

Arbeitsgemeinschaft Zivilrecht:
Lösungen zum Thema Verspätetes Vorbringen

Fall 1

I. Bedenken gegen die **Zulässigkeit der Klage** sind nicht ersichtlich.

II. Schlüssigkeit der Klage

Aus dem Klagevorbringen ergibt sich ein **Anspruch** auf Zahlung von 12.000 Euro aus **§ 433 Abs. 1 BGB**.

III. Erheblichkeit des Beklagtenvorbringens

1. Aus dem Beklagtenvortrag könnte sich ein Recht zum **Rücktritt** vom Kaufvertrag wegen Mängeln (§ 437 Nr. 2 mit § 326 Abs. 5 BGB) und damit der Wegfall der Kaufpreisforderung ergeben.

- a) Die vom Beklagten behauptete Erklärung, das Fahrzeug sei **unfallfrei**, stellt zumindest eine **Beschaffenheitsvereinbarung** im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB dar.
- b) Das verkaufte Fahrzeug hat dieser Vorgabe zum Zeitpunkt der **Übergabe** nicht entsprochen, denn es hatte nach dem eigenen Vortrag des Klägers einen **Unfall** mit nicht unerheblichen Schäden erlitten (vgl. BGH NJW 2008, 53).
- c) Eine **Fristsetzung** ist abweichend von § 323 Abs. 1 BGB hier **nicht erforderlich**. Das Rücktrittsrecht ergibt sich bereits aus § 326 Abs. 5 BGB. Das verkaufte Auto kann nicht mehr unfallfrei gemacht werden (vgl. dazu BGH NJW 2008, 53 Rn. 23).
- d) Der im Formularvertrag enthaltene **Gewährleistungsausschluss** wäre gemäß § 444 BGB **unwirksam**. Der Kläger hat nach seinem eigenen Vorbringen vom Unfall **gewusst**. Wenn er ihn trotz Befragens geleugnet hat, läge darin ein **arglistiges Verschweigen** eines Mangels (vgl. Palandt/Weidenkaff, 78. Auflage, § 444 BGB Rn. 11, § 442 Rn. 18 und Palandt/Ellenberger, § 123 BGB Rn. 7: Auf Unfallbeschädigungen muss der Verkäufer in der Regel sogar ungefragt hinweisen).

e) **Zwischenergebnis:**

Der Beklagte ist, wenn man seinen Tatsachenvortrag zu Grunde legt, wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten. Der Beklagtenvortrag ist also **erheblich**.

2. Fraglich ist, ob das Vorbringen des Beklagten trotz **Versäumung der Frist** für die Klageerwiderung noch berücksichtigt werden darf oder ob es gemäß § 296 ZPO **zurückzuweisen** ist. Von den verschiedenen Tatbeständen in § 296 Abs. 1 bis 3 ZPO kommt hier derjenige des Abs. 1 in Betracht.

- a) Die **Klageerwiderung** ist erst **nach** Ablauf der hierfür gesetzten Frist bei Gericht eingegangen. Die dreiwöchige Frist hat mit Zustellung der Klage am 05.12.2018 begonnen und (wegen des Feiertags am 26.12.) mit Ablauf des 27.12.2018 geendet.
- b) Die in **§ 275 Abs. 1 Satz 1 ZPO** vorgesehene Frist zur Klageerwiderung vor dem frühen ersten Termin gehört zu den in **§ 296 Abs. 1 ZPO** (abschließend) **aufgezählten** Fristen.

c) Zu prüfen ist, ob die Frist **wirksam** gesetzt worden ist.

Dies setzt **allgemein** Folgendes voraus (zum Ganzen auch BGH NJW 1980, 1167):

- (1) Die Fristsetzung muss klar und eindeutig **erkennbar** sein.
- (2) Der **zuständige Richter**, in der Kammer also der **Vorsitzende** oder ein vom ihm **bestimmtes** Kammermitglied (§ 275 Abs. 1 Satz 1 ZPO) muss die Frist gesetzt haben.
- (3) Die Verfügung, in der die Frist gesetzt wird, muss **unterschrieben** sein.
- (4) Die Verfügung muss ordnungsgemäß **zugestellt** worden sein (§ 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO).
- (5) Eine gesetzlich (hier gemäß § 277 Abs. 2 ZPO) vorgeschriebene **Belehrung** über die Folgen einer Fristversäumung muss erteilt worden sein.
- (6) Die Dauer der Frist muss **angemessen** sein.
Dafür reicht die Einhaltung der gesetzlichen **Mindestfrist** von zwei Wochen (§ 277 Abs. 3 ZPO) **nicht** ohne weiteres aus; maßgeblich sind vor allem **Umfang** und **Schwierigkeit** der Sache.

Anmerkung: Die vorstehende Aufzählung ist nur als Checkliste gedacht. In einem Urteil oder einer Klausur wäre es verkehrt, stets jeden Punkt zu erörtern. Es genügt, auf diejenigen Punkte einzugehen, die problematisch sind. Gibt es keinen solchen Punkt, reicht der Hinweis, dass Bedenken gegen die Wirksamkeit der Fristsetzung nicht ersichtlich sind.

Hier braucht auf die aufgezählten Voraussetzungen **nicht** im Einzelnen eingegangen zu werden. Es sind **keine Fehler ersichtlich**. Insbesondere ist eine Erwidernsfrist von drei Wochen angesichts des überschaubaren Klagevortrags ausreichend lang bemessen.

d) Der Beklagte hat die Verspätung **nicht** genügend **entschuldigt**.

Im Falle des § 296 Abs. 1 ZPO liegt es grundsätzlich an der **Partei**, etwaige Entschuldigungsgründe **vorzutragen** und ggf. **glaubhaft** zu machen (§ 296 Abs. 4 ZPO). Das **Gericht** muss aber darauf **hinweisen**, dass eine Anwendung des § 296 Abs. 1 ZPO in Betracht kommt – sofern sich nicht schon der Gegner auf die Vorschrift berufen hat.

Hier hat der Beklagtenanwalt nur dargelegt, weshalb **er selbst** nicht früher tätig werden konnte. Gründe, weshalb der **Beklagte** erst so spät etwas unternommen hat, sind **nicht** vorgetragen. Damit ist die Verspätung **nicht** genügend entschuldigt.

e) Entscheidend ist damit, ob die Zulassung des Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreits **verzögern** würde.

(1) Eine Verzögerung liegt vor, wenn der Rechtsstreit bei Zulassung des Vorbringens länger dauert.

(a) **Umstritten** war, was als **Vergleichsmaßstab** heranzuziehen ist:

- In der Anfangszeit nach Einführung des § 296 ZPO ist häufig vertreten worden, es komme darauf an, ob der Rechtsstreit bei Berücksichtigung des verspäteten Vortrags länger dauert, als er bei **rechtzeitigem Vortrag** gedauert hätte (sog. **relativer Verzögerungsbegriff**).
- Nach der Gegenauffassung ist dagegen entscheidend, ob der Rechtsstreit bei Berücksichtigung des verspäteten Vortrags länger dauert, als er bei **Nichtzulassung** dauern würde (sog. **absoluter Verzögerungsbegriff**).

In der **Rechtsprechung** hat sich im Grundsatz der **absolute Verzögerungsbegriff** durchgesetzt (BGH NJW 1979, 1988, im Anschluss an die gleichlautende Rechtsprechung zum früheren § 279 Abs. 1 ZPO a.F.). Das BVerfG hat dies (vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 1 GG) gebilligt, allerdings mit der **Einschränkung**, eine Präklusion sei verfassungswidrig, wenn **ohne jeden Aufwand erkennbar** ist, dass die Verspätung **nicht kausal** für eine Verzögerung ist (BVerfG NJW 1987, 2733, 2735).

