

035 50

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

ZPO §§ 341, 557, 561, 565 Abs. 1

- a) Die Zulässigkeit des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil ist in allen Instanzen von Amts wegen zu prüfen (Anschluß an BAG AP BGB § 178 Nr. 1).
- b) Eine erst in der Revisionsinstanz vorgelegte Urkunde über die Zustellung eines Versäumnisurteils ist im Rahmen der gebotenen Amtsprüfung einer Prozeßvoraussetzung oder Prozeßfortsetzungsbedingung zu berücksichtigen.
- c) In diesem Fall kann das Revisionsgericht die Sache zu weiterer Sachaufklärung zurückverweisen.

BGH, Urt. v. 21. Juni 1976 - III ZR 22/75 - OLG Frankfurt (Main)
LG Frankfurt (Main)

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 22/75

URTEIL

Verkündet am
21. Juni 1976
Schorn,
Amtsinspektor

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der D [REDACTED] I [REDACTED] - F [REDACTED] -
[REDACTED] AG, gesetzlich vertreten durch ihre Vor-
standsmitglieder Rudolf W [REDACTED] und Jürgen H [REDACTED], F [REDACTED]-
[REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

den Tiefbauunternehmer Rolf P [REDACTED], H [REDACTED],
A [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juni 1976 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. Krohn, Dr. Peetz, Lohmann und Boujong

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt am Main vom 23. Oktober 1974 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Vater des Beklagten, der Tiefbauunternehmer Wilhelm P., kaufte im Juni 1968 bei der Firma Auto-W. in H. sechs Lastzüge. Zur Finanzierung eines Restkaufpreises von 350 000 DM schlossen beide Vertragspartner mit der Klägerin einen formularmäßigen Darlehens- und Sicherungsübereignungsvertrag unter dem 24./26. Juni 1968. Sie verpflichteten sich als Darlehensnehmer, den Kredit von insgesamt 426 314,45 DM in Monatsraten von 11 845 DM ab Ende Juli 1968 zu tilgen.



Im Fall eines Wechselprotestes sollte das Darlehen auf einmal fällig werden; die Fahrzeuge waren der Klägerin zur Sicherung zu übereignen.

Der Beklagte übernahm am 24. Juni 1968 die selbstschuldnerische Bürgschaft für die Darlehensverbindlichkeit seines Vaters. Nach Absatz 6 der Bürgschaftsurkunde sollte die Bürgschaft so lange bestehen, bis die Klägerin "wegen ihrer sämtlichen Ansprüche an den Hauptschuldner" vollständig befriedigt sei.

Nachdem die Fahrzeuge an den Vater des Beklagten ausgeliefert waren, ging der von diesem zum 23. Oktober 1968 akzeptierte und von der Firma W■■■■■ ausgestellte Wechsel über eine der vereinbarten Raten zu Protest. Die Klägerin hat darauf gegen den Beklagten im Urkundenprozeß Klage auf einen Teil der Bürgschaftssumme erhoben mit dem Antrag, ihn zu verurteilen, an sie 100 000 DM nebst 12 % Zinsen seit der Zustellung des Zahlungsbefehls (= 12. Oktober 1968) zu zahlen.

Am 28. November 1968 ist entsprechend dem Antrag der Klägerin ein Versäumnisurteil ergangen. Mit Urkunde vom 17. April 1972 trat die Klägerin ihre Forderung laut dem Versäumnisurteil gegen den Beklagten an die Firma W■■■■■ ab, nachdem sie von dieser volle Zahlung erlangt hatte. Die Firma W■■■■■ hat daraufhin eine ihr als Rechtsnachfolgerin der Klägerin erteilte Ausfertigung des Versäumnisurteils dem Beklagten am 10. Oktober 1972 zustellen lassen. Am 20. Oktober 1972 hat der Beklagte Einspruch eingelegt.

Er hat vorgetragen, sein Einspruch sei rechtzeitig, weil ihm das Versäumnisurteil nicht früher zugestellt worden sei; eine Verpflichtung aus der Bürgschaft bestehe nicht.

Der Beklagte hat beantragt, das Versäumnisurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin hat beantragt, das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten.

Sie hat vorgetragen, dem Beklagten sei schon am 31. Juli 1970 das Versäumnisurteil wirksam zugestellt worden. Zur Sache hat sie ausgeführt, der Beklagte sei auf Grund der von ihm übernommenen Bürgschaft verpflichtet, den eingeklagten Betrag zu zahlen.

Das Landgericht hat durch Zwischenurteil den Einspruch für zulässig erklärt und durch Endurteil die Klage unter Aufhebung des Versäumnisurteils abgewiesen.

Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Antrag weiter, den Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil als unzulässig zu verwerfen.

Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte habe rechtzeitig gegen das erstinstanzliche Versäumnisurteil Einspruch eingelegt. Hierzu hat es erwogen:

Es sei davon auszugehen, daß das Versäumnisurteil dem Beklagten erst am 10. Oktober 1972 ordnungsgemäß zugestellt worden sei; daher sei die Einspruchsfrist gewahrt. Eine wirksame frühere Zustellung sei - trotz einiger Beweisanzeichen - nicht erwiesen und auch mit den von der Klägerin angebotenen Beweisen nicht nachweisbar. Die Klägerin habe nach ihrer Darstellung sämtliche Unterlagen über die behauptete Zustellung vom 31. Juli 1970 verloren. Ihrem Vortrag sei nicht einmal zu entnehmen, um welche Art der Zustellung es sich gehandelt habe. Somit sei auch eine Prüfung auf Zustellungsmängel nicht möglich.

II.

1. Wenn das Versäumnisurteil am 31. Juli 1970 dem Beklagten wirksam zugestellt worden ist, ist sein am 20. Oktober 1972 eingelegter Einspruch verspätet. Soll-

te die Zustellung zu diesem Zeitpunkt dagegen nicht nachgewiesen oder nicht wirksam gewesen sein, so ist sein Einspruch zeitgerecht. Die Vorschrift des § 516 ZPO, nach der die Berufungsfrist spätestens 5 Monate nach der Verkündung des angefochtenen Urteils beginnt, gilt nicht, auch nicht entsprechend, für den Beginn der Einspruchsfrist (BGHZ 30, 300). Im übrigen sind keine Anhaltspunkte für eine etwaige verfahrensrechtliche Verwirkung des Einspruchs ersichtlich.

Die Klägerin hat im Revisionsverfahren vorgetragen, nach Verkündung des Berufungsurteils sei es gelungen, die seit Jahren vermißte Zustellungsurkunde aufzufinden. Mit ihrer Revisionsbegründung hat sie die an die Ausfertigung (Fotokopie der Ausfertigung?) des Versäumnisurteils angeschlossene Zustellungsurkunde des Gerichtsvollziehers M. vom 29. Juli 1970 und die ebenfalls mit der Ausfertigung verbundene Postzustellungsurkunde vorgelegt. Aus ihr ergibt sich, daß das Versäumnisurteil am 31. Juli 1970 an die in der Familie dienende erwachsene Gerdi G. [REDACTED] zugestellt worden ist.

2. Die Zulässigkeit des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil stellt als Prozeßfortsetzungsbedingung eine Sachverhandlungs- und Sachurteilsvoraussetzung dar, die auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen ist (so auch BAG AP BGB § 178 Nr. 1 mit insoweit zustimmender Anmerkung Schnorr von Carolsfeld; RGZ 110, 169; Grunsky in Stein/Jonas ZPO 19. Aufl. § 559 Bem. IV 2; unterscheidend Baumbach/Lauterbach ZPO 34. Aufl. § 341 Anm. 1 b: in der Revisionsinstanz nur bei Bemängelung). Diese Prüfung ist unabhängig davon geboten, in welcher

Instanz das Versäumnisurteil erlassen worden ist. Auch der Umstand, daß das Landgericht ein Zwischenurteil über die Zulässigkeit des Einspruchs erlassen hat, steht einer Nachprüfung nicht entgegen, weil dieses Zwischenurteil nicht selbständig anfechtbar ist und damit nur einen vorweggenommenen Teil der Endentscheidung bildet.

Ein Versäumnisurteil wird formell und materiell rechtskräftig, wenn die Frist zur Einlegung des Einspruchs abgelaufen ist, ohne daß die einspruchsberechtigten Parteien diesen Rechtsbehelf eingelegt haben. Jeder erneuten sachlichen Verhandlung und Entscheidung über die in Anspruch genommene Rechtsfolge im selben Verfahren (Prozeßfortsetzung) oder in einem anderen Verfahren (Prozeßerneuerung) stehen dann die formelle oder die materielle Rechtskraft entgegen, die beide auch im öffentlichen Interesse liegen. Die Zulässigkeit des Einspruchs stellt somit eine Voraussetzung für eine Sachentscheidung über die in Anspruch genommene Rechtsfolge dar.

