

BUNDESGERICHTSHOF

IV ZB 64/79

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

des freien Architekten Klaus R [REDACTED], B [REDACTED] 3,
U [REDACTED],

Beklagten und Beschwerdeführers
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. die Hausfrau Brunhilde R [REDACTED] geborene S [REDACTED],
B [REDACTED] str. 26, K [REDACTED]
2. die bei der Beklagten zu 1 wohnhaften und von ihr
gesetzlich vertretenen minderjährigen Kinder:
 - a) Lutz R [REDACTED], geboren am 17. Mai 1964
 - b) Frank R [REDACTED], geboren am 2. April 1966
 - c) Klaus R [REDACTED], geboren am 5. Dezember 1967,

Kläger und Beschwerdegegner.

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
am 29. Februar 1980 durch die Richter Dr. Hoegen, Knüfer,
Rottmüller, Dehner und Dr. Schmidt-Kessel

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Beklagten wird der
Beschluß des 5. Zivilsenats in Freiburg des
Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 21. März 1979
aufgehoben.

Der Beklagte trägt die Kosten des Beschwerde-
verfahrens vor dem Bundesgerichtshof.

G r ü n d e :

Der Beklagte ist durch Urteil des Amtsgerichts
Freiburg vom 25. August 1978 zu Unterhaltsleistungen
an seine geschiedene Ehefrau (die Beklagte zu 1) und
die gemeinsamen ehelichen Kinder (die Beklagten zu 2)
verurteilt worden. Am 25. August 1978 verfügte der
Geschäftsstellenbeamte, daß den Vertretern beider
Parteien eine Urteilsausfertigung unter Beifügung eines
vorbereiteten Empfangsbekenntnisses sowie eine Urteils-
abschrift "zuzustellen" sei. Diese Verfügung wurde laut
Aktenvermerk am 30. August 1978 ausgeführt. Bei den
Akten befindet sich ein von dem erstinstanzlichen
Prozeßbevollmächtigten des Beklagten, Rechtsanwalt
H. [REDACTED], ausgestelltes Empfangsbekenntnis vom
31. August 1978, in dem dieser angibt, ein Urteil mit

- 3 -

dem Betreff R [REDACTED] gegen R [REDACTED] und der Geschäftsnummer 6 C 248/77 erhalten zu haben. Gegen das Urteil hat der Beklagte mit einem am 27. September 1978 eingegangenen Schriftsatz beim Landgericht Freiburg Berufung eingelegt. Nachdem sein Anwalt auf die mangelnde Zuständigkeit des Landgerichts hingewiesen worden war, hat der Beklagte mit einem am 10. November 1978 eingegangenen Schriftsatz beim Oberlandesgericht Berufung eingelegt und gleichzeitig um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht. Das Oberlandesgericht hat die Berufung als unzulässig verworfen. Es hat dem Beklagten die Wiedereinsetzung versagt, weil die früher zweifelhaft gewesene Rechtsfrage, ob in Familiensachen in Übergangsfällen die Berufung beim Landgericht oder Oberlandesgericht einzulegen sei, im September 1978 durch in der juristischen Fachpresse veröffentlichte Entscheidungen des Bundesgerichtshofes hinreichend geklärt gewesen sei.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Beklagte mit der vorliegenden sofortigen Beschwerde. Er macht mit ihr geltend, daß eine ordnungsgemäße Zustellung nicht stattgefunden habe. Seinem Prozeßbevollmächtigten sei nämlich nicht eine Ausfertigung, sondern nur eine unbeglaubigte Abschrift des Urteils von der Geschäftsstelle zugeleitet worden; er hat diese unbeglaubigte Abschrift auch vorgelegt.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

Das von Rechtsanwalt H [REDACTED] ausgestellte Empfangsbekenntnis genügt zwar nach § 212 a ZPO zum Nachweis dafür, daß ihm am 31. August 1978 das erst-



instanzliche Urteil zugestellt worden ist. Der Partei, an deren Prozeßbevollmächtigte die Zustellung bewirkt werden sollte, steht jedoch der Gegenbeweis offen (BGH LM ZPO § 233 Nr. 37; § 198 Nr. 6, § 212 a Nr. 8; NJW 1974, 1469), der auch noch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof angetreten werden kann (BGH LM ZPO § 570 Nr. 1). Die vom Senat veranlaßte Beweiserhebung hat ergeben, daß eine wirksame Zustellung des Urteils an den Beklagten nicht stattgefunden hat.

Sein erstinstanzlicher Prozeßbevollmächtigter, Rechtsanwalt H. [REDACTED], hat bei seiner Vernehmung angegeben, er wisse mit Sicherheit, daß ihm vom Amtsgericht nur ein einziges Exemplar des Urteils zugegangen sei; er habe allerdings nicht geprüft, ob es sich dabei um eine Ausfertigung oder eine unbeglaubigte Abschrift gehandelt habe. Es besteht kein Anlaß, an der Glaubwürdigkeit des Zeugen zu zweifeln. Seine Aussage wird auch nicht durch den Aktenvermerk der Geschäftsstelle widerlegt. Danach sind zwar dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten zwei Urteils-exemplare - eine Ausfertigung und eine unbeglaubigte Abschrift - zugeleitet worden; daraus folgt jedoch nicht notwendigerweise, daß auch zwei Exemplare bei ihm eingegangen sein müssen; die Möglichkeit, daß ein Exemplar verloren gegangen ist, läßt sich nicht ausschließen.

Daß dem Beklagten von der Geschäftsstelle eine unbeglaubigte Urteilsabschrift zugegangen ist, hat er durch deren Vorlage nachgewiesen. Dann kann ihm aber am 31. August 1978 keine Urteilsausfertigung

(oder beglaubigte Urteilsabschrift) zugegangen sein. Eine wirksame Zustellung des erstinstanzlichen Urteils hat demnach nicht stattgefunden, so daß die Berufungsfrist in dem Zeitpunkt, in dem die Berufungsschrift des Beklagten beim Oberlandesgericht einging, noch nicht abgelaufen war.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind gemäß § 97 Abs. 2 ZPO dem Beklagten auferlegt worden, weil er in der Beschwerdeinstanz mit einem neuen Vorbringen obsiegt hat, das er bereits im Verfahren vor dem Oberlandesgericht hätte geltend machen können.

Dr. Hoegen

Dehner