

# **Beck'sches Mandatshandbuch** **Zivilrechtliche Berufung**

7. Auflage 2023  
ISBN 978-3-406-79153-6  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

## 2. Die Verfahrensrüge der Verletzung der Hinweispflicht

Die Verletzung der richterlichen Hinweispflicht nach § 139 ZPO gehört zu den häufigsten 751  
Verfahrensfehlern. Sie berechtigt unter Umständen zur Aufhebung des Ersturteils und Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz.<sup>1546</sup>

Ihre berufsrechtliche Behandlung erfordert eingehende Kenntnisse der zur Hinweispflicht bestehenden Grundsätze sowie der für die schriftsätzliche Geltendmachung des Fehlers geltenden Regeln (→ Rn. 1582). 752

a) Grundsätzliches zum Verhältnis von § 139 ZPO zu Art. 103 Abs. 1 GG. Die Zivilprozessordnung unterscheidet in § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zwischen „Verletzung der Hinweis- und Aufklärungspflicht (§ 139)“ und der „Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör“. Diese Unterscheidung reflektiert die verfassungsrechtliche Situation: Eine Verletzung der einfachgesetzlichen Hinweispflicht stellt nämlich nicht stets zugleich einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG dar,<sup>1547</sup> weil die einfachrechtlichen Gewährleistungen des rechtlichen Gehörs über das spezifisch verfassungsrechtlich gewährleistete Ausmaß an rechtl. Gehör hinausgehen können, Art. 103 Abs. 1 GG definiert nur einen Mindeststandard.<sup>1548</sup> 753

Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG ist deshalb nur anzunehmen, wenn das Gericht bei der Auslegung oder Anwendung der einfachrechtlichen Vorschriften die Bedeutung und Tragweite des Grundrechts auf rechtliches Gehör erkennt.<sup>1549</sup> Danach bedarf es bei der Verletzung gesetzlicher Hinweispflichten im Einzelfall der Prüfung, ob dadurch zugleich das unabdingbare Maß verfassungsrechtlich verbürgten rechtlichen Gehörs verkürzt worden ist.<sup>1550</sup> Der Unterschied wird deutlich, wenn eine Partei oder ihr Prozessbevollmächtigter es an der im Prozess erforderlichen Sorgfalt beim Vortrag und bei der Wahrnehmung prozessualer Rechte hat fehlen lassen – Art. 103 Abs. 1 GG greift nicht ein,<sup>1551</sup> während eine solche mangelnde Sorgfalt die Hinweispflicht nach § 139 ZPO unberührt lässt. 754

Eine gegebenenfalls nicht nachvollziehbare Handhabung des § 139 ZPO schließlich verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>1552</sup> 755

### b) Allgemeiner Zivilprozess

(1) Die Hinweispflicht besteht, wie sich aus der Stellung des § 139 ZPO im 1. Buch – Allgemeine Vorschriften – der Zivilprozessordnung ergibt, in allen Verfahrensarten und -stadien,<sup>1553</sup> so auch 756

- im Prozesskostenhilfverfahren,<sup>1554</sup>

<sup>1546</sup> Zu § 539 ZPO aF: BGH NJW-RR 1988, 477; OLG Köln NJW-RR 1998, 1274; OLG Koblenz NJW-RR 2001, 65; OLG München NJW-RR 2001, 66; zu § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO: OLG Saarbrücken OLGReport Saarbrücken 2004, 248 (251) = BeckRS 2005, 395; OLG Hamm NJW-RR 2012, 233 (235); FamRZ 2016, 1289; Wiczeorek/Schütze/Smid § 139 Rn. 25; Musielak/Voit/Stadler § 139 Rn. 4.

<sup>1547</sup> BVerfGE 60, 305 (310) = NJW 1982, 1636, stRspr, etwa BVerfG ZInsO 2021, 1612 = BeckRS 2021, 13468 Rn. 22; BGH NJW 2022, 3010 Rn. 33; BAG NJW 2021, 1621 Rn. 4.

<sup>1548</sup> BVerfGK 19, 377 = NJW 2012, 2262 Rn. 19.

<sup>1549</sup> BVerfGK 19, 377 = NJW 2012, 2262 Rn. 19; BVerfG ZInsO 2021, 1612 = BeckRS 2021, 13468 Rn. 22; BAG NJW 2021, 1621 Rn. 4.

<sup>1550</sup> BVerfGK 19, 377 = NJW 2012, 2262 Rn. 19; BVerfG ZInsO 2021, 1612 = BeckRS 2021, 13468 Rn. 22.

<sup>1551</sup> Vgl. BVerfG NJW-RR 1994, 188 (189); 1996, 205.

<sup>1552</sup> BVerfGE 42, 64.

<sup>1553</sup> Rensen, § 139 ZPO nF, S. 636; Wiczeorek/Schütze/Smid § 139 Rn. 46, 48; Schellhammer, Zivilprozess Rn. 405; BeckOK ZPO/v. Selle § 139 Rn. 11.

<sup>1554</sup> OLG München OLGReport München 2000, 108 = BeckRS 1999, 7530; BauR 2008, 716; OLG Naumburg 19.5.2003 – 8 WF 32/03, NJOZ 2004, 579 (580); FamRZ 2016, 842; KG KGRReport 2009, 141 = BeckRS 2008, 24135; OLG Rostock NJW-RR 2011, 892 (893), der PKH-Versagungsbeschluss stellt aber für die Beschwerdeinstanz den erforderlichen Hinweis dar; LAG Rheinland-Pfalz 11.5.2004 – 6 Ta 85/04, BeckRS 2005, 40215; LAG Hamm 8.11.2001 – 4 Ta 708/01, BeckRS 2001, 31010978, stRspr, 17.6.2013 – 14 Ta 77/13, BeckRS 2013, 70450; LAG Köln 10.12.2013 – 4 Ta 326/13, BeckRS 2013, 75021; 7.3.2014 – 1 Ta 37/14, BeckRS 2014, 68588; 19.6.2015 – 5 Ta 149/15, BeckRS 2015, 70396 Rn. 9; 27.7.2017 – 9 Ta 137/17, BeckRS 2017, 121231 Rn. 3; LAG Schleswig-Holstein JurBüro 2013, 257; LAG Schleswig-Holstein NZA-RR 2016, 212; aA BAG 5.12.2012 – 3 AZB 40/12, BeckRS 2012, 212393 Rn. 11–13 und zfs 2017, 645 =, BeckRS 2017, 123309 Rn. 6 jew. hinsichtlich der versehentlichen Nichtvorlage der Erklärung über die persönlichen

