

20.2 030

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VII ZR 138/65**URTEIL****Verkündet am**

29. Februar 1968
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Mineralölgroßhändlers Max J [REDACTED], N [REDACTED]
K [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Wirtschaftsprüfer und Diplomkaufmann Dr. Hans
S [REDACTED], N [REDACTED], F [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Februar 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Nürnberg vom 24. Juni 1965 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist durch Urteil des Landgerichts vom 17. Februar 1965 zur Zahlung von 2.964,79 DM nebst Zinsen verurteilt worden. Hiergegen hat er am 30. März 1965 Berufung eingelegt.

Der Kläger hatte vor dem Berufungsgericht beantragt, die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Er hat dazu vorgetragen, das Urteil sei dem Beklagten bereits am 27. Februar 1965 zugestellt worden. Rechtsanwalt Dr. B. als bevollmächtigter Vertreter des Anwalts des Beklagten habe an diesem Tage, einem Samstag, auf dessen Kanzlei das zugestellte Urteil in Empfang genommen, nämlich den Umschlag geöffnet,

- 3 -

das Urteil entnommen und die von dem Kläger vorbereitete Empfangsbestätigung, in der nur der Monat Februar, nicht aber der Monatstag vermerkt gewesen sei, unterschrieben. Auf der Kanzlei sei dann am Montag, den 1. März 1965, der Eingangsstempel von diesem Tage auf der Empfangsbestätigung angebracht worden. Auf telefonische Rückfrage habe Dr. B. am 3. März 1965 den Anwalt des Klägers, Rechtsanwalt K., ermächtigt, auf der Empfangsurkunde den 27. Februar als Datum einzusetzen.

Der Beklagte hat vorgetragen, auf dem Büro des Rechtsanwalts Dr. R., des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten, sei samstags nicht gearbeitet worden. Es habe die Weisung bestanden, samstags auch keine Zustellungen in Empfang zu nehmen. Dr. B. habe deshalb auch nicht den Willen gehabt, am Samstag, den 27. Februar 1965, die Zustellung in Empfang zu nehmen. Er habe das Empfangsbekenntnis an diesem Tage auch nicht unterzeichnet, sondern erst am Montag, dem 1. März. Die Behauptung des Klägers, Dr. B. habe Rechtsanwalt Dr. K. telefonisch ermächtigt, als Empfangsdatum den 27. Februar einzusetzen, hat der Beklagte bestritten.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung als unzulässig verworfen.

Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten mit dem Antrag, das Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Kläger beantragt, die Zurückweisung der Revision. Die Urschrift des Empfangsbekenntnisses des Rechtsanwalts Dr. B. wurde in der mündlichen Verhandlung überreicht.

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



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist gem. § 547 Abs. 2 ZPO zulässig. Sie ist auch begründet.

1.) Das Berufungsgericht hat zu der Behauptung des Klägers, Rechtsanwalt Dr. B. [REDACTED] habe das Empfangsbekenntnis schon am 27. Februar unterschrieben und habe Rechtsanwalt Krüger ermächtigt, als Empfangsdatum den 27. Februar einzusetzen, keine Feststellung getroffen. Es stellt lediglich fest, daß die zugestellte Urkunde Rechtsanwalt Dr. B. [REDACTED] am 27. Februar zugegangen ist und daß dieser sich nach Erkennen ihres Inhalts und ihrer Bedeutung noch am selben Tage unter Bejahung seiner Zuständigkeit zur Entgegennahme entschlossen habe (BU S. 8). Auf die auf dem Empfangsbekenntnis angebrachten Daten komme es unter diesen Umständen nicht an.

2.) Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen des Beklagten sind begründet.

Das Berufungsgericht hat zwar nicht verkannt, daß nach der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs (RGZ 98, 241, 243; 109, 341, 343; 150, 392, 394; 156, 385, 387; 159, 83; BGHZ 14, 342, 345; 30, 299, 301; vgl. auch Stein/Jonas/Pohle ZPO, 19. Aufl., § 198 Anm. II 3; Wieczorek ZPO § 198 Anm. A III b; Baumbach/Lauterbach ZPO, 29. Aufl. § 198 Anm. 1 B) es für die Bestimmung des Zeitpunkts der Zustellung nicht auf den Eingang der zuzustellenden Urkunde ankommt, sondern daß der erkennbare Wille des Zustellungsempfängers hinzukommen muß, die Urkunde als zugestellt in Empfang zu nehmen.

Zu Unrecht glaubt jedoch das Berufungsgericht, schon auf Grund des Umstands, daß Rechtsanwalt Dr. B. von dem zugestellten Urteil Kenntnis genommen hat, dessen Willen, die Zustellung in Empfang zu nehmen, feststellen zu können. Die Kenntnisnahme allein genügt noch nicht. Hinzukommen muß die Äußerung des Willens, das ihm zur Empfangnahme angebotene Schriftstück dem Angebot entsprechend anzunehmen (BGHZ 30, 299, 301). Die Kenntnisnahme von dem Inhalt und der Bedeutung des zugestellten Schriftstücks kann für sich allein schon deshalb nicht als Äußerung des Annahmewillens angesehen werden, weil sie dem empfangenden Anwalt vielfach erst die Möglichkeit gibt, sich darüber schlüssig zu werden, ob er die Zustellung in Empfang nehmen will oder nicht.

An der Feststellung einer dahingehenden WillensÄußerung fehlt es aber in dem angefochtenen Urteil.

3.) Es kann daher mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden.

Es bedarf noch der erforderlichen Feststellung zu der Behauptung des Klägers, Rechtsanwalt Dr. B. habe - wenn auch undatiert - die Empfangsbestätigung schon am 27. Februar unterschrieben und - was als Beweisanzeichen hierfür dienen könnte - den Gegenanwalt später telefonisch ermächtigt, den 27. Februar als Empfangstermin einzusetzen. Denn das könnte die Annahme rechtfertigen, daß Dr. B. auch schon an diesem Tag den Willen zur Empfangnahme gehabt und geäußert hat. Hierbei dürfte auch die möglicherweise von einem Sachverständigen zu prüfende Frage erheblich sein, ob sich auf der Empfangsbescheinigung die Unterschrift des Rechtsanwalts Dr. B. über oder unter dem Datumsstempel befindet, ob sie

also nach oder vor der Abstempelung vollzogen worden ist.

Da es sich um die von amtswegen vorzunehmende Prüfung einer Prozeßvoraussetzung handelt, ist das Revisionsgericht an sich befugt, die erforderlichen Feststellungen auf Grund eigener Beweiserhebungen zu treffen (RGZ 159, 81). Doch zwingt das nicht zu der Annahme, daß es hierzu verpflichtet ist. Es ist vielmehr zulässig und bisweilen angebracht, dies dem Tatrichter zu überlassen (vgl. BGHZ 24, 15, 20 zur Auslegung eines Schiedsspruchs). Auch im vorliegenden Fall erscheint das dem Revisionsgericht als zweckmäßig.

4.) Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer