

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 65/73

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
28. Mai 1974

K r i e g l ,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma B [REDACTED] AG, K [REDACTED], K [REDACTED] W [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten
durch das Vorstandsmitglied Joachim B [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Frau Paula A [REDACTED] geb. E [REDACTED] B [REDACTED], H [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Mai 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Prof. Dr. Nüßgens, Sonnabend, Dunz und Dr. Kullmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 27. November 1972 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 10. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin hat gegen die Beklagte ein Zahlungsurteil des Landgerichts erstritten. Dagegen hat diese form- und fristgerecht Berufung eingelegt. Die Frist für die Begründung des Rechtsmittels wurde zweimal verlängert, zuletzt entgegen dem Antrag des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten Dr. A. [REDACTED] nicht bis zum Samstag, den 6., sondern bis zum Freitag, den 5. Mai 1972.

Die Begründungsschrift wurde in den Nachtbriefkasten der K. [REDACTED] Justizbehörden eingeworfen. Der Nachtbriefkasten ist so konstruiert, daß die Post zunächst

- 3 -

in einen abschüssigen Einwurfschaft gelegt werden muß. An dessen unterem Ende befinden sich hintereinander die beiden Öffnungen eines doppelten Postsacks. Bis Mitternacht ist die hintere Öffnung durch eine über der Trennwand senkrecht stehende Metallplatte versperrt. Die Platte wird sodann um 24 Uhr durch ein elektrisches Uhrwerk nach vorne umgelegt, so daß die eingeworfene Post nunmehr über sie hinweg in die dadurch freigelegte hintere Öffnung gleitet. Bei der Leerung am kommenden Morgen versieht ein Gerichtsbediensteter die Post im vorderen Postsack mit dem Eingangsstempel des Vortages, die übrige mit dem Datum des laufenden Tages.

Im vorliegenden Fall ist die Berufungsbegründung mit dem Eingangsstempel vom 6. Mai in den Geschäftsgang gekommen.

Die Beklagte behauptet, die Ehefrau des Prozeßbevollmächtigten, die Rechtsanwältin A [REDACTED], habe den Umschlag mit der Berufungsbegründung rechtzeitig am 5. Mai gegen 20.40 Uhr in den Einwurf gelegt. Vorsorglich hat sie Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung als unzulässig verworfen. Die Revision erstrebt ihre Zulassung.



Entscheidungsgründe

I

Das Berufungsgericht vermag sich nach Vernehmung von Zeugen und Augenschein des Briefkastens nicht zu überzeugen, daß der Briefumschlag infolge einer technischen Störung zunächst nicht in den Postsack gefallen ist. Ferner zieht es in Betracht, daß der Umschlag nach der Aussage der zuständigen Justizbediensteten am Morgen des 6. Mai überhaupt nicht im Postsack vorgefunden wurde, sondern erst am Morgen des 7. Mai im Fach für die vor Mitternacht eingeworfene Post. Diesen Beweisergebnissen gegenüber vermag es der Bekundung der Zeugin Vera As[REDACTED], die den Umschlag noch am Abend des 5. Mai eingeworfen haben will, kein überwiegendes Gewicht beizumessen. Infolgedessen hält es die Berufung für unzulässig, weil ihre rechtzeitige Begründung nicht erwiesen ist.

II

Diese Ausführungen sind im Ausgangspunkt rechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere ist richtig, daß die rechtzeitige Begründung der Berufung grundsätzlich vom Berufungskläger, hier also von der Beklagten, bewiesen werden muß.

Das Berufungsgericht dürfte demnach auch nicht verkannt haben, daß es hier in erster Linie um die Frage geht, ob die Berufung überhaupt rechtzeitig

eingelegt worden ist; denn durch Einwurf in den Schacht des dafür vorgesehenen Nachtbriefkastens wäre sie bei Gericht eingegangen gewesen (vgl. BGH Beschluß vom 21. Oktober 1960 - V ZB 11/60 - ZZP 74, 193, 199). In diesem Bereich gelten aber die allgemeinen Regeln der Tatsachenfeststellung; für eine Glaubhaftmachung, wie sie § 236 Satz 2 Nr. 2 ZPO ausnahmsweise für die Wiedereinsetzung vorsieht, ist nur Raum, soweit über die Unvermeidbarkeit einer feststehenden Fristversäumung zu entscheiden ist. Daß insoweit mit dem vorsorglichen Wiedereinsetzungsantrag nichts Sachdienliches vorgetragen ist, stellt das Berufungsgericht einwandfrei fest.