- (b) **Hier** führt die Berücksichtigung des Beklagtenvortrags zu einer **Verzögerung** im Sinne des absoluten Verzögerungsbegriffs. Der Kläger hat die Behauptung über die Angaben zum Unfall schon in der Klageschrift bestritten. Deshalb ist bei **Berücksichtigung** der Klageerwiderung über diese Frage **Beweis** zu erheben. Bei **Zurückweisung** des Vorbringens könnte der (schlüssigen) Klage dagegen sofort **stattgegeben** werden; der Rechtsstreit wäre (in der vorliegenden Instanz – nur darauf kommt es an) alsbald **beendet**. Dass der Rechtsstreit bei **rechtzeitiger Klageerwiderung** ebenso lange gedauert hätte, ist jedenfalls **nicht offensichtlich**: Zwar ist **denkbar**, dass das Gericht auch dann zum frühen ersten Termin noch keine Zeugen geladen hätte. Es ist aber zumindest **nicht ausgeschlossen**, dass dies doch geschehen wäre; dann hätte die erforderliche Beweisaufnahme schon im ersten Termin durchgeführt werden können.

- (c) **Zwischenergebnis**: Bei Berücksichtigung des verspäteten Vortrags würde eine **Verzögerung** im Sinne des § 296 Abs. 1 ZPO eintreten.

- (2) In der **Literatur** wird zum Teil vertreten, Angriffs- und Verteidigungsmittel, die bis zum **frühen ersten Termin** vorgebracht würden, dürften nie zurückgewiesen werden. § 296 ZPO solle nur gewährleisten, dass der Rechtsstreit in dem in § 272 Abs. 1 ZPO vorgesehenen **Haupttermin** erledigt werden könne.

- (a) Die **Rechtsprechung** ist dieser Auffassung **nicht** gefolgt: Der frühe erste Termin sei vom Gesetzgeber als **vollwertiger Verhandlungstermin** vorgesehen, der in geeigneten Fällen bereits zu einem streitigen Urteil führen solle. Angesichts dessen entspreche es der allgemeinen **Beschleunigungstendenz** des Gesetzes, die Bemühungen des Gerichts um eine Erledigung schon in diesem Stadium über § 296 Abs. 1 ZPO abzusichern (BGH NJW 1983, 575, 576 f.). Nur eine Zurückweisung nach § 296 Abs. 2 und § 282 Abs. 1 ZPO ist im frühen ersten Termin unzulässig (BGH NJW 2012, 3787 Rn. 6).

Etwas **anderes** gilt nur, wenn der frühe erste Termin (entgegen den gesetzlichen Vorgaben) als bloßer „**Durchlauftermin**“ anberaumt ist, d.h. wenn aufgrund der Termingestaltung von vornherein **ausgeschlossen** ist, dass der Streit ohne Haupttermin entschieden werden kann (BGH NJW 1983, 575, 577; BGH NJW-RR 2005, 1296). Dies dürfte sich mit dem oben dargestellten Vorbehalt des BVerfG decken. Zum Tragen kommt diese Einschränkung zum einen bei Fällen, die schon nach dem Klagevorbringen **offensichtlich schwierig** und kompliziert sind (so BGH NJW 1987, 500 für einen

komplizierten Arzthaftungsprozess) oder – in krassen Ausnahmefällen – wenn eine sinnvolle Verhandlung schon aufgrund der **Terminsituation** ausgeschlossen war (dazu BVerfG NJW 1985, 1149, 1150: Neben der in Rede stehenden Sache waren noch über fünfzig(!) weitere Termine auf 9:00 Uhr anberaumt worden).

- (b) **Hier** ist der Sachverhalt **nicht** besonders **schwierig**, und zumindest aus den mitgeteilten Informationen lässt sich **nicht** entnehmen, dass erkennbar nur ein **Durchlauftermin** geplant war. Eine Zurückweisung ist unter diesem Aspekt also nicht ausgeschlossen.
- (3) Eine Zurückweisung darf unabhängig davon nur dann erfolgen, wenn das **Gericht** zuvor alle zumutbaren **Maßnahmen** ergriffen hat, um eine Verspätung **auszugleichen** (BGH NJW 1979, 1988; NJW 1980, 945, 946; NJW 1980, 1102, 1103 f.). Zu den danach zu ergreifenden Maßnahmen gehören insbesondere **vorbereitende Anordnungen** gemäß § 273 ZPO, also auch die **Ladung von Zeugen** zum Verhandlungstermin, sofern dies zeitlich noch möglich ist. **Hier** hätte das Gericht gemäß § 273 Abs. 2 Nr. 4 ZPO die von Kläger und Beklagten für den Inhalt des Gesprächs genannten **Zeugen** zum Termin **laden** können. Hierfür stand nach Eingang der Klageerwiderung noch **genügend Zeit** zur Verfügung.
- f) **Ergebnis:** Der Vortrag in der Klageerwiderung darf **nicht** zurückgewiesen werden, weil das Gericht nicht alle zumutbaren Maßnahmen zur **Terminvorbereitung** getroffen hat.

Fall a (2)

I. Zum Sach- und Streitstand

Die bisherige **Beweisaufnahme** hat **nichts** dafür ergeben, dass der Kläger den Unfall **verschwiegen** hat. Die **Beweislast** für eine derartige Erklärung liegt beim **Beklagten**, denn er macht geltend, dass der in den AGB enthaltene Gewährleistungsausschluss wegen § 444 BGB unwirksam ist.

Der Beklagte hat für seine Behauptung aber noch eine **weitere Zeugin** angeboten. Dieses Beweisangebot darf grundsätzlich nicht übergangen werden.

II. Zurückweisung als verspätet?

Zu prüfen bleibt, ob das Beweisangebot gemäß § 296 Abs. 1 ZPO als **verspätet** zurückzuweisen ist.

1. Das Beweisangebot ist – wie der gesamte Vortrag in der Klageerwiderung – **nach** Ablauf der gemäß § 275 Abs. 1 Satz 1 ZPO (wirksam) bestimmten Frist eingegangen.
2. Die Verspätung ist **nicht** genügend **entschuldigt**.
3. Durch die Berücksichtigung des Beweisangebots wird die Erledigung des Rechtsstreits **verzögert**. Es müsste ein Termin zur **Fortsetzung der Beweisaufnahme** bestimmt werden. Bliebe das Beweisangebot unberücksichtigt, könnte dagegen durch (der Klage stattgebendes) **Urteil** entschieden werden.

4. Fraglich ist, ob diese Verzögerung noch auf dem Verhalten des Beklagten **beruht**.
- Die Verzögerung beruht hier **nicht** auf Versäumnissen des **Gerichts**. Dieses hat die ihm obliegende Pflicht zu einer ausreichenden Vorbereitung des Termins erfüllt, denn es hat alle Zeugen zum Termin geladen.
 - Eine Zurückweisung nach § 296 ZPO ist auch dann **ausgeschlossen**, wenn die Verzögerung auf dem Verhalten **Dritter** beruht, für die die Partei, die verspätet vorgetragen hat, nicht einzustehen hat (BGH NJW 1982, 2559, 2561).
Hier ist der Fortsetzungstermin erforderlich, weil die als Zeugin benannte Tochter des Beklagten trotz **ordnungsgemäßer Ladung** nicht erschienen ist. Die dem Beklagten zur Last fallende Verspätung hat sich insoweit nicht ausgewirkt, denn die Zeugenladung ist trotz des verspäteten Vortrags noch **angemessene Zeit** vor dem Termin erfolgt. Für das Verhalten von ordnungsgemäß geladenen Zeugen sind die Parteien **nicht verantwortlich**. Dass es sich bei der Zeugin hier um die – volljährige – Tochter des Beklagten handelt, ändert daran nichts.
5. **Ergebnis:** Das Beweisangebot darf **nicht zurückgewiesen** werden, weil die Verzögerung nicht auf dem Verhalten des Beklagten beruht. Es muss ein Termin zur **Fortsetzung der Beweisaufnahme** und der mündlichen Verhandlung bestimmt werden.

