



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

**I ZB 37/14**

vom

27. November 2014

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 27. November 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Koch, Dr. Löffler und die Richterin Dr. Schwonke

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 15. Juli 2013 wird auf Kosten des Klägers als unzulässig verworfen.

Gründe:

- 1 A. Das Landgericht hat die auf Zahlung von 20.000 € gerichtete Klage des Klägers abgewiesen. Nachdem die innerhalb der Berufungsfrist vom Kläger beantragte Prozesskostenhilfe durch den am 26. März 2013 zugestellten Beschluss des Berufungsgerichts bewilligt worden war, lief die Frist für die Beantragung der Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsfrist am 9. April 2013 - einem Dienstag - ab. Das mit der Berufungseinlegung verbundene Wiedereinsetzungsgesuch des Klägers ging jedoch erst am Donnerstag, den 11. April 2013 beim Berufungsgericht ein.
- 2 Nachdem das Berufungsgericht den Kläger auf die Fristversäumung hingewiesen und Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 27. Juni 2013 gewährt hatte, hat der Kläger mit an diesem Tag eingegangenem Schriftsatz Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Beantragung

der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Berufung beantragt. Zur Begründung hat er vorgetragen, mit der Notierung der Frist sei die in der Kanzlei seines Prozessbevollmächtigten als zuverlässig bekannte und regelmäßig überwachte Rechtsanwaltsfachangestellte A. betraut gewesen. Es habe die allgemeine Anweisung bestanden, Fristen entsprechend in den Fristenkalender zu notieren. Im Falle der Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Einlegung von Berufungen sei danach eine 14-tägige Wiedereinsetzungsfrist nebst einwöchiger Vorfrist zu notieren. Entsprechend der geltenden Frist sei der Wiedereinsetzungsantrag am 9. April 2013 fertiggestellt worden. Die mit der Ausfertigung des Schriftsatzes betraute Rechtsanwaltsfachangestellte H. sei durch den Prozessbevollmächtigten des Klägers im Wege der Einzelanweisung angewiesen worden, den Schriftsatz vorab per Telefax an das Berufungsgericht zu übersenden und die Frist zu wahren. Daneben habe die allgemeine Anweisung bestanden, fristgebundene Schriftsätze vorab per Telefax beim zuständigen Gericht einzureichen. Frau H. sei als zuverlässige Kraft bekannt, werde regelmäßig überwacht und habe in der Vergangenheit Einzelanweisungen zuverlässig ausgeführt. Gleichwohl sei die Übersendung des Wiedereinsetzungsantrags vorab per Telefax offensichtlich unterblieben.

- 3 Das Berufungsgericht hat die Berufung nach Vernehmung der Rechtsanwaltsfachangestellte H. als Zeugin durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 1 ZPO verworfen. In den Gründen seiner Entscheidung hat es den Antrag des Klägers zur Wiedereinsetzung in die Frist zur Beantragung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Berufung zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Klägers, mit der er die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses erstrebt und den Wiedereinsetzungsantrag weiterverfolgt.

4 B. Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag mit der Begründung abgelehnt, der Kläger habe nicht glaubhaft gemacht, dass er unverschuldet an der Einhaltung der Wiedereinsetzungsfrist gehindert gewesen sei. Zwar sei die Darstellung des Klägers, wonach sein Prozessbevollmächtigter die sonst zuverlässige Rechtsanwaltsfachangestellte H. im Wege der Einzelanweisung beauftragt habe, den Schriftsatz vorab per Telefax an das Berufungsgericht zu senden, grundsätzlich geeignet, die Wiedereinsetzung zu begründen. Auch habe die Zeugin H. diese Darstellung bestätigt. Die betreffenden Umstände seien jedoch durch die Vernehmung der Zeugin H. nicht glaubhaft gemacht worden, weil erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Bekundungen der Zeugin gegeben seien.

5 C. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Rechtsbeschwerde hat im Ergebnis keinen Erfolg. Die gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 1, § 238 Abs. 2 Satz 1, § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist unzulässig. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

6 I. Im Streitfall sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß § 574 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt.

7 1. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Zwar hat das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen, der Kläger habe den geltend gemachten Wiedereinsetzungsgrund für die Versäumung der Frist zur Beantragung der Wiedereinsetzung in die Frist zur Einlegung der Berufung nicht glaub-

haft gemacht. Zudem hat sich das Berufungsgericht nicht mit allen vom Kläger geltend gemachten Mitteln zur Glaubhaftmachung auseinandergesetzt. Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist jedoch im Ergebnis richtig. Damit fehlt es an der für die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde gemäß § 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erforderlichen Entscheidungserheblichkeit der dem Berufungsgericht unterlaufenen Rechtsfehler (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., § 574 Rn. 13a).