Die Amtsprüfung dieser Prozeßfortsetzungsbedingung im Rechtsmittelverfahren mit Einschluß des Revisionsverfahrens entspricht dem Wortlaut des § 341 ZPO und den allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen. Denn im Revisionsrechtszug sind die Prozeßvoraussetzungen und die Prozeßfortsetzungsbedingungen von Amts wegen zu prüfen, die "echte Sachurteilsvoraussetzungen" (Voraussetzungen für eine Sachentscheidung über die in Anspruch genommene Rechtsfolge) bilden (vgl. Rosenberg/Schwab Zivilprozeßrecht 11. Aufl. § 147 III 1). Das gilt zumindest dann, wenn diese Sachurteilsvoraussetzungen im öffentlichen Interesse liegen (vgl. Grunsky in Stein/Jonas aaO § 559 Bem. IV 3).

3. Die gebotene Prüfung "von Amts wegen" einer Prozeßvoraussetzung oder Prozeßfortsetzungsbedingung in der Revisionsinstanz bedeutet nicht nur, daß eine Rüge des Revisionsklägers entbehrlich ist. Vielmehr heißt das auch, daß das Revisionsgericht an den vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt nicht gebunden ist. Das Revisionsgericht muß daher die Prozeßvoraussetzung (Prozeßfortsetzungsbedingung) in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht prüfen; es ist befugt, selbst Beweise zu erheben und zu würdigen, also die zur Entscheidung erforderlichen Tatsachen für den entscheidungserheblichen Zeitpunkt festzustellen (vgl. für die Zulässigkeit der Berufung: BGHZ 7, 280, 283; 30, 112, 114; BGH MDR 1951, 732, 733; RG SeuffA 47 Nr. 245; RGZ 159, 83, 84; für das Feststellungsinteresse: BGHZ 18, 98, 106; für die Prozeßführungsbefugnis: BGHZ 31, 279, 282; für die internationale Zuständigkeit: BGHZ 53, 128; für die Prozeßfähigkeit: BGHZ 18, 184, 185; BGH NJW 1970, 1683 = JR 1971, 159 mit Anm. Berg; RG WarnRsp 1931 Nr. 11; 1943 Nr. 1; für den Widerruf des Verzichts auf die Berufung: RG SeuffA 97 Nr. 36; für die Rechtshängigkeit: RGZ 160, 333, 348; für Prozeßfortsetzungsbedingungen allgemein auch BAG 17, 278, 282 = NJW 1966, 74, 75; BAG 23, 471, 474 = NJW 1972, 790, 791 = AP ZPO § 337 Nr. 3; BAG NJW 1972, 887, 888 = MDR 1972, 546).

4. Damit ist das Revisionsgericht auch befugt und verpflichtet, neu vorgebrachte Beweismittel (hier: eine nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht vorgelegte Urkunde) zur Feststellung der erheblichen Tatsachen zu berücksichtigen.

Die Beachtung des neuen Vorbringens einer "Alttatsache" oder eines neuen Beweismittels für eine "Alttat-

sache" kann bei der Prüfung einer der Parteidisposition entzogenen, auch dem Schutz der Allgemeininteressen dienenden Prozeßvoraussetzung nicht mit der Erwägung versagt werden, die Partei hätte die Tatsache oder das Beweismittel schon vor dem Instanzgericht in den Rechtsstreit einführen müssen (BAG 17, 278; BGH NJW 1970, 1683, 1684). Etwas anderes gilt allerdings nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in dem Fall, daß die Partei in der Revisionsinstanz erstmals geltend macht, sie habe eine Prozeßhandlung nicht versäumt, weil sie damit nur ihr Individualinteresse gegen das Allgemeininteresse an der Rechtssicherheit und an einer möglichst unverzüglichen Prozeßerledigung verfolgt (BAG 17, 278, 282). So liegt es aber hier nicht.