- im schriftlichen Verfahren,<sup>1555</sup>
  - im Wiedereinsetzungsverfahren,<sup>1556</sup>
  - im selbständigen Beweisverfahren nach §§ 485 ff. ZPO,<sup>1557</sup>
  - im Urkundenprozess,<sup>1558</sup>
  - im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes,<sup>1559</sup>
  - im Wettbewerbsprozess,<sup>1560</sup>
  - im WEG-Verfahren<sup>1561</sup>
  - im Vollstreckungsverfahren,<sup>1562</sup>
  - im Zwangsversteigerungsverfahren,<sup>1563</sup>
  - im Insolvenzverfahren,<sup>1564</sup>
  - im Restitutionsverfahren,<sup>1565</sup>
  - im Schiedsverfahren, soweit die Parteien eigens ein Verfahren nach den Regeln des deutschen staatlichen Gerichts vereinbart haben,<sup>1566</sup>
  - im Berufungsverfahren.<sup>1567</sup>
- 757 (2) Die Hinweispflicht des Gerichts besteht, wie sich schon aus dem Umstand ergibt, dass sie 1924 durch die sog. Emminger-Novelle<sup>1568</sup> auf das dem Anwaltszwang unterliegende landgerichtliche Verfahren ausgedehnt worden ist,<sup>1569</sup> auch gegenüber einer **anwaltschaftlich vertretenen Partei**.<sup>1570</sup> Dass eine solche Hinweispflicht verfassungsrechtlich nicht geboten ist,<sup>1571</sup> ist zivilprozessual irrelevant, da Art. 103 Abs. 1 GG nur einen Mindeststandard sichert.<sup>1572</sup>

und wirtschaftlichen Verhältnisse; LAG Berlin-Brandenburg 15.5.2015 – 10 Ta 765/15, BeckRS 2015, 68949 für den Fall der angekündigten Vorlage der Unterlagen; LAG Rheinland-Pfalz 20.2.2017 – 5 Ta 19/17, BeckRS 2017, 104837; LAG Baden-Württemberg 27.2.2017 – 14 Ta 18/16, BeckRS 2017, 120900.

<sup>1555</sup> Wiczeorek/Schütze/Smid § 139 Rn. 44.

<sup>1556</sup> BGHZ 2, 342 (345), stRspr, etwa BGH 6.9.2022 – VIII ZB 24/21, BeckRS 2022, 26057 Rn. 21.

<sup>1557</sup> OLG München 9.12.2005 – 19 W 2827/05, BeckRS 2005, 33940; Zöller/Herget § 490 Rn. 5a.

<sup>1558</sup> OLG Koblenz NJW 2016, 1183 Rn. 22.

<sup>1559</sup> BVerfG NJW 2018, 3634 Rn. 36, 39 mit Besprechung Von der Thüsen jM 2019, 61 ff.; OLG Stuttgart NJW 2001, 1145; Wiczeorek/Schütze/Smid § 139 Rn. 49; Zöller/Greger § 139 Rn. 2.

<sup>1560</sup> BGH GRUR 1991, 254 (Unterlassungsantrag); OLG Köln NJW-RR 1993, 1277 (Hilfe bei der richtigen Antragstellung); Ahrens/Bähr, Kap. 26 Rn. 12 ff.

<sup>1561</sup> BGH NZM 2017, 262 Rn. 15.

<sup>1562</sup> OLG Frankfurt OLGZ 1978, 380 (383); Rpfleger 1981, 302; OLG Köln FamRZ 1995, 312; Wiczeorek/Schütze/Smid § 139 Rn. 48.

<sup>1563</sup> BVerfGE 42, 64 (78); BVerfGK 5, 10 (13, 15); BVerfG NJW-RR 2012, 302 Rn. 28; BGH NJW-RR 2014, 63 Rn. 11.

<sup>1564</sup> LG Hamburg NZI 2012, 29; 2016, 752.

<sup>1565</sup> BGH MDR 2014, 47.

<sup>1566</sup> BGH NJW 1959, 2213; 1983, 867 (868); OLG München SchiedsVZ 2011, 230.

<sup>1567</sup> Wiczeorek/Schütze/Smid § 139 Rn. 46.

<sup>1568</sup> Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13.2.1924, RGBl. I S. 135 (in Kraft seit dem 1.6.1924).

<sup>1569</sup> Auf diesen meist übersehenen Gesichtspunkt weisen Triltsch S. 265 f. und Wiczeorek/Schütze/Smid § 139 Rn. 33 hin.

<sup>1570</sup> BGHZ 3, 206 (213); BGH 7.5.1958 – V ZR 237/56, BeckRS 2014, 17720; BGH Rpfleger 1977, 359 (360); NJW-RR 1997, 441 seither stRspr, etwa NJW 2012, 3035; OLG Hamm AnwBl 1984, 93; OLG Schleswig NJW 1982, 2783; 1986, 3146 f.; OLG Frankfurt NJW 1989, 722; OLG Celle NJW-RR 1998, 493; OLG Köln ZIP 1989, 604; MDR 1998, 1306; NJW-RR 2001, 1724; OLG München 25.7.2008 – 10 U 2966/08, BeckRS 2008, 16996 Rn. 3; OLG Koblenz VersR 2015, 1172 Rn. 13; OLG Bamberg NJW 2016, 3315 Rn. 43; LAG Düsseldorf 30.5.2016 – 7 Sa 759/15, BeckRS 2016, 69505 für § 6 S. 2 KSchG; Wiczeorek/Schütze/Smid § 139 Rn. 31–36 und Wiczeorek/Schütze/Gerken § 531 Rn. 31; MüKoZPO/Fritsche § 139 Rn. 4–8; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 77 Rn. 19; Jauernig/Hess § 25 Rn. 33, 42, anders aber Rn. 17; Hk-ZPO/Wöstmann § 139 Rn. 8; Thomas/Putzo/Seiler § 139 Rn. 12; Schellhammer Zivilprozess Rn. 409; Oberheim Taktik Rn. 1546; aA noch BGHZ 25, 66 (72); 31, 342; BGH NJW 1984, 310 (unter II 1) und im Ergebnis NJW-RR 1991, 256 sowie NJW 1993, 2441 (2442); OLG Frankfurt OLGReport 1994, 176 (178) unter Berufung auf die vorgenannte, vom Bundesgerichtshof aufgebene Rechtsprechung; AG Köln ZAP 2011, 545; teilweise auch Zöller/Greger § 139 Rn. 12a; Musielak/Voit/Stadler § 139 Rn. 6; Rust, S. 199, 201.

<sup>1571</sup> BVerfGE 75, 302 (318).

