

BUNDESGERICHTSHOF

VIII ZB 23/73

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

Firma Aloys H [REDACTED] & Sohn, Inh. Georg
H [REDACTED] in D [REDACTED], G [REDACTED],

Beklagten und
Beschwerdeführerin,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt [REDACTED]
II. Instanz: in [REDACTED] -

gegen

Firma Georg W [REDACTED] GmbH & Co. in M [REDACTED].
T [REDACTED] Straße [REDACTED]

Klägerin und
Beschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigte Rechtsanwälte Dr. L. [REDACTED]
II. Instanz: und Dr. [REDACTED] in [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 28. November 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Mormann, Dr. Hiddemann und Hoffmann

beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde der Beklagten wird der Beschluß des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 16. Juli 1973 aufgehoben. Der Beklagten wird Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist erteilt.

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

G r ü n d e

Die Beklagte hatte durch Rechtsanwalt von O [REDACTED] am 5. Juni 1973 gegen das Urteil des Landgerichts München vom 29. März 1973 fristgerecht Berufung eingelegt. Mit den Schriftsätzen vom 8. Juli 1973, die am 9. Juli 1973 beim Berufungsgericht eingingen, begründete sie die Berufung und beantragte, ihr Wieder-

- 3 -

einsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zu erteilen.

Zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags machte sie folgenden Sachverhalt glaubhaft: Die Berufungsbegründungsfrist sowie zwei Vorfristen waren in dem Fristenkalender der Kanzlei des Rechtsanwalts von O. eingetragen. Eine Bürokraft legte ihm am 2. Juli 1973 die Akten mit einem auf den Ablauf der Begründungsfrist hinweisenden Zettel vor. Da noch Informationen der Partei ausstanden, übergab Rechtsanwalt von O. die Akten seinem juristischen Mitarbeiter P., der eine eigene Anwaltspraxis hat, aber zugleich in der Kanzlei des Rechtsanwalts von O. als Angestellter arbeitete, mit dem Auftrag, den Ablauf der Berufungsbegründungsfrist zu überwachen. Die den Fristenkalender führende Angestellte übersah den Ablauf der Berufungsbegründungsfrist. Rechtsanwalt P. wies gleichfalls nicht auf den Fristablauf hin, sondern erklärte im Gegenteil auf die Frage von Rechtsanwalt von O. am 5. Juli 1973 nach dem Ablauf der Begründungsfrist, diese laufe am 9. Juli 1973 ab. Rechtsanwalt von O. bemerkte die Versäumung der Begründungsfrist, als er sich am 6. Juli 1973 von Rechtsanwalt P. die Akten zur Ausarbeitung der Berufungsbegründung aushändigen ließ.

Das Berufungsgericht hat mit Beschluß vom 16. Juli 1973 die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt und mit Beschluß vom 31. Juli 1973 die Berufung als unzulässig verworfen. Die gegen den die Wiedereinsetzung



versagenden Beschluß gerichtete sofortige Beschwerde ist zulässig und begründet.

1. Dieser Beschluß wurde Rechtsanwalt von O. [REDACTED] nicht zugestellt, wie es gemäß § 329 Abs. 3 ZPO erforderlich war, sondern ihm lediglich formlos übersandt. Dennoch liegt eine beschwerdefähige Entscheidung vor, weil der Beschluß erlassen ist.

Nach herrschender Meinung kann ein Beschluß mit der Beschwerde angefochten werden, sobald er existent d. h. erlassen ist. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Beschluß erlassen ist, wird indessen in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beantwortet. Es wird vielfach die Auffassung vertreten, auch ein zustellungsbedürftiger Beschluß sei dann erlassen, wenn das Gericht sich des Beschlusses entäußert habe (so z.B. RGZ 50, 347, 350; 144, 150; 150, 357; Baumbach/Lauterbach, ZPO 31. Aufl. § 329 Anm. 4 A; Schumann/Leipold bei Stein/Jonas, ZPO 19. Aufl. § 329 Anm. III 2 b). Nach einer anderen Meinung ist ein zustellungsbedürftiger Beschluß erst mit der Zustellung erlassen (so z.B. RGZ 135, 303, 304; 137, 241 und 147, 154, 156; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 10. Aufl. § 59 III 2 a).

