



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 177/17

vom

11. April 2018

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 11. April 2018 durch die Richter Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterinnen Graßnack, Borris und Dr. Brenneisen

beschlossen:

Der Beschwerde des Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision wird teilweise stattgegeben.

Der Beschluss des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 12. Juli 2017 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht das vom Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln der Werkleistung sowie die hilfsweise geltend gemachte Aufrechnung abgelehnt hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Beschwerde des Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision im Beschluss des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 12. Juli 2017 zurückgewiesen.

Gegenstandswert der Nichtzulassungsbeschwerde
und des stattgebenden Teils:

37.424,58 €

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin fordert von dem beklagten Rechtsanwalt die Zahlung restlichen Werklohns für Arbeiten der Gewerke Heizung, Lüftung und Sanitär an dessen Anwesen S.-straße in F. Den Arbeiten der Klägerin lag ein Angebot vom 12. April 2013 über netto 20.973,90 € zugrunde. Der Auftrag wurde später erweitert, wobei der Umfang der Erweiterung zwischen den Parteien streitig ist. Eine förmliche Abnahme erfolgte nicht. Die Klägerin legte am 3. März 2014 Schlussrechnung, aus der unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen ein Betrag in Höhe von 37.424,58 € offen ist. Der Beklagte hat sich in erster Instanz gegenüber der Werklohnforderung auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, weil die Arbeiten der Klägerin mangelhaft gewesen seien, und angekündigt, hilfsweise mit einem Schadensersatzanspruch die Aufrechnung erklären zu wollen.

- 2 Das Landgericht hat den Beklagten erstmals in der mündlichen Verhandlung vom 15. Juli 2015 darauf hingewiesen, dass sein Vortrag zu den Mängeln und Gegenrechten bislang unzureichend und unsubstantiiert sei. Der Beklagte hat daraufhin keinen Schriftsatznachlass beantragt, jedoch mit Schriftsatz vom 14. August 2015 weiter zu den Mängeln und zu weiteren Streitpunkten vorgebracht und hilfsweise die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen in einer die Klageforderung übersteigenden Höhe erklärt. Das Landgericht hat den Beklagten durch das am Schluss der Sitzung vom 15. Juli 2015 verkündete und dem Beklagten am 19. August 2015 zugestellte Urteil zur Zahlung von 37.424,58 € zuzüglich Zinsen verurteilt. Die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht nach entsprechendem Hinweis durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.

3 Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der Nichtzulassungsbeschwerde, mit der er die Abweisung der Klage und die Verurteilung der Klägerin auf eine in der Stellungnahme zum Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts angekündigte Widerklage erreichen möchte, mit der er die Herausgabe von Ausführungsunterlagen/Dokumentation der Installationen Sanitär, Heizung, Klima und Lüftung, hilfsweise die Herausgabe dieser Unterlagen Zug um Zug gegen Zahlung des ausgeurteilten Restwerklohns begehrt.

II.

4 Die Beschwerde des Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision hat teilweise Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO in dem im Tenor bezeichneten Umfang zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung und insoweit zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Im Übrigen ist sie unbegründet.

5 1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, das Vorbringen des Beklagten zur Mangelhaftigkeit der Leistungen der Klägerin in dem nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils eingegangenen Schriftsatz vom 14. August 2015 sei gemäß § 531 Abs. 2 ZPO in der Berufungsinstanz nicht berücksichtigungsfähig. Es sei nicht zu beanstanden, dass das Landgericht bereits am Schluss der Sitzung vom 15. Juli 2015 ein Urteil verkündet habe. Das Landgericht habe ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Vortrag zu den Mängeln und Gegenrechten nicht hinreichend substantiiert sei. Einen Antrag auf Gewährung einer Schriftsatzfrist auf den Hinweis habe der Beklagte nicht gestellt. Das Landgericht sei nicht von Amts wegen gehalten gewesen, den Termin zu vertagen, ins schriftliche Verfahren überzugehen oder den Beklagten ausdrücklich darauf

