

Die richterlichen Hinweispflichten im Zivilprozess

1. Überblick über die Rechtsgrundlagen

a) § 139 ZPO

- § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO mit drei Tatbeständen

- 1. Alt.: unvollständiger Tatsachenvortrag, mit Regelbsp. mangelnder Substantiierung
- 2. Alt.: mangelnde Beweisanträge zu Tatsachenbehauptungen
- 3. Alt.: nicht sachdienliche Sach- oder Prozessanträge

- § 139 Abs. 2 S. 1 und 2 ZPO: Verbot von Überraschungsentscheidungen mit zwei Tatbeständen

- S. 1: erkennbarer Irrtum einer Partei
- S. 2: Abweichung von einhelliger Auffassung beider Parteien

- § 139 Abs. 3 ZPO: Bedenken hinsichtlich der nach § 56 ZPO zu prüfenden Gesichtspunkte (Zulässigkeitsfragen)

b) § 504 ZPO: Hinweis bei sachlicher oder örtlicher Unzuständigkeit im amtsgerichtlichen Verfahren mit Blick insbes. auf die Folge des § 39 S. 1 ZPO (Zuständigkeit kraft rügeloser Einlassung)

c) § 118 Abs. 2 S. 1 und 4 ZPO: Hinweis und Fristsetzung vor Zurückweisung eines PKH-Antrages mangels hinreichender Darlegung und Glaubhaftmachung der Bedürftigkeit

d) § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO: Hinweis vor Zurückweisung der Berufung durch Beschluss

e) verschiedene **Belehrungen**: z.B. § 276 Abs. 2, § 277 Abs. 2, § 499 ZPO

f) Rechtsgrundlagen für **Erörterungen** zu unterschiedlichen Zwecken:

- § 139 Abs. 1 S. 1 ZPO: spezielle Ausprägung der Hinweispflicht (besondere Rechtsfolge) für den Fall, dass ein einfacher Hinweis nicht ausreicht

- § 278 Abs. 2 S. 2 ZPO: Erörterung in der Güteverhandlung mit dem Ziel einer gütlichen Einigung

-- § 278 Abs. 1 ZPO: Generalklausel ermächtigt zu Erörterungen zwecks gütlicher Einigung in jedem Verfahrensstadium, also auch außerhalb der obligatorischen Güteverhandlung

-- § 279 ZPO: Erörterung des Sach- und Streitstandes nach Abschluss der Beweisaufnahme evtl. unter Einschluss des Ergebnisses der Beweisaufnahme

Exkurs zu § 279 ZPO und Schriftsatzfrist zum Ergebnis der Beweisaufnahme - BGH, NJW 2011, S. 3040: „... Die Prozessbeteiligten sollen nach einer Beweisaufnahme möglichst im gleichen Termin deren Ergebnis erörtern und zur Sache verhandeln, § 279 Abs. 3, § 285 Abs. 1, § 370 Abs. 1 ZPO. Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs kann aber im Anschluss an eine Beweisaufnahme die Vertagung oder die Gewährung einer Schriftsatzfrist zum Beweisergebnis gebieten, wenn von einer Partei eine umfassende sofortige Stellungnahme nicht erwartet werden kann, weil sie verständigerweise Zeit braucht, um - in Kenntnis der Sitzungsniederschrift - angemessen vorzutragen. Das kann etwa nach einer komplexen Beweisaufnahme oder nach einer umfassenden Erörterung des Gutachtens der Fall sein (Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 285 Rn. 2; Musielak/Foerste, ZPO, 8. Aufl., § 285 Rn. 2 und § 280 Rn. 7 jeweils m.w.N.) oder auch dann, wenn der Sachverständige in seinen mündlichen Ausführungen neue und ausführlichere Beurteilungen gegenüber dem bisherigen Gutachten abgegeben hat...“

=> Nicht in jeder Erwähnung eines tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunktes während einer Erörterung liegt ein gerichtlicher Hinweis. Vielmehr kann eine Erörterung unabhängig vom Eingreifen des § 139 ZPO auch anderen Zwecken dienen. Dementsprechend begründet auch nicht jede Erörterung entscheidungserheblicher Fragen die Notwendigkeit eines Schriftsatznachlasses gemäß § 139 Abs. 5 ZPO. Allerdings können Schriftsatznachlässe umgekehrt auch außerhalb des § 139 Abs. 5 und des § 283 ZPO geboten sein, wenn nämlich das rechtliche Gehör nach einer Beweiserhebung eine Schriftsatzfrist gebietet, z.B. zur Einholung sachkundigen Rates oder zu Rückfragen wegen neuer Tatsachen.

2. Tatbestände des § 139 ZPO

- Obgleich § 139 ZPO in systematischer Hinsicht zu den die mündliche Verhandlung betreffenden, allgemeinen Verfahrensvorschriften gehört, findet die Bestimmung grundsätzlich auf sämtliche Haupt- und Nebenverfahren in allen Instanzen Anwendung, also z.B. auch im schriftlichen (Vor-)Verfahren und im Pkh-Verfahren. Mit Rücksicht auf das Gebot der Waffengleichheit sind allerdings Ausnahmen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes insofern geboten, als hier Termin zu bestimmen und der Hinweis dort parteiöffentlich zu erteilen ist, wenn § 139 ZPO nach seinem Tatbestand eingreift. Allenfalls sollte man einen Hinweis zur (sicheren) Erwirkung einer Antragsrücknahme erteilen.

a) § 139 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 ZPO: unvollständiger Tatsachenvortrag

aa) Definition: Der Tatsachenvortrag einer Partei ist immer dann unvollständig, wenn sie zu einem Gesichtspunkt auf der Tatbestands- oder auch auf der Rechtsfolge-seite einer nach dem übrigen Vorbringen zu prüfenden materiellen oder prozessualen Bestimmung (Erheblichkeit!) ihrer nach § 138 Abs. 1 oder 2 ZPO und mit Rücksicht auf die Darlegungs- und Substantiierungslast bestehenden Pflicht zum vollständigen und wahrheitsgemäßen Vortrag nicht nachkommt, also entweder in diesem Zusammenhang keine Tatsachen vorträgt oder aber die Tatsachen nur unvollständig vorträgt. Dies gilt sowohl für Behauptungen als auch für Bestreiten.

bb) Regelbeispiel: „insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen“, d.h. mangelnde Substantiierung

- Exkurs: **Substantiierung**, d.h. **keine Plausibilitätskontrolle**. Z.B. grds. nicht wann, wo und wie eines Vertragsschlusses,

OLG Köln, NJW-RR 1999, 1155: „Die Auffassung einzelner Kammern des LG, der Klagevortrag sei unsubstantiiert, weil der Kläger nicht angegeben habe, wer - wann - wo - mit wem - warum usw. etwas getan oder unterlassen habe, ist falsch und war immer falsch,

findet in der Rechtsprechung des BGH keine Stütze, ist aber bisher nicht auszurotten.“

sondern lediglich diejenigen Tatsachen, die den gesetzlichen Tatbestand ausfüllen.

BGH, NJW 2000, 3286 (3287): „Ein Sachvortrag ist erheblich, wenn Tatsachen vorgetragen werden, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht zu begründen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist grundsätzlich nur dann erforderlich, wenn diese für die Rechtsfolgen von Bedeutung sind; dabei hängt es vom Einzelfall ab, in welchem Maße die Partei ihr Vorbringen durch die Darlegung konkreter Einzeltatsachen noch weiter substantiieren muss.“

- Wird z.B. ein allgemein behaupteter Vertragsschluss einfach bestritten, müssen im Rahmen der gebotenen Substantiierung nicht etwa Zeit und Ort des Vertragsschlusses dargetan werden, sondern sind im Hinblick darauf, dass ein Vertrag durch inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen zustande kommt, die konkreten Willenserklärungen, deren Abgabe und deren Zugang darzutun.

cc) Keine Hinweise auf **substanzloses Vorbringen**, *BGH NJW 1982, S. 1709 (1710) m. abl. Anm. von Deubner: „Das BerGer. brauchte die Bekl. auch nicht gem. § 139 ZPO auf die unzulängliche Substantiierung ihres Sachvortrags hinzuweisen. Zu einer richterlichen Aufklärung bestand bei diesem nicht nur ergänzungsbedürftigen, sondern substanzlosen Vorbringen kein Anlass.“*

dd) Keine Hinweise auf Einreden und Gestaltungsrechte, z.B. **Verjährung**: *BGH, NJW 2004, 164 f.: „Für den Hinweis (Verf.: auf die Einrede der Verjährung) bietet § 139 ZPO keine Grundlage.“*

b) § 139 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 ZPO: Bezeichnung von Beweismitteln

aa) Tatbestand ist erfüllt, wenn eine Partei eine beweisbedürftige Tatsachenbehauptung (Beweislast) nicht mit einem Beweisantrag versehen hat. Hingegen geht es nicht darum, der Partei ein aus Sicht des Gerichts besonderes zweckmäßiges Beweismittel vorzuschlagen (vgl. dazu auch unter c). Nach Durchführung einer Beweisaufnahme bedarf es auch

keines Hinweises darauf, dass ein Obsiegen nur nach Bezeichnung weiterer Beweismittel möglich ist.

bb) Leidet ein Beweisantrag unter einem bestimmten rechtlichen Mangel, greift § 139 Abs. 1 S. 2 Alt. 3 ZPO ein und ist durch einen kurzen Hinweis auf eine sachdienliche Fassung des Antrages hinzuweisen, u.U. auch unter Setzung einer Ausschlussfrist nach § 356 ZPO.

c) § 139 Abs. 1 S. 2 Alt. 3 ZPO: nicht sachdienliche Anträge

aa) gemeint sind sowohl Sach- als auch Prozessanträge

bb) Sachdienlichkeit iSd. § 139 Abs. 1 S. 2 Alt. 3 ZPO ist nicht mit Sachdienlichkeit iSd. § 263 Alt. 2 ZPO gleichzusetzen, sondern liegt immer dann vor, wenn der Antrag so gefasst ist, dass das mit ihm verfolgte Ziel nicht erreicht werden kann (subj. Theorie). Dementsprechend greift der Tatbestand bei Antragsmängeln jeder Art ein, z.B. bei mangelnder Bestimmtheit des Klageantrages iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, aber auch bei mangelnder Eignung eines genannten Beweismittels. Insofern kann zu Überschneidungen mit § 139 Abs. 3 ZPO kommen. Das ist indessen unschädlich.

- Bei der Hinweispflicht nach § 139 Abs. 1 S. 2 Alt. 3 ZPO wegen sachdienlicher Anträge geht es darum, den bereits in den Prozess eingeführten und auf diese Weise angedeuteten Willen der Parteien in eine prozessual zulässige Form zu bringen, so dass er als Antrag berücksichtigt werden kann. Dagegen soll den Parteien keine nach Auffassung des Gerichts prozessual günstigen Mittel gewiesen werden, die ihrem geäußerten Willen nicht entsprechen. So muss z.B. ein Schriftsatznachlassantrag gemäß § 139 Abs. 5 oder § 283 ZPO nur dann als sachdienlich angeregt werden, wenn 1. eine Partei zu erkennen gibt, dass sie sich nicht sofort erklären kann und weiteren Vortrag erwägt sowie 2. Die Voraussetzungen für die Gewährung eines solchen Nachlasses evtl. vorliegen.

d) § 139 Abs. 2 ZPO: Verbot von Überraschungsentscheidungen

aa) § 139 Abs. 2 S. 1 ZPO: erkennbarer Irrtum einer Partei über einen nach Auffassung des Gerichts erheblichen tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkt

bb) § 139 Abs. 2 S. 2 ZPO: Abweichung der gerichtlichen Auffassung hinsichtlich eines erheblichen tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkts von der einhelligen Auffassung beider Parteien

cc) Ausnahme: Nebenforderung

-- grds. gemäß § 4 Abs. 1 HS. 2 ZPO

-- Umstritten ist allerdings, ob darüber hinaus eine wirtschaftliche Betrachtung etwa iS. geringfügiger Teile der Hauptforderung maßgebend sein soll (so z.B. *Greger, in: Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 139 Rn. 8*, allerdings ohne Nennung der Geringfügigkeitsgrenze). Da § 139 Abs. 2 ZPO der Wahrung des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG dient und dieses eine Beschränkung auf Hauptforderungen nicht vorsieht, ist bei der Anwendung der Ausnahme für Nebenforderungen eher Vorsicht geboten. Dementsprechend kann man eine über § 4 Abs. 1 HS. 2 ZPO hinausgehende Auslegung des Begriffs der Nebenforderung iSd. § 139 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht empfehlen. Erst recht kommt die von *Greger* bejahte Analogie nicht in Betracht. Denn eine Regelungslücke ist schon aufgrund der § 139 Abs. 2 S. 1 ZPO zugrunde liegenden Regelungstechnik – der Begriff der Nebenforderung begrenzt eine Ausnahme, und im Übrigen greift die Regel – ausgeschlossen.

e) § 139 Abs. 3 ZPO: Hinweispflicht bei Zulässigkeitsbedenken

aa) § 56 ZPO verlangt in unmittelbarer und entsprechender Anwendung die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen von Amts wegen und nach höchstrichterlicher Rechtsprechung insofern u.U. auch Ermittlungen (*BGH, NJW 1996, 1059 <1060>*: „*Vielmehr ist insoweit das Gericht gehalten, da es um eine Prozessvoraussetzung geht, alle in Frage kommenden Beweise von Amts wegen zu erheben, wobei es nicht an die förmlichen Beweismittel des Zivilprozesses gebunden ist, weil der Grundsatz des „Freibeweises“ gilt. Muss daher das Gericht von sich aus alles tun, um die Frage der Prozessfähigkeit soweit wie möglich einer Klärung zuzuführen, so kommt eine Beweislastentscheidung zu Ungunsten des Kl. erst dann in Betracht, wenn sich nach Erschöpfung aller erschließbaren Erkenntnisquellen nicht klären lässt, ob seine Prozessfähigkeit vorliegt.*“

bb) Ergibt die im Rahmen des § 56 ZPO stattfindende Prüfung Zulässigkeitsbedenken, bedarf es nach § 139 Abs. 3 ZPO stets eines Hinweises.

cc) Dabei ist § 139 Abs. 3 ZPO allerdings nicht auf Sachanträge beschränkt, sondern betrifft sämtliche Begehren und deren Zulässigkeitsprüfung, also etwa auch Beweisanträge und Wiedereinsetzungsgesuche.

f) § 139 Abs. 1 S. 1 ZPO enthält keinen Tatbestand, sondern eine spezielle Rechtsfolge für den Fall, dass ein einfacher Hinweis nicht ausreicht.

g) Ausnahme (teleologische Reduktion): **gegnerische Rügen**

aa) Rspr. des BGH dazu nach der ZPO-Reform:

BGH, NJW 2007, 759 (761): „Vergeblich rügt die Revision das Fehlen eines gerichtlichen Hinweises gem. § 139 ZPO auf die Vorschrift des § 475 Abs. 1 S. 2 BGB wegen eines möglicherweise gegen das Umgehungsverbot verstößenden „Rollenwechsels“ der GmbH. Eines Hinweises des BerGer. auf eine mögliche Inanspruchnahme der GmbH bedurfte es schon deshalb nicht, weil dem Kl. bereits im ersten Rechtszug vom Bekl. entgegengehalten worden war, dass der Kl. sich entscheiden müsse, ob er die GmbH, vertreten durch den Bekl., oder den Bekl. direkt in Anspruch nehmen wolle. Der Kl. hat daraufhin durch eine Berichtigung des Rubrums klargestellt, dass er nicht die GmbH, sondern den Bekl. persönlich in Anspruch nehme.“

BGH, NJW-RR 2008, 581<582>: „Ein gerichtlicher Hinweis ist entbehrlich, wenn die Partei von der Gegenseite die gebotene Unterrichtung erhalten hat.“

BGH, Beschl. v. 17.August 2010 - I ZR 153/08 -, juris Rn. 4 zu Art. 103 Abs. 1 GG: „Die Klägerin hatte bereits darauf hingewiesen, dass der Vortrag der Beklagten hierzu unsubstantiiert war. Eines weiteren Hinweises des Berufungsgerichts bedurfte es in dieser Prozesssituation nicht.“

bb) Gegen Ausnahme: erkennbarer **Irrtum des Anwalts** (§ 139 Abs. 2 S. 1 ZPO)

BGH, NJW-RR 1997, 441: „Auf Bedenken gegen die Zulässigkeit (oder die Schlüssigkeit) der Klage muss das Gericht gem. § 139 ZPO grundsätzlich auch eine anwaltlich vertretene Partei hinweisen. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Anwalt die Rechtslage falsch beurteilt oder ersichtlich darauf vertraut, sein schriftsätzliches Vorbringen sei ausreichend.“

- Anm.: Außerdem hat der BGHG in den beiden ersten oben zitierten Entscheidungen zur gegnerischen Rüge jeweils festgestellt, dass der potentielle Adressat des Hinweises die gegnerische Rüge zutreffend verstanden hatte. Das erklärt sich nur im Hinblick auf die Gegenausnahme.

- Welche Bedeutung hat vor diesem Hintergrund die allzu oft zu lesende **Bitte um einen gerichtlichen Hinweis**, etwa für den Fall mangelnder Substantiierung? – IdR. keine! Man kann sich fragen, ob sich aus einer solchen Bitte ein erkennbarer Irrtum des Anwalts ergibt. IdR. wird aber eher das Gegenteil der Fall sein und die Bitte erkennen lassen, dass der Anwalt das Problem erkannt hat, aber aus Gründen der Ökonomie von weiterem Vorbringen abgesehen hat. Das vermag den Tatbestand § 139 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht zu begründen. Eine Hinweispflicht kann sich dann nur aus den übrigen Tatbeständen der Hinweispflicht ergeben.

cc) Schon deshalb, weil eine Ausnahme von den in § 139 ZPO geregelten richterlichen Hinweispflichten nur im Wege einer teleologischen Reduktion begründbar ist, muss eine gegnerische Rüge hinsichtlich ihrer **Konkretheit** denselben Anforderungen genügen wie ein richterlicher Hinweis. Nur insofern richtig *OLG Rostock, Beschl. v. 22. Juli 2005 – 6 U 132/03, juris Rn. 12*: „... , wonach eine vom Prozessgegner geäußerte Kritik an der Schlüssigkeit des Klagevorbringens (oder der Erheblichkeit der Verteidigung) dann beachtlich zu sein vermag, wenn sie die nötige Klarheit besitzt und die Partei zuverlässig ins Bild setzt, wofür lediglich allgemein gehaltene Rügen nicht ausreichen.“

- Dabei ist auch zu beachten, dass einem einfachen oder qualifizierten **Bestreiten nicht bereits die Rüge**, z.B. mangelnder Substantiierung des gegnerischen Vorbringens, liegt.

h) weitere Ausnahme: **anwaltliche Vertretung?**

aa) früher *BGH NJW 1984, S. 310 f.*: „In Zivilprozessen, in denen beide Parteien anwaltlich vertreten sind, darf die Vorschrift des § 139 ZPO nicht dazu dienen, unschlüssige Klagen schlüssig zu machen. Zu den Grundlagen der Rechtsverfolgung im Zivilprozess gehört das Vorbringen von Tatsachen, aus deren lückenloser Folge sich - ihre Richtigkeit unterstellt - der geltend gemachte Anspruch herleiten lassen muss. Ist

