

# Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Zivilprozess

Von Prof. Dr. Klaus Schreiber, Bochum

*Nimmt eine Partei im Zivilprozess eine Prozesshandlung nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Frist vor, so ist diese Handlung versäumt und die Partei mit der fraglichen Prozesshandlung ausgeschlossen. War die Partei jedoch an der rechtzeitigen Vornahme der Prozesshandlung ohne ihr Verschulden gehindert, ist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 233 ZPO möglich. Wird sie gewährt, kann die versäumte Prozesshandlung nachgeholt werden und es wird eine rechtzeitige Ausübung der Handlung fingiert<sup>1</sup>. Der folgende Beitrag stellt neben einer einführenden Darstellung (A.) die Voraussetzungen (B.) und die Rechtsfolgen (C.) einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dar.*

## A. Allgemeines<sup>2</sup>

Durch das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand soll der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG gesichert werden. Sofern anderenfalls eine unangemessene Benachteiligung einer Partei eintreten würde, kann von den strengen gesetzlichen Fristenregelungen abgewichen werden.

## I. Verfahrensarten

§ 233 ZPO steht im allgemeinen Teil der Zivilprozessordnung. Dementsprechend gilt § 233 ZPO in allen Verfahrensarten der ZPO, soweit die Voraussetzungen einer Wiedereinsetzung vorliegen. Daneben ist § 233 ZPO aufgrund von Verweisen auch in anderen Verfahrensordnungen anwendbar (vgl. z. B. §§ 46 Abs. 2, 64 Abs. 6, 80 Abs. 2, 87 Abs. 2 ArbGG). Allerdings findet sich auch eine Reihe von Vorschriften, welche die Regelung des § 233 ZPO modifizieren<sup>3</sup>. Ferner existieren eigenständige Regelungen zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand<sup>4</sup>, die aber in den Grundzügen mit § 233 ZPO übereinstimmen.

## II. Fristarten

**Beispiel 1<sup>5</sup>:** Partei A will innerhalb der mit der gegnerischen Partei vereinbarten Frist einen Prozessvergleich widerrufen. Auf dem Weg zum Gericht wird A ohne eigenes Verschulden von einem betrunkenen Autofahrer angefahren und verletzt. A kommt erst nach Fristablauf wieder zu Bewusstsein. Kann er die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen?

**Beispiel 2:** Der Beklagte A wird vom Vorsitzenden mit der Zustellung der Klage aufgefordert anzuzeigen, ob er sich gegen die Klage verteidigen will (vgl. § 276 Abs. 1 S. 1 ZPO). A will dies und verfasst einen entsprechenden Schriftsatz. Aufgrund eines von A nicht zu vertretenden Umstands wird er jedoch daran gehindert, das Schriftstück dem Gericht fristgerecht zukommen zu lassen. A will nach Fristablauf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erreichen.

Die Wiedereinsetzung ist nicht bei allen prozessualen Fristen möglich. Die versäumte Frist muss gemäß § 233 ZPO vielmehr eine Notfrist sein oder es muss sich um die Frist zur Begründung der Berufung (§ 520 Abs. 2 ZPO), der Revision (§ 551 Abs. 2 ZPO), der Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 Abs. 2 ZPO) oder um die Wiedereinsetzungsfrist (§ 234 Abs. 1 ZPO) handeln. Notfristen sind gemäß § 224 Abs. 1 S. 2 ZPO die Fristen, welche das Gesetz als Notfrist bezeichnet. Dies ist der Fall bei der Einspruchs- (§ 339 Abs. 1 ZPO), der Berufungs- (§ 517 ZPO) und der Revisionsfrist (§ 548 ZPO).

Daneben ist eine Wiedereinsetzung im Sinne des § 233 ZPO für bestimmte Fristen nach dem FamFG (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) möglich. Dazu gehören die Beschwerdeeinlegungs- und Beschwerdebegründungsfrist gemäß §§ 58, 117 Abs. 1 FamFG und die Frist für eine Rechtsbeschwerde bei Ehe- und Familienstreitsachen gemäß §§ 70, 71 FamFG<sup>6</sup>.

Umstritten ist, ob auch bezüglich der Frist zur Einlegung der Anschlussrevision nach § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO eine Wiedereinsetzung möglich ist. Die überwiegende Meinung bejaht das<sup>7</sup>. Da § 233 ZPO eine Ausnahmeregelung darstellt<sup>8</sup>, ist eine analoge Anwendung auf weitere Fristen jedoch nur ausnahmsweise geboten. Insbesondere ist keine Wiedereinsetzung möglich bei der Versäumung von Widerrufsfristen zu Prozessvergleichen<sup>9</sup>. Diese Frist ist eine von den Parteien vereinbarte Frist und unterscheidet sich damit ihrer Natur nach von den in § 233 ZPO genannten Fristen. Außerdem steht es den Parteien frei, eine Wiedereinsetzungsmöglichkeit für den Fall der Fristversäumnis zu vereinbaren, weswegen das Bedürfnis nach einer analogen Anwendung des § 233 ZPO entfällt<sup>10</sup>.

