

70. Ist die Berufung für zulässig zu erachten, wenn die Zustellung des erstinstanzlichen Urteils und die Einlegung der Berufung an demselben Tage erfolgt sind und nicht festgestellt werden kann, welcher der beiden Akte dem anderen vorangegangen ist?

I. Zivilsenat. Ur. v. 3. Februar 1923 i. S. D. Feuerzeug-Ges. (Rl.)
w. R. u. Gen. (Wefl.). I 325/22.

I. Landgericht Dresden. — II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klägerin hat wegen Verletzung eines Gebrauchsmusters Klage erhoben. Vom Landgericht wurde die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin wurde vom Oberlandesgericht als unzulässig verworfen. Auf die Revision der Klägerin wurde die Berufung für zulässig erklärt.

Gründe:

... Der Vorberrichter hat die Berufung für unzulässig erachtet, weil er den Nachweis vermißte, daß das landgerichtliche Urteil den Beklagten vor Einreichung der Berufungsschrift zugestellt worden ist. Wie er festgestellt hat, ist die Berufungsschrift dem Oberlandesgericht am 1. Februar 1919 zugegangen und zwar jedenfalls vor 12 Uhr mittags und höchstwahrscheinlich erst gegen 1 Uhr. Gleichfalls am 1. Februar 1919 ist das landgerichtliche Urteil von Anwalt zu Anwalt (§ 198 ZPO.) in der Weise zugestellt worden, daß eine Ausfertigung davon durch Rechtsanwalt N. in Dresden, den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten, vormittags zwischen $\frac{1}{2}$ 9 und 10 Uhr in das in Dresdener Amtsgerichtsgebäude befindliche Sach des Justizrats E., des klägerischen Prozeßbevollmächtigten erster Instanz, zum Zwecke der Zustellung gelegt und von hier nach der regelmäßigen täglichen Kastenleerung, die gewöhnlich zwischen $\frac{1}{2}$ 10 und $\frac{1}{2}$ 12, spätestens bis $\frac{1}{2}$ 1 Uhr geschieht, in die Kanzlei des Justizrats E. gebracht wurde. Zu welcher Tageszeit die Urteilsausfertigung hier eingetroffen und wann sie dem Justizrat E., der noch am gleichen Tage das schriftliche Empfangsbekanntnis ausgestellt hat, zu Gesicht gekommen ist, hat sich nach der Feststellung des Vorberrichters nicht ermitteln lassen. In rechtlicher Beziehung stellt sich der Vorberrichter unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, insbesondere RGZ. Bd. 8 S. 328, auf den Standpunkt, daß die Zustellung von Anwalt zu Anwalt sich nicht eher vollziehen könne, als bis der Anwalt, dem zugestellt werden solle, nach der ihm überlassenen freien Entscheidung den Willen geäußert habe, das ihm angebotene und zugegangene Schriftstück als ein von Anwalt zu Anwalt zugestelltes in Empfang zu nehmen. Daß eine solche Willensäußerung seitens des Justizrats E. geschehen sei, ehe die Berufungsschrift dem Oberlandes-

gericht zugegangen sei, hält das Berufungsgericht für höchst unwahrscheinlich, keinesfalls aber für bewiesen, und da nach § 516 Abs. 2 ZPO. die Einlegung der Berufung vor Zustellung des Urteils wirkungslos ist, so gelangt es dazu, die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

Dies Ergebnis kann nicht gebilligt werden, auch nicht von dem strengen Standpunkte aus, den das Reichsgericht im Urteil RGZ. Bd. 8 S. 328 und in späteren Entscheidungen, beispielsweise JW. 1899 S. 176 Nr. 5, Seuff. Arch. Bd. 58 S. 472, RGZ. Bd. 98 S. 243, eingenommen hat. Danach ist auf Seiten des die Zustellung empfangenden Anwalts die Kenntnis von dem Eingange des betreffenden Schriftstücks und der Wille erforderlich, es als ein im Wege der Zustellung von Anwalt zu Anwalt zugestelltes anzunehmen. Im vorliegenden Falle ist nun nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß Justizrat E. die ihm zuzustellende Urteilsausfertigung in seiner Kanzlei vorgelegt erhalten und sich mit ihrer Entgegennahme einverstanden erklärt hat, ehe noch die Berufungsschrift zur Gerichtsschreiberei des Oberlandesgerichts gelangte. Eine vollständige Aufklärung der in Betracht kommenden Zeitpunkte ist auch von weiteren Beweiserhebungen nicht zu erwarten. Die Sache liegt daher so, daß es ungewiß ist, ob die Einlegung der Berufung vor der Zustellung des Urteils erfolgt oder ob die Urteilszustellung der Berufungseinlegung vorangegangen ist. Ohne weiteres ist deshalb die Anwendung des § 516 Abs. 2, der die Einlegung der Berufung vor Zustellung des Urteils für wirkungslos erklärt, nicht gegeben, und es fragt sich, wie in einem solchen Zweifelsfalle, der vom Gesetzgeber nicht vorausgesehen ist, die Zulässigkeit der Berufung zu beurteilen ist. Hierbei ist zunächst zu erwägen, daß auch wesentliche Prozeßvorschriften möglichst nicht dazu benutzt werden sollen, eine Partei in ihren Vermögensrechten zu benachteiligen und die Verfolgung ihrer Ansprüche vor Gericht zu vereiteln. Solange noch nicht mit Sicherheit feststeht, daß eine Partei nach den Prozeßvorschriften das Recht zur Anrufung des Gerichts verwirkt hat, erscheint es der Billigkeit entsprechend, daß vorhandene Zweifel im Sinne der Zulässigkeit der Rechtsverfolgung entschieden werden. Wenn es sich, wie im vorliegenden Falle, um die Zulässigkeit der Berufung handelt, kann die Gegenpartei sich dadurch, daß eine sachliche Nachprüfung des Vorderurteils in der höheren Instanz stattfindet, nicht wesentlich beschwert fühlen. Andererseits würde es zu einer der Rechtsordnung widersprechenden Härte führen, wenn einer Partei durch Anwendung prozessualer Vorschriften ein Rechtsverlust zugesügt würde, obgleich das Eingreifen der Vorschriften nur bis zum gewissen Grade wahrscheinlich gemacht, aber nicht mit Sicherheit nachgewiesen worden ist. Mangelnde Beweis-

führung geht nicht ohne weiteres zu Lasten desjenigen, der das Rechtsmittel eingelegt hat. Es handelt sich bei der Entscheidung darüber, ob die Berufung in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt worden ist, um eine Prüfung, der sich das Berufungsgericht von Amts wegen zu unterziehen hat (§ 535 ZPO.). Hierbei greifen die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Verteilung und Erfüllung der Beweislast nicht Platz.

Nach alledem erscheint es bei der eigenartigen Lage des vorliegenden Falls geboten, die Zustellung des Urteils und die Einlegung der Berufung, die unzweifelhaft am selben Tage erfolgt sind und hinsichtlich deren nur die Reihenfolge der beiden Rechtsakte ungewiß ist, als gleichzeitig bewirkt zu behandeln und die Zulässigkeit des Rechtsmittels zu bejahen. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben und die Berufung für zulässig zu erklären.