

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 42/72

Verkündet am

18. April 1973
Hellmann,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Fotografen Wigbert F [REDACTED],
G [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Verkäuferin Adelheid Gertrud B [REDACTED],
geb.am [REDACTED] 1955, S [REDACTED], D [REDACTED] Straße [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch das Kreisjugendamt G [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. April 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hauß und die Richter Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt, Dr. Buchholz und Knüfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten werden das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 2. Dezember 1971 und der Beschluß desselben Gerichts vom 30. April 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist am 3. Februar 1955 nichtehelich geboren. Sie nimmt den Beklagten als Vater in Anspruch. Mit der im Jahre 1968 erhobenen Klage hat sie die Feststellung begehrt, daß der Beklagte ihr Erzeuger ist. Das Landgericht hat die Klage durch Urteil vom 26. Juni 1969 abgewiesen.

- 3 -

Das Urteil ist der Klägerin am 31. Juli 1969 von Amts wegen zugestellt worden gegen ein von Rechtsanwalt Dr. K. unterzeichnetes Empfangsbekenntnis. Rechtsanwalt Dr. K. war der Sozius des der Klägerin im Armenrechtsverfahren beigeordneten Rechtsanwalts E. Er hatte die Sache auch bearbeitet. Am 4. August 1969 ist das Urteil noch einmal der Klägerin im Parteiverfahren von Anwalt zu Anwalt zugestellt worden.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin mit einem am 3. September 1969 bei dem Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und das Rechtsmittel am 1. Oktober 1969 begründet.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung durch Beschluß vom 5. November 1969 mit der Begründung als unzulässig verworfen, daß die Berufung erst nach Ablauf der Berufungsfrist eingegangen sei. Der Beschluß ist der Klägerin am 10. November 1969 zugestellt worden.

Mit Schriftsatz vom 20. November 1969 hat die Klägerin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist beantragt. Sie hat geltend gemacht, Rechtsanwalt Dr. K. leide seit längerem an depressiver Erkrankung und sei arbeitsunfähig. Sein Sozius, Rechtsanwalt E., habe keine Kenntnis gehabt von dem Grad der Erkrankung des Rechtsanwalts Dr. K. und davon, daß dieser infolge der Erkrankung seine Arbeiten vernachlässigt habe. Eine Überprüfung der Fristabläufe sei daher nicht erforderlich gewesen. Der mit der Einlegung der Berufung beauftragte zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte der Klägerin habe

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



von der Erkrankung des Rechtsanwalts Dr. K. erst am 19. November 1969 Kenntnis erhalten, nachdem Rechtsanwalt Dr. K. ihm zuvor mitgeteilt habe, daß er in der Zeit des Ablaufs der Berufungsfrist an stärkeren nervösen Störungen gelitten habe. Er habe von Rechtsanwalt Dr. K. am 2. September 1969 den Auftrag zur Einlegung der Berufung erhalten mit der Angabe, daß die Berufungsfrist am 4. September 1969 ende. Mit Schriftsatz vom 16. Februar 1970 hat der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin geltend gemacht, Rechtsanwalt Dr. K. sei in der in Betracht kommenden Zeit vom 31. Juli - 31. August 1969 infolge schwerer Depressionen geschäftsunfähig gewesen.

Das Oberlandesgericht hat nach Einholung einer gutachtlichen Äußerung des Nervenarztes Dr. P. vom 19. März 1970 durch Beschluß vom 30. April 1970 den Beschluß vom 5. November 1969 aufgehoben. Es hat ausgeführt, die an die Klägerin zu Händen des Rechtsanwalts Dr. K. am 31. Juli 1969 erfolgte Zustellung des landgerichtlichen Urteils sei nicht wirksam gewesen, weil Rechtsanwalt Dr. K. zu dieser Zeit geschäftsunfähig gewesen sei. Die Berufungsfrist sei daher bei Eingang der Berufung am 3. September 1969 noch nicht beendet gewesen.