<sup>1572</sup> BVerfGE 60, 305 (310), stRspr, etwa BVerfG NJW 2017, 3218 Rn. 50; BGH NJW 1983, 867, stRspr, etwa BauR 2011, 1850; BayVerfGHE 44, 96; BayVBl. 2014, 448 (Hinweispflichten, die über die verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen hinausgehen, sich zu dem der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalt

- (3) Die **Hinweispflicht entfällt** entgegen dem Willen des historischen Gesetzgebers<sup>1573</sup> (dem der Referentenentwurf zum ZPO-Reformgesetz wieder Geltung verschaffen wollte)<sup>1574</sup> und dem Wortlaut des Gesetzes nach der vom Reichsgericht<sup>1575</sup> begründeten herrschenden Meinung, wenn und soweit das (auch erstinstanzliche)<sup>1576</sup> Gericht etwa in einem vorausgegangenen Verfahren,<sup>1577</sup> einem Urteil (etwa in Hinweisen in einem zurückverweisenden Urteil)<sup>1578</sup> oder Beschluss<sup>1579</sup> oder der Gegner das entscheidungserhebliche Problem oder die Unzulänglichkeit des Vortrags eingehend und zutreffend<sup>1580</sup> angesprochen bzw. gerügt hat<sup>1581</sup> (die von manchen Anwälten stereotyp erhobene Rüge, der gegnerische Vortrag sei un schlüssig und/oder unsubstantiiert, genügt deshalb niemals<sup>1582</sup>) und – die betreffende Partei den Hinweis verstanden hat. Anzumerken ist, dass diese Beschränkung der Hinweispflicht auch dem normierten Prozessrecht nicht völlig fremd ist: In dem für das Patentnichtigkeitsverfahren geltenden § 83 Abs. 1 S. 7 PatG, der die Hinweispflicht aus § 99 Abs. 1 PatG iVm § 139 ZPO konkretisiert, entfällt die Hinweispflicht, „wenn die zu erörternden Gesichtspunkte nach dem Vorbringen der Parteien offensichtlich erscheinen“. Diese Rechtsprechung wird dann insbesondere in Bausachen auf Fälle ausgedehnt, wo „verschiedene Positionen zentraler Prozessstoff des Verfahrens und der schriftsätzlichen Auseinandersetzung der Parteien waren“.<sup>1583</sup> Die Hinweispflicht entfällt aber nicht, wenn der Prozessbevollmächtigte der betroffenen Partei die Ausführungen des Gegners erkennbar falsch aufgenommen hat,<sup>1584</sup> das Gericht den Hinweisen des Gegners durch Erlass eines Beweisbeschlusses über die klägerischen Behauptungen nicht gefolgt ist<sup>1585</sup> sowie ferner nicht für Sachanträge.<sup>1586</sup>

äußern zu können, sind, auch wenn sie im einfachen Prozessrecht verankert sind, nicht von der Schutzwirkung des Rechts auf Gehör umfasst); unrichtig deshalb insoweit OLG München PharmR 2009, 352 in Verschärfung der Ausführungen BGH BauR 2007, 1622.

<sup>1573</sup> Vgl. eingehend Rensen Gegnerische Rügen S. 367.

<sup>1574</sup> Vgl. Refe/ZPO-RG, S. 109.

<sup>1575</sup> Bei Bolze 2, Nr. 1656; 5, Nr. 1045; 8, Nr. 774; für Hinweise des Gegners RGZ 78, 26 (33); 135, 132 (136); 136, 396 (401); 150, 153 (161).

<sup>1576</sup> BGH NJW 1958, 1590; 1991, 1412; BAGE 124, 367 = NZA 2008, 936 Rn. 21.

<sup>1577</sup> BGH LM ZPO § 139 Nr. 3; NJW 1958, 1590; BAGE 118, 229.

<sup>1578</sup> BGH VersR 1961, 610 (611); OLG Nürnberg v. 19.9.2018 – 2 U 2307/17, BeckRS 2018, 29622.

<sup>1579</sup> BGH NJW 1969, 1669 für vorausgegangenen Beweisbeschluss.

<sup>1580</sup> OLG Köln NJW-RR 2001, 1724; im Ergebnis OLG Rostock NJ 2005, 464; OLG Oldenburg BauR 2016, 1804; Oberheim Taktik Rn. 1555; Zöller/Greger § 139 Rn. 7.

<sup>1581</sup> BGH NJW 1980, 223 (224), stRspr, etwa NJW 2013, 2817 Rn. 13 für Vortrag in der Klageerwiderung und einer „aufgrund zahlreicher Fundstellen ersichtlichen Rechtslage“ (zweifelhaft, weil Letzteres nahezu immer gegeben ist, wenn man nur lange genug sucht) und BGH 18.5.2017 – I ZR 178/16 – BeckRS 2017, 126762 Rn. 12; BFH BFH/NV 2011, 1706; BayVerfGH 44, 96 = BayVerfGH NJW 1992, 1094; OLG Brandenburg NJW-RR 2014, 574 (575); OLG Frankfurt OLGReport 1994, 176 (178), stRspr, etwa NZBau 2019, 726 Rn. 36; OLG Koblenz NJW-RR 1988, 662 (663); OLG München 12.3.2010 – 10 U 5108/09, BeckRS 2010, 7227; OLG Nürnberg MDR 2000, 227; OLG Oldenburg NJW-RR 2000, 949 (950); BauR 2016, 1804; OLG Rostock NJ 2005, 464; aA BGH NJW 2001, 2548 (2549); OLG Frankfurt 18.1.2006 – 1 U 194/05, NJOZ 2006, 4275 (4277) für Fragen der Substantiierung, Darlegungs- und Beweislast; OLG Hamm NJW-RR 2003, 1651; OLG Schleswig SchlHA 2005, 304 = NJOZ 2005, 2541 (2542); Schneider Verstöße gegen Hinweispflichten, S. 739; Rensen Gegnerische Rügen S. 367f.; Theimer/Theimer I § 1 Rn. 32; eingehend Stöber Neues Berufungsvorbringen S. 3603.

<sup>1582</sup> OLG Frankfurt 7.8.2006 – 12 U 204/05, BeckRS 2006, 10371; OLG Köln NJW-RR 2001, 1724; OLG München 22.12.2011 – 10 U 4147/11, BeckRS 2012, 4212; OLG Schleswig SchlHA 1982, 29 und NJW 1983, 347 (gleiches Verfahren); MüKoZPO/Fritsche § 139 Rn. 16; Oberheim Taktik Rn. 1555, womit seiner Rn. 1531, 1532 empfohlenen Strategie der präventiven Hinweise durch den Anwalt enge Grenzen gesetzt sind; einer gesetzlichen Grundlage entbehrt die Annahme von Bohlander MDR 1996, 1093, dass „Sachvortrag, welcher von der jeweiligen Gegenseite bestritten [!] worden ist, nicht mehr Gegenstand eines gerichtlichen Hinweises zu sein braucht“.

