aus der Praxis

Ausführlich hat vor allem *Brehm* das Phänomen überhöhter Substantiierungsanforderungen in der Rechtsprechung dargestellt.³²⁰ Viel häufiger als es die Zahl der veröffentlichten Entscheidungen vermuten lasse, würden die Gerichte bei der Entscheidung Vorbringen mangels ausreichender Substantiierung unbeachtet lassen.³²¹ Den Entscheidungen hafte etwas willkürliches, ja ungerechtes an, weil damit oft die wahren Beweggründe für das Übergehen des Tatsachenvortrags verdeckt würden.³²² Aus eigener Erfahrung als Anwalt berichtet *Brehm*, dass Richter neben dem Motiv eigener Zeitersparnis Vorbringen unberücksichtigt ließen, wenn ihnen der Erfolg einer Beweisaufnahme zweifelhaft erscheine; letzteres hänge neben der Plausibilität des Vortrags auch von dem Ruf der Partei, und manchmal auch von der Person des Anwalts ab.³²³ Am schwerwiegendsten ist wohl der Vorwurf, ein Anwalt, der durch mangelnde Vergleichsbereitschaft auffalle, müsse damit rechnen, dass seine Schriftsätze einer besonders kritischen Überprüfung auf – vorgebliche – Substantiierungsmängel unterzogen würden; es handle sich bei dieser Art von Sanktion nicht um eine Randerscheinung.³²⁴ Unabhängig davon sei die Wertung des Vortrags als unsubstantiiert auch eine Arbeitstechnik, um den Sachverhalt so zurechtzulegen, dass am Ende eine vermeintlich gerechte Entscheidung ergehen kann, ohne sich dem Makel einer von der herrschenden Rechtsprechung abweichenden rechtlichen Bewertung aussetzen zu müssen.³²⁵

Mittlerweile haben sich zahlreiche Richter zu Wort gemeldet und diese Beobachtung durch ihre Einrückte aus dem Gerichtsalltag im Kern bestätigt: All zu oft würden die Anforderungen an die Substantiierung über-

319 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 120.

320 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 52–54; zuvor auch *Hendel*, Recht und Politik, 1977, 155–157; *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, 1978, S. 178–180; nachfolgend zunächst *Stürmer*, JZ 1985, 183, 186 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

321 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 52.

322 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 52 f.

323 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 53 f.

324 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 54.

325 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 54.

spannt, um das Verfahren abzukürzen.³²⁶ Als Beweggrund wird häufig auf die hohe Arbeitsbelastung verwiesen,³²⁷ zum Teil wird den Gerichten mehr oder weniger offen Arbeitsscheue attestiert.³²⁸ Der Bewertung, dass es „menschlich verständlich, vom Standpunkt der Rechtspflege aber bedenklich“ ist, zur Arbeitsentlastung überhöhte Anforderungen an den Sachvortrag zu stellen,³²⁹ wird man sich in Hinblick auf die Integrität des Verfahrens vorbehaltlos anschließen können. Andererseits wird davor gewarnt, dem Richter dort vorschnell Eigennutz zu unterstellen, wo es ihm in Wahrheit darum gehe, eine bei nüchterner Betrachtung aussichtslose Beweisaufnahme zu verhindern.³³⁰ Das geht mit der Beobachtung einher, in vielen Prozessen würden Behauptungen aufgestellt, deren Unwahrheit greifbar erscheine.³³¹ Teilweise werde womöglich sogar versucht, die Partei vor ihrem eigenen Prozessvertreter zu schützen, dem mutmaßlich aus eigennützigen – monetären – Gesichtspunkten trotz evidenter Unbeweisbarkeit an der Durchführung des aussichtslosen Verfahrens gelegen ist.³³²

Ob zur Entlastung des Verfahrens oder doch vornehmlich des richterlichen Arbeitsaufwandes: Es scheint sie nach den Eindrücken der Praxis zu

326 *Bundschuh*, EWiR 1985, 913, 914 (Anm. zu BGH, Urt. v. 4.2.1985 – II ZR 142/84); *E. Schneider*, NJW 1986, 971, 972; *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233; *Frohn*, JuS 1996, 243, 246; *Hensen*, EWiR 1996, 1057, 1058 (Anm. zu BGH, Urt. v. 19.6.1996 – VIII ZR 189/95); *Rensen*, AnwBl. 2002, 633, 635; *Gremmer*, MDR 2007, 1172; *Eschelbach/Geipel*, ZAP, Fach 13, 2010, 1669 und 1677 f.; *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336 f. und 340; *Abrens*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ⁴2013, Vor § 286 Rn. 44; *Laumen*, in: *Hdb. d. Beweislast*, ⁴2018, S. 178 f. Rn. 64; *Balzer/Walther*, *Das Urteil*, ³2018, S. 27 Rn. 16 und S. 29 f. Rn. 20.

