

BUNDESGERICHTSHOF

VIII ZB 19/81

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

1. Rita G., F.weg , W. - A.,
2. Christiane G., F.weg , W. - A.,

Beklagte und Beschwerdeführerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

V. M. e.G., vertreten durch den Direktor K.,
M. St., M.

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigte Rechtsanwälte Dr. , und
II. Instanz: - in -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Hoffmann, Wolf, Merz und Dr. Skibbe am 13. Mai 1981

beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde der Beklagten wird der Beschluß des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 5. Januar 1981 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

G r ü n d e :

Das Teilurteil des Landgerichts Arnsberg vom 25. Juli 1980 wurde den Beklagten am 15. August 1980 zugestellt. Der Beklagte zu 3), der Ehemann der Beklagten zu 1) und Vater der Beklagten zu 2), beauftragte am 12. September 1980 den zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten in dessen Büro mit der Einlegung der Berufung für die Beklagten zu 1) und 2). Da der Beklagte zu 3) das Zustellungsdatum nicht kannte, erkundigte sich der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte fernmündlich im Büro der erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten nach dem Zustellungsdatum und erhielt, weil die Prozeßbevollmächtigten nicht zu erreichen waren, von einer Büroangestellten aufgrund des schlecht leserlichen Eingangsvermerks auf der in den Handakten enthaltenen Urteilsausfertigung die unrichtige Auskunft, daß die Zustellung am 18. August 1980 erfolgt sei. Der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte der Beklagten legte am 17. September 1980 Berufung ein. Mit Schreiben vom

gleichen Tage teilte er den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten mit, daß er gegen das nach Auskunft ihres Büros am 18. August 1980 zugestellte Urteil am 17. September 1980 Berufung eingelegt habe, und bat um Übersendung der Handakten. Daraufhin wurde er am 26. September 1980 von den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten verständigt, daß das Teilurteil bereits am 15. August 1980 zugestellt worden war. Unter Glaubhaftmachung dieses Sachverhalts und Bezugnahme auf die am 17. September 1980 eingelegte Berufung beantragte der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte am 1. Oktober 1980, den Beklagten zu 1) und 2) gegen die Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

Das Berufungsgericht hat mit Beschluß vom 5. Januar 1981 die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt. Die gegen diesen Beschluß gerichtete sofortige Beschwerde ist zulässig und begründet.

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß den zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten ein Verschulden an der Versäumung der Berufungsfrist treffe. Es hat unter Hinweis auf die Entscheidung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 1. Oktober 1970 (VII ZB 9/70 = VersR 1970, 1133) gemeint, daß der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte verpflichtet gewesen sei, das Telefonat vom 12. September 1980 schriftlich zu bestätigen; denn bei einer telefonischen Information sei die Gefahr von Fehlern besonders groß, weil nicht nur Hörfehler unterlaufen könnten, sondern auch die Information in der Regel eilig gegeben werde. Hätte der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten die ihm am 12. September 1980 erteilte Auskunft schriftlich bestätigt, so wäre diese



nach Ansicht des Berufungsgerichts mit Sicherheit so rechtzeitig richtiggestellt worden, daß am 15. September 1980 hätte Berufung eingelegt werden können.

2. Das Berufungsgericht hat indessen für die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag wesentliche Umstände außer acht gelassen.

a) Es kann dahingestellt bleiben, ob der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte der Beklagten im vorliegenden Fall - ebenso wie bei einem fernmündlich erteilten Auftrag zur Einlegung eines Rechtsmittels (vgl. den Beschluß vom 1. Oktober 1970 aaO) - das Telefongespräch mit dem Büro der erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten schriftlich zu bestätigen hatte.

b) Denn den zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten trifft entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kein Verschulden.

aa) Der Beklagte zu 3) hatte den Berufungsauftrag am 12. September 1980, einem Freitag, gegen 16.00 Uhr erteilt, wie sich aus der anwaltschaftlichen Versicherung des zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten ergibt. Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts wäre daher nicht "ausreichend Zeit gewesen, das Telefonat vom 12.9.1980 schriftlich zu bestätigen". Die Berufungsfrist hätte allenfalls dann gewahrt werden können, wenn der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte die Bestätigung des Telefongesprächs am späten Nachmittag des 12. September 1980 diktiert und dafür gesorgt hätte, daß das Schreiben noch am Abend dieses Tages zur Post gegeben wurde. Denn nur dann hätte das Bestätigungsschreiben die erst-

instanzlichen Prozeßbevollmächtigten voraussichtlich am Montag, dem 15. September 1980 erreicht, so daß an diesem Tage eine Richtigstellung der unzutreffenden Auskunft hätte erfolgen und fristgerecht hätte Berufung eingelegt werden können.

bb) Dem zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten gereicht jedenfalls nicht zum Verschulden, daß das Telefongespräch nicht mit einem am Freitagabend zur Post gegebenen Schreiben bestätigt wurde. Denn es wäre eine Überspannung der an die Sorgfaltspflicht eines Anwalts zu stellenden Anforderungen, wenn man von dem zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten verlangen würde, er habe nicht nur am Freitagspätnachmittag das Bestätigungsschreiben diktieren, sondern auch dafür sorgen müssen, daß dieses noch am Freitagabend zur Post gegeben wurde. Ein am Montag, dem 15. September 1980 zur Post gegebenes Bestätigungsschreiben hätte indessen die erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten nicht vor Ablauf der Berufungsfrist erreicht, so daß diese nicht hätte gewahrt werden können.

3. Obwohl den zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten mithin kein - für die Versäumung der Berufungsfrist ursächliches - Verschulden trifft, kann der Senat Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewähren, weil möglicherweise den Beklagten oder deren erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten ein Verschulden an der Versäumung der Frist zur Last fällt, was das Berufungsgericht nicht geprüft hat und was daher noch geprüft werden muß. Der Beschluß des Berufungs-

gerichts war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuweisen.

Braxmaier

Hoffmann

Wolf

Merz

Dr. Skibbe