



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZR 90/17

vom

27. Februar 2018

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 531 Abs. 1, 2; § 296a; § 283

- a) § 531 Abs. 1 ZPO, wonach Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesen worden sind, auch in der Berufungsinstanz ausgeschlossen sind, ist nicht anwendbar, wenn in erster Instanz Vorbringen nach § 296a ZPO unberücksichtigt geblieben ist (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 21. März 2013 - VII ZR 58/12, NJW-RR 2013, 655 Rn. 10).
- b) Um ein von § 531 Abs. 2 ZPO erfasstes neues Vorbringen in der Berufungsinstanz handelt es sich dann, wenn ein (streitiger) Vortrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz nicht vorgebracht und daher im erstinstanzlichen Urteil zu Recht gemäß § 296a ZPO unberücksichtigt geblieben ist (im Anschluss an BGH, Urteile vom 2. April 2004 - V ZR 107/03, NJW 2004, 2382 unter II 1 a mwN; vom 31. Mai 2017 - VIII ZR 69/16, NJW 2017, 2288 Rn. 19). Anders liegen die Dinge jedoch, wenn das Vorbringen durch ein nach § 283 Satz 1 ZPO gewährtes Schriftsatzrecht gedeckt und damit zu dem nach § 296a Satz 2 ZPO zu beachtenden erstinstanzlichen Prozessstoff gehört.
- c) Von einem nach § 283 Satz 1 ZPO gewährten Schriftsatzrecht ist nur solches Vorbringen gedeckt, das sich als Erwiderung auf den verspäteten Vortrag des Gegners darstellt (Fortführung von BGH, Urteil vom 12. März 1992 - IX ZR 141/91, NJW 1992, 1446 unter II 2 b). Dazu zählen auch neue tatsächliche Behauptungen, soweit sie als Reaktion auf das der Partei nicht rechtzeitig mitgeteilte gegnerische Vorbringen erfolgen (Fortführung von BGH, Urteil vom 11. November 1964 - IV ZR 320/63, JR 1965, 263, 264 [zu § 272a ZPO aF]).

BGH, Beschluss vom 27. Februar 2018 - VIII ZR 90/17 -

OLG Hamburg
LG Hamburg

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 27. Februar 2018 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, die Richterinnen Dr. Hessel und Dr. Fetzer sowie die Richter Dr. Büniger und Kosziol

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts - 4. Zivilsenat - vom 28. Februar 2017 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens wird auf 605.475,57 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin betreibt Kabelnetze in Deutschland und erbringt Dienstleistungen im Bereich Fernsehen, Internet und Telefonie über das TV-Kabel. Die Beklagte verfügt - vorwiegend in Ostdeutschland - über verschiedene Kabelschutzrohr- und Glasfasertrassen, die sie an Kunden der Telekommunikationsbranche verkauft oder vermietet.
- 2 Anfang des Jahres 2014 erwarb die Klägerin von der Beklagten zwei Kabelschutzrohre in einer sechszügigen Kabelschutzrohrtrasse von 54,71 Kilome-

tern Länge auf der Strecke B. zu einem Preis von 605.475,57 € (brutto). Zu diesem Zweck schlossen die Parteien einen "Vertrag über den Erwerb einer Kabelrohranlage" (im Folgenden: Vertrag), welcher in § 1 Abs. 4 die folgende Bestimmung enthält:

"Der Verkäufer hat dem Käufer die für die ausführliche Dokumentation des Kaufgegenstands erforderlichen Informationen vollumfänglich [...] zu überlassen. Dies beinhaltet [...] sämtliche Genehmigungen für die vorhandene Kabelschutzrohrtrasse aus den Genehmigungsverfahren der Errichtung [...]."

