

Das zivilrichterliche Dezernat

Büßer / Tonner

6. Auflage 2026
ISBN 978-3-406-85514-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

überzeugend ist. Vergessen Sie aber nie, dass es Ihre Aufgabe ist, das Gutachten zu überprüfen, auf inhaltliche Stringenz zu achten und ggf. Klarstellungen und/oder Vervollständigungen zu veranlassen. Insbesondere müssen Sie sich mit Widersprüchen zwischen den Äußerungen des gerichtlichen Sachverständigen und einem von den Parteien vorgelegten Privatgutachten auseinandersetzen. Sie dürfen nicht ohne nachvollziehbare Begründung einem der beiden Gutachten den Vorrang geben.²³⁷ Das gilt auch dann, wenn das Gutachten bereits im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens eingeholt wurde.²³⁸

Im Urteil ist von Ihnen darzulegen, warum Sie das Gutachten für vollständig und überzeugend halten. 323

Das Gericht folgt den überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen, weil ...

Kriterien hierfür sind neben der Sachkunde des Sachverständigen (i.d.R. bei öffentl. bestellten SV), dass dieser von zutreffenden Anknüpfungstatsachen ausgegangen ist, dass der Streitstoff vollständig behandelt wurde und dass das Gutachten gedanklich nachvollziehbar und in sich stimmig begründet und außerdem mit den Denkgesetzen vereinbar ist. 324

Der Umfang Ihrer Würdigung hängt ganz maßgeblich auch von der Auseinandersetzung der Parteien mit dem Gutachten ab. Eine intensive Auseinandersetzung ist i.d.R. erforderlich bei entgegenstehendem Privatgutachten. 325

Sie können wie folgt formulieren: 326

Das Gericht ist aufgrund des Sachverständigengutachtens der Sachverständigen Dr. Schmidt der Überzeugung, dass ein Sachmangel des streitgegenständlichen Kraftfahrzeugs vorliegt. Die Sachverständige hat schlüssig und präzise erläutert, dass der Motor aufgrund werkseitig zu verantwortender fehlerhafter Einspritzung unruhig läuft. Das Gericht sieht keinen Anlass, an der Kompetenz der Sachverständigen und der Richtigkeit ihrer Ausführungen zu zweifeln. ...

oder: 327

Den Angriffen der Klägerin gegen die Überzeugungskraft dieses Gutachtens vermag die Kammer nicht zu folgen. Das betrifft zum einen die gerügte fachliche Eignung der Sachverständigen ...

cc) Urkundenbeweis. Der Urkundenbeweis ist der wohl zuverlässigste Beweis. Die §§ 415 ff. ZPO stellen dabei besondere Beweisregeln im Sinne des § 286 II ZPO dar, die den Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäß § 286 I ZPO einschränken. Voraussetzung für die Beweiskraft einer Urkunde nach §§ 415 ff. ZPO ist deren Echtheit, die nach den §§ 437 ff. ZPO zu beurteilen ist. 328

Hinsichtlich der Beweiskraft unterscheidet das Gesetz zwischen öffentlichen Urkunden (§§ 415, 417, 418 ZPO) und Privaturkunden (§ 416 ZPO). 329

²³⁷ BGH NJW 2015, 411 Rn. 15; NJW-RR 2020, 186 Rn. 13.

²³⁸ BGH NJW 2017, 3661 Rn. 12.

