

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 343/81

URTEIL

verkündet am
21. Februar 1983
S c h n u r r,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Gastronomen Georg H., W. Straße in B.,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. -

g e g e n

den Kellner Valentim R., Ro. weg in B.,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Februar 1983 durch die Richter Merz, Dr. Skibbe, Treier, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
8. Zivilsenats des Kammergerichts
in Berlin vom 5. November 1981 wird
auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Das Landgericht hatte die Klage auf Zahlung von 71.206,90 DM nebst Zinsen abgewiesen und den Kläger auf die Widerklage verurteilt, an den Beklagten 43.004,85 DM nebst Zinsen zu zahlen. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig am 23. Mai 1981 Berufung eingelegt. Nachdem innerhalb der bis zum 23. Juni 1981 laufenden Berufungsbegründungsfrist eine Begründung nicht eingegangen war, hat der Vorsitzende des Senats den Prozeßbevollmächtigten des Klägers mit Schreiben vom 25. Juni 1981, zugegangen am 7. Juli 1981, auf das Ausbleiben der Begründung hingewiesen. Am 13. Juli 1981 hat das Berufungsgericht, nachdem auf den Hinweis des Vorsitzenden nichts erfolgt war, die Berufung des Klägers als unzulässig verworfen. Am 31. Juli 1981 hat der Kläger vorsorglich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und zugleich eine mit Datum vom 2. Juni 1981 versehene Berufungsbegründung eingereicht; nach seinem Vortrag ist die Begründung rechtzeitig an das Berufungsgericht abgeschickt worden. Der Beklagte ist dem Wiedereinsetzungsantrag entgegengetreten.

Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag, nachdem über ihn mündlich verhandelt worden war, durch Urteil zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Revision des Klägers, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe

1. Die Revision ist nach § 547 ZPO ohne weiteres zulässig (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 12. Aufl. § 238 Anm. 5 b aa); sie ist auch in gehöriger Form und Frist eingelegt worden.

2. Die Revision hat aber keinen Erfolg; denn das Berufungsgericht nimmt mit Recht an, daß der Kläger keine Tatsachen glaubhaft gemacht hat, die die Wiedereinsetzung begründen (§ 236 Abs. 2 ZPO).

a) Die Berufungsbegründung ist nicht innerhalb der Frist des § 519 Abs. 2 ZPO beim Berufungsgericht eingegangen. Gegen diese Tatsache wendet sich die Revision nicht. Sie hält jedoch die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung für gegeben. Dieser Auffassung des Klägers ist das Berufungsgericht insoweit gefolgt, als es die Einhaltung der zweiwöchigen Frist des § 234 ZPO bejaht. Es legt zugrunde, daß diese Frist mit dem Zugang des Hinweisschreibens des Senatsvorsitzenden am 7. Juli 1981 begonnen habe und infolge der Hemmung durch die Gerichtsferien (§ 223 Abs. 1, 3 ZPO) erst nach deren Ende hätte ablaufen können. Diese Rechtsansicht ist dem Kläger günstig und läßt auch keinen Fehler erkennen. Der Rechtsstreit war keine Feriensache, und die Frist zur Stellung des Wiedereinsetzungsantrags ist keine Notfrist (vgl. BGHZ 26, 99; Senatsbeschuß vom 5. Dezember 1979 - VIII ZB 42/79, VersR 1980, 264), so daß

§ 223 Abs. 2 ZPO nicht eingreift.

b) Das Berufungsgericht hält jedoch den Vortrag des Klägers zur Begründung seines Wiedereinsetzungsantrags nicht für ausreichend glaubhaft gemacht, mit dem er folgendes behauptet: Sein Prozeßbevollmächtigter habe die Berufungsbegründung schon vor dem 2. Juni 1981, spätestens aber an diesem Tage auf Band gesprochen. Die in der Kanzlei beschäftigte Frau W. habe am 2. Juni 1981 die Berufungsbegründung vom Band geschrieben und den Schriftsatz dem Prozeßbevollmächtigten zur Unterschrift vorgelegt. Den unterschriebenen Schriftsatz habe sie postfertig gemacht und noch am 2. Juni 1981 auf ihrem Heimweg in den Briefkasten eingeworfen.

