

BUNDESGERICHTSHOF

IX ZB 172/83

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

Cecilia H[REDACTED]-W[REDACTED],
O[REDACTED] Str. 77, D[REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte: Klägerin und Beschwerdeführerin,
Rechtsanwälte Dr. Klaus [REDACTED]
und Friederike [REDACTED] -

gegen

Notar Rolf K[REDACTED],
B[REDACTED] Allee 21, D[REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte: Beklagten und Beschwerdegegner,
Rechtsanwälte Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED] und [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch
den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Henkel,
Fuchs, Dr. Lang und Winter

am 16. Februar 1984
beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde der Klägerin
wird der Beschluß des 18. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 9. Novem-
ber 1983 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Behandlung und
Entscheidung - auch über die Kosten der
sofortigen Beschwerde - an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

G r ü n d e

I.

Das Landgericht wies durch Urteil vom 27. April 1983,
der Klägerin zugestellt am 3. Mai 1983, die Klage ab. Die
Klägerin legte durch Schriftsatz vom 3. Juni 1983 Beru-
fung ein und begründete sie rechtzeitig. Die Berufungs-
schrift erhielt den Eingangsstempel des Berufungsgerichts
vom 6. Juni 1983.

Nachdem Rechtsanwalt Dr. K., der gemeinsam mit
seinen Sozien die Klägerin im Berufungsrechtszuge vertrat,
dies festgestellt hatte, beantragte er Wiedereinsetzung in

- 3 -

die Berufungsfrist und trug vor, er selbst habe die Berufungsschrift, die sich zusammen mit der Berufungsbegründung für eine andere Berufungssache in einem Umschlag befunden habe, am Freitag, dem 3. Juni 1983, um 23.45 Uhr in den Nachtbriefkasten des Berufungsgerichts eingeworfen. Zur Glaubhaftmachung bot er seine eigene eidesstattliche Versicherung an und beantragte im Übrigen die Beiziehung der Akten des anderen Berufungsverfahrens.

Die Nachforschungen des Berufungsgerichts ergaben, daß der Nachtbriefkasten auf Grund einer Beanstandung am 6. Juni 1983 überprüft worden war. Dabei war festgestellt worden, daß die Schaltuhr um eine Stunde vorging.

Durch Verfügung vom 29. Juni 1983 wies der Berichterstatter des Berufungsgerichts die Klägerin darauf hin, daß eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht in Betracht komme, weil nach ihrem Vortrag die Berufungsfrist nicht versäumt worden sei. Er bezog sich dazu auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29. November 1972 - VIII ZB 56/72 = VersR 1973, 186.

Durch Beschluß vom 5. Oktober 1983 wies das Oberlandesgericht den Wiedereinsetzungsantrag der Klägerin mit der Begründung zurück, eine Wiedereinsetzung komme nach ihrem Vortrag nicht in Betracht. Trotz des entsprechenden Hinweises vom 29. Juni 1983 habe sie ihren Wiedereinsetzungsantrag weder zurückgenommen noch für ihre Behauptung Beweis angetreten.

Durch weiteren Beschluß vom 9. November 1983 verwarf das Berufungsgericht die Berufung als unzulässig. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der sofortigen Beschwerde.



- 4 -

II.

Die gemäß § 519 b Abs. 2 ZPO statthafte und auch im übrigen zulässige sofortige Beschwerde ist begründet.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Berufungsfrist nur gewahrt ist, wenn die Berufungsschrift noch am 3. Juni 1983, dem letzten Tage der Frist, bei dem Berufungsgericht eingegangen ist. Das wäre der Fall, wenn Rechtsanwalt Dr. K. den Schriftsatz an diesem Tage vor 24 Uhr in den Nachtbriefkasten des Oberlandesgerichts eingeworfen hätte. Der Beweis dafür obliegt der Klägerin als Berufungsführerin.

2. Nach § 418 Abs. 1 ZPO erbringt der Eingangsstempel des Oberlandesgerichts Beweis dafür, daß die Berufungsschrift erst am 6. Juni 1983 bei dem Berufungsgericht eingegangen ist. Jedoch ist nach § 418 Abs. 2 ZPO der Gegenbeweis zulässig. Die Auskunft des Geschäftsleiters des Oberlandesgerichts, die Schaltuhr des Nachtbriefkastens sei um eine Stunde vorgegangen, erbringt für sich den Gegenbeweis nicht. Dadurch wird nur die Möglichkeit eröffnet, daß die Berufungsschrift noch am 3. Juni 1983 zwischen 23 und 24 Uhr in den Nachtbriefkasten eingeworfen worden sein kann. Die Klägerin muß nachweisen, daß dies tatsächlich geschehen ist. Dazu genügt Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO) nicht; die Rechtzeitigkeit der Berufung muß vielmehr zur vollen Überzeugung des Gerichts bewiesen werden (BGH, Urteil vom 29. November 1972 - VIII ZR 229/71 = VersR 1973, 186).