327 So etwa mit Verweis auf die „wachsende Fülle an Prozessstoff“ bereits *Scheuerle*, JZ 1963, S. 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61), und, mit Verweis auf die „zunehmende Arbeitsbelastung“, *Laumen*, in: *Hdb. d. Beweislast*, ⁴2018, S. 179 Rn. 64.

328 *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233 bemerkt, der sehr unterschiedliche Zeitaufwand deutscher Zivilrichter beruhe auf sehr verschiedenen Verständnissen hinsichtlich des Umfangs der Sachverhaltsermittlung; weniger konziliant *M. Schwab*, ZPR, ³2016, S. 263 Rn. 471: Zahlreiche Richter hätten kein Interesse an der Wahrheit, wenn eine auf Kosten der eigenen Freizeit gehende Beweisaufnahme erforderlich würde.

329 *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

330 *Dölling*, NJW 2013, 3121; vgl. auch schon *Wassermann*, *Der soziale Zivilprozeß*, 1978, S. 179.

331 *F. Fischer*, JuS 2015, 223.

332 Vgl. zum mutmaßlichen Eigeninteresse der Prozessvertreter *Gottwald*, AcP 183 (1983), 201, 206 und *Schlosser*, JZ 1982, 655, 656 (jeweils in Anm. zu *Brehm*, Bindung des Richters, 1982).

geben, die „Substantiierungsschere“,³³³ mit welcher der Partei trotz eines zur Prüfung der Schlüssigkeit ausreichenden Vortrags die Beweisaufnahme gleichsam abgeschnitten wird. Gestützt wird diese Annahme teils auf Beobachtungen des eigenen Arbeitsumfeldes, sei es durch kollegiale Gespräche, freimütige Berichte über Selbsterfahrungen oder Erkenntnisse einer beobachtenden Dienstaufsicht.³³⁴ Subjektive Eindrücke finden ihre Bestätigung in den Erfahrungsberichten Dritter, etwa der häufig wiedergegebenen Schilderung *Gremmers* von einem Richterkollegen im OLG-Bezirk München, welcher die Substantiierung gleichsam zu seinem Steckenpferd erkoren haben soll und es den Parteien trotz erteilter Hinweise in den seltensten Fällen gelungen sei, den Anforderungen des Richters noch zu genügen.³³⁵ Jenseits von anekdotischer Evidenz wird aber auch auf die Anzahl der in der Revisionsinstanz bemängelten Entscheidungen hingewiesen: In der Prozessrechtsliteratur ist es schon fast ein Allgemeinplatz, dass sich der BGH regelmäßig genötigt sehe, die fehlerhaften, weil überhöhten Anforderungen der Instanzgerichte an die Substantiierung zu rügen.³³⁶

B. Die „Substantiierungsschere“ in der Rechtsprechung des BGH

Im Laufe der Jahrzehnte hat sich eine Vielzahl von Entscheidungen angehäuft, in denen die Anforderungen an die Substantiierung seitens der Instanzgerichte nach den Feststellungen des BGH überzogen wurden. Allerdings könnte die Bewertung dieser Entscheidungen vor den Hintergrund der Unmenge an Fällen, die alljährlich durch die Gerichte entschieden werden und die ohne Beanstandung bleiben, relativiert werden. Es stellt sich die Frage nach der Bedeutung des Phänomens „Substantiierungsschere“. Eine Annäherung kann die Betrachtung der Nichtzulassungsbeschwerden wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs vor dem BGH bringen.

333 *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 27 Rn. 16.

334 Vgl. etwa die Darstellungen bei *Hendel*, Recht und Politik, 1977, 155–157 und *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, 1978, S. 179.

335 Vgl. *Gremmer*, MDR 2007, 1172. – Nach Einschätzung von *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336 ein Extrembeispiel.

336 *Abrens*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ⁴2013, Vor § 286 Rn. 44; *Thole*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 52; *Geipel*, Beweismwürdigung, ³2017, S. 981 Rn. 91; *Laumen*, in: *Hdb. d. Beweislast*, ⁴2018, S. 178 f. Rn. 64; *Hök*, MDR 1995, 773, 778; *Frohn*, JuS 1996, S. 246; *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2233 f.; *Gremmer*, MDR 2007, 1172; *Eschelbach/Geipel*, ZAP, Fach 13, 2010, 1669, 1680; *Dölling*, NJW 2013, 3121.

