

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZB 9/92

vom

27. Mai 1992

in dem Rechtsstreit

1. Hellmuth E [REDACTED], D [REDACTED], H [REDACTED],

Beklagter und Beschwerdeführer,

2. ...

3. ...

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED] -

g e g e n

1. ...

2. B [REDACTED] K [REDACTED] AG, vertreten durch die Vorstandsmitglieder
Klaus-Ludolf H [REDACTED], Joachim von B [REDACTED] und Erol S [REDACTED],
M [REDACTED]straße [REDACTED], H [REDACTED],

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte [REDACTED] & Partner,
[REDACTED], [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch
den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Skibbe,
Dr. Brunotte, Dr. Paulusch und Ball

am 27. Mai 1992

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß
des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Ober-
landesgerichts Hamburg vom 9. April 1992
wird auf Kosten des Beklagten zu 1 zurückge-
wiesen.

Beschwerdewert: 1.289.319,47 DM.

Gründe:

I. Der Beklagte zu 1 ist durch Schlußurteil des Landge-
richts Hamburg vom 1. Oktober 1991 verurteilt worden, an
die Klägerin zu 2 1.289.319,47 DM nebst Zinsen zu zahlen.
Gegen dieses am 16. Oktober 1991 zugestellte Schlußurteil
hat er fristgerecht Berufung eingelegt, diese aber verspä-
tet begründet. Das Berufungsgericht hat seinen Wiederein-
setzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung als unzuläs-
sig verworfen.

- 3 -

Daraufhin hat der Beklagte zu 1 am 31. März 1992 erneut Berufung eingelegt und geltend gemacht: Die Zustellung des landgerichtlichen Urteils sei unwirksam gewesen. Das Urteil der Kammer für Handelssachen sei außer von dem Vorsitzenden nur von einem Handelsrichter unterschrieben worden. Die Unterschrift des zweiten Handelsrichters sei auch nicht wirksam ersetzt worden. Zwar befinde sich unter dem Urteil der von dem Vorsitzenden unterschriebene Vermerk "Der Handelsrichter Dr. G. ist durch Ortsabwesenheit an der Unterschriftsleistung verhindert"; zum einen sei aber Ortsabwesenheit kein triftiger Verhinderungsgrund, zum anderen habe der Vorsitzende auch nicht - wie erforderlich - "zugleich für ..." den angeblich verhinderten Handelsrichter unterschrieben. Außerdem stehe der Wirksamkeit der Zustellung entgegen, daß das "Originalurteil" von der zugestellten Ausfertigung abweiche, weil in ihm - anders als in der Ausfertigung - die genaue Bezeichnung der Parteien, des Gerichts und des erkennenden Spruchkörpers sowie die Angabe des Tages der letzten mündlichen Verhandlung fehlten.

II. Das Berufungsgericht hat auch die erneute Berufung des Beklagten zu 1 als unzulässig verworfen und zur Begründung ausgeführt: Die Zustellung vom 16. Oktober 1991 sei wirksam gewesen. Die Unterschrift des zweiten Handelsrichters sei wirksam durch den Verhinderungsvermerk des Vorsitzenden ersetzt worden. Ortsabwesenheit sei als triftiger Verhinderungsgrund tatsächlicher Art, der in seiner Qualität den allgemein anerkannten Gründen wie Urlaub und Krankheit entspreche, anzusehen. Für die Wirksamkeit des Verhinderungsvermerks sei nicht Voraussetzung, daß der Vorsitzende "für den" oder "zugleich für den" verhinderten Richter



unterschreibe. Die Unwirksamkeit der Zustellung ergebe sich auch nicht aus den Abweichungen zwischen dem Originalurteil und der zugestellten Ausfertigung. Das Verkündungsprotokoll vom 1. Oktober 1991, dessen Anlage das Originalurteil sei, enthalte eine ausreichende Angabe der Parteien des Rechtsstreits, des Gerichts und des erkennenden Spruchkörpers. Daß das Datum des Verhandlungsschlusses fehle, sei für die Wirksamkeit der Zustellung ohne Bedeutung, weil es sich insoweit um eine nach § 319 ZPO jederzeit korrigierbare Unvollständigkeit handele.

III. Die gegen diesen Beschluß frist- und formgerecht eingelegte sofortige Beschwerde des Beklagten zu 1 hat keinen Erfolg.

1. Allerdings scheitert die Zulässigkeit der zweiten Berufung nicht schon daran, daß die erste Berufung rechtskräftig verworfen worden ist. Weder die Rechtskraftwirkung noch die innerprozessuale Bindungswirkung der früheren Verwerfungsentscheidung hätten das Berufungsgericht daran gehindert, über das wiederholte Rechtsmittel in anderem Sinne zu entscheiden (Senatsbeschluß vom 12. Dezember 1990 - VIII ZB 42/90 = WM 1991, 882).