In **Beispiel 1** ist daher keine Wiedereinsetzung möglich.

Ebenfalls umstritten ist, ob bei der Frist zur Anzeige der Verteidigungsabsicht nach § 276 Abs. 1 S. 1 ZPO eine Wiedereinsetzung möglich ist. Das Gesetz bezeichnet diese Frist ausdrücklich als Notfrist, was für eine Wiedereinsetzungsmöglichkeit spricht. Dagegen wird jedoch eingewandt, dass das Bedürfnis nach einer Wiedereinsetzung in diesen Fällen nicht gegeben sei, denn die Folge einer Versäumnis dieser Frist ist gemäß § 331 Abs. 3 ZPO ein Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren; dagegen kann Einspruch eingelegt werden<sup>11</sup>. Damit wird jedoch übersehen, dass ein Zeitraum zwischen der Fristversäumnis und dem Erlass des Versäumnisurteils liegen

<sup>1</sup> So die Formulierung bei *Thomas/Putzo/Hüßtege*, 32. Aufl. 2011, § 233 Rdn. 1.

<sup>2</sup> Vgl. zur Versäumung und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand *Zeiss/Schreiber*, Zivilprozessrecht, 11. Aufl. 2009, § 40.

<sup>3</sup> Z. B. § 186 InsO, § 125 PatG, § 15 ZSEG.

<sup>4</sup> Z. B. §§ 17 ff. FamFG, §§ 44 ff. StPO, §§ 235, 329, § 90 Abs. 2 BVerfGG, §§ 52, 72 OWiG, § 32 VwVfG, § 60 VwGO, § 26 EGGVG, § 67 SGG, §§ 210, 218 BauGB, § 56 FGO, § 110 AO.

<sup>5</sup> Fall nach *Zeiss/Schreiber*, § 40 Rdn. 244. Vgl. auch BGHZ 61, 394.

<sup>6</sup> Die spezielle Wiedereinsetzungsregelung des § 17 FamFG gilt in diesen Fällen nicht (§ 113 Abs. 1 S. 2 FamFG).

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 2006, 215; MünchKomm/Gehrlein, ZPO, Band 1, 3. Aufl. 2008, § 233 Rdn. 14; *Schilken*, Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2010, Rdn. 162; *Thomas/Putzo/Hüßtege*, § 233 Rdn. 5; *Zöller/Greger*, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 233 Rdn. 6. A. A. *Bischoff*, FamRB 2005, 47, 50.

<sup>8</sup> *Thomas/Putzo/Hüßtege*, § 233 Rdn. 3. Fristen dienen grundsätzlich der Rechtssicherheit. Nur in Ausnahmefällen soll dieses Prinzip zugunsten der Einzelfallgerechtigkeit eingeschränkt werden (MünchKomm/Gehrlein, ZPO, § 233 Rdn. 2).

<sup>9</sup> So die h. M.; BGH NJW 1974, 107; 1995, 521; BAG NJW 1986, 1374; 1998, 2844; *Jauernig*, Zivilprozessrecht, 29. Aufl. 2007, § 31 II; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 69 Rdn. 2; *Schellhammer*, 13. Aufl. 2010, Rdn. 1118; *Zeiss/Schreiber*, § 40 Rdn. 248. A. A. *Lüke*, JuS 1973, 45, 47; *Säcker*, ZJP 80, 421, 424; *ders.* NJW 1967, 1117; 1986, 708; *Schilken*, Rdn. 162; *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, Band 3, 22. Aufl. 2005, § 233 Rdn. 12 f.

<sup>10</sup> MünchKomm/Gehrlein, ZPO, § 233 Rdn. 15.

<sup>11</sup> In diesem Sinne z. B. KG NJW-RR 1997, 56; *Kramer*, ZJP 91 (1978), 71, 75; *Rastätter*, NJW 1978, 95; *Thomas/Putzo/Reichold*, § 276 Rdn. 5.

kann, sodass zumindest für diese Zeit ein Bedürfnis nach einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand besteht<sup>12</sup>.

In **Beispiel 2** ist daher nach der hier vertretenen Ansicht eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich.

## B. Voraussetzungen der Wiedereinsetzung

Voraussetzung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist, dass eine Frist schuldlos versäumt wurde, dass die betreffende Prozesshandlung nachgeholt wird und grundsätzlich auch, dass die betreffende Partei fristgerecht einen Wiedereinsetzungsantrag stellt.