die klagende Partei anwaltlich vertreten, so bedarf es keines Hinweises des Gerichts, dies zu bedenken. Gerade wenn, wie hier, wechselseitige Leistungen über einen längeren Zeitraum abgerechnet werden sollen, muss der Gang der Abrechnung in der Klage oder Widerklage nachvollziehbar und prüfungsfähig dargelegt werden. Das hat die Bekl. im ersten Rechtszuge - auch nach Ansicht des BerGer. - nicht in ausreichendem Maße getan. Trifft das aber zu, so hatte die Kl. Anspruch auf Abweisung der Widerklage. In der Durchsetzung dieses dem Widerklagebegehren gegenüber gleichwertigen Anspruchs hätte das LG die Kl. benachteiligt, wenn es die Bekl. auf die fehlende Substantiierung hingewiesen hätte (vgl. hierzu Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 41. Aufl., § 139 Anm. 2 B m. w. Nachw.). Ein Sachverhalt, der nach Ansicht des III. Zivilsenats des BGH auch im Anwaltsprozess zu einer richterlichen Rückfrage gem. § 139 ZPO - "bei Wahrung des Verhandlungsgrundsatzes und der Unparteilichkeit" - führen kann, weil im Laufe des Rechtsstreits Unklarheiten hinsichtlich des Sachvortrags oder der Antragstellung aufgetreten sind, liegt hier nicht vor. Zu einem Hinweis des Gerichts bestand im vorliegenden Falle aber auch schon deshalb kein Anlass, weil die Kl. auf die unzulängliche Substantiierung des Widerklagevorbringens im Schriftsatz vom 24. 2. 1981 ausdrücklich hingewiesen hat. Darauf hätte die anwaltlich vertretene Bekl. reagieren können und müssen."

bb) heute OLG Köln NJW-RR 2001, S. 1724: „Der Auffassung, dass ein Hinweis auf mangelnde Schlüssigkeit der Klage dann nicht erforderlich sei, wenn die Partei anwaltlich vertreten ist, kann nicht gefolgt werden. Sie liegt zwar der vom Landgericht zitierten Entscheidung BGH NJW 1984, 310 zu Grunde. Die Entscheidung ist jedoch nicht nur bereits unmittelbar nach ihrem Erlass scharf angegriffen worden (vgl. die Anmerkungen von Deubner a.a.O. S. 311 und Peters JZ 1984, 192), sie ist vielmehr als jedenfalls inzwischen überholt anzusehen. So hat derselbe (VIII.) Zivilsenat des BGH in der Entscheidung NJW-RR 1997, 441 die inhaltlich das direkte Gegenteil darstellende Regel aufgestellt: "Auf Bedenken gegen die Zulässigkeit (oder die Schlüssigkeit) der Klage muss das Gericht gem. § 139 ZPO grundsätzlich auch eine anwaltlich vertretene Partei hinweisen" und dadurch die frühere Auffassung wenn zwar nicht ausdrücklich, so aber doch der Sache nach aufgegeben. Eine Abweichung von diesem (neuen) Grundsatz ist sowohl nach dieser Entscheidung wie auch nach mehreren Entscheidungen anderer Zivilsenate des BGH (- VII. ZS - NJW 1991, 717; BGHZ 127, 254 = BauR 1995, 126, 128 = NJW 1995, 399, 401; BauR 1999, 510 = NJW 1999, 1264; BGHZ 140, 365 = BauR 1999, 635 = NJW 1999, 1867, 1868; - X. ZS - BauR 1999, 167, 171 = NJW 1999, 418; - XI. ZS - BGHR ZPO § 139 Abs. 1 Anwaltsprozess 3) jedenfalls dann nicht zulässig, wenn der Prozessbevollmächtigte die Rechtslage falsch beurteilt oder ersichtlich darauf vertraut, sein schriftsätzliches Vorbringen sei ausreichend (ebenso OLG

Köln MDR 1998, 1306). Dies war vorliegend offensichtlich der Fall, wie sich ohne weiteres daraus ergibt, dass die Klägerin nach dem Hinweis in der mündlichen Verhandlung vom 22.1.1999 ihren Vortrag in der erforderlichen Weise ergänzt und mit Belegen versehen hat.“

3. Rechtsfolge

a) Wer muss hinweisen?

aa) Zwar trifft die Hinweispflicht nach dem Gesetzeswortlaut das Gericht iSd. Spruchkörpers.

bb) Jedoch gehört die Ausübung der Hinweispflicht zur Prozessleitung und für die formelle und materielle Prozessleitung ist nicht nur in der mündlichen Verhandlung (§ 136 Abs. 1 ZPO) der **Vorsitzende** zuständig (*Greger, in: Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 139 Rn. 12*)

cc) Beisitzende Richter haben ein **Fragerecht** (§ 136 Abs. 2 ZPO), mit dem die Hinweispflicht ebenfalls erfüllt werden kann. Dann ist wegen § 139 Abs. 4 S. 1 ZPO darauf zu achten, dass Frage und Antwort bzw. der entsprechende Hinweis protokolliert werden.

b) Wie ist hinzuweisen?

aa) (1.) Hinweise müssen hinreichend **konkret** sein, bloße Leerformeln und Floskeln sind ineffektiv und genügen deshalb nicht.

BGH, NJW 2002, S. 3317 (3320): „Das Gericht erfüllt seine Hinweispflicht nicht, indem es vor der mündlichen Verhandlung allgemeine und pauschale Hinweise erteilt. Vielmehr muss es die Parteien auf den fehlenden Sachvortrag, den es als entscheidungserheblich ansieht, unmissverständlich hinweisen und ihnen die Möglichkeit eröffnen, ihren Vortrag sachdienlich zu ergänzen. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen die Erforderlichkeit ergänzenden Vortrags sich nicht bereits aus einem substantiierten Bestreiten der Gegenstände ergibt, sondern von der Bewertung des Gerichts im Einzelfall abhängt, wie zum Beispiel hinsichtlich der Anforderungen an die Darlegung eines bestimmten Anspruchs...“

BGH, NJW 2005, 2624: „Das Gericht erfüllt seine Hinweispflicht nicht dadurch, dass es allgemeine und pauschale Hinweise erteilt; es muss vielmehr die Parteien auf den fehlenden Sachvortrag, den es als entscheidungserheblich ansieht, unmissverständlich hinweisen und ihnen damit die Möglichkeit eröffnen, dieses Vorbringen zu ergänzen.“

BGH, WM 2011, S. 1971 (1972): „Das Gericht genügt seiner Hinweispflicht nicht, wenn es lediglich allgemeine oder pauschale Hinweise erteilt.“

(2.) Zwar sind Hinweise nicht nur im Wege von aktenkundigen Beschlüssen und Verfügungen, sondern auch in mündlicher und fernmündlicher Form zulässig. Insofern besteht **kein Formzwang**.

bb) Wegen **§ 139 Abs. 4 S. 1 ZPO** bedarf aber jeder Hinweis der Dokumentation in der Akte.

- Bei Hinweisen während der **mündlichen Verhandlung** bedarf es eingehender Protokollierung. Das Protokoll muss eine Prüfung auf die hinreichende Konkretetheit des Hinweises ermöglichen. Zwar kann eine mangelnde Protokollierung durch eine Dokumentation des Hinweises **im Urteil** (idR. Tatbestand, es reichen aber auch tatbestandliche Teile der Entscheidungsgründe) geheilt werden. Dann bedarf es indessen zusätzlich der Angabe, dass die Protokollierung versehentlich unterblieben sei.