III

Dagegen zwingen die Angriffe der Revision gegen das vom Berufungsgericht angewandte Verfahren zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung.

1. a) Der Revision kann allerdings nicht gefolgt werden, wenn sie meint, das Berufungsgericht habe die an Eidesstatt versicherten Bekundungen der Prozeßbevollmächtigten der Beklagten und seiner Ehefrau trotz den Bedenken, die es aus den Aussagen anderer Zeugen schöpft, Glauben schenken müssen, da es mit der Stellung von Rechtsanwälten nicht vereinbar sei, an der Richtigkeit ihrer Aussagen zu zweifeln.

Hier ist vorweg zu bemerken, daß die eidesstattlichen Versicherungen der anschließend noch als Zeugen gehörten Anwälte nicht nach § 236 Satz 2 Nr. 2 ZPO zulässig waren, wie schon vorstehend ausgeführt. Ob sie wenigstens

unter dem Gesichtspunkt des Freibeweises zulässig waren, kann dahinstehen. Die Sonderstellung, die die Revision insoweit für Rechtsanwälte als Beweispersonen in Anspruch nehmen will, kann nicht anerkannt werden. Allenfalls mag es geboten sein, eine bewußt unwahre Zeugenaussage bei einem Rechtsanwalt in seine Berufstätigkeit betreffenden Angelegenheiten nicht ohne triftigen Grund in Betracht zu ziehen.

b) Der Revision kann auch nicht zum Erfolg verhelfen, daß das Berufungsgericht die mündliche dienstliche Äußerung der Justizbediensteten W■■■■-■■■■ weder protokolliert noch in den Tatbestand seines Urteils aufgenommen hat. Dieses Verfahren mag nicht zu billigen sein. Indessen hat das Berufungsgericht die wesentliche Bekundung in den Entscheidungsgründen erwähnt. Die Revision zeigt keine Weglassung weiterer Punkte auf, deren Nichtbeachtung die Entscheidung beeinflussen könnte.

c) Schließlich stand es im Ermessen des Berufungsgerichts, ob es hinsichtlich der Funktion des Nachtbriefkastens einen Sachverständigen zuzog oder sich die Beurteilung dieser nicht besonders komplizierten mechanischen Vorgänge selbst zutraute. Unerläßlich war nur, daß es, worauf noch zurückzukommen ist, alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände in seine Erwägungen einbezog.

2. Der Revision ist aber zuzugeben, daß das Berufungsurteil Zweifel daran offenläßt, ob der Streitstoff voll-

ständig erfaßt worden ist (§ 286 ZPO).

Darauf käme es nicht an, wenn das Berufungsgericht etwa festzustellen vermocht hätte, daß die Beschaffenheit des Nachtbriefkastens ein Versagen schlechthin ausschloß. Das läßt sich aber der Urteilsbegründung nicht entnehmen. Das Berufungsurteil sieht vielmehr für eine Behinderung der eingeworfenen Sendung im Schacht nur "keinen genügenden Anhalt".

a) In diesem Zusammenhang muß für die Revision schon davon ausgegangen werden, daß das Berufungsgericht die Umstände, die auf eine Mangelhaftigkeit des Nachtbriefkastens hindeuten könnten, nicht vollständig berücksichtigt hat. Das Berufungsgericht hat nämlich eine Berichtigung des Tatbestandes seines Urteils mit der rechtsirrigen Begründung verweigert (Beschuß vom 8. März 1973), die betreffenden Feststellungen stünden nicht im Tatbestand, sondern in den Entscheidungsgründen, auf die der Tatbestand insoweit verweise. Eine Berichtigung der Entscheidungsgründe aber sei nicht zulässig.

Dabei wird verkannt, daß Tatbestand i.S. des § 320 ZPO alle tatsächlichen Feststellungen sind, ohne Rücksicht auf ihre äußere Einordnung in den Zusammenhang des Urteils (Baumbach/Lauterbach ZPO 31. Aufl. § 320 Anm. 1 i.V.m. § 314 Anm. 2; allg. Mng). Auch soweit das Berufungsgericht hilfsweise ("im übrigen") die erbetene Berichtigung für sachlich unbegründet hält, vermag dies die Bedenken gegen die Verlässlichkeit einer Sachprüfung nicht auszuräumen; dies ergibt sich jedenfalls daraus,

daß es zu dem im Berichtigungsantrag enthaltenen Vortrag, es sei ein den Schalter betreffendes Beschwerdebuch eingesehen worden, nicht klar Stellung nimmt.