Die Berücksichtigung der von der Klägerin erstmals in der Revisionsinstanz vorgelegten Urkunde setzt daher im Rahmen der dem Revisionsgericht obliegenden Amtsprüfung nicht voraus, daß die Klägerin die Voraussetzungen des in § 580 Nr. 7 b ZPO normierten Restitutionsgrundes dartut und also nachweist, sie habe die Urkunde nach der Tatsachenverhandlung vor dem Berufungsgericht aufgefunden. Eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens kommt insoweit nicht in Betracht. Vorbringen, das das Revisionsgericht im öffentlichen Interesse von Amts wegen zu beachten hat, bedarf auch nicht einer Zulassung entsprechend § 529 Abs. 2 ZPO (vgl. RGZ 151, 43, 44; Wieczorek ZPO § 529 Anm. C II c 3). Die Beachtung der vorgelegten Urkunde hängt daher nicht von einer solchen Zulassung ab.

Der Senat braucht nicht darüber zu befinden, ob ein arglistiges oder sonst gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten einer Partei Anlaß geben kann, eine von ihr erstmals in der Revisionsinstanz vorgelegte Urkunde trotz ihrer Beweisbedeutung für eine im öffentlichen Interesse liegende Sachverhandlungs- und Sachurteilsvoraussetzung nicht zu berücksichtigen. Denn hier ist ein Anhaltspunkt für ein solches Verhalten der Klägerin nicht ersichtlich. Diese konnte nach ihrem unwiderlegten, unter Beweis gestellten Vorbringen die Zustellungsurkunde nicht früher vorlegen, weil diese Urkunde bisher unauffindbar war. Im übrigen kommen auch bei einer von Amts wegen zu prüfenden Prozeßvoraussetzung oder Prozeßfortsetzungsbedingung als Sanktion für ein nachlässiges Verhalten einer Partei kostenrechtliche Nachteile (§ 97 Abs. 2 ZPO) in Betracht.

5. Durch die Vorlage der äußerlich ordnungsgemäßen Zustellungsurkunde hat die Klägerin zunächst bewiesen, daß das Versäumnisurteil zugestellt worden ist (§ 418 ZPO). Denn die Zustellungsurkunde begründet vollen Beweis dafür, daß das Schriftstück zur angegebenen Zeit am angegebenen Ort der vermerkten Person übergeben worden ist.

Ob damit auch nachgewiesen ist, daß wirksam zugestellt worden ist, mag zweifelhaft sein. Immerhin kann die gesetzliche Funktion einer Zustellungsurkunde, die für die Gerichte und die sonstigen Rechtspflegeorgane ohne Rückgriff auf Umstände außerhalb der Urkunde zunächst eine geeignete Grundlage für ihre Maßnahmen dar-

stellen muß (z.B. die Urkunde über die Zustellung der Ladung zum Verhandlungstermin für eine Säumnisentscheidung oder die Urkunde über die Zustellung eines Urteils für die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses), dafür sprechen, daß die vom Zustellungsbeamten vorzunehmenden und beurkundeten Feststellungen über die Wohnung des Zustellungsadressaten und sonstige zustellungsrechtlich erhebliche Umstände an der Beweiskraft der Zustellungsurkunde teilnehmen (zum Umfang der Beweiskraft einer Zustellungsurkunde vgl. BGH VersR 1973, 715; RG WarnRsp 1922 Nr. 103; LZ 1933, 591 = SeuffA 87 Nr. 117; HRR 1935 Nr. 1695; KGBI 1903, 77; Pohle in Stein/Jonas aaO § 181 Bem. IV; Thomas/Putzo ZPO 8. Aufl. § 181 Anm. 2). Diese Frage bedarf indes keiner abschließenden Entscheidung, denn die äußerlich ordnungsgemäße Zustellungsurkunde stellt zumindest ein Beweisanzeichen für die Wirksamkeit einer Zustellung dar.

6. Bereits deshalb konnte das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Der Senat war aber nicht in der Lage, auf dieser Grundlage bereits endgültig zu entscheiden. Denn beide Parteien haben Zeugenbeweis dafür angetreten, wo der Beklagte im Zeitpunkt der Ersatzzustellung vom 31. Juli 1970 wohnte, so der Beklagte dafür, daß er am Zustellungstage am Ort der Zustellung keine Wohnung hatte.

