

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 37/98

vom

15. Juli 1998

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 15. Juli 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Dr. Zysk, Gerber und Sprick

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß des 5. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. März 1998 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Wert: 5.241 DM.

Gründe:

I.

Durch Urteil des Familiengerichts Mönchengladbach wurde der auf Zahlung von monatlich 845,53 DM Trennungsunterhalt gerichteten Klage in Höhe von monatlich 387,20 DM stattgegeben. Im übrigen wurde die Klage abgewiesen. Das Urteil wurde der Klägerin zu Händen ihres Prozeßbevollmächtigten, Rechtsanwalt G. , zugestellt. Das Empfangsbekenntnis trägt einen Eingangsstempel der Kanzlei vom 5. November 1997 sowie die Unterschrift des Prozeßbevollmächtigten unter dem Datum des 6. November 1997. Mit Schreiben vom 4. Dezember 1997 erteilte Rechtsanwalt G. den Rechtsanwälten S. und Kollegen in Düsseldorf unter Beifügung des amtsgerichtlichen Urteils Berufungsauftrag mit der Erklärung, das Urteil sei am 5. November 1997 zuge-

- 3 -

stellt worden. Das Schreiben ging am Samstag, dem 6. Dezember 1997, in der Kanzlei der Berufungsanwälte ein.

Am 12. Dezember 1997 beantragte die Klägerin durch die zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist und holte zugleich die Berufung nach. Sie stützte sich darauf, daß der normale Postlauf von Mönchengladbach nach Düsseldorf einen Tag betrage; da das Schreiben vom 4. Dezember 1997 an diesem Tag abgesandt worden sei, und zwar durch Einwurf in einen Briefkasten, der am Abend noch geleert worden sei, sei daher mit dem Zugang des Rechtsmittelauftrags bei den Berufungsanwälten am 5. Dezember 1997 zu rechnen gewesen. Angesichts der regelmäßigen Zusammenarbeit zwischen ihrem erstinstanzlichen und den zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten sei davon auszugehen gewesen, daß die Berufung rechtzeitig am 5. Dezember 1997 eingelegt werden würde. Der verzögerte Postlauf sei ihr, der Klägerin, nicht zuzurechnen.

Auf gerichtlichen Hinweis vom 20. Januar 1998, daß das Empfangsbekenntnis des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten das Datum des 6. November 1997 trage - mit der Folge, daß die Berufungsfrist erst am Montag, dem 8. Dezember 1997, abgelaufen sei und deshalb durch Einlegung des Rechtsmittels an diesem Tag von den zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten hätte gewahrt werden können - stellte die Klägerin am 28. Januar 1998 einen erneuten Wiedereinsetzungsantrag mit Berufungseinlegung. Zur Begründung des Wiedereinsetzungsgesuchs legte sie eine Kopie des Vorblattes des amtsgerichtlichen Urteils vor, welches neben dem



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Eingangsstempel vom 5. November 1997 einen mit Paraphe der Bürovorsteherin von Rechtsanwalt G. versehenen Vermerk trägt:

Amtszustellung 5.11.

Berufungsfristablauf 5.12. ...

Dazu machte die Klägerin geltend: Aufgrund der vorliegenden Unterlagen seien ihre Prozeßbevollmächtigten davon ausgegangen, daß das amtsgerichtliche Urteil am 5. November 1997 zugestellt worden sei. Danach wäre die Berufungsfrist bereits abgelaufen gewesen, als der Rechtsmittelauftrag die Berufungsanwälte erreichte. Unter diesen Umständen sei sie, die Klägerin, unverschuldet gehindert gewesen, die Berufungsfrist einzuhalten.

Das Oberlandesgericht hat durch Beschluß vom 30. Januar 1998 einen von der Klägerin gestellten Prozeßkostenhilfeantrag für das Berufungsverfahren mangels Erfolgsaussicht des Rechtsmittels zurückgewiesen. Durch Beschluß vom 18. März 1998 hat es sodann den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der sofortigen Beschwerde.

