

**Titel:**

**Überprüfung des Zustelldatums im Empfangsbekenntnis mittels des beA-Nachrichtenjournal**

**Normenketten:**

ZPO § 142 Abs. 1, § 517, § 522 Abs. 1

ZPO § 174 Abs. 1 (idF bis 31.12.2021)

BRAO § 53 Abs. 1 Nr. 1, § 54 Abs. 2

**Leitsätze:**

1. Hat das Gericht Zweifel an dem auf dem Empfangsbekenntnis vermerkten Zustelldatum und legt der anwaltliche Vertreter trotz entsprechender Anordnung das beA-Nachrichtenjournal nicht vor, ohne dies plausibel zu erläutern, kann der Beweiswert des Empfangsbekenntnisses nach Gesamtwürdigung des Verfahrensstoffs erschüttert sein. (Rn. 20 – 22) (redaktioneller Leitsatz)

2. Eine erhebliche zeitliche Diskrepanz zwischen dem Zeitpunkt der Übersendung des Dokuments und dem im Empfangsbekenntnis angegebenen Zustelldatum erbringt den Gegenbeweis der Unrichtigkeit des Datums für sich genommen noch nicht (vgl. BGH BeckRS 2021, 33339). Gleichzeitig dürfen an den Beweis der Unrichtigkeit des EB aufgrund der Beweisnot der beweisführenden Partei keine überspannter Anforderungen gestellt werden. (Rn. 19) (redaktioneller Leitsatz)

3. Der Senat hatte das beA-Nachrichtenjournal angefordert, das ausweist, wann die Nachricht des LG eingegangen ist und wer sie wann zum ersten Mal geöffnet hat. (Rn. 22) (redaktioneller Leitsatz)

4. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass ein Rechtsanwalt gem. § 53 Abs. 1 Nr. 1 BRAO schon im Falle einer Verhinderung von mehr als einer Woche für seine Vertretung sorgen muss, die gem. § 54 Abs. 2 S. 2 BRAO auch zur Abgabe elektronischer Empfangsbekenntnisse befugt sein muss und also – gleich einem Zustellungsbevollmächtigten – für eine zeitnahe Entgegennahme und Bestätigung von Zustellungen Sorge zu tragen hat. (Rn. 12) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

beA-Nachrichtenjournal, Empfangsbekenntnis, Zustelldatum, Berufungsfrist

**Vorinstanzen:**

OLG München, Beschluss vom 14.05.2024 – 23 U 8369/21

OLG München, Beschluss vom 26.04.2024 – 23 U 8369/21

OLG München, Hinweisbeschluss vom 27.02.2024 – 23 U 8369/21

LG München I, Teilurteil vom 05.10.2021 – 31 O 16817/19

**Fundstellen:**

MDR 2024, 1234

NWB 2024, 2243

NJW 2024, 2333

LSK 2024, 14097

**Tenor**

1. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 05.10.2021, Aktenzeichen 31 O 16817/19 (2), wird verworfen.

2. Der Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

3. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 5.000,00 € festgesetzt.

**Gründe**

I.

Die Parteien streiten im Wege der Klage und Stufenwiderklage über gegenseitige Ansprüche aus einem beendeten Versicherungsvertretervertrag.

**2**

Der Beklagte war aufgrund Vertriebsvertrags vom 4./11.5.2016 (Anlage K3) als Versicherungsvertreter der Klägerin, einem Versicherungsunternehmen, tätig. Im Januar 2018 vereinbarten die Parteien die Aufhebung des Vertragsverhältnisses zum 31.12.2017 (Anlage K2).

**3**

Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage die Rückzahlung von ihrer Ansicht nach von dem Beklagten ihr zu erstattenden Vergütungen in Höhe von 23.545,77 € nebst Rechtshängigkeitszinsen. Wegen des Klageantrags der Klägerin in erster Instanz wird auf das Landgerichtsurteil (S. 4) verwiesen.

