

3

Für das Nachschlagewerk !
Für die amtliche Sammlung !

Gesetz: ZPO §§ 519, 329 Abs 3 S 2.

Rechtssatz: Hat der Vorsitzende verfügt, daß die von ihm bewilligte Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist den Prozeßbevollmächtigten des Berufungsklägers fernmündlich mitgeteilt werde, hat darauf ein Beamter der Geschäftsstelle dem Büro des Prozeßbevollmächtigten Nachricht von der Verlängerungsverfügung gegeben und ist der Prozeßbevollmächtigte dann von seinem Büro noch vor dem Ablauf der ursprünglichen Frist von dieser Verfügung in Kenntnis gesetzt worden, so ist die Verlängerungsverfügung auch dann wirksam geworden, wenn über die fernmündliche Benachrichtigung kein Vermerk in den Gerichtsakten gemacht worden ist.

Aktenzeichen: IV ZR 69/54

Urteil des BGH. vom 5. Juli 1954 OLG. Braunschweig

Verkündet
am 5. Juli 1954
Mist, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Frau Margarete K [REDACTED] geb. J [REDACTED]
in D [REDACTED], L [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

ihren Ehemann, den Bauarbeiter Alfred K [REDACTED] -
[REDACTED] in S [REDACTED]-T [REDACTED], W [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter II. Instanz:

Rechtsanwalt [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. Juli 1954 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter
Ascher, Johannsen, Scheffler und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das am 4. März 1954 verkün-
dete Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts in Braunschweig aufgehoben. Die Sache
wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revision, an das Beru-
fungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Sammlung

Tatbestand:

Die Klägerin hat Klage auf Scheidung der Ehe, der Beklagte hat Widerklage mit demselben Antrag erhoben. Das Landgericht hat durch Urteil vom 2. Dezember 1952 die Klage und die Widerklage abgewiesen. Das Urteil ist der Klägerin am 13. Dezember 1952 zugestellt worden. Sie hat am 10. Januar 1953 Berufung eingelegt. Am 7. Februar 1953, einem Sonnabend, ging beim Berufungsgericht ein Antrag der Klägerin ein, die Frist zur Begründung der Berufung bis zum 25. Februar 1953 zu verlängern. Der Vorsitzende des 3. Zivilsenats, bei dem die Sache damals anhängig war, verfügte darauf wie folgt:

- "1) Nach Antrag
- 2) fernm. Nachricht an RA Grünkorn
- 3) Wv. 26. II. 53."

Daß auf diese Verfügung hin der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin von der Verlängerung fernmündlich unterrichtet worden sei, ist aus den Gerichtsakten nicht zu entnehmen. Eine schriftliche Mitteilung der Verlängerungsverfügung ist nicht erfolgt. Am 24. Februar 1953 ging die Berufungsbegründung beim Gericht ein. Im Verhandlungstermin vom 11. Februar 1954 erklärte der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin, der bereits vorher von dem Berichterstatter auf Zweifel hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Berufungsbegründung hingewiesen worden war, daß am 9. Februar 1953 vom Oberlandesgericht bei seinem Büro angerufen und mitgeteilt worden sei, daß die Frist bis zum 25. Februar 1953 bewilligt worden sei. Er legte seine Handakten vor, in denen sich ein entsprechender Vermerk seiner damaligen Bürovorsteherin befindet.



Das Berufungsgericht hat die Berufung als unzulässig verworfen. Mit der Revision beantragt die Klägerin, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Berufung für zulässig zu erklären, hilfsweise ihr Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen.

Der Beklagte ist im Revisionsrechtszug nicht vertreten.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht führt zunächst aus, daß eine Berufungsbegründung in der Berufungsschrift nicht enthalten sei, da diese außer der Erklärung, daß Berufung eingelegt werde, nur den Berufungsantrag und die Erklärung enthalte, daß das Urteil insoweit angefochten werde, als die Klage abgewiesen worden sei und der Klägerin die Kosten auferlegt worden seien, und zudem in ihr ausdrücklich gesagt sei, daß die Berufungsbegründung einem besonderen Schriftsatz vorbehalten bleibe. Dieser Ausführung ist zuzustimmen.