Fall b (1)

I. Sach- und Streitstand

Ebenso wie im vorangegangenen Fall ist das behauptete arglistige Verschweigen noch **nicht bewiesen**. Fraglich ist, ob auch hier noch die Tochter des Beklagten (und ggf. der gegenbeweislich benannte Sohn des Klägers) vernommen werden muss.

II. Zurückweisung als verspätet?

Der unter Beweis gestellte Vortrag könnte wiederum nach **§ 296 Abs. 1 ZPO** zurückzuweisen sein.

- Zu **Fristversäumung**, fehlender **Entschuldigung** und **Verzögerung** gilt dasselbe wie zu Fall a (2).
- Fraglich ist, ob die drohende Verzögerung auf der Verspätung des Beklagten **beruht**. Zwar wäre ein Fortsetzungstermin auch hier nicht erforderlich, wenn alle geladenen Zeugen erschienen wären. Hier war der Tochter des Beklagten aber noch keine Ladung zugegangen. Dies wiederum beruht auf der dem Beklagten zur Last fallenden Verzögerung. Durch die **späte Einreichung** des Schriftsatzes hat er gerade das **Risiko** geschaffen, dass die – vom Gericht unverzüglich herausgegebene – Ladung die Zeugin nicht mehr erreicht hat (vgl. zum Ganzen BGH NJW 1989, 719 f.).
Dass sich die Zeugin gegenüber dem Beklagten **bereit erklärt** hatte, dennoch zu erscheinen, ist unerheblich. Das Risiko, dass ein **nicht geladener** (und deshalb zum Erscheinen nicht verpflichteter) Zeuge nicht erscheint, geht stets zu Lasten der **Partei**, die sich auf das freiwillige Erscheinen verlässt (BGH NJW 1989, 719, 720).
- Ergebnis:** Das weitere Beweisangebot des Beklagten ist **zurückzuweisen**.

III. Weiteres Verfahren

Die **Zurückweisung** verspäteten Vorbringens gemäß § 296 ZPO geschieht nicht in einem gesonderten Beschluss, sondern in den **Entscheidungsgründen** des – ohne Berücksichtigung des verspäteten Vortrags ergehenden – **Urteils**.

Hier ist also die **mündliche Verhandlung** zu **schließen** und auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstandes ein (der Klage stattgebendes) **Urteil** zu erlassen, in der Regel in einem am Ende der mündlichen Verhandlung bestimmten Verkündungstermin.

Fall b (2)

Fraglich ist, ob die erschienenen **Zeuginnen** vernommen werden müssen oder ob der zugrunde liegende Vortrag als **verspätet** zurückzuweisen ist.

1. Zur **Verspätung** und zur fehlenden **Entschuldigung** gilt dasselbe wie oben.
2. Fraglich ist, ob durch die Berücksichtigung des verspäteten Vortrags die Erledigung des Rechtsstreits **verzögert** wird.
 - a) Durch die **Vernehmung** der vom Beklagten benannten Zeuginnen tritt noch **keine relevante Verzögerung** auf. Zwar kann diese Vernehmung geraume Zeit in Anspruch nehmen. Dies ist jedoch unerheblich. **Entscheidend** ist allein, ob die erforderliche Vernehmung noch **in dem bereits begonnenen Termin** erfolgen kann. Dass dadurch der Terminkalender durcheinandergebracht wird, reicht für eine Zurückweisung nicht aus. Etwas anderes gilt allenfalls dann, wenn die Beweisaufnahme ganz besonders zeitaufwendig ist.
 - b) Eine relevante Verzögerung tritt aber deshalb ein, weil bei einem für den Beklagten positiven Verlauf der Beweisaufnahme auch der vom Kläger **gegenbeweislich** benannte Zeuge vernommen werden müsste. Sofern der Beweis Antrag den vom Beklagten erhofften Erfolg hätte, müsste also ein **Fortsetzungstermin** bestimmt werden; eine sofortige Erledigung des Rechtsstreits wäre nicht mehr möglich. Diese **mittelbare Verzögerung** reicht für die Anwendung des § 296 ZPO aus (BGH NJW 1982, 1535, 1536; das BVerfG hat diese Rechtsprechung nicht beanstandet, vgl. dazu BVerfG NJW 1983, 2187 f.).
3. Zu **prüfen** bleibt, ob die Verzögerung durch ordnungsgemäße **Prozessvorbereitung** seitens des **Gerichts** vermeidbar gewesen wäre.
 - a) Zu einer **sofortigen Ladung** der Zeugen war das Gericht hier **nicht** mehr verpflichtet. Nach Eingang der Klageerwiderung standen nicht einmal mehr zwei volle Arbeitstage zur Verfügung, um die Erheblichkeit der darin enthaltenen Beweisangebote zu prüfen. Bei Einhaltung des normalen Geschäftsgangs war das **nicht ausreichend**. Zu **Eilanordnungen** ist das Gericht in einer solchen Situation **nicht** verpflichtet (BGH NJW 1980, 1102, 1103 f.; vgl. auch BGH NJW 1999, 3272, 3273 unter II 3).
 - b) Zu prüfen bleibt, ob das Gericht verpflichtet war, den vom Kläger nur vorsorglich und gegenbeweislich benannten Zeugen schon von vornherein, also quasi **auf Verdacht** zu laden. Dafür könnte sprechen, dass der Inhalt der Vertragsverhandlungen schon in der Klageschrift als streitig dargestellt worden war.

Dies ginge nach Auffassung des BGH aber **zu weit**: Auch bei Kenntnis des vorprozessualen Streitstandes könne das Gericht nicht zuverlässig vorhersehen, wie sich der Beklagte verteidigen werde. Dies kommt auch in § 273 Abs. 3 ZPO zum Ausdruck, wonach Zeugen nur geladen werden sollen, wenn der Beklagte dem Anspruch bereits (*im Prozess*) widersprochen hat (zum Ganzen BGH NJW 1987, 499).

4. **Ergebnis**: Der verspätete Vortrag des Beklagten ist gemäß § 296 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Die mündliche **Verhandlung** ist ohne Zeugenvernehmung zu **schließen** und der Klage durch **Urteil** stattzugeben.

Fall b (3)

I. Ausgangslage

Soweit der Beklagte sich auf das **Verschweigen** des Unfalls beruft, ist sein Vortrag nach den Darlegungen zu den Fällen b (2) und b (3) als **verspätet** zurückzuweisen. Zu prüfen bleibt, ob dasselbe auch für die jetzt **zusätzlich** vorgetragenen Einwendungen gilt.

II. Erheblichkeit des neuen Vorbringens

Aus dem neuen Vorbringen könnte sich ebenfalls ein Rücktrittsrecht (§ 437 Nr. 2 mit § 326 Abs. 5 BGB) ergeben.

