

8

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 88, 89, 333, 337, 516

- a) Wenn im Anwaltsprozeß der Mangel der schriftlichen Vollmacht eines Anwalts erst in einem Zeitpunkt gerügt wird, in dem dieser Anwalt bereits zur Sache verhandelt hat, darf gegen die von diesem Anwalt vertretene Partei nicht deshalb ein Versäumnisurteil ergehen, weil der Anwalt nicht in der Lage ist, sofort eine schriftliche Vollmacht vorzulegen.
- b) Die Vorschrift, daß die Berufungsfrist spätestens 5 Monate nach Verkündung des Urteils zu laufen beginnt, findet keine Anwendung, wenn die durch das Urteil beschwerte Partei im letzten Verhandlungstermin nicht vertreten war und dieser Termin ihr auch nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden ist (Bestätigung von RG JW 1938, 2982).

BGH, Urt. v. 20. April 1977 - IV ZR 68/76 - KG Berlin
AG Charlottenburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 68/76

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

20. April 1977

H e l l m a n n

Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

des Piloten Siegfried H., c/o Henning Graf v.
B. -A. I. Road, P.,
P.O. B., S.

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

gegen

den am 1961 geborenen Thomas D., P. -straße ,
B. (Charlottenburg), vertreten durch seinen Pfleger,
das Jugendamt C. - 72 -
C. -S. -Allee ,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

dr

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. April 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Grell und die Richter Dr. Buchholz, Knüfer, Rottmüller und Dehner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 17. März 1976 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist am [REDACTED] 1961 als Sohn der damaligen Ehefrau Jutta H[REDACTED] geboren. Der Ehemann der Mutter hat die Ehelichkeit des Kindes mit Erfolg angefochten. Mit der vorliegenden Klage begehrt der Kläger die Feststellung der Vaterschaft des Beklagten und seine Verurteilung zur Zahlung des Regelunterhalts.

Für den Beklagten meldeten sich im Rechtsstreit zunächst die Rechtsanwälte Dr. Di[REDACTED], B[REDACTED] und Dr. V[REDACTED]. Sie teilten u.a. mit, daß der Beklagte sich in R[REDACTED] aufhalte. Im Termin vom 18. Oktober 1973 beschloß das Gericht, die genannten Rechtsanwälte einstweilen ge-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

mäß § 89 ZPO als Vertreter des Beklagten zuzulassen. Es setzte ihnen gleichzeitig eine Frist bis zum 18. Dezember 1973 zur Beibringung einer schriftlichen Prozeßvollmacht. Nachdem diese Frist fruchtlos abgelaufen war, erließ das Amtsgericht am 15. Januar 1974 einen Beschluß, durch den die **einstweilige Zulassung der Rechtsanwälte** "aufgehoben" und ihnen die durch die einstweilige Zulassung entstandenen Kosten auferlegt wurden. Die Ladung zu dem nunmehr anberaumten Termin vom 2. Juni 1975 wurde an die frühere Adresse des Beklagten in W■■■■■ abgesandt; sie kam mit dem vom 3. Mai 1975 datierenden postalischen Vermerk "Empfänger unbekannt verzogen. Nachsendungsantrag liegt nicht vor" zurück. Daraufhin verfügte der Richter, daß die "Beklagtenvertreter" zu laden seien. Die Rechtsanwälte Dr. Di■■■■■, B■■■■■ und Dr. V■■■■■ bestätigten zwar den Zugang der Ladung mit einem Empfangsbekenntnis; sie teilten jedoch mit, daß sie den Beklagten nicht mehr verträten, daß ihnen auch sein derzeitiger Aufenthaltsort unbekannt sei und daß sie den Verhandlungstermin nicht wahrnehmen würden. Am 29. Mai 1975 ging beim Amtsgericht ein Schreiben vom 15. Mai 1975 mit dem Briefkopf des Beklagten ein. In ihm heißt es u.a.:

" SECRETARY
MEMBER OF:

N.S.A.F. 3rd Class
N.d.S.z.m.d.T 1st Class Johnny F.L. M■■■■■ Addresses
as above;