<sup>1583</sup> Im Anschluss an BGH NJW-RR 2006, 235 etwa OLG Düsseldorf BauR 2012, 1421 und 7.4.2016 – 5 U 81/15, BeckRS 2016, 18069 Rn. 39.

<sup>1584</sup> BGH NJW 1999, 1264, stRspr, etwa BGH 18.5.2017 – I ZR 178/16 – BeckRS 2017, 126762 Rn. 12; SächsVerfGH 18.1.2007 – Vf. 81-IV-06, BeckRS 2007, 152453 Rn. 14; OLG Brandenburg NJW-RR 2014, 574 (575).

<sup>1585</sup> OLG Köln NJW-RR 2015, 82.

<sup>1586</sup> BGH NJW-RR 2010, 70; BAG NJW 2016, 3801 Rn. 21.

## 759 (4) Umfang und Grenzen der Hinweispflicht

Die Hinweispflicht hat natürlich auch Grenzen. Dabei muss aber darauf geachtet werden, dass der verfassungsrechtliche Hintergrund der Hinweispflicht, der über das bloße Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs hinausgeht, nicht aus dem Blick gerät. Das Bundesverfassungsgericht hat den **verfassungsrechtlichen Rahmen** für rechtliche Hinweise in seinem Beschluss vom 24.3.1976<sup>1587</sup> so beschrieben:

„LG und OLG haben zu Recht die richterliche Unabhängigkeit, die Distanz und Neutralität (vgl. BVerfGE 21, 139 [145 f.] = NJW 1967, 1123) der Organe der Rechtspflege hervorgehoben und in ihre Erwägungen einbezogen. Ihnen kann jedoch nicht darin gefolgt werden, daß im vorliegenden Fall die Pflicht zur Unparteilichkeit die Pflicht zur Aufklärung der Bf. herabminderte oder sie gar ausschloß.

**Die richterliche Unparteilichkeit ist kein wertfreies Prinzip**, sondern an den Grundwerten der Verfassung orientiert. Auch in diesem Zusammenhang enthält das objektive Willkürverbot für den Richter **das Gebot sachgerechter Entscheidung im Rahmen der Gesetze unter dem Blickpunkt materialer, wertorientierter Gerechtigkeit**. In einer Situation, wie sie im Ausgangsverfahren vor Erteilung des Zuschlags gegeben war, durfte kein staatliches Organ die Hand dazu reichen, die Rechtsposition der Bf. in solchem Ausmaß zu verändern, wie es geschehen ist, ohne sich ihres wahren Willens gewiß zu sein. Um diese Gewissheit zu erlangen, bot sich die Ausübung der richterlichen Aufklärungspflicht nach § 139 ZPO als verfahrensrechtliches Mittel an.“

Zu den Grenzen im Einzelnen:

- 760 • Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, eine Partei durch Fragen oder Hinweise zu veranlassen, neue Streitgegenstände (etwa in Verfahren des gewerblichen Rechtsschutzes neue Schutzrechte;<sup>1588</sup> vertragliches Nutzungsrecht an einem Weg statt gesetzliches Notwegerecht;<sup>1589</sup> in Fällen von Personenschäden zusätzlich zu verlangtem Schmerzensgeldkapital oder an seiner Stelle eine Schmerzensgeldrente;<sup>1590</sup> weitere Sachmängel),<sup>1591</sup> Anspruchsgrundlagen, Einreden<sup>1592</sup> oder Sachverhaltsvarianten<sup>1593</sup> einzuführen, die in ihrem bisherigen Vorbringen keine wenigstens andeutungsweise Grundlage haben.<sup>1594</sup> Es ist auch nicht Aufgabe des Gerichts, sein Verfahren so zu gestalten, dass einem Kläger die Möglichkeit geboten wird, gegebenenfalls nach langem Verfahren seine Klage zu erweitern<sup>1595</sup> oder zu ändern.<sup>1596</sup> Diese in der Natur der Sache liegende Begrenzung der Hinweispflicht wird missverstanden, wenn ein Gericht im Rahmen eines Schadensersatzprozesses wegen einer Körperverletzung den Beklagten auffordert, hinsichtlich der sich aus den Akten ergebenden Anhaltspunkte für gesundheitliche Vorschädigungen des 70-jährigen Klägers „Röntgenaufnahmen des Klägers [!] aus der Zeit vor dem Unfall beibringen“, weil eine Weisung an den Sachverständigen, im Rahmen einer Untersuchung solche zu fertigen oder auszuwerten, gegen das Gebot richterlicher

<sup>1587</sup> BVerfGE 42, 64 (78) = NJW 1976, 1391 (1392 unter II 3); Hervorhebung durch den Verf.

<sup>1588</sup> BGH GRUR 2003, 436 (439) – Feldenkrais; GRUR 2007, 691 Rn. 18 – Staatsgeschenk; BGH GRUR 2016, 500 – Fünf-Streifen-Schuh.

<sup>1589</sup> VerfG Bbg 17.6.2016 – VfGBbg 95/15, BeckRS 2016, 48654 Rn. 30.

<sup>1590</sup> BGH BB 1962, 4 f. = BeckRS 2008, 24512; aA NK-BGB/Huber § 253 Rn. 125.

<sup>1591</sup> BGH NJW 2006, 434.

<sup>1592</sup> BGHZ 23, 53 = NJW 1957, 498 (konkludentes Abtretungsverbot); BGH NJW 1969, 691 (692 – Zurückbehaltungsrecht); VersR 1962, 663 (664) – beschränkte Erbenhaftung; BGHZ 156, 269 (272) und OLG Hamm MDR 2013, 1121 – Verjährung.

<sup>1593</sup> BAGE 117, 370 = NJW 2006, 2716 Rn. 11, 15: „Nichtbeendigung der Weiterbildungsmaßnahme aus zu vertretenden Gründen“ statt erstinstanzlich „Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Bkl.“; OLG Dresden 27.5.2010 – 10 U 450/09, BeckRS 2010, 148466 Rn. 42: Erstinstanzlich wurde nur behauptet, der Beklagte habe seiner Untersuchungspflicht als Gebrauchtwagenhändler nicht genügt, zweitinstanzlich wurde – erfolglos – gerügt, das Erstgericht hätte auf die Möglichkeit einer positiven Kenntnis des Beklagten vom Unfallschaden hinweisen müssen.

<sup>1594</sup> RegE/ZPO-RG, S. 77; BGHZ 156, 269 (272) = NJW 2004, 164; OLG Hamm MDR 2013, 1121.

<sup>1595</sup> BGH GRUR 2003, 436; BGHZ 168, 179 (jeweils I. ZS).