1. Die vorgetragene Abweichung hinsichtlich der Laufleistung begründet eine Abweichung von einer **vertraglich vereinbarten Eigenschaft** im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB.
2. Eine **Nachbesserung** ist auch insoweit **unmöglich**.
3. Der in den AGB enthaltene **Gewährleistungsausschluss** wäre auch insoweit gemäß § 444 BGB **unwirksam**, denn der Kläger hat die Laufleistung nach dem Vortrag des Beklagten **arglistig** falsch angegeben.
4. **Ergebnis**: Auch das neue Vorbringen des Beklagten ist **erheblich**.

III. Zurückweisung als verspätet?

Zu prüfen bleibt, ob das Vorbringen gemäß § 296 Abs. 1 ZPO als **verspätet** zurückzuweisen ist.

1. Auch insoweit ist die gemäß § 275 Abs. 1 Satz 1 ZPO (wirksam) gesetzte **Frist** zur Klageerwiderung ohne genügende Entschuldigung **versäumt** worden.
2. Fraglich ist, ob die Berücksichtigung des Vorbringens zu einer **Verzögerung** führt.
 - a) **Keine** (relevante) Verzögerung träte ein, wenn das Vorbringen **unstreitig** bliebe. Zwar kann auch die rechtliche Prüfung von unstreutigem Tatsachenvortrag mit erheblichem Zeitaufwand verbunden sein. **Rechtsanwendung** ist jedoch stets Aufgabe des **Gerichts** (*iura novit curia*). Die Dispositionsbefugnis der **Parteien** erstreckt sich nur auf die der Entscheidung zu Grunde liegenden **Tatsachen**. Nur insoweit können die Parteien (durch Geständnis, Nichtbestreiten und Bestreiten) bestimmen, inwieweit Beweis erhoben werden muss. Nur in diesem Bereich greift deshalb der Zweck des § 296 ZPO, die Parteien durch drohende Präklusion zu zügiger Prozessführung zu veranlassen. § 296 ZPO erfasst deshalb nur **streitigen Tatsachenvortrag** der Parteien. **Unstreitiges** Vorbringen kann demgegenüber **nicht** als verspätet zurückgewiesen werden (vgl. BGH NJW 1980, 945, 947).

- b) **Hier** ist der neue Vortrag des Beklagten **bisher** noch **nicht** wirksam bestritten. Der Erklärung des Klägeranwalts, er könne zu dem Ganzen nichts sagen, lässt sich nicht entnehmen, ob und inwieweit der Vortrag bestritten werden soll.
Es reichte hier auch **nicht** aus, wenn der Klägeranwalt (was in solchen Situationen oft vorkommt) den Vortrag mit **Nichtwissen** bestreiten würde. Dies wäre nach § 138 Abs. 4 ZPO unzulässig, weil der Vortrag **eigene Handlungen** des Klägers betrifft.
- c) Der Klägeranwalt kann jedoch ein **Schriftsatzrecht** gemäß § 283 ZPO beantragen, weil ihm das gegnerische Vorbringen nicht rechtzeitig (§ 132 Abs. 1 ZPO: mindestens eine Woche) vor dem Termin mitgeteilt worden ist.
Auch damit tritt an sich eine **Verzögerung** ein, denn eine Entscheidung kann erst nach Eingang des nachgelassenen Schriftsatzes (und einer daran anschließenden Bearbeitungszeit für das Gericht) ergehen. Dies reicht für die Anwendung des § 296 Abs. 1 ZPO aber **nicht** aus (BGH NJW 1985, 1556, 1558; NJW 1985, 1539, 1543): Die Schriftsatzfrist dient erst dazu, feststellen zu können, ob eine für § 296 ZPO relevante Verzögerung eintritt.

IV. Weiteres Verfahren

Das weitere Verfahren hängt vom Verhalten der Parteien ab:

1. Wenn der Klägeranwalt trotz entsprechenden Hinweises **kein Schriftsatzrecht** gemäß § 283 ZPO **beantragt**, gilt der Vortrag des Beklagten gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als **zugestanden**. Der Rechtsstreit ist dann **entscheidungsreif**; die Klage muss **abgewiesen** werden.
2. Lässt sich der Klägeranwalt ein **Schriftsatzrecht** einräumen, hängt das weitere Vorgehen vom Inhalt des nachgelassenen Schriftsatzes ab:
 - a) Sofern das neue Vorbringen **bestritten** wird, ist der Vortrag des Beklagten gemäß § 296 Abs. 1 ZPO als verspätet **zurückzuweisen**, denn bei Berücksichtigung seines Vorbringens müsste dann Beweis erhoben werden, während im Falle der Zurückweisung ein (der Klage **stattgebendes**) Urteil ergehen kann.
 - b) Sofern das neue Vorbringen **nicht bestritten** wird, ist die Klage **abweisungsreif**.

Fall b (4)

I. Örtliche Zuständigkeit des Gerichts

1. Fraglich ist, ob auch die **Rüge** der fehlenden **Zuständigkeit** als **verspätet** zurückgewiesen werden kann.
 - a) Die Zurückweisung von Vorbringen zur **Zulässigkeit** der Klage bestimmt sich nach **§ 296 Abs. 3 ZPO**. Rügen zur Zulässigkeit können danach nur dann zurückgewiesen werden, wenn der Beklagte auf sie **verzichten** kann.
 - b) Ob die Rüge der **örtlichen Unzuständigkeit** in diesem Sinne verzichtbar ist, wird in der Literatur **unterschiedlich** beurteilt. Im **Ergebnis** besteht jedoch **Einigkeit** darüber, dass **§ 39 ZPO** dem § 296 Abs. 3 ZPO als **Sonderregelung** vorgeht (Zöller/Greger, 32. Auflage, § 296 ZPO Rn. 8a und Zöller/Schultzky, § 39 Rn. 5).

c) **Zwischenergebnis:**

Die Zuständigkeitsrüge kann **nicht** gemäß § 296 Abs. 3 ZPO zurückgewiesen werden. Sie kann vielmehr bis zur mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache erhoben werden. Die **hier** erhobene Rüge ist damit noch **rechtzeitig**.

2. Es ist also zu **prüfen**, ob das Gericht **örtlich zuständig** ist.

- a) Aufgrund des – durch die Zustellungsurkunde belegten – Vortrags des Beklagten ist zumindest zweifelhaft, ob der **allgemeine Gerichtsstand** des § 13 ZPO zum Zeitpunkt der **Zustellung** (spätere Änderungen wären nach § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO unerheblich) noch in Mannheim war. Etwaige Zweifel gehen zu Lasten des Klägers.
- b) Die Zuständigkeit des LG Mannheim könnte sich aber aus **§ 29 Abs. 1 ZPO** ergeben. Der **Erfüllungsort** für die eingeklagte Kaufpreisforderung lag gemäß § 269 Abs. 1 BGB am **Wohnsitz** des Beklagten zur Zeit der Entstehung des **Schuldverhältnisses**. Bei Abschluss des Kaufvertrages hat der Beklagte noch in Mannheim gewohnt.
- c) **Ergebnis:** Das LG Mannheim ist gemäß § 29 Abs. 1 ZPO **örtlich zuständig**.

II. Zur Ergänzung: Voraussetzungen einer Zurückweisung nach § 296 Abs. 3 ZPO

1. Der Anwendungsbereich der Vorschrift

Eine Zurückweisung nach § 296 Abs. 3 ZPO ist nur in seltenen Fällen möglich. Die meisten Zulässigkeitsvoraussetzungen unterliegen nicht der Parteidisposition.

