

2 ✓

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 204/67

URTEIL

Verkündet am

7. März 1968
Schorm, Justiz-
angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Oberinspektors a.D. Otto B [REDACTED], Be [REDACTED]
(S [REDACTED]), Ba [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Fleischermeister Paul J [REDACTED]
Be [REDACTED] (G [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. März 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Bode, Dr. Arndt, Dr. Hußla und Keßler

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 19. Oktober 1967 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat den Beklagten auf Zahlung von 24 000 DM als einer angeblich zur Rückzahlung fälligen Darlehenssumme nebst Zinsen verklagt. Der Beklagte hat die Darlehensvereinbarung als nichtig bezeichnet und hilfsweise die Aufrechnung mit einer Gegenforderung über 29 909,25 DM erklärt. Das Landgericht hat mit Urteil vom 21. Februar 1967 die Klageforderung für begründet, jedoch infolge der vom Beklagten erklärten Aufrechnung für erloschen angesehen.

Das klagabweisende Urteil ist dem erstinstanzlichen Anwalt des Klägers, Rechtsanwalt B., von dem Vertreter des erstinstanzlichen Anwalts des Beklagten im Wege einer Zustellung von Anwalt zu Anwalt zugestellt worden, und zwar

- 3 -

nach der Angabe in der am 25. April 1967, einem Dienstag, beim Kammergericht eingegangenen Berufungsschrift des Klägers am 28. März 1967, das wäre Dienstag nach Ostern. Der Berufungsschrift lag eine beglaubigte Ablichtung einer in abgekürzter Form erteilten Urteilsausfertigung bei, die, von dem Vertreter des Anwalts des Beklagten unterschrieben, als Tag der Zustellung den 28. März 1967 nennt. Der stellvertretende Senatsvorsitzende des Kammergerichts hat daraufhin den Berufungsanwalt des Klägers, Rechtsanwalt F., in einer nur diesem Anwalt übermittelten Verfügung vom 2. Mai 1967 aufgefordert, die Zustellung des landgerichtlichen Urteils nachzuweisen, da die Ablichtung keinen Eingangsvermerk enthalte und daher die Zustellung nicht nachweisen könne. Rechtsanwalt F. teilte hierzu mit, er habe von dem erstinstanzlichen Vertreter des Klägers die Handakten erhalten und darin nur die - erneut beigefügte - beglaubigte Ablichtung des Urteils mit Zustellungsvermerk gefunden. Mit Schriftsatz vom 24. Mai 1967 kündigte der Berufungsanwalt des Beklagten, Rechtsanwalt Dr. Bu., mit dem Bemerkem, er stelle seinen Schriftsatz dem Gegner selbst zu, den Antrag an, die Berufung des Klägers zurückzuweisen. Nach Eingang der Berufungsbegründung setzte der Senatsvorsitzende am 13. Juni 1967 Termin zur Berufungsverhandlung auf den 19. Oktober 1967 an. Danach gingen beim Kammergericht eine von Rechtsanwalt Dr. Bu. verfaßte Berufungserwiderung, die nur Ausführungen zu der Begründetheit der Berufung macht, sowie weitere Schriftsätze der Parteien mit Anlagen ein, die ebenfalls nur Ausführungen über die Begründetheit der Berufung enthalten.

Die Berufungsverhandlung vom 19. Oktober 1967 verlief nach der Sitzungsniederschrift wie folgt: Nach Aufruf der Sache



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

wies der für den Beklagten erschienene Rechtsanwalt Dr. Bu[REDACTED] nach, daß das angefochtene Urteil bereits am 24. März 1967 - Karfreitag - zugestellt worden sei, und beantragte, nachdem als Eingang der Berufungsschrift der 25. April 1967 festgestellt worden war, die Verwerfung der Berufung. Der für den Kläger und seinen Berufungsanwalt, Rechtsanwalt F[REDACTED], auftretende Rechtsanwalt Moser bat um Gelegenheit, die Frage der Zustellung des landgerichtlichen Urteils schriftsätzlich bis zum 26. Oktober 1967 erörtern zu dürfen. Danach verkündete das Kammergericht sein Urteil, in welchem es die Berufung, weil verspätet, als unzulässig verwarf.

