

BUNDESGERICHTSHOF

IVb ZB 106/89

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den
Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Portmann,
Dr. Blumenröhr, Dr. Krohn und Nonnenkamp

am 6. Dezember 1989

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß des
Oberlandesgerichts Nürnberg, 7. Zivilsenat und
Senat für Familiensachen als Feriensenat, vom
25. Juli 1989 wird auf Kosten des Beklagten zu-
rückgewiesen.

Beschwerdewert: 2.391 DM

Gründe:

I.

Durch Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht -
Nürnberg vom 8. Mai 1989 wurde der Beklagte verurteilt, für
die Zeit vom 1. Juli bis zum 16. Oktober 1988 insgesamt
2.391 DM Trennungsunterhalt an die Klägerin zu zahlen. Das
Urteil wurde dem Beklagten zu Händen seines Prozeßbevoll-
mächtigten Rechtsanwalt Z am 16. Mai 1989 zugestellt.
Am 13. Juni 1989 legte Rechtsanwalt Z mit der Erklä-
rung, er vertrete den Beklagten auch in der Berufungsin-
stanz, für diesen Berufung gegen das amtsgerichtliche Urteil

- 3 -

ein. Mit Schriftsatz vom 27. Juni 1989, eingegangen am 28. Juni 1989, nahm er die Berufung zurück. Am 30. Juni 1989 legte Rechtsanwalt M "namens und in Vollmacht des Berufungsklägers" erneut für den Beklagten Berufung gegen das Urteil des Familiengerichts ein und beantragte, ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist zu gewähren. Zur Begründung des Wiedereinsetzungsgesuchs trug der Beklagte unter anwaltlicher Versicherung von Rechtsanwalt M und eigener eidesstattlicher Versicherung vor: Er habe sich Ende Mai 1989 entschlossen, über Rechtsanwalt M Berufung gegen das Unterhaltsurteil einzulegen, und habe diesem deshalb die Unterlagen zur Prüfung der Erfolgsaussicht übergeben. Als er am 13. oder 14. Juni 1989 von Rechtsanwalt Z die Mitteilung erhalten habe, daß dieser Berufung eingelegt habe, sei er darüber überrascht gewesen; denn er habe angenommen, Rechtsanwalt Z werde ohne ausdrückliche Rücksprache mit ihm nichts mehr in der Sache unternehmen. Nach einer fernmündlichen Besprechung mit Rechtsanwalt M am 15. Juni 1989 habe dieser ihm zur Berufung geraten. Darauf habe er erklärt, daß Rechtsanwalt Z bereits Berufung eingelegt habe, dabei habe es sich jedoch um ein Versehen gehandelt; denn Rechtsanwalt M solle ihn vertreten. Dieser habe ihn sodann darauf hingewiesen, daß er ihn in der Berufung nur vertreten wolle und könne, wenn der Auftrag an Rechtsanwalt Z beendet sei; wenn er, der Beklagte, das wolle, müsse er sich umgehend an Rechtsanwalt Z wenden und ihm anzeigen, daß er in der Sache nicht mehr durch ihn vertreten sein möchte. Daraufhin habe er, der Beklagte, am 16. Juni 1989 an Rechtsanwalt Z folgendes geschrieben: "Anbei möchte

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ich Ihnen hiermit mitteilen, in obiger Sache nichts mehr zu unternehmen und einzustellen ... Bitte teilen Sie mir meine entstandenen Kosten mit ...". Rechtsanwalt Z. habe dieses Schreiben als Auftrag zur Rücknahme der Berufung verstanden, was er, der Beklagte, nicht gewollt habe. Er habe sich in seinem Schreiben erkennbar in der Wahl seiner Worte vertan, ohne daß ihm das bewußt gewesen sei.