8 a) Eine Rechtsbeschwerde ist gemäß § 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zulässig, wenn die Ablehnung des Wiedereinsetzungsgesuches den Antragsteller in seinem verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) oder auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt. Diese Verfahrensgrundrechte gebieten es, den Zugang zu den Gerichten nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren. Dies bedeutet, dass einer Partei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht aufgrund von Anforderungen an die Sorgfaltspflichten ihres Prozessbevollmächtigten versagt werden darf, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht verlangt werden und mit denen er auch unter Berücksichtigung der Entscheidungspraxis des angerufenen Spruchkörpers nicht rechnen musste (vgl. BGH, Beschluss vom 9. April 2008 - I ZB 101/06, NJW-RR 2008, 1288 Rn. 6 mwN).

9 b) Gegen diese Grundsätze verstößt die angefochtene Entscheidung. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die vom Kläger beantragte Wiedereinsetzung nicht versagt und seine Berufung daher nicht verworfen werden.

10 aa) Das Berufungsgericht hat die Anforderungen überspannt, die an die Glaubhaftmachung eines Wiedereinsetzungsgrundes zu stellen sind.

- 11 (1) Das Berufungsgericht hat angenommen, die vom Kläger vorgebrachten Umstände seien zwar grundsätzlich geeignet, die Wiedereinsetzung zu begründen. Es fehle jedoch an der Glaubhaftmachung durch die Aussage der als Zeugin vernommenen Rechtsanwaltsfachangestellte H. Nach ihrer Aussage habe die Zeugin gegen die allgemeine Anweisung zum Faxen fristgebundener Schriftsätze, gegen die entsprechende Einzelanweisung des Prozessbevollmächtigten des Klägers, gegen die Anweisung betreffend der Fristenlöschung sowie gegen ihre eigene Praxis verstoßen, Faxaufträge sofort zu erledigen. Für diese bemerkenswerte Häufung von Verfahrensverstößen habe die Zeugin aber keinen plausiblen Grund anzugeben vermocht. Sie habe auf Befragen lediglich erklärt, ein besonders hohes Arbeitsaufkommen oder ähnliches habe an dem Tag nicht geherrscht, nur die allgemein hohe Arbeitsbelastung.
- 12 (2) Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Es genügt den Anforderungen des § 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO, wenn der Antragsteller einen Geschehensablauf glaubhaft macht, bei dem nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist. Zur Glaubhaftmachung eines für die Bejahung der Wiedereinsetzung nach diesen Grundsätzen ausreichenden Versehens ist es dagegen nicht erforderlich, zusätzlich Gründe darzulegen und glaubhaft zu machen, die das Versehen erklären können (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Oktober 1998 - X ZB 33/97, NJW-RR 1999, 428, 429; Beschluss vom 16. November 2004 - VIII ZB 32/04, NJW-RR 2005, 1006 f.; Gerken in Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., § 236 Rn. 8; Musielak/Grandel, ZPO, 11. Aufl., § 236 Rn. 5).
- 13 bb) Die Rechtsbeschwerde rügt zudem mit Recht, dass das Berufungsgericht sich auch nicht mit allen vom Kläger vorgebrachten Mitteln zur Glaubhaftmachung auseinandergesetzt hat.

14 (1) Die Frage, ob die eine Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen im Sinne von § 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO glaubhaft gemacht sind, bestimmt sich nach den zu § 294 ZPO entwickelten Grundsätzen. Danach genügt ein geringerer Grad der richterlichen Überzeugungsbildung; die Behauptung ist glaubhaft gemacht, sofern eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sie zutrifft. Die Feststellung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit unterliegt dem Grundsatz der freien Würdigung des gesamten Vorbringens (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2006 - IX ZB 60/06, NJW-RR 2007, 357 Rn. 11 f.). Ihre Überprüfung durch die Rechtsbeschwerde ist darauf beschränkt, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff und den Glaubhaftmachungsmitteln umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt und nicht gegen Denk- und Naturgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen hat.

