

18

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 144/77

URTEIL

Verkündet am

11. Februar 1980
Schorm,
Justizamtsinspektor

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

1. Prinz H [REDACTED],
Finanzgesellschaft für Kapitalvermittlung mbH,
S [REDACTED]straße 21, M [REDACTED]
2. Otto V [REDACTED], L [REDACTED]straße 1, M [REDACTED]

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

B [REDACTED] Vereinsbank,
vertreten durch die Vorstandsmitglieder Dr. P [REDACTED] und
So [REDACTED], K [REDACTED]-F [REDACTED]-Str. 14, M [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Februar 1980 durch die Richter Dr. Krohn, Dr. Tidow, Dr. Peetz, Lohmann und Kröner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 13. Mai 1977 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Beklagten haben die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Das Landgericht hat die Beklagten durch Versäumnisurteil zur Zahlung einer Kontokorrentschuld (520.003,50 DM nebst 11,25 % Zinsen seit 1. April 1976) verurteilt. Es hat den Einspruch der Beklagten gegen dieses Urteil durch zweites Versäumnisurteil verworfen.

Das Oberlandesgericht hat die hiergegen eingelegte Berufung der Beklagten als verspätet angesehen und deshalb als unzulässig verworfen.

Mit der Revision bitten die Beklagten, die Klage unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und der landgerichtlichen Versäumnisurteile abzuweisen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Der erkennende Senat hat durch Vernehmung der Rechtsanwälte Dr. R. [REDACTED] und J. [REDACTED] als Zeugen darüber Beweis erhoben, welche Beschaffenheit die den damaligen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten von Anwalt zu Anwalt zugestellte beglaubigte Ablichtung der Ausfertigung des zweiten Versäumnisurteiles hatte. Wegen des Ergebnisses dieser Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 11. Februar 1980 (Bl. 101 - 103 der Senatsakten) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist nach § 547 ZPO zulässig, weil das Berufungsgericht ihre Berufung als unzulässig verworfen hat. Die Revision führt aufgrund neuen Vorbringens der Beklagten zur Aufhebung des Urteils des Berufungsgerichts und zur Zurückverweisung der Sache.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, das zweite Versäumnisurteil des Landgerichts sei dem damaligen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten, entsprechend dem von ihm abgegebenen Empfangsbekenntnis, am 7. Januar 1977 wirksam von Anwalt zu Anwalt zugestellt worden, so daß die am 10. Februar 1977 eingelegte Berufung der Beklagten verspätet sei.



Aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme vor dem erkennenden Senat steht jedoch fest, daß die Berufungsfrist bei Einlegung der Berufung noch nicht abgelaufen war. Die Zustellung des landgerichtlichen zweiten Versäumnisurteils am 7. Januar 1977 an den damaligen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten ist unwirksam. Von dem Urteil wurde nur eine unvollständige, in wesentlichen Punkten mit der Urteilsausfertigung nicht übereinstimmende beglaubigte Ablichtung zugestellt. Diese Zustellung hat die Berufungsfrist nicht in Lauf setzen können.

2. Die Zulässigkeit der Berufung, eine Prozeßfortsetzungsbedingung, ist noch im Revisionsrechtszug von Amts wegen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu prüfen (BGHZ 30, 112, 114). Das Revisionsgericht ist dabei nicht an das Vorbringen der Parteien und an die Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden und befugt, selbst Beweis zu erheben und zu würdigen (vgl. BGH Urt. vom 31. Mai 1979 - VII ZR 290/78 = NJW 1979, 2566 = VersR 1979, 937; vom 25. Oktober 1977 - VI ZR 198/76 = VersR 1978, 155; Beschl. vom 16. Dezember 1958 - VIII ZB 15/58 = VersR 1959, 236; ferner das Senatsurteil vom 21. Juni 1976 - III ZR 22/75 = NJW 1976, 1940).

Das landgerichtliche zweite Versäumnisurteil war nach der zum Zustellungszeitpunkt (7. Januar 1977) gültigen Vorschrift (§ 317 Abs. 1 ZPO a.F.) im Parteibetrieb zuzustellen, damit die Berufungsfrist beginnen konnte. Es war für die Wirksamkeit der Zustellung erforderlich, daß die zugestellte beglaubigte Abschrift oder Ablichtung der Urteilsausfertigung die Unterschriften (Namen) der Richter sowie den Ausfertigungsvermerk des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle mit dessen Un-