3 Unter Bezugnahme auf diese Vertragsbestimmung forderte die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 15. Mai 2014 unter Fristsetzung von zwei Wochen zur Übergabe verschiedener, ihrer Auffassung nach fehlender Unterlagen auf. Unter anderem seien noch mit den Forstämtern G. , J. , R. und S. geschlossene "Gestattungsverträge" zu übergeben, da die Trasse auch über von diesen verwaltetes Gelände verlaufe. Schließlich erklärte die Klägerin mit weiterem Schreiben vom 18. Juni 2014 wegen dieser und anderer aus ihrer Sicht fehlender Unterlagen sowie wegen weiterer behaupteter Mängel der Kabelschutzrohre den Rücktritt vom Kaufvertrag.

4 Im vorliegenden Rechtsstreit begehrt die Klägerin die Rückabwicklung des Kaufvertrags sowie die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten. Die Klage hat in den Vorinstanzen Erfolg gehabt. Das Berufungsgericht hat die Revision nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Nichtzulassungsbeschwerde, mit der sie ihr Klageabweisungsbegehren weiterverfolgt.

II.

5 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

6 Der Klägerin stehe gegen die Beklagte der geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung des vollständigen Kaufpreises nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Rückgabe der im Tenor des landgerichtlichen Urteils benannten Unterlagen und Dateien, gemäß §§ 346, 323 Abs. 1, 5 BGB zu.

7 Mit der fehlenden Übergabe der mit den vier Forstämtern geschlossenen Gestattungsverträge habe die Beklagte gegen ihre vertragliche Pflicht zur vollumfänglichen Überlassung der für die ausführliche Dokumentation des Kaufgegenstands erforderlichen Informationen gemäß § 1 Abs. 4 des Vertrages verstoßen. Hierbei handele es sich um eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung im Sinne von § 323 Abs. 1, 5 BGB.

8 Zu Recht habe das Landgericht den - die Erforderlichkeit der Vorlage von Gestattungsverträgen mit den bezeichneten Forstämtern in Abrede stellenden - Vortrag der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 18. Januar 2016 unberücksichtigt gelassen, wonach aufgrund des Verlaufs der Trasse entlang der Bundesstraße B5 im betreffenden Bereich nicht die Gestattung der Forstämter, sondern allein des zuständigen Straßenbaulastträgers (Straßenbauamt Sch.) maßgeblich sei, dessen Genehmigungen sie der Klägerin bereits überlassen habe. Denn diese erstmals nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht aufgestellte Behauptung stelle neues tatsächliches Vorbringen dar, weil die Beklagte zuvor selbst vorgetragen habe, dass die Trasse über die von den Forstämtern verwalteten Grundstücke verlaufe. Die auf § 296a ZPO

gestützte Zurückweisung dieses Vortrags durch das Landgericht sei zu Recht erfolgt und deshalb für das Berufungsgericht nach § 531 Abs. 1 ZPO bindend.

9 Zwar sei der Beklagten in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht auf ihren Antrag im Hinblick auf den Schriftsatz der Klägerseite vom 9. Dezember 2015 noch eine Schriftsatzfrist nach § 283 ZPO eingeräumt worden. Durch einen Schriftsatznachlass erhalte eine Partei jedoch nur das Recht, sich über die Richtigkeit des ihr nicht rechtzeitig mitgeteilten gegnerischen Vorbringens zu erklären. Weitere Ausführungen wie neue Tatsachen seien demgegenüber unzulässig und unbeachtlich. Neues Vorbringen, das über eine Erwiderung im dargelegten Sinne hinausgehe, dürfe ohne Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht bei der Entscheidung berücksichtigt werden.