- 330 Öffentliche Urkunden werden von einer Behörde oder einer Person öffentlichen Glaubens (z.B. einem Notar) ausgestellt. Sie erbringen gemäß § 415 I ZPO vollen Beweis für die Abgabe der beurkundeten Erklärung, nicht dagegen für die Richtigkeit ihres Inhalts,²³⁹ und besitzen gemäß § 437 I ZPO bis zum Beweis des Gegenteils die Vermutung ihrer Echtheit. Das gilt gemäß § 371b ZPO auch für gescannte und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehene öffentliche Urkunden. Die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit eines notariell beurkundeten Vertrags wird nicht durch die Vorlage eines inhaltlich abweichenden Vertragsentwurfs widerlegt.²⁴⁰
- 331 Privaturkunden sind alle nichtöffentlichen Urkunden. Sie erbringen vollen Beweis darüber, dass die beurkundete Erklärung vom Aussteller abgegeben wurde (§ 416 ZPO). Die Richtigkeit dieser Erklärung müssen Sie aber im Rahmen freier Beweiswürdigung gemäß § 286 I ZPO beurteilen. Dabei wird allerdings vermutet, dass der schriftliche Vertragstext die Abreden der Parteien vollständig und richtig wiedergibt; wer sich auf eine Nebenabrede beruft, muss diese beweisen.²⁴¹ Voraussetzungen für die formelle Beweiskraft des § 416 ZPO sind die Echtheit der Urkunde und die Unterschrift des Ausstellers. Der Beweisführer muss die Echtheit nach §§ 439, 440 ZPO beweisen, es sei denn, die Gegenpartei erkennt – was nicht selten passiert – die Echtheit der Urkunde nach § 439 ZPO an. Die Unterschrift unter der Privaturkunde muss sich eindeutig auf den gesamten Text der Urkunde beziehen und darf keinen Zweifel über die Identität des Ausstellers lassen. Auf private elektronische Dokumente, die mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind, finden die Vorschriften über die Beweiskraft privater Urkunden entsprechende Anwendung, § 371a ZPO.
- 332 **dd) Inaugenscheinnahme.** Bei der Inaugenscheinnahme wird das Ergebnis selten streitig sein. Es reicht ein kurzer Hinweis, dass das Gericht die bestrittene Tatsache aufgrund der Inaugenscheinnahme für erwiesen hält.
- 333 **ee) Anscheinsbeweis.** Beim Anscheinsbeweis müssen Sie zunächst die Anknüpfungstatsachen für die konkrete Lebenserfahrung erörtern, müssen dann die Lebenserfahrung begründen und schließlich auf etwaige atypische Umstände des konkreten Falls eingehen. Es empfiehlt sich folgender Aufbau:

1. Ergebnis nennen.
2. Maßgeblichen Erfahrungssatz nennen.
3. Tatsachensubsumtion.
4. Mangel eines möglichen atypischen Geschehensablaufs.

334 Formulierungsbeispiele:

Nach der Lebenserfahrung kann davon ausgegangen werden, dass dem Unfall ein pflichtwidriges Verhalten der Beklagten zu 1) zugrunde liegt. Hierfür spricht der Beweis des ersten Anscheins. Es entspricht allgemeiner Erfahrung, dass bei einem Auffahrunfall mangelnde Aufmerksamkeit des Hintermanns zu der Kollision geführt hat.

²³⁹ Zöller/Feskorn ZPO § 415 Rn. 5.

²⁴⁰ BGH NJW 2017, 175 Rn. 6.

²⁴¹ Thomas/Putzo/Seiler ZPO § 416 Rn. 3.

Besondere Umstände des Einzelfalls, die einen von dieser Lebenserfahrung abweichenden atypischen Kausalverlauf begründen könnten, wurden von der Beklagten nicht vorgetragen und sind auch sonst nicht ersichtlich.

oder:

335

Es wird vermutet, dass das Vergessen des Tupfers in der Operationswunde durch die Beklagte zu 1) für die Gesundheitsverletzung der Klägerin ursächlich war. Hierüber musste kein Beweis erhoben werden, denn zu Gunsten der Klägerin streitet gemäß § 630h V BGB ein Beweis des ersten Anscheins.²⁴² Beim Vergessen von Operationsmaterial im Körper des Patienten handelt es sich um einen groben ärztlichen Behandlungsfehler, der grundsätzlich geeignet ist, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, wie sie hier eingetreten ist, herbeizuführen. Dieses Geschehen rechtfertigt aufgrund der Lebenserfahrung die Annahme, dass der Fehler für die Gesundheitsverletzung der Klägerin verantwortlich war. Aufgrund des geschilderten Anscheinsbeweises oblag es der Beklagten, Umstände darzulegen und ggf. zu beweisen, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Kausalverlaufs ergibt. Dies ist nicht gelungen ...

ff) Schätzung nach § 287 ZPO. Bei der Beweiswürdigung durch Schätzung nach § 287 ZPO müssen ebenfalls die Anknüpfungstatsachen, die Grundlage der Schätzung sind, berücksichtigt werden.²⁴³ 336

Die Höhe des der Klägerin entgangenen Gewinns schätzt das Gericht gemäß § 287 I ZPO auf € 4.000. Hierbei geht es davon aus, dass die Klägerin in den letzten drei Jahren einen monatlichen Gewinn von durchschnittlich € 4.000 erzielt hat.