**4**

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Zugleich hat er Stufenwiderklage erhoben. Nachdem er zunächst in der ersten Stufe die Erteilung eines Buchauszugs begehrt hatte und die Klägerin daraufhin Buchauszüge vorgelegt hatte (Anlagen K15, K16), hat er seinen Widerklageantrag in der ersten Stufe auf Bucheinsicht umgestellt. Wegen des Wortlauts der zuletzt von dem Beklagten in der ersten Instanz gestellten Anträge wird auf das Landgerichtsurteil (S. 4) Bezug genommen.

**5**

Mit Teilurteil vom 05.10.2021 hat das Landgericht nach Beweisaufnahme die Widerklage in der ersten Stufe, also soweit sie auf Bucheinsicht gerichtet war, abgewiesen. Auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichtsurteils wird gemäß § 540 Abs. 1 ZPO Bezug genommen.

**6**

Gegen das Teilurteil richtet sich der Beklagte mit seiner Berufung und beantragt,

die Widerbeklagte unter Aufhebung des am 17.08.2021 verkündeten Urteils des LG München I, Geschäftszeichen 31 O 16817/19 (2), zu verurteilen, nach Wahl des Widerklägers entweder dem Widerkläger oder einen vom Widerkläger zu bestimmenden Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchsachverständigen Einsicht in die Geschäftsbücher, Urkunden, sonstigen Unterlagen bzw. Computer- und EDV-Systeme der Widerbeklagten zu gewähren, welche die seitens des Widerklägers vermittelten, betreuten und im Sinne des § 87 Absatz 3 Nr. 1 HGB angebahnten Geschäfte betreffen und zwar für den Abrechnungszeitraum vom 01.05.2016 bis zur Rechtshängigkeit, soweit dies zur Feststellung der Richtigkeit und/oder Vollständigkeit der widerbeklagtenseitigen Datenlisten bzw. „Buchauszüge“ (Anlage K15 und K16) erforderlich ist.

**7**

Der Klägerin beantragt,

die Berufung als unzulässig zu verwerfen, im Weiteren vorsorglich, die Berufung zurückzuweisen.

**8**

Das angefochtene Teilurteil vom 05.10.2021 ist von der Geschäftsstelle des Landgerichts am 07.10.2021 (8:33 h) elektronisch an den Klägervertreter und den Beklagtenvertreter versendet worden. Unmittelbar darauf, um 8:34 h, gingen elektronische Eingangsbestätigungen von den Systemen der beiden Parteivertreter ein. Der Klägervertreter hat in seinem Empfangsbekenntnis den 07.10.2021 als Zustelldatum vermerkt. Nachdem das Empfangsbekenntnis des Beklagtenvertreters vom Landgericht dreimal moniert worden war (am 21.10.21, 04.11.21 und 17.11.21), hat der Beklagtenvertreter am 19.11.2021 (9:41 h) per Fax ein Empfangsbekenntnis an das Landgericht übersandt, das von ihm unter dem 04.11.2021 gezeichnet wurde und in dem er als Zustelldatum für das Urteil den 22.10.2021 angab.

**9**

Am 22.11.2021 ging die Berufung des Beklagtenvertreters gegen das Teilurteil beim Oberlandesgericht ein (Bl. 305 d.A.).

**10**

Mit Beschluss vom 27.02.2024 hat der Senat auf eine entsprechende Anregung des Klägervertreters hin darauf hingewiesen, dass er beabsichtige, gemäß § 142 Abs. 1 ZPO die Vorlage des beA-Nachrichtenjournal des Beklagtenvertreters zu der elektronischen Übersendung des Landgerichtsurteils

am 07.10.2021 anzuordnen, und hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme bis 20.03.2024 gegeben (Bl. 371/375 d.A.).

