



**Beglaubigte Abschrift**



Vert.	Frist ret	KPV KGA	MdF.
RA	<b>EINGEGANGEN</b>		Kennt- nis.
SB	<b>21. APR. 2017</b>		Rück- spr.
Rück- spr.	<b>FRANK DOHRMANN</b> RECHTSANWALT		Zah- lung
zdA			Staf- fungen

**Oberlandesgericht Hamm**

**Beschluss**

In dem Rechtsstreit

des Herrn ~~Stefan Breda, Bochum, Nr. 46236 Essen,~~

Beklagten und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Frank Dohrmann,  
Essener Straße 89, 46236 Bottrop,

g e g e n

Herrn ~~Stefan Breda, Boeslager 15, 42914 Essen,~~

Kläger und Berufungsbeklagten,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ~~Birk und Partner,  
Friedrichsberg 12, 42914 Essen,~~

hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Lopez Ramos, den Richter am Oberlandesgericht Sohlenkamp und die Richterin am Oberlandesgericht Siemers am 11.04.2017 **b e s c h l o s s e n**:

1. Das Ablehnungsgesuch des Klägers vom 16.01.2017 wird verworfen.
2. Die Anhörungsrüge des Klägers vom selben Tag wird zurückgewiesen.  
Insoweit werden ihm die Kosten des Verfahrens auferlegt.

## Gründe:

### I.

Das gegen den gesamten Spruchkörper gerichtete Ablehnungsgesuch des Klägers vom 16.01.2017 war als unzulässig zu verwerfen und dementsprechend konnte abweichend von § 45 ZPO in der bisherigen Besetzung des Senates entschieden werden (vgl. Zöller-Vollkommer, ZPO, 31. Aufl., § 45 Rn. 4).

Denn der Kläger versucht vorliegend durch die Kombination von Richterablehnung und Anhörungsrüge nichts anderes als einen kompletten Richterwechsel zu erreichen. Vorbefassung und Unrichtigkeit einer Entscheidung – allein hierum geht es dem Kläger – sind jedoch keine Ablehnungsgründe i.S.d. § 42 ZPO (u.a. Zöller-Vollkommer, ZPO, § 42 Rn. 16; § 321a Rn. 4).

### II.

Die Anhörungsrüge des Klägers vom selben Tag war auf seine Kosten zurückzuweisen.

Es ist bereits zweifelhaft, ob die Anhörungsrüge des Klägers überhaupt zulässig ist, da mit diesem Rechtsbehelf lediglich Verletzungen des verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend gemacht werden können, nicht aber ein Verstoß gegen weitergehende einfachgesetzliche Anhörungs- und Hinweispflichten (BVerfG NJW 2009, 3710; BGH NJW 2008, 2126; BeckOK-Bacher, ZPO, Stand: 01.03.2017, § 321a Rn. 20).

Letztlich kann dies jedoch dahinstehen.

Denn die Anhörungsrüge ist jedenfalls unbegründet, da die Voraussetzungen des § 521a ZPO nicht erfüllt sind.

Es fehlt an einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör i.S.d. § 321a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO, soweit der Kläger sich gegen die Präklusion seines Vorbringens als verspätet wendet. Denn die Nichtberücksichtigung von Vorbringen aus Gründen des materiellen oder formellen Rechts ist schon grundsätzlich keine Frage des rechtlichen Gehörs (BVerfGE 69, 144; BGH NJW 2009, 1609; Zöller-Vollkommer, ZPO, 31. Aufl., § 321a ZPO, Rn. 9a mwN).

Der Vorwurf des Klägers, sein Vorbringen sei unter fehlerhafter Anwendung der Präklusionsvorschriften zurückgewiesen worden, ist nicht gerechtfertigt.



1. a) Der Senat hat mit der Ladungsverfügung vom 21.07.2016 davon abgesehen, dem Kläger eine Frist zur Berufungserwiderung gemäß § 521 Abs. 2 ZPO zu setzen.

Dem Kläger drohten damit zwar nicht mehr die Folgen der §§ 530, 296 Abs. 1 und 4 ZPO – und nur insoweit hätte es gemäß § 521 Abs. 2 S. 2 ZPO gegebenenfalls einer Belehrung entsprechend § 277 Abs. 2 ZPO bedurft.

Nichtsdestotrotz unterlag seine Berufungserwiderung gemäß § 521 Abs. 2 S. 2 ZPO den Anforderungen entsprechend § 277 Abs. 1 S. 1 ZPO. Der Kläger hatte also alles vorzubringen, was nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entsprach (vgl. MünchKomm-Rimmelspacher, ZPO, 5. Aufl., § 521 Rn. 11). Ihm oblag zudem die gemäß § 525 S. 1 ZPO auch im Berufungsverfahren geltende allgemeine Prozessförderungspflicht nach § 282 ZPO. Damit traf den Kläger gemäß § 282 Abs. 2 ZPO vor allem die Pflicht zum schriftsätzlichen Vorbringen und Beweisantritt, und zwar rechtzeitig vor dem anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung, da zu erwarten stand – und sich im Senatstermin auch bewahrheitete – , dass der Beklagte sich hierauf nur nach Einholung von Erkundigungen würde einlassen können. Andernfalls drohte ihm die Zurückweisung seines Vorbringens gemäß § 525 S. 1 i.Vm. §§ 296 Abs. 2, 282 ZPO (u.a. Musielak- Ball, ZPO, 14. Aufl., § 525 Rn. 3; § 530 Rn. 6).