aa) Das Berufungsgericht stützt seine Ansicht, daß die Glaubhaftmachung nicht ausreiche, vor allem auf zwei Erwägungen:

Frau W., die als Zeugin vernommen worden ist, könne sich nicht aufgrund besonderer Anhaltspunkte daran erinnern, gerade die für den vorliegenden Rechtsstreit maßgebliche Berufungsbegründungsschrift am 2. Juni 1981 geschrieben und nach Unterschrift durch den Prozeßbevollmächtigten des Klägers in den Briefkasten eingeworfen zu haben. Sie leite dies vielmehr allein aus der Datumsangabe auf der Durchschrift des Schriftsatzes her, die sich in den Handakten befinde. Im übrigen habe die Zeugin sich für die Richtigkeit ihrer Annahme auf den

allgemein üblichen Ablauf des Postversandes im Büro des Prozeßbevollmächtigten berufen, nämlich darauf, daß die am jeweiligen Tag gefertigte Post am Nachmittag unterzeichnet, sodann durch das Büro postfertig gemacht und darauf in den Briefkasten eingeworfen werde. Das Berufungsgericht meint ferner, der Bürobetrieb des Prozeßbevollmächtigten des Klägers sei nicht so eingerichtet, daß ein rechtzeitiger Ausgang der in Frage kommenden Schriftstücke gewährleistet sei. Es fehle die gebotene Kontrolle, und zwar als Folge von Organisationsmängeln, die das Berufungsgericht insbesondere darin sieht, daß auf den in den Handakten verbleibenden Durchschriften kein "Ab-Vermerk" angebracht werde (auch ein Postausgangsbuch wird nicht geführt) und bei Fristsachen, die dem Prozeßbevollmächtigten - wie angeblich hier - geraume Zeit vor Fristablauf vorgelegt werden, in keinem der beiden im Büro geführten Kalender eine Frist vermerkt werde.

bb) Hiermit überspannt das Berufungsgericht die Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht. Der Vortrag des Klägers bietet nicht genügend konkrete Anhaltspunkte, um mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (vgl. BGH, Beschluß vom 5. Mai 1976 - IV ZB 49/75, VersR 1976, 928, 929) annehmen zu können, daß die Berufungsbegründung rechtzeitig vor Fristablauf abgeschickt worden ist. Freilich hat die Organisation im Büro des Prozeßbevollmächtigten das Gericht nicht zu interessieren, wenn die Fristen eingehalten werden. Ist hingegen eine Frist versäumt worden und liegt zutage, daß dies auf Mängeln der

Büroorganisation beruht, die dem Prozeßbevollmächtigten als Verschulden zuzurechnen sind, kann keine Wiedereinsetzung gewährt werden. Ist ungeklärt, weshalb ein fristwahrender Schriftsatz nicht bei Gericht eingegangen ist, muß die Wiedereinsetzung ebenfalls versagt werden, wenn nicht glaubhaft gemacht wird, daß die Fristversäumung auf Umständen beruht, die weder von der Partei noch von ihrem Prozeßbevollmächtigten verschuldet sind.

In der vorliegenden Sache hat der Kläger jedenfalls nicht glaubhaft gemacht, daß im Büro seines Prozeßbevollmächtigten eine zuverlässige Ausgangskontrolle bestand; ihr Fehlen stellt einen schuldhaften Organisationsmangel dar. Der erkennende Senat hat bisher noch offen gelassen, ob für die Ausgangskontrolle ein schriftlicher Abgangsvermerk erforderlich ist (so aber BGH, Beschluß vom 26. Juni 1980 - VII ZB 9/80, VersR 1980, 871) oder ob schon die zuverlässig befolgte Konzentration der Ausgangskontrolle bei einer entsprechend qualifizierten und nach festen organisatorischen Regeln verfahrenenden Person genügen kann (vgl. Senatsbeschluß vom 25. Juni 1980 - VIII ZB 20/80, VersR 1980, 973 und den zur Veröffentlichung bestimmten Senatsbeschluß vom 14. Dezember 1982 - VIII ZB 40/82). Auch der vorliegende Fall gibt keine Veranlassung, diese Frage abschließend zu entscheiden; sie wird allerdings keinesfalls mit der Erwägung im Sinn der Revision zu beantworten sein, daß dem Abgangsvermerk nur Bedeutung zukomme, wenn sich kein Durchschlag des Schrift-

