

BUNDESGERICHTSHOF

26

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 109/87

URTEIL

Verkündet am:
2. November 1988
Adomeit
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. November 1988 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Portmann, Dr. Blumenröhr, Dr. Zysk und Nonnenkamp

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Antragstellers wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin als Senat für Familiensachen vom 15. Oktober 1987 aufgehoben.

Dem Antragsteller wird gegen die Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Gegen das ihm am 10. Juli 1986 zugestellte Verbundurteil des Familiengerichts legte der Antragsteller mit einem am 1. August 1986 eingegangenen Schriftsatz Berufung ein,

soweit er verurteilt worden ist, der Antragsgegnerin nachehelichen Unterhalt in Höhe von monatlich 2.400 DM zu zahlen. Die Begründung des Rechtsmittels ging beim Kammergericht erst am 16. Oktober 1986 ein. Mit einem am 21. Oktober 1986 eingegangenen Schriftsatz beantragte der Antragsteller Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist. Zur Glaubhaftmachung der vorgetragenen Wiedereinsetzungsgründe legte er eine anwaltliche Versicherung seines Prozeßbevollmächtigten sowie eine eidesstattliche Versicherung von dessen Sekretärin K. vor, beide datiert vom 20. Oktober 1986.

Das Berufungsgericht hat zur mündlichen Verhandlung vom 22. Januar 1987 Frau K. gemäß § 273 ZPO geladen und als Zeugin über die Umstände der Fristversäumnis vernommen. Es hat die Verhandlung auf den 2. Februar 1987 vertagt und in diesem Termin Frau K. erneut einvernommen. Sodann hat es beschlossen, auch die Mutter des Prozeßbevollmächtigten des Antragstellers als Zeugin zu diesem Fragenkreis zu vernehmen. Die Beweisaufnahme ist im Wege der Rechtshilfe durch das Amtsgericht Cuxhaven am 24. April und 10. Juli 1987 durchgeführt worden. Im letzteren Termin hat die Zeugin ihre Angaben beschworen.

Durch das mit der Revision angefochtene Urteil hat das Kammergericht unter Ablehnung der beantragten Wiedereinsetzung die Berufung des Antragstellers als unzulässig verworfen.



Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

1. Die Berufungsbegründung ist nicht innerhalb der Frist des § 519 Abs. 2 ZPO eingegangen, sondern um einen Tag verspätet. Die Revision stellt dies nicht in Frage, sondern bekämpft die Ablehnung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, weil das Berufungsgericht zu Unrecht nicht als glaubhaft angesehen habe, daß die Fristversäumnis nicht auf einem dem Antragsteller zurechenbaren Verschulden beruhe (§§ 233, 85 Abs. 2 ZPO). Da die Wiedereinsetzung zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit der Berufung gehört, ist das Revisionsgericht zu einer uneingeschränkten Prüfung von Amts wegen berufen; bindend ist nur eine bereits gewährte Wiedereinsetzung (§ 238 Abs. 3 ZPO). Dabei ist es abweichend von § 561 Abs. 2 ZPO auch an die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht gebunden, sondern insbesondere dazu berufen, die Beweislage selbständig zu würdigen (vgl. etwa BGHZ 7, 280, 283; BGH, Urteil vom 21. Juni 1976 - III ZR 22/75 - NJW 1976, 1940; Senatsurteil vom 4. November 1981 - IVb ZR 625/80 - NJW 1982, 1873, 1874).