<sup>1596</sup> BAGE 117, 370 = NJW 2006, 2716; KG KGReport 2006, 504; Hk-ZPO/Wöstmann § 139 Rn. 4, hL; ferner VerfG Bbg 17.6.2016 – VfGBbg 95/15, BeckRS 2016, 48654 Rn. 28 zu Art. 52 Abs. 3 BbgLV; aA BGH (VIII. ZS) NJW 2007, 2414 Rn. 22: Auch die Einführung eines neuen Klagegrundes aufgrund eines Hinweises zur Unschlüssigkeit sei „vom Schutzzweck des § 139 ZPO umfasst“.

Neutralität verstieße:<sup>1597</sup> Ein solcher Hinweis verstößt zum einen seinerseits gegen das Gebot der Zielgerichtetheit (→ Rn. 765), weil der Beklagte den Hinweis gar nicht umsetzen kann (was das OLG Naumburg auch erkennt, aber dann mit dem ersichtlich fernliegenden Argument, der Erstrichter habe nur an den Beibringungsgrundsatz erinnern wollen, zu retten versucht), zum anderen war ihm eine gesetzwidrige Beweisaufnahme vorausgegangen, weil das Erstgericht und das Beschwerdegericht es zuließen bzw. billigten, dass die Sachverständige nur ein in Haftpflichtsachen unzulässiges Aktenlagegutachten fertigte (→ Rn. 1087 Spiegelpunkt 6).

- Weiter besteht gemäß § 139 Abs. 2 S. 1 ZPO keine Hinweispflicht hinsichtlich **Nebenforderungen**. Richtigerweise sind darunter solche im Sinne von § 4 Abs. 1 Hs. 2 ZPO wie etwa Nutzungen, Verzugszinsen<sup>1598</sup> und Kosten zu verstehen.<sup>1599</sup> Die Gegenansicht versteht unter „Nebenforderung“ (auch) wertmäßig nicht erhebliche Teile der Hauptforderung in der Größenordnung von 10 %–15 %.<sup>1600</sup> Diese auf bloße Zweckmäßigkeitserwägungen<sup>1601</sup> gestützte Ansicht setzt sich über den Willen des Gesetzgebers<sup>1602</sup> und den eindeutigen Wortlaut des § 139 Abs. 2 S. 1 ZPO hinweg („Nebenforderung“),<sup>1603</sup> der sich von der in § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO verwendeten Formulierung „verhältnismäßig geringfügige Zuvielforderung“ abhebt.<sup>1604</sup> Sie führt mit ihrer erweiternden Auslegung des Tatbestandsmerkmals zu einer mit den Zielen der Neufassung des § 139 ZPO durch das ZPO-Reformgesetz unvereinbaren Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 139 Abs. 2 S. 1 ZPO.<sup>1605</sup> 761
- Dagegen kann der vom Bundesgerichtshof 1982 entwickelten und von einigen Oberlandesgerichten übernommenen weitergehenden Ansicht, bei „**völlig substanzlosem Vortrag**“ sei ein Hinweis entbehrlich,<sup>1606</sup> nicht zugestimmt werden.<sup>1607</sup> Sie trägt zunächst schon dem Wortlaut des § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO nicht Rechnung, der nur auf die bloße Unvollständigkeit des Parteivortrags, nicht aber auf dessen inhaltlichen Mängeln abstellt. Weiter wird der Wille des Gesetzgebers, dass die Hinweispflicht nur von einer „Andeutung“ im jeweiligen Parteivorbringen abhängig sein soll,<sup>1608</sup> ignoriert. Sie berücksichtigt ferner nicht die erklärte gesetzgeberische Absicht, durch die Bündelung und Neufassung der richterlichen Hinweispflichten in § 139 ZPO<sup>1609</sup> und die indirekte Sanktionierung durch § 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO<sup>1610</sup> die Notwendigkeit 762

<sup>1597</sup> So das LG Halle (Saale) und OLG Naumburg 22.1.2014 – 10 W 70/13, BeckRS 2014, 9201 als Beschwerdegericht.

<sup>1598</sup> OLG Köln VersR 1972, 1150 (1152); OLG Schleswig 12.8.2004 – 7 U 10/04, SchlHA 2005, 346; OLG Brandenburg 13.12.2006 – 3 U 200/05, BeckRS 2007, 1917; Wiczorek/Schütze/Smid § 139 Rn. 164; Geigel/Pardey Kap. 6 Rn. 28; aA Jaeger/Luckey Teil 1 Rn. 229; unentschieden NK-BGB/Huber § 253 Rn. 143.

<sup>1599</sup> So OLG Koblenz MDR 1988, 966; Franzki S. 164; Steenbuck S. 425; Liu S. 390 f.; Musielak/Voit/Stadler § 139 Rn. 20; MüKoZPO/Fritsche § 139 Rn. 44; Anders/Gehle/Anders § 139 Rn. 43; tendenziell auch BeckOK ZPO/v. Selle § 139 Rn. 37.

<sup>1600</sup> So OLG Brandenburg 13.12.2006 – 3 U 200/05, BeckRS 2007, 1917 ohne nähere Begründung; Bauer S. 1239; Ventsch S. 164 ff.; Zöller/Greger § 139 Rn. 5; Thomas/Putzo/Seiler § 139 Rn. 24 (15 %); unentschieden Zimmermann § 139 Rn. 10b.

<sup>1601</sup> So etwa Bauer S. 1239; Ventsch S. 164 ff.

<sup>1602</sup> Vgl. BT-Drs. 7/5499, 1 zur Vereinfachungsnovelle. Der Gesetzgeber des ZPO-Reformgesetzes hat sich, obwohl das Problem seit langem bekannt war, nicht zu einer Klarstellung im Sinne des nicht erheblichen Teils der Hauptforderung entschlossen (vgl. Hannich/Meyer-Seitz/Schwartz § 139 Rn. 15).

<sup>1603</sup> Zur Auslegung des Begriffs Nebenforderung in § 4 I Hs. 2 ZPO eingehend BGH NJW 1994, 1869.

<sup>1604</sup> So auch Steenbuck S. 425.

<sup>1605</sup> So auch Liu S. 390.

<sup>1606</sup> BGHZ 83, 371 mit ablehnender Anmerkung Deubner NJW 1982, 1710 (1711); in diese Richtung auch NZFam 2014, 800; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 636; OLG Nürnberg NJW-RR 2000, 800; OLG Köln 8.6.2004 – 22 U 212/03, BeckRS 2004, 8359; OLG Brandenburg NJW-RR 2012, 151.

<sup>1607</sup> Deubner NJW 1982, 1710 (1711); Rensen Rensen § 139 ZPO nF, S. 635; aA Liu S. 298 ohne nähere Begründung; Oberheim Taktik Rn. 1561 („in Ausnahmefällen“).

