

108. 1. Kann die Zulässigkeit der Berufung noch in der Revisionsinstanz wegen Verspätung auf Grund einer Urteilszustellung bestritten werden, welche nach dem Sitzungsprotokolle und dem Thatbestande des Berufungsurtheiles bei der Verhandlung nicht geltend gemacht worden ist?

2. Wird der Lauf der Berufungsfrist durch die Urteilszustellung an den Anwalt zweiter Instanz eröffnet, welcher sich aus Anlaß einer früheren für wirkungslos erklärten Berufung bereits als Prozeßbevollmächtigten des Gegners bestellt hatte?

II. Civilsenat. Ur. v. 27. Februar 1883 i. S. H. (Kl.) w. Berg.-Märk. Eisenbahn (Bekl.). Rep. II. 498/82.

I. Landgericht Elberfeld.

II. Oberlandesgericht Rbn.

Aus den Gründen:

„Der prozessuale Angriff wird auf die Behauptung gestützt, der Berufungsrichter habe die am 3. April 1882 eingelegte Berufung von Amts wegen zurückweisen müssen, weil nach einer in der Revisionsinstanz vorgelegten Urkunde das Urtheil des Landesgerichtes zu Elberfeld bereits am 16. April 1881 zugestellt worden sei. Diese Rüge erscheint schon um deswillen nicht begründet, weil die jetzt vorgelegte Zustellung nicht Gegenstand der Verhandlung in der Berufungsinstanz gewesen ist. Der Thatbestand des angefochtenen Urtheiles, welcher rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis liefert (§. 285), erwähnt dieser Zustellung ebensowenig wie das Sitzungsprotokoll, er bekundet vielmehr, daß die Einrede der Verspätung auf die Zustellung vom 24. Januar 1881 gestützt worden sei, deren Nichtigkeit durch das Urtheil des Oberlandesgerichtes vom 28. Mai 1881 rechtskräftig festgestellt worden war. Daß die jetzt geltend gemachte Zustellung in dem Thatbestande des angeführten Urtheiles erwähnt wird und eine Abschrift derselben sich in den Akten befindet, ist ohne Bedeutung, da das mündliche Vorbringen und nicht der Inhalt der Akten die Grundlage der Entscheidung bildet.

Revisionskläger erachtet sich nach §. 516 Nr. 3 C.P.D. für befugt, die von dem Berufungsrichter übergangene Thatsache der Zustellung vom 16. April 1881 noch in dieser Instanz geltend zu machen. Die angeführte Bestimmung findet jedoch nur dann Anwendung, wenn die That-

sache unter Verletzung des Gesetzes übergangen worden ist. Da der Thatbestand rüchftlich des mündlichen Vorbringens einen Beweis liefert, welcher nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann (§. 285), so verlegt die Übergangung einer Thatfache im Thatbestande nur dann das Gesetz, wenn dieselbe mit dem Sitzungsprotokolle im Widerspruche steht. In allen anderen Fällen ist die Ergänzung im Wege des Berichtigungsverfahrens herbeizuführen (§. 291).

Allerdings hat der Berufungsrichter die Zulässigkeit der Berufung von Amts wegen zu prüfen (§. 497) und die Parteien auf etwaige Bedenken aufmerksam zu machen (§. 130), diese Verpflichtung kann jedoch nicht, im Widerspruche mit der die Civilprozeßordnung beherrschenden Verhandlungsmaxime dahin ausgedehnt werden, daß der Richter die Partei auch auf Thatfachen aufmerksam machen müßte, für deren Vorhandensein selbst die mündliche Verhandlung keinen Anlaß bietet. Zu dieser Annahme war aber der Richter berechtigt, da gegenüber der unbeanstandeten neuen Urteilszustellung vom 24. März 1882 die Einrede der Verspätung der Berufung allein auf die Zustellung vom 24. Januar 1881 gestützt worden war.

Wäre aber in die Prüfung der jetzt vorgelegten Zustellung einzutreten, so könnte die Revision dennoch keinen Erfolg haben, weil die Berufungsfrist durch diese Zustellung nicht eröffnet worden ist. Dieselbe ist nämlich im Laufe der früheren Berufungsinstanz auf Anstehen des Rechtsanwaltes S. an den Rechtsanwalt B. erfolgt, welcher sich auf den, später für wirkungslos erklärten Berufungsakt vom 25. Februar 1881 hin als Prozeßbevollmächtigter des Klägers für die zweite Instanz bestellt hatte. Nach §. 162 müssen aber die Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen, an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen. Ein Rechtsstreit wird anhängig durch Erhebung der Klage und er bleibt in der Instanz anhängig bis nach der Zustellung des Urtheiles (§§. 288. 645). Selbst diejenigen Prozeßhandlungen, welche das Verfahren in Folge eines Einspruches, einer Aufhebung des Urtheiles, einer Wiederaufnahme des Verfahrens oder eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz zum Gegenstande haben, gehören noch zur Instanz (§. 163). Da hiernach das Urtheil erster Instanz an den Prozeßbevollmächtigten ebendieser Instanz geschehen mußte, so war jede andere Zustellung ohne rechtliche Bedeutung. Eine Ermächtigung des Prozeßbevollmäch-

tigten zweiter Instanz zur Entgegennahme der Urteilszustellung kann auch aus §. 164 nicht hergeleitet werden; denn diese Bestimmung bezieht sich nach ihrem klaren Wortlaute nur auf solche Schriftsätze, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt wird, und §. 477 Abs. 2 handelt nur von dem Zeitpunkte der Zustellung, entscheidet dagegen nicht darüber, an wen die Zustellung zu erfolgen habe." . . .