

BUNDESGERICHTSHOF

X ZB 4/88

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

des Herrn Klemens K[REDACTED], F[REDACTED]straße [REDACTED], L[REDACTED],

Beklagten und Beschwerdeführers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED] -

gegen

die Firma Hermann M[REDACTED], Im B[REDACTED], Lo[REDACTED],

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED],
[REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED] -

WIII

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
am 26. Mai 1988 durch den Vorsitzenden Richter
Dr. Bruchhausen und die Richter Brodeßer, von Albert,
Rogge und Dipl.-Ing. Frhr. von Maltzahn

beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde des Beklagten
wird der Beschluß des 8. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom
26. November 1987 aufgehoben.

Die Sache wird zu anderweiter Entscheidung
über die Zulässigkeit der Berufung und das
Wiedereinsetzungsgesuch des Beklagten an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

G r ü n d e

I. Das Landgericht Gießen hat die eingeklagte Werk-
lohnforderung der Klägerin gegen den Beklagten durch Urteil
vom 19. August 1987 dem Grunde nach für gerechtfertigt er-
klärt. Dieses Grundurteil ist dem Beklagten am 15. Septem-
ber 1987 zugestellt worden. Am 29. Oktober 1987 hat er gegen
das Urteil Berufung eingelegt und wegen der Versäumung der
Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bean-
tragt.

- 3 -

Zur Begründung des Wiedereinsetzungsgesuchs hat der Beklagte vorgetragen, sein erstinstanzlicher Prozeßbevollmächtigter, Rechtsanwalt Fr[REDACTED], habe den Ablauf der Berufungsfrist am Montag, den 19. Oktober 1987 bei der Durchsicht des Fristenkalenders festgestellt. Am Tage der Zustellung des Grundurteils, dem 15. September 1987, habe Rechtsanwalt Fr[REDACTED] persönlich den Fristablauf auf den 15. Oktober 1987 und eine Vorfrist auf den 8. Oktober 1987 im Fristenkalender notiert, da sich die Bürovorsteherin Sonja G[REDACTED] zu diesem Zeitpunkt bis einschließlich 2. Oktober 1987 in Mutterschaftsurlaub befunden habe. Aus nicht mehr feststellbaren Gründen sei ihm die Akte jedoch weder am 8. Oktober noch am 15. Oktober 1987 von der Bürovorsteherin vorgelegt worden. Frau G[REDACTED], deren Tätigkeit von Rechtsanwalt Fr[REDACTED] laufend überwacht und stichprobenartig kontrolliert werde, habe nach ihrer Ausbildung von 1978 bis 1980 zunächst unter Aufsicht die Fristen notiert und überwacht. Ab 1984 sei sie als Bürovorsteherin für die Fristennotierung und -überwachung in eigener Verantwortung zuständig. Die vollständige Versäumung einer notierten Frist, einschließlich der dazugehörigen Vorfrist, sei bei ihr noch nicht vorgekommen. Frau G[REDACTED] sei regelmäßig unterwiesen worden und habe an regelmäßigen Bürobesprechungen teilgenommen, bei denen auch die Teile der Büroordnung durchgesprochen worden seien, welche zur Einhaltung der Fristen eingeführt worden seien.

Zur Glaubhaftmachung seines Vorbringens hat der Beklagte eine eidesstattliche Versicherung von Rechtsanwalt Fr[REDACTED] und eine eidesstattliche Versicherung der Bürovorsteherin G[REDACTED] vorgelegt.



Das Berufungsgericht hat mit Beschluß vom 26. November 1987 den Antrag des Beklagten, ihm wegen der Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung zu gewähren, zurückgewiesen und die Berufung des Beklagten als unzulässig verworfen. Gegen diesen ihm am 24. Dezember 1987 zugestellten Beschluß hat der Beklagte am 6. Januar 1988 "Gegenvorstellungen" erhoben und die Aufhebung des Beschlusses begehrt.

II. Die "Gegenvorstellungen" des Beklagten gegen den Beschluß des Berufungsgerichts vom 26. November 1987 sind als sofortige Beschwerde auszulegen. Denn aus dem Schriftsatz vom 4. Januar 1988 ergibt sich zweifelsfrei, daß die Aufhebung des Beschlusses durch das von der Zivilprozeßordnung vorgesehene Rechtsmittel angestrebt wird.