b) Die Beklagte hat mehrere eidesstattliche Versicherungen vorgelegt von Personen, die am Abend des 5. Mai 1972 zusammen mit ihrem Prozeßbevollmächtigten und dessen Ehefrau an einer Geselligkeit teilgenommen haben. Diese besagen, daß die Ehefrau des Prozeßbevollmächtigten sich zunächst noch einmal mit der Begründung entfernt habe, sie müsse einen - vorgezeigten - Brief bei Gericht einwerfen. Der Zeuge T. [REDACTED] will sich auch erinnern, daß ihm dabei die ihm bekannte Beklagte als Prozeßbeteiligte genannt worden sei.

Diese eidesstattlichen Versicherungen können nach Meinung des Berufungsgerichts deshalb nicht entscheidend ins Gewicht fallen, weil keiner der Zeugen persönlich wahrgenommen habe, daß Vera A. einen Brief tatsächlich eingeworfen und um welchen Brief es sich dabei gehandelt habe. Da sich das Berufungsgericht im übrigen nach dem persönlichen Eindruck der vernommenen Zeugen außerstande sehe, einer der Bekundungen gegenüber der anderen (gemeint die Aussagen der Justizbediensteten einerseits, des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten und seiner Ehefrau andererseits) größeres Gewicht beizumessen, gehe die Ungeklärtheit zu Lasten der beweispflichtigen Beklagten.

Auch hier bestehen gegen das Verfahren des Berufungsgerichts Bedenken, die - da es um die Zulässigkeit der Berufung geht (vgl. RGZ 159, 84), - schon von Amts wegen zu beachten sind.

Zunächst waren auch hier eidesstattliche Versicherungen nicht ohne weiteres am Platze, da es nicht um die Begründung der Wiedereinsetzung, sondern um den Nachweis einer Prozeßhandlung ging. Auch wenn man insoweit den Freibeweis für zulässig erachtet, auf dessen umstrittene Grenzen hier nicht näher einzugehen ist, kann für die Ersetzung persönlicher Aussagen durch schriftliche Erklärungen dann kein Raum sein, wenn das Gericht an der subjektiven Redlichkeit der Aussage zweifelt und damit ein persönlicher Eindruck von der Beweisperson weiteren Aufschluß verspricht. Daß die Vorlage der eidesstattlichen Versicherungen hilfsweise auch als Antritt von Zeugenbeweis zu verstehen war, lag nahe. Jedenfalls wäre das Berufungsgericht zu einer Aufklärung gemäß § 139 ZPO verpflichtet gewesen, nachdem es zunächst den Eindruck erweckt hatte, daß es sich mit Mitteln der Glaubhaftmachung zufriedengeben wolle.

Sollte das Berufungsgericht indessen die Richtigkeit aller eidesstattlich versicherten Umstände unterstellen wollen, dann könnte der erkennende Senat, dessen Prüfung hier nicht den Beschränkungen des § 559 ZPO unterliegt, die verbleibenden Zweifel des Berufungsgerichts an der Richtigkeit der Aussage der Zeugin As[REDACTED] nicht teilen. Die starke Indizwirkung der bekundeten Umstände zugunsten der Darstellung der Beklagten könnte dann vielmehr nur durch positive Feststellung gewichtiger Gegengründe ausgeschaltet werden. In diesem Zusammenhang käme etwa in Betracht, daß am Abend des 5. Mai noch in einer anderen Rechtssache der Beklagten eine Frist zu wahren war, daß die Zeugin As[REDACTED] Anlaß hatte, die Einlieferung der Begründungsschrift nur vorzutäuschen, oder daß die Konstruktion des Nachtbriefkastens und seine Bedienung durch die Justizbehörden eine unrichtige Präsentation mit Sicherheit ausschlossen.

IV

Die Zurückverweisung, bei der der Senat von der Vorschrift des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch macht, gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, bei seiner anderweiten Entscheidung den vorstehend aufgezeigten Gesichtspunkten Rechnung zu tragen. Dabei wird auch der erst in der Revisionsinstanz nachgebrachte weitere Vortrag der Klägerin über das mangelhafte Funktionieren des Nachtbriefkastens zu berücksichtigen sein. Schließlich könnten Feststellungen darüber, ob die Begründungsfrist ordnungsgemäß notiert worden war, möglicherweise weiteren Aufschluß über die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen bieten.

Dr. Weber

Nußgens

Sonnabend

Dunz

Dr. Kullmann