Beizupflichten ist ferner der Ausführung des Berufungsgerichts, daß die Berufungsbegründungsfrist nur vor ihrem Ablauf wirksam verlängert werden könne. Diese Ansicht entspricht einhelliger Rechtsprechung und Lehre (vgl u.a. RG 156, 385 386; Stein-Jonas-Schönke, Anm II; 3 zu § 224 ZPO; Rosenberg Lehrb des Deutschen Zivilprozeßrechts 6. Aufl S 301; § 68 IV 2 b).

Schließlich ist auch der vom Berufungsgericht vertretenen Ansicht zu folgen, daß eine Verfügung, durch die der Vorsitzende die Berufungsbegründungsfrist verlängert und die vor Fristablauf formlos mitgeteilt worden ist, jedenfalls insoweit wirksam ist, als sie von dem ursprünglichen Schlußtermin entbindet. Es kann insoweit auf das Urteil des erkennenden Senats vom 31. Ja-

nuar 1952 (BGHZ 4, 390 [399] = NJW 1952, 469f), auf das sich auch das Berufungsgericht bezogen hat, verwiesen werden.

Nicht gefolgt werden aber kann dem Berufungsgericht darin, daß die Wirksamkeit einer formlosen Mitteilung davon abhängt, daß - als Ersatz für die fehlende Zustellungsurkunde oder das Empfangsbekenntnis - von dem zuständigen Beamten ein Vermerk in die Gerichtsakten aufgenommen werde, aus dem die Tatsache und der Zeitpunkt der Mitteilung an den betreffenden Prozeßbevollmächtigten hervorgingen. Als Grund hierfür führt das Berufungsgericht an, das Gericht müsse an Hand des Akteninhalts einwandfrei feststellen können, ob die Verlängerungsverfügung auch rechtzeitig wirksam geworden sei, und es beruft sich hierfür auf die Entscheidungen des Reichsgerichts Bd 137, 270; 156, 385 f [390]; 160, 307 f sowie auf die des Reichsarbeitsgerichts RAG 14, 220 [222]; 20, 213 [217] und das bereits oben erwähnte Urteil (BGHZ 4, 390 f = NJW 1952, 469 f) des Bundesgerichtshofs. In dieser letzteren Entscheidung findet sich jedoch eine dahingehende Ausführung nicht. Die Entscheidung im 137. Band scheidet hier aus, da es sich dort um eine Fristverlängerung handelte, die vor dem Inkrafttreten der sog. Vereinfachungsverordnung vom 17. Juni 1953 (RGBl I S 394) lag, wo also die Verfügung von Amts wegen gemäß § 329 Abs 3 ZPO zuzustellen war. Es ging also in jenem Fall um die Frage, ob es zur Zustellung genüge, daß die Verfügung formlos übergeben oder mündlich mitgeteilt werde, falls nur hierüber eine amtliche Urkunde aufgenommen würde. Diese Frage hat das Reichsgericht deswegen nicht entschieden, weil eine solche Urkunde nicht vorhanden war. Ob es das Erfordernis einer amtlichen Beurkundung auch dann aufstellen würde, wenn die Mitteilung der Verlängerungsverfügung nicht zugestellt zu werden braucht,

ist aus der Entscheidung nicht zu entnehmen. Zwar heißt es am Schluß des Urteils, es erscheine nach dem Gesetzeszweck unzulässig und es wäre auch mit dem Schutzzweck für eine der Parteien nicht ausreichend zu rechtfertigen, wenn man das Entstehen der Wirkung einer doch für beide Parteien bedeutsamen Fristerstreckung von einer bloß formlosen Mitteilung abhängig machen und dadurch zugleich die Grenze verwischen wollte, bei der die richterliche Verfügung aufhört, ein innerer, der Abänderung noch zugänglicher Geschäftsvorgang zu sein. Das in Frage kommende Gesetz, dessen Zweck nach Ansicht des Reichsgerichts die amtliche Beurkundung erfordert, ist aber die Bestimmung des § 329 Abs 3 Satz 1 ZPO, die die Zustellung vorschreibt. Diese Vorschrift ist jedoch jetzt durch den die formlose Mitteilung zulassenden Satz 2 ergänzt.

