

BUNDESGERICHTSHOF

IV ZB 53/76

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

der Studentin Francisca Hendrika Theodora Maria B [REDACTED],
geb. A [REDACTED] N [REDACTED]/Holland, P [REDACTED] H [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin, Beru-
fungsklägerin und Beschwerde-
führerin,

- Prozeßbevollmächtigter II. Instanz:

Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Realschullehrer Friedhelm Wilhelm Gustav B [REDACTED],
K [REDACTED]-M [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Beru-
fungsbeklagten und Beschwerde-
gegner,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

4

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 6. April 1977 durch die Richter Prof. Johannsen, Dr. Buchholz, Knüfer, Rottmüller und Dr. Hoegen

beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde der Beklagten wird der Beschluß des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 12. Oktober 1976 insoweit aufgehoben, als die Berufung als unzulässig verworfen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Beschwerdewert: 5.000,-- DM

G r ü n d e :

Durch Urteil vom 19. Januar 1976 hat das Landgericht Kleve unter Abweisung der Widerklage die Ehe der Parteien aus Verschulden der Beklagten geschieden. Das Empfangsbekenntnis zum Nachweis der von Amts wegen gemäß § 212 a ZPO erfolgten Zustellung des Urteils an die Beklagte trägt das Eingangsdatum 5. Februar 1976 und die Unterschrift des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten.

- 3 -

Mit Schriftsatz vom 5. März 1976, bei dem Berufungsgericht eingegangen am 8. März 1976 (Montag), hat die Beklagte Berufung eingelegt. Auf die Aufforderung des Berufungsgerichts, zur Rechtzeitigkeit der Berufung Stellung zu nehmen, hat sie ausgeführt:

Die Zustellung des Urteils sei erst am 6. Februar 1976 erfolgt. Daß das Empfangsbekenntnis das Datum vom 5. Februar 1976 trage, sei lediglich darauf zurückzuführen, daß es am 6. Februar mit dem noch nicht umgestellten Eingangsstempel vom Vortage abgestempelt worden sei. Zur Glaubhaftmachung dieses Sachverhalts hat die Beklagte die mit dem Eingangsstempel vom 6. Februar 1976 versehene Ausfertigung des Urteils sowie eine eidesstattliche Versicherung der in der Sozietät ihrer erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten tätigen Rechtsanwälte Dr. Amselm V. [REDACTED] und Wolfgang V. [REDACTED] vorgelegt. Ferner hat sie das Original des Auftragschreibens vom 4. März 1976 an die Berufungsanwälte sowie eine Fotokopie der Durchschrift des an sie gerichteten Schreibens ihrer erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten vom 10. Februar 1976 vorgelegt. In beiden Schreiben ist ausgeführt, das Urteil sei am 6. Februar 1976 zugestellt worden.

Die Beklagte hat daher die Auffassung vertreten, die Berufung sei rechtzeitig eingelegt. Vorsorglich hat sie beantragt, ihr wegen einer etwa eingetretenen Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

Durch Beschluß vom 12. Oktober 1976 hat das Oberlandesgericht die Berufung als unzulässig verworfen mit der Begründung, sie sei verspätet eingelegt und ein Wiedereinsetzungsgrund liege nicht vor.



Gegen diesen ihr am 26. Oktober 1976 zugestellten Beschluß hat die Beklagte am 9. November 1976 bei dem Oberlandesgericht sofortige Beschwerde eingelegt mit dem Antrag,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben, soweit die Berufung als unzulässig verworfen worden ist.

Der Kläger beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Die sofortige Beschwerde ist an sich statthaft (§ 519 b Abs. 2, § 547 ZPO), form- und fristgerecht eingelegt und damit zulässig. Sie ist auch begründet.

Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Zeitpunkt der Zustellung durch das Empfangsbekenntnis bewiesen wird (BGH NJW 1975, 1652, 1653), der Gegenbeweis jedoch zulässig ist (BGH NJW 1974, 1469, 1470 m. w. Nachw.). Es hat den Beweis dafür, daß das Urteil entgegen dem in dem Empfangsbekenntnis ausgewiesenen Datum vom 5. Februar 1976 erst am 6. Februar 1976 zugestellt worden ist, nicht als erbracht angesehen. Hierzu hat es ausgeführt:

Der auf der Urteilsausfertigung befindliche Eingangsstempel mit dem Datum des 6. Februar 1976 lasse nicht mit hinreichender Sicherheit den Schluß zu, daß die Zustellung erst an diesem Tage erfolgt sei. Dieser Eingangsstempel könne später angebracht worden sein. Die eidesstattliche Versicherung der Rechtsanwälte Dr. A. V. [REDACTED] und Dr. W. V. [REDACTED] stehe dem nicht entgegen, weil sie nicht erkennen lasse, woher diese Rechtsanwälte die Erkenntnis hätten, daß das Empfangsbekenntnis mit dem noch nicht umgestellten Eingangsstem-

pel vom Vortage abgestempelt worden sei. Außerdem sei das Empfangsbekenntnis von dem (ebenfalls in der Sozietät der erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten tätigen) Rechtsanwalt R. [REDACTED] unterschrieben. Im übrigen spreche die Tatsache, daß das Urteil dem Kläger am 5. Februar zugestellt worden sei und daß ferner das Empfangsbekenntnis der Beklagten bereits am 6. Februar 1976 wieder bei dem Landgericht eingegangen sei, dafür, daß das Urteil tatsächlich am 5. Februar 1976 der Beklagten zugestellt worden sei.

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts reichen für die Verwerfung der Berufung nicht aus.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß das Vorbringen der Beklagten nicht schon durch die am 5. Februar 1976 erfolgte Zustellung des Urteils an den Kläger und den Eingang des Empfangsbekenntnisses der Beklagten bei dem Landgericht (6. Februar 1976) widerlegt ist, weil es erfahrungsgemäß durchaus möglich erscheint, daß das Urteil beiden Parteien zu verschiedenen Zeitpunkten zugegangen und das Empfangsbekenntnis der Beklagten nicht durch die Post, sondern noch am Tage seiner Unterzeichnung durch einen Bediensteten des Büros der erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten an das Landgericht zurückbefördert wurde. Entscheidungserheblich ist daher, ob die in der eidesstattlichen Versicherung der Rechtsanwälte Dr. A. V. [REDACTED] und Dr. W. V. [REDACTED] enthaltene Behauptung zutrifft, das Empfangsbekenntnis sei versehentlich mit dem noch nicht umgestellten Eingangsstempel vom Vortage abgestempelt worden. Das Berufungsgericht hat Zweifel an der Richtigkeit dieser Behauptung, weil das Empfangsbekenntnis von Rechtsanwalt R. [REDACTED] unterzeichnet ist und die Möglichkeit besteht, daß der Eingangsstempel auf der

Urteilsausfertigung erst nachträglich angebracht wurde. Diese Zweifel reichen jedoch nicht aus, um die angefochtene Entscheidung zu tragen. Das Berufungsgericht hätte der Beklagten Gelegenheit geben müssen, sich zu diesen Fragen zu äußern. Hierzu bestand umsomehr Anlaß, als die erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten zu einem Zeitpunkt, als noch kein Grund für die Behauptung einer von dem in dem Empfangsbekanntnis angegebenen Datum abweichenden Zustellung bestand, in ihrem Auftragsschreiben vom 4. März 1976 an die Berufungsanwälte und dem Schreiben vom 10. Februar 1976 an die Beklagte davon ausgingen, daß die Zustellung erst am 6. Februar 1976 erfolgt sei, was gegen die Annahme spricht, der Eingangsstempel auf der Urteilsausfertigung sei erst nachträglich angebracht worden. Hinzu kommt, daß im Rahmen der hier vorliegenden Amtsprüfungspflicht hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Berufung der Hinweispflicht des Gerichts auf Beweisantritte, die nach seiner Auffassung das Ergebnis beeinflussen könnten, eine erhöhte Bedeutung zukommt (BGH VersR 1976, 192, 193 m. w. Nachw.).

Das Berufungsgericht hätte daher vor der Entscheidung über die Zulässigkeit der Berufung klarstellen müssen, ob die Beklagte nicht davon ausging, die von ihr vorgelegten Beweismittel seien ausreichend, und ihr gegebenenfalls Gelegenheit zu weiteren Beweisantritten geben müssen, wobei auch ein Zeugenbeweis zulässig gewesen wäre (BGH VersR 1975, 899, 900 m. w. Nachw.), der auch Gelegenheit zu Ergänzungs- und Kontrollfragen des Gerichts und der Parteien geboten hätte. Der Senat hat es in entsprechender Anwendung des § 539 für angemessen erachtet, diese Prüfung dem Berufungsgericht zu überlassen.

Der angefochtene Beschluß war daher teilweise aufzuheben und die Sache insoweit zur anderweitigen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Johannsen

Dr. Buchholz

Knüfer

Rottmüller

Dr. Hoegen