Mit der Revision beantragt der Kläger, unter Aufhebung des Urteils des Kammergerichts die Berufung des Klägers gegen das landgerichtliche Urteil für zulässig zu erklären und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht geht bei der Frage, an welchem Tag der Klagepartei das angefochtene Urteil zugestellt worden ist, mit Recht von dem Datum aus, das auf dem Empfangsbekenntnis des die Zustellung annehmenden Anwalts als Tag der Zustellung angegeben ist (§ 198 ZPO). Es nimmt dabei an, Rechtsanwalt B[REDACTED] habe das Empfangsbekenntnis selbst mit Datum und seiner Unterschrift versehen. Das Berufungsgericht hat auch nicht verkannt, daß das Empfangsbekenntnis einen Gegenbeweis für einen anderen Zeitpunkt

der Zustellung als den in ihm genannten nicht grundsätzlich ausschließt. Es hält den Gegenbeweis seitens des Klägers jedoch mit folgender Begründung für nicht erbracht:

Zwar bezeichne der Zustellungsvermerk auf der Rechtsanwalt B. zugestellten Ablichtung der abgekürzten Urteilsausfertigung - ganz abgesehen davon, daß der Kläger selbst nicht einmal die Unrichtigkeit des in der Empfangsbescheinigung angegebenen Zustellungsdatums behauptet habe - den 28. März 1967 als Tag der Zustellung; Rechtsanwalt Dr. Bu. habe dieses letztere Datum aber mit der Erklärung entkräftet, daß sein Büro bei von Anwalt zu Anwalt zu bewirkenden Zustellungen die in der Hand des Zustellungsempfängers verbleibende Abschrift (Ablichtung) des zuzustellenden Schriftstücks mit einem vorbereiteten Zustellungsvermerk zu versehen und in den Vermerk den mutmaßlichen Tag der Zustellung einzusetzen pflege.

Auf der Zustellungskarte, die das Empfangsbekenntnis von Rechtsanwalt B. und den das Datum der Rücksendung tragenden Poststempel vom 28. März 1967 enthalte, sei von dem Büro Dr. Bu. mit der Frankiermaschine ein Rückantwortstempel angebracht worden, der das Datum vom 23. März 1967 trage; daher müsse die betreffende Kanzleikraft von Rechtsanwalt Dr. Bu., die die Sendung an Rechtsanwalt B. postfertig gemacht habe, angenommen haben, dieser werde das Empfangsbekenntnis schon am 23. März 1967 wieder zurücksenden. Daraus sei zu schließen, daß die Sendung mit dem zuzustellenden Urteil noch am 22. März 1967 bei der Post aufgegeben worden sei; sie hätte im übrigen auch bei einer Aufgabe am 23. März 1967 noch am 23. März 1967 mit der Zustellung der zweiten Post in die Hand von Rechtsanwalt B. gelangen können. Hierbei sei zu bedenken,

daß das Landgericht die Urteilsausfertigungen am 21. März 1967 an die erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Parteien herausgegeben habe.

Die von dem Vertreter des Klägers erbetene Erklärungsfrist hat das Berufungsgericht mit der Begründung nicht bewilligt, der Kläger sei bereits durch die Verfügung vom 2. Mai 1967 auf den mangelnden Nachweis der Rechtzeitigkeit der Berufung hingewiesen worden, hätte sich auch über den Weg des § 198 Abs. 2 Satz 2 ZPO, wonach der zustellende Anwalt dem anderen Anwalt auf Verlangen eine Bescheinigung über die Zustellung zu erteilen habe, über den Zeitpunkt der Zustellung vergewissern können und habe damit bereits Gelegenheit gehabt, sich über den Zeitpunkt der Zustellung des landgerichtlichen Urteils zu erklären.

Die Revision macht demgegenüber geltend, das Berufungsgericht habe dem Kläger, der von der Vorlegung der mit dem Datum des 24. März 1967 versehenen Empfangsbescheinigung im Termin vom 19. Oktober 1967 überrascht worden sei, unter Verstoß gegen Art. 103 GG, § 139 ZPO das rechtliche Gehör dadurch verletzt, daß es seinem Antrag auf Vertagung, um sich über den Zustellungstag erklären zu können, nicht stattgegeben habe. Der Kläger würde in der neuen Verhandlung u.a. vorgebracht haben: Sein erstinstanzlicher Anwalt habe in der Empfangsbescheinigung das Datum vom 24. März 1967 nicht selbst eingesetzt, jedenfalls das Empfangsbekanntnis nicht an diesem Tag (Karfreitag) vollzogen, habe vielmehr von Karfreitag bis Ostermontag einschließlich nicht gearbeitet (Rechtsanwalt B. als Zeuge).