2. Zur Begründung seines Wiedereinsetzungsantrags hat der Antragsteller einen Sachverhalt vorgetragen, der bei ausreichender Glaubhaftmachung (§ 236 Abs. 2 ZPO) auch nach der Beurteilung des Berufungsgerichts geeignet wäre, die Wiedereinsetzung zu rechtfertigen. Danach habe sein Prozeßbevollmächtigter am Vormittag des 15. Oktober 1986 die Berufungsbegründung in die Schreibmaschine diktiert und sofort nach Fertigstellung unterschrieben. Er habe seine seit

1977 bei ihm tätige und zuverlässige Sekretärin K. angewiesen, den Schriftsatz nach Feierabend um 15.00 Uhr in den Nachtbriefkasten des Amtsgerichts Ch. (gemeinsame Briefannahme) einzuwerfen. Wenige Stunden später habe er nach Wahrnehmung eines Gerichtstermines in der Kanzlei angerufen und Frau K. nochmals darauf hingewiesen, daß der Schriftsatz am gleichen Tage bei Gericht eingehen müsse. Gegen Mittag des Tages sei er wegen einer dringenden familiären Angelegenheit zu seiner in Cuxhaven lebenden Mutter gefahren. Frau K. habe den Schriftsatz jedoch erst am 16. Oktober 1986 beim Amtsgericht Ch. abgegeben. Am Vortag habe sie diesen in einer Plastikhülle in ihre Einkaufstasche getan, aber bei Büroschluß gegen 16.00 Uhr vergessen, die Tasche mitzunehmen. Erst am 16. Oktober 1986 habe sie das Versehen entdeckt und gegen Mittag das Schriftstück persönlich abgegeben. Dies habe sie ihm nach seiner Rückkehr in die Kanzlei am 20. Oktober 1986 mitgeteilt.

3. Die zur Glaubhaftmachung vorgelegten Versicherungen des Prozeßbevollmächtigten des Antragstellers sowie von Frau K. gehen nicht auf den Umstand ein, daß die Berufungsbegründungsschrift das Datum 16. Oktober 1986 trägt. Dies hat das Berufungsgericht offenbar dazu bewogen, Frau K. gemäß § 273 ZPO zur Berufungsverhandlung als Zeugin zu laden und über die Umstände der Fristversäumnis zu vernehmen. Eine solche Verfahrensweise begegnet nach allgemeiner Ansicht keinen Bedenken im Hinblick auf § 294 Abs. 2 ZPO, wonach zur Glaubhaftmachung nur präsente Beweismittel statthaft sind. Nicht im Einklang mit dieser Vorschrift steht allerdings, daß das Berufungsgericht die Sache zu einer erneuten Einvernahme der Zeugin vertagt und später die Mutter des Prozeßbevollmächtigten als Zeugin im Wege der Rechtshilfe vernommen

hat (vgl. schon RGZ 16, 368, 369). Insoweit scheidet auch ein Rügeverzicht der Antragsgegnerin (§ 295 Abs. 1 ZPO) aus, da im Wiedereinsetzungsverfahren, das den Eintritt der Rechtskraft betrifft, keine Parteiheerrschaft besteht (vgl. § 295 Abs. 2 ZPO; RGZ 136, 275, 281; Baumbach/Lauterbach/Hartmann ZPO 46. Aufl. § 295 Anm. 3 B und § 238 Anm. 1 A). Es ist aber nicht gerechtfertigt, unter Verstoß gegen § 294 Abs. 2 ZPO gewonnene Beweisergebnisse unbeachtet zu lassen. Da nach § 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO die die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen "im Verfahren über den Antrag" glaubhaft zu machen sind, eröffnet eine Vertagung des Gerichts, aus welchen Gründen sie auch erfolgt, den Parteien die Möglichkeit, Glaubhaftmachungsmittel und Mittel zu deren Entkräftung noch bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung beizubringen (s.a. RGZ aaO). Im Zeitpunkt der Schlußverhandlung waren hier die Niederschriften über die Zeugeneinvernahmen der Frau K. und der Mutter des Prozeßbevollmächtigten des Antragstellers präsente Mittel der Glaubhaftmachung. Auch ist § 294 Abs. 2 ZPO nur eingeführt worden, "um zu verhüten, daß der Prozeß verzögert oder verweiltläufigt werde" (vgl. Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band 2 zu § 256 Seite 281). Wenn dieser Zweck einmal verfehlt ist, ist nicht geboten, tatsächlich gewonnene Unterlagen der Wahrheitsfindung unverwertet zu lassen (vgl. auch für das Aufgebotsverfahren § 986 Abs. 3 ZPO).