Nach Beweisaufnahme in der Sache selbst hat das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Feststellung getroffen, daß der Beklagte der Vater der Klägerin ist.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Revision des Beklagten mit dem Antrag, unter Aufhebung des Berufungsurteils die Berufung der Klägerin als unzulässig zu verwerfen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision greift die vom Berufungsgericht angenommene Zulässigkeit der Berufung an. Sie ist gemäß § 547 ZPO im Umfang dieser Verfahrensrüge statthaft.

Das Berufungsgericht hatte durch Beschluß vom 5. November 1969 die Berufung wegen Nichteinhaltung der Berufungsfrist als unzulässig verworfen. Dieser Beschluß war dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin am 10. November 1969 zugestellt worden. Er war nach § 519 b Abs. 2 ZPO mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. Diese war gemäß § 577 Abs. 2 Satz 1 ZPO binnen einer Notfrist von zwei Wochen, möglicherweise binnen der verlängerten Frist des § 577 Abs. 2 Satz 3 ZPO in Verbindung mit den §§ 579 Abs. 1 Nr. 4, 586 Abs. 3 ZPO einzulegen. Eine Anfechtung des Beschlusses ist nicht erfolgt. Das Berufungsgericht hat den Beschluß jedoch von Amts wegen mit Beschluß vom 30. April 1970 aufgehoben. Es hat angenommen, die am 31. Juli 1969 erfolgte Zustellung des landgerichtlichen Urteils sei wegen Geschäftsunfähigkeit des Rechtsanwalts Dr. K., der das Empfangsbekenntnis unterzeichnet hatte, unwirksam gewesen; sie habe deshalb die Berufungsfrist nicht in Lauf setzen können.

Der Beschluß vom 30. April 1970 ist im Revisionsrechtszuge nachprüfbar. Da er für sich nicht anfechtbar ist (RG LZ 1925, 598), gehört er zu den Vorentscheidungen, die nach § 548 ZPO der Beurteilung des Revisionsgerichts mit unterliegen, ebenso wie ein die Zulässigkeit der Berufung aussprechendes und für sich nicht anfechtbares Zwischenurteil (RGZ 136, 275, 277; BGHZ 8, 383, 385) oder ein die Zulässigkeit der Berufung aussprechender Beschluß (Stein/Jonas/Grunsky ZPO 19. Aufl. § 519 b Anm. III D 2 b).

Der Ansicht der Revision, der Beschluß vom 30. April 1970 sei unstatthaft gewesen, ist zuzustimmen. Das Oberlandesgericht war nach § 577 Abs. 3 ZPO zu einer Änderung oder Aufhebung seiner der sofortigen Beschwerde unterliegenden Entscheidung vom 5. November 1969 nicht befugt. Ob ausnahmsweise eine Abänderung oder Aufhebung eines der sofortigen Beschwerde unterliegenden Beschlusses bis zum Ablauf der Beschwerdefrist im Falle einer offensichtlichen Fehlentscheidung zulässig ist (so Baumbach/Lauterbach ZPO 30. Aufl. § 519 b Anm. 2 E; anders 31. Aufl. § 519 b Anm. 2 E), kann dahinstehen. Eine offensichtliche Unrichtigkeit ist in den vom Berufungsgericht angeführten Entscheidungen angenommen worden, nämlich dann, wenn infolge unrichtiger Beurkundung des Eingangs der Berufungsschrift nur der falsche Anschein einer Fristversäumnis entstanden ist (OLG Frankfurt NJW 1970, 715) oder übersehen worden ist, daß die Berufungsschrift fristgemäß in den Nachbriefkasten eingeworfen war (BAG AP Nr. 6 zu § 519 b ZPO = NJW 1969, 221 Nr. 31 Leitsatz d; das Bundesarbeitsgericht hat die in dieser Entscheidung vertretene Ansicht jedoch wieder aufgegeben, BAG NJW 1971, 1823). Diesen Fällen einer offensichtlichen Unrichtigkeit kann nicht der Fall gleichgestellt werden, daß die