Nun hat zwar Rechtsanwalt M. im Termin vom 19. Oktober 1967 für den Kläger nicht um Vertagung, sondern um

die nach §§ 523, 272 a ZPO zu beurteilende Bewilligung einer nachträglichen schriftsätzlichen Erklärung gebeten, und die Revisionsbegründung muß gemäß § 554 Abs. 3 Nr. 2 ZPO die Bezeichnung der Tatsachen enthalten, die den von der Revision gerügten Verfahrensmangel ergeben sollen. Die Revisionsbegründung ergibt aber klar, daß der Kläger beanstandet, ihm sei unter Verletzung des rechtlichen Gehörs die erbetene Möglichkeit zu der beabsichtigten Stellungnahme gegenüber dem im Termin vorgelegten Empfangsbekenntnis nicht eingeräumt worden. Demgegenüber ist es von untergeordneter Bedeutung, daß der Kläger diese Möglichkeit nicht durch die Anordnung einer Vertagung, sondern durch die Bewilligung der Nachreichung eines Schriftsatzes zu gewinnen suchte. Die Revisionsrüge bezeichnet noch ersichtlich die Tatsachen, die ihrer Ansicht nach den Verfahrensmangel ergeben. Daß sie als verletzte Rechtsnorm neben dem Art. 103 GG nicht § 272 a ZPO, sondern § 139 ZPO angibt, ist unschädlich. Im übrigen kann gleich der Ablehnung einer nachgesuchten Vertagung auch die Ablehnung einer nachträglichen schriftsätzlichen Erklärung eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellen und unterliegt unter diesem Gesichtspunkt unzweifelhaft der Nachprüfung durch das Revisionsgericht.

Der mithin verfahrensrechtlich beachtlichen Revisionsrüge läßt sich eine Berechtigung nicht absprechen.

Allerdings ist dem Berufungsgericht darin beizupflichten, daß Rechtsanwalt F. eine Überraschung hätte verhindern können, wenn er auf die Verfügung vom 2. Mai 1967 weitere Schritte zur Klärung der Zustellung in der im angefochtenen Urteil aufgezeigten Richtung unternommen hätte. Es war Sache des Klägers, die Rechtzeitigkeit seiner Berufung,

falls insoweit Bedenken auftraten, darzutun (vgl. BAG 17, 21). Indessen ist zugunsten von Rechtsanwalt F. zu berücksichtigen, daß er mit einer Überraschung, so wie sie dem Sitzungsvertreter des Klägers in der Sitzung vom 19. Oktober 1967 bereitet wurde, nicht zu rechnen brauchte.

Am 24. Mai 1967, also fast einen Monat nach Einlegung der Berufung, hatte nämlich der Gegenanwalt, Rechtsanwalt Dr. Bu., den Antrag angekündigt, die Berufung - als unbegründet - zurückzuweisen, nicht etwa, sie - als unzulässig - zu verwerfen. In seiner Berufungserwiderung vom 28. September 1967, ebenso in seinem späteren Schriftsatz hatte Rechtsanwalt Dr. Bu. nicht darauf hingewiesen, daß die am 25. April 1967 eingelegte Berufung verspätet eingegangen, das angefochtene Urteil also entgegen dem Zustellungsvermerk auf der von seinem Vertreter zugestellten Ablichtung des Urteils vor dem 25. März 1967 zugestellt sei. Eine solche Rüge wäre aber zu erwarten gewesen. Einmal war Rechtsanwalt Dr. Bu. ohne weiteres in der Lage oder hätte sich rechtzeitig in diese Lage versetzen müssen, an Hand des in Händen der beklagten Partei befindlichen Empfangsbekenntnisses über die Zustellung des landgerichtlichen Urteils festzustellen, an welchem Tag dieses Urteil zugestellt wurde. Zum andern konnte Rechtsanwalt Feist davon ausgehen, Rechtsanwalt Dr. Bu. werde, falls ihm Zweifel an der Rechtzeitigkeit der Berufung kämen, diese Frage durch einen Schriftsatz vorbereiten (§ 129 ZPO), und zwar so rechtzeitig, daß nicht nur die Zwischenfrist des § 132 ZPO gewahrt würde, sondern auch die Gegenpartei mit Rücksicht auf diesen Vortrag erforderlich werdende Erkundigungen ihrerseits noch vor der Berufungsverhandlung einziehen könne (§§ 523, 272 ZPO). Hieran ändert der Umstand nichts, daß das Berufungsgericht

