

10

# BUNDESGERICHTSHOF

III ZB 3/76

## BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Gerd K [REDACTED], B [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers  
und Beschwerdeführers,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die M ä r k i s c h e T r a n s p o r t g e s e l l s c h a f  
L [REDACTED] & Co. KG, vertreten durch die persönlich haftende Ge-  
sellschafterin, die L [REDACTED] Transportgesellschaft mbH, diese ver-  
treten durch ihre Geschäftsführerin, die Kauffrau Ilse L [REDACTED],  
sämtlich B [REDACTED], S [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte  
und Beschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigter    Rechtsanwalt Dr. [REDACTED], B [REDACTED]  
II. Instanz:                   Theodor-Heuß-Platz 4 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat in der Sitzung am 10. Februar 1977 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. Tidow, Lohmann, Kröner und Boujong

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde des Beklagten gegen den Beschluß des 2. Zivilsenats des Kammergerichts vom 18. Dezember 1975 - 2 U 2866/75 - wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

#### G r ü n d e

Der Beklagte hat gegen das am 16. September 1975 ergangene und am 7. Oktober 1975 zugestellte Urteil des Landgerichts Berlin am 2. Dezember 1975 beim Kammergericht Berufung eingelegt und gleichzeitig um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist gebeten. Zur Begründung hat er vorgetragen: Er sei durch einen unabwendbaren Zufall an der Einhaltung der Rechtsmittelfrist gehindert gewesen, da er erst am 26. November 1975 von der Zustellung des landgerichtlichen Urteils an seinen Prozeßbevollmächtigten erfahren habe. Er sei nämlich seit September 1975 auf Baustellen in der DDR beschäftigt und komme nur zu den Wochenenden in seine Wohnung nach Westberlin. Während seiner Abwesenheit nehme seine Ehefrau die an ihn gerichtete Post entgegen. So habe sie auch die Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten vom 9. Oktober und 20. Oktober 1975

angenommen. Sie habe jedoch die Schreiben verlegt und vergessen und erst am 26. November 1975 zusammen mit anderen Schriftstücken wiedergefunden. Mit einem solchen Versehen seiner Ehefrau habe er nicht zu rechnen brauchen, da diese es in elfjähriger Ehe noch nie versäumt habe, ihm die an ihn gerichtete Post auszuhändigen. Zur Glaubhaftmachung dieses Vorbringens hat der Beklagte eine eidesstattliche Versicherung seiner Ehefrau vom 28. November 1975 vorgelegt.

Durch Beschluß vom 18. Dezember 1975 hat das Kammergericht den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen und die Berufung des Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil verworfen. Es hat im wesentlichen ausgeführt: Der Beklagte habe nicht glaubhaft gemacht, daß die Versäumung der Berufungsfrist auf einem für ihn unabwendbaren Zufall beruhe; vielmehr treffe ihn eine Mitverantwortung an der Fristversäumung. Er hätte nämlich seine Ehefrau ausdrücklich anweisen müssen, an ihn gerichtete Posteingänge zu sammeln und ihm bei Rückkehr auszuhändigen. Die Einhaltung dieser Anweisung hätte er durch Rückfragen überwachen müssen. Um Post von seinem Prozeßbevollmächtigten habe der Beklagte schon deswegen besorgt sein müssen, weil er gewußt habe, daß gegen ihn ein rechtsmittelfähiges Urteil ergangen sei.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die sofortige Beschwerde des Beklagten. Er macht nunmehr geltend: Er habe seine Ehefrau dringend gebeten, ihm jedes Schriftstück, das den vorliegenden Rechtsstreit betroffen habe, auf den Schreibtisch zu legen und ihn ausdrücklich darauf hinzuweisen. Mehrfach habe er nach Post in dieser Sache gefragt, seine Frau habe jedoch verneinend geantwortet. An die Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten vom 9. und 20. Oktober 1975 habe sie nicht gedacht, weil sie diese Schreiben, die



zusammen mit anderen Schriftstücken verschiedener Rechtsstreitigkeiten angekommen seien, übersehen und in einem Ordner abgeheftet habe. Erst auf Grund einer Rückfrage seines Prozeßbevollmächtigten in anderer Sache sei seine Ehefrau auf die beiden Briefe gestoßen. Zur Glaubhaftmachung seines Vortrags hat der Beklagte eine weitere eidesstattliche Versicherung seiner Ehefrau vom 8. September 1976 und eine eigene Versicherung vorgelegt.