die Berufungsfrist in Lauf setzende Zustellung unwirksam ist, weil der sie entgegennehmende Rechtsanwalt geschäftsunfähig war, jedenfalls dann nicht, wenn die Geschäftsunfähigkeit nicht bei Gericht offenkundig ist. Hier war nach dem Vorbringen der Klägerin in ihrem Wiedereinsetzungsge- such die Schwere der Erkrankung oder gar eine Geschäftsunfähigkeit des Rechtsanwalts Dr. K. nicht einmal seinem Sozius Ell aufgefallen. Bei dieser Sachlage kann von einer offensichtlichen Unrichtigkeit des die Berufung verwerfenden Beschlusses nicht die Rede sein. Die Aufhebung des Beschlusses vom 5. November 1969 war daher auch dann, wenn man der genannten, von Baumbach/Lauterbach in der 30. Aufl. vertretenen Ansicht folgen sollte, unstatthaft.

Im übrigen ist der Beschluß vom 30. April 1970 auch seiner sachlichen Begründetheit nach nicht rechtsbedenkfrei. Das Berufungsgericht hat sich zur Prüfung der schwerwiegenden und weitreichenden Behauptung, Rechtsanwalt Dr. K. sei während der Zeit vom 31. Juli - 31. August 1969 nicht nur krank und arbeitsunfähig, sondern geschäftsunfähig gewesen, mit der gutachtlichen Äußerung des Nervenarztes Dr. P. begnügt. Dr. P. hatte in seiner Äußerung vom 19. März 1970 attestiert, Rechtsanwalt Dr. K. habe sich seit Anfang Juni 1969 wegen einer schweren endogenen Depression in seiner Behandlung befunden. Eine solche Depression bedinge immer eine vorübergehende Geschäftsunfähigkeit. Diese könne für den Zeitpunkt Ende Juli/Anfang August nicht ausgeschlossen werden. In einer ergänzenden Äußerung vom 7. April 1970 hat Dr. P. ausgeführt, in seinem Bericht vom 19. März 1970 sei offensichtlich in der Zeitangabe ein Irrtum unterlaufen. Man könne zweifelsfrei sagen, daß Rechtsanwalt Dr. K. auf jeden Fall bis zum 31. August 1969

geschäftsunfähig gewesen sei. Beide Äußerungen des Arztes enthalten keine ausreichenden Angaben darüber, auf Grund welcher tatsächlicher Anhaltspunkte die Geschäftsunfähigkeit angenommen und die Feststellung über den Zeitraum der Geschäftsunfähigkeit getroffen worden ist. Sie sind außerdem ungenau hinsichtlich des Zeitpunktes, von dem an die Geschäftsunfähigkeit aufgetreten sein soll. Des weiteren bleibt unklar, ob in der Zeit von Ende Juli bis Ende August 1969 eine durchgängige Geschäftsunfähigkeit bestanden hat, was deshalb zweifelhaft sein kann, weil Rechtsanwalt Dr. K. nach den Angaben in dem Wiedereinsetzungsgesuch in diesem Zeitraum beruflich tätig war. Das Berufungsgericht wäre daher verpflichtet gewesen, sich nicht allein auf die gutachtlichen Äußerungen des behandelnden Arztes zu stützen, sondern ein weiteres fachärztliches, eventuell psychiatrisches Gutachten darüber einzuholen, ob Rechtsanwalt Dr. K. sich am 31. Juli 1969 in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit (§ 104 Nr. 2 BGB) befunden hat.

Der Beschluß vom 30. April 1970 war jedenfalls schon wegen seiner verfahrensrechtlichen Unzulässigkeit aufzuheben und demzufolge auch das Berufungsurteil, das auf der Grundlage dieses Beschlusses die Berufung als zulässig angesehen hat.

Das Berufungsgericht wird nunmehr über das Wiedereinsetzungsgesuch der Klägerin vom 20. November 1969 zu entscheiden haben. Falls dieses Erfolg haben sollte, würde der Beschluß des Berufungsgerichts vom 5. November 1969, mit dem es die Berufung als unzulässig verworfen hat, gegenstandslos werden (RGZ 127, 287; BGH LM ZPO § 519 b Nr. 9 und NJW 1968, 107).

Dr. Hauß

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Buchholz

Knüfer