#### 11

Mit Beschluss vom 26.04.2024 hat der Senat gemäß § 142 Abs. 1 ZPO angeordnet, dass der Beklagte bis zum 10.05.2024 das beA-Nachrichtenjournal des Beklagtenvertreters zu der elektronischen Übersendung des Landgerichtsurteils am 07.10.2021 in ausgedruckter Form vorzulegen habe (Bl. 381/384 d.A.).

#### 12

Mit Schriftsatz vom 13.05.2024 hat der Beklagtenvertreter daraufhin ein Anlagenkonvolut mit diversen Dateiausdrucken vorgelegt (Bl. 390 d.A. mit Anlagen). Wegen der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz Bezug genommen.

#### 13

Mit Beschluss vom 14.05.2024 hat der Senat darauf hingewiesen, dass er beabsichtige, die Berufung als unzulässig zu verwerfen und hierzu Frist zur Stellungnahme bis 14.06.2024 gesetzt. Am 03.06.2024 ging ein elektronisches Empfangsbekenntnis des Beklagtenvertreters betreffend den Beschluss ein, in dem der Beklagtenvertreter als Zustelldatum für den Beschluss vom 14.05.2024 den 28.02.2024 nannte (Anhang zu Bl. 395 d.A.). Eine Stellungnahme des Beklagtenvertreters zu dem Beschluss ist nicht erfolgt.

#### 14

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Parteien sowie die Beschlüsse des Senats vom 27.02.2024 (Bl. 371/375 d.A.), vom 26.04.2024 (Bl. 381/384 d.A.) und vom 14.05.2024 (Bl. 391/395 d.A.) verwiesen.

II.

#### 15

Die Berufung des Beklagten war gemäß § 522 Abs. 1 ZPO als unzulässig zu verwerfen, weil die Berufungsfrist gemäß § 517 ZPO nicht gewahrt wurde.

#### 16

1. Die Berufung ist am 22.11.2021 (Montag) beim OLG München eingegangen.

#### 17

2. Die Berufungsfrist war zu dieser Zeit bereits abgelaufen, weil dem Beklagtenvertreter das Landgerichtsurteil schon deutlich früher, jedenfalls vor dem 20.10.2021 zugestellt worden war gemäß § 174 Abs. 1 ZPO (in der hier einschlägigen Fassung bis 31.12.21, im Folgenden a.F.).

#### 18

2.1. Die Zustellung gegen Empfangsbekenntnis (im Folgenden: EB) ist gemäß § 174 Abs. 1 ZPO a.F. dann als bewirkt anzusehen, wenn der Rechtsanwalt das ihm zugestellte Schriftstück mit dem Willen entgegengenommen hat, es als zugestellt gegen sich gelten zu lassen (BGH NJW 2012, 2116 Tz. 6).

#### 19

Dabei beweist das EB gemäß § 174 Abs. 4 Satz 1 ZPO a.F. und der darin enthaltenen gesetzlichen Beweisregel grundsätzlich das in ihm angegebene Zustelldatum (BGH NJW-RR 2021, 1584 Tz. 19). Der Gegenbeweis der Unrichtigkeit des EB ist zwar zulässig, setzt aber voraus, dass die Beweiswirkung des § 174 ZPO a.F. vollständig entkräftet und jede Möglichkeit ausgeschlossen ist, dass die Angaben des EB richtig sein können; die bloße Möglichkeit der Unrichtigkeit genügt nicht (BGH a.a.O.; Wagner/Ernst NJW 2021, 1564 Tz. 12). Eine erhebliche zeitliche Diskrepanz zwischen dem Zeitpunkt der Übersendung des Dokuments und dem im EB angegebenen Zustelldatum erbringt den Gegenbeweis der Unrichtigkeit des Datums für sich genommen noch nicht (BGH NJW 2012, 2116 Tz. 8; NJW-RR 2021, 1584 Tz. 11; MüKoZPO/Häublein/Müller, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 174 Rn. 15). Auch das Datum des Eingangs der elektronischen Nachricht ist insoweit nicht hinreichend aussagekräftig, da dies nicht mit dem Zustelldatum gleichgesetzt werden kann: für letzteres bedarf es darüberhinausgehend der Kenntniserlangung und empfangsbereiten Entgegennahme seitens des Rechtsanwalts (BGH NJW 2024, 1120 Tz. 10; Zöller/Schultzy, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 173 Rn. 15). Gleichzeitig dürfen indes an den Beweis der Unrichtigkeit des EB aufgrund der Beweisnot der beweisführenden Partei auch keine überspannten Anforderungen gestellt werden (BGH NJW 2009, 855 Tz. 8; Wagner/Ernst NJW 2021, 1564 Tz. 12).

