

20

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 168/80

URTEIL

Verkündet am

4. Dezember 1980

Werner,

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Ullrich F [REDACTED],  
G [REDACTED] W [REDACTED]straße [REDACTED], H [REDACTED] ([REDACTED]),

Streithelfers des Beklagten  
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

und des Bauunternehmers Manfred U [REDACTED],  
E [REDACTED],

Beklagten und Berufungsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte  
II. Instanz:

Rechtsanwälte [REDACTED], Dr. [REDACTED],  
[REDACTED] und von [REDACTED] in [REDACTED] -

gegen

den Arzt Dr. Georg H [REDACTED], S [REDACTED],  
E [REDACTED] ([REDACTED]),

Kläger, Berufungsbeklagten  
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Streithelfers und die Berufung des Beklagten werden die Urteile des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Schleswig vom 6. März 1980 und der 3. Zivilkammer des Landgerichts Itzehoe vom 30. März 1979 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:

Der Kläger hat gegen den beklagten Bauunternehmer 85.000 DM Vorschuß für Mängelbeseitigung nebst Zinsen eingeklagt.

Die Klageschrift wurde den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Beklagten am 17. Januar 1979 mit einem Formularschreiben (ZP 230) der Geschäftsstelle des Landgerichts zugestellt. Dieses lautet:

\*In dem Rechtsstreit ..... wird Ihnen anliegend eine beglaubigte Abschrift der Klageschrift zugestellt. Der Rechtsstreit wird zunächst im schriftlichen Vorverfahren gemäß § 276 ZPO behandelt.

Wenn Sie eine Verteidigung gegen die Klage beabsichtigen, werden Sie hiermit aufgefordert, sich durch einen beim hiesigen Landgericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten zu lassen und durch ihn innerhalb von zwei Wochen seit Zustellung der Klageschrift schriftlich anzuzeigen, daß Sie sich gegen die Klage verteidigen wollen.

Ihnen wird weiter aufgegeben, durch den zu bestellenden Rechtsanwalt innerhalb von weiteren drei Wochen auf die Klage schriftsätzlich zu erwidern sowie anzugeben, ob einer Übertragung der Sache auf den Einzelrichter Gründe entgegenstehen.

[illegible]

Am 23. Januar 1979 ging bei Gericht die Prozeßvollmacht des Beklagten für seine Prozeßbevollmächtigten samt der Mitteilung ein, der Beklagte wolle sich gegen die Klage verteidigen. Die Klageerwiderung ging erst am 22. März 1979, einen Tag vor der mündlichen Verhandlung, ein.

Das Landgericht hat die Klageerwiderung als verspätet zurückgewiesen und der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben.

Nachdem der Beklagte im Berufungsrechtszug einem seiner erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten den Streit verkündet hatte, ist dieser ihm im Rechtsstreit beigetreten und hat Revision eingelegt. Mit ihr erstrebt der Streithelfer des Beklagten die Aufhebung beider Urteile und die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht erachtet - wie das Landgericht - den Klageanspruch für schlüssig und begründet. Mit dem Vorbringen der Klageerwiderung bleibe der Beklagte in der Berufungsinstanz gemäß § 528 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen. Das Landgericht habe dieses Vorbringen nämlich zu Recht wegen Verspätung nicht zugelassen. Die dem Beklagten bei Zustellung der Klage gemäß § 276 Abs. 1 ZPO gesetzten Fristen seien seit dem 22. Februar 1979 abgelaufen gewesen. Ob Klageschrift und Fristsetzung dem Beklagten persönlich anstatt seinen Prozeßbevollmächtigten hätten zugestellt werden müssen, könne dahinstehen, weil der Beklagte in Kenntnis der Umstände in der mündlichen Verhandlung rügelos zur Sache verhandelt habe (§ 295 ZPO). Dies gelte auch für die Fristverfügung, weil es sich bei solchen richterlichen Fristen nicht um Notfristen handele. Die Zulassung des verspäteten Vorbringens würde die Erledigung des Rechtsstreits verzögert haben. Der Beklagte habe die Verspätung seines Vorbringens auch nicht genügend entschuldigt.

Die Revision des Streithelfers hat Erfolg.

1. Der Antrag des Klägers, den Beitritt des Streitverkündungsgegners gemäß § 71 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen, ist nicht begründet. Wie bereits das Reichsgericht (RGZ 124, 142, 145) mit Recht ausgeführt hat, versteht es sich von selbst, daß jemand, der ein Rechtsmittel einlegt und sich dabei als Nebenintervenienten (Streithelfer) bezeichnet, damit auch seinen "Beitritt erklärt". Die Streitverkündung des Beklagten an den jetzigen Revisionskläger im Berufungs-

verfahren war dem Kläger bekannt. An dem rechtlichen Interesse des Revisionsklägers für seinen Beitritt als Streithelfer konnte daher kein Zweifel sein, Infolgedessen kam auch in der Einlegung der Revision der Beitritt genügend zum Ausdruck. Es war nicht erforderlich, daß der Revisionskläger in der Revisionsschrift den Beitritt ausdrücklich erklärte und ausdrücklich auf die Streitverkündung hinwies.

2. Die dem Beklagten aufgegebenen Klageerwiderungsfrist ist nicht wirksam in Gang gesetzt worden.

Die Zustellung einer Verfügung des Richters ist in der Form zu bewirken, daß eine beglaubigte Abschrift der Verfügung übergeben wird (§§ 329 Abs. 2 Satz 2, 317 Abs. 3, 170 Abs. 1 ZPO). Den Prozeßbevollmächtigten des Beklagten hätte also 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. Eine Aufforderung der Geschäftsstelle des Gerichts an den Beklagten oder seine Prozeßbevollmächtigten, innerhalb der gesetzten Frist auf die Klage schriftsätzlich zu erwidern, genügt den gesetzlichen Formerfordernissen nicht, mag sie auch vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle "auf Anordnung" unterzeichnet sein (BGHZ 76, 236, 241; BGH NJW 1980, 1960 Nr. 12).

3. Das Landgericht durfte daher das Vorbringen des Beklagten in seiner Klageerwiderung nicht gemäß § 296 Abs. 1 ZPO zurückweisen. Infolgedessen war das Vorbringen im zweiten Rechtszug nicht gemäß § 528 Abs. 3 ZPO aus-

geschlossen. Ob das späte Vorbringen vom Landgericht gemäß § 296 Abs. 2 ZPO oder vom Berufungsgericht gemäß § 528 Abs. 2 ZPO hätte zurückgewiesen werden dürfen, ist hier nicht zu entscheiden, da Landgericht und Oberlandesgericht die Zurückweisung nicht auf diese Vorschriften gestützt haben. Nach alledem sind beide vorinstanzlichen Urteile aufzuheben (§ 564 Abs. 2 ZPO). Das Urteil des Landgerichts leidet an einem wesentlichen Verfahrensmangel (vgl. BGH aaO). Die Sache ist daher gemäß § 539, 565 Abs. 1 ZPO, unter Aufhebung auch des Verfahrens des Landgerichts, zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten beider Rechtsmittel, an das Landgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Bliesener