10 Ein Grund zur Wiedereröffnung der Verhandlung nach § 156 ZPO habe jedoch nicht bestanden. Vorliegend habe die Klägerin bereits mit der Klageschrift vom 3. November 2014 vorgetragen, dass für die von den bezeichneten Forstämtern verwalteten Grundstücke, über welche die Trasse verlaufe, Gestattungsverträge fehlten. Die Beklagte habe insofern ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt. Ihr sei auch aufgrund des gerichtlichen Hinweises vom 18. September 2015 deutlich geworden, dass das Landgericht eine Verletzung der Dokumentationspflicht wegen der nicht vorgelegten Gestattungsverträge mit den Forstämtern erwogen habe. Das nunmehrige Vorbringen der Beklagten, Gestattungsverträge mit den Forstämtern seien aufgrund des geschilderten Trassenverlaufs nicht erforderlich gewesen, sei daher aufgrund deren Nachlässigkeit verspätet erfolgt.

11 Soweit die Beklagte anschließend auch in der Berufungsinstanz vorge-
tragen habe, die Trasse verlaufe nicht über die in der Verwaltung der Forstäm-
ter stehenden Grundstücke, sei dies als neues Vorbringen nach § 531 Abs. 2
ZPO nicht zuzulassen, da die Beklagte einen Zulassungsgrund im Sinne dieser

Vorschrift nicht vorgebracht habe. Im Übrigen lasse sich aus den von der Beklagten erstmals mit der Berufungsbegründung vorgelegten Genehmigungen des Straßenbauamts Sch. vom 11. Oktober 1999 bezüglich einiger Abschnitte der Trasse ein ausschließlicher Verlauf entlang der Bundesstraße B5 nicht entnehmen.

III.

12 Die zulässige Nichtzulassungsbeschwerde hat in der Sache Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die angefochtene Entscheidung verletzt in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG), da das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 18. Januar 2016, wonach Genehmigungen der bezeichneten Forstämter aufgrund des Verlaufs der Trasse entlang der Bundesstraße B5 nicht erforderlich seien, rechtsfehlerhaft als nicht von dem der Beklagten in erster Instanz gemäß § 283 Satz 1 ZPO gewährten Schriftsatzrecht umfasst und damit in der Berufungsinstanz als nach § 531 ZPO ausgeschlossen angesehen hat.

13 Bleibt - wie im vorliegenden Fall - ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel einer Partei deswegen unberücksichtigt, weil der Tatrichter es in offenkundig fehlerhafter Anwendung einer Präklusionsvorschrift wie des § 531 ZPO zu Unrecht zurückgewiesen hat, so ist zugleich der Anspruch der Partei auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschlüsse vom 10. Mai 2016 - VIII ZR 97/15, GE 2016, 1207 Rn. 9; vom 20. September 2016 - VIII ZR 247/15, NJW 2017, 491 Rn. 14; vom 16. Mai 2017 - VI ZR 89/16, NJW-RR 2017, 1018 Rn. 8; vom 17. Mai 2017 - VII ZR 36/15, NJW 2017, 3661 Rn. 17; jeweils mwN; vgl. auch BVerfGE 69, 145, 149; 75,

302, 312 f.; BVerfG, Beschluss vom 5. November 2008 - 1 BvR 1822/08, juris Rn. 3).

- 14 1. Bereits die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte sei mit ihrem nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht eingeführten Vorbringen gemäß § 531 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen, beruht auf einem grundlegenden Fehlverständnis über den Anwendungsbereich dieser Vorschrift. Denn diese Präklusionsnorm erfasst nicht Vorbringen, das nach § 296a Satz 1 ZPO unberücksichtigt geblieben ist.
- 15 a) Nach § 531 Abs. 1 ZPO bleiben Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesen worden sind, auch für die Berufungsinstanz ausgeschlossen. Diese Vorschrift ist aber nur anwendbar, soweit Angriffs- und Verteidigungsmittel in erster Instanz nach § 296 Abs. 1, 2 oder 3 ZPO zurückgewiesen worden sind (BGH, Beschluss vom 21. März 2013 - VII ZR 58/12, NJW-RR 2013, 655 Rn. 10; Senatsurteil vom 17. Oktober 1979 - VIII ZR 221/78, NJW 1980, 343 unter 1 b mwN [zu § 528 Abs. 3 ZPO aF]; BVerfGE 55, 72, 91 [zu § 528 Abs. 3 ZPO aF]; Zöller/Heßler, ZPO, 32. Aufl., § 531 Rn. 6).
- 16 b) Eine solche Fallgestaltung ist vorliegend nicht gegeben. Das Landgericht hat das geänderte Vorbringen der Beklagten zum Trassenverlauf im Schriftsatz vom 18. Januar 2016 nicht nach § 296 ZPO zurückgewiesen, sondern dieses vielmehr gemäß § 296a ZPO unberücksichtigt gelassen, weil es seiner Auffassung nach nicht von dem den Parteien in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht gemäß § 283 Satz 1 ZPO gewährten Schriftsatzrecht gedeckt gewesen sei.
- 17 Bei Vorbringen, welches in erster Instanz nach § 296a ZPO unberücksichtigt bleibt, kommt jedoch eine Anwendung des § 531 Abs. 1 ZPO - worauf