FROM: Johnny F.L. M■■■■■
TO: Gleiche Anschrift wie auf dem Briefumschlag
SUBJECT: D■■■■■ Geschäftsnummer 7 C 677/73
COPY: none
Dear Sirè, bevor wir zum eigentlichen Anlaß kommen, möchten wir uns erst nach Ihrem Wohlbefinden erkundigen. Wir hoffen, daß Sie in

alter Frische tätig sind. Was das o.a.
SUBJECT anbelangt, erlauben wir uns
dazu wir folgt Stellung zu nehmen:
UNBEKANNT;

Bitte halten Sie uns auf dem neusten Stand. "

Das Schreiben schließt mit einem unleserlichen Handzug,
unter den mit Schreibmaschine der Name Johnny F.L. M[REDACTED]
gesetzt ist.

Im Termin vom 2. Juni 1975 erschien für den Be-
klagten niemand. Das Gericht vernahm zunächst die Kindes-
mutter und verkündete sodann ein Urteil, durch das der
Klage in vollem Umfange stattgegeben wurde. In den Ent-
scheidungsgründen führte es aus, der Erlaß eines Urteils
sei zulässig, obwohl eine Zustellungsurkunde über die La-
dung des Beklagten zum Termin nicht zu den Akten gelangt
sei. Der Zustellungsmangel sei gemäß § 187 ZPO als ge-
heilt anzusehen. Hierzu heißt es im Urteil wörtlich:

" Das Gericht hatte vielmehr ein Schreiben des
Beklagten aus S[REDACTED] unter dem Datum
15. Mai 1975 erhalten, in dem der Beklagte
sich zu dem Rechtsstreit äußert. Dieses
Schreiben kann nur nach S[REDACTED] gelangt
sein, wenn ein Zustellungsbevollmächtigter
unter der Anschrift des Beklagten ist und
in G[REDACTED]-G[REDACTED] lebt oder wenn dort ein Nach-
sendungsauftrag existiert oder wenn der Be-
klagte dort auch noch polizeilich gemeldet
ist. Andernfalls wäre es nicht möglich gewe-
sen, daß der Beklagte in dem Besitz dieser
Ladung gelangt war. "

Eine vollständige Ausfertigung dieses Urteils
wurde dem Amtspfleger des Klägers gemäß § 212 a ZPO zu-
gestellt. Eine weitere Urteilsausfertigung leitete die
Geschäftsstelle der Gerichtsvollzieherverteilungsstelle

mit der Bitte um "Zustellung gemäß §§ 175 ZPO und 213 ZPO" zu. Der zuständige Gerichtsvollzieher sandte daraufhin die Urteilsausfertigung am 24. Juni 1975 in einem gewöhnlichen Brief an die in dem Schreiben vom 15. Mai 1975 angegebene Adresse.

Mit einem vom 10. Dezember datierten und am 11. Dezember 1975 eingegangenen Schriftsatz hat der beim Kammergericht zugelassene Rechtsanwalt Sp. [REDACTED] für den Beklagten Berufung eingelegt. Gleichzeitig hat er um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht. Er fügte eine vom Beklagten unterzeichnete eidesstattliche Versicherung bei, nach der dieser vor dem 3. Dezember 1975 von dem ergangenen Urteil keine Kenntnis erlangt haben soll. In der vom Berufungsgericht anberaumten mündlichen Verhandlung wurde von den erschienenen Anwälten der Parteien die schriftsätzlich angekündigten Anträge verlesen und streitig verhandelt. Sodann verlangte der Prozeßbevollmächtigte des Klägers von Rechtsanwalt Sp. [REDACTED] Vorlage einer Prozeßvollmacht. Der Anwalt des Beklagten erklärte, daß er zur Zeit keine Prozeßvollmacht vorlegen könne. Das Gericht beschloß, Rechtsanwalt Sp. [REDACTED] nicht zur Vertretung des Beklagten zuzulassen, weil für den Beklagten auch im ersten Rechtszug schon Anwälte aufgetreten seien, die ihre Prozeßvollmacht nicht hätten beibringen können. Daraufhin beantragte der Prozeßvollmächtigte der Klägerin den Erlaß eines Versäumnisurteils.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten durch Versäumnisurteil als unzulässig verworfen. Es hat angenommen, daß die Berufungsfrist gemäß § 516 ZPO am 2. Dezember 1975 abgelaufen sei. Der Antrag auf Wieder-

