

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

21

ZPO §§ 296, 528

Ist in erster Instanz Parteivorbringen nach § 296
A b s . 1 ZPO zu Unrecht zurückgewiesen worden, so
kann das Berufungsgericht die Zurückweisung nicht auf
§ 296 A b s . 2 ZPO gestützt nachholen.

BGH, Urt.v.9. März 1981 - VIII ZR 38/80 - OLG Hamm
LG Dortmund

11

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 38/80

URTEIL

Verkündet am
9. März 1981
S c h e i b l ,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Fred S. [REDACTED],
D [REDACTED] straße in H [REDACTED]

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Firma Marmi N [REDACTED] S.p.A.,
vertreten durch den Vorstand Luigi B [REDACTED], Casella
Postale in D [REDACTED] (V [REDACTED]), Italien,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. März 1981 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Hiddemann, Wolf, Dr. Skibbe und Treier

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden die Urteile des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 14. Dezember 1979 und der 5. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund vom 27. Juni 1979, soweit zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist, sowie das Verfahren des Landgerichts aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten beider Rechtsmittel, an das Landgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

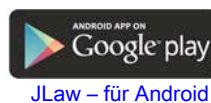
Tatbestand

Die Klägerin, eine italienische Aktiengesellschaft, lieferte Anfang 1978 an den Beklagten Rohsteinplatten für dessen Kunst- und Natursteinbetrieb. Sie verlangt unter Zugrundelegung von fünf in der Zeit vom 18. Januar bis 11. April 1978 ausgestellten Rechnungen noch einen Restkaufpreis von 40 274,33 DM zuzüglich Wechsel- und Scheckkosten in Höhe von 311,18 DM.

Für die Entscheidung im Revisionsrechtszug steht der verfahrensmäßige Ablauf vor dem Landgericht im



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Vordergrund, das den Beklagten mit seinem Vorbringen in der Klageerwiderung ausgeschlossen hat: Die Klägerin hatte zunächst einen Mahnbescheid erwirkt. Auf den Widerspruch des Beklagten hin ist der Rechtsstreit an das Landgericht Dortmund verwiesen worden. Nach Eingang der Klagebegründung vom 22. September 1978 hat das Landgericht mit Verfügung des Vorsitzenden der 5. Zivilkammer vom 27. September 1978 das schriftliche Vorverfahren eröffnet. Der Vorsitzende hat außerdem verfügt, daß beglaubigte und einfache Abschrift der Klagebegründung

"mit Aufforderung und Belehrung gem.

§§ 276, 277 ZPO

Frist: 2 Wochen an

Beklagten mit ZP 274 und Zusatz"

zuzustellen seien. Der Zusatz bezieht sich auf die Möglichkeit, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden (vgl. § 331 Abs. 3 ZPO). Laut Postzustellungsurkunde ist dem Beklagten am 4. Oktober 1978 beglaubigte und einfache Abschrift der Klagebegründung und Zusatz übergeben worden.

Der Beklagte meldete sich erstmals mit Schriftsatz seines Prozeßbevollmächtigten vom 12. Januar 1979. Er beantragte Klageabweisung und wies im übrigen darauf hin, daß die Klageerwiderung in Kürze erstellt würde. Mit Verfügung vom 16. März 1979 bestimmte der Kammervorsitzende Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 27. Juni 1979. Am 25. Mai 1979 ging ein umfangreicher Schriftsatz des Beklagten vom 23. Mai 1979 bei Gericht ein, in dem er sich substantiiert mit der Berechtigung der Kaufpreisforderung und deren Tilgung auseinander-

setzte sowie angebliche Gegenansprüche begründete. So machte er unter Zeugenbeweisantritt geltend, in den Rechnungen seien teilweise falsche Maße und Einheitspreise zugrunde gelegt worden. Außerdem hätten die Platten eine Reihe von Mängeln aufgewiesen; hierfür und für den Umfang angeblicher Schadensersatzansprüche wegen Schlechterfüllung tritt er Beweis durch Sachverständigengutachten an.

In seinem auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juni 1979 ergangenen Urteil hat das Landgericht der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Das Vorbringen des Beklagten hat es als verspätet nach § 296 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen. Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt er seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe.