15 (2) Diesen Anforderungen wird der angefochtene Beschluss nicht gerecht. Der Kläger hat sich zur Glaubhaftmachung des zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags gehaltenen Vortrags auch auf die anwaltliche Versicherung seines Prozessbevollmächtigten gestützt. Mit dieser Versicherung hat sich das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft nicht auseinandergesetzt. Eine anwaltliche Versicherung ist grundsätzlich ein für die Glaubhaftmachung taugliches Mittel (vgl. BGH, Urteil vom 2. November 1988 - IVb ZR 109/87, FamRZ 1989, 373, 374; Beschluss vom 18. Mai 2011 - IV ZB 6/10, NJOZ 2011, 1809 Rn. 11; Musielak/Grandel aaO § 236 Rn. 5; Zöller/Greger, ZPO aaO § 294 Rn. 5). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht regelmäßig kein Anlass, eine durch eine anwaltliche Versicherung bekräftigte Darstellung kritischer zu würdigen, als dies bei eidesstattlich versicherten Angaben erforderlich ist. Von dem als richtig versicherten Vortrag darf ausgegangen werden, solange nicht konkrete Anhaltspunkte es ausschließen, den geschilderten Sachverhalt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für zutreffend zu erachten (BGH, Beschluss vom 18. Januar 1984 - IVb ZB 212/83, VersR 1984, 861; BGH, FamRZ 1989,

373, 374 mwN). Derartige Anhaltspunkte hat das Berufungsgericht im Streitfall nicht festgestellt.

16 c) Die Rechtsfehler des Berufungsgerichts sind für die Versagung der Wiedereinsetzung jedoch nicht entscheidungserheblich, weil die vom Kläger vorgetragene Umstände aus einem anderen Grund nicht ausreichen, die Voraussetzungen des § 234 Abs. 1 ZPO darzulegen und glaubhaft zu machen. Das Berufungsgericht hat die Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsfrist jedenfalls deshalb zu Recht versagt und die Berufung zu Recht als unzulässig verworfen, weil auch bei Zugrundelegung des Vortrags des Klägers nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Fristversäumung auf einer unzureichend organisierten Ausgangskontrolle im Büro des Prozessbevollmächtigten des Klägers beruht. Dieses Organisationsverschulden seines Prozessbevollmächtigten muss sich der Kläger zurechnen lassen (§ 85 Abs. 2 ZPO).

17 aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen Prozessbevollmächtigte in ihrem Büro eine Ausgangskontrolle schaffen, die zuverlässig gewährleistet, dass die im Fristenkalender vermerkten Fristen erst dann gestrichen oder anderweit als erledigt gekennzeichnet werden, wenn die fristwahrende Maßnahme tatsächlich durchgeführt, der Schriftsatz also gefertigt und abgesandt oder zumindest postfertig gemacht, die weitere Beförderung der ausgehenden Post also organisatorisch zuverlässig vorbereitet worden und nötigenfalls vorab per Telefax übermittelt worden ist (BGH, Beschluss vom 17. Januar 2012 - VI ZB 11/11, NJW-RR 2012, 427 Rn. 9; Beschluss vom 28. Februar 2013 - I ZB 75/12, NJW-RR 2013, 1008 Rn. 6; Beschluss vom 29. Oktober 2013 - X ZB 17/12, GRUR 2014, 102 Rn. 11 - Bergbaumaschine; Beschluss vom 16. Dezember 2013 - II ZB 23/12, juris Rn. 9). Bei der Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax kommt der Rechtsanwalt seiner Verpflichtung zu einer wirksamen Ausgangskontrolle nur dann nach, wenn er

seinem Personal die Weisung erteilt, sich einen Sendebereich ausdrucken zu lassen, auf dieser Grundlage die Vollständigkeit der Übermittlung zu prüfen und die Notfrist erst nach Kontrolle des Sendebereichs zu löschen. Diese Ausgangskontrolle dient nicht nur dazu, Fehler bei der Übermittlung auszuschließen. Vielmehr soll damit ebenso die Feststellung ermöglicht werden, ob der Schriftsatz überhaupt übermittelt worden ist (BGH, Beschluss vom 7. Juli 2010 - XII ZB 59/10, NJW-RR 2010, 1648 Rn. 12 und 14; BGH, NJW-RR 2013, 1008 Rn. 6; BGH, Beschluss vom 17. Juli 2013 - XII ZB 115/13, NJW-RR 2013, 1328 Rn. 6). Zu einer wirksamen Ausgangskontrolle gehört weiterhin eine Anordnung des Prozessbevollmächtigten, die sicherstellt, dass die Erledigung der fristgebundenen Sachen am Abend eines jeden Arbeitstags anweisungsgemäß anhand des Fristenkalenders überprüft wird (BGH, NJW-RR 2012, 427 Rn. 9; NJW-RR 2013, 1008 Rn. 6; BGH, Beschluss vom 16. Dezember 2013 - II ZB 23/12, juris Rn. 9). Der für die Kontrolle zuständige Angestellte ist dabei anzuweisen, Fristen im Kalender grundsätzlich erst zu streichen oder als erledigt zu kennzeichnen, nachdem er sich anhand der Akte vergewissert hat, dass zweifelsfrei nicht mehr zu veranlassen ist (BGH, Beschluss vom 8. Januar 2013 - VI ZB 78/11, NJW-RR 2013, 506 Rn. 10, mwN).

