

Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 137, § 345, § 513 Abs. 2 ZPO

- 1. Die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil kann auch darauf gestützt werden, daß die Versäumung nicht schuldhaft gewesen sei. Die Verschuldensfrage ist nach den gleichen Maßstäben zu beurteilen wie bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.**
- 2. Zur Darlegungslast einer durch einen Rechtsanwalt vertretenen Partei, die das Verschulden an der Versäumung eines Verhandlungstermins durch die Nichteinhaltung eines Anwaltsbrauchs ausräumen will, ein Versäumnisurteil erst nach telefonischer Rückfrage im Büro des Rechtsanwalts der säumigen Partei zu beantragen.**
- 3. Hat der Kläger ein erstes Versäumnisurteil erwirkt und beruft sich der Beklagte in dem Einspruchsschriftsatz auf Verjährung, kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß der Kläger den Inhalt eines Erwidierungsschriftsatzes, mit dem er die Erhebung der Verjährungseinrede vorträgt, zum Gegenstand der einseitigen mündlichen Verhandlung vor Erlass des zweiten Versäumnisurteils machen will.**

BGH, Urteil vom 22.04.1999; Az.: IX ZR 364/98

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. April 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Paulusch und die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Dr. Zugehör und Dr. Ganter für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 24. September 1998 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Tatbestand:

Der Kläger ließ von der H. GmbH (fortan kurz: H.) ein Einfamilienhaus erstellen,

das im Januar 1986 abgenommen wurde. H. erhob gegen den Kläger Klage auf Zahlung von Restwerklohn. Der von dem beklagten Rechtsanwalt vertretene Kläger berief sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen zahlreicher Mängel. Nachdem diese durch ein vom Gericht eingeholtes Sachverständigengutachten bestätigt worden waren, nahm H. die Klage zurück. Im Oktober/November 1990 beauftragte der Kläger einen anderen Rechtsanwalt mit der weiteren Bearbeitung der Sache. Im März 1991 ging der Kläger im Klagewege gegen H. vor und verlangte von ihr aus dem Gesichtspunkt der Minderung und Mängelbeseitigung unter Berücksichtigung einer Restforderung der H. einen Betrag von 67. 680 DM. Im September 1991 verkündete der Kläger dem Beklagten den Streit. Die Klage wurde wegen Verjährung abgewiesen.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger den Beklagten auf Zahlung von 75. 012, 40 DM (67. 680 DM wegen verjährter Mängelansprüche nebst 7. 332, 40 DM wegen vom Kläger zu tragender Kosten des verlorenen Prozesses gegen H.) zuzüglich 4 % Zinsen ab 1. September 1994 (Zustellung des Mahnbescheids am 31. August 1994) in Anspruch genommen. Der Kläger hat dem Beklagten, der sich in erster Instanz selbst vertreten hat, vorgeworfen, er habe seine Pflichten aus dem Anwaltsvertrag schuldhaft verletzt, weil er es unterlassen habe, den Eintritt der Verjährung der Mängelansprüche gegen H. zu verhindern. Mit Versäumnisurteil des Landgerichts Lübeck vom 2. Oktober 1995 ist der Beklagte antragsgemäß verurteilt worden. Dagegen hat er form- und fristgerecht Einspruch eingelegt. Im Haupttermin am 13. Mai 1996, zu dem der Beklagte - wie das von ihm unterzeichnete Empfangsbekanntnis ausweist - am 24. April 1996 geladen worden ist, ist er nicht erschienen. Auf Antrag des Klägers hat das Landgericht deshalb mit "2. Versäumnisurteil" den Einspruch verworfen. Die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht als unzulässig verworfen, weil die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 513 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt seien. Mit seiner Revision begehrt der Kläger in erster Linie, das Berufungsurteil aufzuheben und unter Abänderung des zweiten und Aufhebung des ersten Versäumnisurteils den Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen; hilfsweise beantragt er, die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist gemäß § 547 ZPO zulässig. In der Sache bleibt sie ohne Erfolg.