Verzichtbare Zulässigkeitsrügen (auch als **prozessuale Einreden** bezeichnet) sind nur:

- Einrede der fehlenden **Ausländersicherheit**, § 110 ZPO (Grund: die Sicherheit muss nur „auf ... Verlangen“ des Klägers erbracht werden).
- Einrede der fehlenden **Kostenerstattung** aus einem denselben Gegenstand betreffenden **Vorprozess**, § 269 Abs. 6 ZPO (Grund: der Beklagte „kann“ die Einlassung aus diesem Grund verweigern).
- Rüge der fehlenden **Prozessvollmacht** eines **Rechtsanwalts**, § 88 Abs. 1 ZPO (Grund: das Gericht hat den Mangel der Vollmacht nicht von Amts wegen zu prüfen). Hier ist allerdings umstritten, ob § 88 Abs. 1 ZPO, wonach das Fehlen der Vollmacht in jeder Lage des Verfahrens gerügt werden kann, eine § 296 Abs. 3 ZPO verdrängende Sonderregel ist (so wohl KGReport 2004, 91; für Anwendung des § 296 Abs. 3 Zöller/Greger, 32. Auflage, § 296 Rn. 8a).
- Früher wurde hier ferner die Einrede des **Schiedsvertrages** genannt. Hierfür enthält § 1032 ZPO jetzt aber eine Spezialregelung, die § 296 Abs. 3 ZPO vorgeht.

2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Frage der Verspätung

Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen, sind gemäß **§ 282 Abs. 3 Satz 2 ZPO** innerhalb einer gesetzten Frist zur **Klageerwiderung** vorzubringen.

Selbst wenn keine Frist gesetzt ist, sind sie gemäß § 282 Abs. 3 Satz 1 ZPO **gleichzeitig** und **vor** der mündlichen Verhandlung zur **Hauptsache** vorzubringen.

3. Folgen einer Verspätung

Ist eine Rüge verspätet, so ist sie schon dann zurückzuweisen, wenn der Beklagte die Verspätung nicht genügend **entschuldigt**. Ob eine **Verzögerung** eintritt, ist **unerheblich**.

Fall c**I. Zum Sach- und Streitstand**

In der **Beweisaufnahme** hat sich die Behauptung des Beklagten, der Kläger habe die Unfallschäden arglistig verschwiegen, **nicht** bestätigt. Die Zeuginnen haben übereinstimmend angegeben, dass der Kläger auf den Unfall hingewiesen hat. Arglistig hätte sich der Kläger unter diesen Umständen allenfalls noch dann verhalten, wenn er die entstandenen Schäden bagatellisiert hätte. Auch in dieser Hinsicht haben die Zeuginnen den Vortrag des Beklagten nicht bestätigt. Weitere Beweise für seine Behauptung hat der Beklagte nicht angeboten.

Der Rechtsstreit ist danach **entscheidungsreif**; der Beklagte ist antragsgemäß zu **verurteilen**.

II. Zulässigkeit des neuen Vortrags im Schriftsatz

1. Durch die Bestimmung eines **Verkündungstermins** hat das Gericht die **mündliche Verhandlung geschlossen**. Von diesem Zeitpunkt an gilt für die Zurückweisung verspäteten Vorbringens nicht mehr § 296, sondern **§ 296a ZPO**.

Danach sind Angriffs- und Verteidigungsmittel nach Schluss der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, **generell unzulässig**.

Der neue Tatsachenvortrag im Schriftsatz darf bei der Entscheidung folglich **nicht** berücksichtigt werden.

2. Das Gericht darf den Schriftsatz jedoch nicht ungelesen zur Seite legen. Es muss vielmehr prüfen, ob es in Ausübung des ihm gemäß § 156 ZPO zustehenden **Ermessens** die mündliche Verhandlung **wieder eröffnet**.

Für die Ermessensentscheidung gibt es einige **Leitlinien**:

a) Nach **§ 156 Abs. 2 ZPO** ist die Wiedereröffnung **zwingend**:

- (1) wenn dem Gericht ein entscheidungserheblicher **Verfahrensfehler** unterlaufen ist, insbesondere, wenn es einen gemäß § 139 erforderlichen **Hinweis** nicht erteilt hat;
- (2) wenn nachträglich Tatsachen vorgetragen und glaubhaft gemacht werden, die nach §§ 579, 580 zur **Wiederaufnahme des Verfahrens** führen müssten;
- (3) wenn nach Verhandlung, aber vor Urteilsfällung ein **Richter ausgefallen** oder verhindert ist (vgl. **§ 309 ZPO**: Das Urteil darf nur von den Richtern gefällt werden, die an der vorangegangenen mündlichen Verhandlung teilgenommen haben).

Hier liegt **keiner** dieser Gründe vor.

b) Nach der **Rechtsprechung** ist eine Wiedereröffnung ferner dann zwingend, wenn eine Partei in einem gemäß § 283 ZPO **nachgelassenen** Schriftsatz (zulässigerweise) neue Behauptungen aufstellt, zu denen sich die Gegenseite noch nicht äußern konnte (BGH NJW-RR 2011, 1558 Rn 5).

Auch dies ist **hier nicht** der Fall.

c) In allen anderen Fällen richtet sich die Entscheidung vor allem danach, ob es **nachvollziehbare Gründe** dafür gibt, dass der Vortrag erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgt ist. Für eine Wiedereröffnung kann auch sprechen, wenn sich der Streit bei Berücksichtigung des neuen Vortrags klarer beurteilen lässt als zuvor. In der Praxis bildet die **Wiedereröffnung** aber die **Ausnahme**.

Hier ergeben sich aus dem nachgereichten Schriftsatz **keine** Anhaltspunkte dafür, dass der Vortrag erst jetzt möglich war. Eine Wiedereröffnung ist damit **nicht** veranlasst.

3. Soweit sich der Beklagte auf § 138 BGB beruft, enthält sein Vorbringen keinen neuen Tatsachenvortrag, sondern lediglich **Rechtsausführungen**.
 - a) Rechtsausführungen sind auch nach Schluss der mündlichen Verhandlung **zulässig**. Das Gericht kann und muss über die Rechtslage ohnehin ohne Bindung an die Rechtsauffassung der Parteien entscheiden. Die fehlende Bindung enthebt das Gericht nicht davon, die von den Parteien vertretenen Rechtsauffassungen zur Kenntnis zu nehmen und sich damit in angemessener Weise auseinanderzusetzen. Dies gilt auch dann, wenn die Rechtsausführungen buchstäblich in letzter Minute erfolgen.
 - b) **Inhaltlich** gibt das Vorbringen hier aber keine Veranlassung, von der in § 306 Abs. 1 BGB klar festgelegten Rechtsfolge (Unwirksamkeit nur der unangemessenen Klausel, nicht des gesamten Vertrages) abzuweichen. Besondere Umstände, die den Kaufvertrag ausnahmsweise als sittenwidrig erscheinen ließen, sind nicht ersichtlich. Die Ausführungen des Beklagten sind also zulässig, aber **unzutreffend**.

III. Entscheidung des Gerichts

Das Gericht wird den Beklagten bei dem unter I geschilderten Sach- und Streitstand **antragsgemäß verurteilen**. In den Entscheidungsgründen wird es (unter anderem) darlegen, dass der neue Tatsachenvortrag im Schriftsatz vom 29.03.2019 keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gibt und dass der Vertrag entgegen der Rechtsauffassung des Beklagten nicht gemäß § 138 ZPO nichtig ist.

Fall d

I. Sofortiges Einreichen einer Klageerwiderung

Der Anwalt könnte versuchen, sofort eine **Klageerwiderung** zu erstellen und diese noch per **Fax** oder elektronisch (<http://www.egvp.de>) an das Gericht zu senden. Selbst wenn dies gelänge, müsste er nach den Überlegungen zu Fall b aber damit rechnen, dass der Vortrag gemäß § 296 Abs. 1 ZPO als **verspätet** zurückgewiesen wird.