<sup>1608</sup> RegE/ZPO-RG, S. 77.

<sup>1609</sup> Siehe RegE/ZPO-RG, S. 62; Rensen § 139 ZPO nF, S. 636; unzutreffend deshalb Oberheim Taktik Rn. 1561.

<sup>1610</sup> Vgl. Rensen § 139 ZPO nF, S. 639 f.; Baumann S. 219.

einer zielführenden richterlichen Verhandlungsführung stärker zu betonen. Schließlich wird durch die Unbestimmtheit des Merkmals „völlig substanzlos“ dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet,<sup>1611</sup> was keine bloß abstrakte Befürchtung ist, wie die Entscheidung OLG Rostock zfs 1997, 215 zeigt, die *Ventsch* zu Recht als abschreckend bezeichnet hat.<sup>1612</sup> Die Hinweis- und Fragepflicht wird richtigerweise erst dann zu verneinen sein, wenn der Parteivortrag so mangelhaft ist, dass „der Richter gar keinen Anhaltspunkt zu einer erfolversprechenden Ausübung des Fragerechts findet“.<sup>1613</sup> Abzulehnen ist die ebenfalls praeter legem entwickelte These des LAG Hessen, dass auf „bare Selbstverständlichkeiten“ nicht hingewiesen werden müsse.<sup>1614</sup>

- (5) Form des Hinweises
- 763 Der Hinweis muss **konkret** und **zielgerichtet** sein, es genügt nicht, dass nur allgemein oder pauschal auf irgendwelche Bedenken hingewiesen wird.<sup>1615</sup> Hinweise sind nämlich, wie das OLG Oldenburg plastisch formuliert hat, „nicht in der Form kryptischer Andeutungen, quasi als Aufforderung zur Weiterbildung, zu erteilen“.<sup>1616</sup> Ein Hinweis kann nur dann einen Sinn haben, wenn er inhaltlich soweit bestimmt ist, dass der Hinweisempfänger wenigstens grundsätzlich darauf reagieren kann.<sup>1617</sup>
- 764 Dies gilt grundsätzlich auch im Anwaltsprozess.<sup>1618</sup> Forderungen nach Einschränkungen der Hinweispflicht, um die „die notwendige Konkurrenzsituation [in der Anwaltschaft] nicht zu verzerren“<sup>1619</sup> oder wegen der „Arbeitsteilung zwischen den Rechtspflegeorganen und der richterlichen Neutralität“<sup>1620</sup> entbehren jeder gesetzlichen Grundlage und sind mit dem Grundgesetz unvereinbar.<sup>1621</sup>
- 765 Ein Musterbeispiel eines kryptischen Hinweises behandelt die Entscheidung des OLG Bamberg vom 18.8.2016<sup>1622</sup>:
- „Das Gericht weist auf die prozessrechtlichen Bedenken gegen die Erfolgsaussicht der Klage hin, die bereits schriftsätzlich zur Darlegung der Arbeit des Kl. diskutiert wurden und sich des Weiteren daraus ergeben, dass der getätigte Vortrag bestritten wurde.“
- 766 Der Hinweis muss **verständlich**<sup>1623</sup> und **unmissverständlich**<sup>1624</sup> sein. Hat die angesprochene Partei den erteilten Hinweis erkennbar nicht richtig verstanden, dann ist dieser noch einmal zu präzisieren.<sup>1625</sup> Ein eindeutiger und unmissverständlicher Hinweis auf eine bestimmte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss aber nicht wiederholt

<sup>1611</sup> So Rensen § 139 ZPO nF, S. 635.

<sup>1612</sup> S. 130.

<sup>1613</sup> OLG Celle SeuffA 55 (1900), 460 f. (Nr. 235); in diese Richtung auch *Ventsch*, S. 131, wenn sie einen Hinweis „in absoluten Ausnahmefällen“ für entbehrlich hält, in Zweifelsfällen aber einen solchen verlangt.

<sup>1614</sup> 18.1.2000 – 9 Sa 964/99, BeckRS 2000, 40628 Rn. 21 (insoweit in NZA 2000, 1071 nicht abgedruckt); ähnlich BGH NJW 1993, 2441 (2442); Zöller/Greger § 356 Rn. 4: Mangel liegt klar auf der Hand.

<sup>1615</sup> BGH NJW 1999, 418 (421 unter II 4 lit. b cc), stRspr, etwa VersR 2015, 210 Rn. 33; aus der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung etwa OLG Oldenburg OLGReport 2005, 405 f. und OLG Bamberg NJW 2016, 3315 Rn. 43.

<sup>1616</sup> OLG R 2005, 405 f. = BeckRS 2005, 3350.

<sup>1617</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1997, 441 (unter II 2); NJW-RR 2002, 1436 (1437); VersR 2015, 210 Rn. 33.

<sup>1618</sup> Vgl. BGH NJW 1999, 1264; und NJW 1999, 2123 f.; BGHZ 164, 166 (173); BGH 25.10.2005 – X ZR 194/04, NJOZ 2006, 509; nachdrücklich BGH NJW 2011, 3040; OLG München NJW-RR 1997, 1425; OLG Schleswig 16.12.2004 – 7 U 26/04, NJOZ 2005, 2541 (2542); OLG Bamberg NJW 2016, 3315 Rn. 43

<sup>1619</sup> So Musielak/Voit/Stadler § 139 Rn. 6.

<sup>1620</sup> Zöller/Greger § 139 Rn. 12a.

<sup>1621</sup> Siehe zu dem Argument mit der richterlichen Neutralität BVerfGE 42, 64 (78) = NJW 1976, 1391 (1392 unter II 3) → Rn. 761, eine Entscheidung, mit der sich Greger leider nicht auseinandersetzt.

<sup>1622</sup> NJW 2016, 3315.

<sup>1623</sup> BGH NJW 2002, 3317 (3320); OLG Schleswig SchlHA 2005, 304.

<sup>1624</sup> BGH NJW 2008, 2036 (2037); VersR 2015, 210 Rn. 33; BAG NZA 2008, 1206.