die Zulässigkeit der Berufung von Amts wegen zu prüfen hatte; denn auch insoweit darf eine Partei darauf vertrauen, nicht überrascht zu werden, und die Möglichkeit zu erhalten, ihrerseits, ggf. nach Anstellung notwendiger Nachforschungen, Stellung zu nehmen. Wenn Rechtsanwalt Dr. Bu [REDACTED] nichts dergleichen tat, so konnte Rechtsanwalt F [REDACTED] annehmen, daß der Tag der Zustellung des landgerichtlichen Urteils, war er auch noch nicht einwandfrei geklärt, nicht so früh läge, daß die am 25. April 1967 vorgenommene Einlegung der Berufung die einmonatige Berufsungsfrist nicht gewahrt hätte.

Erwägt man dies alles, dann war es weitgehend auf das Verhalten der beklagten Partei zurückzuführen, wenn der Kläger in der Berufungsverhandlung sich außerstande zeigte, das auf dem Empfangsbekenntnis eingetragene Datum des 24. März 1967 zu entkräften, und war es Pflicht des Berufungsgerichts, dem Kläger auf seine Bitte die Gelegenheit zu einer nachträglichen Erklärung darüber zu geben, wie es sich mit der unter diesem Datum bescheinigten Zustellung verhalte. Tat es dies nicht, so beschnitt es entgegen Art. 103 GG dem Kläger das rechtliche Gehör.

Dieses sein Vorgehen muß vom Revisionsgericht auch als möglicherweise ursächlich für eine fehlerhafte Verwerfung der Berufung angesprochen werden. Denn eine Vernehmung von Rechtsanwalt B [REDACTED] konnte zu dem Ergebnis führen, daß die Zustellung erst an einem späteren Tage stattgefunden hat. Unter diesen Umständen braucht auf das weitere Vorbringen nicht eingegangen zu werden, mit dem die Revision dartun will, daß das landgerichtliche Urteil erst am 28. März 1967 zugestellt worden sei, und das nach

der Ausführung der Revision bei Gewährung des rechtlichen Gehörs ebenfalls bereits vor dem Berufungsgericht in den Rechtsstreit eingeführt worden wäre.

Auf die Revision muß vielmehr das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Diesem ist auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen, die von dem endgültigen Ausgang der Sache abhängt.

Zu einer Niederschlagung von Gerichtsgebühren und Auslagen besteht kein Anlaß. Zwar ist dem Kläger durch das Berufungsgericht das rechtliche Gehör nicht in ausreichendem Maße gewährt worden, und dadurch sind Kosten entstanden. Eine unrichtige Behandlung der Sache führt aber nach § 7 GKG nur dann nicht zur Erhebung von Kosten, wenn es sich um einen schwerwiegenden, offensichtlichen Gesetzesverstoß handelt. Ein solcher wird zwar meistens bei der Versagung des rechtlichen Gehörs vorliegen, braucht dies aber nicht immer; etwas anderes sollte auch in der Entscheidung des Senats vom 28. April 1958 - III ZR 43/56 = BGHZ 27, 163 nicht gesagt sein.

Hier sind nun die zu einer leicht vermeidbaren Mehrarbeit der Gerichte führenden verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten als Folge des Verhaltens der Berufungsanwälte aufgetreten und die Frage, ob unter den obwaltenden Umständen eine Erklärungsfrist zu bewilligen war, war

nicht ohne weiteres zugunsten des Klägers zu entscheiden,
sondern bedarf zu ihrer Bejahung der Überlegung.

Dr. Kreft

Dr. Bode

Dr. Arndt

Dr. Hußla

Keßler