BGH, NJW 2006, 60 (62): „In diesen Fällen wird regelmäßig nicht der Wortlaut des Hinweises dokumentiert, sondern lediglich die Tatsache, dass das Gericht auf einen bestimmten Gesichtspunkt hingewiesen hat, beispielsweise, dass das Gericht eine bestimmte Tatbestandsvoraussetzung für nicht hinreichend substantiiert erachtet. Ist der Hinweis erteilt und seine Dokumentation zunächst versehentlich unterlassen worden, kann die Erteilung des Hinweises auch im Tatbestand des Urteils dokumentiert und damit aktenkundig gemacht werden (ZPO, Zivilprozessreformgesetz; BT-Dr 14/4722, S. 78). Danach sollte die Hinweiserteilung im Protokoll die Regel sein und der Hinweis im Urteil nur dokumentiert werden, wenn die anderweitige Dokumentation versehentlich unterlassen worden ist. Dies erscheint schon deswegen sachgerecht, um späteren Streit über den Inhalt des Hinweises zu vermeiden. Da das Berufungsurteil sich nicht dazu verhält, ob die Protokollierung nur versehentlich unterlassen wurde, ist zu Gunsten der Kl. zu unterstellen, dass dies nicht der Fall war, so dass die hierauf gerichtete Verfahrensrüge Erfolg hat.“

- Formulierungshilfe: „Anlässlich der mündlichen Verhandlung vom ... hat das Gericht darauf hingewiesen, dass ... Zur Erläuterung hat das Gericht weiter ausgeführt, dass ... Dieser Hinweis ist versehentlich nicht protokolliert worden und der Sit-

zungsniederschrift deshalb nicht zu entnehmen. Die Parteien haben zu dem vorgenannten Hinweis keine Erklärungen abgegeben und ebenso wenig Anträge angebracht.“

- „Ausnahmsweise kann ein bloßer Protokollvermerk über die Erörterung der Sach- und Rechtslage als Dokumentation des Hinweises auf Bedenken gegen die Schlüssigkeit ausreichen, wenn sich die Erteilung eines solchen Hinweises auch aus dem anschließenden Schriftsatz einer Prozesspartei ergibt“ (BGH, WM 2011, S. 1971 <1972>).

- Bei einem Hinweis in der Form einer **Verfügung** oder eines **Beschlusses** ergibt sich die Dokumentation ohne weiteres aus der Schriftform.

- Zulässig sind indessen auch **mündliche und fernmündliche Hinweise** außerhalb der mündlichen Verhandlung. Schon wegen des Grundsatzes der Parteiöffentlichkeit, aber auch wegen § 139 Abs. 4 S. 1 ZPO bedarf es dann aber der Dokumentation durch einen eingehenden **Aktenvermerk**, der der Gegenseite zuzuleiten ist.

- **Bedeutung** der Dokumentation: „Nach der Vorschrift des § 139 Abs. 4 Satz 2 ZPO kann die Erteilung rechtlicher Hinweise nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Sofern diese die Erteilung eines Hinweises nicht hinreichend dokumentieren, gilt dieser als nicht erteilt“ (BGH, WM 2011, S. 1971 (1972)).

cc) Nach dem Gesetzeswortlaut reicht grds. ein kurzer Hinweis auf den betreffenden Gesichtspunkt. Für den Fall, dass dies zur Erreichung des Hinweiszwecks nicht ausreicht („soweit erforderlich“), sieht § 139 Abs. 1 S. 1 ZPO als spezielle Rechtsfolge die Pflicht zur **Erörterung** vor.

dd) Zwar bedarf es nicht der bloßen **Wiederholung** von Hinweisen. Im Falle eines erkennbaren Irrtums ist der Hinweis aber weiter auszuführen und u.U. eine Erörterung geboten.

BGH, NJW 2002, 3317 (3320): „Erweist sich, dass die Partei einen Hinweis falsch aufgenommen hat, so muss das Gericht diesen präzisieren und der Partei erneut Gelegenheit geben, dazu Stellung zu nehmen.“

- Allerdings ist bei anwaltlicher Vertretung mit Rücksicht auf die von einem Anwalt zu erwartenden Kenntnisse und seine Sorg-

faltspflichten im Zweifel von einem richtigen Verständnis auszugehen.

BGH, NJW 2008, 2036 <2038>: „Von einem Rechtsanwalt kann grundsätzlich verlangt werden, dass er die ständige Rechtsprechung des BGH zu einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage kennt. Spätestens wenn das Gericht eindeutig auf diese Rechtsprechung hinweist, hat der Rechtsanwalt sich mit dieser Rechtsprechung zu befassen und seinen Sachvortrag darauf einzustellen. Dafür reicht es aus, wenn das Gericht auf eine veröffentlichte und damit allgemein zugängliche höchstrichterliche Entscheidung verweist, in der die Rechtsfrage unzweifelhaft geklärt ist. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist es dem Rechtsanwalt dann zumutbar, sich eigenverantwortlich über den Inhalt dieser Entscheidung zu informieren. Danach hat das BerGer. mit seinem Hinweis auf die entscheidende Passage in dem in FamRZ 2005, 104 veröffentlichten Senatsbeschluss die Verpflichtung aus § 139 ZPO erfüllt. Wenn der Bekl. unter Verkennung der eindeutigen Rechtslage gleichwohl eine Festsetzung des Streitwerts nach der Höhe des von der Kl. begehrten Unterhalts beantragt hat, kann dies nur bedeuten, dass er die abweichende und eindeutige Rechtsprechung des BGH bewusst nicht zur Kenntnis genommen hat. Denn anderenfalls hätte der Bekl. in Kenntnis der eindeutigen Rechtsprechung des BGH jedenfalls hilfsweise zu den aus seiner Sicht relevanten Umständen für die Wertfestsetzung vortragen müssen.“

c) **Wann** ist hinzuweisen?

aa) Nach **§ 139 Abs. 4 S. 1 ZPO** ist möglichst frühzeitig hinzuweisen, also grds. schon **vor der mündlichen Verhandlung**.

bb) Geschieht das – gleich aus welchen Gründen – nicht und wird ein **verspäteter Hinweis** erteilt, z.B. erst anlässlich der mündlichen Verhandlung, bedarf es der Heilung des darauf beruhenden Verfahrensfehlers. Dafür sieht die ZPO bestimmte Instrumente vor:

- Zunächst eröffnet **§ 139 Abs. 5 ZPO** der betroffenen Partei die Möglichkeit, einen **Schriftsatznachlass** zu beantragen und so eine einseitige Verlängerung der mündlichen Verhandlung in Form der Schriftsatzfrist zu erwirken.