auch die Nichtzulassungsbeschwerde mit Recht hinweist - von vornherein nicht in Betracht (BGH, Beschluss vom 21. März 2013 - VII ZR 58/12, aaO; vgl. zudem BGH, Urteile vom 10. Juli 1979 - VI ZR 223/78, NJW 1979, 2109 unter II 2 b; vom 31. Januar 1980 - VII ZR 96/79, BGHZ 76, 133, 141; vom 10. März 1983 - VII ZR 135/82, NJW 1983, 2030 unter II 1 [jeweils zu § 528 Abs. 3 ZPO aF]). Dies gilt unabhängig davon, ob - wovon vorliegend das Berufungsgericht ausgegangen ist - die Nichtberücksichtigung in der Vorinstanz zu Recht erfolgt ist oder nicht.

- 18 2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war die Beklagte mit ihrem abweichenden Vorbringen zum Trassenverlauf im Schriftsatz vom 18. Januar 2016 in der Berufungsinstanz auch nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Denn der genannte Vortrag stellt - was das Berufungsgericht ebenfalls grundlegend verkannt hat - kein "neues" Vorbringen im Sinne dieser Vorschrift dar.
- 19 a) Zwar handelt es sich dann um ein von § 531 Abs. 2 ZPO erfasstes neues Angriffs- und Verteidigungsmittel, wenn ein (streitiger) Vortrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz nicht vorgebracht und daher im erstinstanzlichen Urteil zu Recht gemäß § 296a ZPO unberücksichtigt geblieben ist (BGH, Urteil vom 2. April 2004 - V ZR 107/03, NJW 2004, 2382 unter II 1 a mwN; vgl. auch Senatsurteil vom 31. Mai 2017 - VIII ZR 69/16, NJW 2017, 2288 Rn. 19). Im Streitfall war jedoch der geänderte Vortrag der Beklagten zum Verlauf der Kabelschutzrohrtrasse von dem durch das Landgericht gemäß § 283 Satz 1 ZPO gewährten Schriftsatzrecht umfasst und gehörte damit zum - nach § 296a Satz 2 ZPO zu beachtenden - erstinstanzlichen Prozessstoff.
- 20 b) Das Landgericht hat in seiner letzten mündlichen Verhandlung beiden Parteien nachgelassen, binnen einer bestimmten Frist auf den jeweils letzten

Schriftsatz der Gegenseite - für die Beklagte war dies der Schriftsatz der Klägerin vom 9. Dezember 2015 - Stellung zu nehmen.