Der gemäß § 519 b Abs. 2 ZPO statthaften, form- und fristgerecht eingelegten sofortigen Beschwerde kann der Erfolg nicht versagt bleiben.

1. a) Das Berufungsgericht meint, es sei nicht in ausreichendem Maße glaubhaft gemacht, daß die unterbliebene Wiedervorlage der Akten zum 8. und 15. Oktober 1987 tatsächlich auf einem alleinigen Verschulden der Bürovorsteherin beruhe. Diese habe zwar eine pauschale eidesstattliche Versicherung abgegeben, sämtliche Angaben in der Berufungs- und Wiedereinsetzungsbegründungsschrift seien zutreffend. Gleiches habe auch Rechtsanwalt Fr. [REDACTED] eidesstattlich versichert. Aus der vorgelegten Kopie des Fristenkalenders ergebe sich auch, daß die Frist in der vorliegenden Sache am 8. Oktober 1987 mit einer Vorfrist und am 15. Oktober 1987

in der Spalte "Fristablauf heute" eingetragen sei. Tatsächlich sei aber an beiden Tagen in den Fristenkalender Einsicht genommen worden, denn andere an diesen Tagen eingetragene Fristen seien durchgestrichen worden. Es sei nicht vorgetragen, warum die Bürovorsteherin "anscheinend die Fristwahrung der übrigen Sachen an den beiden Tagen überwachte", in der vorliegenden Sache aber nichts unternommen habe.

Dieser Beurteilung des Berufungsgerichts kann nicht beigetreten werden. Sie beruht auf der Schlußfolgerung, am 8. und 15. Oktober 1987 müsse in den Fristenkalender Einsicht genommen worden sein, weil für diese beiden Tage im Kalender notierte Fristen gestrichen worden sind. Dieser Schluß ist jedoch nicht zwingend. Denn für den 8. und 15. Oktober 1987 notierte Fristen können schon vor diesen beiden Tagen im Kalender gestrichen worden sein, weil diese Fristen schon vor Ablauf der im Kalender notierten Fristen erledigt worden waren, wie der Beklagte im Schriftsatz vom 4. Januar 1988 angeführt hat. War das aber so, dann ist die Annahme des Berufungsgerichts unzutreffend, die Bürovorsteherin habe am 8. und 15. Oktober 1987 in den Fristenkalender Einsicht genommen.

b) Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, das Vorbringen "wann und warum die Fristversäumung" erst am 19. Oktober 1987 bemerkt worden sei, könne "nicht überzeugen". Es gebe keinen Grund, warum der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte des Beklagten, der sonst nach seinem eigenen Vorbringen voll auf seine zuverlässige Bürovorsteherin vertraut habe, den Fristenkalender am Montag, den 19. Oktober 1987 persönlich eingesehen habe.

Auch diese Begründung ist nicht stichhaltig. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es nicht ungewöhnlich, daß ein Rechtsanwalt gelegentlich persönlich in den Fristenkalender Einsicht nimmt, dessen Führung er einer Bürovorsteherin anvertraut hat. Er ist dazu sogar verpflichtet, weil auch zuverlässiges Büropersonal stichprobenartig zu überprüfen ist, wenn ihm so weittragende Aufgaben wie die Notierung von Rechtsmittelfristen übertragen worden sind. Darüber hinaus ist nicht ungewöhnlich, daß sich ein Rechtsanwalt zu Beginn der Woche durch einen Blick in den Fristenkalender einen zusammenfassenden Überblick über die in der Woche zu erledigenden Fristsachen verschafft. Nachteilige Schlüsse können aus einem solchen Verhalten nicht gezogen werden.

c) Schließlich hat das Berufungsgericht beanstandet, eine Ausgangskontrolle sei "in der Büroordnung des erstinstanzlichen Bevollmächtigten offensichtlich nicht vorgesehen". Es sei daher möglich, daß eine Frist im Kalender gelöscht werde, wenn die Akte dem Bevollmächtigten vorgelegt werde, ohne daß eine Kontrolle erfolge, ob der entsprechende Schriftsatz das Anwaltsbüro tatsächlich verlassen habe. Eine solche Ausgangskontrolle "wäre zumindest ein weiterer Beweggrund für die Bürovorsteherin gewesen, den Fristenkalender auch daraufhin zu überwachen, ob in den eingetragenen Sachen Schriftsätze das Haus auch verlassen".