<sup>1625</sup> BGHZ 140, 365 (371), stRspr, etwa BGH 18.5.2017 – I ZR 178/16, BeckRS 2017, 126762 Rn. 12; deutlich enger OLG Dresden IHR 2011, 185.



werden;<sup>1626</sup> Gleiches wird auch in einfach gelagerten Fällen bei exaktem Hinweis auf die allein entscheidungserhebliche Norm gelten können.<sup>1627</sup>

(6) Zeitpunkt

Der Hinweis muss gemäß § 139 Abs. 4 S. 1 ZPO so früh wie möglich erfolgen, also **grundsätzlich vor dem Termin**,<sup>1628</sup> und auch da frühestmöglich,<sup>1629</sup> spätestens also mit der Terminsbestimmung,<sup>1630</sup> und zwar in Form einer Aufklärungsverfügung mit Fristsetzung nach § 273 Abs. 2 Nr. 1 ZPO<sup>1631</sup> (wurde keine Frist gesetzt, ist eine angemessene Zeit zuzuwarten).<sup>1632</sup> Diese sicher vernünftigen Grundsätze lassen sich im Justizalltag der Amts- und vieler Landgerichte angesichts noch immer hoher Fallzahlen (im Jahr 2019 bei den Amtsgerichten 522 und bei den Landgerichten 159 Verfahren je Richter) leider nur bei sehr effizienter Arbeitsweise durchhalten, weil ein solch früher Hinweis ja ein relationsmäßiges Durcharbeiten jedes Schriftsatzes oder eine sehr weit vorgezogene Terminsvorbereitung voraussetzt.<sup>1633</sup> Daraus folgt: Wird der Hinweis erst kurz vor oder gar erst in der mündlichen Verhandlung erteilt, muss, wenn sich die Partei nicht sofort erklären kann (bei reinen Rechtsfragen grundsätzlich nie und, wenn sie selbst anwesend ist, auch im Übrigen nur ausnahmsweise),<sup>1634</sup> auf Antrag gemäß § 139 Abs. 5 ZPO eine Schriftsatzfrist (sog. unechter, weil nicht vom Gegner veranlasster Schriftsatznachlass)<sup>1635</sup> eingeräumt<sup>1636</sup> oder – wichtig – von Amts wegen<sup>1637</sup> nach § 227 Abs. 1 S. 1 ZPO vertagt oder nach § 128 Abs. 2 ZPO in das schriftliche Verfahren übergegangen oder gemäß § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wieder in die mündliche Verhandlung eingetreten<sup>1638</sup> werden. War das persönliche Erscheinen der Partei angeordnet worden, erscheint diese aber nicht, sondern entsendet nur einen nach § 141 Abs. 3 S. 2 ZPO bevollmächtigten, nicht mit einem völlig gleichwertigen Wissensstand<sup>1639</sup> und einer entsprechenden Entscheidungskompetenz<sup>1640</sup> ausgestatteten Vertreter, der sich zu einem gerichtlichen Hinweis nicht erklären kann, so ist kein Schriftsatznachlass zu gewähren.<sup>1641</sup> Der Rechtsprechung zufolge muss das Gericht die Partei nicht nach § 139 ZPO auf die Möglich-

<sup>1626</sup> BGH NJW 2008, 2036 (2038).

<sup>1627</sup> OLG Hamm NJW-RR 2014, 446 f. mit angesichts der nun mal vom Gesetzgeber statuierten Hinweispflicht allerdings neben der Sache liegenden Ausführungen darüber, dass Anwälte wie Richter die Befähigung zum Richteramt hätten.

<sup>1628</sup> BVerfG NJW 1992, 678; BGH NJW-RR 2007, 412, stRspr, etwa NJW-RR 2020, 574 Rn. 9.

<sup>1629</sup> Vgl. BGH NJW 1981, 1378; Fünf Wochen nach Terminsbestimmung und eine Woche vor dem Termin ist zu spät. Beispielhaft für die richtige Handhabung BGHZ 198, 187 = GRUR 2013, 1272 Rn. 26 – Tretkurbeleinheit: „Trotz des ihr unmittelbar nach Eingang der Berufungsbegründung erteilten Hinweises [...]“.

<sup>1630</sup> Jäckel Rn. 263; in dieser Richtung auch die vorgenannte Entscheidung BGHZ 198, 187 = GRUR 2013, 1272 Rn. 26 – Tretkurbeleinheit; aA anscheinend Hk-ZPO/Wöstmann § 139 Rn. 10: „möglichst früh [...]“, also ggf. bereits [...] bei der Terminsbestimmung“; ebenso Wiczorek/Schütze/Smid § 139 Rn. 226 unter Berufung auf die überholte Entscheidung OLG Hamm NJW 2003, 2543 (2544); Paulus Rn. 321; Oberheim Taktik Rn. 1516.

<sup>1631</sup> Zöller/Greger § 139 Rn. 14.

<sup>1632</sup> BGH NJW 2007, 1887.

<sup>1633</sup> Vgl. Oberheim Taktik Rn. 1500, 1516 und eingehend Gärtner NJW 2017, 2596 (2597 f.).

<sup>1634</sup> Vgl. den Fall BGH 8.10.2009 – IX ZR 235/06, BeckRS 2009, 28207; Meyke S. 76; vgl. auch Stackmann Einzelrichter Rn. 167.

<sup>1635</sup> Pukall/Kießling Rn. 1030.

<sup>1636</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2007, 412, stRspr, etwa BGH NJW-RR 2020, 574 Rn. 9; OLG Brandenburg 23.2.2021 – 2 U 64/20 – BeckRS 2021, 2656 Rn. 4.

<sup>1637</sup> BGH NJW-RR 2013, 1358 Rn. 7; BGH 27.9.2013 – V ZR 43/12, NJOZ 2014, 1001 Rn. 15; BGH NJW-RR 2020, 574 Rn. 9; aA für den Verwaltungsgerichtsprozess BVerwG 23.6.2021 – 5 PB 6.20, BeckRS 2021, 23270 Rn. 8 und für den Finanzgerichtsprozess BFH BFH/NV 2014, 1901 = BeckRS 2014, 96181 Rn. 15; BFH 4.5.2021 – VIII B 97/20, BeckRS 2021, 23410 Rn. 7.

<sup>1638</sup> BGH NJW 1999, 2123; FamRZ 2005, 700; NJW-RR 2007, 412; NJW 2009, 2378 (2379); 2012, 3035; OLG Koblenz VersR 2015, 1172 Rn. 13; OLG Köln NJW-RR 2015, 82.

<sup>1639</sup> OLG Düsseldorf MDR 1963, 602 (603); 1972, 787; OLG Frankfurt NJW 1991, 2090; OLG Stuttgart MDR 2009, 1301; NJW-RR 2014, 447 f.; 2015, 358; OLG Karlsruhe MDR 2012, 1062; LAG Hessen NJW 1965, 1042; Gruschwitz S. 285 f.; Pukall/Kießling Rn. 115; aA OLG München MDR 1978, 147, das zu Unrecht insoweit besondere Hinweise des Gerichts in der Terminsladung verlangt; wohl auch OLG Karlsruhe NJW-RR 2019, 768a maiore ad minus (ablehnend OLG Frankfurt ebd. und OLG Stuttgart NJW-RR 2015, 358; Gruschwitz S. 286).