- 21 Damit hat es von der in § 283 ZPO vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, der durch ein nicht rechtzeitig vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung erfolgtes Vorbringen des Gegners überraschten Partei auf Antrag eine Schriftsatzfrist zur Erwidern zu gewähren und anschließend den nachgelassenen Parteivortrag ohne eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§ 156 ZPO) der in dem zugleich bestimmten Verkündungstermin ergehenden Entscheidung zugrunde zu legen. Das innerhalb der bestimmten Schriftsatzfrist erstmals erfolgte Vorbringen der Beklagten, wonach aufgrund des nunmehr geschilderten Trassenverlaufs entlang der B5 die von der Klägerin verlangten Gestattungsverträge mit den Forstämtern nicht erforderlich gewesen seien, war entgegen der Sichtweise der Vorinstanzen von dem gemäß § 283 Satz 1 ZPO gewährten Schriftsatzrecht umfasst.
- 22 aa) Zwar sind auch innerhalb der vom Gericht gesetzten Erklärungsfrist eingehende Schriftsätze nicht unbeschränkt, sondern nur insoweit von einem nach § 283 Satz 1 ZPO gewährten Schriftsatzrecht gedeckt, wie sich das dort gehaltene Vorbringen als Erwidern auf den verspäteten Vortrag des Gegners darstellt (BGH, Urteile vom 12. März 1992 - IX ZR 141/91, NJW 1992, 1446 unter II 2 b; vom 2. Juni 1966 - VII ZR 41/64, NJW 1966, 1657 unter 2 [zu § 272a ZPO aF]). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann dabei allerdings auch neuer tatsächlicher Vortrag - vorliegend zum Trassenverlauf - von der nach § 283 Satz 1 ZPO gewährten Schriftsatzfrist umfasst sein; entscheidend ist lediglich, dass dieser als Reaktion auf das verspätete Vorbringen des Gegners erfolgt.
- 23 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der insoweit vom Berufungsgericht allein zur Stützung seiner Rechtsansicht herangezogenen Entscheidung

des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1979 (BGH, Urteil vom 14. März 1979 - IV ZR 80/78, FamRZ 1979, 573 unter II 1), welche - wie die dort in Bezug genommenen Entscheidungen (BGH, Urteile vom 11. November 1964 - IV ZR 320/63, JR 1965, 263, 264; vom 2. Juni 1966 - VII ZR 41/64, aaO unter 2 b, c [jeweils zu § 272a ZPO aF]) belegen - mit ihren ersichtlich verkürzt formulierten Ausführungen nur scheinbar engere Anforderungen an das im nachgelassenen Schriftsatz enthaltene Vorbringen stellt.

24 § 283 ZPO soll es einer Partei, die auf ein Vorbringen des Gegners nicht mehr rechtzeitig reagieren kann, ermöglichen, sich innerhalb einer bestimmten Frist hierzu zu erklären, es also - gegebenenfalls auch durch substantiierte Gegenbehauptungen - zu bestreiten, zuzugestehen oder ihm schließlich durch ein selbständiges - gegebenenfalls auf neue tatsächliche Behauptungen gestütztes - Angriffs- oder Verteidigungsmittel entgegenzutreten (BGH, Urteil vom 11. November 1964 - IV ZR 320/63, aaO [zu § 272a ZPO aF]). Unzulässig ist es dagegen - und das ist mit den Erwägungen in der vom Berufungsgericht herangezogenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14. März 1979 (IV ZR 80/78, aaO) "erhält eine Partei nur das Recht, sich über die Richtigkeit des ihr nicht rechtzeitig mitgeteilten gegnerischen Vorbringens zu erklären; weitere Ausführungen sind unzulässig und unbeachtlich" gemeint -, in dem nachzureichenden Schriftsatz auch solche neuen Behauptungen aufzustellen, die durch den verspätet eingereichten Schriftsatz des Gegners nicht veranlasst sind (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 1964 - IV ZR 320/63, aaO [zu § 272a ZPO aF]).

25 Damit ist lediglich neuer Sachvortrag, der über eine entsprechende Replik hinausgeht, mithin nicht mit dem verspäteten Vorbringen des Gegners in Zusammenhang steht, von einem solchen Schriftsatzrecht nicht gedeckt (BGH, Urteil vom 12. März 1992 - IX ZR 141/91, aaO mwN).

