

BUNDESGERICHTSHOFV ZB 10/97**BESCHLUSS**

vom
26. Juni 1997

in dem Rechtsstreit

Tessa S [REDACTED], H [REDACTED]weg [REDACTED], V [REDACTED],

Klägerin und Beschwerdeführerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED], [REDACTED] -

g e g e n

Reinhard G [REDACTED], O [REDACTED] T [REDACTED], G [REDACTED]

Beklagter und Beschwerdegegner,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED]
[REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
am 26. Juni 1997 durch den Vizepräsidenten
Prof. Dr. Hagen und die Richter Dr. Vogt, Dr. Wenzel,
Schneider und Dr. Klein

beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde der Klägerin
wird der Beschluß des 2. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Braunschweig vom
17. Februar 1997 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten
Behandlung und Entscheidung, auch über
die Kosten des Beschwerdeverfahrens, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Beschwerdewert: 169.000 DM.

G r ü n d e

I.

Die Klägerin begehrt, die Zwangsvollstreckung aus ei-
ner notariellen Urkunde für unzulässig zu erklären. Das
Landgericht hat die Klage abgewiesen. Der Prozeßbevollmäch-
tigte der Klägerin im ersten Rechtszug, Rechtsanwalt Egge-
ling, hat mit Empfangsbekennnis gemäß § 212 a ZPO bestä-
tigt, daß er die Ausfertigung des Urteils am 2. Dezember

- 3 -

1996 erhalten habe. Durch am Montag, dem 6. Januar 1997, eingegangenen Schriftsatz hat die Klägerin Berufung eingelegt. Auf die Möglichkeit der Versäumung der Berufungsfrist hingewiesen, hat sie ausgeführt, die Ausfertigung des landgerichtlichen Urteils sei in der Kanzlei von Rechtsanwalt E[REDACTED] am 2. Dezember 1996 eingegangen. Eine Kanzleiangeestellte habe das Empfangsbekenntnis auf diesen Tag datiert, Urteil und Empfangsbekenntnis seien jedoch erst am 4. Dezember 1996 Rechtsanwalt E[REDACTED] vorgelegt worden. Die damit unzutreffende Datierung des Empfangsbekenntnisses habe Rechtsanwalt E[REDACTED] bei dessen Unterzeichnung übersehen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung verworfen und den hilfsweise gestellten Antrag der Klägerin auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die sofortige Beschwerde der Klägerin.

II.

Das Rechtsmittel der Klägerin ist begründet.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das Empfangsbekenntnis erbringe den Beweis dafür, daß die Ausfertigung des landgerichtlichen Urteils von Rechtsanwalt E[REDACTED] am 2. Dezember 1996 als zugestellt entgegengenommen worden sei. Der Gegenbeweis sei durch die den Vortrag der Klägerin bestätigende eidesstattliche Versicherung von Rechtsanwalt E[REDACTED] nicht geführt. Bei der Vielzahl der anwaltschaftlichen Geschäfte widerspreche es der Erfahrung, daß er sich



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

an den Vorgang erinnern könne. Vor allem spreche die Tatsache, daß das Empfangsbekenntnis schon am 4. Dezember 1996 an das Landgericht zurückgelangt sei, gegen die Richtigkeit der eidesstattlichen Versicherung. Daß Rechtsanwalt E [REDACTED] auf einem an die Ausfertigung gehefteten Zettel zur Notierung der Berufungsfrist den 4. Dezember 1996 als Datum der Zustellung vermerkt habe, lasse keinen zwingenden Schluß auf die Richtigkeit der Behauptung der Klägerin zu, weil nicht ausgeschlossen werden könne, daß Rechtsanwalt E [REDACTED] bei der Unterzeichnung des Empfangsbekenntnisses einem Irrtum über das Kalenderdatum unterlegen sei. Auch an den Beklagten sei die Zustellung am 2. Dezember 1996 erfolgt.

2. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Berufung sind von Amts wegen festzustellen, wozu der Freibeweis zugelassen ist. Nach dem von Rechtsanwalt E [REDACTED] unterzeichneten auf den 2. Dezember 1996 datierten Empfangsbekenntnis hat er das Urteil des Landgerichts an diesem Tag als zugestellt entgegengenommen. Daß die durch die Unterschrift von Rechtsanwalt E [REDACTED] bezeugte Tatsache zutreffend sei, hat die Klägerin unter Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung von Rechtsanwalt E [REDACTED] in Abrede gestellt. Von deren Richtigkeit hat sich das Berufungsgericht nicht überzeugen können. Das Verfahren des Berufungsgerichts und die von ihm vorgenommene Würdigung sind insoweit fehlerhaft.

Daß das Urteil des Landgerichts im Büro von Rechtsanwalt E [REDACTED] ebenso wie im Büro der Prozeßbevollmächtigten

des Beklagten am 2. Dezember 1996 eingegangen ist, bestreitet die Klägerin nicht, sondern behauptet, Rechtsanwalt E[REDACTED] habe sich erst am 4. Dezember 1996 zur Zustellung bekannt. Die Überlegung des Berufungsgerichts, bei der Vielzahl der anwaltschaftlichen Geschäfte könne nicht angenommen werden, daß ein Rechtsanwalt sich an den Tag der Unterzeichnung eines Empfangsbekenntnisses erinnere, bedeutet inhaltlich eine vorweggenommene Feststellung der Unglaubwürdigkeit der von Rechtsanwalt E[REDACTED] abgegebenen eidesstattlichen Versicherung.

Hierbei läßt das Berufungsgericht zudem außer Betracht, daß Rechtsanwalt E[REDACTED] nach Behauptung der Klägerin bei der Unterzeichnung eines Empfangsbekenntnisses zur Berechnung der Berufungsfrist einen Zettel an die Ausfertigung des zugestellten Urteils heftet, auf dem er das Datum der Unterzeichnung des Empfangsbekenntnisses notiert. Die weitere Überlegung, bei der Datumsangabe auf dem Zettel könne Rechtsanwalt E[REDACTED] einem Irrtum unterlegen sein, berücksichtigt die Behauptung der Klägerin nicht, daß Rechtsanwalt E[REDACTED] sich der Richtigkeit des von ihm auf dem Zettel vermerkten Datums zuvor durch einen Blick auf den Kalender vergewissert. Zweifel an der Richtigkeit der von Rechtsanwalt E[REDACTED] abgegebenen eidesstattlichen Versicherung folgen nach dem Vortrag der Klägerin schließlich auch nicht daraus, daß das von Rechtsanwalt E[REDACTED] unterzeichnete Empfangsbekenntnis noch am 4. Dezember 1996 an das Landgericht zurückgelangt ist. Nach dem Vorbringen der Klägerin versendet Rechtsanwalt E[REDACTED] für das Landgericht Braunschweig bestimmte Schriftstücke nicht per Post,

sondern läßt diese montags, mittwochs und freitags von einer Büroangestellten zum Landgericht bringen.

Rechtsanwalt E [REDACTED] ist vom Berufungsgericht zum Beweis der Behauptung der Klägerin zu vernehmen. Der zur Feststellung der Zulässigkeit der Berufung zugelassene Freibeweis senkt die Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung nicht, sondern stellt das Gericht - im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens - im Beweisverfahren und bei der Gewinnung der Beweismittel freier. Glaubhaftmachung reicht zum Nachweis der Fristwahrung nicht aus (BGH, Beschlüsse v. 9. Juli 1987, VII ZB 10/86, NJW 1987, 2875, 2876 und v. 4. Juni 1992, IX ZB 10/92, NJW-RR 1992, 1338, 1339). Erforderlich ist vielmehr der volle Beweis, wozu Vorbringen und Beweisanerbieten der Parteien in vollem Umfang von Amts wegen zu prüfen sind.

III.

Die sofortige Beschwerde kann auch nicht deshalb zurückgewiesen werden, weil die Berufungsbegründungsfrist zwischenzeitlich verstrichen ist. Die Klägerin hat durch Schriftsatz vom 24. Januar 1997 die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist beantragt. Über diesen Antrag ist bisher nicht entschieden. Der innerhalb der Frist zur Be-

gründung gestellte Antrag ist daher weiterhin entscheidungsfähig (BGH, Beschl. v. 3. Februar 1988, IVb ZB 19/88, FamRZ 1988, 831).

Hagen

Vogt

Wenzel

Schneider

Klein