### I. Fristversäumnis

Für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand muss eine Frist versäumt worden sein. Das ist der Fall, wenn die betreffende Partei bis zum Ablauf der Frist untätig bleibt, also die betreffende Prozesshandlung nicht vornimmt. Eine Frist ist aber auch dann versäumt, wenn die Prozesshandlung das Gericht nicht rechtzeitig erreicht<sup>13</sup> oder die rechtzeitig vorgenommene Prozesshandlung unwirksam ist<sup>14</sup>. Es kommen alle Hindernisse in Betracht, die objektiv geeignet waren zu verhindern, dass die Prozesshandlung fristgerecht vorgenommen wird. Entscheidend ist, dass das Hindernis kausal für die Fristversäumung war<sup>15</sup>. Es reicht daher nicht aus, wenn ein Hindernis vorliegt, dieses aber vor Fristablauf wegfällt, sodass es der Partei noch möglich gewesen wäre, die betreffende Prozesshandlung fristgerecht vorzunehmen<sup>16</sup>. Kausalität liegt vor, wenn bei Hinwegdenken des Hindernisses bei einem gewöhnlichen Verlauf der Dinge die Frist gewahrt worden wäre<sup>17</sup>.

## II. Wiedereinsetzungsantrag

### 1. Antragsberechtigung

Antragsberechtigt ist die Partei, welche die Frist versäumt hat. Daneben kann auch ein Streithelfer den Wiedereinsetzungsantrag stellen. Er kann ihn entweder auf Gründe stützen, welche die unterstützte Partei betreffen, oder aus eigenem Recht, wenn er selbst eine Frist (z. B. die Begründungsfrist für ein von ihm eingelegtes Rechtsmittel) zu wahren hatte<sup>18</sup>. Der Prozessgegner ist nicht antragsberechtigt, unabhängig davon, ob eine Wiedereinsetzung für ihn im Einzelfall vorteilhaft wäre<sup>19</sup>.

### 2. Zuständigkeit

Der Antrag auf Wiedereinsetzung muss gemäß § 237 ZPO bei dem Gericht gestellt werden, das auch für die versäumte Prozesshandlung zuständig gewesen wäre. Reicht der Antragsteller den Antrag bei einem unzuständigen Gericht ein und übermittelt dieses den Antrag erst nach Ablauf der Antragsfrist an das zuständige Gericht, findet keine Wiedereinsetzung statt<sup>20</sup>.

### 3. Form

Die Form des Wiedereinsetzungsantrags richtet sich gemäß § 236 Abs. 1 ZPO nach den Vorschriften, welche für die versäumte Prozesshandlung gelten. Beispielsweise muss ein Wiedereinsetzungsantrag in Bezug auf eine Berufungsfrist schriftlich erfolgen, denn auch die Berufung erfordert gemäß §§ 519 f. ZPO die Schriftform. Auch die Antwort auf die Frage, ob Anwaltszwang besteht, richtet sich nach der versäumten Prozesshandlung<sup>21</sup>.

## 4. Frist

**Beispiel 3:** A war schuldlos an der fristgerechten Einlegung einer Berufung gehindert. Nachdem der Hinderungsgrund am 1. 2. 2010 weggefallen ist, vergisst er zunächst den Sachverhalt und stellt erst (zusammen mit der Einlegung der Berufung) am 20. 3. 2010 einen Antrag auf Wiedereinsetzung.

**Beispiel 4:** A will Berufung einlegen, ist jedoch aufgrund seiner Mittellosigkeit hieran gehindert, sodass er am 1. 2. 2010 und vor Ablauf der Berufungsfrist einen Antrag auf Prozesskostenhilfe stellt. Die Prozesskostenhilfe wird ihm erst am 20. 4. 2011 bewilligt. Daraufhin stellt A einen Antrag auf Wiedereinsetzung.

Der Wiedereinsetzungsantrag ist gemäß § 234 Abs. 1 S. 1 ZPO innerhalb einer zweiwöchigen Frist zu stellen. Der Fristlauf beginnt gemäß § 234 Abs. 2 ZPO in dem Zeitpunkt, in dem das Hindernis, das zur Versäumung der Frist geführt hat, behoben wird. Das Hindernis gilt als behoben, wenn die Partei (bzw. ihr Vertreter) weiß oder wissen muss, dass die Frist versäumt wurde und die Säumnis somit nicht mehr unverschuldet ist<sup>22</sup>. Das ist in der Regel jedenfalls dann der Fall, wenn sich die Partei oder ihr Bevollmächtigter erneut mit der Sache befasst. Wenn in Prozessen mit Anwaltszwang ein Prozesskostenhilfeantrag gestellt wurde und die positive Entscheidung über die Prozesskostenhilfe der Partei oder deren Bevollmächtigtem bekannt wird, gilt die Fristversäumung ebenfalls nicht mehr als unverschuldet. Der Tag des Fristbeginns wird bei der Berechnung der Frist gemäß § 222 Abs. 1 ZPO, § 187 Abs. 1 BGB nicht mitgerechnet. Alles was nach dem Ablauf der Frist vorgebracht wird, findet keine Berücksichtigung mehr, mit Ausnahme von Ergänzungen oder Erläuterungen bezüglich des fristgemäßen Vorbringens, wenn das Gericht gemäß § 139 ZPO verpflichtet ist, Unklarheiten aufzuklären<sup>23</sup>. Die Frist verlängert sich nach § 234 Abs. 1 S. 2 ZPO auf einen Monat, wenn es um die Versäumung von Rechtsmittelfristen geht. Der Grund für diese Regelung liegt darin, dass Parteien, die Prozesskostenhilfe bewilligt bekommen, einen angemessenen Zeitraum zur Begründung ihres Rechtsmittels haben sollen<sup>24</sup>.