I. Eingeschränkte Erkenntnismöglichkeiten der Betrachtung

Die Häufigkeit überzogener Substantiierungsanforderungen aus der Perspektive des BGH als letzter fachgerichtlicher Kontrollinstanz zu betrachten ist naheliegend, unterliegt jedoch hinsichtlich der Aussagekraft der Ergebnisse von vornherein erheblichen Einschränkungen: Klar ist, dass nicht jede Entscheidung der Vorinstanzen, in der die Substantiierungsanforderungen fehlerhaft gehandhabt wurden, auch den BGH erreicht. Letzteres hängt vielmehr davon ab, ob die Partei anwaltlich so beraten ist, dass der Fehler der Vorinstanz als solcher erkannt und die Erfolgsaussicht einer etwaigen Nichtzulassungsbeschwerde zutreffend eingeschätzt wird, und ob die Partei selbst noch den Willen hat, einen ressourcenzehrenden Rechtsstreit fortzusetzen, in dem bisher gegen sie entschieden wurde – ganz zu schweigen davon, dass die Beschwerdschuld im Sinne von § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO n. F.³³⁷ (aktuell 20.000 EUR) erreicht sein muss. Somit legen die Verfahren vor dem BGH nur einen Bruchteil der fehlerhaften Entscheidungen offen.

II. Die Rüge von Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Überspannte Substantiierungsanforderungen, die keine Stütze in der Zivilprozessordnung haben, verletzen das Gebot rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 103 Abs. 1 ZPO.³³⁸ Revisionsrechtlich wird die Verletzung von Grundrechten wegen ihrer Eignung, das Vertrauen der Allgemeinheit in die funktionierende Rechtspflege zu beschädigen, als Revisionsgrund zur Sicherung der einheitlichen Rechtsprechung gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 2. Alt. ZPO durch den BGH berücksichtigt.³³⁹ Relevant wird die Rüge der Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG vor allem bei Beschwerden, die sich gegen die Nichtzulassung der Revision wenden. Das ist leicht begreiflich: Jedenfalls bei bewussten Verletzungen des rechtlichen Gehörs wird das Berufungsgericht sich nicht die Blöße geben, durch Zulassung der Revision ge-

337 § 26 Nr. 8 EGZPO a. F., vgl. Art. 2 Nr. 14 lit. a) des Gesetzes zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer prozessrechtlicher Vorschriften v. 12.12.2019, BGBl. I, S. 2633.

338 Vgl. zur verfassungsrechtlichen „Aufladung“ bzw. „Hochzonung“ einfachrechtlicher Verfahrensverstöße *Nissen*, *Recht auf Beweis*, 2019, S. 338–341 und *Wörner*, *Vorweggenommene Beweiswürdigung*, 2019, S. 210 f., jeweils m. w. N.

339 Vgl. statt vieler *Heßler*, in: *Zöller, ZPO*, ³³2020, § 543 Rn. 15a.

wissermaßen an der eigenen Überführung mitzuwirken.³⁴⁰ Im Folgenden beschränkt sich die Darstellung auf Nichtzulassungsbeschwerden, und dort nur solche, in denen allein der Verstoß gegen Art. 103 GG ohne Weiteres zur Aufhebung und Zurückverweisung durch Beschluss gem. § 544 Abs. 9 ZPO³⁴¹ führt. Außer Betracht bleiben damit Nichtzulassungsbeschwerden, in denen bereits verfehlt Rechtsansichten der Instanzgerichte den Erfolg der Beschwerde begründen und zu Fortsetzung des Beschwerdeverfahrens als Revisionsverfahren gem. § 544 Abs. 8 ZPO³⁴² führen.

1. Häufigkeit überspannter Substantiierungsanforderungen

Als einschlägig werden im Folgenden ferner nur solche erfolgreichen Beschwerden gegen überspannte Substantiierungsanforderungen gewertet, in denen der BGH ausdrücklich eine offensichtlich unrichtige Handhabung der Substantiierungsanforderungen respektive die fehlerhafte Annahme eines Ausforschungsbeweises rügt. Andere Verstöße gegen Art. 103 Abs. 1 GG, namentlich diejenigen Fälle, in denen der BGH sich auf die Feststellung beschränkt, es sei erheblicher Vortrag übergangen worden, sind hiervon abzugrenzen. Damit bleiben auch solche Fälle unberücksichtigt, bei denen sich nicht feststellen lässt, ob das Berufungsgericht das Vorbringen überhaupt zur Kenntnis genommen hat oder wegen fehlerhafter Vorstellungen zu den Substantiierungsanforderungen unbeachtet gelassen hat.³⁴³

Im untersuchten Entscheidungszeitraum 2014–2018³⁴⁴ entfiel das Gros der erfolgreichen Aufhebungs- und Zurückweisungsbeschlüsse gem. § 544 Abs. 9 ZPO auf Entscheidungen, in denen der BGH sich auf die Feststellung beschränkt, erhebliches Vorbringen sei übergangen worden. Ausdrücklich gegen überspannte Substantiierungsanforderungen gerichtete

340 Vgl. auch *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 222 Anm. 1118.

341 § 544 Abs. 7 ZPO a. F., vgl. Art. 2 Nr. 14 lit. c) des Gesetzes zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen v. 12.12.2019, BGBl. I, S. 2633.