-- Voraussetzung ist neben einem richterlichen Hinweis und einem entsprechenden Antrag, dass die betroffene

Partei sich nicht sofort erklären kann. Dies muss glaubhaft dargetan werden.

-- Als milderer Mittel kann das Gericht auch zunächst eine kurze Unterbrechung zwecks Besprechung der Partei mit ihrem Prozessbevollmächtigten oder Führens eines Telefonats anordnen.

- Wünschen beide Seiten einen Schriftsatznachlass und liegen die Voraussetzungen hierfür vor, kommt ein Schriftsatznachlass iSd. § 139 Abs. 5 ZPO als einseitige Verlängerung der mündlichen Verhandlung nicht in Betracht. Vielmehr kann in diesem Fall die mündliche Verhandlung nicht schon geschlossen werden. Das geschieht konkludent, indem das Gericht eine abweichende Entscheidung trifft. Z.B. kann mit Zustimmung der Parteien gemäß **§ 128 Abs. 2 ZPO** in das **schriftliche Verfahren** übergeleitet werden. Auch kann gemäß **§ 227 Abs. 1 S. 1 ZPO** die **Vertagung** der mündlichen Verhandlung angeordnet werden.

- Ordnet das Gericht gleichwohl (konkludent) den Schluss der mündlichen Verhandlung an, so muss es bei neuem, entscheidungserheblichen Vorbringen die Erforderlichkeit einer **Wiedereröffnung gemäß § 156 ZPO** prüfen. Diese kann gemäß § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO trotz unterbliebenen Antrages auf Gewährung eines Schriftsatznachlasses bestehen, wenn die Sach- und Rechtslage ausnahmsweise so komplex ist, dass von der Partei bzw. ihrem Prozessbevollmächtigten die Erkenntnis nicht erwartet werden kann, dass es weiteren Vorbringens bedürfen könnte.

***BGH, NJW-RR 2007, 412 f.:** „Das Gericht muss - in Erfüllung seiner prozessualen Fürsorgepflicht - gem. § 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. Kann eine sofortige Äußerung nach den konkreten Umständen und den Anforderungen des § 282 Abs. 1 ZPO nicht erwartet werden, darf die mündliche Verhandlung nicht ohne Weiteres geschlossen werden. Vielmehr muss das Gericht die mündliche Verhandlung dann ver-*

tagen, ins schriftliche Verfahren übergehen, soweit dies im Einzelfall sachgerecht erscheint, oder - auf Antrag der betreffenden Partei - gem. § 139 Abs. 4 ZPO iVm. § 296a ZPO eine Frist bestimmen, innerhalb derer die Partei die Stellungnahme in einem Schriftsatz nachbringen kann. Unterlässt das Gericht die derart gebotenen prozessualen Reaktionen und erkennt es sodann aus dem nicht nachgelassenen Schriftsatz der betroffenen Partei, dass diese sich offensichtlich in der mündlichen Verhandlung nicht ausreichend hat erklären können, ist es gem. § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung verpflichtet.

[5] b) Diese Grundsätze hat das BerGer. verletzt und deshalb unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG den Vortrag der Bekl. in deren nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 1. 11. 2004 nicht zur Kenntnis genommen, in dem die Bekl. näher dargelegt hat, dass und aus welchen Gründen die Kl. entgegen der Ansicht des BerGer. nicht berechtigt war, die Gesellschaftsverträge fristlos zu kündigen.

[6] Angesichts des Prozessverlaufs war das BerGer. hier gem. § 139 Abs. 4 ZPO verpflichtet, den Hinweis, dass seiner Ansicht nach die Frage entscheidungserheblich war, ob die Gesellschaftsverträge zwischen den Parteien durch die außerordentliche Kündigung der Kl. vom 12. 12. 2000 oder erst durch die außerordentliche Kündigung der Bekl. vom 21. 12. 2000 beendet worden sind, bereits frühzeitig vor der mündlichen Verhandlung zu erteilen. Beide Parteien haben schon in der ersten Instanz im Rahmen der Vielzahl der zwischen ihnen streitigen Fragen und des dadurch bedingten umfänglichen Prozessstoffs der Wirksamkeit der jeweiligen Kündigung nur untergeordnete Bedeutung beigemessen. Nachdem das LG angesichts des tatsächlichen Verhaltens der Parteien ab Mitte Dezember 2000 die Frage, welche der Kündigungen berechtigt war, ausdrücklich für nicht entscheidungserheblich gehalten hatte, waren die Parteien in ihrer Bewertung dieser Frage noch bestärkt worden, was dazu geführt hat, dass dieser Punkt in der wiederum äußerst umfänglichen schriftsätzlichen Auseinandersetzung in der Berufungsinstanz bei beiden Parteien überhaupt keine Rolle mehr gespielt hat. Dem BerGer. musste sich angesichts dieser konkreten Prozesssituation aufdrängen, dass sein vom landgerichtlichen Urteil abweichender Rechtsstandpunkt zur Entscheidungserheblichkeit der Kündigungen für die Parteien überraschend war. Dem hätte es durch einen frühzeitigen Hinweis Rechnung tragen müssen, um den Parteien Gelegenheit zu geben, die Auswirkungen des Hinweises auf die Entscheidung des Rechtsstreits zu prüfen und sodann ergänzend vorzutragen. Unterließ es in dieser Situation den an sich gebotenen frühzeitigen Hinweis vor der mündlichen Verhandlung und erteilte ihn stattdessen erst in der mündlichen Verhandlung, konnte es bei dem umfangreichen Prozessstoff nicht erwarten, dass die Parteien die rechtlichen Konsequenzen des Hinweises sofort in vollem Umfang überblicken und entsprechend prozessual angemessen zur Wahrung ihrer Rechte reagieren

konnten. Im Hinblick hierauf drängte es sich für das BerGer. auf, dieser Prozesssituation dadurch Rechnung zu tragen, dass es die mündliche Verhandlung vertagte. Es stellte einen Verstoß gegen Art 103 Abs. 1 GG dar, wenn es in dieser Situation die mündliche Verhandlung schloss, den Antrag der Bekl. auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ablehnte und damit den in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz der Bekl. gehaltenen ergänzenden Vortrag zur Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung der Kl. nicht mehr zur Kenntnis nahm.“

4. Verfahren bei Verletzung der Hinweispflicht

a) **Unterschreiten** des gesetzlichen Standards: Unterlassen eines Hinweises, Erteilung eines inhaltlich nicht ausreichenden Hinweises oder Verspätung

- Unterlassen/inhaltlich nicht ausreichend: Der mangelnde Hinweis muss nachgeholt und sodann hinreichend Gelegenheit zur Stellungnahme gewährt werden.

