



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 193/01

Verkündet am:
7. März 2002
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ nein

ZPO §§ 80, 88

Erstmalige Darlegungen des Berufungsklägers in der Revision zur Vollmacht seiner Berufungsanwälte begegnen nicht dem Einwand der Verspätung.

BGH, Urteil vom 7. März 2002 - VII ZR 193/01 - Brandenburgisches OLG
LG Frankfurt (Oder)

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. März 2002 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Haß, Dr. Wiebel und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 29. März 2001 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger machen gegen die Beklagte Gewährleistungsansprüche aus einem Bauträgervertrag geltend. Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen stattgegeben. Das Urteil wurde der Beklagten am 6. Juni 2000 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 6. Juli 2000, eingegangen beim Berufungsgericht am selben Tag, zeigten die Rechtsanwälte S. und H. die Vertretung der Beklagten an und legten Berufung ein, die sie fristgerecht begründeten. Eine Vollmachtsurkunde legten sie nicht vor. Mit Schriftsatz vom 27. Oktober 2000, den Rechtsanwälten S. und H. zugestellt am 1. November 2000, führten die Kläger aus, es

bestünden erhebliche Bedenken gegen eine ordnungsgemäße Bevollmächtigung. Mit Schriftsatz vom 20. Februar 2001, laut Geschäftsstellenvermerk an die Rechtsanwälte S. und H. am 22. Februar 2001 weitergeleitet, beantragten sie diesen aufzugeben, Prozeßvollmacht vorzulegen. Das Berufungsgericht wies die Rechtsanwälte S. und H. wiederholt mündlich auf die fehlende Vollmacht hin. Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 29. März 2001 trat für die Beklagte niemand auf.

Das Berufungsgericht hat die Berufung als unzulässig verworfen. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Entscheidung richtet sich nach der Zivilprozeßordnung in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung (§ 26 Nr. 5, 7 EGZPO).

Die gemäß § 547 ZPO zulässige Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Allerdings ist das Verfahren des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. Es geht auch zu Recht davon aus, daß die Rechtsanwälte S. und H. im Berufungsrechtszug ihre Vollmacht nicht nachgewiesen haben.

1. Die Verfahrensrügen der Revision sind nicht begründet. Das Berufungsgericht hat das Gebot des rechtlichen Gehörs nicht verletzt und auch nicht gegen § 89 ZPO verstoßen.

a) Die Beklagte hatte ausreichend Gelegenheit, sich zu der Rüge der Kläger zu äußern. Sie war durch die Schriftsätze der Kläger und die mündlichen Anfragen des Berufungsgerichts hinlänglich und rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung vom 29. März 2001 auf die fehlende Vollmacht hingewiesen worden.

b) Nachdem die Kläger den Mangel der Vollmacht gerügt hatten, war hierüber mündlich zu verhandeln. Zu dieser Verhandlung waren die Rechtsanwälte S. und H. zugelassen (vgl. Musielak/Weth, ZPO, 2. Aufl., § 88 Rdn. 9), traten aber nicht auf. Sie nun trotzdem gemäß § 89 Abs. 1 ZPO zur weiteren Prozeßführung zuzulassen, stand im pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsgerichts. Ermessensfehler werden von der Revision nicht aufgezeigt und sind auch nicht ersichtlich.

2. Eine schriftliche Vollmacht war bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung am 29. März 2001 nicht vorgelegt worden (§ 80 Abs. 1 ZPO). Die Kläger hatten den Mangel der Vollmacht gerügt (§ 88 ZPO).

II.

Die Revision hat deshalb Erfolg, weil die Beklagte im Revisionsverfahren in ordnungsgemäßer Form nachgewiesen hat, daß sie den Rechtsanwälten S. und H. bereits im Berufungsrechtszug vor Erlaß des Berufungsurteils Vollmacht erteilt hatte. Dieses neue tatsächliche Vorbringen ist als Ausnahme von § 561

ZPO im Revisionsverfahren zulässig (vgl. GmS-OGB, Beschluß vom 17. April 1984 - GmS-OGB 2/83, BGHZ 91, 111; BGH, Beschluß vom 16. Mai 1991 - IX ZB 81/90, NJW 1992, 627; BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 - III ZR 190/96 = ZIP 1997, 1474).

1. Die Rechtsanwälte S. und H. waren bevollmächtigt, gegen das Urteil des Landgerichts Berufung einzulegen. Die Beklagte hat ein an Rechtsanwalt S. gerichtetes Telefax vom 8. Juni 2000 vorgelegt, in dem ein entsprechender Auftrag erteilt wurde. Bedenken gegen die Echtheit dieses Schriftstücks haben die Kläger nicht erhoben. Die Erteilung der Vollmacht ist an keine besondere Form gebunden (vgl. § 89 Abs. 2 ZPO).

2. Die Beklagte hat dem Revisionsgericht die Bevollmächtigung für die Berufungsinstanz in der erforderlichen Form nachgewiesen. Sie hat das Original einer auf den 8. Juni 2000 datierten Urkunde, mit der den Rechtsanwälten S. und H. für das Berufungsverfahren Vollmacht erteilt wurde, und notariell beglaubigte Handlungsvollmacht des Vollmachtgebers vorgelegt (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 1994 - I ZR 106/92, BGHZ 126, 266). Die Kläger vermochten den Beweiswert dieser Urkunde nicht zu erschüttern. Zwar haben sie vorgetragen und durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung glaubhaft gemacht, daß Rechtsanwalt S. vor der mündlichen Verhandlung am 29. März 2001 erklärt habe, eine Originalvollmacht liege ihm nicht vor. Die Beklagte ist dem nicht entgegengetreten. In der von ihr im Gegenzug vorgelegten eidesstattlichen Versicherung von Rechtsanwalt S. heißt es lediglich, dieser habe die Vollmachtsurkunde vom 8. Juni 2000 am 23. März 2001 erhalten, die Handlungsvollmacht des Bevollmächtigten der Beklagten allerdings noch nicht in einer § 80 Abs. 2 ZPO genügenden Form. Beide eidesstattliche Versicherungen widersprechen sich nicht. Der Senat hat keinen Zweifel, daß die ordnungsgemäß

nachgewiesene Prozeßvollmacht vor Erlaß des Berufungsurteils erteilt worden war.

3. Eine Zurückweisung des Nachweises der Vollmacht in entsprechender Anwendung des § 528 Abs. 2 ZPO kommt entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht in Betracht.

Bei der Vollmacht handelt es sich um eine Sachurteilsvoraussetzung, deren Vorliegen nach entsprechender Rüge (§ 88 ZPO) in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen ist. Die Darlegungen hierzu und damit zur Zulässigkeit der Berufung stellen keine neuen Angriffs- oder Verteidigungsmittel im Sinne des § 528 Abs. 2 ZPO dar. Sie sind in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen (vgl. BGH, Beschluß vom 16. Mai 1991 - IX ZB 81/90, NJW 1992, 627).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 2 ZPO. Der Beklagten sind die Kosten des Revisionsverfahrens aufzuerlegen, da sie aufgrund eines Vorbringens obsiegt, das sie im vorhergehenden Rechtszug hätte geltend machen können.

Ullmann

Thode

Haß

Wiebel

Bauner