II.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zu Recht als unzulässig verworfen. Denn sie ist nicht innerhalb der Berufungsfrist eingegangen. Diese beträgt nach § 516 ZPO einen Monat ab Zustellung des Urteils. Die Zustellung ist

ausweislich des Empfangsbekennnisses des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin am 6. November 1997 erfolgt, so daß die Berufungsfrist am Montag, dem 8. Dezember 1997, ablief. Durch die am 12. Dezember 1997 eingegangene Rechtsmittelschrift wurde die Frist nicht gewahrt. Sie wäre im übrigen gleichermaßen versäumt, wenn das amtsgerichtliche Urteil bereits am 5. November 1997 zugestellt worden wäre.

2. Das Berufungsgericht hat auch dem Wiedereinsetzungsgesuch im Ergebnis zu Recht nicht stattgegeben. Nach § 233 ZPO ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand - nur - zu gewähren, wenn die Partei ohne eigenes oder ihr zuzurechnendes Verschulden ihres Prozeßbevollmächtigten (§ 85 Abs. 2 ZPO) gehindert war, die versäumte Frist einzuhalten. Im vorliegenden Fall ist ein Verschulden des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin an der eingetretenen Versäumung der Berufungsfrist nicht ausgeräumt. Die Fristversäumung ist unter den hier gegebenen Umständen darauf zurückzuführen, daß Rechtsanwalt G. nicht ausreichend für die Festlegung und Notierung des Zustellungszeitpunktes des angefochtenen Urteils in seiner Kanzlei Sorge getragen hat.

a) Das Urteil ist zwar am 5. November 1997 in der Kanzlei von Rechtsanwalt G. eingegangen. Dieser Zeitpunkt ist jedoch nicht der maßgebliche Zustellungszeitpunkt (vgl. BGH Beschluß vom 10. Oktober 1991 - VII ZB 4/91 = BGHR ZPO § 233 Fristenkontrolle 22). Zugestellt ist ein Urteil erst dann, wenn der Rechtsanwalt es entgegennimmt mit dem Willen, es als zugestellt gegen sich gelten zu lassen (ständi-

ge Rechtsprechung, vgl. etwa BGH Beschluß vom 21. September 1988 - IVa ZB 18/88 = ZPO § 212a Empfangsbekenntnis 3 m.w.N.) und dies durch seine Unterschrift auf dem Empfangsbekenntnis mit Angabe des Zustellungszeitpunkts dokumentiert. Solange ein Empfangsbekenntnis diese beiden Angaben - Unterschrift des Empfängers und Zeitpunkt des Empfangs - nicht enthält, ist eine Zustellung nicht erfolgt (BGH Urteil vom 13. März 1969 - III ZR 178/67 = LM § 212a ZPO Nr. 7). Andererseits erbringt das unterschriebene und datierte Empfangsbekenntnis im Sinne des § 212a ZPO Beweis für die Entgegennahme des darin bezeichneten Schriftstückes als zugestellt und für den Zeitpunkt dieser Entgegennahme (BGH Beschluß vom 13. Juni 1996 - VII ZB 12/96 = BGHR ZPO § 212a Empfangsbekenntnis 13 m.w.N.).

Zwar ist der Gegenbeweis der Unrichtigkeit der in dem Empfangsbekenntnis enthaltenen Angaben zulässig. Er ist jedoch nur erbracht, wenn die Beweiskraft des § 212a ZPO vollständig entkräftet und jede Möglichkeit ausgeschlossen ist, daß die Angaben des Empfangsbekenntnisses richtig sein können. Der Gegenbeweis ist nicht schon dann geführt, wenn die Möglichkeit der Unrichtigkeit besteht, die Richtigkeit der Angaben also nur erschüttert ist (BGH Beschluß vom 13. Juni 1996 aaO).

Im vorliegenden Fall sind keine Umstände dargetan, durch die die Beweiskraft des Empfangsbekenntnisses im vorgenannten Sinn entkräftet würde. Die Angaben des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 30. Januar 1998 reichen hierfür nicht aus. Weder ist die Erklärung von Rechtsanwalt