342 § 544 Abs. 6 ZPO a. F.

343 Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 20.11.2018 – II ZR 132/17, II 2a, BeckRS 2018, 32052.

344 Einen kursorischen Überblick für den Zeitraum 2013–2017 gibt auch *Geisler*, AnwBl. 2017, 1046, 1046–1048.

Beschwerden führten daneben im Jahr 2014³⁴⁵ in 9 Fällen zum Erfolg, in den Jahren 2015³⁴⁶ und 2016³⁴⁷ waren es 5 respektive 11 Fällen, im Zeitraum 2017³⁴⁸ und 2018³⁴⁹ waren es 7 respektive 5 Entscheidungen. Der Rest entfiel auf andere Verstöße gegen Art. 103 Abs. 1 GG, namentlich unterlassene Hinweise³⁵⁰ und fehlerhafte Anwendung der Präklusionsvorschriften,³⁵¹ häufig auch auf Fälle, in denen das Berufungsgericht ohne die gebotene Wiederholung der Beweisaufnahme eine andere Würdigung als die Vorinstanz vorgenommen hat.³⁵²

345 BGH, Beschlüsse v. 6.2.2014 – VII ZR 160/12, II 1b, NJW-RR 2014, 456 f.; v. 20.3.2014 – V ZR 149/13, III 1; BeckRS 2014, 8037; v. 12.6.2014 – V ZR 308/13, III 1, BeckRS 2014, 14868; v. 24.6.2014 – XI ZR 219/13, II 2b, BeckRS 2014, 15729; v. 25.9.2014 – IX ZR 314/12, II 2b, BeckRS 2014, 21079; v. 21.10.2014 – VIII ZR 34/14, II 2, NJW-RR 2015, 910, 911; v. 5.11.2014 – III ZR 559/13, II 2b, NJW-RR 2015, 125, 126; v. 19.11.2014 – IV ZR 317/13, III 2, BeckRS 2014, 22752; v. 18.12.2014 – III ZR 125/14, II 2b, NJOZ 2015, 1106, 1107.

346 BGH, Beschlüsse v. 6.2.2014 – VII ZR 160/12, II 1b, NJW-RR 2014, 456 f.; v. 20.3.2014 – V ZR 149/13, III 1; BeckRS 2014, 8037; v. 12.6.2014 – V ZR 308/13, III 1, BeckRS 2014, 14868; v. 24.6.2014 – XI ZR 219/13, II 2b, BeckRS 2014, 15729; v. 25.9.2014 – IX ZR 314/12, II 2b, BeckRS 2014, 21079; v. 21.10.2014 – VIII ZR 34/14, II 2, NJW-RR 2015, 910, 911; v. 5.11.2014 – III ZR 559/13, II 2b, NJW-RR 2015, 125, 126; v. 19.11.2014 – IV ZR 317/13, III 2, BeckRS 2014, 22752; v. 18.12.2014 – III ZR 125/14, II 2b, NJOZ 2015, 1106, 1107.

347 BGH, Beschlüsse v. 16.2.2016 – VI ZR 428/15, II 1b, BeckRS 2016, 5219; v. 3.3.2016 – III ZR 17/15, II 2, BeckRS 2016, 6436; v. 15.3.2016 – XI ZR 208/15, II 3, BeckRS 2016, 7181; v. 22.3.2016 – VI ZR 163/14, II, BeckRS 2016, 7885; v. 27.7.2016 – XII ZR 59/14, 2, NJW-RR 2016, 1291 f.; v. 27.9.2016 – VI ZR 565/15, II 2, BeckRS 2016, 19991; v. 11.10.2016 – VI ZR 547/14, II 2, BeckRS 2016, 21258; v. 26.10.2016 – IV ZR 52/14, III 3b, NJW-RR 2017, 22, 24; v. 10.11.2016 – I ZR 235/15, II 2b, BeckRS 2016, 20628; v. 16.11.2016 – VII ZR 23/14, II 2, ZfBR 2017, 146; v. 16.11.2016 – VII ZR 314/13, II 3b, ZfBR 2017, 140, 142.