In RGZ Bd 160, 307 f 310 wird die Frage, ob eine fernmündliche Mitteilung an den Prozeßbevollmächtigten ausreiche, dahingestellt gelassen. Es wird allerdings die rechtliche Erheblichkeit eines Ferngesprächs, das nicht aktenkundig gemacht ist, als fraglich bezeichnet, die Frage wird aber nicht entschieden.

Das Reichsarbeitsgericht hat zwar in seiner Entscheidung vom 16. Oktober 1934, RAG 14,220 (für eine nach dem Inkrafttreten der Vereinfachungsverordnung eingelegte Berufung) ausgesprochen, daß die Befreiung von der Innehaltung der alten Frist auch dann eintrete, wenn vor deren Ablauf die betroffene Partei durch einen dazu befugten Beamten von der verfügten Verlängerung in zuverlässiger, aus den Akten ersichtlicher Weise Mitteilung erhält. Daß es aber damit hat aussprechen wollen, daß die aktenmäßige Feststellung erforderlich sei, ergibt sich aus seinen Ausführungen

nicht. Das Reichsarbeitsgericht hatte auch keine Veranlassung, zu der Frage Stellung zu nehmen; ob ohne Aktenvermerk die nur mündliche Mitteilung unwirksam sei oder nicht; denn in dem ihm zur Entscheidung vorliegenden Fall hatte der Vorsitzende zu den Akten vermerkt, daß die Verlängerungsverfügung dem Gerichts-assessor W. als Bevollmächtigten des Prozeßbevollmächtigten des Berufungsklägers zur Kenntnis gebracht worden sei.

Dasselbe gilt für die Entscheidung RAG 20, 213
[217].

Der IV. Zivilsenat des Reichsgerichts hat (RGZ 144, 258) angenommen, daß eine fernmündliche Benachrichtigung des Prozeßbevollmächtigten durch die Geschäftsstelle die in § 329 Abs 3 ZPO zugelassene formlose Mitteilung nicht ersetzen könne, weil sie nur den Inhalt der Verlängerungsverfügung wiedergebe und weder eine Gewähr für die Richtigkeit der Wiedergabe biete noch erkennen lasse, ob sie durch einen hierzu befugten Beamten erfolgt sei; daß auch die formlose Mitteilung in der Regel durch Übergabe einer Ausfertigung der Verfügung oder durch deren Zusendung zu erfolgen habe und daß nur gleichwertige Vorgänge, zu denen etwa die beurkundete Einsichtnahme gehören möge, an die Stelle der Übergabe oder Zusendung einer Ausfertigung treten. Diese Auffassung entspricht aber nicht der jetzt herrschenden Meinung, der sich der Senat anschließt. Es ist nicht ersichtlich, weswegen eine fernmündliche Mitteilung nicht als eine Mitteilung i.S. des § 329 Abs 3 Satz 2 ZPO anzusehen sei. Sie ist nicht, wie das Reichsgericht Bd. 144 S 258 meint, ein Ersatz der in dieser Gesetzesbestimmung vorgesehenen Mitteilung, sondern sie stellt selber diese Mitteilung dar. Wenn ferner

§ 329 Abs 3 Satz 2 ZPO ausdrücklich anordnet, daß keine Form für die Mitteilung nötig ist, so kann man nicht im Gegensatz hierzu verlangen, daß in der Regel die Ausfertigung übergeben oder zugesandt werde. Dies bedeutet die Einführung der Schriftform für die Mitteilung und steht also zu dem Begriff "formlose Mitteilung" im Widerspruch.