Der Bundesgerichtshof hat, soweit ersichtlich, bisher nicht entschieden, unter welchen Voraussetzungen ein nach § 329 Abs. 3 ZPO zuzustellender, aber nicht zugestellter Beschluß erlassen ist. Doch hat der IV. Senat des Bundesgerichtshofs einen zustellungsbedürftigen Beschluß, der in einem Verfahren nach dem Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit ergangen

war, in dem Zeitpunkt als erlassen angesehen, als der Beschluß aus dem inneren Bereich des Gerichts herausging, als er zur Zustellung an die Empfänger zur Post gegeben wurde (BGHZ 12, 248, 252).

Für Beschlüsse, die gemäß § 329 Abs. 3 ZPO zustellen sind, kann nichts anderes gelten. Mit der formlosen Absendung eines zustellungsbedürftigen Beschlusses hat das Gericht sich des Beschlusses entäußert und damit nach außen zu erkennen gegeben, daß es diesen Beschluß erlassen hatte. Danach kann eine Partei eine Änderung des Beschlusses nicht verlangen (vgl. BGHZ 12, 248, 252/253). Infolgedessen muß sie im Interesse der Rechtssicherheit wie der alsbaldigen Wiederherstellung des Rechtsfriedens die Möglichkeit haben, den zu ihren Lasten ergangenen und bereits nach außen in Erscheinung getretenen Beschluß auch dann anzufechten und eine ihr günstige Entscheidung anzustreben, wenn der Beschluß noch nicht zugestellt ist.

Da der die Wiedereinsetzung versagende Beschluß mithin erlassen ist und die sofortige Beschwerde vor Beginn der erst ab Zustellung laufenden Frist des § 577 Abs. 2 ZPO eingelegt werden kann, ist die Beschwerde zulässig.

2. Das Berufungsgericht ist unter Hinweis auf die Entscheidung des beschließenden Senats vom 25. September 1968 (VIII ZR 45/68 = NJW 1968, 2244) der Meinung, daß Rechtsanwalt von O. nicht die äußerste, nach den Umständen zumutbare Sorgfalt gewahrt habe,

weil er, nachdem er die Akten von einer Bürokräft erhalten hatte, die Berufungsbegründungsfrist selbst habe überwachen müssen und sich nicht darauf berufen könne, daß er durch Kanzleiangestellte nicht auf den Fristablauf hingewiesen worden sei und auf seine Frage nach dem Fristablauf eine unrichtige Antwort erhielt.

Der erwähnten Entscheidung lag indessen ein anderer Sachverhalt zugrunde. Anders als dort hatte hier Rechtsanwalt von O dem bei ihm angestellten juristischen Mitarbeiter die Akten ausdrücklich mit dem Auftrag übergeben, den Fristablauf zu überwachen. Rechtsanwalt von O durfte sich darauf verlassen, daß dieser dem Auftrag nachkam, und brauchte nicht damit zu rechnen, daß er den Fristablauf falsch berechnen oder übersehen werde. Da Rechtsanwalt P als angestellter juristischer Mitarbeiter des Rechtsanwalts von O nicht Parteivertreter war, zudem auch die Berufungsbegründung nicht zu fertigen hatte, geht sein Verschulden nicht gemäß § 232 Abs. 2 ZPO zu Lasten der Partei (vgl. BGH Beschl. vom 7. Mai 1951 - II ZB 7/51 = LM ZPO § 233 Nr. 7). Daß die Berufungsbegründungsfrist versäumt wurde, stellt daher einen auch durch die äußerste, den Umständen nach zumutbare Sorgfalt unabwendbaren Zufall dar.

3. Der angefochtene Beschluß war mithin aufzuheben, der Beklagten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen und, weil damit der die Berufung als unzulässig verwerfende Beschluß gegenstandslos wird (BGH Beschl. vom 22. November 1957 - IV ZB 236/57

= LM ZPO § 519 b Nr. 9), die Sache zur Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Ihm war auch die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu übertragen (BGH Beschl. vom 15. Dezember 1959 - VIII ZR 29/59 = VersR 1960, 181).

Dr. Haidinger

Claßen

Mormann

Dr. Hiddemann

Hoffmann