1. Nach § 513 Abs. 2 Satz 1 ZPO unterliegt ein Versäumnisurteil, gegen das - wie hier gemäß § 345 ZPO - der Einspruch an sich nicht statthaft ist, der Berufung insoweit, als sie darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe. Das trifft unter anderem zu, wenn der Termin zur mündlichen Verhandlung, auf die das zweite Versäumnisurteil erging, von der betroffenen Partei unverschuldet versäumt wurde (vgl. BGH, Urt. v. 19. November 1981 - III ZR 85/80, WM 1982, 601; v. 27. September 1990 - VII ZR 135/90, NJW 1991, 42, 43; v. 19. November 1998 - IX ZR 152/98, NJW 1999, 724). Der Sachverhalt, der die Zulässigkeit der Berufung rechtfertigen soll, muß vollständig in der Berufungsinstanz vorgetragen und darf in der Revisionsinstanz nicht ergänzt werden (vgl. BGH, Beschl. v. 19. Januar 1967 - VII ZB 13/66, NJW 1967, 728; Urt. v. 27. September 1990 aaO). Die Beweislast für die Voraussetzungen einer unverschuldeten Säumnis liegt beim Berufungskläger (vgl. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO 21. Aufl. § 513 Rdn. 4). Die Verschuldensfrage ist nach den gleichen Maßstäben zu beurteilen wie bei der Wiedereinsetzung in den

vorigen Stand (vgl. Musielak/Ball, ZPO § 513 Rdn. 8 m. w. N. in Fußn. 10).

Das Berufungsgericht hat ein Verschulden des Beklagten an der Terminsversäumung jedenfalls im Ergebnis zutreffend bejaht.

a)

aa) Der Beklagte hat in der Berufungsbegründung ausgeführt und durch Zeugnis seiner Büroangestellten E. H., einer Halbtagskraft, unter Beweis gestellt, in seinem Büro sei die Ladung infolge eines Versehens der Zeugin, die seit 1957 in seinem Büro tätig sei, nicht im Terminkalender notiert worden. Ihm persönlich würden sämtliche Posteingänge eines Tages - geordnet in Postmappen - vorgelegt. Unter dem Posteingang am 29. (richtig: 24.) April 1996 habe sich auch die Ladung zum 13. Mai 1996 befunden. Er habe auf der Ladungsverfügung entsprechend seiner bewährten Praxis handschriftlich vermerkt: "Frau H. gesondert o. A. T. notieren." Dies heiße im Klartext, "Frau H. gesondert ohne Akte Termin notieren." Danach seien die am 29. (24.) April 1996 im Büro eingegangenen Terminsladungen einschließlich der hier fraglichen Ladung der Zeugin H. gesondert zur Eintragung der Termine im Terminkalender vorgelegt worden. Die Zeugin habe auch mehrere Termine im Terminkalender notiert, nicht aber den Verhandlungstermin am 13. Mai 1996. Das beruhe darauf, daß ausgerechnet die Ladung zu diesem Termin vom Schreibtisch der Zeugin unauffindbar verschwunden sei. Wie es dazu gekommen sei, könne nicht mehr aufgeklärt werden. Deshalb habe er den Termin am 13. Mai 1996 versäumt. Daran treffe ihn kein Verschulden, weil er darauf habe vertrauen dürfen, daß die Zeugin H., eine zuverlässige Bürokraft, entsprechend seiner Anweisung den Termin notieren werde.

bb) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, der Beklagte habe mit diesem Vorbringen eine fehlerfreie Organisation des Umgangs mit Terminsladungen nicht dargelegt.

