



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

III ZR 429/16

vom

3. Mai 2018

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. Mai 2018 die Richter Seiters, Tombrink und Dr. Remmert sowie die Richterinnen Dr. Arend und Dr. Böttcher

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin wird die Revision gegen den Beschluss des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 14. Juni 2016 - 20 U 502/16 - zugelassen.

Der Beschluss wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des dritten Rechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Streitwert: 209.055,60 €

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Klägerin, eine ungarische Gesellschaft, verlangt von der Beklagten eine - nach vorprozessualer Teilaufrechnung auf 209.055,60 € reduzierte - Provisions- beziehungsweise Abstandszahlung für die Übernahme eines Liefervertrags.

- 2 Die Klägerin war nach ihrem Vortrag, den die Vorinstanzen unterstellt haben, von der als Generalunternehmerin für die A. H. Motor Kft. tätigen M. É. Zrt. mit der Lieferung und Montage von sog. "Innen-Fitout"-Produkten für ein neues Automobilwerk in G. beauftragt worden, darunter klimatisierte Gebäude-Unterdecken, die die Beklagte als Subunternehmerin liefern sollte.
- 3 Die Klägerin hat behauptet, es sei nachfolgend aus Zeitgründen und zur Vereinfachung der Lieferwege zwischen ihr, der Beklagten und der Generalunternehmerin vereinbart worden, dass die Beklagte an ihrer Stelle in den Liefervertrag betreffend die klimatisierten Deckenplatten eintrete und ihr hierfür eine ihrer Marge entsprechende Provision in Höhe von 246.000 € zahlen solle. Diese Provisionsvereinbarung sei per E-Mail am 12. Dezember 2012 von der Beklagten, vertreten durch den Zeugen F. , gegenüber der Klägerin, vertreten durch den Zeugen H. , bestätigt worden.
- 4 Das Landgericht hat die Klage nach Vernehmung der Zeugen F. und K. mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin habe nicht beweisen können, dass die behauptete Provisionsvereinbarung getroffen und per Mail bestätigt worden sei. Der von ihr erst in der mündlichen Verhandlung am 18. November 2015 gestellte Antrag auf Vernehmung des Zeugen H. sei "gemäß § 296 Abs. 2 ZPO" zurückzuweisen. Eine Vernehmung des im Termin präsenten Zeugen sei nicht möglich gewesen, da dieser kein Deutsch spreche. Da die Klägerin bereits mit der Ladung vom 28. September 2015 gebeten worden sei, mitzuteilen, falls für die Vernehmung von ihr benannter Zeugen ein Dolmetscher benötigt werde, und sie hierauf nicht reagiert habe, habe sie grob nachlässig gegen ihre Prozessförderungspflicht verstoßen. Obschon hierauf im Termin hingewiesen, habe sie - auch mit ihrem nachgelassenen Schriftsatz -

nicht erklären können, was sie gehindert habe, den Zeugen frühzeitig zu benennen oder zumindest anzukündigen, dass sie einen Zeugen, der eines Dolmetschers bedürfe, zum Termin mitbringen werde.

- 5 Die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin ist durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen worden. Von einer Nachholung der Vernehmung des Zeugen H. hat das Berufungsgericht gemäß § 531 Abs. 1 ZPO mit der Begründung abgesehen, das Landgericht habe rechtsfehlerfrei das nach "§ 282 ZPO" nicht rechtzeitig eingeführte Beweisangebot "gemäß § 296 Abs. 2 ZPO" zurückgewiesen.

## II.

- 6 Die Nichtzulassungsbeschwerde führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).

- 7 1. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung liegt ein Gehörsverstoß dann vor, wenn der Tatrichter Angriffs- oder Verteidigungsmittel einer Partei in offenkundig fehlerhafter Anwendung einer Präklusionsvorschrift zu Unrecht für ausgeschlossen erachtet (vgl. nur BGH, Beschluss vom 16. Mai 2017 - VI ZR 89/16, VersR 2017, 1164 Rn. 8 mwN). Das ist vorliegend der Fall. Die Klägerin macht zu Recht geltend, dass das Berufungsgericht nicht gemäß § 531 Abs. 1 ZPO von einer Vernehmung des Zeugen H. hätte absehen dürfen, weil dessen Vernehmung vom Landgericht offenkundig zu Unrecht abgelehnt worden ist.