a) Diese Beweise hätte der Senat erheben können. Das erschien bei dieser Sachlage aber nicht zweckmäßig. Im bisherigen Verfahren stand im Vordergrund die Frage, ob überhaupt ein Zustellungsvorgang am 31. Juli 1970 festgestellt werden könnte. Das haben beide Vorinstanzen verneint. Daher haben die Parteien, besonders der Beklag-

te, bisher der Frage eine untergeordnete Bedeutung beigemessen, ob eine solche Zustellung wirksam war. In diesem Zusammenhang ist von Belang, ob der Ort der Zustellung die Wohnung des Beklagten im Sinne des § 181 ZPO (vgl. im einzelnen Stein/Jonas/Pohle aaO § 181 Bem. II 1 m.w.Nachw.) und ob die Zustellungsempfängerin eine im Sinne des Zustellungsrechts geeignete Person war. Um den Parteien, besonders dem Beklagten zu ermöglichen, sich auf die durch das Auffinden und Vorlegen der Zustellungsurkunde entstandene neue Prozeßlage einzurichten, hielt der Senat bei Abwägung der ins Gewicht fallenden Umstände (Möglichkeit einer umfangreichen Sachaufklärung, Dauer des Verfahrens, Verfahrenskosten) eine Zurückverweisung für angezeigt.

b) Eine Zurückverweisung der Sache ist auch zulässig.

Eine - sei es auch unter Beweis gestellte - erhebliche Behauptung des Revisionsklägers über eine Prozeßvoraussetzung ergibt allerdings noch nicht, daß das angefochtene Urteil objektiv dem Gesetz widerspricht und daher aufzuheben ist. Die Behauptung des Revisionsklägers wird daher für sich allein noch nicht zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung führen können. Eine Partei hätte es sonst unter Umständen in der Hand, bei einer zulässig eingelegten und begründeten Revision durch geeigneten Tatsachenvortrag die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückverweisung der Sache zu erreichen und die Erledigung des Prozesses zu verschleppen. Andererseits bedeutet die

dem Revisionsgericht obliegende Nachprüfung einer schon in der Vorinstanz zu prüfenden Prozeßvoraussetzung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht nicht, daß das Revisionsgericht die Prozeßvoraussetzungstatsachen abschließend klären müßte. Die Aufhebung eines angefochtenen Urteils und die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zur weiteren Aufklärung ist daher jedenfalls dann zulässig, wenn das angefochtene Urteil nach den vom Revisionsgericht festgestellten Umständen (Tatsachen) nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung aufrechterhalten werden kann. Weiter braucht das Revisionsgericht eine Beweisaufnahme nicht auszudehnen (für eine allgemeine Zurückverweisungsmöglichkeit Grunsky in Stein/Jonas aaO § 561 Bem. IV; Gottwald Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz S. 336 ff; Martin Prozeßvoraussetzungen und Revision S. 153 ff; vgl. BAG 17, 278, 282; BGHZ 24, 15, 20; BGH FamRZ 1969, 477, 478; RG JW 1906, 427 Nr. 13; JW 1908, 44 Nr. 20; JW 1915, 215 Nr. 12). Aus der Befugnis zur Amtsprüfung und zur Berücksichtigung neuer Beweismittel läßt sich eine Pflicht zur eigenen abschließenden Sachverhaltsaufklärung durch das Revisionsgericht in jedem Fall nicht ableiten.

Die Entscheidungen, die eine Verpflichtung des Revisionsgerichts bejahen, eine erforderliche Beweisaufnahme selbst vorzunehmen (vgl. BGHZ 7, 280, 284; BGH NJW 1970, 1683; ferner RGZ 160, 338, 348; RG SeuffA 97 Nr. 36; vgl. auch Mattern JZ 1963, 650, 652), werden schon durch die Erwägung getragen, daß das Revisionsgericht stets befugt ist, die Beweise über Prozeßfragen selbst zu erheben. Die Annahme einer Verpflichtung des Revisionsgerichts zur eigenen Beweisaufnahme ist in ihnen nicht der entscheidende Gesichtspunkt. Diese Ent-

scheidungen betreffen im übrigen andere Prozeßvoraussetzungen (Prozeßführungsbefugnis, Prozeßfähigkeit) und insbesondere nicht den Fall, daß das Berufungsurteil auf Grund einer vorgelegten äußerlich ordnungsgemäßen Zustellungsurkunde nicht mehr mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung gehalten werden kann.

Nußgens

Dr. Krohn

Dr. Peetz

Richter am BGH
Lohmann ist in
Urlaub und kann
daher nicht un-
terschreiben.

Nußgens

Boujong