

BUNDESGERICHTSHOF

IVb ZB 110/83

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

Beate M [REDACTED], U [REDACTED]straße [REDACTED], L [REDACTED],

Klägerin und
Beschwerdeführerin,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED] -

g e g e n

Ursula S [REDACTED], R [REDACTED] Straße [REDACTED], L [REDACTED],

Beklagte und
Beschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [REDACTED],
[REDACTED],
[REDACTED] -

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

am 30. November 1983

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß des
5. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts
Frankfurt am Main vom 8. September 1983 wird auf
Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Beschwerdewert: 969,76 DM.

G r ü n d e :

I.

Das klageabweisende Urteil des Amtsgerichts ist der
Klägerin zu Händen ihrer erstinstanzlichen Prozeßbevoll-
mächtigten am 28. April 1983 zugestellt worden. Sie hat
erst am 14. Juni 1983 Berufung eingelegt und zugleich
beantragt, ihr gegen die Versäumung der Berufungsfrist
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag
zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen.
Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Klägerin.

- 3 -

II.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zu Recht gemäß §§ 519 b Abs. 1, 516 ZPO als unzulässig verworfen, weil die Monatsfrist zur Einlegung des Rechtsmittels am 30. Mai 1983 (Montag) abgelaufen, durch den erst am 14. Juni 1983 eingereichten Schriftsatz nicht eingehalten und Wiedereinsetzung nicht gewährt worden ist.

2. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Berufung hat das Oberlandesgericht zu Recht versagt. Die Wiedereinsetzung setzt nach § 233 ZPO voraus, daß die Partei ohne ihr Verschulden gehindert war, die Frist einzuhalten. Dabei steht ein Verschulden des Prozeßbevollmächtigten dem Verschulden der Partei gleich (§ 85 Abs. 2 ZPO).

a) Nach dem Vortrag der Klägerin ist es zu der Versäumung der Berufungsfrist wie folgt gekommen:

Ihre erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten, die Rechtsanwälte Kü. und Sp., arbeiten in Berufungssachen mit der Praxis des Rechtsanwalts Scha. (Partner: Rechtsanwälte Dr. Kö. und Dr. Tr.) zusammen. Am Morgen des 25. Mai 1983 stellte die Kanzlei Kü. und Sp. eine Telefonverbindung zu Rechtsanwalt Dr. Kö. her. Als das Gespräch auf Rechtsanwalt Kü. umgestellt wurde, konnte dieser, weil sein Büro ihm zu dem Gespräch keine Akten vorgelegt hatte, nur sagen, man werde wegen einer neuen



Berufungssache wieder von ihm hören. Rechtsanwalt Kü. gab danach am selben Morgen die Akten dem für die Fristüberwachung zuständigen Anwaltsgehilfen Schü. und wies ihn an, das Anwaltsbüro Scha. und Partner, wie es in eiligen Fällen üblich war und in etwa der Hälfte aller Fälle praktiziert wurde, fernmündlich mit der Einlegung der Berufung zu beauftragen. Schü. erreichte kurze Zeit später weder Rechtsanwalt Scha. noch einen der Sozien. Nach Anfrage, ob seine Gesprächspartnerin den Auftrag entgegennehmen könne, gab er sodann dieser den Berufungsauftrag durch. Bei der Gesprächspartnerin handelte es sich - was er nicht wußte und auch nicht bemerken konnte - um eine Auszubildende im ersten Lehrjahr. Sie verlor die Notiz über das Telefongespräch aus den Augen und vergaß den Berufungsauftrag. Als Rechtsanwalt Kü. am 9. Juni 1983 einen Entwurf der Berufungsbegründung fertigte, fiel ihm auf, daß die Anwälte Scha. und Partner noch keine Mandatsbestätigung übersandt hatten. Eine telefonische Rückfrage ergab, daß dort eine Berufungssache des Rubrums nicht vorlag.

b) Danach ist ein für die Fristversäumung ursächliches Organisationsverschulden der erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten nicht ausgeräumt.

aa) Das Berufungsgericht hat ein Verschulden des Rechtsanwalts Kü. darin gesehen, daß er es unterlassen habe, in geeigneter Weise zu überwachen, daß nach der telefonischen Beauftragung ordnungsgemäß Berufung eingelegt wurde. Es hat dazu auf die Entscheidungen BGH VersR 1970, 1133; 1979, 1124 und 1981, 679, 680 verwiesen. Indes betreffen von diesen Entscheidungen nur die beiden erstgenannten Fälle, in denen der Bundesgerichtshof von dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten nach einem fernmündlich erteilten Berufungs-

auftrag besondere Kontrollmaßnahmen verlangt hat. Durch diese Vorkehrungen - eigene schriftliche Bestätigung des erteilten Auftrags in BGH VersR 1970, 1133; alsbaldige Überprüfung einer Durchschrift der auf den telefonischen Auftrag gefertigten Berufungsschrift in BGH VersR 1979, 1124 - sollen Übermittlungsfehler vermieden werden, wie sie erfahrungsgemäß bei telefonischer Beauftragung häufiger als bei schriftlicher Auftragserteilung eintreten. Im vorliegenden Falle ist die Fristversäumung jedoch nicht durch die Verwirklichung der Gefahr von Übermittlungsfehlern eingetreten, sondern dadurch, daß die Einlegung des Rechtsmittels überhaupt unterblieben ist. Der Rechtsmittelauftrag hat zwar die Kanzlei erreicht, nicht aber den Rechtsanwalt selbst, der Berufung einlegen sollte.