Dem Umstand, dass für die Verhandlung – wie üblicherweise für jede andere Sitzung auch – ein Zeitraum von 1,5 Stunden angesetzt war, ließ sich nichts anderes entnehmen. Insbesondere konnte der anwaltlich vertretene Kläger hieraus nicht ohne weiteres schließen, dass er damit von seiner Pflicht zum rechtzeitigen schriftsätzlichen Vorbringen entbunden war.

b) Der Senat hat in der Ladungsverfügung seiner eigenen allgemeinen Förderungs- wie auch seiner Hinweispflicht insoweit genügt (vgl. hierzu Zöller-Heßler, ZPO, 31. Aufl., § 521 Rn. 14), als der Kläger gemäß § 139 Abs. 2 ZPO darauf hingewiesen wurde, dass und aus welchen Gründen der Senat die Klage – anders als das Landgericht – für unbegründet erachtete. Damit bestand für den Kläger ausreichend Gelegenheit zur Reaktion auf diesen Hinweis, ohne dass es hierfür einer Fristsetzung bedurfte.



c) Im Übrigen bestand kein Anlass, den anwaltlich vertretenen Kläger insoweit zu belehren, und zwar weder über den im Zivilprozess herrschenden Beibringungsgrundsatz oder die auch im Berufungsverfahren geltende allgemeine Prozessförderungspflicht noch über die sich hieraus ergebenden Konsequenzen. Vielmehr oblag es nun allein der Entscheidung des Klägers, dem im Weiteren Rechnung zu tragen – und nichts anderes bedeutet die in der Ladungsverfügung verwendete Formulierung: „Die Berufungserwiderung mag dementsprechend binnen der gesetzlichen Fristen erfolgen“.

2. Damit musste der Kläger im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 24.11.2016 auch nicht mehr gemäß § 139 Abs. 1 ZPO zu seiner Geschäftstätigkeit befragt werden. Denn ihm hatte seit der Ladungsverfügung vom 21.07.2016 bereits ein mit fast vier Monaten angemessener Zeitraum zur Verfügung gestanden, um rechtzeitig hierzu vorzutragen und damit Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen zu können (vgl. MünchKomm-Fritsche, ZPO, 5. Aufl., § 139 Rn. 18).

Dies gilt umso mehr, als er - entgegen der Darstellung der Gehörsrüge – weder mit der Berufungserwiderung vom 17.06.2016 noch mit dem folgenden Schriftsatz vom 22.11.2016 eine Gewerbeanmeldung zu den Akten gereicht und auf eine solche auch nicht Bezug genommen hatte. Anlass zur Nachfrage bestand damit nicht.

Ein „Blick in die Verfahrensakte“ genügte auch nicht, um „kognitiv anhand des ... Vorbringens in der Vorinstanz aufnehmen zu können“, dass der Kläger seine Drucker und sein Druckerzubehör als Amazon-Marketplace-Verkäufer auf [www.amazon.de](http://www.amazon.de) und [www.amazon.fr](http://www.amazon.fr) anbot, während er über seinen eBay-Account bis auf zwei Ausnahmen im Wesentlichen Einkäufe tätigte. Denn in der Klageschrift vom 21.08.2015 findet sich auf Seite 2 lediglich der Vortrag, dass der Kläger seine Waren regelmäßig auch im französischen und deutschen Online-Versandhandel anbietet.

3. Das Vorbringen des Klägers im Schriftsatz vom 22.11.2016, der dem Beklagten erst in der Sitzung am 24.11.2016 ausgehändigt wurde, entsprach damit gleichermaßen wie die Vorlage des Konvolutes diverser Unterlagen, wie die kaum lesbare Kopie einer Gewerbe-Ummeldung von Anfang Februar 2016 oder auf Anfang/Mitte 2015 datierende Ausdrücke zu Verkäufen auf der Internetplattform Amazon – und diese zählen nicht zu den Handelsbüchern i.S.d. § 259 HGB - , im Senatstermin keineswegs mehr den Anforderungen des § 282 Abs. 2 ZPO.

Vielmehr verstieß der Kläger hiermit grob fahrlässig gegen die ihm obliegende allgemeine Prozessförderungspflicht. Selbst der Umstand, dass der Kläger Geschäftsräume für seinen Warenbestand unterhielt, hätte bereits durch zeitnahe Vorlage des schon am 20.10.2014 geschlossenen Mietvertrages und nicht erst durch spätere Fotos der nach Aus-, Um- und Aufbauarbeiten bezogenen Räumlichkeiten dokumentiert werden können.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Lopez Ramos  
Vorsitzender Richter am  
Oberlandesgericht

Sohlenkamp  
Richter am Oberlandesgericht

Siemers  
Richterin am  
Oberlandesgericht

Beglaubigt

  
Matthias  
Justizbeschäftigte

