

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**IV ZR 106/70**URTEIL**

Verkündet am
27. Oktober 1971
Blecher,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1) des Maklers Martin Z [REDACTED], K[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und
Revisionsklägers,- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED] -2) des Maklers Hans A [REDACTED], K [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Berufungsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter II. Instanz:
Rechtsanwalt [REDACTED], [REDACTED] -

gegen

1) den Friseurmeister Peter N [REDACTED],

2) dessen Ehefrau Sybille N [REDACTED] geb. B [REDACTED],
beide E [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],Kläger, Berufungs- und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haus und der Bundesrichter Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt, Dr. Bukow und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

Die Revision des Erstbeklagten gegen das Teilurteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 6. Oktober 1970 wird zurückgewiesen.

Der Erstbeklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Urteil des Landgerichts in Köln vom 24. Oktober 1968 sind die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 17.000 DM nebst Zinsen zu zahlen. Gegen dieses Urteil hat der Erstbeklagte durch Schriftsatz vom 16. Dezember 1968, bei Gericht eingegangen am 17. Dezember 1968, formgerecht Berufung einlegen lassen. Er hat behauptet, das Urteil sei seinem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten am 27. November 1968 von Anwalt zu Anwalt zugestellt worden. Unstreitig enthält das von diesem Rechtsanwalt unterschriebene Empfangsbekenntnis als Zustellungsdatum den 15. November 1968. In einem nach Schluß der mündlichen Verhandlung bei dem Berufungsgericht einge-

eingegangenen Schriftsatz hat der Erstbeklagte den Bürovorsteher seines erstinstanzlichen Anwalts, L., zum Beweis für das von ihm behauptete spätere Zustellungsdatum als Zeugen benannt und beantragt, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Das Oberlandesgericht hat diesem Antrag nicht entsprochen und durch Teilurteil die Berufung als unzulässig verworfen. Hiergegen richtet sich die Revision des Erstbeklagten, mit der er die Zurückverweisung des Rechtsstreits zu anderweitiger Entscheidung erstrebt.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat die Berufung als verspätet angesehen, weil sie nicht innerhalb der Frist von einem Monat seit Zustellung des Urteils eingelegt worden sei. Bei der Berechnung dieser Frist ist es von dem im Empfangsbekenntnis bezeugten Zustellungsdatum des 15. November 1968 ausgegangen. Die Behauptung des Erstbeklagten, entgegen dem im Empfangsbekenntnis ausgewiesenen Datum sei das Urteil tatsächlich erst am 27. November 1968 zugestellt worden, hat es als nicht erwiesen angesehen.
2. Dem Berufungsgericht ist zunächst darin zuzustimmen, daß sich keine Bedenken gegen die Wirksamkeit der Zustellung aus dem Umstand ergeben, daß auf der bei der Zustellung übergebenen Abschrift des Urteils das Aktenzeichen insofern nicht ganz klar geschrieben war, als bei der auf die erkennende Zivilkammer hinweisenden Kennzahl die Ziffer "2" - offensichtlich versehentlich - mit dem Buch-



staben "A" überschlagen ist. Es mag dahinstehen, ob damit das Aktenzeichen als unleserlich zu bezeichnen ist. Auf keinen Fall ist aber durch diese unsaubere Schreibweise ein Zweifel an der Nämlichkeit des zugestellten Schriftstücks aufgetreten. Nur dies aber könnte die Wirksamkeit der Zustellung in Frage stellen (vgl. BGH VersR 1965, 853; 1970, 624). Der Erstbeklagte und sein Prozeßbevollmächtigter konnten jedoch unzweifelhaft erkennen, daß es sich bei dem zugestellten Schriftstück um das Teilurteil handelte, welches in diesem zwischen den Parteien anhängigen Rechtsstreit ergangen war.

3. Das Berufungsgericht ist bei seinen weiteren Erwägungen zutreffend davon ausgegangen, daß die Behauptung des Erstbeklagten über die Unrichtigkeit des Zustellungsdatums im Empfangsbekenntnis erheblich ist, weil bei einer Zustellung am 27. November 1968 die Berufung rechtzeitig eingelegt wäre. Es ist seit langem in der Rechtsprechung anerkannt, daß trotz des Beweiswertes, den § 198 Abs. 2 Satz 2 ZPO dem anwaltlichen Empfangsbekenntnis beilegt, der Nachweis dafür zulässig ist, daß die Zustellung in Wirklichkeit zu einem anderen Zeitpunkt erfolgt ist. Durch diesen gegenteiligen Nachweis wird die Wirksamkeit der Zustellung selbst nicht berührt. Sie ist vielmehr als zu dem Zeitpunkt bewirkt anzunehmen, der als tatsächlich geschehen nachgewiesen wird (vgl. BGHZ 35, 236; Baumbach/Lauterbach ZPO 30. Aufl. 1970, § 198 Anm. 2 B; Stein/Jonas/Pohle ZPO 19. Aufl. 1967, § 198 Anm. II 5).