Daß über die fernmündliche Mitteilung ein Aktenvermerk gemacht werde, ist nicht erforderlich. So wünschenswert es auch sein mag, daß sich die von Amts wegen festzustellenden Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels soweit wie möglich aus den Gerichtsakten ergeben, ein die Rechtswirksamkeit der Verlängerungsverfügung bedingendes Erfordernis kann darin nicht gesehen werden. Streng genommen müßte dann auch eine ordnungsmäßig zugestellte Verfügung für unwirksam erklärt werden, wenn die Zustellungsurkunde durch ein Versehen nicht zu den Akten gelangt ist und die Absendung aus den Akten nicht ersichtlich ist, obwohl doch nicht in Zweifel gestellt werden kann, daß bei rechtzeitiger ordnungsmäßiger Zustellung die Verfügung auch in einem solchen Fall wirksam ist. Es sei auch darauf hingewiesen, daß die Zustellung von Urteilen durch die Prozeßbevollmächtigten, die die Berufungsfrist in Lauf setzt, in der Regel aus den Gerichtsakten ebenfalls nicht ersichtlich ist.

Die Erwägung, daß eine nicht aktenkundig gemachte fernmündliche Mitteilung keine hinreichende Gewähr dafür biete, daß die Verfügung inhaltlich richtig wiedergegeben worden sei, trifft nicht zu. Liegt ein Antrag auf Verlängerung der Frist bis zu einem bestimmten Tag vor, dann handelt es sich bei der Übermittlung der Bewilligung der Fristverlängerung um eine besonders einfache und einer bestimmten Wortfassung

nicht bedürftige Erklärung. In aller Regel wird auch kein Zweifel daran bestehen können, auf welche Sache sich die Mitteilung bezieht. Vor allem aber gibt auch der Vermerk in den Gerichtsakten kaum eine grössere Gewähr für die inhaltliche Richtigkeit der fernmündlichen Mitteilung. Entscheidend ist folgendes: Macht man die Wirksamkeit der fernmündlichen Mitteilung davon abhängig, daß der mitteilende Beamte das Gespräch in den Akten vermerkt, so nimmt man dieser Art der Mitteilung praktisch den Wert. Denn dann würde der fernmündlich benachrichtigte Prozeßbevollmächtigte durch die Mitteilung allein keine Gewißheit über die Wirksamkeit der Verlängerungsverfügung haben, da er nicht wissen kann, ob der Vermerk in den Gerichtsakten gemacht worden ist. Er müßte sich also, wenn er die im Interesse seiner Partei gebotene Sorgfalt wahren will, durch Einsichtnahme in die Gerichtsakten von dem Vorhandensein eines Vermerks überzeugen. Außerdem wäre das Erfordernis eines Aktenvermerks geeignet, die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu erschweren. Ist etwa der Beamte oder Angestellte, der die fernmündliche Mitteilung gemacht hat, nach Beendigung des Telefongesprächs durch anderweite Inanspruchnahme gehindert worden, den Vermerk sofort zu machen, oder hat er dies zunächst versehentlich unterlassen, so ergeben sich Zweifel, ob die Verfügung erst mit der Nachholung des Vermerks wirksam wird oder aber ob er rückwirkende Kraft hat und letzterenfalls, ob dies auch der Fall ist, wenn zwischen der fernmündlichen Mitteilung und der Nachholung des Vermerks die alte Frist abgelaufen ist. Läßt man also einmal die fernmündliche Mitteilung genügen, so wäre es eher unzweckmäßig, ihre Wirksamkeit von einem Aktenvermerk abhängig zu machen, und da der Wortlaut des Gesetzes hierzu nicht zwingt, ist die bloße fern-

mündliche Mitteilung als ausreichend zu erachten. Zum Nachteil des Rechtsmittelbeklagten kann sich dies nicht auswirken, da der Rechtsmittelkläger die Beweislast hat. Läßt die von Amts wegen vorzunehmende Prüfung offen, ob eine nicht in den Akten vermerkte fernmündliche Mitteilung gemacht worden ist, so muß das Rechtsmittel als unzulässig verworfen werden.