DIE FACHBUCHHANDLUNG

§ 10. Der Umgang mit verspätetem Parteivorbringen

Sie werden im Rahmen Ihrer Arbeit immer wieder mit verspätetem Vorbringen einer oder beider Parteien konfrontiert sein und vor der Frage stehen, wie damit umzugehen ist. Insbesondere stellt sich die Frage, in welcher Konstellation Vorbringen tatsächlich als im Rechtssinne verspätet anzusehen ist und ob es unberücksichtigt bleiben kann und sollte.²⁴⁴ 337

I. Was ist verspätetes Vorbringen?

Beim Thema Verspätung geht es immer um die Verspätung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln. Diese können gemäß § 296 ZPO zurückgewiesen werden, wenn sie im Rechtssinne verspätet sind, die Verspätung verschuldet ist und die Zulassung den Rechtsstreit verzögern würde. Verspätung liegt meist auch dann vor, wenn Angriffs- 338

²⁴² Zur Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess siehe § 630h BGB; hierzu allg. Schärftl, Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess, NJW 2014, 3601.

²⁴³ Hierzu ausführlich BGH NJW 2026, 66 Rn. 16 ff.

²⁴⁴ Allg. Baudewin/Haberzettl, Die Präklusion im Zivilprozess – Voraussetzungen, Anwendung und Praxishinweise, NJW 2025, 1905.

und Verteidigungsmittel erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden (§ 296a ZPO).

1. Angriffs- und Verteidigungsmittel

- 339 Der Begriff der Angriffs- und Verteidigungsmittel wird weit ausgelegt.²⁴⁵ Man versteht darunter jedes sachliche und prozessuale Vorbringen, das der Durchsetzung bzw. Abwehr des geltend gemachten prozessualen Anspruchs dient.²⁴⁶ Gemäß § 282 I ZPO sind dies insbesondere Behauptungen, Bestreiten, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden. Nicht dazu gehören dagegen Rechtsausführungen und Sachanträge wie Klage, Klageänderungen und Widerklage, denn dabei handelt es sich um den Angriff selbst und nicht um das Mittel des Angriffs.²⁴⁷ Für die Beurteilung derartiger Prozesshandlungen gibt es andere Regeln als die Verspätungsvorschriften, wie etwa die Sachdienlichkeitsprüfung des § 263 ZPO bei der Klageänderung.

2. Verspätung

- 340 Folgende Konstellationen der Verspätung sind denkbar, wobei insbesondere zu unterscheiden ist, ob es sich um Vorbringen vor (dann § 296 ZPO) oder nach (dann § 296a ZPO) dem Schluss der mündlichen Verhandlung handelt:

a) Vorbringen vor Schluss der mündlichen Verhandlung

- 341 Die Regelungen zum verspäteten Vorbringen vor Schluss der mündlichen Verhandlung finden sich insbesondere in § 296 ZPO.

- 342 aa) **Fälle des § 296 I ZPO: Vorbringen nach Ablauf einer richterlich gesetzten Frist.** § 296 I ZPO erfasst Angriffs- und Verteidigungsmittel, die erst nach Ablauf einer hierfür gesetzten Frist, aber noch vor Schluss der mündlichen Verhandlung – sonst würde es sich um einen Fall des § 296a ZPO handeln – vorgebracht wurden. Die Frist muss von Ihnen tatsächlich und formal korrekt gesetzt worden sein, sonst kommt eine Anwendung des § 296 I ZPO nicht in Betracht.²⁴⁸ Das Gesetz spricht davon, dass die Angriffs- und Verteidigungsmittel nur zuzulassen „sind“, wenn sie den Rechtsstreit nicht verzögern würden, d.h., es handelt sich um eine gebundene Entscheidung. § 296 I ZPO nennt insbesondere die Fälle der terminsvorbereitenden Fristsetzungen gemäß § 273 II Nr. 1, 5 ZPO (Ergänzung und Erläuterung des Vorbringens) und § 275 I 1 ZPO (Klageerwiderung) sowie der Fristsetzung zur Klageerwiderung bzw. Replik im schriftlichen Vorverfahren gemäß § 276 I 2, III ZPO.