Die Zurückweisung gemäß § 296 Abs. 1 ZPO hätte auch Konsequenzen in der **Berufungsinstanz**: Der zu Recht zurückgewiesene Vortrag des Beklagten bliebe gemäß § 531 Abs. 1 ZPO auch in der zweiten Instanz ohne weiteres **ausgeschlossen**. Anders wäre es nur, wenn der Vortrag in zweiter Instanz unstrittig würde; dann müsste er berücksichtigt werden (BGH NJW 2005, 291, 292). Damit ist aber kaum zu rechnen.

Nach allem ist das Einreichen einer Klageerwiderung **nicht** mehr ratsam.

II. „Flucht in die Säumnis“

1. Eine Möglichkeit, um die aufgezeigten Nachteile zu umgehen, besteht darin, zunächst **Versäumnisurteil** gegen den Beklagten ergehen zu lassen und die Einwendungen gegen den eingeklagten Anspruch erst in der **Einspruchsbegründung** (§ 340 Abs. 3 ZPO) vorzutragen.
2. Durch den (gemäß § 338 ZPO zulässigen) **Einspruch** wird das Verfahren gemäß § 342 ZPO in die Lage **zurückversetzt**, in der es sich vor Eintritt der Säumnis befand. Dies

bedeutet zwar, dass der Beklagte nach wie vor die ihm gesetzte Frist zur Klageerwiderung versäumt hat, alle Einwendungen gegen die Klage also verspätet sind. Das **Gericht** trifft aber die Pflicht, den gemäß § 341a ZPO zu bestimmenden **Termin** zur mündlichen Verhandlung über den Einspruch und die Hauptsache umfassend **vorzubereiten**. Dazu gehört, die zum Inhalt der Vertragsgespräche benannten Zeuginnen und Zeugen zu laden und diese im Termin zu vernehmen.

Durch den Einspruch gelangt der Beklagte damit im Ergebnis in dieselbe Lage wie in Fall a, wo die Klageerwiderung zwar verspätet, aber doch noch einige Zeit vor dem Verhandlungstermin eingegangen war.

Diese – der Intention des § 296 ZPO eigentlich zuwiderlaufende, aber nach geltendem Recht nicht zu unterbindende – Taktik nennt man **Flucht in die Säumnis**.

3. Die Flucht hat ihren Preis:
 - a) Gemäß § 344 ZPO trägt der Beklagte die durch die Säumnis entstandenen **Mehrkosten**.
 - b) Der Kläger erhält mit dem Versäumnisurteil einen (gemäß § 708 Nr. 1 ZPO ohne Sicherheitsleistung) **vollstreckbaren Titel**. Zwar kann gemäß §§ 719 Abs. 1, 707 ZPO die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung beantragt werden, doch darf auch dies gemäß § 719 Abs. 1 Satz 2 ZPO in der Regel nur gegen Sicherheitsleistung angeordnet werden.
4. Verglichen mit den unter I aufgezeigten Nachteilen ist all dies jedoch das kleinere Übel – sofern die Einwendungen des Beklagten nicht völlig aus der Luft gegriffen sind.

III. „Flucht in die Widerklage“

Eine weitere Möglichkeit, die Zurückweisung zu umgehen, besteht in geeigneten Fällen darin, durch **Widerklage** einen mit dem Klageanspruch in Zusammenhang stehenden Gegenanspruch geltend zu machen.

1. Die Widerklage kann **nicht** gemäß § 296 ZPO als verspätet **zurückgewiesen** werden. Die Vorschrift erfasst ihrem Wortlaut nach nur Angriffs- und Verteidigungsmittel. Darunter versteht man Vorbringen, das zur Begründung oder Abwehr eines gestellten Antrags dient, **nicht** hingegen den **Antrag selbst**.
Eine Widerklage ist (ebenso wie eine Klage, eine Klageänderung oder eine Klageerweiterung) kein **Angriffsmittel**, sondern ein **Angriff**. Sie fällt **nicht** in den Anwendungsbereich des § 296 ZPO. Auch der zur Begründung der Widerklage dienende (und zugleich mit ihr eingereichte) Vortrag darf nicht zurückgewiesen werden.
2. **Hier** bietet es sich demnach an, den Kläger widerklagend auf **Rückzahlung** der auf den Kaufpreis geleisteten 3.000 Euro zu verklagen. Eine solche Widerklage ist **schlüssig**, weil der Beklagte auf der Grundlage seines eigenen Vortrags wirksam zurückgetreten ist und damit einen Rückzahlungsanspruch aus § 346 Abs. 1 BGB erworben hat. Um über die Widerklage entscheiden zu können, ist über dieselbe Frage Beweis zu erheben, die auch für die Begründetheit der Klage von Bedeutung ist.
3. Die Bemühungen des Beklagten blieben hinsichtlich der Klage umsonst, wenn das Gericht dieser gemäß § 301 Abs. 1 ZPO durch **Teilurteil** stattgeben würde. Ein Teilurteil wäre hier aber schon wegen der Gefahr widerstreitender Entscheidungen (vgl. dazu etwa BGH NJW 2004, 1452) unzulässig.

Unabhängig davon, ob ein Teilurteil nach § 301 ZPO zulässig wäre, ist nach der Rechtsprechung des BGH für die Frage der Verspätung aber allein maßgeblich, ob der Rechtsstreit **insgesamt** schneller erledigt werden kann. Dass über einzelne Teile des Streitgegenstands ein gemäß § 301 ZPO zulässiges Teilurteil ergehen könnte, rechtfertigt **keine** Zurückweisung von darauf bezogenen Angriffs- und Verteidigungsmitteln (so für einen aus mehreren selbständigen Rechnungspositionen bestehenden Klageanspruch: BGH NJW 1980, 2355 f.; für Klage und damit in Sachzusammenhang stehende Widerklage: BGH NJW 1981, 1217; NJW 1985, 3079, 3080). Zwar soll eine Zurückweisung in Betracht kommen, wenn der neue Angriff nur den Sinn haben kann, die Verspätungsfolgen zu umgehen, und deshalb **rechtsmissbräuchlich** ist (so vage angedeutet in BGH NJW 1986, 2257, 2258), doch lässt sich dies im Einzelfall kaum feststellen.

Auch im vorliegenden Fall lässt es sich kaum als rechtsmissbräuchlich ansehen, wenn der Beklagte die Konsequenzen aus seinem Standpunkt zieht und die vollständige Rückabwicklung des Kaufvertrages fordert.

4. Im **Ergebnis** kann der Beklagte durch eine Widerklage also erreichen, dass auch hinsichtlich der Klage die angebotenen Beweise erhoben werden. Wegen dieser Wirkungen (die ebenfalls dem Zweck des § 296 ZPO entgegenlaufen, aber in der Praxis kaum zu verhindern sind) spricht man bei dieser Taktik von einer **Flucht in die Widerklage**.
5. Die Widerklage könnte hier daran scheitern, dass der Anwalt bis zum **Verhandlungstermin** keine Zeit mehr hat, einen entsprechenden **Schriftsatz** zu erstellen. Nach dem **Schluss der mündlichen Verhandlung** ist eine Widerklage **nicht** mehr zulässig. Zwar betrifft der dann anwendbare § 296a ZPO ebenfalls nur Angriffs- und Verteidigungsmittel. Aus **§ 261 Abs. 2** (Rechtshängigkeit eines im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs tritt mit Zustellung oder mit Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung ein) und aus **§ 297 ZPO** (Anträge sind in der Verhandlung zu verlesen) wird aber gefolgert, dass auch Sachanträge nur bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zulässig sind (allgemein BGH NJW-RR 2009, 853 Rn 8; für den Fall der Widerklage BGH NJW-RR 1992, 1085).