Die sofortige Beschwerde ist nach den §§ 519 b Abs. 2, 547, 567 Abs. 3, 577 ZPO zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Denn die Frist zur Einlegung der Berufung ist nicht gewahrt und die erbetene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann dem Beklagten nicht erteilt werden.

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt voraus, daß die Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, die Frist zur Einlegung der Berufung einzuhalten (§ 233 ZPO). Nach feststehender Rechtsprechung ist ein Zufall nur dann unabwendbar, wenn er unter den gegebenen Umständen auch durch die größte nach Lage der Sache zu erwartende Sorgfalt nicht hätte abgewandt werden können; es genügt nicht, daß die im Verkehr übliche Sorgfalt aufgewendet worden ist (BGH VersR 1974, 385; BGH LM zu ZPO § 233 Anh. Nr. 1 und zu § 233 Fc Nr. 36).

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Dem Beklagten war bekannt, daß in der Verhandlung vor dem Landgericht am 16. September 1975 ein rechtsmittelfähiges Urteil gegen ihn ergangen war. Wenn er sich trotz dieser Kenntnis nicht alsbald mit seinem Prozeßbevollmächtigten wegen einer Anfechtung des Urteils in Verbindung setzte, sondern erst die Zustellung des Urteils durch die Klägerin und damit den Beginn der Berufungsfrist abwartete, so kann-

te er das im Blick auf eine mögliche Fristversäumung ohne Schuldvorwurf nur tun, wenn er - worauf das Kammergericht zutreffend hingewiesen hat - durch eine entsprechende Anweisung an seine Ehefrau und durch Rückfragen sicherstellte, daß ihm die den vorliegenden Rechtsstreit betreffende Post seines Prozeßbevollmächtigten bei seiner Rückkehr zu den Wochenenden umgehend ausgehändigt wurde (vgl. dazu BGH NJW 1974, 1384). Einen solchen Sachverhalt hat der Beklagte vor dem Kammergericht weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht. Das hat er zwar mit der Beschwerdebegründung vom 15. November 1976 und den ihr beigefügten eidesstattlichen Versicherungen nachgeholt. Dieses neue Vorbringen darf der Senat jedoch nicht berücksichtigen. Denn der Prüfung des Wiedereinsetzungsantrages dürfen nur Tatsachen zugrunde gelegt werden, die innerhalb der zweiwöchigen Wiedereinsetzungsfrist vorgetragen worden sind (§§ 234 Abs. 1, 236 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Diese Frist, deren Lauf am 26. November 1975 begann, als der Beklagte von der am 7. Oktober 1975 bewirkten Zustellung des landgerichtlichen Urteils erfuhr, war beim Eingang der Beschwerdebegründung längst verstrichen. Ein Nachschieben von Wiedereinsetzungsgründen nach Ablauf der Frist ist unzulässig. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn das Kammergericht von seiner Fragepflicht nach § 139 ZPO hätte Gebrauch machen müssen, um eine Erläuterung oder Ergänzung unklarer Angaben des Beklagten herbeizuführen (BGHZ 2, 342, 345; BGH LM zu ZPO § 233 Fc Nr. 23; BGH NJW 1974, 1384/5; 1975, 593/4). So lag der Fall hier aber nicht.

Daß der Bürger bei vorübergehender Abwesenheit von seiner ständigen Wohnung keine "besonderen" Vorkehrungen für mögliche Zustellungen zu treffen braucht, hat das Bundesverfassungsgericht nur für die Fälle "ersten Zugangs" zum Gericht im Strafbefehls- und Bußgeldverfahren entschieden

(NJW 1976, 1537 m.w.Nachw.). Die dort entwickelten Grundsätze können nicht herangezogen werden im vorliegenden Fall, in dem die Überprüfung eines Urteils erstrebt wird, vor dessen Erlaß der Beklagte Gelegenheit zur Äußerung gegenüber dem Klagevorbringen hatte (vgl. auch BGH LM zu ZPO Ca Nr. 33).

Mithin beruht die Versäumung der Berufungsfrist nicht auf einem unabwendbaren Zufall im Sinne des § 233 Abs. 1 ZPO, so daß das Kammergericht mit Recht die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt und die Berufung des Beklagten als unzulässig verworfen hat. Danach ist die sofortige Beschwerde des Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Nußgens

Dr.Tidow

Lohmann

Kröner

Boujong