Somit ist in **Beispiel 3** keine Wiedereinsetzung möglich. A hat die Monatsfrist verstreichen lassen. Auch eine Wiedereinsetzung bezüglich der Frist des § 234 Abs. 1 ZPO scheidet aus, weil A die Frist vergaß und daher nicht schuldlos handelte.

Im **Beispiel 4** ist die Höchstfrist des § 234 Abs. 3 ZPO zu beachten. Danach ist nach dem Ablauf eines Jahres kein Antrag auf Wiedereinsetzung mehr möglich, unabhängig davon, ob die sonstigen Voraussetzungen einer Wiedereinsetzung vorlie-

12 MünchKomm/Gehrlein, ZPO, § 233 Rdn. 11, unter Hinweis darauf, dass eine Wiedereinsetzung auch im Hinblick auf den Vollstreckungsschutz (§ 719 Abs. 1 S. 2 ZPO) günstiger ist als ein Einspruch.

13 BGH FamRZ 2004, 1480; 2007, 1167; Schellhammer, Rdn. 1118.

14 BGH FamRZ 2007, 895. Eine wirksame, aber unvollständige Prozesshandlung kann jedoch nicht unter Zuhilfenahme einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ergänzt werden.

15 BGH VersR 1991, 123; 1993, 77; Musielak/Grandel, ZPO, 7. Aufl. 2009, § 233 Rdn. 5.

16 MünchKomm/Gehrlein, ZPO, § 233 Rdn. 18.

17 BGH VersR 1974, 1001.

18 BGH NJW 1985, 2480; MünchKomm/Gehrlein, ZPO, § 233 Rdn. 17.

19 MünchKomm/Gehrlein, ZPO, § 233 Rdn. 17.

20 Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 69 Rdn. 38.

21 Schellhammer, Rdn. 1127.

22 BGH VersR 1974, 1001; Schellhammer, Rdn. 1128.

23 BGH NJW 1998, 907, 908; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 69 Rdn. 33.

24 Die Begründungspflicht beginnt nämlich gemäß § 520 Abs. 2 S. 1 ZPO bereits mit Zustellung des Urteils. Kritisch zu § 234 Abs. 1 S. 2 ZPO Löhnig, FamRZ 2005, 578 ff.

gen<sup>25</sup>. Lediglich, wenn die Ursache für die Fristüberschreitung nicht beim Antragsteller, sondern allein in der Sphäre des Gerichts liegt, kann von dieser Regelung abgewichen werden<sup>26</sup>.

Im **Beispiel 4** ist eine Wiedereinsetzung somit möglich. Zwar ist die Höchstfrist des § 234 Abs. 3 ZPO überschritten, jedoch lag die Tatsache allein in der Sphäre des Gerichts. Dieser Umstand soll A nicht zum Nachteil gereichen.

## 5. Inhalt

Der Antragsteller muss nicht ausdrücklich eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen. Es genügt auch ein konkludenter Antrag<sup>27</sup>, beispielsweise eine verspätet eingereichte Berufungsschrift<sup>28</sup>. Der Antrag muss jedoch die die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten. Das umfasst die Benennung des Hindernisses, die Kausalität zwischen dem Hindernis und dem Versäumen der Frist, die Begründung, warum die Frist schuldlos versäumt wurde, und den Zeitpunkt, in dem der Hinderungsgrund weggefallen ist<sup>29</sup>. Insbesondere beim Verschulden von Büropersonal sind floskelhafte Begründungen nicht ausreichend. Es muss dargelegt werden, warum die betreffende Person als zuverlässig angesehen werden konnte<sup>30</sup> und wie die Organisation der Fristenkontrolle grundsätzlich gewährleistet wird<sup>31</sup>. Die Tatsachen, welche die Wiedereinsetzung begründen, müssen bei der Antragstellung oder im Verfahren über den Antrag glaubhaft gemacht werden (§ 236 Abs. 2 S. 1 ZPO). Der Antragsteller trägt die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen bezüglich der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand<sup>32</sup>. Er muss zwar nicht den Vollbeweis für die Voraussetzungen erbringen, dennoch muss er eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ihres Vorliegens darlegen<sup>33</sup>. Hierfür stehen dem Antragsteller alle Beweismittel offen, welche auch zur Versicherung an Eides statt zugelassen sind (§ 294 Abs. 1 ZPO). Das Gericht muss die Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags von Amts wegen prüfen<sup>34</sup>. Wenn nicht geklärt ist, ob die betreffende Frist wirklich versäumt wurde, ist es möglich, den Wiedereinsetzungsantrag hilfsweise zu stellen.

