



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

I ZB 23/01

vom

27. Februar 2002

in der Beschwerdesache

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 27. Februar 2002 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Pokrant, Dr. Büscher und Dr. Schaffert

beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde der Klägerin wird der Beschluß des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen - 1. Zivilsenat - vom 28. August 2001 aufgehoben.

Der Klägerin wird wegen der Versäumung der Berufungsfrist gegen das Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Bremen vom 26. April 2001 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 25.564,59 € (= 25.564,59 DM) festgesetzt.

Gründe:

I. Die Klägerin nimmt, nachdem sie die Klage gegen die Beklagte zu 1 im ersten Rechtszug zurückgenommen hat, die Beklagte zu 2 auf Unterlassung und Auskunftserteilung in Anspruch, weil sie meint, ihr Urheberrecht an einem Werbeprospekt, den sie für die Beklagte zu 2 im Jahr 1997 angefertigt hat, werde durch einen von dieser im Jahr 2000 herausgegebenen Werbeprospekt

verletzt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Urteil ist den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin am 2. Mai 2001 zugestellt worden. Die Klägerin hat gegen das Urteil mit vom 5. Juni 2001 - dem Dienstag nach Pfingsten - datierendem Schriftsatz Berufung eingelegt. Der Vorsitzende des Berufungssenats hat die Klägerin mit Schreiben vom 21. Juni 2001 darauf hingewiesen, daß das Rechtsmittel erst am 8. Juni 2001 und damit verspätet beim Oberlandesgericht eingegangen sei. Die Klägerin hat hierauf mit Schriftsatz ihrer Prozeßbevollmächtigten vom 4. Juli 2001, der beim Berufungsgericht am 5. Juli 2001 eingetroffen ist, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsfrist beantragt. Zugleich hat sie erneut Berufung eingelegt und diese sachlich begründet.

Zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags hat die Klägerin vorgebracht, die Berufungsschrift sei tatsächlich am 5. Juni 2001 kurz nach 16.00 Uhr von der seit Januar 2001 bei Rechtsanwalt S. , der bei der Vorbereitung der Berufungsbegründung zugearbeitet habe, beschäftigten Praktikantin M. W. in den Briefkasten des Berufungsgerichts eingeworfen worden. Die Praktikantin W. habe sich im Anschluß daran in die Kanzlei des Rechtsanwalts S. begeben, dessen Frage, ob sie den Schriftsatz auftragsgemäß eingeworfen habe, bejaht und in der Handakte einen entsprechenden Vermerk angebracht. Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin, Rechtsanwalt N. , habe auf seine am 5. Juni 2001 zwischen 16.00 Uhr und 17.00 Uhr erfolgte telefonische Nachfrage dementsprechend von Rechtsanwalt S. bestätigt bekommen, daß der Schriftsatz in den Briefkasten des Berufungsgerichts gelangt sei. Bei diesem Geschehensablauf sei es unerklärlich, wie die fristgerecht eingereichte Berufungsschrift den Eingangsstempel des Berufungsgerichts vom

8. Juni 2001 erhalten habe. Zumindest aber fehle es an einem Verschulden der Prozeßbevollmächtigten der Klägerin an der Fristversäumung.

Zum Nachweis für die Richtigkeit ihres Vorbringens hat die Klägerin u.a. eidesstattliche Versicherungen ihres Prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalt N. , der in dessen Kanzlei als Mitarbeiterin tätigen Frau I. K. , des Rechtsanwalts S. und der Praktikantin W. sowie eine Kopie des von dieser unter dem 5. Juni 2001 gefertigten Aktenvermerks vorgelegt. Des weiteren hat sie die Mitarbeiterin K. , den Rechtsanwalt S. und die Praktikantin W. auch als Zeugen für die Richtigkeit ihres Sachvortrags benannt.

Das Berufungsgericht hat den Antrag der Klägerin auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen und deren Berufung als unzulässig verworfen.