terschrift (Namen) wiedergab (BGH Urt. vom 10. Juni 1964 - VIII ZR 286/63 = MDR 1964, 916 = VersR 1964, 848; vom 23. Januar 1975 - VII ZR 199/73 = MDR 1975, 482 = NJW 1975, 781; vom 22. September 1977 - VII ZR 144/77 = MDR 1978, 131 = NJW 1978, 217). Diese notwendigen Angaben fehlten auf der zugestellten beglaubigten Ablichtung der Urteilsausfertigung. Zwar hat der Zustellungsempfänger, wie die Beklagten selbst einräumen, bei der vorgenommenen Zustellung von Anwalt zu Anwalt ein Empfangsbekenntnis erteilt, nach der er eine "beglaubigte Fotokopie des abgekürzten Urteils" erhalten hat. Den Beklagten steht aber der Beweis offen, daß die zugestellte Abschrift nicht den gesetzlichen Erfordernissen für eine Urteilszustellung genügt und die Zustellung daher unwirksam ist (vgl. BGH Urt. vom 10. Juni 1964 aaO; vom 27. November 1951 - IV ZR 185/51 LM ZPO § 198 Nr. 1; das Senatsurteil vom 25. Januar 1960 - III ZR 9/59 = LM ZPO § 198 Nr. 10 = VersR 1960, 328). Sie haben den zulässigen Beweis geführt, daß das von ihrem Prozeßbevollmächtigten erteilte Empfangsbekenntnis (§ 198 Abs. 2 ZPO) unrichtig ist (vgl. BGH Urt. vom 25. Oktober 1977 aaO).

3. Vor dem Landgericht hatten sich für die Beklagten zunächst Rechtsanwalt Dr. R. [REDACTED] und später Rechtsanwalt J. [REDACTED] bestellt. Im Rubrum des zweiten Versäumnisurteils des Landgerichts waren beide als Prozeßbevollmächtigte der Beklagten aufgeführt. Die Prozeßbevollmächtigten der Klägerin haben beiden Rechtsanwälten je eine von ihnen beglaubigte Ablichtung der Urteilsausfertigung gegen Empfangsbekenntnis (Rechtsanwalt J. [REDACTED] am 7. Januar, Rechtsanwalt Dr. R. [REDACTED] am 10. Januar 1977) zugestellt. Der

Prozeßbevollmächtigte der Beklagten in der Revisionsinstanz hat die den Zustellungsbescheinigungen des zustellenden Rechtsanwalts angehefteten Ablichtungen dem Senat vorgelegt. Danach handelt es sich in beiden Fällen um beglaubigte Fotokopien der Seiten 1 und 2 der nicht abgekürzten (in vollständiger Form aus sechs Seiten bestehenden) Urteilsausfertigung mit dem Rubrum, der Urteilsformel und einem Teil des Tatbestands. Die letzte Seite des Urteils mit den Unterschriften der Richter und der Ausfertigungsvermerk des Urkundsbeamten mit dessen Unterschrift sind auf dieser unvollständigen Ablichtung der Ausfertigung des Urteils mit Tatbestand und Entscheidungsgründen nicht wiedergegeben.

Die Rechtsanwälte Dr. R. [REDACTED] und J. [REDACTED] haben nach ihren Aussagen bei der Ausstellung ihres Empfangsbekenntnisses die Vollständigkeit der ihnen zugestellten beglaubigten Ablichtung der Urteilsausfertigung nicht überprüft. Die zugestellten Fotokopien haben sie mit der Zustellungsbescheinigung unverändert an den zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten weitergeleitet.

Es fehlt jeder konkrete Anhaltspunkt dafür, daß in beiden Fällen Teile der zugestellten beglaubigten Ablichtung abhanden gekommen sein könnten, die die letzte Seite des vollständigen Urteils wiedergegeben haben. Auch das Vorbringen der Klägerin läßt nicht hierauf schließen. Der zustellende Rechtsanwalt kann sich danach an die konkreten Vorgänge im Zusammenhang mit den Zustellungen nicht erinnern. Selbst wenn die Zustellungen in der Kanzlei der Berufungsanwälte der

Klägerin sehr sorgfältig vorbereitet zu werden pflegen, so schließt das im Einzelfall die Zustellung einer den gesetzlichen Anforderungen nicht genügenden beglaubigten Ablichtung einer Urteilsausfertigung nicht aus.

Aufgrund der vorgelegten Urkunden und der Aussagen der Rechtsanwälte Dr. R. [REDACTED] und J. [REDACTED] ist daher auch bei Anlegung eines strengen Prüfungsmaßstabs als bewiesen anzusehen, daß die am 7. Januar 1977 von Anwalt zu Anwalt zugestellte beglaubigte Ablichtung nur aus den Seiten 1 und 2 der nicht abgekürzten Urteilsausfertigung (Rubrum, Urteilstenor, Anfang des Tatbestands) bestand und daß die Unterschriften (Namen) der Richter sowie der Ausfertigungsvermerk des Urkundsbeamten mit dessen Unterschrift auf den abgelichteten Seiten der Urteilsausfertigung fehlten.

4. Eine abschließende Entscheidung des Senats über die Berufung der Beklagten ist nicht möglich. Daher ist die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

5. Die Kosten des Revisionsrechtszuges sind den Beklagten aufzuerlegen. Ihre Revision hat nur aufgrund ihres neuen Vorbringens über die Unwirksamkeit der Zustellung des landgerichtlichen zweiten Versäumnisurteils Erfolg. Sie waren jedoch in der Lage, die entsprechenden Tatsachen schon dem Berufungsgericht vorzutragen (§ 97 Abs. 2 ZPO).

Krohn

Tidow

Peetz

Lohmann

Kröner