3. Durchgreifenden Bedenken begegnet indessen die Auffassung des Berufsrichters, die Klägerin habe keinen Beweis dafür angetreten, daß Rechtsanwalt Dr. K. die Berufungsschrift am 3. Juni 1983 gegen 23.45 Uhr in den Nachtbriefkasten eingeworfen habe.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

a) Das Wiedereinsetzungsgesuch vom 20. Juni 1983 enthielt nicht nur den entsprechenden Parteivortrag, sondern zugleich die ihn bestätigende Erklärung des Rechtsanwalts Dr. K. Sie konnte als Privaturkunde (§ 416 ZPO) im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden. Der Berufungsrichter hätte prüfen müssen, ob er bereits auf Grund der anwaltlichen Erklärung in Verbindung mit dem festgestellten Defekt des Nachtbriefkastens die Überzeugung zu gewinnen vermochte, die Berufung sei rechtzeitig eingegangen. Aus dem angefochtenen Beschluß geht nicht hervor, daß er sich dieser Möglichkeit bewußt war und eine entsprechende Beweismwürdigung vorgenommen hat. Das rügt die Beschwerde zu Recht als Verstoß gegen § 286 ZPO.

b) Der Berufungsrichter meint, die angekündigte eidesstattliche Versicherung des Anwalts wäre nur als Mittel der Glaubhaftmachung im Wiedereinsetzungsverfahren zulässig gewesen, habe aber kein ausreichendes Beweisangebot dargestellt. Es kann hier offenbleiben, ob bei der Prüfung der Rechtsmittelvoraussetzungen nicht der Freibeweis möglich (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 1951 - V ZR 11/50 = NJW 1951, 441; dagegen Stein/Jonas/Leipold ZPO 20. Aufl. Vorbem. vor § 128 Rz 97 m.w.N.) und daher auch eine eidesstattliche Erklärung zulässiges Beweismittel wäre und ob nicht wenigstens eine urkundenbeweisliche Verwertung einer eidesstattlichen Versicherung erfolgen könnte. Denn die eidesstattliche Erklärung des Rechtsanwalts Dr. K. ist nicht vorgelegt worden. Der Berufungsrichter hätte jedoch unbedenklich das Angebot, eine eidesstattliche Versicherung des Anwalts beizubringen, auch als Benennung des Anwalts als Zeugen werten können. Zumindest



hätte er bei den zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin anfragen müssen, ob Rechtsanwalt Dr. K. [REDACTED] als Zeuge benannt wird.

Nach § 139 Abs. 2 ZPO hat der Vorsitzende des Prozeßgerichts die Parteien auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die in Ansehung der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten. Genügten dem Berufungsgericht die vorliegende anwaltliche Erklärung und die angekündigte eidesstattliche Versicherung des Rechtsanwalts Dr. K. [REDACTED] nicht, hätte der Vorsitzende darauf hinwirken müssen, daß Zeugenbeweis angetreten wird (§ 139 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die prozeßleitende Verfügung des Berichterstatters vom 29. Juni 1983 genügte dazu nicht. Sie war im Gegenteil geeignet, Verwirrung zu stiften, weil sie auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs in der Sache VIII ZB 56/72 verwies, die nicht einschlägig ist, während die an der gleichen Fundstelle abgedruckte einschlägige Entscheidung das Aktenzeichen VIII ZR 229/71 trägt. Auch der Beschluß vom 5. Oktober 1983, durch den das Wiedereinsetzungsgesuch zurückgewiesen wurde, enthielt keinen eindeutigen Hinweis, daß ein ausdrücklich auf Zeugenvernehmung gerichtetes Beweisangebot erforderlich sei.

c) Hätte das Berufungsgericht der Aufklärungspflicht aus § 139 ZPO genügt, hätte die Klägerin zwar nicht die Vernehmung des Rechtsanwalts Dr. K. [REDACTED] als Zeugen anbieten können; denn dieser ist nach dem Beschwerdevorbringen vermißt. Sie hätte aber die in der Beschwerdeschrift bezeichneten Zeugen benannt. Obwohl diese Zeugen nicht aus eigenem Wissen an-



geben können, ob Rechtsanwalt Dr. K. die Berufungsschrift rechtzeitig in den Nachtbriefkasten eingeworfen hat, lassen die in ihr Wissen gestellten Tatsachen in Verbindung mit der bereits vorliegenden Erklärung des Rechtsanwalts Dr. K. und dem festgestellten Defekt des Nachtbriefkastens doch den Schluß zu, daß die Berufung rechtzeitig eingegangen ist.

Die Zeugen konnte die Klägerin auch unabhängig von dem Verstoß gegen § 139 ZPO noch im Beschwerderechtszuge benennen; denn die sofortige Beschwerde nach § 519 b ZPO kann auf neue Beweise gestützt werden, wenn damit die Rechtzeitigkeit des Eingangs der Berufung dargetan werden soll (BGH, Beschluß vom 16. Dezember 1958 - VIII ZB 15/58 = LM ZPO § 570 Nr. 1).

4. Die Sache wird deshalb zur Nachholung der erforderlichen Feststellungen gemäß § 575 ZPO an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Merz

Winter

