



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IX ZB 22/23

vom

11. April 2024

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Schoppmeyer, die Richter Röhl, Dr. Schultz, Weinland und Kunnes

am 11. April 2024

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 17. April 2023 wird auf Kosten der Beklagten als unzulässig verworfen.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 11.829,82 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger nimmt die Beklagte auf Rückzahlung einer Steuerberatervergütung in Höhe von 23.771,97 € nebst Zinsen, hilfsweise auf Auskunftserteilung, und auf Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.176,69 € nebst Zinsen in Anspruch. Das Landgericht hat die Beklagte zu einer Zahlung in Höhe von 11.829,89 € nebst Zinsen sowie zum Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 958,19 € nebst Zinsen verurteilt und im Übrigen die Klage abgewiesen. Gegen das ihr am 3. September 2021 zugestellte Urteil hat die Beklagte rechtzeitig Berufung eingelegt. Die ursprünglich am 3. November 2021 endende Berufungsbegründungsfrist ist auf Antrag der Beklagten bis zum 3. Dezember 2021 verlängert worden.

2 Die Berufungsbegründung der Beklagten vom 3. Dezember 2021, mit der sie die vollständige Klageabweisung begehrt, ist am 4. Dezember 2021 um 00.01 Uhr per Telefax bei dem Berufungsgericht eingegangen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte auf den verspäteten Eingang der Berufungsbegründung und dass die Berufung daher als unzulässig zu verwerfen sei, hingewiesen. Mit Schriftsatz vom 14. Dezember 2021 hat die Beklagte hierauf Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt und behauptet, sie sei wegen eines gegen 23.30 Uhr eingetretenen Stromausfalls infolge eines Kurzschlusses an einer früheren Einreichung gehindert gewesen. Am 8. März 2023 hat das Berufungsgericht darauf hingewiesen, dass der Vortrag der Beklagten, insbesondere im Hinblick auf den behaupteten Kurzschluss, wenig glaubwürdig und auch nicht glaubhaft gemacht sei. Die Beklagte hat zu diesem Hinweis mit Schriftsatz vom 24. März 2023 Stellung genommen, nunmehr geltend gemacht, der tatsächliche Grund für den Kurzschluss sei ein Wasserrohrschaden im ersten Obergeschoss gewesen, und zur Glaubhaftmachung dieses Wasserrohrschadens weitere Anlagen eingereicht, auf eine im Bedarfsfall nachzureichende eidesstattliche Versicherung des Vermieters verwiesen sowie ein Sachverständigengutachten angeboten. Mit dem angefochtenen Beschluss vom 17. April 2023 hat das Berufungsgericht den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen, ohne den angebotenen Sachverständigenbeweis erhoben zu haben.

## II.

3 Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist unzulässig. Die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO, die auch bei einer Rechtsbeschwerde gegen einen die

Berufung als unzulässig verwerfenden Beschluss gewahrt sein müssen, sind nicht erfüllt. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 ZPO) nicht erforderlich. Der Beschluss des Berufungsgerichts steht vielmehr im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung und verletzt nicht die Ansprüche der Beklagten auf die Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG), ein willkürfreies Verfahren (Art. 3 Abs. 1 GG) und effektiven Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip).

4           1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es sei keine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür erkennbar, dass sich der durch die Beklagte behauptete Stromausfall durch Kurzschluss tatsächlich ereignet habe. Dies sei nicht glaubhaft gemacht worden. Es fehle bereits an einer eidesstattlichen Versicherung dazu, dass sich ein Kurzschluss ereignet habe, der eine rechtzeitige Einreichung der Berufungsbegründung unmöglich gemacht habe. Nehme man zugunsten der Beklagten an, der schriftsätzliche Vortrag ihres Prozessbevollmächtigten sei zugleich anwaltlich versichert, spreche keine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass sich der behauptete Stromausfall durch Kurzschluss tatsächlich wie behauptet ereignet habe. Die von der Beklagten aufgeführten Umstände, welche die Behauptung des Kurzschlusses stützen sollten, erschienen nicht plausibel, sondern vielmehr als auffällige, unglückliche Verkettung mehrerer Umstände. Es bestünden keine greifbaren objektiven Anhaltspunkte für den behaupteten Stromausfall infolge eines Kurzschlusses. Im Übrigen blieben - auch bei unterstelltem Kurzschluss - Obliegenheitsverletzungen des Prozessbevollmächtigten der Beklagten mitkausal für die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist.

5           2. Die Rechtsbeschwerde zeigt nicht auf, dass diese Ausführungen einen Zulässigkeitsgrund ergeben.

6 a) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die den Wiedereinsetzungsantrag tragenden Tatsachen seien nicht glaubhaft gemacht worden, ist nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat mit seiner Beurteilung die Ansprüche der Beklagten auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG, auf ein willkürfreies Verfahren nach Art. 3 Abs. 1 GG und auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht verletzt.

7 aa) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass eine Partei zur Begründung ihres Antrags auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist die den Antrag rechtfertigenden Tatsachen gemäß § 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht nur angeben, sondern darüber hinaus auch glaubhaft machen muss. Erforderlich sind danach die Angabe und die Glaubhaftmachung von Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass weder die Partei selbst noch ihren Prozessbevollmächtigten, dessen Verschulden sie sich im Rahmen der Wiedereinsetzung zurechnen lassen muss (§§ 233, 85 Abs. 2 ZPO), ein Verschulden an der Fristversäumnis trifft. Hierzu kann sich der Antragsteller gemäß § 294 Abs. 1 ZPO aller Beweismittel und der Versicherung an Eides statt bedienen. Allerdings sind nach § 294 Abs. 2 ZPO nur präsenste Beweismittel statthaft.

