

36. Wie kann eine versäumte Klagezustellung nach dem ersten Verhandlungstermin und nach Auberäumung und Verkündung eines neuen Verhandlungstermins nachgeholt werden?

33D. §§ 214 ff., 253, 335.

VII. Zivilsenat. Ur. v. 1. Juni 1920 i. S. offene Handelsgesellschaft R. & Sch. (Bekl.) w. Triton-Werke F. M. (Kl.). VII 24/20.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Zwischen den Parteien war ein Werklieferungsvertrag über Bänderkörper zustande gekommen und die Beklagte hatte behauptet, daß ihr wegen verspäteter und mangelhafter Lieferung aus dem Geschäft ein Schadensersatzanspruch zustehe. Aus diesem Anlasse brachte die Klägerin in S. als dem Erfüllungsorte für den behaupteten Schadensersatzanspruch eine Klage auf Feststellung an, daß die Beklagte aus dem Werkvertrag einen Anspruch auf Zahlung von 77507,40 M gegen die Klägerin nicht hat. Im ersten, gemäß der richterlichen Terminsbestimmung auf der Klageschrift stattgehabten Verhandlungstermine vom 14. November 1918 war nur die Klägerin vertreten. Auf Antrag wurde ein neuer Verhandlungstermin auf den 5. Dezember dess. Jahres anberaumt. Im letzteren wurde wiederum auf Antrag des allein erschienenen Vertreters der Klägerin ein neuer Verhandlungstermin und zwar auf den 9. Januar 1919 bestimmt und verkündet. In diesem Termine waren beide Parteien vertreten. In der Verhandlung vor dem Landgerichte rügte die

Beklagte, daß eine ordnungsmäßige Klagezustellung nicht erfolgt sei, und erhob unter Verweigerung der Einlassung zur Hauptsache die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des Gerichts. Klägerin hat eine dem 14. November 1918 vorausgehende „Zustellung der Klage nicht nachweisen können. Sie hat aber kurz nach dem 9. Dezember 1918 der Beklagten die Klageschrift ohne die erste richterliche Terminsbestimmung zusammen mit einer Ladungsschrift „zu dem von dem Herrn Vorsitzenden anberaumten Termin auf den 9. Januar 1919, vormittags 9 1/2 Uhr“ und ferner am 4. März 1919 ohne besondere Ladung die Klage mit der Terminsbestimmung des Vorsitzenden des Prozeßgerichts zum 14. November 1918 zustellen lassen. Das Landgericht erkannte durch Zwischenurteil auf Verwerfung der Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Auch ihre Revision blieb erfolglos.

Gründe:

„Wiewohl die Verhandlung in der Vorinstanz auf die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts beschränkt war, hat der Berufungsrichter mit Recht vorweg die Streitfrage der Prüfung unterzogen, ob die Klage überhaupt ordnungsmäßig und gültig erhoben ist. Gemäß § 263 ZPO. bestimmt sich die Zuständigkeit des Prozeßgerichts nach den zur Zeit der Klagerhebung vorliegenden Umständen. Solange noch nicht feststeht, ob eine gehörige Klagezustellung (ZPO. § 258) stattgefunden hat, fehlt es somit an einer für die Entscheidung über die Zuständigkeit des Gerichts erforderlichen Unterlage (vgl. RGZ. Bd. 34 S. 392, Bd. 44 S. 351).