Das Berufungsgericht meint, der Beklagte bleibe mit seinem Vorbringen im Schriftsatz vom 23. Mai 1979 auch in der Berufungsinstanz ausgeschlossen (§ 528 Abs. 3 ZPO), weil das Landgericht dieses Vorbringen zu Recht als verspätet zurückgewiesen habe. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Revision rügt mit Erfolg Verletzung von §§ 296, 528 ZPO.

1. Das Landgericht hat die Zurückweisung auf § 296 Abs. 1 ZPO gestützt, weil der Beklagte die ihm vom Gericht gemäß § 276 Abs. 1 Satz 2 ZPO mit Verfügung vom 27. September 1978 gesetzte Frist zur

Klageerwiderung unbeachtet gelassen habe. Das Berufungsgericht beschäftigt sich mit der Frage, ob die Fristsetzung zu Unrecht auf § 276 ZPO gestützt worden sei, weil dem Klageverfahren ein Mahnverfahren vorangegangen sei und daher § 697 Abs. 3 ZPO einschlägig gewesen wäre. Es bezeichnet das Versehen als unerheblich, da wegen der Verweisung in § 697 Abs. 3 Satz 3 ZPO die Rechtsfolgen beider Fristen identisch seien. Ob das zutrifft, kann dahingestellt bleiben. Denn die Frist ist aus anderen Gründen nicht wirksam in Lauf gesetzt worden. Die Fristsetzung nach § 697 Abs. 3 ZPO setzt ebenso wie die nach § 276 Abs. 1 Satz 2 ZPO die Zustellung einer beglaubigten Abschrift der ordnungsgemäßen Verfügung des Vorsitzenden oder sonst zuständigen Richters voraus (§ 329 Abs. 2 Satz 2, Abs. 1 Satz 2; § 317 Abs. 3; § 170 Abs. 1 ZPO - s. BGHZ 76, 236 sowie BGH, Urteil vom 17. April 1980 - VII ZR 114/79 = NJW 1980, 1960). Daran fehlt es hier. Das vom Beklagten vorgelegte Formularschreiben des Landgerichts (ZP 274) mit der Aufforderung, innerhalb einer Frist von 2 Wochen auf die Klagebegründung schriftlich zu erwidern, ist "auf Anordnung" von einem Justizangestellten unterzeichnet.

2. Da es schon an einer wirksamen Fristsetzung fehlt, scheidet § 296 Abs. 1 ZPO als Grundlage für die Zurückweisung des Vorbringens in der Klageerwiderung aus. Deshalb ist ohne Belang, ob die Vorinstanzen zu Recht eine Verzögerung angenommen und die Verspätung als nicht genügend entschuldigt angesehen haben.

Das Berufungsgericht hat allerdings für den Fall, daß wegen der versehentlichen Anführung von § 276 statt § 697 Abs. 3 ZPO die Fristsetzung unwirksam sei, eine Zurückweisung des Beklagtenvorbringens nach §§ 282 Abs. 1, 296 Abs. 2 ZPO als gerechtfertigt angesehen. Denn - so führt es aus - nachdem mit Verfügung vom 16. Februar 1979 dem Beklagten erneut eine Frist zur Klageerwiderung von zwei Wochen gesetzt worden sei, habe die dann erst nach mehr als drei Monaten eingehende Klageerwiderung nicht mehr der vom Beklagten zu erwartenden Prozeßförderungspflicht entsprochen. Dieses verspätete Vorbringen beruhe "nach der Überzeugung des Senats" auf grober Nachlässigkeit des Beklagten. Es habe auch die Erledigung des Prozesses verzögert.