- 6 -

einsetzung in den vorigen Stand müsse ohne Sachprüfung zurückgewiesen werden, da der Beklagte in der angeordneten, somit obligatorischen mündlichen Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag säumig geblieben sei.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Er macht geltend, daß ein Fall der Säumnis nicht vorgelegen habe.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist zulässig.

Hat ein Berufungskläger gegen Versäumung der Berufung oder Berufungsbegründungsfrist um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht und das Berufungsgericht über diesen Antrag mündliche Verhandlung angeordnet, so ist ein Urteil, durch das das Gesuch wegen (tatsächlicher oder irrigerweise angenommener) Säumnis des Berufungsklägers im Verhandlungstermin zurückgewiesen und gleichzeitig die Berufung als unzulässig verworfen wird, als ein einheitliches Versäumnisurteil anzusehen; es kann daher nur unter den in den §§ 513, 566 ZPO bezeichneten Voraussetzungen mit der Revision angegriffen werden (BGH LM ZPO § 238 Nr. 10 = NJW 1969, 845). Nach den genannten Gesetzesbestimmungen findet gegen das Versäumnisurteil eines Berufungsgerichts dann die Revision statt, wenn das Urteil nicht mit dem Einspruch angegriffen werden kann und die Revision darauf gestützt wird, daß ein Fall der Säumnis nicht vorgelegen habe. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Gemäß § 238 Abs. 2 Satz 2 ZPO steht dem Beklag-

ten gegen das Urteil des Berufungsgerichts der Einspruch nicht zu. Er macht auch mit Recht geltend, daß das Berufungsgericht zu Unrecht einen Fall der Säumnis angenommen habe.

Zu dem anberaumten Termin war für den Berufungskläger der Rechtsanwalt Sp. ■■■ erschienen. Da vor dem Oberlandesgerichts Anwaltszwang besteht, war seine Bevollmächtigung nicht von Amts wegen zu prüfen (§ 88 Abs. 2 ZPO); diese Vorschrift gilt auch in Kindschaftssachen, soweit es sich um den Anwalt des Beklagten handelt; lediglich für den Anwalt des klagenden Kindes sehen die §§ 640 Abs. 1, 613 Satz 2 ZPO eine Prüfung der Vollmacht von Amts wegen vor. Rechtsanwalt Sp. ■■■ mußte daher solange als ordnungsmäßig bevollmächtigter Vertreter des Beklagten behandelt werden, als der Gegner das Vorliegen einer Vollmacht nicht bezweifelte. Gerügt hat dieser den Mangel erst, als die Anwälte bereits einander widersprechende Anträge gestellt und - zumindest teilweise - zur Sache verhandelt hatten. Von diesem Zeitpunkt an waren allerdings Prozeßhandlungen, die Rechtsanwalt Sp. ■■■ im Namen des Beklagten vornahm, diesem solange nicht zuzurechnen, als keine schriftliche Vollmacht vorgelegt wurde. Dies allein kann jedoch den Erlaß eines Versäumnisurteils noch nicht rechtfertigen; denn sobald die Anwälte (wirksam) einander **widersprechende Anträge** gestellt und teilweise zur Sache verhandelt haben, ist der Erlaß eines Versäumnisurteils auch dann ausgeschlossen, wenn der Anwalt der einen Partei vor Schluß der Verhandlung den Sitzungssaal verläßt, das Mandat niederlegt oder die Fortsetzung der Verhandlung verweigert. (BGHZ 63, 94; OLG Celle MDR 1961, 61; OLG Hamm NJW 1974, 1097; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl. § 333 Anm. I bei Note 13; Thomas/Putzo, ZPO, 8. Aufl.

