

BUNDESGERICHTSHOF

VIII ZB 19/78

BESCHLUSS

in der Beschwerdesache

der Eheleute Klaus und Ursula S [REDACTED] geb. H [REDACTED],
D [REDACTED] weg [REDACTED] in M [REDACTED],

Beklagten und
Beschwerdeführer,

- vertreten durch:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED],
[REDACTED], Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED]
in [REDACTED]

g e g e n

die Kauffrau Gertrud D [REDACTED], E [REDACTED] straße [REDACTED] in M [REDACTED],

Klägerin und
Rechtsbeschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte [REDACTED]
Dr. [REDACTED] und Dr. [REDACTED],
[REDACTED] in [REDACTED]

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 9. Oktober 1978 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen, Hoffmann, Merz und Treier

beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde der Beklagten wird der Beschluß des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 12. April 1978 aufgehoben und den Beklagten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist erteilt.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

G r ü n d e :

Die Berufungsfrist gegen das Urteil des Landgerichts Essen vom 16. Januar 1978 lief am Montag, dem 6. März 1978 ab. Mit Schreiben vom Freitag, dem 3. März 1978 beauftragte der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte der Beklagten einen am Berufungsgericht zugelassenen Rechtsanwalt mit der Einlegung der Berufung. Dieses Schreiben ging erst am 7. März 1978 bei diesem Anwalt ein. Er legte am 16. März 1978 Berufung ein und beantragte, den Beklagten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist zu erteilen. Zur Begründung

- 3 -

des Wiedereinsetzungsantrags trug er vor, der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte habe darauf vertrauen dürfen, daß das am Freitag, dem 3. März 1978 aufgegebenes Schreiben spätestens am Montag, dem 6. März 1978 bei dem beim Berufungsgericht zugelassenen Anwalt eingehen werde, und machte glaubhaft, daß dieses Schreiben am Abend des 3. März 1978 zur Post gegeben worden sei.

Das Berufungsgericht versagte die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und verwarf die Berufung als unzulässig. Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist zulässig und begründet.

1. Das Berufungsgericht ist aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH Urteil vom 31. Mai 1976 - VII ZR 332/75 = VersR 1967, 939 m.w.Nachw.) der Meinung, der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte der Beklagten hätte nicht nur den Auftrag, Berufung einzulegen, rechtzeitig weitergeben müssen, sondern sich auch - erforderlichenfalls fernmündlich vergewissern müssen, ob das Auftragsschreiben rechtzeitig bei dem Berufungsanwalt eingegangen sei.

2. a) Die Frage, ob gemäß § 233 a.F. ZPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist dann zu versagen war, wenn eine Berufung deshalb nicht fristgerecht eingelegt wurde, weil das rechtzeitig zur Post gegebene Schreiben mit dem Berufungsauftrag den Empfänger infolge unvorhersehbarer Verzögerungen bei der Post nicht fristgerecht erreichte und weil der Absender sich nicht innerhalb der Berufungsfrist über den Eingang seines Schreibens vergewisserte, ist indessen vom Bundesgerichtshof nicht generell entschieden worden. Bei dem Urteil des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 31. Mai 1976 (VII ZR 332/75 = VersR 1976, 939) ging es nicht um eine



postalische Verzögerung. Der Beschluß des erkennenden Senats vom 22. März 1975 (VIII ZB 10/72 = LM ZPO § 233 (Fc) Nr. 36 = NJW 1972, 1047 = VersR 1972, 645) betraf einen Fall, in dem das Schreiben eines Verkehrsanwalts an den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten mit der Weisung, durch einen beim Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt Berufung einlegen zu lassen, als unzustellbar an den Absender zurückgegangen war, obwohl es richtig adressiert und frankiert war. Dort war ausgeführt worden, es bedürfe keiner Entscheidung, ob ein Rechtsanwalt, der einen anderen Rechtsanwalt kurze Zeit vor Ablauf der Rechtsmittelfrist mit der Einlegung eines Rechtsmittels beauftragte, in jedem Falle überwachen müsse, ob das Auftragsschreiben vor Fristablauf eingegangen sei. Eine derartige Pflicht sei jedenfalls dann anzunehmen, wenn ein Verkehrsanwalt wenige Tage vor Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht einen beim Rechtsmittelgericht zugelassenen Rechtsanwalt mit der Einlegung des Rechtsmittels beauftrage, sondern den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten bitte, für die Einlegung des Rechtsmittels durch einen beim Rechtsmittelgericht zugelassenen Rechtsanwalt zu sorgen. Unter diesen Umständen sei nämlich die Gefahr, daß in den wenigen Tagen bis zum Ablauf der Frist irgendetwas nicht in Ordnung gehe, besonders groß und daher eine besondere Sorgfalt geboten. Der Bundesgerichtshof hat also entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht angenommen, daß es in jedem Falle einer Überwachung bedürfe, ob das Schreiben mit dem Berufungsauftrag rechtzeitig bei dem Berufungsanwalt eingegangen sei.

b) Überdies kann nach § 233 n.F. ZPO die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht mehr nur dann erteilt werden, wenn ein unabwendbarer Zufall vorliegt. Sie ist

vielmehr lediglich dann zu versagen, wenn die Fristwahrung durch ein Verschulden verhindert wurde. Bei der verhältnismäßig kurzen Entfernung zwischen D[REDACTED] und H[REDACTED] kann hier ein Verschulden des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten, wenn dieser das Schreiben mit dem Berufungsauftrag rechtzeitig zur Post gab und wenn er dann nicht mehr fernmündlich rückfragte, ob das Schreiben vor Fristablauf eingegangen sei, nicht angenommen werden.

c) Es kommt hinzu, daß nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 44 StPO es dem Rechtsmittelführer nicht zum Nachteil gereichen darf, wenn das zu befördernde Schriftstück den postalischen Bestimmungen entsprechend rechtzeitig zur Post gegeben wurde und der nicht rechtzeitige Eingang des Schriftstücks auf postalische Versäumnisse zurückzuführen war (BVerfG vom 16. Dezember 1975 - 2 BvR 854/75 = NJW 1976, 513).

3. Auf die Beschwerde war daher der Beschluß des Berufungsgerichts aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Diesem war auch die Entscheidung über die Kosten der Beschwerde zu übertragen (vgl. BGH-Beschluß vom 15. Dezember 1959 - VIII ZB 29/59 = VersR 1960, 181).

Braxmaier

Claßen

Hoffmann

Merz

Treier