Im Hinblick auf die Zustellung von Entscheidungen ist anerkannt, daß **ein Rechtsanwalt das Empfangsbekennnis über eine Zustellung erst unterzeichnen und zurückgeben darf, wenn in der maßgeblichen Handakte der Ablauf der Frist vermerkt und die Frist im Fristenkalender notiert ist (BGH, Beschl. v. 26. März 1996 - VI ZB 1 + 2/96, NJW 1996, 1901)**. Bescheinigt er den Empfang eines ohne Handakte vorgelegten Urteils, so erhöht sich damit die Gefahr, daß die Fristnotierung unterbleibt und dies erst nach Fristablauf bemerkt wird (BGH, Beschl. v. 29. November 1984 - III ZB 14/84, VersR 1985, 168, 169 m. w. N.). Gibt der Rechtsanwalt das - unterzeichnete - Empfangsbekennnis ohne Aktenvorlage in den Geschäftsgang der Kanzlei zurück, so muß er - wenn er nicht unverzüglich persönlich die notwendigen Eintragungen in der Handakte und dem Fristenkalender vornimmt - jedenfalls durch eine besondere (Einzel-) Anweisung die erforderlichen Eintragungen veranlassen; auf allgemeine Anordnungen darf er sich wegen der durch sein Verhalten geschaffenen besonderen Gefahrenlage in einem solchen Fall nicht mehr verlassen (BGH, Beschl. v. 28. November 1984 - IV ZB 97/84, VersR 1985, 147, 148; v. 12. Juni 1985 - IVb ZB 23/85, VersR 1985, 962, 963). **Es bestehen keine Bedenken, diese Grundsätze auf die Zustellung einer Terminsladung entsprechend anzuwenden.**

Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht aus dem schriftsätzlichen und mündlichen Berufungsvorbringen des Beklagten gefolgert, er habe keine hinreichende allgemeine Vorsorge getroffen, um zu verhindern, daß ein Empfangsbekennnis ohne vorherige Eintragung des Termins im Terminkalender unterzeichnet wieder zur Post gegeben werde. Empfangsbekennnis und Terminsladung gingen bereits vor Eintragung des Termins unterschiedliche Wege,

nachdem sie dem Beklagten in einer Postmappe sortiert vom Personal vorgelegt worden seien. Der Beklagte gebe nämlich das unterzeichnete Empfangsbekanntnis in den Postgang und verfüge zeitgleich auf der Ladung im Wege der Einzelweisung die Eintragung in den Terminkalender. Dem sich daraus ergebenden Risiko einer Versäumung des Terminseintrags im Terminkalender sei der Beklagte nicht durch geeignete andere organisatorische Vorkehrungen begegnet. Allein auf eine langjährig tätige Bürokräft habe er sich nicht verlassen dürfen.

cc) Die Revision hält dem entgegen, die handschriftliche Anweisung an die Zeugin H., den Ladungstermin im Terminkalender einzutragen, stelle als Einzelweisung eine ausreichende Vorkehrung dar, die ein Versäumen des Termins als unwahrscheinlich erscheinen lasse. Deshalb komme es auf eine mögliche mangelhafte Büroorganisation nicht entscheidend an.

Dies ist im Ansatz zutreffend. Veranlaßt der Rechtsanwalt durch eine eindeutige und - soweit geboten - schriftlich niedergelegte besondere Einzelanweisung an sein zuverlässiges und regelmäßig überwachtes Büropersonal die erforderliche Eintragung, so darf er sich darauf verlassen, daß seiner Anweisung auch gefolgt wird (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Beschl. v. 9. Juni 1994 - I ZB 5/94, NJW 1994, 2831; v. 22. März 1995 - VIII ZB 2/95, NJW 1995, 1682; v. 15. April 1997 - VI ZB 7/97, NJW-RR 1997, 955; v. 23. (nicht: 13.) April 1997 - XII ZB 56/97, NJW 1997, 1930). Im Streitfall erscheint indes fraglich, ob es sich bei der schriftlichen Anweisung des Beklagten, "Frau H. gesondert o. A. T. notieren", um eine auf einen konkreten Einzelfall bezogene Einzelanweisung (vgl. BGH, Beschl. v. 26. September 1995 - XI ZB 13/95, NJW 1996, 130) an die Zeugin H. handelte und ob die Anordnung hinreichende Gewähr dafür bot, daß eine Terminversäumung zuverlässig verhindert wurde (vgl. in diesem Zusammenhang BGH, Beschl. v. 27. Oktober 1998 - X ZB 20/98, z. V. b.). Denn den Feststellungen des Berufungsgerichts ist zu entnehmen, daß diese Handhabung nicht in einem Einzelfall erfolgte, sondern ständige Gepflogenheit des Beklagten war. Eine ständige Übung kann jedoch eher zu Nachlässigkeiten verführen als eine besondere Anweisung in einem konkreten Fall. Es spricht deshalb vieles dafür, daß das Verhalten des Beklagten nicht geeignet war, die mit der vorherigen Rückgabe des unterzeichneten Empfangsbekanntnisses in den Postgang begründete Gefahrenlage hinreichend sicher zu beseitigen. Letztlich bedarf diese Frage keiner abschließenden Antwort.

