

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

ZPO §§ 276 Abs. 3, 296 Abs. 1, 329, 317, 170, 187

Die Nichtzulassung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln wegen Verspätung gemäß § 296 Abs. 1 ZPO setzt die Wahrung folgender Förmlichkeiten voraus:

- a) Die Verfügung der Fristsetzung muß vom Vorsitzenden (oder dem sonst zuständigen Richter) unterzeichnet sein. Eine Paraphe genügt nicht.
- b) Der Partei, an welche sich die Fristsetzung richtet, muß eine beglaubigte Abschrift der fristsetzenden richterlichen Verfügung **z u g e s t e l l t** werden (§ 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Formlose Übersendung einer Mitteilung der Geschäftsstelle genügt nicht und kann auch keine Heilung nach § 187 Satz 1 ZPO bewirken.
- c) Die Frist für die Replik des Klägers (§ 276 Abs. 3 ZPO) kann wirksam erst nach Eingang der Klageerwiderung gesetzt werden.

BGH, Urt. v. 13. März 1980 - VII ZR 147/79 - OLG Celle
LG Hildesheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 147/79

URTEIL

Verkündet am
13. März 1980
Henco,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma L [REDACTED] KG Hoch- und Tiefbau, H [REDACTED]straße [REDACTED],
I [REDACTED] (S [REDACTED]), vertreten durch die persönlich haf-
tende Gesellschafterin, die P [REDACTED] Frischbeton GmbH,
diese vertreten durch ihren Geschäftsführer Gerhard
K [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Reiner S [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED], L [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. März 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Dr. Recken, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden die Urteile des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 14. März 1979 und der 2. Zivilkammer des Landgerichts Hildesheim vom 7. Juli 1978 sowie das Verfahren des Landgerichts aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin führte im Jahre 1977 für den Beklagten Bauarbeiten aus. Sie hat Restwerklohn eingeklagt, zuletzt 25.691,41 DM nebst Zinsen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Am 3. April 1978 verfügte der Vorsitzende der Zivilkammer:

- "1) Klage zustellen gem. § 276 ZPO - weitere Frist (zur Stellungnahme) 2 Wochen (ZP 72 d)
- 2) Nachricht von 1) an Kl.-Vertr. - Frist (zur Stellungnahme auf die Klageerwidernng) 2 Wochen (ZP 72 e)
Zusatz: Soll ein Antrag gem. § 331 III ZPO gestellt werden?"

Am 5. April 1978 erhielt der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin auf Formular 72 e (7.77) eine von einem Justizangestellten unterzeichnete Mitteilung der Geschäftsstelle des Landgerichts, in der es u.a. heißt:

"Dem Beklagten ist ferner für eine etwaige Erwidernng auf die Klage eine weitere Frist von 2 Wochen gesetzt worden.
Für den Fall, daß Sie eine Stellungnahme zur Klageerwidernng für erforderlich halten, gibt das Gericht Ihnen auf, innerhalb einer Frist von 2 Wochen nach Zugang der Klageerwidernng Stellung zu nehmen."

Dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin ging die Klageerwidernng am 24. April 1978 zu. Am 30. Mai 1978 wurde ihm die Ladung zur mündlichen Verhandlung vom 23. Juni 1978 zugestellt. Mit am 19. Juni 1978 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 16. Juni 1978 nahm er für die Klägerin zur Klageerwidernng Stellung.

Das Landgericht hat dieses Vorbringen der Klägerin als verspätet zurückgewiesen und die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, das Vorbringen der Klägerin auf die Klageerwiderung bleibe im zweiten Rechtszug gemäß § 528 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen. Es sei nämlich zu Recht im ersten Rechtszug gemäß § 296 Abs. 1 ZPO nicht zugelassen worden. Es sei nicht innerhalb der vom Vorsitzenden der Zivilkammer gemäß § 276 Abs. 3 ZPO gesetzten Frist eingegangen. Die Verspätung sei auch nicht genügend entschuldigt worden. Bei einer Zulassung des verspäteten Vorbringens hätte sich die Erledigung des Rechtsstreits verzögert; die Zulassung hätte eine umfangreiche Beweisaufnahme erforderlich gemacht. Die Frist zur Stellungnahme auf die Klageerwiderung sei der Klägerin ordnungsgemäß gesetzt worden. Es sei nicht zu beanstanden, daß die Frist vor Eingang der Klageerwiderung bestimmt und die Mitteilung davon nur von einem Geschäftsstellenbeamten unterschrieben worden sei. Die Frist sei nämlich vom Vorsitzenden selbst bestimmt worden, und dies komme in der Mitteilung auch zum Ausdruck. Der Mangel ihrer Zustellung sei gemäß § 187 Satz 1 ZPO geheilt worden.

Die Revision greift diese Ausführungen mit Erfolg an.