- 343 bb) **Fälle des § 296 II ZPO: Verstoß gegen allgemeine Prozessförderungspflichten.** § 296 II ZPO erfasst Angriffs- und Verteidigungsmittel, die noch vor Schluss der mündlichen Verhandlung ohne Missachtung einer gesetzten Frist, aber unter Verletzung der allgemeinen Prozessförderungspflicht gemäß § 282 ZPO vorgebracht wurden. Nach § 282 I ZPO sind Angriffs- und Verteidigungsmittel so zeitig vorzubringen, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht. Die Norm dient damit der Verfahrensbeschleunigung. Besonders wichtig ist die Pflicht nach § 282 II ZPO, Vorbringen,

²⁴⁵ BGH NJW 1982, 1533 (1534); Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, § 6 Rn. 681.

²⁴⁶ Thomas/Putzo/Seiler ZPO § 146 Rn. 2.

²⁴⁷ Thomas/Putzo/Seiler ZPO § 146 Rn. 2.

²⁴⁸ Musielak/Voit/Röß ZPO § 296 Rn. 11.

das den Gegner voraussichtlich zu Erkundigungen zwingt, entsprechend frühzeitig mitzuteilen. Dabei ist mindestens die einwöchige Schriftsatzfrist des § 132 I ZPO zu beachten, im Einzelfall kann es aber erforderlich sein, mit noch mehr Zeitvorlauf vor der mündlichen Verhandlung vorzutragen. Angriffs- und Verteidigungsmittel, die unter Verletzung der Prozessförderungspflicht vorgebracht wurden, „können“ zurückgewiesen werden, d.h., auf der Rechtsfolgendeite des § 296 II ZPO besteht Ermessen.²⁴⁹ Beachten Sie aber, dass § 282 I ZPO nur dann einschlägig ist, wenn innerhalb einer Instanz mehrere Verhandlungstermine stattfinden; ein Vorbringen im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung kann niemals nach § 282 I ZPO verspätet sein.²⁵⁰

cc) Fälle des § 296 III ZPO: Verspätete Rüge des Beklagten betreffend die Zulässigkeit der Klage. § 296 III ZPO erfasst verspätete Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen und auf die der Beklagte verzichten kann. § 282 III ZPO bestimmt, dass die Rügen rechtzeitig vor der Verhandlung zur Hauptsache zu erfolgen haben. Erfolgen sie verspätet, „sind“ sie nur zuzulassen, wenn der Beklagte die Verspätung genügend entschuldigt. Somit erfolgt hier wie bei § 296 I ZPO eine gebundene Entscheidung. 344

dd) Weiterer Fall: Zuständigkeit durch rügelose Verhandlung. Neben den oben dargestellten Fallgruppen des § 296 ZPO sind die §§ 39, 504 ZPO als weitere Fallkonstellation zu beachten. Danach wird die Zuständigkeit eines zunächst unzuständigen Gerichts infolge rügeloser Verhandlung begründet. Auch diese Norm regelt also die Folgen einer Verspätung, nämlich den Verlust des Rügerechts, wenn der Beklagte zum Streitgegenstand verhandelt, ohne vorher die Rüge fehlender Zuständigkeit erhoben zu haben. 345

b) Vorbringen nach Schluss der mündlichen Verhandlung:

Der Fall des § 296a ZPO

§ 296a ZPO regelt das Vorbringen nach Schluss der mündlichen Verhandlung bzw. nach dem Termin, der dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Rahmen eines schriftlichen Verfahrens gemäß § 128 II 2 ZPO entspricht. Angriffs- und Verteidigungsmittel können dann nicht mehr vorgebracht werden (§ 296a S.1 ZPO). Ausnahmen bestehen gemäß § 296a S.2 ZPO nur für nachgelassene Schriftsätze im Fall fehlender Erklärungsmöglichkeit einer Partei auf einen gerichtlichen Hinweis oder Vorbringen des Gegners (§§ 139 V, 283 ZPO) und die Wiedereröffnung der Verhandlung gemäß § 156 ZPO. Letzteres bedeutet, dass Sie Vorbringen nach Schluss der mündlichen Verhandlung nicht einfach ignorieren dürfen. Sie müssen vielmehr prüfen, ob das neue Vorbringen Ihnen Anlass gibt, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. Das steht gemäß § 156 I ZPO in Ihrem Ermessen. Gemäß § 156 II ZPO sind Sie hierzu u.a. allerdings verpflichtet, wenn Sie selbst Ihre Hinweis- und Aufklärungspflicht gemäß § 139 ZPO oder den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt haben. 346

