



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 47/13

vom

10. März 2016

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ZPO § 522 Abs. 2, § 524 Abs. 4, § 139 Abs. 3

- a) Erachtet das Berufungsgericht eine Feststellungsklage entgegen der Auffassung des Erstgerichts für unzulässig, so muss es den Kläger gemäß § 139 Abs. 3 ZPO hierauf hinweisen. Darüber hinaus muss das Berufungsgericht dem Kläger jedenfalls dann Gelegenheit geben, auf einen solchen Hinweis in der Berufungsinstanz durch eine Antragsmodifizierung zu reagieren, wenn der vom Berufungsgericht erteilte Hinweis deshalb geboten war, weil das Erstgericht einen gegenteiligen Hinweis erteilt und dadurch die erstinstanzliche Antragstellung veranlasst hatte (Anschluss an BGH, Beschluss vom 23. April 2009 - IX ZR 95/06, NJW-RR 2010, 70).
- b) Stellt der Kläger auf einen solchen Hinweis des Berufungsgerichts als Hilfsantrag einen Zahlungsantrag, ist es dem Berufungsgericht verwehrt, die Berufung des Klägers gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen und dadurch diese - als Reaktion auf den Hinweis des Berufungsgerichts erfolgte - Klageerweiterung für wirkungslos zu erachten, § 524 Abs. 4 ZPO analog (Abgrenzung zu BGH, Beschlüsse vom 10. Juni 2015 - IV ZR 366/14; vom 6. November 2014 - IX ZR 204/13, NJW 2015, 251; vom 3. Juni 2014 - VI ZR 71/13).

BGH, Beschluss vom 10. März 2016 - VII ZR 47/13 - KG Berlin
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. März 2016 durch die Richter Dr. Kartzke, Halfmeier und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterinnen Graßnack und Sacher

beschlossen:

Der Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision wird teilweise stattgegeben.

Der Beschluss des 21. Zivilsenats des Kammergerichts vom 12. Februar 2013 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht den hilfsweise gestellten Antrag auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 223.513 € nebst Zinsen für wirkungslos erachtet hat.

Der Rechtsstreit wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Beschwerde der Klägerin zurückgewiesen.

Gegenstandswert der Nichtzulassungsbeschwerde und des stattgebenden Teils: 223.513 €

Gründe:

I.

1 Die Klägerin verlangt von der Beklagten eine zusätzliche Vergütung für Unterbodenarbeiten im Rahmen eines Bauvorhabens.

2 Mit Bauvertrag von August 2007, dem eine Ausschreibung der Beklagten vorangegangen war, verpflichtete sich die Klägerin zur Durchführung von Erdarbeiten im Rahmen der Herstellung eines Tunnels. Die Parteien streiten der Sache nach darüber, ob die Klägerin für Unterbodenarbeiten eine zusätzliche Vergütung verlangen kann oder ob die Unterbodenarbeiten von dem Leistungsverzeichnis der Ausschreibung und damit vom Bauvertrag erfasst sind.

3 Die Klägerin hat ursprünglich Zahlung von 411.783,33 € nebst Zinsen begehrt. Nach einem Hinweis des Landgerichts hat die Klägerin den Zahlungsantrag umgestellt und die Feststellung begehrt, dass für die erbrachten Unterbodenarbeiten eine zusätzliche Vergütung dem Grunde nach geschuldet wird. Diesen Antrag hat das Landgericht als unbegründet abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt.

4 Mit Beschluss vom 21. August 2012 hat das Berufungsgericht die Klägerin darauf hingewiesen, dass es beabsichtige, die Berufung durch einstimmigen Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, insbesondere habe die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Der vor dem Landgericht zuletzt gestellte Feststellungsantrag sei unzulässig, da die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO nicht gegeben seien. Daraufhin hat die Klägerin ihren Feststellungsantrag als Hauptantrag aufrechterhalten, hilfsweise einen modifizierten Feststellungsantrag gestellt und hilfs-hilfsweise beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 223.513 € nebst Zinsen zu verurteilen.

5 Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage als unzulässig abgewiesen wird. Mit der Nichtzulassungsbeschwerde verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

II.

6 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

7 Der Hauptfeststellungsantrag sei unzulässig, da er eine bloße Vorfrage und kein Rechtsverhältnis zum Gegenstand habe. Das potentielle Rechtsverhältnis sei die Frage, ob ein der Höhe nach bestimmter Vergütungsanspruch aus einem Vertrag folge. Insoweit stellten Teilpositionen lediglich unselbständige Aktivposten einer saldierten Abrechnung dar. Nur der Saldo könne eingeklagt werden. Zudem sei die Leistungsklage vorrangig, da die Klägerin, wie sich aus dem hilfs-hilfsweise gestellten Antrag ergebe, den Saldo beziffern könne.

8 Das Berufungsgericht habe nicht übersehen, dass die Formulierung des Feststellungsantrags auf einem Hinweis des Landgerichts beruhe. Deshalb sei die Klägerin auf die abweichende Meinung des Berufungsgerichts hingewiesen worden. Gleichwohl habe die Klägerin ihren Feststellungsantrag aufrechterhalten. Dass die Klägerin hilfs-hilfsweise einen Leistungsantrag einführe, zwingt nicht dazu, über diesen Antrag mündlich zu verhandeln. Es hätte an der Klägerin gelegen, diesen Antrag nicht nur hilfsweise zu stellen. Denn mit der Berufung erhobene Klageerweiterungen schlossen eine Beschlusszurückweisung nicht aus, sondern würden mit der Zurückweisung wirkungslos.