- 18           bb) Der Begründung des Wiedereinsetzungsantrags des Klägers lässt sich nicht entnehmen, dass im Büro seines Prozessbevollmächtigten eine solche Ausgangskontrolle, die einen gestuften Schutz gegen die Fristversäumung bietet, eingerichtet ist. Es ist nicht glaubhaft gemacht, dass eine allgemeine Anweisung besteht, die im Fristenkalender eingetragene Berufungsfrist erst zu löschen, wenn die weitere - rechtzeitige - Beförderung der ausgehenden Post organisatorisch zuverlässig vorbereitet worden ist beziehungsweise bei Übermittlung per Telefax die Kontrolle des Sendebereichs erfolgt ist. Es wird weiter nicht glaubhaft gemacht, dass die Erledigung der fristgebundenen Sachen am Abend eines jeden Arbeitstags anhand des Fristenkalenders und der Akte da-

raufhin überprüft wird, ob zweifelsfrei nichts mehr zu veranlassen ist. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Versäumung der Wiedereinsetzungsfrist bei ordnungsgemäß eingerichteter Ausgangskontrolle hätte vermieden werden können, indem entweder die Frist im Fristenkalender schon nicht fälschlich gestrichen oder anderweit als erledigt gekennzeichnet worden wäre oder, sofern die Frist im Fristenkalender nicht als erledigt gekennzeichnet worden wäre, dies bei der abendlichen Ausgangskontrolle aufgefallen wäre.

- 19            2. Die Rechtsbeschwerde ist auch nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von § 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zulässig, weil das Berufungsgericht unter Hinweis auf § 161 Abs. 1 Nr. 1 ZPO davon abgesehen hat, die Aussage der Zeugin H. zu protokollieren. Die Rechtsbeschwerdebegründung macht insoweit geltend, es sei klärungsbedürftig, ob die Bestimmung des § 161 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, wonach die Aussage eines Zeugen entgegen § 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO nicht in das Protokoll aufgenommen werden muss, wenn das Endurteil der Revision nicht unterliegt, auch gilt, wenn das Berufungsgericht - wie im Streitfall - durch den mit der Rechtsbeschwerde anfechtbaren Beschluss gemäß § 522 Abs. 1 ZPO entscheidet. Diese Frage ist nicht entscheidungserheblich. Auf die Nachprüfbarkeit der Aussage der Zeugin in der Rechtsbeschwerdeinstanz kommt es für die Glaubhaftmachung im Streitfall nicht an. Die Versagung der Wiedereinsetzung ist unabhängig von der Aussage der Zeugin zu Recht erfolgt, weil der Kläger nicht dargelegt und glaubhaft gemacht hat, dass im Büro seines Prozessbevollmächtigten eine hinreichende Ausgangskontrolle eingerichtet war. Es kann deshalb auch auf sich beruhen, ob die notwendige Protokollierung des Inhalts der Beweisaufnahme im Streitfall als ersetzbar angesehen werden kann, weil sich der Inhalt der Zeugenaussage mit der erforderlichen Klarheit aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung oder dem in der Gerichtsakte befindlichen Vermerk des Berichterstatters ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 1963 - VI ZR 273/62, BGHZ 40, 84, 86; Urteil vom 21. April 1993 - XII ZR 126/91,

NJW-RR 1993, 1034; Beschluss vom 24. Juni 2003 - VI ZR 309/02, NJW 2003, 3057, 3058; MünchKomm.ZPO/Wagner, 4. Aufl., § 161 Rn. 8 f.).

20

II. Danach ist die Rechtsbeschwerde gegen den angegriffenen Beschluss als unzulässig zu verwerfen (§ 577 Abs. 1 ZPO). Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Büscher

Schaffert

Koch

Löffler

Schwonke

Vorinstanzen:

LG Oldenburg, Entscheidung vom 28.01.2013 - 5 O 1421/11 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 15.07.2013 - 6 U 38/13 -