§ 333; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl. § 333 Anm. B I 63; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 34. Aufl. § 333 Anm. 2). Das Berufungsgericht meint offenbar, daß durch die Rüge der mangelnden Vollmacht nicht nur Rechtsanwalt Sp. am weiteren Handeln für den Beklagten gehindert wurde, sondern daß auch diejenigen Prozeßhandlungen, die er vorher für den Beklagten vorgenommen hatte und die vom Gericht als wirksam behandelt werden mußten, diese Wirksamkeit mit rückwirkender Kraft verloren haben. Diese Ansicht trifft nicht zu. Die Rüge mangelnder Prozeßvollmacht kann sich immer nur darauf stützen, daß der gegnerische Vertreter jetzt ohne Vollmacht sei, nicht aber den Mangel in einem früheren Zeitpunkt geltend machen (Stein/Jonas/Schumann/Leipold, a.a.O., § 88 Anm. I).

Da somit das Berufungsgericht einen Fall der Säumnis zu Unrecht angenommen hat, muß das von ihm erlassene Versäumnisurteil aufgehoben werden.

Es ist nicht erforderlich, die Sache zur erneuten Prüfung des Wiedereinsetzungsgesuches an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Einer Entscheidung über die nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedarf es nicht, weil der Beklagte entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts die Berufungsfrist nicht versäumt hat.

Das Urteil des Amtsgerichts hätte gemäß §§ 625, 640 Abs. 1 ZPO von Amts wegen zugestellt werden müssen. Da der Beklagte in Rhodesien wohnte, jedoch keinen Zustellungsbevollmächtigten in Deutschland bestellt hatte, konnte die Zustellung auch in der Weise bewirkt werden, daß der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle die Ausfertigung des Ur-

teils dem Beklagten mit einem einfachen Brief zusandte und in den Akten vermerkte, zu welcher Zeit und unter welcher Adresse er die Sendung zur Post gegeben hatte (§§ 175, 213 ZPO). Das hat der Urkundsbeamte jedoch nicht getan. Er hat vielmehr die Urteilsausfertigung über die Gerichtsvollzieherverteilungsstelle einem Gerichtsvollzieher zugeleitet, der dann seinerseits die Sendung zur Post gab und hierüber eine Zustellungsurkunde nach § 175 ZPO aufnahm. Daß hierin keine wirksame Zustellung lag, hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Es hat jedoch angenommen, daß die Berufungsfrist gemäß § 516 ZPO 5 Monate nach der Verkündung des Urteils zu laufen begonnen habe; sie sei deshalb am 11. Dezember 1975, dem Tage des Eingangs der Berufungsschrift, bereits abgelaufen gewesen. Der Vorschrift des § 516 ZPO liegt der Gedanke zugrunde, daß eine Partei, die vor Gericht streitig verhandelt hat, mit dem Erlaß einer Entscheidung rechnen müsse; es könne ihr daher zugemutet werden, sich danach zu erkundigen, ob und mit welchem Inhalt eine solche Entscheidung ergangen sei. Diese Erwägung trifft jedoch dann nicht zu, wenn die durch das Urteil beschwerte Partei im Verhandlungstermin nicht vertreten und zu diesem Termin auch nicht ordnungsgemäß geladen worden war. In diesem Fall kann daher § 516 ZPO keine Anwendung finden (RGJW 1938, 2982).

Im Termin vom 2. Juni 1975 war der Beklagte weder persönlich anwesend noch durch einen Bevollmächtigten vertreten. Er war zu diesem Termin auch nicht ordnungsgemäß geladen worden. Die zu Händen der Rechtsanwälte Dr. Di [REDACTED], B [REDACTED] und Dr. V [REDACTED] bewirkte Zustellung der Terminsladung war unwirksam; denn diese Rechtsanwälte waren bereits durch Beschluß vom 15. Januar 1974 wegen Nichtvorla-