Hier war die Klage vor dem ersten Verhandlungstermine der Beklagten zwar zugegangen, aber nicht ordnungsmäßig zugestellt. Diesem Mangel konnte indes nachträglich abgeholfen werden, und es ist im wesentlichen Einklang mit dem Berufungsurteil anzunehmen, daß Klägerin den Mangel im Dezember 1918 durch Zustellung der Klageschrift ohne den seinerzeit darauf gesetzten Terminsvermerk, aber mit einer besonderen Ladungsschrift, lautend auf den vom Gerichtsvorsitzenden auf den 9. Januar 1919, vormittags 9 1/2 Uhr, anberaumten Termin, wirksam abgeholfen hat. In Fällen solcher Art können zur Nachholung des Versäumten drei verschiedene Wege in Frage kommen, nämlich:

- a) Neueinreichung der Klageschrift zur Terminsbestimmung mit nachfolgender Zustellung, b) Beschaffung des Protokolls über die Gerichtsverhandlung, in welcher der neue Termin verkündet ist, in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift und Zustellung dieser Urkunde mit einer Ladung und der Klageschrift, c) Zustellung einer Ladung zu dem verkündeten Termine mit der Mitteilung, daß er vom Vorsitzenden des Gerichts anberaumt sei, sowie Zustellung der Klageschrift.

Die in jedem Falle zuzustellende Klageschrift braucht nicht mit

der ursprünglich auf die Klage gesetzten, ersten Terminsbestimmung des Gerichtsvorsitzenden versehen zu sein, da dieser Vermerk durch die Ereignisse der Zwischenzeit, die Versäumung der Zustellung und den Ablauf des ersten Verhandlungstermins, überholt und verbraucht erscheint. Im übrigen gehen in der Rechtslehre die Meinungen darüber, wie die klagende Partei zu verfahren habe, auseinander. Insbesondere wird der Weg oben zu c), den vorliegend die Klägerin eingeschlagen hat, von manchen Rechtslehrern abgelehnt (vgl. namentlich Reinde, *ZPD.* 2. Aufl. Anm. 1b zu §§ 300—302; Stein, Anm. 1 zu § 216 *ZPD.*; Förster-Pann, *ZPD.* 3. Aufl. Anm. 4b zu § 214; Struckmann und Koch, *ZPD.* 9. Aufl. § 216 Anm. 1). Dagegen sind für den Weg zu c) namentlich eingetreten: v. Wilmowski und Levy, *ZPD.* 7. Aufl. § 193 Anm. 1, 2; Kemelé und Anger (Peterßen), *ZPD.* 5. Aufl. Anm. 6 zu § 214, Anm. 3 zu § 216; Seuffert, *ZPD.* 10. Aufl. § 335 Anm. 2; Skoniecki-Gelpcke, Anm. 1 zu § 216; Troll, *Versäumnisurteil* S. 51. Die Revision meint, der Kommentar von Skoniecki-Gelpcke spreche nur von der Ladung zu einem Termine, der in einem ordnungsmäßig anberaumten Termine verkündet sei, zu welchem eine ordnungsmäßige Ladung stattgefunden hätte. Dies trifft aber nicht zu. Die auch im Berufungsurteil angezogene Bemerkung jenes Kommentars ist auch auf Fälle zu beziehen, in denen der zur Verhandlung allein erschienene Kläger die Verkündung eines neuen Termins erwirkt, weil der Gegner zur Verhandlung nicht geladen war. In der Praxis ist vom Oberlandesgericht in Frankfurt a. M. (Frankf. Mundschau 1902 S. 166) die strengere, den Weg zu c) ausschließende, vom Oberlandesgericht in Stuttgart (Jahrb. d. Württemb. Rechtspflege 1895 S. 291) die mildere, den Weg zu c) zulassende Ansicht vertreten worden. Das Reichsgericht hat, soweit bekannt, einen dem vorliegenden gleichen Fragefall noch nicht entschieden. Die im Berufungsurteil an der Hand der in *Jur. Wochenschr.* 1884 S. 211 Nr. 4 und 1901 S. 750 Nr. 5 veröffentlichten Auszüge in Betracht gezogenen Urteile betreffen nicht den hier erheblichen Tatbestand, daß es im Verhandlungstermine, zu dem die beklagte Partei nicht ordnungsgemäß geladen war, auf Antrag der allein erschienenen klagenden Partei zur Verkündung eines neuen Verhandlungstermins gekommen ist.