²⁴⁹ Nassall, Wenn das Wörtchen „kann“ nicht wär’ – ZPO-Präklusionsvorschriften und richterliche Ermessensausübung, NJW 2020, 1939.

²⁵⁰ BGH (VI ZR 205/16) BeckRS 2017, 109882 Rn. 7.

c) Verspätungen im Rechtsmittelrecht

- 347 **aa) Berufung.** Im Berufungsrecht gibt es ebenfalls Vorschriften, die verspätetes Vorbringen regeln. Es handelt sich um die §§ 530–533 ZPO. Wegen der Einzelheiten wird an dieser Stelle auf das Kapitel zum Berufungsrecht verwiesen (→ § 21 Rn. 40 ff.).
- 348 **bb) Sofortige Beschwerde.** § 571 ZPO enthält Regelungen für verspätetes Vorbringen im Rahmen einer sofortigen Beschwerde. Wegen der Einzelheiten wird auf → § 22 Rn. 120 verwiesen.

II. Wann bleibt verspätetes Vorbringen unberücksichtigt?

- 349 Wenn Sie es mit verspätetem Vorbringen im Sinne der vorstehenden Ausführungen zu tun haben, stellt sich die Frage, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen Vorbringen vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung präkludiert ist, also im Rahmen der Entscheidungsfindung nicht (mehr) zu berücksichtigen ist. Anders als bei Vorbringen nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, für das § 296a ZPO eine eindeutige Regelung trifft, müssen Sie sich bei Anwendung von Präklusionsvorschriften darüber im Klaren sein, dass diese ein scharfes Schwert sind, von dem mit Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden sollte. Das Ziel, eine materiell-rechtlich richtige Entscheidung zu treffen, und der Grundsatz eines fairen Verfahrens gebieten es, auf die Verfahrensbeteiligten und ihre konkrete Situation, z.B. ihre Schwierigkeiten bei der Beschaffung eines bestimmten Beweismittels, Rücksicht zu nehmen und den Vortrag einer Partei nicht vorschnell als verspätet zurückzuweisen. Es gilt hier im Grundsatz das Verbot der Überbeschleunigung. Eine Präklusion des Vorbringens einer Partei ist daher nur dann möglich, wenn Sie als RichterIn oder Richter formal korrekt gehandelt haben, z.B. beim Setzen einer Frist,²⁵¹ und wenn die Verspätung schuldhaft erfolgt ist, d.h., von der Partei nicht entschuldigt werden kann, und wenn schließlich die Berücksichtigung verspäteten Vorbringens überhaupt zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führen würde. Zwar sollten Sie und dürfen Sie natürlich auf eine zügige Erledigung der bei Ihnen anhängigen Verfahren bedacht sein, keinesfalls aber darf Ihr Interesse an einer schnellen Erledigung des Verfahrens für die Anwendung der Präklusionsvorschriften bestimmend sein.

1. Vorbringen vor Schluss der mündlichen Verhandlung:

Die Fälle des § 296 ZPO

a) Nur bei förmlich richtiger Fristsetzung

- 350 Für den Fall des Eingangs eines Parteivorbringens erst nach Ablauf einer hierfür gesetzten richterlichen Frist ist zunächst klarzustellen, dass eine Zurückweisung gemäß § 296 I ZPO nur dann in Betracht kommt, wenn Sie als Gericht Ihre Pflicht zur ordnungsgemäßen Setzung von Fristen und zur Erteilung von Hinweisen gemäß § 139 ZPO beachtet haben.²⁵² Die von Ihnen gesetzten Fristen müssen angemessen lang und die Verfügung muss von Ihnen – im Fall des § 276 I 2 ZPO vom Vorsitzenden – unterschrieben bzw. im Fall einer elektronischen Akte signiert sein. Angriffs- und Verteidigungsmittel, die erst auf einen richterlichen Hinweis erfolgen, können

²⁵¹ Musielak/Voit/Röß ZPO § 296 Rn. 11.