II. Die dagegen gerichtete, gemäß § 519 b Abs. 2 2. Halbs., §§ 547, 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthafte, formgerecht und innerhalb der Frist des § 577 Abs. 2 Satz 1 ZPO eingelegte und damit zulässige sofortige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag für unbegründet erachtet, weil die Klägerin nicht glaubhaft gemacht habe, daß ihren Prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalt N. , dessen Verhalten sie sich zurechnen lassen müsse, kein Verschulden an der Versäumung der Berufungsfrist treffe. Die Darstellung in der eidesstattlichen Versicherung der Praktikantin W. , wonach diese die Berufungsschrift bereits am 5. Juni 2001 in den Briefkasten des Oberlandesgerichts eingeworfen habe, stelle sich nach den Umstän-

den und insbesondere unter Berücksichtigung der dienstlichen Stellungnahmen des in der Eingangsstelle des Gerichts tätig gewesenen Verwaltungsamtmanns B. nicht als überwiegend wahrscheinlich dar. An der damit anzunehmenden Fristversäumung treffe den Rechtsanwalt N. ein Verschulden, weil er den Botengang zum Oberlandesgericht unter den gegebenen Umständen der Praktikantin W. nicht hätte anvertrauen dürfen.

2. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Der angefochtene Beschluß kann schon deshalb keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht keine hinreichenden Feststellungen zu den - von Amts wegen zu prüfenden - Voraussetzungen der Zulässigkeit der Berufung getroffen hat. Das Berufungsgericht hat das Vorbringen der Klägerin, sie habe die Berufungsschrift am 5. Juni 2001 und damit noch rechtzeitig in den Briefkasten des Berufungsgerichts eingeworfen, allein anhand des Eingangsstempels, der eingeholten dienstlichen Stellungnahmen und der vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen geprüft. Das war bei der gegebenen Sachlage verfahrensrechtlich nicht ausreichend. Zwar gilt für die Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Rechtsmittels, auch soweit es um die Rechtzeitigkeit der Einlegung und in diesem Rahmen um die Entkräftung des aus einem Stempel ersichtlichen Eingangsdatums geht, der sogenannte Freibeweis. Dadurch werden die Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung aber nicht herabgesetzt; zur Beweisführung hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen ist voller Beweis zu erbringen. Reichen dazu die auch im Rahmen des Freibeweises zu erbringenden eidesstattlichen Versicherungen nicht aus, so muß auf die Vernehmung der Beweispersonen als Zeugen zurückgegriffen werden (vgl. zu Vorstehendem BGH, Beschl. v. 4.6.1992 - IX ZB 10/92, NJW-

RR 1992, 1338, 1339; Beschl. v. 7.12.1999 - VI ZB 30/99, NJW 2000, 814; Urt. v. 24.4.2001 - VI ZR 258/00, NJW 2001, 2722, 2723, jeweils m.w.N.).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hätte das Berufungsgericht, da es die von der Klägerin vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen für nicht ausreichend erachtet hat, zur Feststellung der Rechtzeitigkeit der Berufungseinlegung grundsätzlich den von der Klägerin insoweit angetretenen Zeugenbeweis erheben müssen.

b) Dem braucht in vorliegendem Fall jedoch ausnahmsweise nicht nachgegangen zu werden. Denn der Klägerin ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts jedenfalls Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, weil sie glaubhaft gemacht hat, daß sie ohne ihr Verschulden verhindert war, die Berufungsfrist einzuhalten (§§ 233, 236 Abs. 2 ZPO).

Der Umstand, daß die Klägerin an sich behauptet, die Frist zur Einlegung der Berufung gewahrt zu haben, steht der beantragten Wiedereinsetzung nicht grundsätzlich entgegen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist es zulässig, die Einhaltung der Frist zu behaupten und den Wiedereinsetzungsantrag für den Fall zu stellen, daß das Gericht den Beweis für die Fristwahrung nicht als geführt ansieht (BGH, Beschl. v. 27.11.1996 - XII ZB 177/96, NJW 1997, 1312); dementsprechend ist der Wiedereinsetzungsantrag auch als Hilfsantrag statthaft (vgl. BGH NJW-RR 1992, 1338 f.; NJW 2000, 814 f.; NJW 2001, 2722 f.). Das muß aus Gründen der Verfahrensvereinfachung auch in den Fällen gelten, in denen es einerseits zur Feststellung der Rechtzeitigkeit der Berufung noch weiterer Beweiserhebungen bedarf, andererseits aber schon jetzt davon auszugehen ist, daß selbst dann, wenn

sich die Fristwahrung nicht mit der erforderlichen Überzeugung feststellen läßt, jedenfalls Wiedereinsetzung zu gewähren wäre. So liegt es hier.