## 6. Wiedereinsetzung von Amts wegen

Das Gericht kann die Wiedereinsetzung auch von Amts wegen durchführen (§ 236 Abs. 2 S. 2 ZPO). Das setzt voraus, dass die versäumte Prozesshandlung innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 234 Abs. 1 ZPO nachgeholt wird und dass in der Nachholung der Prozesshandlung nicht bereits ein konkludenter Antrag zu sehen ist. Außerdem müssen die die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen dem Gericht bekannt sein<sup>35</sup>.

## III. Schuldlosigkeit

**Beispiel 5:** Partei A begründet fristgemäß eine Berufung und übergibt das Schriftstück ihrem Anwalt, damit dieser die Berufungsschrift zu Gericht bringt. Der Anwalt vergisst die Abgabe jedoch, sodass die Berufung nicht mehr fristgemäß bei Gericht eingeht. A beantragt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

**Abwandlung:** Der von A beauftragte Anwalt hat keine Zeit, um die Berufungsschrift selbst zu Gericht bringen. Er übergibt sie rechtzeitig seinem zuverlässigen, erfahrenen Büroangestellten, damit dieser diese Aufgabe übernimmt. Der Büroangestellte vergisst jedoch aufgrund privater Probleme die Abgabe.

**Beispiel 6:** Partei A begründet fristgerecht ihre Berufung. Anschließend nimmt sie diese Prozesshandlung aufgrund eines unverschuldeten Irrtums zurück. Nach dem Fristablauf für die Berufung begründet sie erneut die Berufung und beantragt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

## 1. Eigenes Verschulden

Der Antragsteller muss die Frist unverschuldet versäumt haben. Die Anforderungen daran dürfen nicht zu hoch sein<sup>36</sup>. Anderes stünde mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem daraus resultierenden Anspruch auf Gewährung von wirkungsvollem Rechtsschutz nicht in Einklang<sup>37</sup>. Insbesondere ist es nicht notwendig, dass die Frist aufgrund eines unabwendbaren Zufalls oder eines Naturereignisses versäumt wird<sup>38</sup>. Verschulden bedeutet daher grundsätzlich, wie im BGB (§ 276), jede Form von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Das bedeutet, dass der Antragsteller die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachten muss<sup>39</sup>. An einen Rechtsanwalt werden darum höhere Anforderungen gestellt als an einen Rechtsunkundigen<sup>40</sup>. Das Verschulden, das eine Wiedereinsetzung ausschließen würde, muss zudem ursächlich für die Fristversäumung gewesen sein. Das bedeutet, dass auch ein zunächst gegebenes Verschulden einer Partei einer Wiedereinsetzung nicht entgegensteht, wenn die Partei danach alles unternommen hat, sodass bei normalem Geschehensablauf die Frist nicht versäumt worden wäre<sup>41</sup>.

## 2. Verschulden Dritter

Der Antragsteller hat nicht nur für eigenes Verschulden einzustehen, sondern gemäß § 51 Abs. 2 ZPO ebenso für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters. Dies ist derjenige, dessen Vertretungsmacht durch Gesetz oder staatliche Anordnung begründet wird<sup>42</sup>. Das betrifft prozessunfähige Personen<sup>43</sup>, insbesondere Minderjährige, die gemäß § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich durch ihre Eltern vertreten werden, und juristische Personen sowie sonstige Gesellschaften. Außerdem steht gemäß § 85 Abs. 2 ZPO das Verschulden des Bevollmächtigten dem Verschulden des Antragstellers gleich. In der Regel wird der Bevollmächtigte ein Rechtsanwalt sein.

In **Beispiel 5** ist dem A somit keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Er muss sich die Fahrlässigkeit seines Rechtsanwalts gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen und hat somit die Frist nicht schuldlos versäumt.

Voraussetzung dieser Vertretung ist das Vorliegen einer wirklichen Vollmacht<sup>44</sup>. Bei einer Bürogemeinschaft ist nur der

25 Durch diese Zeitschranke kommt der Ausnahmeharakter der Vorschrift zum Ausdruck (MünchKomm/Gehrlein, ZPO, § 233 Rdn. 5).

26 Das kann insbesondere der Fall sein wenn über einen Antrag auf Prozesskostenhilfe nicht binnen Jahresfrist entschieden oder die Entscheidung der Partei nicht bekannt gegeben wird (vgl. BGH FamRZ 2004, 1478, 1479; NJW-RR 2008, 878).

27 Zeiss/Schreiber, § 40 Rdn. 251.

28 Zeiss/Schreiber, § 40 Rdn. 251.

29 Musielak/Grandel, § 233 Rdn. 4. Vgl. zu den Anforderungen an einen Wiedereinsetzungsantrag BGH VersR 1983, 270; Müller, NJW 1993, 681 ff.