dd) Der Beklagte hat - wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt - nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, daß er die Zeugin H. genügend überwacht und kontrolliert hat. Ein derartiger Vortrag ist notwendig, wenn der Rechtsanwalt ein eigenes Verschulden an einer Säumnis ausräumen will. Der Anwalt muß unter anderem dartun, daß und wie er sein Büropersonal überwacht (BGH, Beschl. v. 8. November 1967 - VIII ZB 38/67, VersR 1967, 1204, 1205; v. 23. September 1971 - VII ZB 15/71, VersR 1971, 1145, 1146; v. 2. Juli 1981 - III ZB 9/81, VersR 1981, 857, 858; v. 12. Juni 1985 aaO; Borgmann/Haug, Anwaltshaftung 3. Aufl. Kap. XIII Rdn. 37, 70 ff). Der Beklagte hat lediglich vorgetragen, die Zeugin H. sei seit 1957 in seinem Büro tätig und eine zuverlässige Bürokräft. Das reicht nicht aus, zumal nach dem Vorbringen des Beklagten davon auszugehen ist, daß die Zeugin H. sich im vorliegenden Rechtsstreit bereits einmal als unzuverlässig erwiesen und dazu beigetragen hat, daß die Frist zur Anzeige der Verteidigungsbereitschaft versäumt wurde.

b) Der Beklagte hat das Fehlen eines Verschuldens an der Terminversäumung ferner mit einer durch Auskunft der Rechtsanwaltskammer unter Beweis gestellten ständigen Übung unter den beim Landgericht Lübeck zugelassenen Rechtsanwälten begründet, gegen eine durch einen Kollegen vertretene Partei erst nach telefonischer

