

9

BUNDESGERICHTSHOF

VIII ZB 40/78

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

der Firma Chr. S. [REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch
die Firma S. [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch die bei-
den Geschäftsführer, die Kauffrau Christa S. [REDACTED] und
den Kaufmann Otto S. [REDACTED] Postfach [REDACTED] N. [REDACTED],

Klägerin und Beschwerdeführerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Berger, Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] in C. [REDACTED]-

gegen

den Kaufmann Rolf H. [REDACTED], Wohnwagen vor dem
V. [REDACTED]-Markt, E. [REDACTED], N. [REDACTED],

Beklagten und Beschwerdegegner,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] in C. [REDACTED]-

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 7. Februar 1979 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen, Dr. Hiddemann, Hoffmann und Wolf

beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde der Klägerin wird der Beschluß des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 6. Juli 1978 aufgehoben.

Der Klägerin wird gegen die Versäumung der Frist zur Berufung gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Göttingen vom 15. März 1978 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erteilt. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

G r ü n d e :

Die Frist zur Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Göttingen vom 15. März 1978 lief am Dienstag, dem 16. Mai 1978 ab. Am 17. Mai 1978 legte die Klägerin Berufung ein und beantragte, ihr Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist zu erteilen. Zur Begründung dieses Antrags trug sie vor, ihr Prozeßbevollmächtigter habe den Auftrag, Berufung einzulegen, ihren zweitinstanzlichen Prozeß-

- 3 -

bevollmächtigten rechtzeitig erteilt; denn er habe erwarten dürfen, daß sein am 13. Mai 1978, dem Samstag vor Pfingsten, in N[REDACTED] zur Post gegebenes Auftragschreiben die zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten in Celle am 16. Mai 1978 erreichen werde. Zur Glaubhaftmachung legte die Klägerin das vom 13. Mai 1978 datierte Auftragsschreiben ihres erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten sowie den in dessen Büro am gleichen Tag freigestempelten Briefumschlag vor.

Das Berufungsgericht hat mit dem angefochtenen Beschluß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt und die Berufung der Klägerin als unzulässig verworfen. Die gegen diesen Beschluß gerichtete sofortige Beschwerde ist zulässig und begründet.

1. Das Berufungsgericht hat nicht erörtert, ob Wiedereinsetzung in den vorigen Stand deshalb zu versagen ist, weil der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte der Klägerin sich am 16. Mai 1978 nicht fernmündlich über den Eingang seines Auftragschreibens in Celle vergewisserte. Dem ist nicht so.

a) Eine derartige Erkundigungspflicht hat der Bundesgerichtshof nicht generell, sondern nur in besonders gelagerten Fällen bejaht. Es bedarf nicht in jedem Falle der Überwachung, ob das Schreiben mit dem Berufungsauftrag rechtzeitig bei dem Berufungsanwalt einging (BGH, Beschluß vom 9. Oktober 1978 - VIII ZB 19/78).

b) Überdies ist nach der Neufassung des § 233 ZPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur dann zu versagen, wenn die Frist schuldhaft nicht gewahrt wurde.



Ein Verschulden des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin scheidet indessen aus, weil er nach der Feststellung des Berufungsgerichts bei der günstigen Bahnverbindung zwischen Northeim und Celle darauf vertrauen durfte, ein am Samstag vor Pfingsten in Northeim aufgebener Brief werde am folgenden Dienstag in Celle zugestellt.

c) Schließlich kommt hinzu, daß auch im Zivilprozeß im Rahmen der Wiedereinsetzung von dem Betroffenen nicht zu vertretende Verzögerungen der Briefbeförderung und Briefzustellung durch die deutsche Bundespost nicht als Verschulden zugerechnet werden dürfen (BVerfG, Beschluß vom 25. Oktober 1978 - 1 BvR 761/78 = DRiZ 1979, 55).

2. Das Berufungsgericht hat die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht erteilt, weil die Vorlage des freigestempelten Briefumschlags nicht zur Glaubhaftmachung ausreiche, daß der Brief am 13. Mai 1978 zur Post gegeben worden sei.

a) Die Klägerin macht demgegenüber mit Recht geltend, daß es nicht Aufgabe eines Anwalts ist, die ausgehende Post fertig zu machen und abzusenden. Da er das seinem Personal überlassen darf, stünde es der Erteilung der Wiedereinsetzung nicht entgegen, wenn eine zuverlässige Angestellte des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin Ausfertigung und Absendung des Auftragschreibens am 13. Mai 1978 versäumt hätte.

b) Es ist indessen weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht, daß die Angestellte des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin, die am Samstag, dem 13. Mai 1978

Bereitschaftsdienst hatte, zuverlässig war, aber dennoch die Absendung des Auftragsschreibens versäumte.

3. Dagegen ist mit der Beschwerde durch eidesstattliche Versicherungen glaubhaft gemacht, daß das Auftragsschreiben am 13. Mai 1978 etwa um 13.30 Uhr zur Post gegeben worden war. Die nachträgliche Glaubhaftmachung ist zu berücksichtigen.

a) Dabei kann dahingestellt bleiben, ob nach der Neufassung des § 236 Abs. 2 ZPO die Glaubhaftmachung der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen bis zur Beschlußfassung erfolgen muß (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 37. Aufl. § 236 Anm. 3) oder ob die Glaubhaftmachung auch im Rahmen des § 236 Abs. 2 ZPO bis zum rechtskräftigen Abschluß des Wiedereinsetzungsverfahrens zugelassen ist, wie das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich des insoweit gleichlautenden § 45 Abs. 2 n.F. StPO entschieden hat (BVerfG, Beschluß vom 11. Februar 1976 - 2 BvR 449/75 = NJW 1976, 1537, 1538).

b) Denn der Bundesgerichtshof hat bereits vor der Neufassung des § 236 Abs. 2 ZPO eine Erläuterung und Ergänzung unklarer Angaben in dem Wiedereinsetzungsantrag sowie eine nach Ablauf der Frist des § 234 ZPO erfolgte Glaubhaftmachung berücksichtigt, wenn das Vorbringen schon in der Berufungsinstanz durch Rückfrage gemäß § 139 ZPO hätte herbeigeführt werden können (BGH, Beschluß vom 2. Juni 1976 - VIII ZB 47/75 = VersR 1976, 966 m.w.Nachw.). Das war hier der Fall. Hätte das Berufungsgericht den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin darauf hingewiesen, durch die Vorlage des am 13. Mai 1978 freigestempelten Briefumschlags sei nach seiner Meinung nicht glaubhaft gemacht, daß das Auftragsschreiben

an dem genannten Tag zur Post gegeben worden sei, hätte die Klägerin das - wie nunmehr mit der Beschwerde geschehen - durch eidesstattliche Versicherungen glaubhaft gemacht.

c) War das Schreiben vom 13. Mai 1978 aber an diesem Tage zur Post gegeben worden, so trifft den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin kein Verschulden an der Versäumung der Berufungsfrist, wie bereits dargelegt wurde.

4. Da demnach der angefochtene Beschluß aufzuheben und der Klägerin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen war, kommt es auf das weitere Vorbringen der Beschwerde nicht an. Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens war dem Berufungsgericht zu übertragen (vgl. BGH, Beschluß vom 15. Dezember 1959 - VIII ZB 29/59 = VersR 1960, 181).

Braxmaier

Claßen

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Wolf