

036

75

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: ZPO §§ 234, 236

Rechtssatz: Ein stillschweigender Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann nicht angenommen werden, wenn die Partei in der irri- gen Annahme, die Frist sei noch nicht abgelaufen, Berufung eingelegt hat.

Es bleibt dahingestellt, ob im Rahmen der Entscheidung RGZ 169, 196 die Wiedereinsetzung auch ohne einen dahingehenden Antrag zu erteilen ist. Sie kann jedenfalls dann nicht erteilt werden, wenn sich aus den Akten nicht offensichtlich ergibt, dass die sachlichen Voraussetzungen für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegeben sind.

Aktenzeichen: IV ZB 41/52

Beschl. des BGH. v. 14. Juli 1952

OLG. Braunschweig

IV ZB 41/52

B e s c h l u s s

In Sachen

der Ehefrau Kläre V [REDACTED] geb. M [REDACTED] in
O [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

ihren Ehemann, den Tierarzt Dr. Albert V [REDACTED]
in O [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Beschwerdegegner,

- Prozessbevollmächtigter II. Instanz: Rechtsanwalt [REDACTED]
in [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der Sit-
zung vom 14. Juli 1952 unter Mitwirkung der Bundesrichter
Dr. Lersch, Ascher, Raske, Johannsen und Dr. Kregel

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde der Beklagten gegen
den Beschluss des 2. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts in Braunschweig vom 15. April 1952 wird auf
Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

75

- 2 -

G r ü n d e :

Durch Urteil des Landgerichts in Braunschweig vom 17. Oktober 1951 ist die Ehe der Parteien geschieden. Die Parteien sind beide für schuldig, der Kläger jedoch für überwiegend schuldig erklärt worden. Gegen dieses, ihr am 26. Oktober 1951 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 27. November 1951 Berufung eingelegt, ohne die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist zu erbitten. Das Berufungsgericht hat durch den angefochtenen Beschluss die Berufung als unzulässig verworfen. Die von der Beklagten gegen diesen Beschluss eingelegte sofortige Beschwerde ist unbegründet.

Die Berufung ist von dem Berufungsgericht zu Recht als unzulässig verworfen worden, da sie erst nach Ablauf der Berufungsfrist eingelegt worden ist. Die Berufung wäre nur dann zulässig gewesen, wenn der Beklagten gegen die Versäumung der Berufungsfrist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen gewesen wäre. Sie konnte der Beklagten nicht erteilt werden, da sie einen dahingehenden Antrag überhaupt nicht gestellt hat. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann nach §§ 234, 236 ZPO grundsätzlich nur erteilt werden, wenn sie beantragt ist. Entgegen seiner früheren Auffassung (JW 35, 277) hat das Reichsgericht in späteren Entscheidungen nicht mehr einen ausdrücklichen Antrag auf Wiedereinsetzung gefordert, sondern einen stillschweigenden Antrag genügen lassen (Warn 1941 Nr 125). In dem hier vorliegenden Rechtsstreit kann aber ein solcher stillschweigender Antrag nicht angenommen werden. Eine solche Annahme liesse sich



vielleicht dann rechtfertigen, wenn die Beklagte tatsächlich den Willen gehabt hätte, diesen Antrag zu stellen. Da aber der die Berufung einlegende Anwalt davon ausging, dass die Berufungsfrist noch laufe, kann ihm nicht unterstellt werden, er habe mit der Berufungsschrift zugleich um Nachsicht gegen die Versäumung der Rechtsmittelfrist bitten wollen (RG 169, 196 /1997). Ein Wille, den der Prozessbevollmächtigte nicht gehabt haben kann, kann von ihm nicht stillschweigend geäußert sein. Die gegenteilige Ansicht könnte dazu führen, dem Prozessbevollmächtigten einen Antrag zu unterstellen, den er vielleicht nicht gestellt hätte, wenn ihm die Versäumung der Frist bekannt gewesen wäre, da die dann von ihm vorzunehmende Prüfung ergeben hätte, dass die Beklagte durchgreifende Gründe für diesen Antrag gar nicht hätte geltend machen können. Auch aus dem späteren Verhalten der Beklagten kann nicht geschlossen werden, dass sie stillschweigend um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist nachgesucht habe. Sie hat zwar am 15. Januar 1952 um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist gebeten. Darin kann kein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist gesehen werden. Denn zu der Zeit, als sie diesen Antrag stellte, ging ihr Prozessbevollmächtigter noch immer davon aus, dass die Berufung rechtzeitig eingelegt sei. Es kann ihm also auch in diesen Zeitpunkt nicht der Wille unterstellt werden, um Nachsicht gegen die Versäumung dieser Frist zu bitten. Durch die Verfügung des Berufungsgerichts vom 12. Februar 1952 ist die Beklagte darauf hingewiesen worden, dass die Berufung verspätet eingelegt sei. Daraus,