## 20

2.2. Nach diesen Grundsätzen ist der Senat hier nach einer Gesamtwürdigung des Verfahrensstoffes jenseits vernünftiger Zweifel davon überzeugt, dass entgegen des in dem in dem EB des Beklagtenvertreters vermerkten Zustelldatums die Zustellung des Landgerichtsurteils an ihn bereits deutlich vor dem 22.10.2021, jedenfalls vor dem 20.10.2021 erfolgt ist. Dies ergibt sich aus den folgenden Gesichtspunkten, auf die der Senat die Parteien im Beschluss vom 14.05.2024 im Einzelnen hingewiesen und hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hatte:

## 21

2.2.1. Der Beklagtenvertreter hat entgegen der Anordnung im Beschluss des Senats vom 26.04.2024 (Bl. 381/384 d.A.) und trotz des diesbezüglichen Hinweises des Senats vom 14.05.2024 (Bl. 391/395 d.A.) das beA-Nachrichtenjournal zu der Übersendung des Landgerichtsurteils nicht vorgelegt, ohne dies plausibel zu erläutern. Insoweit ist § 427 ZPO entsprechend zu beachten (Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 45. Aufl. 2024, § 142 Rn. 5).

## 22

Der Senat hatte in dem Beschluss das beA-Nachrichtenjournal angefordert, das ausweist, wann die Nachricht des Landgerichts eingegangen ist und wer sie wann zum ersten Mal geöffnet hat (vgl. Beschluss vom 26.04.2024 unter Ziff. 2.3.1., Bl. 382 d.A.). Was dieses beA-Nachrichtenjournal genau ist, ergibt sich überdies auch unzweideutig aus dem öffentlich zugänglichen Handbuch der Bundesrechtsanwaltskammer für beA (im Folgenden: beA-Handbuch). In diesem Journal ist u.a. gespeichert, wann eine empfangene Nachricht durch einen Benutzer erstmals geöffnet wurde („Gelesen von“-Vermerk, beA-Handbuch S. 174). Das Handbuch ist im Internet abrufbar und (<https://....de>) wird vom Senat also als offenkundig behandelt gemäß § 291 ZPO.

## 23

Das von dem Beklagtenvertreter mit Schriftsatz vom 13.05.2024 vorgelegte Anlagekonvolut mit Dateiauszügen ist kein Ausdruck dieses beA-Nachrichtenjournal mit der Angabe, wann welcher Benutzer die Nachricht des Landgerichts erstmals geöffnet hat. Letztere Information lässt sich dem Konvolut, das lediglich dokumentiert, wann die Nachricht des Landgerichts vom System des Beklagtenvertreter empfangen wurde (hierzu sogleich), nicht entnehmen. Der Beklagtenvertreter beschreibt im Schriftsatz vom 13.05.2024 das Anlagenkonvolut als die „mitgesendeten Dateien“. Gefordert war hier aber keine mitgesendete Datei, sondern der Ausdruck des von dem System des Beklagtenvertreters generierten beA-Nachrichtenjournal.