²⁵² BVerfG NJW 1989, 706; BVerfG NJW 1992, 680.

zudem nicht verspätet sein, es sei denn, die in dem Hinweis gesetzten angemessenen Stellungnahmefristen werden nicht beachtet.²⁵³

b) Verschulden

Die Präklusion verspätet vorgebrachter Angriffs- und Verteidigungsmittel setzt Verschulden voraus, d.h., die Verspätung darf nicht entschuldigt sein. Dabei sind die verschiedenen Maßstäbe des § 296 I ZPO und des § 296 II ZPO zu beachten. 351

Nach § 296 I ZPO ist das Verschulden der Partei oder ihres gesetzlichen Vertreters bzw. Prozessbevollmächtigten (§§ 51 II, 85 II ZPO) an der Fristversäumung erforderlich. Das Verschulden wird vermutet. Die Partei kann sich entschuldigen, muss ihre Entschuldigungsgründe aber auf Verlangen des Gerichts glaubhaft machen (§§ 296 IV, 294 ZPO). Dazu kann beispielsweise gehören, dass eine Partei aufgrund eigener Krankheit oder der ihres Prozessbevollmächtigten oder ähnlicher Umstände verhindert war, innerhalb der gesetzten Frist vorzutragen. 352

In den Fällen des § 296 II ZPO ist – anders als bei § 296 I ZPO – grobe Nachlässigkeit, also eine Verletzung der Prozessförderungspflicht in einem besonders hohen Maße erforderlich. Grobe Nachlässigkeit im Sinne des § 296 II ZPO liegt nur dann vor, wenn eine Prozesspartei ihre Pflicht zur Prozessförderung in besonders gravierender Weise vernachlässigt, wenn sie also dasjenige unterlässt, was nach dem Stand des Verfahrens jeder Partei als notwendig hätte einleuchten müssen. Die grobe Nachlässigkeit wird nicht vermutet. Sie müssen der betreffenden Partei Gelegenheit geben, die gegen sie sprechenden Umstände zu entkräften, wofür Sie ggf. eine kurze Frist gewähren müssen. 353

c) Kausale Verzögerung

Präkludiert ist eine Partei mit ihrem verspäteten und nicht entschuldigten Vorbringen aber nur dann, wenn die Zulassung des Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde. Ob eine Verzögerung vorliegt, beurteilen Sie nach Ihrer freien Überzeugung bezogen auf den Zeitpunkt des Vorbringens (Eingang des Schriftsatzes bzw. Abgabe der Erklärung im Termin).²⁵⁴ 354

aa) Notwendigkeit weiterer Tatsachenermittlung. Beachten Sie dabei: Eine Verzögerung kann immer nur bei der Notwendigkeit weiterer Tatsachenermittlung gegeben sein, d.h., wenn Sie eine bislang nicht nötige Beweisaufnahme durchführen müssen oder sich eine bereits begonnene Beweisaufnahme weiter verzögert. Das setzt voraus, dass das neue Vorbringen überhaupt schlüssig und streitig ist, wobei das Bestreiten des Gegners auch noch in einem gemäß § 283 ZPO nachzulassenden Schriftsatz erfolgen kann.²⁵⁵ Auch wenn die beweispflichtige Partei den aufgrund des neuen Vortrags zu vernehmenden Zeugen zum Termin sistiert, verursacht die Vernehmung dieses präsenten Zeugen keine Verzögerung. Anders wäre es aber wieder, wenn aufgrund dieser Zeugenaussage bereits benannte, aber nicht geladene Zeugen der Gegenseite zu vernehmen sind.²⁵⁶ 355

Dass sich die materielle Rechtslage nach der Zulassung neuen Vorbringens verkompliziert, ist kein Grund für eine Präklusion. 356

²⁵³ BGH NJW-RR 2013, 1358.

²⁵⁴ Musielak/Voit/Röß ZPO § 296 Rn. 13.

²⁵⁵ Musielak/Voit/Röß ZPO § 296 Rn. 23.

²⁵⁶ Musielak/Voit/Röß ZPO § 296 Rn. 22.