8 bb) Daran gemessen hat die Beklagte die Umstände, welche die Wiedereinsetzung begründen sollen, nicht glaubhaft gemacht, weil sie schon keine präsenten Beweismittel vorgelegt hat.

9 Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten hat die Umstände nicht eidesstattlich versichert. Auch an einer anwaltlichen Versicherung fehlt es. Denn eine anwaltliche Versicherung hätte einer Versicherung der Richtigkeit der vorgetragenen Angaben unter Bezugnahme auf die anwaltlichen Standespflichten bedurft (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Mai 2011 - IV ZB 6/10, NJOZ 2011, 1809 Rn. 11;

vom 22. Oktober 2014 - XII ZB 257/14, NJW 2015, 171 Rn. 16). Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten hat die die Wiedereinsetzung begründenden Umstände - insbesondere den zum Stromausfall führenden Kurzschluss - lediglich schriftsätzlich vorgetragen. Dies genügt grundsätzlich nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Oktober 2014, aaO; vom 20. September 2022 - VI ZB 27/22, MDR 2022, 1428 Rn. 9). Eine auf diese Umstände bezogene Versicherung unter Bezugnahme auf die anwaltlichen Standespflichten enthalten weder der Schriftsatz der Beklagten vom 14. Dezember 2021 noch der auf den Hinweis des Berufungsgerichts erwidern Schriftsatz vom 24. März 2023.

10 Dass für eine Glaubhaftmachung der behaupteten Umstände die mit den Schriftsätzen vom 14. Dezember 2021 und vom 24. März 2023 eingereichten Anlagen genügten, wird weder behauptet noch ist dies sonst ersichtlich. Weitere präsenste und damit im Sinne des § 294 Abs. 2 ZPO statthafte Beweismittel hat die Beklagte nicht angeboten. Die benannten Zeuginnen hätten erst geladen werden müssen, so dass eine sofortige Beweisaufnahme nicht möglich war und dieses Beweismittel gemäß § 294 Abs. 2 ZPO daher unstatthafte war (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Dezember 1995 - XII ZB 173/95, FamRZ 1996, 408, 409; vom 24. November 2022 - I ZR 25/22, MDR 2023, 593 Rn. 9). Die Rechtsbeschwerde macht nur geltend, das Berufungsgericht habe dem Beweisangebot auf Einholen eines Sachverständigengutachtens nachgehen müssen. Dem Angebot auf Erholen eines Sachverständigengutachtens musste das Berufungsgericht nicht nachgehen, weil es sich dabei ebenfalls nicht um ein präsenttes Beweismittel im Sinne des § 294 Abs. 2 ZPO handelt (RGZ 10, 321, 322). Durch die Nichterhebung des angebotenen Beweises hat das Berufungsgericht die Ansprüche der Beklagten auf rechtliches Gehör, ein willkürfreies Verfahren und effektiven Rechtsschutz - entgegen den Ausführungen der Rechtsbeschwerde - nicht verletzt.

- 11           Nichts Anderes folgt aus der seitens der Rechtsbeschwerde in Bezug genommenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Beschluss vom 2. August 2022 - VIII ZB 3/21, NJW 2022, 3232; vom 20. Oktober 2022 - V ZB 26/22, juris). Hiernach muss das Gericht, wenn es einer eidesstattlichen oder anwaltlichen Versicherung im Verfahren der Wiedereinsetzung keinen Glauben schenken will, die Partei darauf hinweisen und ihr Gelegenheit geben, weitere Beweise, insbesondere entsprechenden Zeugenbeweis, anzutreten (vgl. BGH, Beschluss vom 2. August 2022, aaO Rn. 16 mwN; vom 20. Oktober 2022, aaO Rn. 12 mwN). Anders als die Rechtsbeschwerde meint, folgt hieraus nicht die Verpflichtung des Berufungsgerichts zur Einholung des angebotenen Sachverständigengutachtens. Denn vorliegend fehlt es, wie ausgeführt, sowohl an einer eidesstattlichen als auch an einer anwaltlichen Versicherung, so dass die in Bezug genommene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht auf den hiesigen Fall übertragbar ist und es bei dem Grundsatz des § 294 Abs. 2 ZPO verbleibt.
- 12           b) Dahinstehen kann, ob das Berufungsgericht mit seiner Annahme, auch bei unterstelltem Kurzschluss seien Obliegenheitsverletzungen des Prozessbevollmächtigten der Beklagten mitkausal für die Versäumung der Berufungsbe gründungsfrist, den Anspruch der Beklagten auf die Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt hat. Denn jedenfalls wäre ein etwaiger Gehörsverstoß nicht entscheidungserheblich. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu etwaigen Obliegenheitsverletzungen erfolgten unter der Prämisse eines unterstellten Kurz schlusses. Hiervon ist jedoch nicht auszugehen, weil der Kurzschluss - wie oben dargelegt - nicht glaubhaft gemacht wurde. Damit wäre auch bei Fehlen etwaiger

das Handeln nach dem behaupteten Kurzschluss betreffender Obliegenheitsverletzungen eine Stattgabe des Wiedereinsetzungsgesuchs ausgeschlossen.

Schoppmeyer

Röhl

Schultz

Weinland

Kunnes

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 02.09.2021 - 4 O 3689/21 -

OLG München, Entscheidung vom 17.04.2023 - 15 U 6828/21 Rae -