satzes in den Handakten befindet. Nach dem Vortrag des Klägers vertraute sein Prozeßbevollmächtigter auf den normalen Arbeitsablauf in der Kanzlei, daß nämlich die während des Tages gefertigten, am Nachmittag unterzeichneten Schriftsätze anschließend postfertig gemacht und von irgend einer der drei Angestellten zum Briefkasten gebracht werden würden. Das ist keine Ausgangskontrolle, und zwar um so weniger, als nicht einmal eine Frist im Terminkalender notiert war, deren Streichung normalerweise die Aufmerksamkeit dafür schärft, daß es um einen fristwahrenden Schriftsatz geht.

Die Angaben von Frau Werner genügen auch nicht dafür, den Ausgang der Berufungsbegründung unabhängig vom Bestehen einer für den konkreten Fall nachvollziehbaren zuverlässigen Ausgangskontrolle als glaubhaft gemacht anzusehen, etwa wegen besonderer Vorkommnisse gerade beim Ausgang dieses Schriftsatzes. Die Zeugin hat insoweit keine konkreten Angaben machen können. Sie hat vielmehr aus der Datumsangabe auf dem Durchschlag des Schriftsatzes (2. Juni 1981) hergeleitet, die Berufungsbegründung müsse entsprechend dem normalen Arbeitsablauf in der Kanzlei an diesem Tag auch geschrieben, vom Prozeßbevollmächtigten unterschrieben und von einer der Angestellten zum Briefkasten gebracht worden sein. Der erforderliche Bezug zur konkreten Berufungsbegründung wird nicht durch die von Frau Werner bekündete Annahme hergestellt, daß sie am 2. Juni 1981 als einzige in Betracht gekommen sei, die die Post in den

Briefkasten habe einwerfen können. Hieraus ergibt sich nicht mit der notwendigen Wahrscheinlichkeit, daß unter der Ausgangspost auch die Berufungsbegründung war. Dasselbe gilt für den Umstand, daß dem Kläger nach seiner an Eides Statt versicherten Behauptung eine Abschrift des Begründungsschriftsatzes noch in der ersten Hälfte Juni 1981 zugegangen ist und er daraufhin seinem Anwalt zusätzliche Informationen erteilt habe. Der Ausgang eines Informationsschreibens an ihn indiziert noch nicht, daß auch der Begründungsschriftsatz rechtzeitig an das Gericht geschickt worden ist. Auf die weitere Erwägung, daß dem Kläger möglicherweise nur ein Entwurf der Berufungsbegründung geschickt worden war, und den Umstand, daß seine eidesstattliche Versicherung erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingegangen ist, kommt es demgegenüber nicht mehr an.

Schließlich hat es das Berufungsgericht nicht versäumt, den Vermutungen des Klägers nachzugehen, wie es dazu habe kommen können, daß die Berufungsbegründung nicht zu den Akten gelangt ist. Doch weder hat die Bundespost bestätigen können, daß während der fraglichen Zeit eine Häufung von Briefverlusten in dem hier interessierenden Briefkasten in Lankwitz eingetreten sei, noch hat sich - soweit eine gezielte Nachforschung in Betracht kam - die Begründungsschrift in einem anderen Aktenstück beim Berufungsgericht gefunden.

Da der Kläger mit seinem Rechtsmittel keinen Erfolg hat,
sind ihm nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Revisionsver-
fahrens aufzuerlegen.

Merz

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Paulusch

Groß