30 BGH NJW 2002, 2180.

31 BVerfG NJW 2001, 3534; BGH NJW 2002, 443; 2002, 2252; Musielak/Grandel, § 233 Rdn. 4.

32 Grunsky, Zivilprozessrecht, 13. Aufl. 2008, Rdn. 154.

33 BGH NJW-RR 2000, 1367.

34 Musielak/Grandel, § 233 Rdn. 2.

35 Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 69 Rdn. 32.

36 BVerfG NJW-RR 2001, 1076.

37 BVerfG NJW-RR 2001, 1076; vgl. auch BVerfGE 67, 208; 88, 118.

38 BGH NJW 1999, 724; Zeiss/Schreiber, § 40 Rdn. 250.

39 Jauernig, § 31 II; Schilken, Rdn. 163; Zeiss/Schreiber, § 40 Rdn. 250.

40 Musielak/Grandel, § 233 Rdn. 4; Thomas/Putzo/Hüßtege, § 233 Rdn. 13.

41 BGH VersR 1974, 1001.

42 Thomas/Putzo/Hüßtege, § 51 Rdn. 3.

43 Vgl. hierzu Schreiber, JURA 2010, 750 ff.

44 BGH NJW 2008, 2713; BAG MDR 2007, 1459; Thomas/Putzo/Hüßtege, § 85 Rdn. 9.

Rechtsanwalt Vertreter, der das Mandat angenommen hat<sup>45</sup>. Bei Anwaltssozietäten sind Vertreter grundsätzlich<sup>46</sup> alle Rechtsanwälte der Sozietät<sup>47</sup>, nicht jedoch das Büropersonal des Vertreters und sonstige, nur mit unselbstständiger Arbeit befasste Mitarbeiter des Vertreters<sup>48</sup>, selbst wenn diese Personen Volljuristen sind. Ihr Verschulden wird dem Antragsteller auch nicht über § 278 BGB zugerechnet. Etwas anderes gilt nur, wenn der Rechtsanwalt selbst Aufsichtspflichten verletzt hat oder falsche bzw. unvollständige Anweisungen gegeben hat<sup>49</sup>. Hierbei sind die Anforderungen an einen Rechtsanwalt bezüglich des Sorgfaltsmaßstabs besonders hoch anzusetzen. Ein Rechtsanwalt muss in seinem Büro alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen treffen, um eine Fristversäumnis auszuschließen<sup>50</sup>. Hierzu gehört das Führen eines Fristenkalenders, in dem alle ablaufenden Fristen notiert sein müssen<sup>51</sup>. Die Fristberechnung darf ein Rechtsanwalt nur an besonders geschultes Personal delegieren. Bei Arbeitsgerichtsverfahren ist nach der Rechtsprechung<sup>52</sup> keine Delegierung der Fristberechnung möglich, der Anwalt muss sie stets selbst durchführen bzw. die Fristberechnung durch sein Personal prüfen.

In der **Abwandlung des Beispiels 5** ist dem A daher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Ein Büroangestellter ist in der Regel kein Bevollmächtigter im Sinne des § 85 Abs. 2 ZPO. Da der Büroangestellte als zuverlässig galt, ist nicht von einer Aufsichtspflichtverletzung durch den Rechtsanwalt (die sich A nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen müsste) auszugehen.

### 3. Einzelfälle

Die Rechtsprechung zum Verschulden ist umfangreich und kaum zu systematisieren<sup>53</sup>. Deswegen werden nachfolgend einige typische, oft wiederkehrende Sachverhalte skizziert. Dabei ist zu beachten, dass die Entscheidungen einzelfallabhängig sind und von Billigkeitsgesichtspunkten beeinflusst werden<sup>54</sup>:

#### a) Postverkehr

Es ist grundsätzlich als unverschuldet anzusehen, wenn der Antragsteller (oder dessen Vertreter) eine Rechtsmittelschrift fristwährend in den Nachtbriefkasten eines Gerichts einwerfen will, aber das Gericht über keinen Nachtbriefkasten verfügt. Dem Antragsteller darf diese Tatsache jedoch nicht bekannt gewesen sein<sup>55</sup>. Eine nicht zu erwartende Verzögerung bei der Postübermittlung oder gar der Verlust der gesamten Postsendung sind ebenfalls als schuldlos anzusehen<sup>56</sup>. Das gilt jedoch nicht, wenn der Antragsteller die Postsendung unzureichend frankiert und erst nach dem Ablauf der Frist zurückerhält<sup>57</sup>.

#### b) Rechtsunkenntnis

Die Rechtsunkenntnis ist grundsätzlich nicht schuldlos. Die Partei (bzw. ihr Vertreter) muss sich über die Voraussetzungen der Prozesshandlung informieren. Das gilt auch für Ausländer und juristisch nicht vorgebildete Parteien<sup>58</sup>. Insbesondere darf sich die Partei nicht auf Mindermeinungen der Literatur verlassen. Etwas anderes kann gelten, wenn der Ablauf der in Frage stehenden Frist in der Literatur und Rechtsprechung nicht geklärt ist.

Insbesondere ist es nicht als schuldlos anzusehen, wenn der Antragsteller (bzw. dessen Vertreter) erst nach Ablauf der Frist eine für ihn günstige Entscheidung gefunden hat<sup>59</sup>.