Rückfrage im Büro des Gegenanwalts ein Versäumnisurteil zu beantragen.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann es für die nicht erschienene Partei ein unabwendbarer Zufall sein (und damit auch ein Verschulden ausschließen), wenn unter den bei einem bestimmten Gericht zugelassenen Rechtsanwältinnen die ständige Übung besteht, gegen eine durch einen Kollegen vertretene Partei nicht vor Ablauf von 15 Minuten nach der festgesetzten Terminszeit und nur nach telefonischer Rückfrage im Büro des Gegenanwalts ein Versäumnisurteil zu beantragen, und wenn ein Anwalt unter Verstoß gegen diese Übung ein Versäumnisurteil erwirkt (vgl. BGH, Urt. v. 9. Oktober 1975 - VII ZR 242/73, NJW 1976, 196 f; v. 27. September 1990 aaO a. E.). Eine solche Übung ist freilich nicht erheblich, wenn den Interessen des vertretenen Mandanten der Vorrang vor kollegialer Rücksichtnahme gebührt (BGH, Urt. v. 27. September 1990 aaO; vgl. auch Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO 57. Aufl. § 513 Rdn. 4). Dies hat der Bundesgerichtshof im Urteil vom 27. September 1990 für einen Fall bejaht, in dem der gegnerische Anwalt dem Gericht telefonisch hatte mitteilen lassen, er werde sich zu dem auf 13. 30 Uhr am 3. Mai 1989 anberaumten Termin wegen eines anderen Termins voraussichtlich um 15 Minuten verspäten, das Gericht um 13. 55 Uhr auf Fragen des erschienenen Anwalts für den Fall einer Vertagung einen neuen Termin erst für Oktober 1989 in Aussicht gestellt und auf Antrag um 14. 01 Uhr ein zweites Versäumnisurteil verkündet hatte. Nach dem Sachverhalt des Urteils vom 9. Oktober 1975 war Termin auf 11. 45 Uhr bestimmt worden. Dem Anwalt des Klägers hatte ein anderer Rechtsanwalt mündlich erklärt, er werde auch für den Beklagten auftreten. Dieser Rechtsanwalt erschien um 12. 00 Uhr. Gegen 11. 45 Uhr war auf Antrag des Klägeranwalts bereits ein zweites Versäumnisurteil erlassen worden. In diesem Fall hat der Bundesgerichtshof einen Vorrang der Interessen des Klägers vor kollegialer Rücksichtnahme verneint. Der Kläger habe kein vernünftiges Interesse daran haben können, das Versäumnisurteil bereits um 11. 45 Uhr und nicht erst um 12. 00 Uhr zu erhalten. Ein schutzwürdiges Interesse ergebe sich insbesondere nicht daraus, daß er um 12. 00 Uhr wegen des Erscheinens des Beklagtenanwalts ein Versäumnisurteil nicht mehr hätte erlangen können.

bb) Im Streitfall hat das Berufungsgericht angenommen, auch wenn die behauptete Übung bestehe, habe der Anwalt des Klägers aus dem Gesichtspunkt vorrangiger Mandanteninteressen ohne vorherige telefonische Anfrage im Büro des Beklagten das zweite Versäumnisurteil beantragen dürfen. Dem Beklagten sei von dem Kläger die Verursachung erheblicher Schäden gerade aufgrund nachlässiger und verzögerlicher Behandlung eines früheren Mandats vorgeworfen worden. Auch habe der Kläger bereits acht Jahre auf den Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gewartet. Ferner habe der Beklagte durch verzögerliche Herausgabe seiner Handakten nach dem Anwaltswechsel ein ungünstiges Klima im Verhältnis zu dem Kläger und dessen erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten geschaffen. Schließlich habe der Beklagte das vorliegende Verfahren durch Mißachtung der Klageerwiderungsfrist und das erste Versäumnisurteil, aber auch dadurch deutlich verzögert, daß er die ihm für wenige Tage überlassenen Gerichtsakten erst nach etwa zwei Monaten zurückgegeben habe.

cc) Die Revision hält dem entgegen, das Berufungsgericht habe bei seiner Abwägung zwischen dem Vertrauen des Beklagten auf einen örtlichen Anwaltsbrauch und den Mandanteninteressen nur darauf geachtet, daß der Beklagte nicht darauf vertrauen dürfe, ein Versäumnisurteil werde gegen ihn nicht beantragt werden. Auf das Unterlassen einer fernmündlichen Benachrichtigung durch den Gegenanwalt sei es bei dieser Abwägung nicht eingegangen. Bei Berücksichtigung dieses Beklagtenvorbringens sei aber nicht von

einem Vorrang der Interessen des Klägers auszugehen, weil diesem ein kurzfristiges Abwarten für die Zeit eines Telefonanrufes zumutbar gewesen wäre.