Vor der mündlichen Verhandlung wirft das keine Probleme auf. Während der mündlichen Verhandlung kann das in der oben bereits erörterten Weise geschehen (**Schriftsatznachlass, schriftliches Verfahren, Vertagung, Wiedereröffnung**). Nach der mündlichen Verhandlung bedarf es gemäß § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO der Wiedereröffnung, die allerdings konkludent durch Verkündung eines Hinweisbeschlusses oder einen Hinweis- und Beweisbeschlusses erfolgen kann.

Ist das Urteil schon ergangen, muss die betroffene Partei ein **Rechtsmittel (§§ 511 ff. ZPO)** einlegen oder Anhörungsrüge (§ 321a ZPO) erheben.

b) Exkurs zur Anhörungsrüge, § 321a ZPO

aa) **Begründung** der Rüge: Bereits im Rahmen der Zulässigkeit ist zu prüfen, ob der Rügeführer, die Gehörsverletzung und ihre Erheblichkeit hinreichend substantiiert dargelegt hat, § 321a Abs. 2 S. 5 iVm. § 321a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO. Fehlt es daran – aber keine Schlüssigkeitsprüfung! –, ist die Rüge als unzulässig zu verwerfen und nicht über ihre Begründetheit zu entscheiden, § 321a Abs. 4 S. 2 ZPO.

bb) (1.) Dabei ist streng zwischen einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäß **Art. 103 Abs. 1 GG** und einer Verletzung der einfachrechtlichen Hinweispflichten gemäß **§ 139 ZPO** zu unterscheiden: Art. 103 Abs. 1 GG verbürgt nämlich keine umfassende Frage-, Aufklärungs- und Informationspflicht des Gerichts

(BVerfGE 67, 90 <96>; 74, 1 <5>; 86, 133 <145>), sondern erfordert richterliche Hinweise und Erörterung nur hinsichtlich solcher tatsächlicher oder rechtlicher Gesichtspunkte, mit denen auch ein kundiger und gewissenhafter Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der in Betracht kommenden Möglichkeiten tatsächlicher und rechtlicher Würdigung sowie der Vielzahl vertretener Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte (BVerfGE 84, 188 <190>; 86, 133 <144>; 98, 218 <263>). Anders als bei der Hinweispflicht ist also beim rechtlichen Gehör die **prozessuale Sorgfalt** der Partei bzw. ihres Prozessbevollmächtigten als begrenzender Gesichtspunkt zu prüfen.

(2.) Von entscheidender Bedeutung ist, dass die Verletzung nur der einfach-rechtlichen Hinweispflicht die Anhörungsrüge nach § 321a ZPO nicht zu begründen vermag, sondern es allein auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG ankommt.

BGH, NJW 2008, 2126 (2128): „§ 321a ZPO geht nicht über den verfassungsrechtlich gebotenen Mindestschutz hinaus. Die Vorschrift beschränkt sich auf Verstöße gegen Art. 103 Abs. 1 GG.“

(3.) Auch das betrifft schon die **Begründung** der Anhörungsrüge: Es reicht nicht aus, ohne weitere Ausführungen zur Gehörsrelevanz, das Unterlassen eines Hinweises und eine Verletzung des § 139 ZPO zu rügen.

(4.) Aus der Bedeutung allein des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG folgt ferner, dass die **falsche Anwendung einfachen Rechts** grds. nicht die Anhörungsrüge zu begründen vermag. In ihr liegt idR. nicht ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG, sondern bei Übersehen einer offensichtlich einschlägigen Norm oder krasser Missdeutung einer gesehenen Bestimmung allenfalls ein Verstoß gegen das Willkürverbot gemäß Art. 3 Abs. 1 GG (BVerfGE 96, 189 <203>).

Anderes kann bei **gehörsrelevanten Bestimmungen**, wie z.B. des Präklusionsrechts oder des Beweisantragsrecht gelten. Hier gilt der Maßstab, dass die Nichtberücksichtigung eines bestimmten Vorbringens einer Stütze im materiellen oder formellen Recht bedarf (BVerfGE 69, 141 (144); 105, 279 (311); BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats, Beschl. V. 14. September 2010 – 2 BvR 2638/09 –, NJW 2011, S. 49) und daran fehlt es jedenfalls bei willkürlicher An-

wendung solcher Normen. Hinsichtlich der Präklusion ist der Maßstab strenger und jeder Fehler kann eine Gehörsverletzung begründen.

cc) Zur **Frist**: Während § 321a Abs. 2 S. 2 ZPO eine Ausschlussfrist vorsieht, regelt § 321a Abs. 2 S. 1 die Rügefrist. Der BGH bejaht den Beginn des Fristlaufs bereits mit der Zustellung.

BGH, FamRZ 2006, 1029: „Die zweiwöchige Notfrist des § 321a Abs. 2 S. 1 ZPO wurde mit Zustellung des Senatsbeschlusses vom 26.1. 2006 am 14. 2. 2006 in Lauf gesetzt und war demnach bei Eingang der Gehörsrüge am 23. 3. 2006 abgelaufen. Entgegen der Ansicht des Kl. kann nicht auf den von ihm geltend gemachten Zeitpunkt der Erstellung der Verfassungsbeschwerdeschrift abgestellt werden. Maßgeblich ist vielmehr der Zeitpunkt, an dem der Prozessbevollmächtigte des Kl. den Senatsbeschluss vom 26. 1. 2006 zugestellt erhielt. Ab diesem Zeitpunkt bestand die Gelegenheit, etwaige Gehörsverletzungen im angeführten Senatsbeschluss zur Kenntnis zu nehmen.“

- Um die darin liegende (fehlerhafte) Gleichsetzung von Kennen und bloßem Kennenmüssen mit dem Gesetzeswortlaut noch irgendwie in Übereinstimmung zu bringen und ferner mit dem BGH einen klaren, schwer manipulierbaren Fristlauf zu erzielen, sollte man die Norm so auslegen, dass eine Vermutung iSe. einer Kenntniserlangung mit Zustellung besteht und der Rügeführer eine spätere Kenntnis hinreichend dartun und glaubhaft machen muss.

c) **Präklusion** und richterliche Hinweispflicht: Da das Gericht unter Berücksichtigung des Anspruchs auf ein faires Verfahren gemäß Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG keine Nachteile für die Parteien aus eigenen Fehlern ableiten darf (*BVerfGE 78, 123 <126>*), scheidet die Anwendung von Präklusionsbestimmungen schon dann aus, wenn zuvor unter Verletzung des § 139 ZPO von einem Hinweis abgesehen worden ist und dies für die Verspätung mitursächlich ist.