Nach § 335 Abs. 2 *ZPD.*, einer Ausnahmenvorschrift von der Bestimmung des § 218, ist die im Verhandlungstermine nicht erschienene beklagte Partei zu dem verkündeten neuen Termine zu laden. Diese Ladung hat, wie nicht zweifelhaft ist, nicht von Amts wegen, sondern seitens der klagenden Partei zu erfolgen. Des näheren kommen wegen der Erfordernisse einer Ladung, die gemäß § 253 auch zu den notwendigen Bestandteilen einer Klageschrift gehört, die §§ 214—216 in Betracht. Die im § 216 vorgeschriebene Einreichung der Ladung bei

dem Gerichtsschreiber dient indes nur dem Zwecke, eine Ergänzung der Ladung durch die richterliche Bestimmung des Verhandlungstermins herbeizuführen. Für die Klägerin kam dieser Zweck in Fortfall, da der Prozeßrichter den neuen Termin schon auf den 9. Januar 1919, vormittags 9 $\frac{1}{2}$ Uhr, bestimmt und die Anordnung verkündet hatte. Unter solchen Umständen entfiel für die Klägerin auch rechtlich die Notwendigkeit, nach § 216 zu verfahren und somit den oben zu a) bezeichneten Weg einzuschlagen. Von den zwei übrigen in Frage kommenden Wegen entspricht der zu b) am nächsten dem in den Regelfällen eintretenden Verfahren, wo die richterliche Terminsbestimmung auf dem Schriftsatz zur Beurkundung gelangt; er ist daher als ganz bedenkenfrei zu erachten (vgl. RGZ. Bd. 44 S. 353). Einfacher erscheint aber der von der Klägerin gewählte Weg zu c); ihm steht auch keine der auf den vorliegenden Sonderfall anwendbaren Vorschriften (§§ 214, 215, 253, 335) entgegen, und er wird noch zur Genüge dem Gesichtspunkte gerecht, wonach es im Wesen einer Ladung liegt, daß der Ort, wohin, und die Zeit, auf welche geladen wird, bekannt gegeben werden (RGZ. Bd. 13 S. 335). Ladungen, in denen der vom Gerichtsvorsitzenden anberaumte Termin durch den Anwalt der ladenden Partei lebighlich mitgeteilt wird, sind auch in der Prozeßpraxis nicht selten und werden beispielsweise im Falle der Zuladung von Streitgenossen als gültig behandelt (vgl. RGZ. Bd. 60 S. 269). Bedenken der beklagten Partei dahin, ob die Mitteilung des Anwalts der Gegenpartei von dem richterlich anberaumten Termine zutrefte oder nur vorgespiegelt sei, werden nur sehr selten und nur bei ganz besonders gearteter Sachlage vorkommen können. Zur Klärung steht dann der Weg einer Nachfrage bei Gericht offen. Vorliegend war übrigens für die Beklagte zu solchen Bedenken keinerlei Anlaß gegeben und fehlte ihr auch nicht die Überzeugung von der Richtigkeit der in der Ladung vom Dezember 1918 enthaltenen Terminsmitteilung. Sie bemängelte in den Vorinstanzen nur, daß die Ladung die richterliche Terminsbestimmung nicht im Wortlaute, nicht in Abschrift enthalten habe. Die Rüge entbehrt der Berechtigung. Es war genügend, daß die Ladung eine zuverlässige Mitteilung vom Inhalte der richterlichen Terminsbestimmung enthielt.

Darf sonach für den vorliegenden Sonderfall — der Terminsanberaumung durch verkündeten Gerichtsbeschluß — der in Ergänzung der Klageschrift mit dieser zu einer einheitlichen Urkunde verbundene Schriftsatz, der die Ladung zum richterlich anberaumten Termin und eine dem § 215 ZPO. entsprechende Aufforderung enthielt, als eine gültige Ladung beurteilt werden, so ist mit der Zustellung der beiden verbundenen Schriften der Mangel gehöriger Klagerhebung behoben worden.⁴