4. Das Berufungsgericht hat jedoch den Nachweis des späteren Zustellungszeitpunkts als nicht erbracht angesehen. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision greifen nicht durch.

Das Berufungsgericht brauchte die mündliche Verhandlung nicht wieder zu eröffnen, um dem Beweisangebot des Erstbeklagten in seinem nachgereichten Schriftsatz nachzugehen. Denn die Behauptung, auf die sich dieses Beweisangebot bezog, ist nicht erheblich. Der Erstbeklagte hat lediglich vorgetragen, daß der als Zeuge benannte Bürovorsteher das Datum des 27. November 1968 für den Zustellungszeitpunkt gehalten habe und hiervon ausgehend den Ablauf der Berufungsfrist errechnet und diesen sowie die entsprechenden Vorfristen notiert habe. Es kommt aber nicht darauf an, welches Datum der Bürovorsteher als Zustellungszeitpunkt angesehen hat. Entscheidend ist vielmehr, an welchem Tag das zugestellte Schriftstück dem Anwalt des Erstbeklagten zugegangen ist. Daß dies am 27. November 1968 geschehen sei, war nicht in das Wissen des Zeugen gestellt.

5. Die übrigen gegen die Würdigung des Oberlandesgerichts gerichteten Angriffe der Revision verhelfen ihr ebenfalls nicht zum Erfolg.

Auch die weitere, in der Revisionsinstanz von Amtswegen vorgenommene Prüfung hat zu keinem anderen Ergebnis geführt. Die Kläger haben in der mündlichen Verhandlung über die Revision die vollstreckbare Ausfertigung des erstinstanzlichen Urteils vorgelegt. Auf dieser Urkunde befindet sich auf dem letzten Blatt nicht nur das Empfangs-

bekanntnis des Prozeßbevollmächtigten des Erstbeklagten über die Zustellung dieses Urteils am 15. November 1968, sondern unmittelbar danach in räumlichem Anschluß auch das Empfangsbekanntnis des Prozeßbevollmächtigten des Zweitbeklagten über die Zustellung des Urteils an diesen am 27. November 1968. Dieses Datum der Zustellung des Urteils an den Zweitbeklagten wird vom Erstbeklagten nicht bestritten. Es sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, die gegen die Richtigkeit sprechen könnten. Damit ist aber die Behauptung des Erstbeklagten schwer vereinbar, das Urteil sei seinem Prozeßbevollmächtigten an diesem Tage, am 27. November 1968, zugestellt worden, m. a. W. daß also beide Zustellungen am selben Tage erfolgt seien. Denn es ist kaum vorstellbar, daß die Ausfertigung des Urteils, auf der sich beide Empfangsbekanntnisse befinden, am selben Tage sowohl dem Prozeßbevollmächtigten des Erstbeklagten, als auch dem des Zweitbeklagten vom Anwalt der Kläger übersandt worden wäre. Dies spricht gegen die Behauptung des Erstbeklagten, das Urteil sei ihm am 27. November 1968 zugestellt worden. Demgegenüber kann der Erstbeklagte zum Beweise dieser Behauptung auch nicht mit Erfolg auf den handschriftlichen Vermerk und die sogenannten Rotfristen abstellen, welche sich auf dem abgekürzten Urteilsexemplar befinden, das seinem Anwalt bei der Zustellung überlassen worden war. Es braucht nicht geprüft zu werden, wer diese Notizen geschrieben hat und was sie bedeuten sollen. Jedenfalls vermögen sie einen zwingenden Schluß auf das vom Erstbeklagten behauptete Zustellungsdatum nicht zu tragen.

Der Erstbeklagte ist für seine Behauptung beweisfällig geblieben. Er vermochte das im Empfangsbekenntnis bezeugte Zustellungsdatum nicht zu widerlegen, so daß seine Berufung in Übereinstimmung mit dem Berufungsurteil als verspätet und damit unzulässig zu werten ist. Seine Revision ist als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Haus

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Bukow

Dr. Buchholz