348 BGH, Beschlüsse v. 21.2.2017 – VIII ZR 1/16, II 2b, NJW 2017, 1877, 1878; v. 14.3.2017 – VI ZR 225/16, II, BeckRS 2017, 109294; v. 25.4.2017 – VIII ZR 217/16, III 2, ZfBR 2017, 571, 573 f.; v. 18.5.2017 – I ZR 205/16, BeckRS 2017, II 2, 114636; v. 22.8.2017 – VIII ZR 226/16, II 2, NJW-RR 2017, 1290, 1291 f.; v. 12.10.2017 – V ZR 17/17, III 1, BeckRS 2017, 133498; v. 14.12.2017 – VII ZR 217/15, II 2, BeckRS 2017, 138620.

349 BGH, Beschlüsse v. 10.4.2018 – VIII ZR 223/17, II 3, NJW-RR 2018, 647, 648; v. 17.4.2018 – II ZR 277/16, II 1, BeckRS 2018, 9756; v. 9.5.2018 – I XIZR 68/17, II 4, BeckRS 2018, 13890; v. 7.6.2018 – III ZR 210/17, II 2, BeckRS 2018, 13133, v. 25.9.2018 – VI ZR 234/17, II 2.

350 Vgl. dazu Geisler, AnwBl. 2017, 1046, 1049–1051.

351 Vgl. Geisler, AnwBl. 2017, 1046, 1056–1059.

352 Vgl. Geisler, AnwBl. 2017, 1046, 1056 f.; zuletzt auch BGH, Beschlüsse v. 21.3.2018 – IV ZR 248/17, III 1, NJW 2018, 2334 (Parteianhörung); v. 18.7.2018

Dass in einem Zeitraum von 5 Jahren nicht weniger als 37 mit der Nichtzulassungsbeschwerde angegriffene Entscheidungen der Berufungsgerichte nach den Feststellungen des BGH die Substantiierungsanforderungen offenkundig überspannt haben, dürfte als Beleg dafür anzusehen sein, dass es sich bei dem Phänomen „Substantiierungsschere“ nicht bloß um punktuelle Verstöße handelt. Da sich hinsichtlich der Verteilung der gerügten Entscheidungen auf Rechtsgebiet und Berufungsgericht keine Auffälligkeiten ergeben, scheint es sich auch insoweit nicht um eine begrenzte Erscheinung zu handeln. Ein Trend dahingehend, dass der BGH in zunehmendem Maße Entscheidungen wegen überspannter Substantiierungsanforderungen aufheben würde, lässt sich nicht feststellen. Angesichts der Schwankungsbreite im untersuchten Zeitraum kann auch eine gegenteilige Entwicklung nicht bejaht werden. Was das Verhältnis von aufgedeckten Verstößen gegen Art. 103 Abs. 1 GG und unbeanstandet gebliebenen Verfahren angeht, liegt die Bewertung gleichsam im Auge des Betrachters.³⁵³ Wer auf die Masse unbeanstandeter Verfahren abhebt, muss sich allerdings bewusst sein, dass es eine Dunkelziffer an Fällen gibt, in denen gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör verstoßen wurde, die jedoch unterhalb der Beschwersumme liegen und schon deshalb von vornherein der Kontrolle durch den BGH entzogen sind. Hier genügt die Feststellung, dass trotz des seit geraumer Zeit bestehenden Problembewusstseins auch heute noch kontinuierlich Fälle den BGH erreichen, in denen die Instanzgerichte von der „Substantiierungsschere“ Gebrauch gemacht haben.

2. Qualität der aufgedeckten Verstöße gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör

Rückschlüsse auf die Motive für die überspannten Anforderungen an die Substantiierung lassen die aufgedeckten Verletzungen des Art. 103 Abs. 1 GG nur in einem sehr begrenzten Umfang zu. Wenn darauf abgehoben wird, dass der Vortrag nicht plausibel oder widersprüchlich sei, machen

– VII ZR 30/16, II 2, NJW-RR 2018, 1173 f. (Sachverständigenbeweis); v. 23. 10.2018 – VIII ZR 61/18, III, NJW-RR 2019, 134 f.; v. 7. 11.2018 – IV ZR 189/17, III 1, FamRZ 2019, 301 f.; v. 20.11.2018 – II ZR 196/16, II 2a, MDR 2019, 567 f. (Zeugenbeweis).