<sup>1640</sup> OLG Karlsruhe VersR 2005, 1103; OLG Stuttgart MDR 2009, 1301; OLG Naumburg MDR 2011, 943.

<sup>1641</sup> LG Berlin NJW 2004, 781; Meyke S. 74; vgl. auch Gruschwitz S. 287.

- keit, eine solche Schriftsatzfrist beantragen zu können, hinweisen.<sup>1642</sup> Wird ein nachgelassener Schriftsatz mit neuem entscheidungserheblichem Vortrag eingereicht, muss die mündliche Verhandlung gemäß § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wieder eröffnet oder nach § 128 Abs. 2 ZPO in das schriftliche Verfahren übergegangen werden.<sup>1643</sup> Wird der Schriftsatz verspätet eingereicht, gilt § 283 S. 2 ZPO.<sup>1644</sup>
- 768 (7) Will das Gericht – etwa aufgrund eines Wechsels auf der Richterbank<sup>1645</sup> – von seiner in einer Verfügung geäußerten Auffassung (auch in einem früher zwischen den Parteien geführten Rechtsstreit)<sup>1646</sup> abweichen, muss es der Partei Gelegenheit geben, dazu Stellung zu nehmen,<sup>1647</sup> und zwar auch dann, wenn in dem Hinweis nur eine „vorläufige“ Rechtsansicht mitgeteilt wird.<sup>1648</sup> Unzulässig ist es auch, wenn das Gericht nach mündlicher Verhandlung zunächst die Bestimmung eines neuen Termins von Amts wegen ankündigt, aber dann entgegen dieser Ankündigung ohne weiteren Hinweis in der Sache selbst entscheidet,<sup>1649</sup> oder wenn es nicht wie angekündigt, sondern anders entscheidet, ohne die Änderung seiner Rechtsansicht mitgeteilt und die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben zu haben.<sup>1650</sup>
- (8) Aktenkundigmachen
- 769 Das Aktenkundigmachen gemäß § 139 Abs. 4 S. 1 ZPO geschieht außerhalb der mündlichen Verhandlung durch einen Hinweisbeschluss,<sup>1651</sup> eine Hinweisverfügung<sup>1652</sup> (theoretisch auch in Form einer E-Mail)<sup>1653</sup> oder einen Aktenvermerk über einen telefonischen Hinweis<sup>1654</sup> (wobei der Hinweis „vollständig dokumentiert werden [muss], so dass sich nachvollziehbar aus den Akten ergibt, wer wann wem gegenüber welchen Hinweis gegeben hat“)<sup>1655</sup> in der mündlichen Verhandlung gemäß § 160 Abs. 2 ZPO regelmäßig durch einen Protokollvermerk<sup>1656</sup> und nur ganz ausnahmsweise im Tatbestand des Urteils<sup>1657</sup> (wozu auch tatbestandliche Feststellungen in den Entscheidungsgründen zählen<sup>1658</sup>): Dabei ist eine ansatzweise inhaltliche Wiedergabe des erteilten Hinweises erforderlich:
- 770 • Der bloße Vermerk, die Sach- und Rechtslage sei mit den Parteien (ausführlich) erörtert worden, genügt nicht,<sup>1659</sup>
- 771 • Nicht genügt auch die Bemerkung im Urteil, die Partei sei „auf die veränderte Beurteilung [...] hingewiesen“ worden<sup>1660</sup> oder „der nur pauschale und unsubstantiierte Vor-

<sup>1642</sup> BGH 8.10.2009 – IX ZR 235/06, BeckRS 2009, 28207 Tz. 8; wohl auch BGH 15.12.2011 – IX ZR 86/10, BeckRS 2012, 69 Rn. 3; OLG Hamm NJW 2003, 2543; OLG Celle OLGReport 2004, 104; OLG Rostock OLGReport 2004, 382; aA Jaeger S. 25.

<sup>1643</sup> BGH NJW 1999, 2123, stRspr, etwa BGH NJW-RR 2014, 177 (für das Berufungsverfahren).

<sup>1644</sup> BGH NJW-RR 2014, 505.

<sup>1645</sup> OLG Köln 30.7.2014 – 17 U 62/13, NJOZ 2015, 768.

<sup>1646</sup> BGH NZG 2020, 317.

<sup>1647</sup> BVerfG NJW 1996, 3202; 2021, 2581; BGH NJW 2002, 3317 (3320), stRspr, etwa GRUR 2011, 851 – Werkstück und NJW 2014, 2796.

<sup>1648</sup> BVerfG NJW 2021, 2581.

<sup>1649</sup> BGH NJW-RR 2006, 1628.

<sup>1650</sup> BGH NJW-RR 2008, 176; OLG Hamm FamRZ 2016, 1289.

<sup>1651</sup> BGHZ 164, 166 (173); ThürVerfGH NVwZ-RR 2005, 145 (148); MüKoZPO/Fritsche § 139 Rn. 54; Oberheim Taktik Rn. 1519.

<sup>1652</sup> Oberheim Taktik Rn. 1519.

<sup>1653</sup> Oberheim Taktik Rn. 1519.

<sup>1654</sup> Vgl. RegE ZPO-RG, S. 78; BGHZ 164, 166 (173); ThürVerfGH NVwZ-RR 2005, 145 (148); OLG Bremen NJW-RR 2013, 573; MüKoZPO/Fritsche § 139 Rn. 54; Oberheim Taktik Rn. 1519; Hk-ZPO/Wöstmann § 139 Rn. 10.

<sup>1655</sup> BVerfG NJW 2018, 3634 Rn. 36.

<sup>1656</sup> Grdl. BSG NJW 1991, 1909; ferner BGHZ 164, 166 (172 f.), BGH MDR 2011, 1490 und NJW-RR 2012, 1506.

<sup>1657</sup> So zu Recht auch zur Verhinderung arbeitssparender Umgehungsversuche BGHZ 164, 166 (173) = NJW 2006, 60; OLG Frankfurt MDR 2005, 647; Hk-ZPO/Wöstmann § 139 Rn. 10; Oberheim Taktik Rn. 1519; abl. ThürVerfGH NVwZ-RR 2005, 145 (148); Zöller/Greger § 139 Rn. 13; BeckOK ZPO/v. Selle § 139 Rn. 52 mwN.

<sup>1658</sup> OLG Frankfurt MDR 2005, 647.

<sup>1659</sup> Grdl. BSG NJW 1991, 1909; ferner BGH 25.10.2005 – X ZR 194/04, NJOZ 2006, 509; NJW-RR 2010, 70; NJW 2020, 2730 Rn. 22; ThürVerfGH NVwZ-RR 2005, 145 (148).

<sup>1660</sup> BGH BauR 2006, 2096.