- 8 a) Die erstinstanzliche Zurückweisung des Antrags der Klägerin auf Vernehmung des Zeugen lässt sich weder auf § 296 Abs. 2, § 282 Abs. 1 ZPO noch auf § 296 Abs. 2, § 282 Abs. 2 ZPO stützen. Die Beschwerde verweist insoweit zutreffend darauf, dass Vorbringen im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung niemals nach § 282 Abs. 1 ZPO verspätet sein kann (vgl. nur BGH, Urteile vom 1. April 1992 - VIII ZR 86/91, NJW 1992, 1965 und vom 4. Mai 2005 - XII ZR 23/03, NJW-RR 2005, 1007). Auch ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte, die sich hierauf nicht berufen hat, zu dem Antrag auf Vernehmung des Zeugen ohne vorherige Einholung von Erkundigungen keine Erklärung hätte abgeben können. Dies wäre aber Voraussetzung für eine Zurückweisung nach § 282 Abs. 2 ZPO, der nicht verlangt, neue Angriffs- und Verteidigungsmittel so rechtzeitig schriftsätzlich anzukündigen, dass das Gericht noch terminsvorbereitende Maßnahmen nach § 273 ZPO treffen kann, sondern seinem Zweck nach nur sicherstellen soll, dass sich der Gegner im Termin vor allem zu neuen Tatsachenbehauptungen der anderen Partei substantiiert und wahrheitsgemäß erklären und sachgemäß verhandeln kann (vgl. nur BGH, Urteile vom 28. September 1988 - IVa ZR 88/87, NJW 1989, 716, 717; vom 25. März 1999 - VII ZR 434/97, NJW 1999, 2446 f und vom 4. Mai 2005, aaO S. 1008).
- 9 b) Ob andere Vorschriften die Zurückweisung gerechtfertigt hätten, kann dahinstehen, da es dem Berufungsgericht verwehrt gewesen wäre, sich im Rahmen des § 531 Abs. 1 ZPO auf andere als die von der Vorinstanz angewendeten Präklusionsvorschriften zu stützen (vgl. nur BGH, Urteile vom 13. Dezember 1989 - VIII ZR 204/82, NJW 1990, 1302, 1304; vom 1. April 1992 aaO und vom 4. Mai 2005 aaO). Ungeachtet dessen hätte sich das Landgericht auch nicht auf § 296 Abs. 1 ZPO berufen können, nach dem Angriffs- und Verteidigungsmittel, die erst nach Ablauf einer hierfür gesetzten Frist vorgebracht

werden, zurückgewiesen werden können. Zwar war der Klägerin im Rahmen des angeordneten schriftlichen Vorverfahrens gemäß § 276 Abs. 3, § 277 Abs. 4 ZPO eine Frist zur Replik auf die eingegangene Klageerwiderung gesetzt worden, innerhalb derer sie ihr Beweisangebot nicht vorgebracht hatte. Diese Fristsetzung war jedoch unwirksam, weil die diesbezügliche Verfügung entgegen § 276 Abs. 3 ZPO nicht vom Vorsitzenden, sondern - noch vor der Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter - von dem mit der Berichterstattung befassten Beisitzer unterzeichnet worden war, ohne dass dieser dabei erkennbar in Vertretung oder im Auftrag des Vorsitzenden gehandelt hätte (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juni 1991 - IX ZR 222/90, NJW 1991, 2774, 2775).

10        2. Die Beschwerde legt - entgegen der Meinung der Beklagten - auch hinreichend deutlich dar, dass die mit der verfahrensfehlerhaften Zurückweisung des Antrags auf Vernehmung des Zeugen H. durch das Berufungsgericht verbundene Verletzung des rechtlichen Gehörs der Klägerin entscheidungserheblich gewesen ist. Insbesondere lässt sie erkennen, welche konkreten entscheidungserheblichen Tatsachen der Zeuge im Falle seiner Vernehmung bekundet hätte.

11        Nach dem Beschwerdevorbringen ist es nicht ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht zu einem in Bezug auf das Klagebegehren günstigeren Ergebnis gelangt wäre, wenn es die Vernehmung des Zeugen "zu den damaligen Vereinbarungen zwischen der Klägerin, der Beklagten und der Generalunternehmerin im Zusammenhang mit dem Eintritt der Beklagten in den Liefervertrag" nachgeholt hätte. Damit ist nicht (nur) gemeint, dass der Zeuge anstelle der zwei anderen, nicht zum Termin vor dem Landgericht erschienenen klägerischen Zeugen Sch. und S. zu der bestrittenen und letztlich vom Landgericht als wahr unterstellten Behauptung der Klägerin gehört werden soll-

te, dass zwischen ihr und der Generalunternehmerin ein Vertrag über die Lieferung und Montage der "Innen-Fitout"-Produkte geschlossen worden und dies der Beklagten bekannt gewesen sei. Vielmehr sollte nach dem in der klägerischen Berufungsbegründung vom 4. April 2016 (S. 6) wiederholten Beweisantrag der Zeuge H. zu den gleichen Beweisthemen gehört werden, die bereits Gegenstand der Vernehmung der Zeugen der Beklagten F. und K. waren. Hierauf nimmt die Beschwerdebegründung ausdrücklich Bezug (S. 7) und stellt damit klar, dass der Zeuge (auch) den Abschluss der behaupteten Provisionsvereinbarung und deren angebliche Bestätigung durch die E-Mail vom 12. Dezember 2012 hätte bezeugen können und sollen. Davon, dass sich der Beweisantrag auf dieses Thema bezogen hat, sind die Instanzgerichte im Rahmen der (verfahrensfehlerhaften) Zurückweisung als entscheidungserheblich, aber verspätet auch selbstverständlich ausgegangen.

Seiters

Tombrink

Remmert

Arend

Böttcher

Vorinstanzen:

LG Landshut, Entscheidung vom 18.12.2015 - 42 O 1567/15 -

OLG München, Entscheidung vom 14.06.2016 - 20 U 502/16 -