hinzuweisen, dass er eine Schriftsatzfrist beantragen könne. Eine Verpflichtung des Gerichts, die Verhandlung nicht ohne weiteres zu schließen, sondern gegebenenfalls zu vertagen, bestehe nur, wenn eine sofortige Äußerung nach den konkreten Umständen nicht erwartet werden könne. Eine solche Situation sei vorliegend nicht gegeben. Dass an den Gewerken Mängel bestünden, was ein Zurückbehaltungsrecht rechtfertigen könnte, habe der Beklagte - wenn auch unsubstantiiert - bereits in der Klageerwidern vorgebracht. Es sei nicht ersichtlich, warum er in der mündlichen Verhandlung nicht in der Lage gewesen sein sollte, auf der Grundlage seiner Akte die Mängel zu substantiieren, zumal er im Termin - sich selbst vertretend - anwesend gewesen sei. Soweit der Beklagte im Schriftsatz vom 14. August 2015 die Aufrechnung mit verschiedenen Schadenspositionen erklärt habe, sei der Aufrechnungseinwand gemäß § 533 ZPO unzulässig. Denn der Beklagte stütze die Aufrechnung auf die erstmals zweitinstanzlich substantiiert vorgetragenen Mängel der von der Klägerin erbrachten Leistungen und damit nicht auf Tatsachen, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen habe.

6 2. Zu Recht rügt die Nichtzulassungsbeschwerde, dass das Berufungsgericht das im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 14. August 2015 enthaltene Vorbringen des Beklagten zu Mängeln der Werkleistung der Klägerin und das darauf gestützte Zurückbehaltungsrecht sowie die hilfsweise erklärte Aufrechnung unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG gemäß § 531 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen hat. Die Verfahrensweise des Berufungsgerichts verletzt das Recht des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs.

7 a) Das Gebot, rechtliches Gehör zu gewähren, verpflichtet das Berufungsgericht dazu, neues Vorbringen dann zuzulassen, wenn eine unzulängli-

che Verfahrensleitung oder eine Verletzung der richterlichen Hinweispflicht das Ausbleiben des Vorbringens oder von Beweisanträgen in der ersten Instanz mitverursacht hat. Ist im Urteil des erstinstanzlichen Gerichts Vortrag zu einem entscheidungserheblichen Punkt mangels hinreichender Substantiierung zurückgewiesen oder eine Partei als beweisfällig angesehen worden, ohne dass ihr durch einen nach der Prozesslage gebotenen Hinweis Gelegenheit zur Ergänzung gegeben war, stellt sich die Zurückweisung des neuen, nunmehr substantiierten Vortrags oder neuer Beweismittel im Berufungsrechtszug als eine offenkundig unrichtige Anwendung des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO dar. Ein solches Vorgehen des Gerichts kommt einer Verhinderung des Vortrags zu entscheidungserheblichen Punkten gleich und stellt daher einen Verstoß gegen das Grundrecht auf Gewährung rechtlichen Gehörs im Sinne des Art. 103 Abs. 1 GG dar (vgl. BGH, Beschluss vom 7. März 2013 - I ZR 43/12, juris Rn. 11 m.w.N.). So liegt der Fall hier.

- 8 b) Das Landgericht ist seiner Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO nicht hinreichend nachgekommen. Das Gericht muss - in Erfüllung seiner prozessualen Fürsorgepflicht - gemäß § 139 Abs. 4 ZPO Hinweise auf seiner Ansicht nach entscheidungserhebliche Umstände, die die betroffene Partei erkennbar für unerheblich gehalten hat, grundsätzlich so frühzeitig vor der mündlichen Verhandlung erteilen, dass die Partei die Gelegenheit hat, ihre Prozessführung darauf einzurichten und schon für die anstehende mündliche Verhandlung ihren Vortrag zu ergänzen und die danach erforderlichen Beweise anzutreten. Erteilt es den Hinweis entgegen § 139 Abs. 4 ZPO erst in der mündlichen Verhandlung, muss es der betroffenen Partei genügend Gelegenheit zur Reaktion hierauf geben. Das Gericht darf das Urteil in dem Termin erlassen, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, wenn die Partei in der mündlichen Verhandlung ohne weiteres in der Lage ist, umfassend und abschließend Stellung zu neh-

men. Ist das nicht der Fall, soll das Gericht auf Antrag der Partei Schriftsatznachlass gewähren, § 139 Abs. 5 ZPO. Wenn es offensichtlich ist, dass die Partei sich in der mündlichen Verhandlung nicht abschließend erklären kann, so muss das Gericht - wenn es nicht in das schriftliche Verfahren übergeht - auch ohne einen Antrag auf Schriftsatznachlass die mündliche Verhandlung vertagen, um Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Erlässt das Gericht in diesem Fall ein Urteil, ohne die Sache vertagt zu haben, verstößt es gegen den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Juli 2013 - VII ZR 192/11, BauR 2013, 1727 Rn. 7 = NZBau 2013, 631; Beschluss vom 10. März 2011 - VII ZR 35/08, BauR 2011, 1200 Rn. 11 m.w.N.).