353 Kritisch zur „außergewöhnlich“ hohen Anzahl aufgedeckter Gehörsverstöße im Allgemeinen etwa *Geisler*, AnwBl. 2017, 1046, 1056, 1071.

die Instanzgerichte allerdings keinen Hehl daraus, dass sie sich zur Abkürzung des Verfahrens berechtigt fühlen. Zum Teil lassen einem die Verfahren, in denen ohne ersichtlichen Grund gleichsam kurzer Prozess gemacht wurde, aber auch ratlos zurück. Das Spektrum kann an Hand zweier exemplarischer Entscheidungen veranschaulicht werden.

a) BGH NJW 2019, 607

Die vorinstanzliche Entscheidung zu BGH NJW 2019, 607 scheint ein möglicher Fall der „Plausibilitätskontrolle“ zu sein:³⁵⁴ Dort wurde behauptet, der Geschädigte sei beim Einsteigen in eine Straßenbahn eingeklemmt und so verletzt worden. Datum und Haltestelle waren ebenso wie eine ungefähre Uhrzeit angegeben worden. Gleichwohl hielt das Berufungsgericht diesen Vortrag für unsubstantiiert: Der Unfallzeitpunkt sei zunächst mit 19.50 Uhr angegeben worden, später dann mit „genau“ 19.15 Uhr, dann schließlich mit „ca.“ 19.15 Uhr – erforderlich sei es jedoch gewesen, wenigstens den genauen Unfallzeitpunkt und die benutzte Straßenbahnlinie oder die Nummer des benutzten Wagens vorzutragen. Der BGH konstatiert trocken, dass der Unfallzeitpunkt um 19.50 Uhr, „genau“ oder „ca.“ 19.15 Uhr ebenso wie Linien- oder Wagennummer für die Voraussetzungen eines Anspruchs nach § 1 HaftPflG unerheblich sind;³⁵⁵ das Berufungsgericht war gehalten, sich seine Überzeugung zum schlüssig behaupteten Unfallgeschehen auf Grund einer Beweisaufnahme zu bilden.

Letzteres wollte das Berufungsgericht wohl gerade vermeiden, denn der Verletzte war angeblich während des Unfalls der einzige Fahrgast gewesen, hatte den Ersatzanspruch an seine Ehefrau abgetreten und sollte nun gewissermaßen als Zeuge in eigener Sache das behauptete Geschehen belegen³⁵⁶ – keine einfache Beweiswürdigung, und auch wenn sich das Berufungsgericht seine Meinung zur Glaubhaftigkeit wohl schon längst gebildet hatte, keine einfache Begründung. Hier erscheint ein Eingreifen der „Plausibilitätskontrolle“ zumindest nicht gänzlich unnachvollziehbar, was der Einordnung als Verfahrensverstoß vom hier vertretenen Standpunkt allerdings keinen Abbruch tut.

354 BGH, Beschl. v. 25.9.2018 – VI ZR 234/17, NJW 2019, 607 f.

355 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.9.2018 – VI ZR 234/17, II 2b), aa), NJW 2019, 608.

356 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.9.2018 – VI ZR 234/17, NJW 2019, 607.

b) BGH BeckRS 2017, 109294

Den Gegenpol bildet ein Rechtsstreit, der vor dem Amtsgericht Frankfurt a. M. seinen Ausgangspunkt nahm:³⁵⁷ Der Kläger behauptete rechtsgrundlos erfolgte Zahlungen von rund 160.000 EUR an seinen ehemaligen Wohnungsvermieter. Der Beklagte wandte ein, die namhaften Beträge schenkungsweise erhalten zu haben, im Übrigen seien die Forderungen verjährt. Der Kläger bestritt die Schenkung und behauptete, er sei in dem verjährungsrelevanten Zeitraum geschäftsunfähig gewesen und habe keine Kenntnis von den Fehlbeträgen erlangt. Ihm seien die Zahlungen erst später bekannt geworden, nachdem sein Anwalt die in einer Tüte gesammelten, teilweise noch ungeöffneten Schreiben mit Kontoauszügen geöffnet und durchgesehen habe. Die Vorinstanzen hielten die Forderung des Klägers angesichts grobfahrlässiger Unkenntnis für verjährt; es erscheine unverständlich, dass der Kläger seine Kontoauszüge nicht geprüft habe. Der Vortrag zur Geschäftsunfähigkeit sei vage und lasse keine Rückschlüsse darauf zu, weshalb es dem Kläger durchgängig unmöglich gewesen sein sollte, die Kontoauszüge zu prüfen. Das beantragte Sachverständigengutachten diene nur dazu, entsprechende Hinweise auf den Zustand des Klägers zu erlangen.