Das Oberlandesgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung des Beklagten gegen das amtsgerichtliche Urteil als unzulässig verworfen. Es hat ein die Wiedereinsetzung ausschließendes Verschulden des Beklagten angenommen, weil dieser durch die, wie er selbst einräume, mißverständliche Fassung seines Schreibens vom 16. Juni 1989 die Rücknahme der rechtzeitig eingelegten Berufung durch seinen bisherigen Prozeßbevollmächtigten verursacht habe. Bei Anwendung der nach Sachlage erforderlichen und auch zu erwartenden prozessualen Sorgfalt hätten der Beklagte und Rechtsanwalt Z., dessen Verschulden der Beklagte sich zurechnen lassen müsse, das Mißverständnis und damit die Berufungsrücknahme ohne weiteres vermeiden können, der Beklagte durch unmißverständliche Abfassung des Schreibens vom 16. Juni 1989, der Anwalt durch vergewissernde Rückfrage oder persönliche Kontaktaufnahme.

Gegen diesen ihm am 5. August 1989 zugestellten Beschluß hat der Beklagte am 21. August 1989 (Montag) sofortige Beschwerde eingelegt, mit der er sich gegen die Annahme eines ihn oder Rechtsanwalt Z. treffenden Verschuldens wendet. Dazu führt er aus: Rechtsanwalt Z. habe nach dem objektiven Erklärungswert des Schreibens vom 16. Juni

1989 davon ausgehen dürfen, daß die Berufung zurückgenommen werden solle. Er habe deshalb keinen Anlaß zu einer nochmaligen Rücksprache mit ihm, dem Beklagten, gehabt. Ihn selbst treffe ebenfalls kein Verschulden; denn er habe sich bei Abfassung seines Schreibens in einem ihm nicht vorwerfbaren Erklärungsirrtum befunden. Da er über keine besondere Ausbildung verfüge, habe das Oberlandesgericht bei ihm einen seine Fähigkeiten überfordernden Sorgfaltsmaßstab angelegt. Er habe sich rechtzeitig mit seinem jeweiligen Bevollmächtigten in Verbindung gesetzt und damit nach Lage der Dinge alles getan, was ihm zur Förderung des Verfahrens erforderlich erschienen sei. Unter diesen Umständen könne man ihm eine falsche Wortwahl nicht als Verschulden anlasten.

II.

Die sofortige Beschwerde hat keinen Erfolg.

1. Die durch den am 13. Juni 1989 - rechtzeitig innerhalb der bis zum 16. Juni 1989 laufenden Rechtsmittelfrist - eingegangenen Schriftsatz des Rechtsanwalts Z eingelegte (erste) Berufung ist am 28. Juni 1989 rechtswirksam zurückgenommen worden. Daß der Beklagte mit seinem Schreiben an Rechtsanwalt Z. vom 16. Juni 1989 nur das Mandat beenden, jedoch keinen Auftrag zur Berufungsrücknahme erteilen wollte, stellt die Wirksamkeit der Rücknahme als Prozeßhandlung nicht in Frage. Rechtsanwalt Z. konnte vielmehr, obwohl das seiner Prozeßvollmacht zugrundeliegende Mandat gekündigt war, gegenüber dem Gegner und dem Gericht

noch solange rechtswirksam Prozeßhandlungen für den Beklagten vornehmen, bis sich ein neuer Prozeßbevollmächtigter bestellte, § 87 ZPO (vgl. BGHZ 31, 32, 36; 43, 135, 137; BGH VersR 1985, 1185, 1186). Eine Ausnahme hat die Rechtsprechung lediglich in einem Einzelfall zugelassen, in dem die Rücknahmeerklärung zu dem wirklichen Willen des Rechtsmittelführers in Widerspruch stand und der Irrtum des Prozeßbevollmächtigten, auf dem die Erklärung beruhte, für den Rechtsmittelgegner und das Gericht ganz offensichtlich war, weil dem zuständigen Rechtsmittelgericht bei Eingang der zunächst irrtümlich bei einem anderen Gericht eingereichten und dort zurückgenommenen Berufung bereits eine erneute Berufungsschrift mit einem Wiedereinsetzungsgesuch vorlag. In diesem Fall hat der Bundesgerichtshof entschieden, der Gegner könne sich nach Treu und Glauben nicht auf die Rücknahme berufen, diese sei daher als unwirksam zu behandeln (BGH VersR 1977, 574). Daß derartige besondere Umstände hier vorlägen, ist indessen weder vorgetragen noch sonst ersichtlich (vgl. hierzu Senatsbeschluß vom 2. Dezember 1987 - IVb ZB 125/87 = FamRZ 1988, 496).

