

BUNDESGERICHTSHOF

IVa ZB 11/81

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

des Arbeiters Franz B[REDACTED], R[REDACTED], W[REDACTED],

Klägers und Beschwerdeführers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma H[REDACTED] I[REDACTED], B[REDACTED] B[REDACTED], B[REDACTED],

Beklagte und Beschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigte Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] u.a.
II. Instanz: [REDACTED], [REDACTED] -

Der IV a - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Rassow und Dr. Zopfs am 9. Dezember 1981

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde des Klägers gegen den Beschluß des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 2. Juni 1981 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

G r ü n d e :

Das Landgericht hat die Klage durch Urteil vom 14. Januar 1981 abgewiesen. Mit einem am 22. Januar 1981 beim Landgericht eingegangenen Empfangsbekenntnis bestätigte ein Mitglied der Anwaltssozietät, die den Kläger in erster Instanz vertreten hatte, daß ihm das Urteil am 20. Januar 1981 zugestellt worden sei. Am 23. Februar 1981 hat der Kläger Berufung eingelegt; in der Berufungsschrift gab er an, daß die Zustellung des landgerichtlichen Urteils am 21. Januar 1981 stattgefunden habe. Nachdem der Vorsitzende des Berufungssenats am 25. März 1981 darauf hingewiesen hatte, daß das Empfangsbekenntnis das Datum des 20. Januar 1981 trägt, suchte der Kläger mit einem am 9. April 1981 eingegangenen Schriftsatz vorsorglich um die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsfrist nach. Er verweist darauf, daß das ihm übersandte Exemplar des landgerichtlichen Urteils den Eingangsstempel vom 21. Januar 1981 trägt. Er folgert daraus, daß die-

- 3 -

ses Urteil ihm tatsächlich erst an diesem Tage zugegangen sei. Wenn auf dem Empfangsbekenntnis ein falsches Datum erscheine, so müsse dies darauf zurückzuführen sein, daß bei dem Datumsstempel, mit dem das Datum auf dem Empfangsbekenntnis angebracht wurde, sich die Zahlen ungewollt verschoben hätten.

Das Berufungsgericht hat dem Kläger die Wiedereinsetzung verweigert und seine Berufung als unzulässig verworfen. Die sofortige Beschwerde gegen diese Entscheidung ist an sich statthaft und form- und fristgerecht eingelegt, sachlich jedoch nicht begründet.

II.

1. Die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Unzulässigkeit der Berufung unterliegen sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Beziehung im vollen Umfang der Nachprüfung durch den Bundesgerichtshof. Das Beschwerdegerecht ist grundsätzlich Tatsacheninstanz; dies gilt auch bei Beschwerden nach § 519 b Abs. 2 ZPO (vgl. RG JW 1925, 479, 480; BGH Beschluß vom 16. Dezember 1958 - VIII ZB 15/58 - NJW 1959, 438; Beschluß vom 15. November 1978 - IV ZB 54/78 - NJW 1979, 876).

2. Das Berufungsgericht geht offenbar davon aus, daß das von einem Rechtsanwalt unterzeichnete Empfangsbekenntnis den vollen Beweis dafür erbringt, daß das betreffende Schriftstück in dem im Bekenntnis angegebenen Zeitpunkt dem Rechtsanwalt zugestellt worden ist; es läßt jedoch den Gegenbeweis zu, daß das Schriftstück erst nach diesem



Zeitpunkt beim Rechtsanwalt eingegangen ist. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. zuletzt die Entscheidung vom 31. Mai 1979 - VII ZR 290/78 - NJW 1979, 2566). Mit Recht hat das Berufungsgericht an den Nachweis der Unrichtigkeit des Empfangsbekenntnisses strenge Anforderungen gestellt (vgl. BGH Beschluß vom 17. Januar 1980 - VII ZB 16/79 - NJW 1980, 998).

3. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, ist es außerordentlich unwahrscheinlich, daß sich beim Datumsstempel das auf den 21. Januar eingestellte Datum auf den 20. Januar verstellt haben könnte; es entnimmt dies aus der technischen Beschaffenheit des Stempels, der vom Kläger zu den Akten eingereicht worden ist. Zu dieser Feststellung bedurfte es keiner besonderen Sachkunde; es war daher - entgegen der Auffassung der Beschwerde - nicht erforderlich, ein Sachverständigengutachten über diese Frage einzuholen. Auch der Senat sieht hierzu keinen Anlaß.

4. Wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, läßt sich zwar die Möglichkeit nicht ausschließen, daß am Morgen des 21. Januar 1981 der Stempel nicht auf das neue Datum eingestellt worden ist. Dafür, daß es tatsächlich so gewesen wäre, fehlt es jedoch an einem hinreichenden Anhaltspunkt. Insbesondere nötigt auch die Abweichung zwischen dem Datumsstempel auf dem zugestellten Urteilsexemplar und dem Datumsstempel auf dem Empfangsbekenntnis nicht zu einer solchen Annahme. Es ist ebenso gut denkbar, daß infolge eines Büroversehens

das bereits am 20. Januar 1981 eingegangene Exemplar des Urteils erst am folgenden Tag mit dem Datumsstempel versehen worden ist. Wenn während des 21. Januar 1981 der Datumsstempel mit der Einstellung auf den 20. Januar 1981 verwandt worden wäre, hätte dies am nächsten Tag bemerkt werden müssen, weil dann der Stempel nicht um eine, sondern um zwei Stellen vorzustellen gewesen wäre. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch der Umstand, daß in dem großen Anwaltsbüro (der Sozietät gehören sieben Anwälte an) kein Fall bekannt geworden ist, in dem auch nur der Verdacht bestand, daß für eine am 21. Januar 1981 vorgenommene Zustellung ein Empfangsbekenntnis mit dem Datum des 20. Januar 1981 ausgestellt worden ist.

5. Aus den Gerichtsakten ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, ob das Urteil am 20. oder 21. Januar 1981 im Büro der Prozeßbevollmächtigten des Klägers eingegangen ist. Die Urteilsausfertigung ist am 19. Januar abgesandt worden, das Empfangsbekenntnis kam am 22. Januar zurück.

6. Die vom Kläger als Zeugin benannte Anwaltsgehilfin Gabriele G. brauchte das Berufungsgericht nicht zu vernehmen. Der Kläger hatte eine eidesstattliche Versicherung dieser Zeugin eingereicht (Bl. 118 d.A.). Aus ihr ist zu entnehmen, daß die Zeugin nichts

darüber weiß, ob am Morgen des 21. Januar 1981 vergessen wurde, den Datumsstempel weiterzustellen. Den Inhalt dieser eidesstattlichen Versicherung hat der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte des Klägers ausdrücklich zum Gegenstand seines Vortrags gemacht (Schriftsatz vom 8. April 1981 S. 3 Bl. 110 d.A.). Das Berufungsgericht durfte daher davon ausgehen, daß die Zeugin auch bei einer Vernehmung nicht mehr werden ausagen können. Den tatsächlichen Inhalt der eidesstattlichen Versicherung hat das Berufungsgericht als richtig unterstellt und bei der Entscheidung berücksichtigt; insoweit war es also nicht erforderlich, sich von der Zeugin die Richtigkeit ihrer Versicherung mündlich bestätigen zu lassen.

Die Beschwerdeschrift enthält kein Vorbringen, das nunmehr eine Vernehmung der Anwaltsgehilfin [REDACTED] geboten erscheinen lassen könnte.

Im einzelnen ist dazu zu bemerken:

a) Die Zeugin gibt an, daß der Eingangsstempel mit einer technischen Vorrichtung (Justierung) versehen sei, die es unmöglich mache, daß das Datum im Eingangsstempel sich selbständig ändere; bei dem kleineren Stempel, der für die Datierung der Empfangsbekanntnisse verwandt werde, fehle eine solche Justierung. Daß der kleine Datumsstempel keine Justierung hat, ist bereits durch die Vorlage dieses Stempels bewiesen; daß der große Eingangsstempel justiert ist, ist den Umständen nach anzunehmen und wird vom Senat ebensowenig bezweifelt wie vom Berufungsgericht.

b) Die Zeugin will festgestellt haben, daß sie "zig Schriftstücke", die am 21. Januar 1981 eingegangen sind, mit dem Eingangsstempel des 21. Januar 1981 versehen habe. Dies mag richtig sein; es schließt jedoch nicht aus, daß versehentlich ein Schriftstück, das bereits am 20. Januar 1981 eingegangen ist, erst am 21. Januar 1981 mit dem Eingangsstempel versehen worden ist.