G., er sei in dem Schreiben vom 4. Dezember 1997 an die Berufungsanwälte "davon ausgegangen, daß die Zustellung des Urteils des Amtsgerichts Mönchengladbach vom 28. Oktober 1997 am 5. November 1997 geschah", geeignet, Beweis für die Unrichtigkeit des auf dem Empfangsbekenntnis angegebenen Zustellungsdatums vom 6. November 1997 zu erbringen, noch reicht hierfür die weitere Erklärung aus: "Die Divergenz auf dem Empfangsbekenntnis - sei - darauf zurückzuführen, daß der Auszubildende Daniel P. am 6. November 1997 vor seinem Gerichtsgang gegen 9.00 Uhr morgens das Datum auf dem Empfangsbekenntnis eingetragen hat". Ob es sich hierbei um eine Vermutung des Prozeßbevollmächtigten im Sinne des Versuchs einer nachträglichen Erklärung handeln soll oder um eine dem Rechtsanwalt genau erinnerliche Tatsache, läßt sich der eidesstattlichen Versicherung nicht mit der für den Beweis der Unrichtigkeit des Empfangsbekenntnisses erforderlichen Klarheit entnehmen.

b) Angesichts der Bedeutung, die dem Empfangsbekenntnis für den Lauf der Rechtsmittelfrist zukommt, vermag die eidesstattliche Versicherung von Rechtsanwalt G. jedenfalls sein Verschulden an der Versäumung der Berufungsfrist nicht auszuräumen.

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung darf ein Rechtsanwalt das unterzeichnete Empfangsbekenntnis über die Urteilszustellung erst zurückgeben, wenn der Zustellungszeitpunkt und damit der Beginn der Berufungsfrist entweder auf dem zugestellten Schriftstück oder sonst in den Handakten vermerkt oder durch besondere Anordnung dafür Sorge getragen ist, daß das Zustellungsdatum festgehalten

wird, damit anhand des entsprechenden Vermerks die Eintragung im Fristenkalender vorgenommen und auch kontrolliert werden kann (vgl. Senatsbeschluß vom 17. April 1996 - XII ZB 27/96 = BGHR ZPO § 212a Empfangsbekenntnis 12 m.N.; BGH Beschluß vom 10. Oktober 1991 aaO). Da der Rechtsanwalt mit der Unterzeichnung des Empfangsbekenntnisses gemäß § 212a ZPO selbst den Zeitpunkt bestimmt, zu dem er das ihm zuzustellende Urteil als zugestellt annimmt und das unterschriebene Empfangsbekenntnis anschließend an das Gericht zurückzugeben ist, stellt der von dem Rechtsanwalt selbst vorzunehmende oder zu veranlassende Vermerk für die weitere Bearbeitung der Sache den einzigen zuverlässigen Hinweis auf den Beginn der Rechtsmittelfrist dar (Senatsbeschluß vom 17. April 1996 aaO). Dabei verlangt die Rechtsprechung allerdings nicht, daß der Anwalt den Zustellungszeitpunkt stets persönlich auf dem zugestellten Schriftstück oder sonst in den Handakten vermerken müsse. Sie läßt vielmehr im Interesse der eigenverantwortlichen Arbeitsgestaltung der Anwälte zu, daß der Rechtsanwalt durch besondere Anordnung für die Festlegung des Zustellungsdatums Sorge trägt (Senatsbeschluß vom 17. April 1996 aaO).

c) Hieran hat es Rechtsanwalt G. indessen fehlen lassen.

Denn er hat es unterlassen sicherzustellen, daß das Datum des 6. November 1997 als Zustellungszeitpunkt - insoweit deutlich abgehoben von dem bereits aufgestempelten, verfahrensrechtlich unmaßgeblichen Eingangsdatum - auf dem Urteilsexemplar oder in den Handakten vermerkt wurde. Auf diese Weise wurde - als Folge der anwaltlichen Unter-

lassung - die Ursache dafür gesetzt, daß für die weitere Bearbeitung in der Kanzlei das Datum des 5. November 1997 fälschlich als Beginn der Berufungsfrist behandelt und den oberlandesgerichtlichen Anwälten demgemäß der 5. Dezember 1997 als Fristablauf mitgeteilt wurde mit der Folge, daß diese (insoweit ihrerseits unverschuldet) am 8. Dezember 1997 als letztem Tag der Frist die Einlegung der Berufung unterließen, obwohl sie zu diesem Zeitpunkt den Rechtsmittelauftrag bereits erhalten und angenommen hatten.

Das aufgezeigte anwaltliche Verschulden, welches sich die Klägerin gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muß, steht der Gewährung der beantragten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist entgegen.

Blumenröhr

Krohn

Zysk

Gerber

Bundesrichter Sprick ist
im Urlaub und verhindert
zu unterschreiben.
Blumenröhr