Das Landgericht hätte dem neuen Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 16. Juni 1978 die Zulassung nicht gemäß § 296 Abs. 1 ZPO versagen dürfen. Der Klägerin ist nämlich eine Frist gemäß § 276 Abs. 3 ZPO, deren Versäumung eine Nichtzulassung des neuen Vorbringens gemäß § 296 Abs. 1 ZPO erlaubt hätte, wirksam nicht gesetzt worden.

1. Wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, bedarf die fristsetzende Verfügung des Vorsitzenden der Zustellung (§ 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Wird durch die Zustellung eine der in § 296 Abs. 1 ZPO genannten Fristen (§§ 273 Abs. 2 Nr. 1, 275 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, 4, 276 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 ZPO) in Lauf gesetzt, so kann das Unterbleiben der Zustellung nicht gemäß § 187 Satz 1 ZPO geheilt werden.

a) Gemäß § 187 Satz 2 ZPO ist Satz 1 aaO nicht anwendbar, wenn durch die Zustellung eine Notfrist in Gang gesetzt werden soll. Der Bundesgerichtshof hat diesen Ausschluß einer Heilung des Zustellungsmangels entsprechend auf gesetzliche Ausschlußfristen zur Klageerhebung (BGHZ 14, 11, 13 f) sowie auf Rechtsmittelbegründungsfristen mit der Bezeichnung als Feriensache (BGHZ 28, 398 f) angewendet, weil ihre Versäumung - nicht anders als die der als Notfristen bezeichneten Rechtsmittelfristen (§§ 223 Abs. 3, 516, 552, 577 ZPO) - zum völligen Verlust des geltend gemachten Anspruchs oder Rechtsmittels führt. Auch in solchen Fällen dürfen Beginn und Ende der Frist nicht vom ungewissen Ermessen des Gerichts abhängen, wie dies bei Anwendung des § 187 Satz 1 ZPO der Fall wäre (vgl. zu Notfristen BGH NJW 1978, 426, 427, zu Rechtsmittelbegründungsfristen BGHZ 28, 398, 399; Hagen SchlHA 73, 57, 59 unter V). Aus dieser Erwägung stellt das Gesetz auch für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Rechtsmittelbegründungsfristen sowie die Antragsfrist des § 234 Abs. 1 ZPO den Notfristen gleich (§ 233 ZPO).

b) Die Versäumung der in §§ 296 Abs. 1, 528 Abs. 1 ZPO aufgeführten Präklusionsfristen muß zwar nicht immer zum

völligen Verlust des Rechtsstreits führen, wie dies bei verschuldeter Versäumung der Rechtsmittelbegründungsfrist der Fall ist. Eine bei Zulassung des verspäteten Vorbringens drohende Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits kann unter Umständen noch durch vorbereitende Maßnahmen des Gerichts (§ 273 ZPO) vermieden werden. Das ändert aber nichts an der mit der Fristversäumung verbundenen Gefahr des Rechtsverlustes. Das Gericht darf bei der Beurteilung der Verzögerung auch keine hypothetischen Erwägungen darüber anstellen, welchen Verlauf der Rechtsstreit etwa bei rechtzeitigem Vorbringen genommen haben würde. Es hat allein zu prüfen, ob der Rechtsstreit bei Zulassung des verspäteten Vorbringens länger dauern würde als bei dessen Zurückweisung (BGHZ 75, 138 = NJW 1979, 1988; BGH, Urteil vom 31. Januar 1980 - VII ZR 96/79 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Soweit das Gericht nach freier Überzeugung darüber zu befinden hat, ob die Verspätung genügend entschuldigt ist, besteht kein wesentlicher Unterschied zu der gemäß § 233 ZPO gebotenen Prüfung, ob die säumige Partei ohne ihr Verschulden verhindert war, die Notfrist oder Rechtsmittelbegründungsfrist einzuhalten.

Unter Berücksichtigung der erheblichen Verschärfung der Präklusionsvorschriften durch das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren und des damit erstrebten Zweckes, die Parteien zu rechtzeitigem und umfassendem Vorbringen zu veranlassen und die Verhandlung auf den Haupttermin zu konzentrieren, ist andererseits für die Ingangsetzung der Präklusionsfristen eine förmliche Zustellung der fristsetzenden

Verfügung unbedingt erforderlich und eine Heilung nach § 187 Satz 1 ZPO auszuschließen. Den Parteien und ihren Prozeßbevollmächtigten können die schwerwiegenden Folgen der Versäumung richterlicher Erklärungsfristen nur dann zugemutet werden, wenn über Beginn und Ende der jeweiligen Frist sowohl bei den Parteien als auch bei Gericht bereits zu Beginn der Frist Gewißheit besteht. Diese ist aber nur durch förmliche Zustellung zu gewinnen.