Anders als das Berufungsgericht gemeint hat, wäre eine - unterstellte - Fristversäumung angesichts des glaubhaft gemachten Sachverhalts nicht auf ein Verschulden des Prozeßbevollmächtigten zurückzuführen, für das die Klägerin nach § 85 Abs. 2 ZPO einzustehen hätte. Das Berufungsgericht hat vorliegend die Anforderungen an die Anwaltpflichten überspannt.

Das Berufungsgericht ist im Ausgangspunkt allerdings zutreffend davon ausgegangen, daß sich ein Anwalt bei der Wahrung prozessualer Fristen für bloße Hilfstätigkeiten, wie vor allem Botengänge, auch solcher Hilfskräfte bedienen kann, die nicht die Qualifikation besitzen, die für die selbständige Fristenberechnung und Fristenkontrolle verlangt wird (BGH, Beschl. v. 13.1.1988 - IVa ZB 13/87, NJW 1988, 2045; Beschl. v. 3.7.1992 - V ZB 11/92, BGHR ZPO § 233 - Büropersonal 5). Wegen der geringen Anforderungen, die an einen Botengang gestellt werden, kann dieser nach der Rechtsprechung auch schon Auszubildenden im ersten Lehrjahr übertragen werden (BGH, Urt. v. 17.12.1997 - IV ZR 93/97, BGHR ZPO § 233 - Büropersonal 12). Vorliegend hat die Klägerin glaubhaft gemacht, daß die mit dem Botengang betraute Praktikantin W. bereits vier Monate in einem Anwaltsbüro angestellt war; sie war von einem der in diesem Büro tätigen Rechtsanwälte damit betraut worden, die Handakte des streitgegenständlichen Verfahrens abzuholen, da dieser Anwalt aufgrund einer mit dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin getroffenen Vereinbarung eine gutachtliche Stellungnahme zur Vorbereitung der Berufungsbeurteilung in dieser Sache fertigen wollte. Die Klägerin hat weiter glaubhaft gemacht, daß sich ihr Prozeßbevollmächtigter zuvor bei seinem Kollegen telefo-

nisch vergewissert hat, ob der Praktikantin die Berufungsschrift zum Einwurf in den Nachtbriefkasten anvertraut werden könne. Erst nachdem dies bestätigt und der Praktikantin der Weg zu dem nur wenige Minuten entfernten Oberlandesgericht, das sich ebenso wie die Kanzlei des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin und des eingeschalteten Kollegen in der S. Straße in B. befindet, erläutert worden ist, sind ihr die Handakten mit der Berufungsschrift ausgehändigt worden. Angesichts dieses glaubhaft gemachten Sachverhalts hatte der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin keine Veranlassung, an der Zuverlässigkeit der Praktikantin zur Erledigung des in Rede stehenden Botengangs zu zweifeln, zumal die Praktikantin ohnehin mit der Abholung der Handakten in dieser Sache betraut war. Ob die Praktikantin auch in der gebotenen Weise über den drohenden Fristablauf und die Notwendigkeit der Fristwahrung unterrichtet worden war, kann vorliegend ausnahmsweise dahinstehen. Denn die Klägerin hat glaubhaft gemacht, daß sich ihr Prozeßbevollmächtigter noch am selben Tage telefonisch bei seinem Kollegen Gewißheit über den Einwurf der Berufungsschrift in den Nachtbriefkasten verschafft hat; die Praktikantin hat den rechtzeitigen Einwurf gegenüber ihrem Vorgesetzten bestätigt und in dessen Gegenwart einen entsprechenden Vermerk auf dem in der Handakte befindlichen Exemplar der Berufungsschrift vom 5. Juni 2001 angebracht. Mehr kann an Kontrolle für eine Routinetätigkeit wie einen Botengang nicht verlangt und zugemutet werden (BGHR ZPO § 233 - Büropersonal 12).



III. Der angefochtene Beschluß war nach alledem aufzuheben und der Klägerin wegen der Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung zu gewähren.

Erdmann

v. Ungern-Sternberg

Pokrant

Büscher

Schaffert