IV. Ergebnis

Sofern noch genügend Zeit zur Verfügung steht, wird der Anwalt zu einer **Widerklage** raten, andernfalls dazu, zunächst **Versäumnisurteil** ergehen zu lassen. Im zuletzt genannten Fall kann die Widerklage auch zusammen mit dem Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingereicht werden.

V. Ergänzung

Eine weitere – hier nicht einschlägige – Rettungsmöglichkeit besteht, wenn der Kläger zunächst fehlende **materielle Voraussetzungen** für die Begründetheit seiner Klage nachträglich schafft. Typisches Beispiel ist ein Bauunternehmer, der erst im Laufe des Prozesses eine (bei VOB-Verträgen gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B zur Fälligkeit der Vergütung erforderliche) **Schlussrechnung** erstellt. Auf die Erstellung der Schlussrechnung ist § 296 ZPO nicht anwendbar. Sie ist kein (prozessuales) Angriffsmittel, sondern eine materiellrechtliche Anspruchsvoraussetzung (BGH NJW-RR 2004, 167). Auch eine erst in

der Berufungsinstanz erstellte Schlussrechnung muss berücksichtigt werden (BGH NJW-RR 2005, 1687). Entsprechendes gilt, wenn der Beklagte eine Rechtsposition, auf die er eine Einwendung stützt, erst im Laufe des Prozesses durch Abtretung von einem Dritten erwirbt (BGH NJW-RR 2012, 110 Rn. 14).

Fall e

I. Ergänzung des Sachvortrags in der mündlichen Verhandlung

Der Anwalt könnte versuchen, den neuen Vortrag noch im frühen ersten Termin vorzubringen. Nach den Überlegungen zu Fall b (3) droht dann aber die **Zurückweisung** als verspätet. Zwar müsste der (nun persönlich anwesende) Kläger in der Lage sein, zu dem neuen Vortrag sofort Stellung zu nehmen. Sofern er aber den Vortrag zum Einbau des neuen Kilometerzählers bestreitet, führt die Berücksichtigung dieses Vorbringens zu einer Verspätung, weil dann der nicht anwesende Zeuge Röhrig (und eventuell vom Kläger benannte Gegenzeugen) vernommen werden müssten.

Wird der Vortrag mit dieser Begründung zurückgewiesen, kann der Kläger darüber hinaus wegen § 531 Abs. 1 ZPO auch in der **Berufungsinstanz** nicht mehr darauf zurückgreifen.

II. „Flucht in die Säumnis“

Um dieses Ergebnis abzuwenden, kann der Beklagte ein **Versäumnisurteil** herbeiführen. Säumnis liegt nur dann vor, wenn der Beklagte bereits zu **Beginn** des Termins **keine Anträge** stellt; dann ist er nach § 333 ZPO als nicht erschienen anzusehen. Wartet er hingegen ab, bis die erschienenen Zeugen (nach vorheriger Antragstellung) vernommen sind und stellt er lediglich in der **nach** Abschluss der Beweisaufnahme durchzuführenden mündlichen Verhandlung (§ 285 ZPO) keine Anträge mehr, liegt **kein** Fall der Säumnis vor (BGHZ 63, 94, 95).

III. „Flucht in die Widerklage“

Der Beklagte könnte auch hier versuchen, noch in der mündlichen Verhandlung Widerklage zu erheben. Dies hätte die bei Fall d unter III geschilderten Vorteile, dürfte in der vorliegenden Situation aber schon aus **zeitlichen** Gründen nicht möglich sein.

IV. „Flucht in die Berufung“

Vor der ZPO-Reform (also bis Ende 2001) bestand die Möglichkeit, den **Vortrag** zur Laufleistung für die **Berufungsinstanz aufzusparen**. In der Berufungsinstanz galt dann zwar auch § 296 ZPO, doch war das Berufungsgericht aufgrund seiner Pflicht zur Terminvorbereitung gehalten, erforderliche Zeugen zur Verhandlung zu laden.

Seit 2002 ist dieser Ausweg weitgehend verschlossen:

1. Gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO dürfen **neue Tatsachen** in der Berufungsinstanz nur berücksichtigt werden, **soweit** dies **im Gesetz zugelassen** ist.
2. Gemäß § 531 Abs. 2 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur unter **engen Voraussetzungen** zugelassen.
 - a) Soweit ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel bereits in erster Instanz hätte geltend gemacht werden können, darf es nur noch berücksichtigt werden, wenn die Nichtgeltendmachung nicht auf **Nachlässigkeit** beruht.

- b) Neues Tatsachenvorbringen ist trotz Nachlässigkeit zulässig, wenn es unstreitig bleibt (BGHZ 161, 138, 142 ff.).
 - c) Für § 531 Abs. 2 ZPO ist – anders als bei § 296 ZPO – nicht von Bedeutung, ob die Berücksichtigung des Vortrags zu einer **Verzögerung** führt. Ob erforderliche Zeugen noch rechtzeitig geladen werden könnten, ist also unerheblich.
 - d) **Hier** muss sich der Beklagte seine Einschätzung, der Einwand sei nicht relevant, wohl als **Nachlässigkeit** anrechnen lassen. Das – streitige – Vorbringen zum Kilometerstand darf folglich nicht berücksichtigt werden.
3. Nur der **Vollständigkeit** halber: Sofern § 531 ZPO nicht greift, kommen in der **Berufungsinstanz** noch folgende Vorschriften in Betracht:
- a) Nach § 530 und § 296 Abs. 1 ZPO kann Vorbringen zurückgewiesen werden, wenn es nach Ablauf der **Frist** zur **Berufungsbegründung** bzw. **Berufungserwiderung** eingereicht worden ist und dies zu einer **Verzögerung** führt. (Wenn die gesamte Berufungsbegründung verspätet ist, wird die Berufung nach § 522 Abs. 1 ZPO als unzulässig verworfen.)
 - b) Darüber hinaus können Angriffs- und Verteidigungsmittel gemäß § 525 und § 296 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen werden, wenn sie bei Beachtung der allgemeinen Pflicht zur **Prozessförderung** (§ 282 Abs. 1 und 2 ZPO) in **zweiter Instanz** früher hätten vorgebracht werden können. Eine Zurückweisung ist danach nur dann möglich, wenn Berücksichtigung des Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreits **verzögern** würde und die Verspätung auf **grober Nachlässigkeit** beruht. Anders als bei § 296 Abs. 1 und 3 ZPO müssen hier die tatsächlichen Voraussetzungen grober Nachlässigkeit **nachgewiesen** werden (Zöller/Greger, 32. Auflage, § 296 Rn. 30).
 - c) Die Zurückweisung von (verzichtbaren) Rügen zur **Zulässigkeit** der Klage richtet sich nach § 532 ZPO. Bemerkenswert ist dabei vor allem, dass selbst die in erster Instanz rechtzeitig vorgebrachten Rügen in zweiter Instanz innerhalb der Frist zur Berufungsbegründung bzw. Berufungserwiderung **nochmals** erhoben werden müssen. Eine Zurückweisung solcher Rügen auf der Grundlage von § 296 Abs. 2 ZPO ist nicht möglich (BGH NJW-RR 2006, 496 Rn. 6)
 - d) Die **örtliche** oder **sachliche Unzuständigkeit** des erstinstanzlichen Gerichts darf in der Berufungsinstanz **nie** gerügt werden, § 513 Abs. 2 ZPO. Die Rüge der fehlenden internationalen Zuständigkeit bleibt hingegen zulässig (BGHZ 153, 82, 84 f.).