9 Diesen Anforderungen ist das Landgericht nicht gerecht geworden. Der Beklagte musste bis zu einem entsprechenden Hinweis des Gerichts nicht davon ausgehen, dass sein durch Anlagen ergänztes Vorbringen zu Mängeln der von der Klägerin erbrachten Werkleistung als unsubstantiiert angesehen würde. Da das Landgericht einen entsprechenden Hinweis, dass es das Vorbringen des Beklagten zu den behaupteten Mängeln nicht für ausreichend erachte, erst im Termin zur mündlichen Verhandlung erteilt hat und die Darstellung der Mängel im Detail in der mündlichen Verhandlung erkennbar nicht ohne weiteres sofort erfolgen konnte, musste es dem Beklagten Gelegenheit zur Stellungnahme geben. In diesem Zusammenhang ist unschädlich, dass der Beklagte keinen Antrag auf Gewährung einer Frist zur Stellungnahme auf den Hinweis gestellt hat. Der Erlass des Urteils unmittelbar am Schluss der Sitzung, ohne dass dem Beklagten Gelegenheit gegeben wurde, auf den Hinweis zu reagieren, stellt sich als verfahrensfehlerhaft dar. Das Berufungsgericht hätte zur Wahrung des Rechts des Beklagten auf rechtliches Gehör das Vorbringen des Beklagten aus dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 14. August 2015 nach § 531 Abs. 2

Satz 1 Nr. 2 ZPO in der Berufungsinstanz zulassen und berücksichtigen müssen.

10 c) Die von der Beschwerdeerwiderung angeführte Rechtsprechung (BGH, Beschluss vom 4. April 2007 - VIII ZB 109/05, NJW 2007, 1887) betrifft demgegenüber eine andere Sachverhaltskonstellation. Diese Entscheidung behandelt einen im schriftlichen Verfahren erteilten gerichtlichen Hinweis und nicht - wie hier - einen erst in der mündlichen Verhandlung erteilten Hinweis. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs im zitierten Beschluss, das Gericht sei weder in jedem Fall verpflichtet, der Partei eine Frist zur Stellungnahme auf einen Hinweis zu setzen, noch bei einer Hinweisverfügung ohne Fristsetzung beliebig lange zuzuwarten, bis sich die betroffene Partei auf den ihr erteilten Hinweis äußert, ist daher nicht auf den vorliegenden Rechtsstreit zu übertragen. Lediglich für den Fall, dass der Hinweis mit dem Ziel der Ergänzung ungenügender Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen im schriftlichen Verfahren erfolgt ist, ohne dass der Partei eine Frist zur Stellungnahme gesetzt wird oder gesetzt werden musste, ist die Partei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach der § 282 Abs. 1 ZPO zugrunde liegenden gesetzgeberischen Wertung gehalten, darauf so rechtzeitig zu reagieren, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf die Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2007 - VIII ZB 109/05, aaO, Rn. 7).

11 d) Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht auf dem bezeichneten Verfahrensfehler, soweit das Berufungsgericht das vom Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln der Leistung der Klägerin und die auf einen Schadensersatzanspruch wegen Mängeln gestützte Hilfsaufrechnung zurückgewiesen hat. Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsge-

richt insoweit zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre, wenn es das Vorbringen des Beklagten im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 14. August 2015 zu den Mängeln berücksichtigt hätte.

- 12 3. Soweit sich die Beschwerde des Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision als unbegründet erweist, wird von einer Begründung abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO).

III.

- 13 Für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass die durch die Zurückweisung der Berufung gegenstandslos gewordene Widerklage des Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 2013 - III ZR 403/12,

BGHZ 198, 315) im Rahmen der neuen Verhandlung und Entscheidung im Berufungsverfahren zu bescheiden ist.

Kartzke

Jurgeleit

Graßnack

Borris

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 15.07.2015 - 2-26 O 70/15 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 12.07.2017 - 11 U 114/15 -