#### c) Armut und Krankheit des Antragstellers

Es ist unverschuldet, wenn eine mittellose Partei, die vor dem Ablauf der Rechtsmittelfrist einen Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe gestellt hat, wegen ihrer finanziellen Situa-

tion ohne Prozesskostenhilfe das Rechtsmittel nicht einlegen und daher die Frist nicht wahren kann<sup>60</sup>. Auch eine Erkrankung der Partei oder ihres Vertreters kann für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausreichend sein<sup>61</sup>. Das setzt jedoch voraus, dass keine Vorsorge für die Fristwahrung möglich war<sup>62</sup>. Die Partei muss in diesen Fällen konkret darlegen, in welcher Weise sie die Erkrankung an der Einhaltung der Frist gehindert hat<sup>63</sup>.

Ein Sonderfall liegt vor, wenn eine Partei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und zur Begründung des mangelnden Verschuldens vorträgt, dass die Prozesshandlung ursprünglich rechtzeitig vorgenommen wurde, jedoch dann schuldlos wieder zurückgenommen wurde. Auch in diesen Fällen ist eine analoge Anwendung des § 233 ZPO nicht geboten. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand scheidet aus<sup>64</sup>.

In **Beispiel 6** ist somit ebenfalls keine Wiedereinsetzung möglich. Die Rücknahme von Prozesshandlungen, auch wenn sie schuldlos geschieht, genügt nicht zur Begründung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

## IV. Nachholung der Prozesshandlung

Die versäumte Prozesshandlung muss gemäß § 236 Abs. 2 S. 2 ZPO durch den Antragsteller nachgeholt werden. Die Nachholung hat innerhalb der regelmäßig zweiwöchigen Wiedereinsetzungsfrist zu erfolgen.

## V. Entscheidung über die Wiedereinsetzung

Die Entscheidung, ob eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattfindet, trifft das Gericht, das auch für die versäumte Prozesshandlung zuständig wäre. In der Regel wird das Gericht gemäß § 238 Abs. 1 S. 1 ZPO in einem Verfahren zugleich über den Wiedereinsetzungsantrag und die nachgeholt Prozesshandlung entscheiden. Nur in Ausnahmefällen kann das Gericht das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag beschränken

45 Thomas/Putzo/Hüfstege, § 84 Rdn. 13.

46 Das Mandat kann auch auf einen einzelnen Anwalt beschränkt werden (BGH NJW 1994, 2302).

47 BGH NJW 1995, 1841.

48 Thomas/Putzo/Hüfstege, § 85 Rdn. 13; Zeiss/Schreiber, § 40 Rdn. 250.

49 BAG NJW 1964, 1043; NJW-RR 2001, 1072; Zeiss/Schreiber, § 40 Rdn. 250. Zu den Anforderungen an die Organisationsstruktur eines Rechtsanwaltsbüros siehe Schellhammer, Rdn. 1122 ff.

50 BGH NJW 1993, 1655 f.; Musielak/Grandel, § 233 Rdn. 4.

51 BGH VersR 1977, 670; 1981, 282 f.; Musielak/Grandel, § 233 Rdn. 4.

52 BAG NJW 1975, 232; BGH VersR 1976, 963.

53 Zusammenfassungen der BGH-Rechtsprechung erscheinen regelmäßig in der NJW; vgl. insbesondere Born, NJW 2007, 2088; 2005, 2042; Gerda Müller, NJW 2000, 322; 1998, 497; 1995, 3224; 1993, 681; v. Pentz, NJW 2003, 858.

54 MünchKomm/Gehrlein, ZPO, § 233 Rdn. 28.

55 BGHZ 2, 31; 23, 307; Zeiss/Schreiber, § 40 Rdn. 250.

56 Schilken, Rdn. 163.

57 BGH NJW 2007, 1751; Schellhammer, Rdn. 1120.

58 BGH FamRZ 1989, 1287.

59 BGH NJW 1991, 109; 1993, 667; 2009, 2310; Schellhammer, Rdn. 1120.

60 BGHZ 16, 1; BGH NJW-RR 2000, 1590. Das soll gewährleisten, dass auch mittellose Parteien die Monatsfrist des § 517 ZPO ausnutzen können. Kritisch zu dieser Ansicht Lüderitz, ZJP 78, 131.

61 BGH NJW-RR 1994, 957; 2004, 1500; 2008, 3571; NJW 2009, 3037; Schilken, Rdn. 163.

62 Jauernig, § 31 II.

63 BGH NJW-RR 2003, 143, 145; MünchKomm/Gehrlein, ZPO, § 233 Rdn. 37.

64 BGH NJW 1991, 2839; VersR 1998, 653; MünchKomm/Gehrlein, ZPO, § 233 Rdn. 33; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 69 Rdn. 3.