Auch dieser Argumentation des Berufungsgerichts kann nicht beigetreten werden. Sie beruht auf der Annahme, im Büro des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Beklagten sei keine Postausgangskontrolle der vom Berufungsgericht vermißten Art vorgesehen. Wie den in Kopie

vorgelegten Seiten 112 bis 117 der Büroordnung entnommen werden kann, ist eine derartige Postausgangskontrolle im Büro des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Beklagten jedoch eingerichtet. Bei dieser Sachlage kann unentschieden bleiben, ob eine fehlende oder mangelhafte Postausgangskontrolle für die hier in Rede stehende Versäumung der Berufungsfrist ursächlich geworden sein könnte, wie das Berufungsgericht angenommen hat.

Dem Beklagten kann daher die begehrte Wiedereinsetzung nicht mit den Gründen des angefochtenen Beschlusses verweigert werden.

2. Gleichwohl kann der Senat noch nicht abschließend über das Wiedereinsetzungsgesuch entscheiden.

a) Der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten hat die in dem Wiedereinsetzungsgesuch enthaltenen tatsächlichen Angaben durch eine eidesstattliche Versicherung des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten und eine solche der Bürovorsteherin Sonja G. glaubhaft zu machen versucht. Beide enthalten keine eigene Sachdarstellung, sondern nehmen pauschal auf die Angaben im Wiedereinsetzungsgesuch Bezug. Der IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (Beschuß vom 13. Januar 1988 - IVa ZB 13/87) hat diese Art der eidesstattlichen Versicherung als eine "weit verbreitete Unsitte" angeprangert und mit Recht darauf hingewiesen, daß gegen die Verwertung solcher eidesstattlichen Versicherungen durchgreifende Bedenken bestehen. Ganz allgemein können sie sich nur auf die in der Antragsschrift enthaltenen tatsächlichen

Angaben, nicht aber auf deren Würdigung und rechtliche Beurteilung beziehen. Die Grenze zwischen Tatsachenbehauptungen und rechtlicher Argumentation ist aber gerade bei Wiedereinsetzungsgesuchen oft fließend; es können daher sowohl bei dem Unterzeichner der eidesstattlichen Versicherung als auch beim Gericht leicht Zweifel darüber entstehen, inwieweit die Ausführungen im Wiedereinsetzungsgesuch durch die eidesstattliche Versicherung gedeckt werden. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, daß in beiden eidesstattlichen Versicherungen lediglich die Floskel enthalten ist "die Angaben in der Berufungs- oder Wiedereinsetzungsbegründungsschrift vom 22. Oktober 1987 sind zutreffend", eine Floskel, die ersichtlich in diesem Umfang nicht vom Wissen der Bürovorsterin Sonja G. getragen sein kann. Denn diese hat durch die pauschale Bezugnahme auf die Berufungs- und Wiedereinsetzungsbegründungsschrift vom 22. Oktober 1987 unter anderem eidesstattlich versichert, die Berufungsfrist sei "aufgrund des Posteingangs am 15. September 1987 von Herrn Rechtsanwalt Fr. persönlich notiert, und zwar der Fristablauf auf den 15. Oktober 1987, sowie eine Vorfrist auf Donnerstag, den 8. Oktober 1987". Das konnte und wollte Frau G. offensichtlich nicht erklären, da sie am 15. September 1987 in Mutterschaftsurlaub war und deshalb von vornherein nicht bekunden kann, ob und welche Fristen Rechtsanwalt Fr. an diesem Tag in den Fristenkalender eingetragen hat.

Der Beklagte wird daher eidesstattliche Versicherungen mit eigener Sachdarstellung vorzulegen haben. Erst wenn die neuen eidesstattlichen Versicherungen vorliegen, wird sich abschließend beurteilen lassen, ob die Sachdarstellung im

Wiedereinsetzungsgesuch hinreichend glaubhaft gemacht worden ist.

b) Nach der Sachdarstellung des Beklagten im Schriftsatz vom 4. Januar 1988 sind die übrigen auf den 8. und 15. Oktober 1987 notierten Fristen bereits vor Ablauf der jeweils notierten Frist im Fristenkalender gestrichen worden, weil die Sachen schon vor Fristablauf erledigt gewesen seien. Das wird der Beklagte zu belegen und glaubhaft zu machen haben.

Bruchhausen

Brodeßer

von Albert

Rogge

Maltzahn