357 **bb) Verzögerungsbegriffe.** Sie kennen mit Sicherheit den Streit um die verschiedenen Verzögerungsbegriffe. Nach dem absoluten Verzögerungsbegriff kommt es darauf an, ob der Rechtsstreit bei Zulassung des verspäteten Vorbringens länger dauern würde als bei dessen Zurückweisung.²⁵⁷ Das ist z.B. bei der verspäteten Benennung eines Zeugen ohne Weiteres der Fall, weil bei Zurückweisung das Verfahren sofort beendet werden könnte, während bei Zulassung ein weiterer Beweisaufnahmetermin erforderlich wäre. Anders ist dies nach dem relativen Verzögerungsbegriff, der danach fragt, ob der Prozess bei rechtzeitigem Vorbringen genauso lange gedauert hätte wie bei Berücksichtigung des verspäteten Vorbringens (z.B. weil auch bei rechtzeitigem Vorbringen ein gesonderter Beweisaufnahmetermin hätte anberaumt werden müssen).²⁵⁸ Sie sollten mit der h.M. dem absoluten Verzögerungsbegriff folgen. Der relative Verzögerungsbegriff hat sich nicht durchgesetzt, weil Sie als Gericht den hypothetischen Geschehensablauf bei rechtmäßigem Alternativverhalten (rechtzeitigem Vortrag) nur mit großem Aufwand und erheblichen Unsicherheiten prüfen könnten. Allerdings müssen Sie beachten, dass die Rechtsprechung normative Einschränkungen des absoluten Verzögerungsbegriffs vorgenommen hat. So darf verspätetes Vorbringen z.B. bei Verstößen des Gerichts gegen die Pflicht zur prozessfördernden Verfahrensleitung (§ 139 ZPO) oder bei offensichtlich fehlender Ursächlichkeit für die Verzögerung nicht ausgeschlossen werden.²⁵⁹

d) Umgehungsmöglichkeiten für die Parteien

358 Die Parteien haben die Möglichkeit, sich einer von Ihnen in Betracht gezogenen Präklusion durch einige prozesstaktische Maßnahmen zu entziehen. Weil nach Ansicht des BGH die Voraussetzungen für eine Präklusion nur dann vorliegen, wenn eine Verzögerung des gesamten Rechtsstreits droht, und es nicht reicht, wenn nur ein einzelner Verfahrensabschnitt, der durch Teilurteil erledigt werden könnte, verzögert wird, haben die Parteien die Möglichkeit, durch „Flucht in die Klageerweiterung“, „Flucht in die Widerklage“ und „Flucht in die Säumnis“ die Präklusion eigenen verspäteten Vorbringens zu verhindern.²⁶⁰ Klageerweiterung und Widerklage sind – wie oben ausgeführt – keine Angriffs- und Verteidigungsmittel, sondern selbst Angriff bzw. Verteidigung. Bis auf eindeutige Fälle des Rechtsmissbrauchs haben Sie keine Chance, derartige „taktische Spielchen“ der Parteien bzw. ihrer Vertreter zu verhindern. Nehmen Sie den neuen Vortrag in solchen Fällen daher gelassen hin, auch wenn Sie die Akte nicht so schnell wie geplant erledigen können, und versuchen Sie, eine materiell-richtige Entscheidung auf der Grundlage des erweiterten Vortrags zu treffen.

2. Vorbringen nach Schluss der mündlichen Verhandlung:

Der Fall des § 296a ZPO

359 Der in § 296a ZPO geregelte Fall des Eingangs des Parteivortrags bei Gericht nach Schluss der mündlichen Verhandlung ist in der Handhabung einfach: Der neue Vortrag ist – ohne dass Ihnen insoweit Ermessen zustehen würde – von Gesetzes wegen nicht zu berücksichtigen. Auch die oben dargestellten Umgehungsmöglichkeiten für

²⁵⁷ BGH NJW 2012, 2808 Rn. 11.

²⁵⁸ Nachweise dazu bei Musielak/Voit/Röß ZPO § 296 Rn. 13.

²⁵⁹ BVerfG NJW 1989, 706; BVerfG NJW 1992, 680.

²⁶⁰ Überblick bei Musielak/Voit/Röß ZPO § 296 Rn. 40 ff.