2. Das Berufungsgericht hat aber die - zweite - Berufung des Beklagten zu 1 zu Recht als unzulässig verworfen, weil sie nicht innerhalb der einmonatigen Berufungsfrist nach Zustellung des landgerichtlichen Urteils am 16. Oktober 1991 eingelegt worden ist. Von einer Unwirksamkeit dieser Zustellung kann keine Rede sein.

a) Die Unterschrift des zweiten Handelsrichters ist durch den Verhinderungsvermerk des Vorsitzenden wirksam ersetzt worden (§ 315 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

aa) Die angegebene "Ortsabwesenheit" des Handelsrichters ist ein ausreichender Verhinderungsgrund (BGH, Urteil vom 11. April 1991 - IX ZR 207/90 = BGHR ZPO § 315 Abs. 1 Satz 2 - Verhinderungsvermerk 1). Eine Nachprüfung, ob der Verhinderungsgrund tatsächlich vorlag, findet nicht statt (BGH, Urteile vom 12. Januar 1961 - II ZR 149/60 = NJW 1961, 782 unter I 3 und vom 21. Mai 1980 - VIII ZR 196/79 = NJW 1980, 1849 unter II 1 b bb).

bb) Die von dem Vorsitzenden der Kammer für Handelssachen gewählte Fassung des Ersetzungsvermerks entspricht dem Gesetz (z.B. BGH, Urteil vom 12. Januar 1961 aaO; Zöller/Stephan, ZPO, 17. Aufl., § 315 Rdnr. 1; MünchKomm-Musielak, ZPO, § 170 Rdnr. 4; Wassermann in: AK-ZPO, § 315 Rdnr. 3). Weder ist der unterschreibende Richter der Vertreter des an der Unterschrift verhinderten Richters noch fingiert die Vorschrift des § 315 Abs. 1 Satz 2 ZPO eine Vollmacht zur Unterschriftsleistung. Die von dem Beklagten zu 1 angeführte Rechtsprechung besagt, wie schon das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nichts anderes.

b) Auch die Auslassungen in der bei den Akten befindlichen Urschrift des landgerichtlichen Urteils stehen der Wirksamkeit der Zustellung nicht entgegen.

aa) Es ist zwar richtig, daß die zum Zweck der Zustellung erstellte Ausfertigung die Urschrift im wesentlichen

wortgetreu und richtig wiedergeben muß (z.B. BGH, Beschluß vom 30. Mai 1990 - XII ZB 33/90 = BGHR ZPO § 317 Abs. 1 - Urteilsausfertigung 1 m.Nachw.) und daß schwerwiegende Mängel der Ausfertigung die Zustellung unwirksam machen. Hier geht es indessen nicht um Mängel der Ausfertigung, die, wie der Beklagte zu 1 selbst geltend macht, vollständige Angaben über die Parteien, das erkennende Gericht und das Datum der letzten mündlichen Verhandlung enthält. Bei der Frage nach der Urteilszustellung als Voraussetzung für den Beginn der Rechtsmittelfrist kommt es entscheidend auf die äußere Form und den Inhalt der zur Zustellung verwendeten Ausfertigung an (BGHZ 67, 284, 288); bei Abweichungen zwischen Urschrift und Ausfertigung ist maßgeblich gerade die Ausfertigung (z.B. OLG Frankfurt NJW 1983, 2395; MünchKomm-Musielak aaO § 170 Rdnr. 6; Thomas/Putzo, ZPO, 17. Aufl., § 315 Anm. 2 b). Denn da sie nach außen allein in Erscheinung tritt und die beschwerte Partei nur nach Maßgabe der Ausfertigung ihre Rechte wahren kann und muß, ist die Ausfertigung für die Zustellung die Urschrift im Sinne der §§ 169, 170 ZPO (RGZ 82, 422, 424 f).

bb) Anders könnte dies nur dort sein, wo das sogenannte Originalurteil Mängel aufweist, die es zu einem "Nichturteil" machen oder sonst - etwa mangels Verkündung - seinem Existenzwerden entgegenstehen (dazu BGHZ 67, 284, 288 f). Das kommt hier nicht in Betracht und wird von dem Beklagten zu 1 auch nicht geltend gemacht. Denn die Parteien des Rechtsstreits, das Gericht und der erkennende Spruchkörper ergeben sich aus dem mit der Urschrift verbundenen Verkündungsprotokoll. Die fehlende Angabe des Tages, an dem die mündliche Verhandlung geschlossen worden ist, ist für die

Existenz des Urteils ebenso unschädlich wie für das In-
gangsetzen der Rechtsmittelfrist, wenn die Angabe in der
Ausfertigung fehlt (BGH, Beschluß vom 23. April 1980
- IVb ZB 502/80 = VersR 1980, 744 unter 2).

IV. Nach allem war die sofortige Beschwerde mit der
Kostenfolge nach § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch

Ball