- 26 bb) An dem notwendigen Zusammenhang mit dem das Schriftsatzrecht auslösenden gegnerischen Vortrag fehlt es allerdings in den Fällen, in denen sich dieses bei näherer Prüfung als bloße Wiederholung und Zusammenfassung des bisherigen Vorbringens herausstellt, im nachgelassenen Schriftsatz hierauf aber mit neuem Vorbringen reagiert wird (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 1964 - IV ZR 320/63, aaO [zu § 272a ZPO aF]). Dies gilt entgegen der Auffassung der Nichtzulassungsbeschwerde auch dann, wenn das Gericht das einer Partei eingeräumte Schriftsatzrecht nicht ausdrücklich auf die Erwiderung zu "neuem Vortrag" im verspäteten Schriftsatz des Gegners beschränkt. Denn die beschriebene Einschränkung des nach § 283 Satz 1 ZPO gewährten Äußerungsrechts folgt bereits aus dem in dieser Vorschrift vorausgesetzten Erfordernis eines Zusammenhangs mit dem verspäteten Vorbringen des Gegners.
- 27 cc) Vorliegend handelte es sich jedoch - entgegen der Annahme des Berufungsgerichts - bei den der Gewährung des Schriftsatznachlasses vorausgehenden Ausführungen der Klägerin im Schriftsatz vom 9. Dezember 2015 zu den aus ihrer Sicht notwendigen Gestattungsverträgen nicht um eine bloße Wiederholung und Zusammenfassung ihres bisherigen Vortrags, sondern vielmehr - zumindest teilweise - um neuen Vortrag, auf den die Beklagte ihrerseits mit neuem Vorbringen reagieren durfte.
- 28 Zwar hat sich die Klägerin bereits in der Klageschrift vom 3. November 2014 auf die unterbliebene Vorlage der Gestattungsverträge mit den Forstämtern berufen. Das diesbezügliche Vorbringen der Klägerin im nicht rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz vom 9. Dezember 2015 erschöpfte sich jedoch nicht in der (bloß wiederholten) Behauptung fehlender Verträge mit den Forstämtern, sondern enthielt vielmehr im Zusammenhang hiermit weitere Tatsachenbehauptungen und rechtliche Ausführungen, die - wenigstens zum Teil - in diesem Schriftsatz zum ersten Mal in den Rechts-

streit eingebracht wurden. So hält die Klägerin die bisherige und von ihr bis dahin als ausreichend empfundene Verteidigung der Beklagten im Schriftsatz vom 12. November 2015, neben den vorliegenden Betretungs- und Bauerlaubnissen der Forstämter seien Gestattungsverträge aufgrund der Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes nicht erforderlich, aus mehreren Gründen für rechtsirrig und trägt hierzu (auch) neue Tatsachen (etwa: Betreuungs- und Betreuungserlaubnisse reichten nicht aus; Beklagte verfüge über keine Lizenz zum Betreiben eines Übertragungswegs; seitens der Beklagten erfolge keine eigene Datenübertragung) vor.

29 Das daraufhin im nachgelassenen Schriftsatz der Beklagten vom 18. Januar 2016 erfolgte Vorbringen stellte sich - zumindest auch - als eine Erwidern auf gerade diesen Vortrag der Klägerin dar. Denn bis zu diesem Zeitpunkt hatte die Beklagte ihre Verteidigung hinsichtlich der aus Sicht der Klägerin fehlenden Gestattungsverträge im Wesentlichen zunächst auf die von ihr angenommene Unsubstantiiertheit des klägerischen Vortrags insbesondere zum Trassenverlauf und danach außerdem auf die (allgemeine) Gestattungsfähigkeit der Verlegung nach den Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes gestützt. Nunmehr behauptete sie erstmals, dass Gestattungsverträge mit den betreffenden Forstämtern auch deshalb nicht zu übergeben seien, weil der Abschluss solcher Verträge mangels Verlaufs der Trasse durch die entsprechenden Forsten nicht erforderlich gewesen sei. Der dargestellte Zusammenhang beider Schriftsätze zeigt ohne weiteres, dass es sich bei dieser erstmaligen Behauptung der Beklagten um ein durch das Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 9. Dezember 2015 ausgelöstes neues Verteidigungsmittel der Beklagten handelt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 11. November 1964 - IV ZR 320/63, aaO).

