

12

2035 046

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 71/68

**URTEIL**

Verkündet am

30. Januar 1969

Horn,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma T-Union GmbH & Co, KG, D  
C Straße  
vertreten durch die Geschäftsführer der GmbH:  
Dipl.-Ing. Heinz N, D-M, S Straße  
Bau-Ing. Ernst E, D-M, C Str.  
Bernhard I, D-H, Am K  
Dipl.-Ing. Reinhold I, D, Baurat-M-Allee

Beklagten, Berufungsklägerin  
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Stadt A am Tr  
vertreten durch ihren Bürgermeister,

Klägerin, Berufungsbeklagte  
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Dr. Vogt, Dr. Finko und Schmidt für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Zweibrücken vom 26. Februar 1968 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Urteil vom 5. Oktober 1967 hat das Landgericht die Beklagte zur Zahlung von 5.000 DM nebst Zinsen an die Klägerin verurteilt. Das Urteil ist im Parteibetrieb am 12. Oktober 1967 zugestellt worden.

Mit am 30. November 1967 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsätzen hat die Beklagte Berufung eingelegt und zugleich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsfrist beantragt.

Das Oberlandesgericht hat die Wiedereinsetzung versagt und die Berufung als unzulässig verworfen.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte ihre Berufungsanträge weiter.

### Entscheidungsgründe:

In ihrem Wiedereinsetzungsantrag vom 24. November 1967 hatte die Beklagte vorgetragen, die Frist zur Einlegung der Berufung sei dadurch versäumt worden, daß die Akten dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten, Rechtsanwalt Dr. St[REDACTED], am 13. November 1967, dem Tage des Fristablaufs, überhaupt nicht, geschweige unter Hinweis auf den drohenden Fristablauf, vorgelegt worden seien. Das sei deshalb nicht geschehen, weil der Ablauf der Frist am 13. November 1967 infolge eines Versehens der langjährigen und zuverlässigen Bürovorsteherin Frau W[REDACTED] nicht im Fristenkalender eingetragen worden sei.

Dem Wiedereinsetzungsantrag lagen je eine eidesstattliche Versicherung der Frau W[REDACTED] und des Rechtsanwalts Dr. St[REDACTED] vom 28. November 1967 bei:

Frau W[REDACTED] erklärte darin u.a., sie habe die Wiedervorlege vor Fristablauf im Terminkalender eingetragen, ohne jedoch auf den Fristablauf am 13. November 1967 hinzuweisen. Den Tag des Fristablaufs habe sie nicht eingetragen. Sie wisse auch nicht, wann Rechtsanwalt Dr. St[REDACTED] die Akte in der Fristmappe vorgelegt worden sei.

In der eidesstattlichen Versicherung von Rechtsanwalt Dr. St[REDACTED] heißt es u.a.: Die Akten seien ihm weder



am 10. November 1967 (Vorfrist), noch am 13. November 1967 (Fristablauf) vorgelegt bzw. durch einen Handzettel auf den Fristablauf hingewiesen worden.

Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils, der gemäß § 314 ZPO Beweis für das mündliche Parteivorbringen liefert und insoweit für das Revisionsgericht bindend ist, hat die Beklagte in der Berufungsverhandlung vom 19. Februar 1968, abweichend von ihrem früheren Vorbringen, folgendes vorgetragen: Die Bürovorsteherin Frau W. [REDACTED] habe im Terminkalender die vorliegende Sache mit Fristen für den 6., 7., 9. und 10. November 1967 eingetragen. Die Akten seien dem Anwalt sodann ohne besondere Kennzeichnung, d.h. ohne Rotmappe und Fristablaufsvermerk, vorgelegt worden, obwohl er seit Jahren angeordnet und immer wieder darauf hingewiesen habe, daß bei Wiedervorlage von Fristsachen mit Rechtsmittelfrist Merkzettel mit dem Vermerk "Rechtsmittelfrist" und dem Datum des Fristablaufs aufzulegen und diese Fristsachen in einem roten Aktendeckel getrennt vorzulegen seien.

1. Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß mit diesem Vortrag der Beklagten die eidesstattliche Versicherung des Rechtsanwalts Dr. St. [REDACTED] vom 28. November 1967 überholt war. Wenn es in dieser heißt, die Akten seien ihm "weder am 10. November 1967 (Vorfrist), noch am 13. November 1967 (Fristablauf)" - der 12. November 1967 war ein Sonntag - vorgelegt worden, so schließt das nach dem späteren Vortrag der Beklagten nicht aus, daß die Akten ihm möglicherweise bereits am 6., 7. oder 9. November 1967, auf Grund der für diese Tage eingetragenen Vorfristen, vorgelegt worden sind. Nach dem Vortrag der Beklagten in der Berufungsverhandlung, wie er sich aus

dem Tatbestand des Berufungsurteils ergibt, ist nämlich die Aktenvorlage an den Rechtsanwalt auf Grund der im Terminkalender verfügbaren Fristen erfolgt. Die Beklagte hat nichts dafür vorgetragen, daß und warum sich die Vorlage auf Grund der im Terminkalender für den 6., 7., 9. und 10. November 1967 notierten Fristen bis nach dem 13. November 1967 verzögert haben sollte.

2. Das Revisionsgericht hat demnach davon auszugehen, daß Rechtsanwalt Dr. St. [REDACTED] die Akten noch vor Ablauf der Berufungsfrist (13. November 1967) vorgelegt worden sind; das Gegenteil ist jedenfalls nicht glaubhaft gemacht. In solchem Falle könnte ein Verschulden des Rechtsanwalts an der Fristversäumnis nur dann ausgeschlossen sein, wenn er genügende organisatorische Anordnungen getroffen und deren Ausführung ausreichend überwacht hätte, um allgemein sicherzustellen, daß Akten, die ihm wegen bevorstehenden Fristablaufs vorgelegt wurden, als solche augenfällig gekennzeichnet wurden.

3. Die Beklagte hat zwar in der Berufungsverhandlung vom 19. Februar 1968 dazu vorgetragen, Rechtsanwalt Dr. St. [REDACTED] habe eine solche besondere Kennzeichnung durch Merkzettel und roten Aktendeckel angeordnet. Diese Behauptung kam aber zu spät, nämlich erst nach Ablauf der Frist des § 234 ZPO (vgl. § 236 ZPO).

Im Gegensatz zur Ansicht der Revision kann in diesem nachträglichen Vortrag keine zulässige Vervollständigung oder Ergänzung der ursprünglichen Begründung des Wiedereinsetzungsantrags gesehen werden. (Vgl. Beschlüsse des Senats NJW 1959, 2063 f; VII ZB 7/59 vom 12. Okto-

ber 1959; VII ZB 10/59 vom 19. November 1959; VII ZB 7/66 vom 20. Juni 1966 S. 6).

a) Ursprünglich war der Antrag darauf gestützt, daß die Akten überhaupt nicht rechtzeitig vorgelegt worden seien, nicht aber - wie später - darauf, daß sie mit unzureichender Kennzeichnung vorgelegt worden seien. Anders brauchte das Berufungsgericht die ihm bis zum Ablauf der Frist des § 234 ZPO vorliegenden Schriftstücke nicht zu verstehen. Mit ihrem nachträglichen Vortrag hat die Beklagte demnach die Begründung ihres Wiedereinsetzungsantrags nicht vervollständigt oder ergänzt, sondern gewechselt.

b) Abgesehen davon muß die Berücksichtigung des nachträglichen Vorbringens auch aus folgendem Grunde scheitern. Sie wäre nur zulässig, wenn das Berufungsgericht auf Grund des ursprünglichen Vortrags der Beklagten gemäß § 139 ZPO (vgl. BGH NJW 1959, 2063 f. mit Nachweisen) gehalten gewesen wäre, von der Beklagten eine Äußerung über etwaige Anordnungen des Rechtsanwalts Dr. St. [REDACTED] - [REDACTED] anzufordern, durch welche dieser eine besondere Kennzeichnung von Akten, in denen Fristablauf drohte, sichergestellt hätte. Nach dem ursprünglichen Vortrag der Beklagten zur Begründung ihres Wiedereinsetzungsantrags hatte das Berufungsgericht aber keinen Anlaß, danach zu fragen.

4. Nach alledem hat das Berufungsgericht der Beklagten die Wiedereinsetzung mit Recht versagt. Die Revision ist daher mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Rietschel

Vogt

Finke

Schmidt