dd) Die Ausführungen des Berufungsgerichts scheinen auf den ersten Blick darauf hinauszulaufen, der Klägeranwalt habe eine telefonische Anfrage im Büro des Beklagten allein zu dem Zweck unterlassen dürfen, ein (zweites) Versäumnisurteil zu erhalten. Ein solches Interesse ist für sich genommen nach dem wiedergegebenen Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Oktober 1975 nicht schutzwürdig. Gleichwohl ist dem Berufungsgericht im Ergebnis zu folgen. Denn der Streitfall unterscheidet sich von den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 9. Oktober 1975 und 27. September 1990 in mehrfacher Hinsicht. Dort hatte der gegnerische Anwalt sein Kommen jeweils in Aussicht gestellt. Er wußte also von dem Termin und vertraute tatsächlich auf die Einhaltung der Übung. Im vorliegenden Fall kommt ein solches Vertrauen nicht in Betracht, weil der Beklagte nach seinem Vorbringen den Termin nicht kannte. Er hat nicht dargetan, daß die behauptete Übung auch einem Versäumen des Termins wegen (schuldhafter) Unkenntnis von seiner Anberaumung vorbeugen will.

Der Beklagte hat ferner nicht vorgetragen, wie der erschienene Rechtsanwalt sich der behaupteten Übung zufolge nach einem Telefonanruf zu verhalten hat, z. B. wenn er erfährt, daß der gegnerische Anwalt nicht etwa schon auf dem Wege ist oder in einer anderen Sache bei Gericht festgehalten wird, sondern den Termin gar nicht notiert hat. Der Beklagte - seine Behauptung als richtig unterstellt, bei einem Telefonanruf hätte er, wenn auch mit zeitlicher Verspätung, den Verhandlungstermin wahrgenommen - hätte von seiner Kanzlei in Mölln zum Landgericht Lübeck eine nicht unerhebliche Entfernung zurücklegen müssen. Er hat nicht vorgetragen, welche Zeit er dafür benötigt hätte und ob das Landgericht bereit und in der Lage gewesen wäre, trotz der notwendigen Verspätung des Beklagten noch am 13. Mai 1996 zu verhandeln. Gründe dafür, daß der Kläger sich ungeachtet seines schutzwürdigen Interesses an einem baldigen Abschluß des Rechtsstreits auf eine Vertagung hätte einlassen müssen, sind nicht ersichtlich.

Demzufolge ist nicht auszuschließen, daß der Kläger auch bei einem Telefonanruf in der Kanzlei des Beklagten während des Termins am 13. Mai 1996 ein zweites Versäumnisurteil hätte beantragen dürfen. Deshalb ist eine schuldhafte Versäumung des Termins durch den Beklagten auch dann zu bejahen, wenn die behauptete Übung unter den Rechtsanwälten beim Landgericht Lübeck tatsächlich bestehen sollte.

2. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe es rechtsfehlerhaft unterlassen, vor Erlaß des zweiten Versäumnisurteils die Schlüssigkeit der Klage zu prüfen. Dies könne auch mit einer Berufung nach § 513 Abs. 2 ZPO geltend gemacht werden.

a) Das Bundesarbeitsgericht hat in mehreren Entscheidungen angenommen, vor Erlaß eines zweiten Versäumnisurteils nach § 345 ZPO sei die Schlüssigkeit der Klage zu prüfen und bei Unschlüssigkeit der Einspruch nicht durch Versäumnisurteil zu verwerfen (BAGE 23, 92; 25, 475; BAG NZA 1994, 1102, 1103; vgl. auch BAG AP § 513 Nr. 6). Gleichwohl hat es die Möglichkeit verneint, mit der Berufung nach § 513 Abs. 2 ZPO die fehlende Schlüssigkeit der Klage bei Erlaß des zweiten Versäumnisurteils geltend zu machen (BAG NZA 1994, 1102, 1103 f = JZ 1995, 523 ff m. Anm. Braun).

Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob vor Erlaß eines zweiten Versäumnisurteils die Schlüssigkeit der Klage erneut zu prüfen ist und ob auch mit der Berufung geltend gemacht werden kann, das Versäumnisurteil habe mangels Schlüssigkeit des Klagebegehrens nicht ergehen dürfen, ausdrücklich offengelassen (BGHZ 97,

341, 349). Die Fragen waren nicht entscheidungserheblich, weil das Klagevorbringen schlüssig war. Aus dem gleichen Grund können die von der Revision angesprochenen Fragen auch im Streitfall auf sich beruhen. Denn auch hier war die Klage vor Erlaß des zweiten Versäumnisurteils schlüssig.

b) Die dem ersten Versäumnisurteil zugrundeliegende Annahme des Landgerichts, der Kläger habe schlüssig für eine schuldhafte Verletzung der Anwaltspflichten des Beklagten und einen dem Kläger daraus entstandenen Schaden in Höhe des Verurteilungsbetrages vorgetragen, trifft zu. Auch die Revision zieht dies nicht in Zweifel. Sie hält die Klage allein deswegen für unschlüssig, weil nach dem späteren Vorbringen des Klägers ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten verjährt gewesen sei. Der Kläger habe die von dem Beklagten in der Einspruchsschrift erhobene Einrede der Verjährung in seinem Erwidierungsschriftsatz vom 29. November 1995 zum Gegenstand des Klagevorbringens gemacht. Da der Kläger in der mündlichen Verhandlung über den Einspruch ohne weiteren Sachvortrag nur seinen Antrag gestellt habe, sei von einer stillschweigenden Bezugnahme auf den Akteninhalt und damit auch auf die Einspruchserwiderng auszugehen gewesen. Deshalb habe bei der Prüfung einer Schlüssigkeit der Klage auch die erhobene Verjährungseinrede beachtet werden müssen.

c) Dem ist nicht zu folgen.

In der Einspruchsschrift des Beklagten heißt es unter VI.: "Nur vorsorglich wird erhoben die Einrede der Verjährung. Ich habe bereits vorgetragen, daß der Mahnbescheid am 30. August 1994 beantragt wurde. Die Bauabnahme erfolgte am 01. 01. 1986."

In seinem Erwiderngsschriftsatz führt der Kläger aus: "2. Verjährung. Die unter VI. erörterte Verjährung betrifft das Verhältnis des Klägers zur H. -GmbH. Die mit dieser Klage verfolgten Schadensersatzansprüche gegenüber dem Beklagten sind nicht verjährt, zumal eine Verjährungsunterbrechung durch die Streitverkündung am 05. 09. 1991 herbeigeführt wurde, das Mandat des Beklagten im Herbst 1990 endete. Die Verjährungsfrist ist gem. § 215 BGB durch die erfolgte Streitverkündung unterbrochen worden, Verjährung also nicht eingetreten."

Es entspricht verbreiteter Meinung, daß bei der Schlüssigkeitsprüfung im Versäumnisverfahren eine von dem Beklagten erhobene Einrede der Verjährung dann zu beachten ist, wenn der Kläger die Erhebung der Einrede vorträgt (vgl. MünchKomm-ZPO/Prütting § 331 Rdn. 18; Stein/Jonas/Leipold, ZPO 21. Aufl. vor § 128 Rdn. 81; Stein/Jonas/Grunsky aaO § 331 Rdn. 14; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht 15. Aufl. S. 613; Thomas/Putzo aaO § 331 Rdn. 5; Nierwetberg ZZP 98 [1985], 442, 443 f, 447; Sattelmacher/Sirp, Bericht, Gutachten, Urteil 32. Aufl. 1994 S. 156 f). In dem der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf in NJW 1991, 2089 f zugrundeliegenden Fall hatte der Kläger schriftsätzlich vorgetragen: "Die" (in der Klageerwiderng erhobene) "Einrede der Verjährung durch die Gegenseite ist nicht stichhaltig ..."

Dieses Vorbringen enthielt nach Meinung des Gerichts neben einer Rechtsauffassung auch die Tatsache, daß die Einrede der Verjährung durch den Beklagten erhoben worden sei.

Im Streitfall ist der Klägervortrag nicht so eindeutig, weil er nicht ausdrücklich von einer Einrede der Verjährung durch den Beklagten spricht. Gleichwohl liegt auch in dem wiedergegebenen Vorbringen ein entsprechender Vortrag. Der Schriftsatz des Klägers vom 29. November 1995 nimmt ausdrücklich auf Nr. VI der Einspruchsschrift Bezug und spricht von der an dieser Stelle "erörterte (n) Verjährung". Damit hat der Kläger die dortigen Ausführungen des Beklagten, also

auch die Erhebung der Verjährungseinrede, hinreichend vorgebracht.

