

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 195/76

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

28. Juni 1977

W a l z

Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma B. von P [REDACTED], u. S [REDACTED],
Inhaber Kaufmann Erwin von P [REDACTED],
F [REDACTED], F [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den Rentner Bernhard W [REDACTED],
U [REDACTED]-B [REDACTED]-O [REDACTED], G [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Scheffen, Dr. Kullmann, Dr. Ankermann und Dr. Deinhardt

für R e c h t erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 25. Mai 1976 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur Verhandlung und Entscheidung in der Sache, auch über die Kosten der Revision, an den 3. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger macht gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch in Höhe von noch 17.487,64 DM geltend. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten als unzulässig verworfen. Mit der Revision begehrt die Beklagte die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückverweisung der Sache.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hält die Berufung der Beklagten für unzulässig, weil sich nicht hinreichend sicher feststellen lasse, daß im Zeitpunkt des Eingangs der Berufungsschrift am 9. September 1974 die Berufungsfrist des § 516 ZPO noch nicht abgelaufen gewesen sei. Dazu steht u.a. fest: Eine Ausfertigung des am 19. April 1974 verkündeten Urteils des Landgerichts ist dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Klägers am 29. Juli 1974 zugegangen. Sie ist am 5. September 1974 nach Erteilung eines Notfristattestes durch den Urkundsbeamten des Berufungsgerichts mit einem Rechtskraftvermerk des Urkundsbeamten des Landgerichts versehen worden. Eine beglaubigte Fotokopie des Urteils ist dann im Auftrag des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Klägers auf Ersuchen des zuständigen Gerichtsvollziehers den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten durch die Post am 7. September 1974 zugestellt worden. Das Berufungsgericht hat über die Frage der Zustellung Beweis erhoben und das Ergebnis der Beweisaufnahme dahin gewürdigt, es sei nicht sicher auszuschließen, daß das Urteil schon vor dem 9. August 1974 von Anwalt zu Anwalt zugestellt worden, infolgedessen die Berufungsfrist am 9. September 1974 schon abgelaufen gewesen sei. Die Ungewißheit darüber müsse zu Lasten der Beklagten gehen, da diese das Rechtsmittel eingelegt hätte.



II. Die dagegen gerichteten Revisionsangriffe sind begründet.

1. Die Beklagte hat als Berufungsklägerin nachgewiesen, daß der Kläger ihr das Urteil des Landgerichts zu Händen ihrer erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten am 7. September 1974 zugestellt hat, so daß die Berufungseinlegung am 9. September 1974 rechtzeitig war. Damit hatte sie, was das Berufungsgericht von Amts wegen nachzuprüfen hatte und an Hand der vorgelegten Urkunden auch nachprüfen konnte, das ihre getan, um die Einhaltung der Berufungsfrist des § 516 ZPO darzutun und zu belegen. Es ist nicht richtig, wenn das Berufungsgericht meint, die Beklagte hätte außerdem die Zweifel des Gerichtes, die der Kläger und Berufungsbeklagte aufgegriffen hat, auszuräumen gehabt, ob nicht schon eine frühere Zustellung des angefochtenen Urteils Anfang August 1974 die Berufungsfrist in Lauf gesetzt haben könnte. Vielmehr ist es Sache des Berufungsbeklagten, eine etwaige frühere Zustellung darzutun und zu beweisen. Das ist von jeher einhellige Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum gewesen (vgl. RGZ 42, 401, 402; 47, 430, 431; OLG Celle JW 30, 171; Stein/Jonas/Grunsky, 19. Aufl., § 516 II 2 a bei Fn 9; Baumbach/Albers, 34. Aufl., § 516 ZPO Anm. 2 A; Sydow/Busch, 22. Aufl., § 515 ZPO Anm. 3). Daran ist festzuhalten; denn mit dem Nachweis der Zustellung des angefochtenen Urteils am 7. September 1974 ist der Berufungskläger seiner Erklärungs- und Beweislast für das Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen nachgekommen. Die Behauptung, das Urteil sei früher zugestellt worden und die Berufungsfrist demgemäß nicht eingehalten, ist die Be-

hauptung eines Prozeßfortsetzungshindernisses und damit ein - von Amts wegen - zu beachtender Einwand (so Wieczorek, 2.Aufl., § 282 ZPO Rdz. B I a 2), dessen Nachweis nach allgemeinen Beweisregeln Sache des Berufungsbeklagten sein muß, der in der Regel dazu auch ohne weiteres und besser als der Berufungskläger in der Lage sein wird.

2. Aus dieser Rechtslage ergibt sich für den vorliegenden Fall, daß die Berufung der Beklagten fristgerecht eingelegt ist.