7. Rechtsanwalt M■■■■■, einer der erstinstanzlichen Bevollmächtigten des Klägers, hat an Eides Statt versichert, er habe Anweisung gegeben, daß Empfangsbekanntnisse noch am gleichen Tage von einem der Anwälte der Sozietät unterschrieben werden und am nächsten Vormittag zum Gericht gebracht werden sollen. Auch wenn eine solche Anweisung gegeben worden sein sollte, wäre nicht auszuschließen, daß in einem Einzelfall dagegen verstoßen worden ist. Daß sich die Rücksendung des Empfangsbekanntnisses einmal um einen Tag verzögert hat, ist auf jeden Fall nicht unwahrscheinlicher als die Möglichkeit, daß ein Empfangsbekanntnis mit einem falschen Datum versehen worden ist.

III.

Die Versäumung der Berufungsfrist kann nicht durch Gewährung von Wiedereinsetzung geheilt werden. Ein Anwalt hat dafür zu sorgen, daß der Zeitpunkt, in dem eine Frist zu laufen beginnt, in seinem Büro zuverlässig festgehalten wird (vgl. die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vom 21. März 1973 - IV ZB 8/73 -, vom 19. Ju-

ni 1974 - IV ZB 14/74 - und vom 20. November 1973 - VIII ZB 45/78 - VersR 1973, 547; 1974, 1099; 1979, 161; vom 12. März 1969 - IV ZB 3/69 - NJW 1969, 1297 = LM ZPO § 212 a Nr. 8). Er muß daher, sobald er ein Empfangsbekenntnis unterzeichnet und damit eine Frist in Lauf setzt, dafür sorgen, daß das von ihm angegebene Zustellungsdatum in seinen Unterlagen vermerkt wird. Der Eingangsstempel auf dem zugestellten Schriftstück kann einen solchen Vermerk nicht ersetzen (vgl. Borgmann/Haug, Anwaltpflichten, Anwaltshaftung § 58, 2 b bei Fn. 117); der Anwalt kann in Beweisschwierigkeiten geraten, wenn er den Nachweis führen muß, daß das vom Eingangsstempel abweichende Datum im Empfangsbekenntnis nicht mit dem wirklichen Datum des Eingangs des zuzustellenden Schriftstücks und der Unterzeichnung des Empfangsbekenntnisses übereinstimmt. Ein Anwalt, der gegen diese Grundsätze verstößt, handelt schuldhaft und kann daher auch nach der Neufassung des § 233 ZPO für seinen Mandanten keine Wiedereinsetzung erwirken.

Im Büro der Prozeßbevollmächtigten des Klägers ist das im Empfangsbekenntnis bescheinigte Zustellungsdatum nicht festgehalten worden; Grundlage für die Fristberechnung und die Eintragung im Fristenkalender war vielmehr der auf der Urteilsausfertigung angebrachte Eingangsstempel. Es ist auch weder behauptet noch glaubhaft gemacht, daß es sich hierbei um ein einmaliges, den getroffenen Anordnungen zuwiderlaufendes Fehlverhalten des Büropersonals gehandelt habe; nach dem Vortrag im Wiedereinsetzungsgesuch muß vielmehr angenommen werden,

daß diese Art der Fristberechnung einer allgemeinen, von den Anwälten zumindest geduldeten Praxis im Büro entsprach.

Da die Wiedereinsetzung bereits aus diesem Grunde versagt werden muß, kann es dahingestellt bleiben, ob die vom Berufungsgericht gegebene Hilfsbegründung zutreffend ist.

Dr. Hoegen

Dehner