

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 272/80

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
21. September 1982
W a l z
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Herrn Berthold M [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED], MÜ [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Frau Renate M [REDACTED],
Mi [REDACTED]straße [REDACTED], V [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hiddemann und die Richter Dunz, Dr. Steffen, Dr. Ankermann und Dr. Lepa

für R e c h t erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 17. September 1980 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin nimmt den Beklagten - ihren Ehemann, gegen den sie Scheidungsklage erhoben hat - auf Schadensersatz in Anspruch. Sie macht geltend, der Beklagte habe es schuldhaft zur Zwangsversteigerung eines den Parteien als Mitgliedern einer Erbengemeinschaft gehörenden bebauten Grundstücks kommen lassen. Die Zwangsversteigerung habe zu einer Wertverschleuderung geführt.

Die Klage und ein Formularschreiben der Geschäftsstelle des Landgerichts wurden dem Beklagten am 18. September 1979 zugestellt. In dem Formularschreiben wurde er

zum Verhandlungstermin vom 28. November 1979 geladen und unter Hinweis auf §§ 215, 271 und 275 ZPO aufgefordert, innerhalb von drei Wochen auf das Klagevorbringen schriftlich zu erwidern. Diese Aufforderung beruhte auf einer Verfügung des Gerichts vom 13. September 1979, die der stellvertretende Vorsitzende mit einer Paraphe unterzeichnet hatte. Mit Schriftsatz vom 22. November 1979 trat der Beklagte dem Vorbringen der Klägerin mit einem unter Beweis gestellten Vortrag entgegen. Außerdem entschuldigte er die Verspätung der Klagebeantwortung unter Hinweis auf eine Erkrankung. Hierbei bezog er sich auf die Ehescheidungsakten.

Das Landgericht gab der Klage statt. Es führte aus, der Klägerin stehe der geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB zu; der Vortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 22. November 1979 könne nicht zugelassen werden, weil dieses Vorbringen erst nach Ablauf der hierfür mit gerichtlicher Verfügung vom 13. September 1979 gesetzten Frist erfolgt sei, seine Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und der Beklagte die Verspätung nicht genügend entschuldigt habe. Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung des Beklagten blieb erfolglos.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Klage sei schlüssig begründet worden. Für den Beklagten habe sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft die Pflicht



ergeben, die Klägerin als Mitberechtigte an dem Anwesen vor dem Schaden, der durch die Zwangsversteigerung eingetreten sei, zu bewahren. Nach der Darstellung der Klägerin sei der Beklagte in der Lage gewesen, die Zwangsversteigerung zu verhindern; daß er dies unterlassen habe, begründe den Vorwurf grober Fahrlässigkeit (§§ 1359, 277 BGB). Allein der Vortrag der Klägerin sei hier maßgeblich. Das Landgericht habe das Verteidigungsvorbringen des Beklagten im ersten Rechtszug zu Recht als verspätet zurückgewiesen, so daß er damit auch im zweiten Rechtszug ausgeschlossen sei (§ 528 Abs. 3 ZPO). Die Bestimmung der Frist zur schriftlichen Klageerwiderung beruhe auf § 275 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Verteidigungsmittel, die der Beklagte nach Fristablauf vorgebracht habe, hätten nach § 296 Abs. 1 ZPO nicht zugelassen werden dürfen. Ihre Zulassung hätte die Erledigung des Rechtsstreits verzögert; der Beklagte habe die Verspätung der Klagebeantwortung auch nicht genügend entschuldigt.

II.

Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Zutreffend macht sie geltend, daß die Voraussetzungen für einen Ausschluß des Verteidigungsvorbringens des Beklagten gemäß § 528 Abs. 3 ZPO nicht vorliegen, weil dieses Vorbringen im ersten Rechtszug nicht zu Recht zurückgewiesen worden ist.

1. Die Nichtzulassung des Verteidigungsvorbringens wegen Verspätung gemäß § 296 Abs. 1 ZPO setzt eine wirk-
same Fristsetzung voraus. Daran fehlt es hier. Eine Frist, die gemäß § 275 Abs. 1 Satz 1 ZPO gesetzt worden ist,

wird durch Zustellung einer beglaubigten Abschrift der fristsetzenden Verfügung in Lauf gesetzt. Außerdem muß diese Verfügung ordnungsgemäß unterzeichnet sein; eine bloße Paraphe, wie sie die Verfügung vom 13. September 1979 aufweist, genügt nicht den Formerfordernissen (§ 329 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2; § 317 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 ZPO). Der Beklagte hat lediglich ein Formblattschreiben der Geschäftsstelle erhalten, in dem er aufgefordert wurde, innerhalb von drei Wochen auf das Klagevorbringen schriftlich zu erwidern. Damit konnte die Präklusionswirkung des § 296 Abs. 1 ZPO nicht herbeigeführt werden (vgl. BGHZ 76, 236, 238 ff.; ferner BGH, Urteile vom 17. April 1980 - VII ZR 114/79 - NJW 1980, 1960, vom 23. Oktober 1980 - VII ZR 307/79 - NJW 1981, 286 und vom 12. Februar 1981 - VII ZR 112/80 - NJW 1981, 1217).

2. Die Klägerin kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, daß der Beklagte diese Mängel in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht nicht gerügt hat. Eine Heilung gemäß § 295 Abs. 1 ZPO ist hierdurch nicht eingetreten. Dabei kann auf sich beruhen, ob der Beklagte auf die Befolgung der genannten Verfahrensvorschriften überhaupt wirksam hätte verzichten können (§ 295 Abs. 2 ZPO). Die fristsetzende Verfügung ist jedenfalls schon deshalb fehlerhaft, weil sie der stellvertretende Vorsitzende nur mit einer Paraphe statt mit vollem Namen unterzeichnet hat. Dieser Mangel war aber dem Beklagten nicht bekannt und mußte ihm auch nicht bekannt sein. Schon aus diesem Grund konnte die Heilungswirkung des § 295 Abs. 1 ZPO nicht eintreten.

3. Ebenso wenig kann die Klägerin mit Erfolg geltend machen, daß die Zurückweisung des Verteidigungsvorbringens des Beklagten nach §§ 296 Abs. 2, 282 Abs. 2 ZPO gerechtfertigt und geboten gewesen sei. Bei der Entscheidung nach § 296 Abs. 2 ZPO handelt es sich um eine Ermessensentscheidung ("können"), die dem erstinstanzlichen Richter obliegt. Sie ist hier nicht ergangen. Das Revisionsgericht kann sie nicht ersetzen (BGH, Urteil vom 9. März 1981 - VIII ZR 38/80 - NJW 1981, 2255; vgl. dazu auch BGH, Urteil vom 17. Oktober 1979 - VIII ZR 221/78 NJW 1980, 343).

III.

Bei dieser Sachlage muß das angefochtene Urteil aufgehoben und der Rechtsstreit zur weiteren Aufklärung und anderweiten Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, ohne daß es noch einer Entscheidung darüber bedarf, ob der Beklagte die Fristversäumung genügend entschuldigt hat.

Dr. Hiddemann

Dunz

Dr. Steffen

Dr. Ankermann

Dr. Lepa