Gleichwohl ist dieses Vorbringen für die Prüfung der Schlüssigkeit der Klage nicht zu berücksichtigen, weil der Kläger es nicht in die mündliche Verhandlung eingeführt hat. Im Protokoll des Landgerichts über die mündliche Verhandlung vom 13. Mai 1996 ist vermerkt: "Der Klägervertreter beantragt, das Versäumnisurteil vom 2. Oktober 1995 aufrecht zu erhalten und ein zweites Versäumnisurteil zu erlassen." In unmittelbarem Anschluß daran heißt es in dem Protokoll weiter: "Beschlossen und verkündet: Eine Entscheidung ergeht am Schluß der Sitzung." Hieraus ist nicht zu entnehmen, daß das in dem Erwidernsschriftsatz des Klägers auf die Einspruchsschrift des Beklagten enthaltene Vorbringen zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden ist. Aus dem Protokoll ist nicht ersichtlich, daß über das Stellen des Antrags hinaus vom Kläger verhandelt worden ist. Soweit die Rechtsprechung davon ausgeht, daß sich die mündliche Verhandlung im Zweifel auf den gesamten, bis zum Termin angefallenen Akteninhalt erstreckt, wird stets vorausgesetzt, daß im Anschluß an die Stellung der Anträge auch verhandelt wurde (vgl. BGH, Urt. v. 29. April 1981 - VIII ZR 157/80, WM 1981, 798, 799; v. 16. Juni 1992 - XI ZR 166/91, WM 1992, 1269, 1271; v. 7. Dezember 1995 - III ZR 141/93, NJW-RR 1996, 379). Aber auch wenn man annimmt, daß mit der Stellung des Antrags und dem Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils im Regelfall zugleich der Inhalt der Klägerschriftsätze vorgetragen wird, ist nicht davon auszugehen, daß der Kläger seinen Schriftsatz vom 29. November 1995 zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht hat. Dagegen spricht, daß der Kläger bereits ein erstes Versäumnisurteil erwirkt hatte, daß an der Schlüssigkeit seines Klagevorbringens keinerlei Zweifel bestanden und es deshalb eines weiteres Vorbringens, das über den Inhalt seiner vor dem ersten Versäumnisurteil eingereichten Schriftsätze hinausging, vor Erlaß eines zweiten Versäumnisurteils auch dann nicht bedurfte, wenn man von der Notwendigkeit einer erneuten Schlüssigkeitsprüfung ausgeht. Mit der Erwidern auf den Einspruchsschriftsatz und die in diesem Schriftsatz erhobene Einrede der Verjährung wollte der Kläger ersichtlich nur einem entsprechenden Vorbringen des Beklagten in einer mündlichen Verhandlung entgegentreten. Es kann ohne greifbare gegenteilige Anhaltspunkte, an denen es hier fehlt, nicht davon ausgegangen werden, der Kläger habe den Inhalt des Schriftsatzes vom 29. November 1995 mit der Wiedergabe der Erhebung der Verjährungseinrede durch den Beklagten auch bei dessen Säumnis in der mündlichen Verhandlung vortragen wollen. Ein solches Verhalten des Klägers hätte seinen wohlverstandenen Interessen grob widersprochen und ist deshalb im Zweifel nicht anzunehmen.

Fehlt es demzufolge an einer Einführung des Schriftsatzes vom 29. November 1995 in die mündliche Verhandlung, hat sich an der Schlüssigkeit des Klagevorbringens vor Erlaß des zweiten Versäumnisurteils nichts geändert. Dieses ist deshalb auch dann ordnungsgemäß ergangen, wenn die Schlüssigkeit der Klage zuvor erneut zu prüfen war.