4. Das Berufungsgericht stützt seine Ansicht, daß die Darstellung des Antragstellers nicht glaubhaft gemacht sei, auf eine Reihe im einzelnen dargelegter Umstände, die nach seiner Beurteilung zwar jeder für sich als reine Zufälligkeiten oder Versehen gewertet werden können, in ihrer

auffallenden Häufung aber dazu führen, daß von dem zur Begründung der Wiedereinsetzung behaupteten Sachverhalt nicht ausgegangen werden könne. Dem vermag der Senat, der nach dem eingangs Ausgeführten zu einer eigenen Würdigung der Glaubhaftmachungsmittel berufen ist, nicht beizutreten.

a) Der Prozeßbevollmächtigte des Antragstellers hat den zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags vorgebrachten Sachverhalt, der im wesentlichen eigene Tätigkeiten und Wahrnehmungen betrifft, anwaltlich versichert. Nach der Rechtsprechung des Senats besteht im allgemeinen kein Anlaß, eine so bekräftigte Darstellung kritischer zu würdigen, als dies bei eidesstattlich versicherten Angaben ohnehin erforderlich ist. Von dem als richtig versicherten Vortrag darf ausgegangen werden, solange nicht konkrete Anhaltspunkte es ausschließen, den geschilderten Sachverhalt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für zutreffend zu erachten (vgl. Beschluß vom 18. Januar 1984 - IVb ZB 112/83 - VersR 1984, 861). Als solchen Anhaltspunkt hat das Berufungsgericht u.a. angesehen, daß die Berufungsbegründung auf den 16. Oktober 1986 datiert ist. Frau K. hat hierzu als Zeugin bekundet, daß dies auf einem schlichten Versehen beruhen müsse. Ein solches ist zumindest nicht auszuschließen, wenn in Betracht gezogen wird, daß der Schriftsatz in Eile vor einem Gerichtstermin und einer anschließend beabsichtigten Fahrt von Berlin nach Cuxhaven geschrieben worden sein soll. Im übrigen enthält die zeitnah am 20. Oktober 1986 abgegebene anwaltliche Versicherung des Prozeßbevollmächtigten des Antragstellers keine Angaben, die sich im weiteren Verlauf des Verfahrens eindeutig als unrichtig herausgestellt haben. Das gilt auch für die Darstellung der Fristennotierung: Der von

Frau K. bei ihrer ersten Vernehmung vorgelegte Fristenkalender enthält tatsächlich die Notierung des Fristablaufs zum 15. Oktober 1986 am Vortage sowie eine unter dem 8. Oktober 1986 eingetragene Vorfrist, wobei hier ebenfalls der 15. Oktober 1986 als Fristablauf vermerkt ist. Daß den Bekundungen von Frau K. zufolge in der Kanzlei zwei weitere Fristenkalender geführt wurden (die sich dann als unauffindbar erwiesen), geht aus der anwaltlichen Versicherung nicht hervor.

b) Der Frage der Fristensicherung braucht im vorliegenden Fall deswegen nicht weiter nachgegangen zu werden, weil eine spezielle Weisung des Prozeßbevollmächtigten des Antragstellers an Frau K. vorgebracht ist, deren Befolgung die Fristversäumnis verhindert hätte. Ein Rechtsanwalt darf grundsätzlich darauf vertrauen, daß eine sonst zuverlässige Büroangestellte eine derartige Weisung befolgt (vgl. etwa BGH, Urteil vom 6. Oktober 1987 - VI ZR 43/87 - BGHR ZPO § 233 Fristenkontrolle 5 m.w.N.). Die Darstellung des Antragstellers wird entscheidend gestützt durch die Bekundungen der Mutter seines Prozeßbevollmächtigten, wonach sich ihr Sohn in der Zeit vom 15. bis 19. Oktober 1986 bei ihr in Cuxhaven aufgehalten hat. Das Rechtshilfeprotokoll über ihre Zeugeneinvernahme vom 24. April 1987 lautet auszugsweise:

"Befragt, nach welchem Anhaltspunkt ich genau den 15.10. als den Tag angeben kann, an dem mein Sohn erschienen ist, kann ich nur folgendes sagen: Ich habe am 25.1. Geburtstag. Am 25.1.87 rief mein Sohn mich an und bat mich bei der Gelegenheit darum, ihm eine Bescheinigung darüber zu geben, daß er am 15.10. bei mir in Cuxhaven eingetroffen sei.

Ich sagte dann meinem Sohn, ich müsse zunächst mich vergewissern, wann genau er in Cuxhaven angekommen sei. Das tat ich dann folgendermaßen: Ich habe einen Küchenkalender. In diesen Küchenkalender trage ich immer sämtliche wichtigen Ereignisse ein. Ich trage in diesen Küchenkalender auch ein, wann und wie lange meine Kinder mich besuchen. Ich habe dann diesen Küchenkalender zu Rate gezogen. In diesem Küchenkalender befindet sich eine Eintragung "Axel in Cuxhaven 15. - 19.". Diese Eintragung habe ich in der Weise vorgenommen, daß ich um die entsprechenden Tage eine Klammer gezogen habe und daneben diesen Vermerk aufgenommen habe. Ich kann auf Befragen nicht mehr genau sagen, ob ich diesen Küchenkalender noch besitze. Ich werde nachsehen, ob dieses so ist und sodann den Kalender verfügbar halten."

Dem Senat reichen die vom Berufungsgericht angeführten Gründe, die im einzelnen zu erörtern entbehrlich erscheint, insgesamt nicht aus, um ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der eidlich bekräftigten Bekundungen der Zeugin zu begründen. Daß die Aussage in irgend einem Punkt unwahr sei, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, sondern dies nur für möglich gehalten. Die Angaben erscheinen aber insgesamt schlüssig, widerspruchsfrei und der Lebenserfahrung entsprechend. Daß die Zeugin ihren Küchenkalender für 1986, dessen Beweiswert ihr offenbar erst am 24. April 1987 klargemacht worden ist, nicht aufbewahrt hat, hat demgegenüber kein besonderes Gewicht. Zu dieser abweichenden Beurteilung sieht der Senat sich in der Lage, zumal auch das Berufungsgericht keinen persönlichen Eindruck von der Zeugin hatte, sondern lediglich die Vernehmungsniederschriften gewürdigt hat. Damit fehlen letztlich hinreichende Anhaltspunkte, die

es nach der Senatsrechtsprechung ausschließen könnten, die anwaltliche Versicherung des Prozeßbevollmächtigten des Antragstellers der Entscheidung zugrunde zu legen. Bei der Glaubhaftmachung ist allgemein nicht eine an Sicherheit grenzende, sondern lediglich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit erforderlich (vgl. BGH, Beschluß vom 5. Mai 1976 - IV ZB 49/75 - ,VersR 1976, 928, 929). Sie ist vorliegend nach der Einschätzung des Senats gegeben.

5. Nach allem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Dem Antragsteller ist gegen die Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, weil nach dem glaubhaft gemachten Sachverhalt ein eigenes oder ein ihm zurechenbares Verschulden seines Prozeßbevollmächtigten an der Fristversäumnis

ausscheidet, diese vielmehr ausschließlich auf ein Fehlverhalten der Büroangestellten K. zurückzuführen ist. Da auch sonst gegen die Zulässigkeit der Berufung keine Bedenken bestehen, ist der Rechtsstreit zur sachlichen Prüfung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Lohmann

Portmann

Blumenröhr

Zysk

Nonnenkamp