9 2. Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision hat teilweise Erfolg. Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht auf einer

Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG, soweit das Berufungsgericht den hilfs-hilfsweise gestellten Zahlungsantrag der Klägerin für wirkungslos erachtet hat. Der Zurückweisungsbeschluss des Berufungsgerichts ist deshalb insoweit aufzuheben und die Sache ist an dieses zurückzuverweisen, § 544 Abs. 7 ZPO.

10 a) Bleiben Anträge einer Partei deswegen unberücksichtigt, weil der Tatrichter sie in offenkundig fehlerhafter Anwendung des Prozessrechts zu Unrecht für ausgeschlossen erachtet hat, so ist zugleich das rechtliche Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) der Partei verletzt (vgl. BVerfG, NJW 2005, 1487, juris Rn. 11; BGH, Beschlüsse vom 1. Oktober 2014 - VII ZR 28/13, BauR 2015, 158 Rn. 10 = NZBau 2014, 779; vom 9. Juli 2014 - VII ZR 161/13, BauR 2014, 1775 Rn. 12 = NZBau 2014, 621).

11 Gerichtliche Hinweispflichten dienen der Vermeidung von Überraschungsentscheidungen und konkretisieren den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör (vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2009 - IX ZR 95/06, NJW-RR 2010, 70 Rn. 5; BVerfGE 84, 188, 190, juris Rn. 7). Hinsichtlich von Amts wegen zu berücksichtigender Punkte sieht § 139 Abs. 3 ZPO ausdrücklich eine Hinweispflicht vor, die auch für das Berufungsgericht gilt, § 525 Satz 1 ZPO. Erachtet das Berufungsgericht die Klage entgegen der Auffassung des Erstgerichts für unzulässig, so muss es den Kläger hierauf hinweisen (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Dezember 2012 - IV ZR 188/12, Rn. 11 m.w.N.). Darüber hinaus muss das Berufungsgericht dem Kläger jedenfalls dann Gelegenheit geben, auf einen solchen Hinweis in der Berufungsinstanz durch eine Antragsmodifizierung zu reagieren (vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2009 - IX ZR 95/06, NJW-RR 2010, 70 Rn. 5), wenn der vom Berufungsgericht erteilte Hinweis deshalb geboten war, weil das Erstgericht einen gegenteiligen Hinweis erteilt und dadurch die erstinstanzliche Antragstellung veranlasst hatte (vgl.

BGH, Beschluss vom 23. April 2009 - IX ZR 95/06, NJW-RR 2010, 70 Rn. 5). Denn sonst würde der Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör in Verbindung mit dem Recht auf wirkungsvollen Rechtsschutz unzulässig eingeschränkt. Bei einer solchen Verfahrenskonstellation ist es dem Berufungsgericht ausnahmsweise verwehrt, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen und dadurch eine - als Reaktion auf den Hinweis des Berufungsgerichts erfolgte - Klageerweiterung für wirkungslos zu erachten (vgl. zur grundsätzlich entsprechenden Anwendbarkeit von § 524 Abs. 4 ZPO auf Klageerweiterungen bei Zurückweisungsbeschlüssen gemäß § 522 Abs. 2 ZPO: BGH, Beschlüsse vom 10. Juni 2015 - IV ZR 366/14; vom 6. November 2014 - IX ZR 204/13, NJW 2015, 251 Rn. 2; vom 3. Juni 2014 - VI ZR 71/13, Rn. 1; Urteil vom 24. Oktober 2013 - III ZR 403/12, BGHZ 198, 315 Rn. 19, zur Widerklage).

- 12 b) Nach diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör in Verbindung mit dem Recht auf wirkungsvollen Rechtsschutz verletzt, indem es den hilfs-hilfsweise geltend gemachten Zahlungsantrag nicht berücksichtigt hat. Mit diesem Antrag hat die Klägerin auf den Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts vom 21. August 2012 reagiert, mit dem das Berufungsgericht die Klägerin erstmals auf Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit des als Berufungsantrag weiterverfolgten - ursprünglich auf Hinweis des Landgerichts hin gestellten - Feststellungsantrags hingewiesen hatte. Der Umstand, dass die Klägerin den Zahlungsantrag als Hilfsantrag geltend gemacht hat, ändert angesichts der Verfahrenskonstellation im Streitfall an dem Gebot, diesen Antrag zu berücksichtigen, nichts. Denn es stellt eine sachgerechte üblicher Praxis entsprechende Reaktion auf einen gerichtlichen Hinweis dar, dass ein Antrag, mit dem diesem Rechnung getragen wird, nur hilfsweise geltend gemacht wird.

- 13 3. Im Übrigen wird von einer Begründung der Zurückweisung der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 544 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO).

Kartzke

Halfmeier

Jurgeleit

Graßnack

Sacher

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 03.11.2011 - 9 O 94/11 -

KG Berlin, Entscheidung vom 12.02.2013 - 21 U 42/12 -