a) Der Kläger als Berufungsbeklagter hat nicht bewiesen, daß er der Beklagten das Urteil des Landgerichts früher als am 5. September 1974, jedenfalls aber früher als am 9. August 1974 zugestellt hat. Zwar hat der Bürovorsteher der erstinstanzlichen Anwälte des Klägers bekundet, er habe Ende Juli 1974 die Zustellung des Urteils in den Handakten verfügt. Er weiß aber nicht, ob seine Verfügung auch ausgeführt worden ist; in den Handakten ist auch kein Empfangsbekenntnis aufzufinden gewesen, wie es üblicherweise bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt benutzt wird. Auf der anderen Seite hat der Rechtsanwalt, der in der ersten Instanz die Sache für die Beklagte bearbeitet hatte, keine Anhaltspunkte für eine Zustellung des Urteils angeben können. Er selbst hat keine Zustellung entgegengenommen, und über eine (mögliche) Zustellung an seinen Sozius in seiner Abwesenheit ist ihm nichts berichtet worden. Das alles spricht eher dafür, daß die vom Kläger behauptete Zustellung vor dem 7. September 1974 nicht erfolgt ist. Offenbar sind davon zunächst auch die An-

wälte des Klägers ausgegangen. Wie wenig Verlaß auf eine sorgfältige Bearbeitung durch ihren Bürovorsteher gewesen ist, ergibt sich daraus, daß dieser dem Kläger, der die Vollstreckung des erstinstanzlichen Urteils selbst in die Hand nehmen wollte, eine Urteilskopie mitgegeben hat, auf der jedenfalls eine Rechtskraftbescheinigung fehlte. Ohne eine solche hätte der Kläger aber das vorläufig vollstreckbare Urteil nur gegen vorgängige Leistung der im Urteil angeordneten Sicherheit vollstrecken lassen können. Darüber ist er aber ersichtlich nicht aufgeklärt worden. Die Äußerungen des Gerichtsvollziehers dem Kläger gegenüber, dieser solle sich zunächst die Rechtskraftbescheinigung holen, geben ebenfalls keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage her, ob der Kläger bereits einen Zustellungsnachweis in der Hand gehabt hat oder nicht. Der Kläger selbst hat bei seiner Anhörung davon nichts erwähnt.

b) Zweifel könnten sich allerdings aus dem Umstand ergeben, daß der Urkundsbeamte bei dem Oberlandesgericht dem Kläger ein Notfristattest erteilt hat und daß dieser daraufhin bei dem Landgericht von der Urkundsbeamtin eine Rechtskraftbescheinigung erhalten hat. Für die behauptete frühere Zustellung streitet danach, wie der Revisionserwiderung zuzugeben ist, der Inhalt einer öffentlichen Urkunde (§ 415 ZPO). Indessen ist vorliegend die Beweiskraft dieser Urkunde erschüttert. Der Justizangestellte, der dem Kläger persönlich das Notfristattest erteilt hat, kann sich an diesen Einzelfall nicht mehr erinnern und hat

deshalb nur erklärt, er pflege Notfristatteste nur dann zu erteilen, wenn die Sechsmonatsfrist seit Verkündung des Urteils abgelaufen sei oder ihm das Urteil mit einem Zustellungsnachweis vorgelegen habe. Der Senat hält es für möglich, daß ihm in diesem Fall ein Fehler unterlaufen ist. Dafür sprechen insbesondere die oben gewürdigten Umstände des Falles. Darüber hinaus haben auch die Anwälte des Klägers noch am 26. September 1974 für ihren Mandanten die Befugnis zur Stellung einer Bankbürgschaft als Sicherheitsleistung - wie sie im angefochtenen Urteil festgesetzt war - beantragt, hielten mithin selbst das Urteil noch nicht für rechtskräftig. Die Justizangestellte beim Landgericht, der die Erteilung der Rechtskraftbescheinigung oblag, hat sich schließlich ohnehin auf die Richtigkeit des Notfristattestes verlassen und keine eigene Prüfung darüber angestellt, ob und wann das Urteil zugestellt worden war.

Nach allem vermag sich der Senat, wie übrigens auch das Berufungsgericht, nicht davon zu überzeugen, daß das Urteil des Landgerichts schon Anfang August 1974 von Anwalt zu Anwalt zugestellt worden ist, d.h. dem Anwalt der Beklagten nicht nur zugegangen (ins Fach gelegt) ist, sondern von diesem (oder seinem Sozium) auch quittiert worden war. Die danach bestehenden Zweifel daran, ob eine wirksame Zustellung schon früher, hier vor dem 9. August 1974 vorgenommen worden ist und ob damit bei Einlegung der Berufung die Berufungsfrist verstrichen war, gehen, wie dargelegt, zu Lasten des Klägers als dem Berufungsbeklagten. Infolgedessen reicht der von der Beklagten erbrachte Nachweis der

rechtzeitigen Zustellung am 7. September 1974 aus, um die Rechtzeitigkeit ihrer Berufungseinlegung darzutun. Damit ist die Berufung zu Unrecht als unzulässig verworfen worden.

III. Das Berufungsgericht hat in einer Hilfsbegründung ausgeführt, die Berufung des Klägers wäre im Falle ihrer Zulässigkeit auch der Sache nach im wesentlichen unbegründet. Eine Nachprüfung des Urteils insoweit ist dem Revisionsgericht indessen versagt. Dies folgt zunächst schon daraus, daß die Revisionssumme nicht erreicht ist und das Oberlandesgericht die Revision nicht zugelassen hat. Außerdem war das Berufungsgericht nicht befugt, über eine unzulässige Berufung auch sachlich zu entscheiden, wie keiner weiteren Begründung bedürfen sollte (vgl. BGHZ 46, 281 m.w.Nachw.).

Der Senat hat von der Möglichkeit der Zurückverweisung an einen anderen Senat des Berufungsggerichts (§ 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO) Gebrauch gemacht.

Dr. Weber

Scheffen

Dr. Kullmann

Dr. Ankermann

Dr. Deinhardt