Was hatte der Kläger zur Darlegung seiner Geschäftsunfähigkeit vorgebracht? Unter anderem³⁵⁸ hatte er ein Schreiben der städtischen Sozialpsychiatrie vorgelegt, in dem es heißt, gegen den Kläger sei eine Räumungsklage angestrengt worden, weil er in seiner 1-Zimmer-Wohnung so viele Bücher und andere Dinge gestapelt habe, das statische Bedenken hinsichtlich einer Einsturzgefahr bestünden. Der Kläger selbst gab an, in seiner Wohnung so viele Bücher zu haben, dass nur ein schmaler Gang verbleibe und er auf Grund des Platzmangels eigentlich im Sitzen schlafe. Er gerate oft in monatelange Zustände der Handlungsunfähigkeit; so könne er etwa die Wohnung seit Jahren nicht heizen und habe zwischenzeitlich für rund ein Jahr auch kein Strom gehabt, weil er es nicht geschafft habe, sich um Abhilfe zu bemühen. Der sozialpsychiatrische Dienst hielt die Einrichtung einer gesetzlichen Betreuung für notwendig, um eine vollständige soziale Desintegration des Klägers zu verhindern und bescheinigte dem Kläger bizarres Verhalten, eine schizoide Persönlichkeitsstruktur mit extremen Rückzugverhalten sowie Unfähigkeit, trotz ausreichender finanzieller Möglichkeiten seine Belange eigenverantwortlich zu regeln.

357 BGH Beschl. v. 14.3.2017 – VI ZR 225/16, BeckRS 2017, 109294.

358 Vgl. BGH Beschl. v. 14.3.2017 – VI ZR 225/16, BeckRS 2017, 109294.

Wenig überraschend attestierte der BGH den Vorinstanzen, die Anforderungen an die Substantiierung der Geschäftsunfähigkeit in unvertretbarer Weise überspannt zu haben.³⁵⁹ Tatsächliche Anhaltspunkte für eine anhaltende Störung der freien Willensbildung, die sich nicht bloß in Wertungen erschöpften, lagen bei Wahrunterstellung des Vortrags offenkundig vor. Weshalb sich die Vorinstanzen dem verschlossen haben und auf die naheliegende sachverständige Untersuchung des Geisteszustandes verzichten wollten, ist unklar.

III. Ergebnisse

Die Betrachtung der Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren bestätigt den Eindruck der Praxis: Trotz der schon seit geraumer Zeit ständigen Rechtsprechung des BGH, wonach es zur Substantiierung genügt, dass eine Schlüssigkeitsprüfung möglich ist, werden auch heute noch regelmäßig seitens der Instanzgerichte darüberhinausgehende Anforderungen an den Vortrag gestellt. Die Motivlage für den Einsatz der „Substantiierungssche-re“ lässt sich bei den aufgedeckten Verstößen gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör an Hand der Entscheidungen selbst nicht klar bestimmen; sicher ist allerdings, dass damit nicht nur Verfahren abgekürzt werden, in denen die Beweisaufnahme aussichtslos erscheint.

C. Überzeugungsbildung und Steuerung der Missbrauchsgefahr

Auch Anhänger der „Plausibilitätskontrolle“, die dem Richter eine Überzeugungsbildung ohne Beweisaufnahme an Hand von Plausibilitätsüberlegungen zutrauen, müssen sich fragen, ob dabei gewährleistet werden kann, dass die in das Wahrheitsurteil einfließenden Erwägungen verfahrenskonform sind. Die Prozessordnung stellt dem Einfluss verfahrensfremder Erwägungen nicht nur die Vorschriften zur Befangenheit entgegen: § 286 ZPO setzt eine *integre* Entscheidungsfindung frei von Überlegungen, die keine Relevanz für die Feststellung der Wahrheit haben, voraus. Eine Entscheidung über die Wahrheit einer Behauptung kann nur dann als Ausdruck der Überzeugung gelten, wenn der Richter sich über sein Vor-

359 BGH Beschl. v. 14.3.2017 – VI ZR 225/16, II 2c) bb), BeckRS 2017, 109294.

verständnis klar geworden ist,³⁶⁰ und bereit ist, dem Befund dieser Selbstbefragung bei der Entscheidungsfindung Rechnung zu tragen.