Daß im vorliegenden Fall die von der Klägerin behauptete fernmündliche Benachrichtigung stattgefunden hat, ist durch die eidesstattlichen Versicherungen des früheren Prozeßbevollmächtigten der Klägerin und seiner früheren Bürovorsteherin in Verbindung mit dem Inhalt der Handakten des früheren Prozeßbevollmächtigten und der Tatsache erwiesen, daß die Berufungsbegründung innerhalb der bis zum 25. Februar 1953 verlängerten Frist eingegangen ist.

Durch die genannten eidesstattlichen Versicherungen ist weiter erwiesen, daß der auf der Geschäftsstelle des Berufungsgerichts tätige Justizobersekretär Alpers die fernmündliche Mitteilung der Bürovorsteherin des damaligen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin gemacht hat und daß sie ihn noch am 9. Februar 1953, also vor Ablauf der alten Frist, von der Mitteilung in Kenntnis gesetzt hat.

Daß der Prozeßbevollmächtigte selbst die fernmündliche Benachrichtigung entgegennehmen müsse, findet im Gesetz keine Stütze. Es kann dahinstehen, ob es für die Wirksamkeit der Verlängerungsverfügung nötig ist, daß sie ihm noch innerhalb der Frist bekannt wird, oder ob es ausreicht, wenn sie innerhalb der Frist von seinem Büro entgegengenommen wird.

Wie oben dargelegt worden ist, ist erwiesen, daß er noch vor dem Ablauf der alten Frist Kenntnis von der Verlängerung erlangt hat. Im Gegensatz zu der Auffassung des Berufungsgerichts reicht dies aus. Weshalb - wie das Berufungsgericht meint - das gesprochene Wort das geschriebene nur dann solle ersetzen können, wenn es unmittelbar an den gerichtet wird, der auch Empfänger der schriftlichen Mitteilung sein würde, ist nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht führt aus, daß der betreffende Anwalt dabei nicht von irgendeinem Angestellten seines Büros vertreten werden könne, da mit der Mitteilung eine gerichtliche Entscheidung wirksam werden solle. Auf diese Ausführung kommt es hier nicht mehr an, nachdem festgestellt worden ist, daß die Mitteilung an den Anwalt rechtzeitig weitergeleitet worden ist. Daß nun - wie das Berufungsgericht weiter meint - die Büroangestellten eines Rechtsanwalts, weil sie im Verkehr mit dem Gericht nur die Stellung eines Boten hätten, zwar schriftliche aber nicht mündliche Mitteilungen überbringen könnten, kann nicht anerkannt werden. Ein Grund für diese Unterscheidung ist nicht erkennbar; aus der Eigenschaft als Bote kann sie jedenfalls nicht hergeleitet werden.

Auch zu diesem Punkt kann nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, daß es sich um die Eröffnung einer gerichtlichen Entscheidung handle, die von großer Tragweite sein könne. Denn wenn gleichwohl der Gesetzgeber sich entschlossen hat, das Erfordernis der förmlichen Zustellung fallen zu lassen und ausdrücklich formlose Mitteilung zugelassen hat, so muß es auf jeden Fall genügen; wenn der zuständige Beamte der Geschäftsstelle auf Verfügung des Vorsitzenden einem Büroangestellten des Prozeßbevollmächtigten des Rechtsmittelklägers die Ver-

längerungsverfügung des Vorsitzenden fernmündlich dergestalt mitteilt, daß die Mitteilung den Zeitpunkt, bis zu dem die Frist verlängert worden ist, klar erkennen läßt, wenn weiter der die Mitteilung entgegennehmende Angestellte erkennt, von wem ihm sie gemacht wird, und wenn er dem Prozeßbevollmächtigten noch vor Ablauf der alten Frist von dieser Mitteilung Kenntnis gibt.

Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Die Frist ist also wirksam bis zum 25. Februar 1953 verlängert worden und die Berufungsbegründung somit rechtzeitig eingegangen. Die Berufung ist daher zulässig. Es ist also auf den Wiedereinsetzungsantrag, der übrigens verspätet gestellt war (§ 234 Abs 3 ZPO), nicht mehr einzugehen.

Schmidt Ascher Johannsen Scheffler Wüstenberg

8-1