2. Die Frist zur Stellungnahme des Klägers auf die Klageerwiderung (§ 276 Abs. 3 ZPO) darf nicht bereits vor Eingang der Klageerwiderung gesetzt werden.

a) Das ergibt sich zwingend schon daraus, daß - wie vorstehend zu 1) ausgeführt - über den Beginn des Fristenlaufs von Anfang an sowohl bei den Parteien als auch bei Gericht völlige Klarheit bestehen muß. Das ist aber nicht der Fall, wenn die vorher gesetzte Frist durch formlosen Zugang der Klageerwiderung beim Kläger in Gang gesetzt werden kann. Bei Übermittlung des Schriftsatzes von Anwalt zu Anwalt kann das Gericht vor dem Haupttermin nur durch Anfrage bei den Prozeßbevollmächtigten erfahren, wann eine solche vorzeitig gesetzte Frist in Lauf gesetzt worden ist.

b) Für den Kläger und seinen Prozeßbevollmächtigten erhöht sich durch vorzeitige Fristsetzung die Gefahr einer Fristversäumung beträchtlich. Bei Zugang der fristsetzenden Verfügung kann er nur in seinen Handakten notieren, daß auf eine etwaige Klageerwiderung binnen der gesetzten Frist zu erwidern ist. Ob und wann die Frist zu laufen beginnen wird, bleibt vorerst ungewiß.

Eine Eintragung im Fristenkalender ist daher noch nicht möglich. Geht ihm die Klageerwiderung dann später formlos zu, so kann die Fristsetzung leicht übersehen werden. Ein formlos übermittelter Schriftsatz ist nicht geeignet, vor einer Fristversäumung zu warnen. Die Zustellung eines Schriftstücks bezweckt ja nicht nur den Nachweis des Zugangs beim Zustellungsempfänger, sondern soll auch gewährleisten, daß der Empfänger hinreichend Gelegenheit hat, vom Inhalt des Schriftstücks Kenntnis zu nehmen und auf diese Weise rechtliches Gehör zu finden, insbesondere wenn mit der Zustellung Fristen in Gang gesetzt werden (vgl. BGHZ 12, 96, 98; BGH NJW 1978, 1058, 1059; 1978, 1858; Thomas/Putzo, ZPO (10.) II vor § 166; Stephan in Zöllner, ZPO (12.) Anm. 1 vor § 166). Wird die Klageerwiderung dem Kläger oder seinem Prozeßbevollmächtigten nicht zugestellt, so kann sie auch die Präklusionsfrist nicht in Gang setzen.

c) Der Vorsitzende des Gerichts weiß, wenn er dem Beklagten eine Frist zur Klageerwiderung setzt, in aller Regel nicht, ob eine Replik des Klägers erforderlich sein wird (vgl. Thomas/Putzo § 276 Anm. 5 a; Stephan in Zöllner § 276 Anm. III). Auch vermag er nicht abzuschätzen, welche Frist zur Stellungnahme der Kläger den Umständen nach benötigt. Wird die Frist zu kurz bemessen, so kann der Kläger zwar um Fristverlängerung bitten, eine Verspätung wohl auch entschuldigen. Diese im Erfolg ungewissen Möglichkeiten des Klägers entheben den Vorsitzenden des Gerichts jedoch nicht der Pflicht, die Frist zur Stellungnahme von vornherein möglichst sachgerecht zu bemessen und dabei auch Förderungsmaßnahmen nach § 273 Abs. 2 ZPO zu erwägen.

Der Vorsitzende darf daher dem Kläger eine Frist zur Stellungnahme erst nach Eingang der Klageerwiderung und unter Berücksichtigung ihres Inhalts setzen.

3. Eine Mitteilung der Geschäftsstelle kann eine der in § 296 Abs. 1 ZPO genannten Fristen nicht in Lauf setzen.

Die Zustellung einer Verfügung des Vorsitzenden oder des sonst zuständigen Richters ist in der Form zu bewirken, daß eine beglaubigte Abschrift der Verfügung übergeben wird (§§ 329 Abs. 1 Satz 2, 317 Abs. 3, 170 Abs. 1 ZPO). Dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin hätte daher eine vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle beglaubigte Abschrift einer ordnungsgemäß unterzeichneten - nicht nur paraphierten (§§ 329 Abs. 1 Satz 2, 317 Abs. 2 Satz 1 ZPO) - Verfügung des Vorsitzenden zugestellt werden müssen. Die von einem Justizangestellten unterschriebene, nicht gesiegelte Mitteilung der Geschäftsstelle, daß das Gericht dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin aufgabe, gegebenenfalls binnen zwei Wochen nach Zugang der Klageerwiderung Stellung zu nehmen, genügt den prozessualen Formerfordernissen nicht.

II.

Nach alledem durfte das Landgericht das Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 16. Juni 1978 nicht gemäß § 296 Abs. 1 ZPO zurückweisen. Das Vorbringen war daher im zweiten Rechtszug nicht nach § 528 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen. Beide vorinstanzlichen Urteile sind daher gemäß § 564 Abs. 2 ZPO aufzuheben.

Da das Urteil des Landgerichts an einem wesentlichen Verfahrensmangel leidet (vgl. OLG München NJW 1975, 2023, 2024), ist die Sache gemäß §§ 539, 565 Abs. 1 ZPO unter Aufhebung auch des Verfahrens zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten beider Rechtsmittel, an das Landgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Girisch

Recken

Doerry

Bliesener