2. Nach der somit wirksamen Berufungsrücknahme hat der Beklagte mit Schriftsatz des Rechtsanwalts M vom 29. Juni 1989 erneut Berufung eingelegt. Bei Eingang dieses Schriftsatzes am 30. Juni 1989 war die Berufungsfrist nach § 516 ZPO jedoch bereits abgelaufen, so daß das Rechtsmittel verspätet ist.

Die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist hat das Oberlandesgericht dem Beklagten zu Recht versagt.

a) Hierbei kann auf sich beruhen, ob eine Gewährung der Wiedereinsetzung schon daran scheitert, daß bei Ablauf der Berufungsfrist am 16. Juni 1989 eine zulässige Berufung vorlag, die Frist des § 516 ZPO zu diesem Zeitpunkt also eingehalten war, während die - vom Beklagten nicht gewollte - Rücknahme des Rechtsmittels erst nach dem Ablauf der Frist erfolgte, so daß ein hierin liegendes "Hindernis" erst nach dem Fristablauf eintrat.

b) Der Beklagte war jedenfalls, wie das Oberlandesgericht zutreffend entschieden hat, nicht ohne eigenes oder ein ihm zuzurechnendes (§ 85 Abs. 2 ZPO) Verschulden seines damaligen Prozeßbevollmächtigten an der Wahrung der Berufungsfrist gehindert, § 233 ZPO. Seine Angriffe gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts, auf die er die sofortige Beschwerde stützt, greifen nicht durch.

Als der Beklagte Rechtsanwalt Z mit seinem Schreiben vom 16. Juni 1989 bat, in der Sache "nichts mehr zu unternehmen und einzustellen", ließ diese Aufforderung nicht unmißverständlich erkennen, ob Rechtsanwalt Z (nur) seine Tätigkeit in dem Verfahren einstellen oder für eine "Einstellung" des Verfahrens überhaupt Sorge tragen sollte. Da auch ein Verständnis des - von dem rechtsunkundigen Beklagten abgefaßten - Schreibens in dem erstgenannten Sinn möglich war, hätte Rechtsanwalt Z zunächst zurückfragen müssen, bevor er das Rechtsmittel zurücknahm und damit durch eine irreparable Prozeßhandlung das Berufungsverfahren beendete (§ 515 ZPO). Rechtsanwalt Z mußte insoweit in Erkenntnis der unklaren und mehrdeutigen Ausdrucksweise seines Mandanten in dessen Schreiben vom

16. Juni 1989 den für die Partei sichersten Weg wählen (vgl. Zöller/Stephan ZPO 15. Aufl. § 233 Rdn. 23 unter "Rechtsirrtum", m.w.N.) und sich deshalb vergewissern, ob er tatsächlich die Berufung zurücknehmen oder nur seine anwaltliche Tätigkeit einstellen solle. Daß er dies unterlassen hat, gereicht ihm, wie das Oberlandesgericht zutreffend entschieden hat, zum Verschulden. Damit kommt die begehrte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand schon aus diesem Grund nach §§ 233, 85 Abs. 2 ZPO nicht in Betracht, ohne daß es noch entscheidend darauf ankommt, ob auch den Beklagten selbst wegen der unklaren Ausdrucksweise in seinem Schreiben vom 16. Juni 1989 ein Verschulden trifft.

Lohmann

Krohn