Angesichts der Erfahrungsberichte aus der Praxis erscheint es zweifelhaft, inwieweit eine Abkürzung des Verfahrens an Hand von Plausibilitäts-erwägungen frei von verfahrensfremden Erwägungen bleiben kann. Dabei ist das Bild des Richters, der zum „Zauberschwert“ der Substantiierung greift, nur um die „Akte [...] vom Tisch zu bekommen“,³⁶¹ wohl eher eine Karikatur der tatsächlichen Verhältnisse.³⁶² Auch die Einschätzung *Brehms*, der Richter habe kein primäres Interesse an dem Rechtsstreit, für ihn stehe die rasche und einfache Erledigung im Vordergrund,³⁶³ dürfte nicht nur in ihrer Zuspitzung den psychologischen Dispositionen kaum gerecht werden: Der Richter hat durchaus ein hervorragendes Interesse an dem Verfahren, in welchem er seiner besonderen Verantwortung gerecht zu werden sucht. Dessen ungeachtet sieht sich auch der verantwortungsvolle Richter äußeren Zwängen ausgesetzt, und es wäre lebensfremd anzunehmen, dass der Anreiz, schneller mit der Sache fertig zu werden, die Prognose der vermeintlichen Aussichtslosigkeit nicht beeinflusst.³⁶⁴ Der Versuchung, und sei es auch nur unterbewusst, schlüssigen Vortrag eher als unplausibel auszuschließen, wenn die Arbeitslast besonders drückend ist, hat die „Plausibilitätskontrolle“ nichts entgegenzusetzen. Eine solche Kontrolle eröffnet keinen „Mittelweg“³⁶⁵, der nur in Extremfällen Behauptungen von der Beweiserhebung ausschließt, auch wenn allein letzteres der Intention ihrer Schöpfer entsprechen mag.³⁶⁶ Immer bleibt die Auffassung des

360 Vgl. dazu auch *Paulus*, Lehrbuch, 62017, S. 82 Rn. 203.

361 Vgl. *Riemer*, DRiZ 1997, 259; ähnlich auch schon *Hendel*, Recht und Politik, 1977, 155, 177: Es werden Abstriche bei der Qualität der Rechtsfindung gemacht, „wenn der Fall vom Tisch muß“.

362 Was nicht ausschließen soll, dass damit Einzelfälle durchaus richtig getroffen werden, vgl. dazu *E. Schneider*, MDR 1999, 113 (Anm. zu OLG Zweibrücken, Beschl. v. 15.10.1998 – 3 W 225/98): Dort erklärte ein Richter am Amtsgericht nach einem angeblich unsubstantiierten Antrag auf Terminverlegung dem Prozessbevollmächtigten telefonisch, es handle es sich nur um eine „Kleckerles-Angelegenheit“, die „vom Tisch“ solle.

363 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 121.

364 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 121; vgl. auch schon *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

365 *Stürner*, JZ 1985, 183, 186 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

366 So die Einschätzung der Position *Stürners* durch *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 122. Es sind allerdings gerade die Extremfälle, in denen auch die „Plausibilitätskontrolle“ versagt – dem besonders dreisten Lügner, der die vom Richter geforderten Modalitäten hinzudichtet, hat auch sie nichts entgegenzusetzen, so auch *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 127.

sen, was plausibel ist, Wertungssache und als solche anfällig für verfahrensfremde Erwägungen. Der Richter droht, in den Worten *Scheuerle*, zum „Zensor in eigener Sache“ zu werden; hierin liegt die eigentliche Missbrauchsgefahr.³⁶⁷

Im Wissen um diese latente Gefahr muss der Richter sich fragen, wie das Risiko, sei es auch nur unbewusst verfahrensfremden Beweggründen bei der Überzeugungsbildung über die Erfolgchancen einer Beweisaufnahme nachzugeben, im Rahmen der Entscheidungsfindung zu adressieren ist; richtigerweise dadurch, dass auf die Abkürzung des Verfahrens verzichtet wird.³⁶⁸ Die Integrität der Überzeugungsbildung lässt sich anders nicht gewährleisten.³⁶⁹ Der vom BGH etablierte Maßstab, wonach eine Beweiserhebung mehr als einen schlüssigen Vortrag nicht voraussetzt, entfaltet gleichsam eine Selbstdisziplinierungsfunktion, die verfahrensfremde Motive bei der Entscheidungsfindung auszuschließen sucht.

367 Vgl. *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

368 Ebenso *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 120 f.

369 *Hendel*, Recht und Politik, 1977, 155, 161 gelangt dagegen zu dem Schluss, die bestehende Praxis, bei Zeitnot Abstriche hinsichtlich der Wahrheitsfindung zu machen, sei dadurch zu legalisieren, dass statt der in § 286 ZPO geforderten Überzeugung Wahrscheinlichkeitsüberlegungen ausreichen sollen. Zustimmung verdient dieser Vorschlag nur hinsichtlich der Selbsteinschätzung als rechtspolitische Forderung. Im Übrigen würde dann auch das Wahrscheinlichkeitsurteil auf den sachfremden Beweggrund der Arbeitsentlastung gestützt sein.