## 24

Der Beklagtenvertreter hat trotz expliziten Hinweises und Gelegenheit zur Stellungnahme hierzu nicht erläutert, wieso er dieses Nachrichtenjournal mit der geforderten Angabe auf die Anforderung des Gerichts hin nicht übersandt hat, sondern stattdessen lediglich einen sonstigen Dateiauszug. Das Journal ist für den Postfachinhaber, also den Beklagtenvertreter, jederzeit ohne weiteres abrufbar. Dies ergibt sich aus dem Newsletter der Bundesrechtsanwaltskammer zum besonderen elektronischen Anwaltspostfach Ausgabe 8/2017 vom 23.2.2017. Der Newsletter ist im Internet abrufbar (<https://www.....html>) und wird daher vom Senat als offenkundig behandelt gemäß § 291 ZPO.

## 25

2.2.2. Des Weiteren bestätigt der vom Beklagtenvertreter vorgelegte Dateiauszug, dass das am 07.10.2021 an den Beklagtenvertreter per beA übersandte Landgerichtsurteil am 07.10.2021 um 8:34 Uhr zugeworfen ist und in der gleichen Minute noch empfangen wurde (Anhang zum Schriftsatz vom 13.05.2024 S. 1). Ausweislich des beA-Handbuchs (S. 130) bedeutet dabei Zugang, dass die Nachricht erfolgreich auf dem Intermediär des Empfängers abgelegt wurde. Empfang bedeutet weitergehend, dass das beA-System des Empfängers, hier also des Beklagtenvertreters, die Nachricht erhalten hat und ab da die Nachricht in seinem beA-Postfach sichtbar wurde (beA-Handbuch S. 130). Ein Störfall, der zu einer Abweichung von Empfangs- und Zugangszeitpunkt führen würde (beA-Handbuch S. 130), liegt also ersichtlich nicht vor.

## 26

Es ist nicht erkennbar und wurde von dem Beklagtenvertreter bis zuletzt trotz Hinweises nicht erläutert, wieso gleichwohl zwischen dieser Sichtbarkeit der Nachricht im Postfach des Beklagtenvertreters ab 07.10.2021 um 8.34 Uhr und dem im EB angegebenen Zustelltag (22.10.2021) mehr als zwei Wochen liegen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass ein Rechtsanwalt gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 1 BRAO schon im

Falle einer Verhinderung von mehr als einer Woche für seine Vertretung sorgen muss, die gemäß § 54 Abs. 2 Satz 2 BRAO auch zur Abgabe elektronischer Empfangsbekenntnisse befugt sein muss und also – gleich einem Zustellungsbevollmächtigten – für eine zeitnahe Entgegennahme und Bestätigung von Zustellungen Sorge zu tragen hat (vgl. BeckOK BRAO/Günther, 22. Ed. 1.2.24, BRAO § 54 Rn. 8 f.; Wagner/Ernst NJW 2021, 1564 Tz. 8). Hinzu kommt, dass der Beklagtenvertreter – gleichfalls ohne Erläuterung – das EB erst unter dem Datum 04.11.2021 gezeichnet und dann erst mit Fax vom 19.11.2021 (9:41 Uhr) an das Landgericht übersandt hat, nachdem er zuvor bereits dreimal (am 21.10.21, am 4.11.21, am 17.11.21) vom Landgericht dazu gemahnt worden war.

## **27**

2.2.3. Insgesamt würdigt der Senat diesen Sachverhalt entsprechend § 427 ZPO (s.o.) dahingehend, dass die Zustellung des Teilurteils an den Beklagtenvertreter tatsächlich schon so früh, mithin vor dem 20.10.2021 erfolgt sein muss, so dass seine Berufung vom 22.11.2021 verfristet ist. Anders vermag sich der Senat das beharrliche Unterlassen des Beklagtenvertreters, die angeforderte Unterlage zu übersenden und die vom Senat benannten Ungereimtheiten in Bezug auf die zeitlichen Abläufe zu erläutern, nicht zu erklären.

## **28**

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

## **29**

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren beruht auf §§ 47, 48 GKG.