dass sie diese dennoch nicht zurückgenommen hat, kann gleichfalls nicht geschlossen werden, dass sie jetzt stillschweigend um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist habe nachsuchen wollen. Denn sie hat, obwohl das Berufungsgericht sie aufgefordert hat, hierzu binnen 10 Tagen Stellung zu nehmen, sich trotz Erinnerung nicht geäußert. Vielmehr hat eine fernmündliche Rücksprache ergeben, dass eine Äusserung ihres Prozessbevollmächtigten nicht zu erwarten sei. Die eigene Erklärung der Beklagten vom 29. Februar 1952, eingegangen am 3. März 1952, konnte im Hinblick auf den im § 78 ZPO angeordneten Anwaltszwang nicht beachtet werden. Es braucht daher nicht geprüft zu werden, ob in diesem Zeitpunkt die im § 234 ZPO gesetzte 2-Wochenfrist für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht schon verstrichen war.

Die Beklagte kann sich auch nicht auf die Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 169, 196 199 berufen. In dieser Entscheidung hat das Reichsgericht die Erteilung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ohne einen dahingehenden Antrag für zulässig erachtet, wenn die versäumte Prozesshandlung zweifelsfrei innerhalb der Frist des § 234 ZPO "nachgeholt" worden ist und schon damals die sachlichen Voraussetzungen für die Wiedereinsetzung aktenkundig waren, so dass sich deren Glaubhaftmachung erübrigte. Ob dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts zu folgen ist, kann dahingestellt bleiben. Keinesfalls kann über den Rahmen dieser Entscheidung hinaus die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ohne einen darauf gerichteten

Antrag erteilt werden. Nach der Entscheidung des Reichsgerichts muss es nach dem Akteninhalt offensichtlich sein, dass die sachlichen Voraussetzungen für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegeben waren. In dem dort entschiedenen Fall ist der Prozessbevollmächtigte, der das Rechtsmittel eingelegt hatte, dem Rechtsmittelkläger erst mit der Bewilligung des Armenrechts und zwar erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist beigeordnet worden. Er hatte das Rechtsmittel am selben oder höchstens einen Tag später eingelegt. Damit war offensichtlich, dass die sachlichen Voraussetzungen für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegeben waren. In dem hier zu entscheidenden Rechtsstreit ergeben die Akten zwar auch, dass die Beklagte arm war. Sie hatte um die Bewilligung des Armenrechts nachgesucht. Ihre Armut war nach § 119 Abs 2 ZPO genügend dargetan, da sie auch im ersten Rechtszug den Rechtsstreit im Armenrecht geführt hatte. Da sie aber schon vor der Entscheidung über das Armenrechtsgesuch einen Tag nach Ablauf der Rechtsmittelfrist Berufung eingelegt hatte, bestand die Möglichkeit, dass das in der Armut liegende, der Fristwahrung entgegenstehende Hindernis schon vor Ablauf der Rechtsmittelfrist fortgefallen war. Das wäre der Fall gewesen, wenn der Prozessbevollmächtigte der Beklagten den Auftrag, vor der Entscheidung über das Armenrechtsgesuch das Rechtsmittel für die Beklagte einzulegen, schon so zeitig vor Ablauf der Rechtsmittelfrist übernommen hätte, dass es ihm möglich gewesen wäre, die Frist zu wahren. Dann wäre nicht mehr die auf der Armut beruhende unverschuldete Anwaltslosigkeit ursächlich für die Versäumung der Frist gewesen, sondern andere Umstände, über die aus den Akten

nichts zu entnehmen war. Diese Möglichkeit lag nahe, da das Rechtsmittel bereits einen Tag nach Ablauf der Frist eingelegt war. Es war daher unter diesen Umständen aus den Akten nicht offensichtlich, dass die sachlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegeben waren.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Lersch Ascher Raske Johannsen Kregel