a) Hiermit stellt das Berufungsgericht auf Voraussetzungen ab, unter denen möglicherweise das Landgericht das Vorbringen des Beklagten in der Klageerwiderung hätte zurückweisen können. Das Landgericht, das in seinen Entscheidungsgründen ausdrücklich die Nichtbeachtung der mit Verfügung vom 27. September 1978 gesetzten Frist zur Klageerwiderung feststellt, stützt sich jedoch nur darauf, daß die Einwendungen des Beklagten nicht berücksichtigt werden könnten, "weil sie verspätet vorgebracht worden sind, ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und der Beklagte die Verspätung nicht genügend entschuldigt hat (§ 296 Abs. 1 ZPO)". Unmittelbar in diesem Zusammenhang erwähnt es auch, daß der Beklagte die mit Verfügung vom 16. Februar 1979 gesetzte Frist nicht eingehalten habe. Hierbei handelte es sich ohnehin nur um den Hinweis des Berichterstatters in einem die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen betreffenden Schreiben an den Prozeßbevollmächtigten

des Beklagten, daß der angekündigten Klageerwiderung binnen zwei Wochen entgegengesehen werde. Eine Zurückweisung gemäß § 296 Abs. 2 ZPO ist nach alledem nicht erfolgt, und es läßt sich auch nicht feststellen, daß das Landgericht die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Vorschrift - unausgesprochen - als erfüllt angesehen hat. Dies ist um so weniger der Fall, als § 296 Abs. 2 ZPO die Zurückweisung abweichend von Abs. 1 von einer groben Nachlässigkeit der betroffenen Partei abhängig macht und die Entscheidung - ebenfalls abweichend von Abs. 1 - in das Ermessen des Gerichts stellt.

b) Das Berufungsgericht konnte eine nach § 296 Abs. 2 ZPO in das Ermessen des Landgerichts gestellte Zurückweisung nicht nachholen. Das hat der erkennende Senat schon in anderem Zusammenhang ausgesprochenen (Urteil vom 17. Oktober 1979 - VIII ZR 221/78 = LM § 528 ZPO Nr. 13 = NJW 1980, 343 unter 1 b). Denn der Ausschluß von Angriffs- und Verteidigungsmitteln, die bereits im ersten Rechtszug vorgebracht worden sind, die also- im Gegensatz zu den in § 528 Abs. 1 und 2 ZPO geregelten Fällen - nicht neu sind, kommt im zweiten Rechtszug nur unter den Voraussetzungen des § 528 Abs. 3 ZPO in Betracht. Danach ist erforderlich, daß bereits in erster Instanz ein Ausschluß erfolgt ist und diese Ausschließung rechtmäßig war. Die Befugnis des Berufungsgerichts beschränkt sich insoweit darauf, die Rechtmäßigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung zu überprüfen. Dagegen ist es ihm verwehrt, eine vom Gericht erster Instanz etwa unterlassene Prüfung seinerseits nachzuholen. Dies gilt auch, wenn - wie hier - die vom Landgericht auf § 296 Abs. 1 ZPO gestützte Zurück-

weisung nicht rechtmäßig war und eine Zurückweisung nach § 296 Abs. 2 ZPO nicht stattgefunden hat. Denn die dem erstinstanzlichen Gericht vorbehaltene Ermessensentscheidung kann vom Berufungsgericht auch nicht in der Weise getroffen werden, daß es sie als Begründung für die Zurückweisung nachschiebt.

3. Nach alledem ist das Vorbringen des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 23. Mai 1979 nicht wirksam ausgeschlossen worden. Mithin leidet das Urteil des Landgerichts, das dieses Vorbringen nicht berücksichtigt hat, an einem wesentlichen Verfahrensmangel (vgl. OLG München, NJW 1975, 2023, 2024), und die Sache ist gemäß §§ 539, 565 Abs. 1 ZPO unter Aufhebung auch des Verfahrens zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen (vgl. BGHZ 76, 236, 241). Hierfür sei darauf hingewiesen, daß das Landgericht die ihm seinerzeit mögliche Ermessensentscheidung nach § 296 Abs. 2 ZPO im Hinblick auf die gänzlich veränderte Lage, in der sich der Rechtsstreit befindet, nicht nachholen kann.

Da der endgültige Erfolg oder Mißerfolg der Rechtsmittel vom Ergebnis der anderweiten Verhandlung und Entscheidung abhängt, war dem Landgericht

auch die Entscheidung über die Rechtsmittelkosten
vorzubehalten.

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Wolf

Dr. Skibbe

Treier