ge einer Vollmacht als Vertreter des Beklagten zurückgewiesen worden; sie konnten daher für diesen keine Zustellungen mehr entgegennehmen (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 34. Aufl, § 176 Anm. 3 A c). Dem Beklagten persönlich ist die Ladung nicht zugestellt worden. Der Mangel der ordnungsmäßigen Zustellung kann auch nicht nach § 187 ZPO als geheilt angesehen werden. Das Amtsgericht glaubte dies zwar aufgrund des Schreibens vom 15. Mai 1975 (Bl. 32 GA) annehmen zu können. Dieses Schreiben trägt aber nicht die Unterschrift des Beklagten. Selbst wenn man davon ausgehen würde, daß es im Einverständnis mit dem Beklagten abgefaßt worden sei, würde sich aus ihm nur entnehmen lassen, daß dem **Beklagten die Anhängigkeit des Rechtsstreits und das Aktenzeichen** bekannt war. Diese Kenntnis hatte der Beklagte aber bereits durch die Zustellung der Klageschrift erlangt; der Umstand, daß in dem Schreiben Rubrum und **Aktenzeichen richtig angegeben** waren, besagt demnach noch nicht, daß die Ladung dem Beklagten von W[REDACTED] nach S[REDACTED] nachgesandt worden sein müsse. Dies ist im übrigen auch schon deshalb ausgeschlossen, weil die Post die Sendung, die die Ladung enthielt, nicht in der früheren Wohnung des Beklagten in W[REDACTED] abgegeben, sondern vielmehr als unbestellbar an das Amtsgericht zurückgeleitet hatte (Bl. 28 GA). Nicht auszuschließen ist es allerdings, daß die Rechtsanwälte Dr. Di[REDACTED], B[REDACTED] und Dr. V[REDACTED] den Beklagten von der Anberaumung des Termins verständigt haben; hierfür fehlt aber jeder konkrete Anhaltspunkt.

Die Berufungsfrist hatte demnach in dem Zeitpunkt, in dem die Berufungsschrift einging, noch nicht zu laufen begonnen.

Der Revision müßte nichtsdestoweniger dann ein Erfolg versagt bleiben, wenn die Berufung nicht ordnungsgemäß begründet worden wäre. Denn in diesem Falle würde sich die Verwerfung der Berufung aus anderen als den im Berufungsurteil angegebenen Gründen als richtig erweisen (§ 563 ZPO). Entgegen der Ansicht des Klägers ist jedoch die Berufung in einer den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Weise begründet worden. In der Berufungsschrift führt der Anwalt des Beklagten aus, daß dieser "mit aller Entschiedenheit" bestreite, der Kindesmutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt zu haben. Ob eine solche pauschale Erklärung zur Begründung der Berufung ausreicht oder ob nicht vielmehr der Beklagte sich mit den Ausführungen auseinandersetzen mußte, mit denen das Amtsgericht die gegenteilige Annahme begründet hatte, kann hier dahingestellt bleiben. Der Anwalt hat gleichzeitig mit der Berufungsschrift ein Wiedereinsetzungsgesuch eingereicht. Beide Schriftstücke müssen als eine Einheit angesehen werden; soweit daher das Wiedereinsetzungsgesuch Ausführungen enthält, die zur Begründung der Berufung dienen können, ist eine Verwerfung der Berufung wegen mangelnder Begründung ausgeschlossen. Im Wiedereinsetzungsgesuch wird aber ausgeführt, daß der Beklagte entgegen der Ansicht des Amtsgerichts nicht ordnungsgemäß geladen worden sei; denn die Zustellungen seien jeweils in Walldorf erfolgt, also an einem Ort, an dem der Beklagte im Zeitpunkt der Zustellung nicht mehr wohnhaft gewesen sei. Damit macht der Beklagte geltend, daß das erstinstanzliche Urteil auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs beruhe. Das ist als eine ausreichende Darlegung der Berufungsgründe (§ 519 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO) anzusehen.

Der Rechtsstreit muß daher zur sachlichen Prüfung
der Berufung an das Kammergericht zurückverwiesen werden.

Dr. Grell

Dr. Buchholz

Richter am Bundes-
gerichtshof Knüfer
kann urlaubshalber
nicht unterschreiben.

Dr. Grell

Rottmüller

Dehner