V. Ergebnis

Der Anwalt wird hier wohl zur **Flucht in die Säumnis** raten.

Fall f**I. Zulässigkeit der Berufung**

Insoweit sind keine Probleme ersichtlich. Zu den allgemeinen Voraussetzungen vgl. Fall g.

II. Begründetheit der Berufung

1. Die Berufung wäre in jedem Fall begründet, wenn das Landgericht das **erstinstanzliche Vorbringen** des Beklagten zu **Unrecht zurückgewiesen** hätte.
Dies ist nach den Ausführungen zu Fall b indes **nicht** der Fall.
2. Die Berufung wäre aber auch begründet, wenn das Vorbringen zum **Kilometerstand** zu berücksichtigen wäre.
 - a) Nach dem **Wortlaut** von § 529 Abs. 1 Nr. 2 und § 531 Abs. 2 ZPO dürfte der Vortrag nicht berücksichtigt werden. Der Beklagte hätte ihn schon in erster Instanz einbringen können und hat dies aus Nachlässigkeit unterlassen.
 - b) Nach dem Bundesgerichtshof ist § 531 Abs. 2 ZPO aber – ebenso wie die übrigen Verspätungsvorschriften – seinem **Sinn und Zweck** nach auf **unstreitiges** Vorbringen nicht anwendbar (BGHZ 161, 138, 142 ff.). Dies gilt auch dann, wenn die Berücksichtigung dazu führt, dass hinsichtlich anderer Behauptungen Beweis zu erheben ist (BGHZ 161, 138, 144 f.; offengelassen in BGHZ 177, 214 Rn. 10).
3. **Ergebnis:**
Der Kaufpreisanspruch ist unbegründet. Über den hilfsweise geltend gemachten Anspruch auf Nutzungsentschädigung (§ 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB) ist Beweis zu erheben.

Fall g**I. Zulässigkeit einer Berufung gegen das Urteil**

1. Die Berufung ist gemäß 511 ZPO **statthaft**; die **Berufungssumme** des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist überschritten.
2. Formalien für die Berufungseinlegung:
 - a) **Frist: ein Monat** ab Zustellung des erstinstanzlichen Urteils (spätestens sechs Monate nach Verkündung), § 517 ZPO. Diese Frist ist eine **Notfrist**.
 - b) **Form: schriftlich**, § 519 Abs. 1 ZPO, durch einen **Rechtsanwalt** (§ 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO).
3. Zulässigkeitsvoraussetzung ist ferner eine Berufungs**begründung**, § 520 Abs. 1 ZPO.
 - a) **Frist: zwei Monate** ab **Zustellung** des erstinstanzlichen Urteils (spätestens sieben Monate nach Verkündung), § 520 Abs. 2 ZPO (**keine** Notfrist).
 - b) Notwendiger **Inhalt: Berufungsanträge** und **Berufungsgründe**, § 520 Abs. 3 ZPO.

II. Begründetheit der Berufung

Die Berufung ist begründet, wenn das Landgericht die Klage zu Unrecht abgewiesen hat.

1. Auf der Grundlage des nach der **Zeugenvernehmung** erreichten Sach- und Streitstandes hat das Landgericht die Klage **zu Recht** abgewiesen, denn die Zeuginnen haben die Behauptung des Beklagten über das Verschweigen der Unfallschäden bestätigt und der gegenbeweislich benannte Zeuge hat sich nicht geäußert.

Wenn das OLG aufgrund konkreter Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit der vorgenommenen **Beweiswürdigung** hat, kann (und muss) es die Zeugen **erneut** vernehmen, § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Das ist hier wenig wahrscheinlich.

2. Zu prüfen bleibt, ob der Kläger mit der Berufung auch geltend machen kann, das Landgericht habe gemäß **§ 296 Abs. 1 ZPO** von einer Zeugenvernehmung absehen und den unter Beweis gestellten Vortrag als verspätet **zurückweisen** müssen.

Die fehlerhafte Zulassung verspäteten Vorbringens kann von der gegnerischen Partei grundsätzlich **nicht** mit Rechtsmitteln angefochten werden: Der Zweck des § 296 ZPO besteht darin, unnötige Verzögerungen bei der Erledigung des Rechtsstreits zu vermeiden. Wird verspätetes Vorbringen entgegen der Vorschrift nicht zugelassen, lässt sich dieser Zweck nachträglich nicht mehr erreichen.

3. Sollte das Berufungsgericht die Berufung dennoch für begründet halten, stellt sich die Frage, ob der Beklagte sich ergänzend auf die unzutreffenden Angaben zum **Kilometerstand** stützen darf.

a) Als **neues Verteidigungsmittel** ist dieser Vortrag – sofern er nicht unstreitig bleibt – in der Berufungsinstanz nur nach Maßgabe von § 531 Abs. 2 ZPO zulässig.

(1) Hier ist der in Rede stehende Vortrag **nicht** nach § 531 Abs. 2 **Nr. 3** ZPO zulässig. Er hätte schon in erster Instanz erfolgen können und müssen.

(2) Auch ein Verfahrensfehler im Sinne von § 531 Abs. 2 **Nr. 2** ZPO ist nicht ersichtlich.

(3) Zu Gunsten des Beklagten könnte § 531 Abs. 2 **Nr. 1** ZPO greifen.

Nach der Rechtsprechung des BGH muss das Berufungsgericht eine **in erster Instanz erfolgreiche** Partei darauf **hinweisen**, dass und aufgrund welcher Erwägungen es der Beurteilung der Vorinstanz nicht folgen will, und Gelegenheit geben, den Vortrag sachdienlich zu **ergänzen** oder **zusätzliche Beweise** anzutreten. Neuer Vortrag, der auf einen solchen Hinweis erfolgt, muss unabhängig von § 531 Abs. 2 ZPO zugelassen werden (BGH NJW 2010, 363 Rn. 25 f.).

Der BGH stützt diese Grundsätze ausschließlich auf § 139 ZPO. Möglicherweise könnten sie auch aus § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO abgeleitet werden. Das Ergebnis ist dasselbe.

Ob der neue Vortrag **hier** als sachdienliche **Ergänzung** im Sinne der dargestellten Rechtsprechung angesehen werden kann, ist nicht ganz sicher. Das neue Vorbringen hat mit dem erstinstanzlichen Vortrag nichts zu tun, sondern stützt die Verteidigung auf einen völlig anderen Sachverhalt. Das ist nicht unbedingt der Zweck des § 139 ZPO.

4. **Ergebnis:** Die Berufung hat kaum Erfolgsaussichten.

III. Zur Ergänzung:

1. Die Zulassung verspäteten Vorbringens kann (nur) in den Fällen des **§ 296 Abs. 3 ZPO** in der Rechtsmittelinstanz gerügt werden – auch in der Revisionsinstanz, wenn das Berufungsgericht die **Prozesseinrede** entgegen § 529 Abs. 1 ZPO zugelassen hat (BGH NJW 1985, 743 f.). Nach § 532 ZPO kommt es auf eine drohende Verzögerung nicht an. Wenn die Einrede nicht rechtzeitig vorgebracht wird, treten also dieselben Wirkungen ein, wie wenn der Beklagte auf sie **verzichtet** hätte (BGH NJW 1985, 743 f.).
2. Wenn das Berufungsgericht entgegen **§ 531 Abs. 2 ZPO** neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel zugelassen hat, kann dies in der Revisionsinstanz nicht gerügt werden (BGH NJW 2004, 1458, 1459).
Entsprechendes gilt für § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO (BGHZ 162, 313, 318 f.).