30 c) Nachdem das erstinstanzliche Gericht das betreffende Vorbringen der Beklagten zu Unrecht als nicht von dem nach § 283 Satz 1 ZPO gewährten Schriftsatzrecht umfasst angesehen hat und dementsprechend auch nicht nach § 296a Satz 1 ZPO hätte unberücksichtigt lassen dürfen, handelt es sich insoweit um bereits in der ersten Instanz angefallenen Prozessstoff, der in der Berufungsinstanz nicht "neu" im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO und daher auch ohne Vorliegen eines Zulassungsgrunds im Berufungsverfahren zu beachten war. Dies würde selbst dann gelten, wenn die Beklagte - wie hier allerdings geschehen - diesen Vortrag in der Berufungsbegründung nicht ausdrücklich aufgegriffen hätte. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gelangt mit einem zulässigen Rechtsmittel grundsätzlich der gesamte aus den Akten ersichtliche Prozessstoff erster Instanz ohne weiteres in den zweiten Rechtszug und wird damit Gegenstand des Berufungsverfahrens (vgl. nur BGH, Urteile vom 12. März 2004 - V ZR 257/03, BGHZ 158, 269, 278, 280 ff.; vom 19. März 2004 - V ZR 104/03, BGHZ 158, 295, 309; vom 27. September 2006 - VIII ZR 19/04, NJW 2007, 2414 Rn. 16; vom 22. Mai 2012 - II ZR 35/10, WM 2012, 1692 Rn. 29; vom 4. Juli 2012 - VIII ZR 109/11, NJW 2012, 2662 Rn. 16; jeweils mwN).

31 3. Dadurch, dass das Berufungsgericht das entsprechende Vorbringen der Beklagten offenkundig rechtsfehlerhaft als nach § 531 Abs. 1, 2 ZPO in der Berufungsinstanz für ausgeschlossen erachtet hat, hat es den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt. Die Gehörsverletzung (Art. 103 Abs. 1 GG) des Berufungsgerichts ist auch entscheidungserheblich. Denn es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des Sachvortrags der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 18. Januar 2016 zum behaupteten Trassenverlauf und Erhebung der angebotenen Beweise zu einer anderen Entscheidung gelangt wäre.

IV.

32 Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 544 Abs. 7 ZPO); dabei macht der Senat von den Möglichkeiten des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch.

33 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

34 Der nunmehr mit der Sache befasste Senat des Berufungsgerichts wird die erforderlichen Feststellungen zu dem zwischen den Parteien streitigen Verlauf der Trasse nachzuholen haben. Sollte er hiernach weiterhin zu dem Schluss kommen, dass nicht für alle Streckenabschnitte die erforderlichen Genehmigungen an die Klägerin übergeben worden sind, wird er außerdem im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung sämtlicher Vorschriften des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrages bestimmen müssen, ob es sich insofern um eine - wie das Berufungsgericht angenommen hat - Verletzung der in § 1 Abs. 4 des Vertrages geregelten Informationspflichten handelt oder ob nicht vielmehr ein Verstoß gegen sonstige vertragliche (vgl. § 4 Abs. 3 Satz 3) oder gesetzliche Pflichten des Verkäufers (§§ 434 f. BGB) in Betracht

kommt. Daran anschließend wird es dann gegebenenfalls zu prüfen haben, ob die übrigen Voraussetzungen für einen Rücktritt vom Vertrag erfüllt sind.

Dr. Milger

Dr. Hessel

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Kosziol

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 04.02.2016 - 403 HKO 211/14 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 28.02.2017 - 4 U 30/16 -