(§ 238 Abs. 1 S. 2 ZPO). Die Form der Entscheidung richtet sich nach der nachgeholten Prozesshandlung (§ 238 Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann also – entsprechend der nachgeholten Prozesshandlung – nach mündlicher Verhandlung durch Urteil entscheiden oder ohne mündliche Verhandlung den Antrag durch Beschluss zurückweisen und die nachgeholte Prozesshandlung als unzulässig verwerfen. In jedem Fall steht dem Gegner des Antragstellers gemäß Art. 103 Abs. 1 GG der Anspruch auf rechtliches Gehör zu<sup>65</sup>. Die Entscheidung über die Wiedereinsetzung steht nicht im Ermessen des Gerichts<sup>66</sup>. Liegen die Voraussetzungen vor, muss die Wiedereinsetzung gewährt werden. Kann nicht aufgeklärt werden, welche Umstände zu der Fristversäumnis geführt haben, ist eine Wiedereinsetzung ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit des Verschuldens der Partei oder des Bevollmächtigten besteht. Es reicht jedoch aus nachzuweisen, dass den Bevollmächtigten kein Verschulden trifft; in diesem Fall geht die Unaufklärbarkeit bezüglich des eigenen Verschuldens nicht zu Lasten der Partei<sup>67</sup>.

Die Wiedereinsetzung ist gemäß § 238 Abs. 3 ZPO unanfechtbar. Das gilt auch, wenn dem Gegner des Antragstellers kein rechtliches Gehör gewährt wurde<sup>68</sup>. Ihm bleibt in diesem Fall nur die Rüge gemäß § 321 a ZPO. Gegen eine ablehnende Entscheidung sind gemäß § 238 Abs. 2 S. 1 ZPO die Vorschriften anzuwenden, die für die nachgeholte Prozesshandlung gelten. Allerdings kann die Partei, die den Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt hat, keinen Einspruch einlegen (§ 238 Abs. 2 S. 2 ZPO).

### C. Rechtsfolgen der Wiedereinsetzung

Die Wiedereinsetzung bewirkt, dass das Verfahren in den Zustand vor der Fristversäumnis zurückversetzt wird. Die zwischenzeitlich eingetretenen nachteiligen Folgen der Fristversäumnis werden automatisch rückwirkend beseitigt<sup>69</sup>. Bereits ergangene Entscheidungen werden gegenstandslos, ohne dass es einer gesonderten Aufhebung bedarf<sup>70</sup>. Das die Wiedereinsetzung gewährende Gericht ist an die getroffene Entscheidung nach § 318 ZPO gebunden<sup>71</sup>. Die Kosten der Wieder-

einsetzung trägt grundsätzlich der Antragsteller (§ 238 Abs. 4 ZPO).

Ebenso kann durch eine Wiedereinsetzung auch die Rechtskraft eines Urteils beseitigt werden, wenn sich die Wiedereinsetzung auf eine Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels (Notfristen nach §§ 517, 548 ZPO) bezog<sup>72</sup>. Diese Rechtsfolge ist jedoch umstritten, soweit sie sich auf Gestaltungsurteile bezieht<sup>73</sup>.

### D. Zusammenfassung

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand soll Parteien zugute kommen, die schuldlos an der Einhaltung einer Frist gehindert waren. Dadurch soll der grundrechtlich geschützte Anspruch auf rechtliches Gehör verwirklicht werden. Die Wiedereinsetzung ist nur bei der Säumnis bestimmter prozessualer Fristen möglich und grundsätzlich nicht ohne gesetzliche Anordnung entsprechend auf andere als die in § 233 ZPO genannten Fristen erweiterbar. Wichtigste Voraussetzung der Wiedereinsetzung ist die Schuldlosigkeit der Fristversäumnis. Hier ist zu beachten, dass der Partei auch das Verschulden ihres Vertreters zugerechnet wird. Bereits ergangene Urteile sind durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand grundsätzlich als gegenstandslos anzusehen.

<sup>65</sup> *Jauernig*, § 31 III.

<sup>66</sup> Vgl. den Wortlaut des § 233 ZPO: »... ist (...) zu gewähren.«

<sup>67</sup> BGH VersR 1982, 1167; BAG NJW 1990, 2707; MünchKomm/*Gehrlein*, ZPO, § 233 Rdn. 17.

<sup>68</sup> BGH NJW 1995, 2497; 2003, 211; *Schellhammer*, Rdn. 1133.

<sup>69</sup> *Schellhammer*, Rdn. 1132; *Zöller/Greger*, § 238 ZPO Rdn. 3.

<sup>70</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 69 Rdn. 8.

<sup>71</sup> BGH NJW 1954, 880; *Schellhammer*, Rdn. 1132.

<sup>72</sup> *Zeiss/Schreiber*, § 40 Rdn. 249.

<sup>73</sup> Der BGH bejaht die Möglichkeit (BGHZ 98, 328); ebenso *Bruns*, JZ 1959, 149 ff.; hierzu auch *Zeiss/Schreiber*, § 40 Rdn. 249; § 70 Rdn. 564 m. w. N.