BVerfG, NJW 1992, 678 (679): „Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs wird jedenfalls dann verletzt, wenn die Zurückweisung von Vorbringen erfolgte, ohne dass die Verspätung auf einem vorwerfbaren Verhalten der präkludierten Partei beruhte (vgl. BVerfGE 75,183 <191> m. w. Nachw.). Dies ist hier der Fall. Es ist nicht erkennbar, dass der von den Bf. in der mündlichen Verhandlung vor dem BerGer. gestellte Beweisantrag hinsichtlich des dritten von ihnen benannten Zeugen in vorwerfbarer Weise verspätet gestellt worden

wäre. Die Bf. waren als Berufungsbekl. nicht gehalten, im Rahmen ihrer Berufungserwiderung schon vorsorglich Darlegungen und Beweisangebote zu bringen, auf die es nach dem angefochtenen Urteil des AG nicht ankam. Ein Berufungsbekl. darf darauf vertrauen, dass ihm das BerGer., wenn es in der Beweiswürdigung dem Erstrichter nicht folgen will, einen Hinweis nach §§ 139, 278 Abs. 3 ZPO gibt, und zwar so rechtzeitig, dass darauf noch vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung reagiert werden kann.“

- Hinzu kommt, dass nur präkludiert werden darf, wenn das Gericht zuvor mit allen zumutbaren Mitteln versucht hat, die Verzögerung noch zu vermeiden, also z.B. einen verspätet benannten Zeugen noch kurzfristig zu laden und zu vernehmen.

BVerfG, NJW-RR 1999, 1079: „Wie das BVerfG bereits mehrfach entschieden hat, ist eine Präklusion insbesondere dann nicht mit dem Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs zu vereinbaren, wenn eine unzulängliche Verfahrensleitung oder eine Verletzung der gerichtlichen Fürsorgepflicht die Verzögerung mitverursacht hatte.... Denn der Verstoß des LG gegen Art. 103 Abs. 1 GG liegt bereits allein darin begründet, dass es eine Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits bejaht hat, obwohl es diese ohne weiteres durch zumutbare und damit prozessrechtlich gebotene Maßnahmen der Terminvorbereitung gem. §§ 523, 273 Abs. 2 Nr. 4 ZPO hätte abwenden können. Zwischen dem Eingang der Berufungsbegründungsschrift vom 24. 1. 1997, mit der der Bf. die beiden weiteren Zeugen benannt hat, und dem Termin zur mündlichen Verhandlung am 16. 10. 1997 lagen mehr als acht Monate. Bei dieser langfristigen Terminbestimmung hätte das Gericht die für die Vernehmung der benannten Zeugen erforderliche Verhandlungszeit einplanen können und müssen. Angesichts des unkomplizierten, klar abgegrenzten Beweisthemas hätte bei entsprechender Vorbereitung die Beweisaufnahme ohne Schwierigkeiten in einem Termin bewältigt werden können.“

d) Was kann passieren, wenn das erstinstanzliche Gericht einen gebotenen Hinweis unterlassen und durch Urteil entschieden hat?

- In diesem Fall muss das Berufungsgericht entsprechendes **neues Tatsachenvorbringen** nach **§ 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO** zulassen und auf dieser Grundlage entscheiden. Selten führt das zur Erforderlichkeit einer umfangreichen, weil mehrstufigen Beweisaufnahme und kann auf Antrag ausnahmsweise gemäß § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO zur Aufhebung und Zurückweisung führen. Grds. hat das Berufungsgericht aber nach § 538 Abs. 1 ZPO selbst zu entscheiden.

e) **Überschreiten** des § 139 ZPO: Erteilung eines unzulässigen Hinweises

aa) § 139 ZPO sieht weder einen **Beurteilungsspielraum** noch ein **Er-messen** vor. Die Bestimmung gebietet entweder einen Hinweis oder sie verbietet ihn.

bb) Nach dem Grds. „**drin ist drin**“ bleibt einmal eingeführtes Parteivorbringen unabhängig davon Teil des Sach- und Streitstandes, ob es aufgrund eines unzulässigen Hinweises eingeführt worden ist.

cc) Ein unzulässiger Hinweis kann allerdings die **Besorgnis der Befangenheit iSd. § 42 Abs. 2 ZPO** begründen:

(1.) Insofern gilt aber grds., dass Rechtsfehler – und dazu gehören auch Verstöße gegen das Verfahrensrecht – die Besorgnis der Befangenheit ohne weiteres nicht zu begründen vermögen, sondern es weiterer Anhaltspunkte für eine Voreingenommenheit bedarf.

OLG Köln, Beschluss vom November 2010 – 18 W 63/10: „Die Befangenheitsablehnung ist schon mit Rücksicht auf den vorstehend dargelegten allgemeinen Maßstab für eine Besorgnis der Befangenheit kein Instrument der Fehler- und Verfahrenskontrolle (vgl. BayObLG, Beschluss vom 28. November 1991 – BReg 3 Z 174/91 -, juris Rn. 12; Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 42 Rn. 28 m.w.N.). Deshalb vermag nicht jeder Rechts- oder Verfahrensfehler zugleich die Besorgnis der Befangenheit zu begründen. Ausnahmsweise gilt allerdings Anderes, wenn entweder das Vorgehen des abgelehnten Richters willkürlich ist bzw. andere Anhaltspunkte für eine unsachliche Einstellung sprechen (vgl. BayObLG, a.a.O.) oder der abgelehnte Richter ohne Stütze im Verfahrensrecht die Äquidistanz zu den Parteien aufgibt (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Oktober 2003 – V ZB 22/03 -, juris Rn. 5).“

(2.) Wegen der unmittelbar begünstigenden bzw. benachteiligenden Wirkung sieht der BGH das für die Hinweispflicht nach § 139 ZPO strenger und bejaht hier eine Aufgabe der Äquidistanz, obgleich auch zulässige Hinweise einseitig begünstigend bzw. benachteiligend wirken. Z.B hat er grds. eine Besorgnis der Befangenheit bei einem unzulässigen **Hinweis auf die Einrede der Verjährung** bejaht.

BGH, NJW 2004, 164 f.: „Für den Hinweis (Verf.: auf die Einrede der Verjährung) bietet § 139 ZPO keine Grundlage.“

- In Ansehung eines eigenen Hinweises auf eine einschlägige Entscheidung, die auch die Verjährung betraf, hat der BGH aber auf die Notwendigkeit einer umfassenden Erörterung zwecks gütlicher Einigung (§ 278 Abs. 1 und 2 ZPO) hingewiesen und ausnahmsweise eine Besorgnis der Befangenheit verneint.

BGH, NJW 1998, 612: „Ein Richter kann nicht wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn er die anwaltlich vertretenen Parteien zur Erläuterung eines Vergleichsvorschlags auf eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts und – als eine der sich daraus ergebenden Folgen – auf die Verjährung hinweist.“

- Grenzwertig ist die richterliche Frage, ob ein bestimmtes Vorbringen zum Entstehungszeitpunkt einer Forderung auch als Einredeerhebung zu verstehen ist (Greger, in: Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 139 Rn. 17 a.E.).