bb) Die erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin sind gleichwohl nicht von dem Vorwurf entlastet, durch organisatorisches Verschulden die Fristversäumung ermöglicht zu haben. Wenn ein befristetes Rechtsmittel durch einen bei dem höheren Gericht zugelassenen Rechtsanwalt eingelegt werden soll, so muß der Prozeßbevollmächtigte der unteren Instanz darauf achten, daß der Berufungs- oder Revisionsanwalt nicht nur beauftragt wird, sondern das Mandat auch annimmt (BGH NJW 1975, 1125, 1126). Deshalb erschöpft sich bei einem Berufungsauftrag die Sorgfaltspflicht des erstinstanzlichen Anwalts nicht im rechtzeitigen Absenden des an den zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten gerichteten Auftragsschreibens. Vielmehr muß der Rechtsanwalt, der einen solchen Auftrag erteilt, auch dafür Sorge tragen, daß der beauftragte Anwalt den Auftrag innerhalb der Berufungsfrist bestätigt. Diesen Erfordernissen hat der Rechtsanwalt auch dadurch Rechnung zu tragen, daß er seine Bürogehilfen anweist,

die im Fristenkalender vermerkte Berufungsfrist erst dann zu streichen, wenn der Auftrag zur Berufungseinlegung bestätigt worden ist (BGH VersR 1976, 939; vgl. auch BGHZ 50, 82; Zöllner/Stephan ZPO 13. Aufl. § 233 Stichwort Rechtsmittelauftrag).

Die Klägerin meint, derartige Anforderungen könnten zwar bei einer schriftlichen Beauftragung gestellt werden, nicht jedoch dann, wenn der Auftrag fernmündlich erteilt werde. Dem ist in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen. Richtig ist allerdings, daß bei unmittelbarer telefonischer Auftragserteilung an den Rechtsanwalt selbst dieser im Regelfall schon in dem Ferngespräch die Annahme des Auftrags erklären wird. Weiteres wird dann zur Sicherstellung, daß die Berufung eingelegt wird - vorbehaltlich der oben erörterten weiteren Vorkehrungen, die sichern sollen, daß dies frei von Übermittlungsfehlern geschieht - nicht erforderlich sein. Wird aber der Berufungsauftrag - wie hier - nicht unmittelbar an den Rechtsanwalt, sondern an ein Mitglied seines Büropersonals erteilt, so ist die Lage derjenigen bei schriftlicher Beauftragung vergleichbar: Hier wie dort ist die Bestätigung der Auftragsannahme vor der Löschung der Berufungsfrist im Fristenkalender schon deshalb zu fordern, weil der beauftragende Anwalt sich Gewißheit darüber verschaffen muß, daß der beauftragte Anwalt tatsächlich sowie rechtlich nicht verhindert und auch bereit ist, das Mandat zu übernehmen (BGH VersR 1982, 950).

Eine Überforderung der beteiligten Rechtsanwälte ist damit nicht verbunden. Die schriftliche Bestätigung eines telefonisch erteilten Berufungsauftrages erscheint ohnehin als selbstverständlich. Sie war, wie der Vortrag

zeigt, auch hier zwischen den Rechtsanwälten üblich: Rechtsanwalt Kü. war überrascht, als er bei der Fertigung eines Entwurfs der Berufungsbegründung am 9. Juni 1983 keine Mandatsbestätigung bei den Akten fand. Zu fordern ist zusätzlich allein die Überwachung des Eingangs der Auftragsbestätigung vor dem Ablauf der Rechtsmittelfrist, und zwar notfalls durch ein weiteres Ferngespräch (vgl. BGH NJW 1975, 1125, 1126). Eine - pflichtgemäß - noch nicht gestrichene Rechtsmittelfrist im Fristenkalender drängt eine derartige Überwachung geradezu auf.

cc) Daß eine entsprechende Vorkehrung in der Organisation der Praxis der erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin getroffen worden sei, wird nicht behauptet. Der für die Fristüberwachung zuständige Angestellte Schü., der auch den Anruf zur Beauftragung getätigt hat, hat in der Folgezeit vom 25. bis zum Ablauf der Frist am 30. Mai 1983 keinerlei Kontrolle mehr ausgeübt. Es wird

nicht geltend gemacht, daß er damit gegen eine organisatorische Weisung verstoßen habe. Für den - sicherlich häufigen - Fall, daß bei dem Ferngespräch der Rechtsanwalt selbst nicht erreicht wird, fehlte also eine zuverlässige Vorkehrung zur Sicherstellung der rechtzeitigen Übernahme des Mandats durch den bei dem Berufungsgericht zugelassenen Rechtsanwalt. Dies gereicht den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten zum Vorwurf.

Lohmann

Portmann

Blumenröhr

Krohn

Nonnenkamp

