

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

ZPO § 232 Cb; BRAO § 44

Vertreter im Sinne des § 232 Abs. 2 ZPO ist der Rechtsanwalt nicht schon dann, wenn ihm der Auftrag zugeht, sondern erst, wenn er ihn angenommen hat. Daran wird auch durch § 44 BRAO nichts geändert.

BGH, Urt. v. 19. April 1967 - VIII ZR 46/65 - OLG Koblenz
LG Koblenz

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 46/65

URTEIL

Verkündet am

19. April 1967

Klett,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma Werner P [REDACTED] & Co., vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter Kaufmann Werner P [REDACTED] im K [REDACTED], Am B [REDACTED],
2. des Kaufmanns Werner P [REDACTED], daselbst,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Jakob S [REDACTED], Sägewerk-Kistenfabrik-Holzhandlung, Inhaber Ingenieur Dr. Willy B [REDACTED], in R [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. April 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Weber, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Das Versäumnisurteil des erkennenden Senats vom 16. Januar 1967 wird aufgehoben.

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 30. Oktober 1964 aufgehoben. Den Beklagten wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist gewährt.

Die Sache wird zur Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, das auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges zu entscheiden hat.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Das Landgericht hat die Beklagten nach dem Klageantrag verurteilt. Nachdem das Urteil ihrem Prozeßbevollmächtigten am 3. August 1964 zugestellt worden war, schrieb dieser am 31. August 1964 dem beim Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt T. in K., er solle Berufung einlegen, und gab diesen Brief noch am selben Tage zur Post. Jedoch öffnete Rechtsanwalt T. den Brief erst am 4. September 1964. Er hat erklärt, der Brief, der wahrscheinlich rechtzeitig in seinem Büro eingegangen und ihm vorgelegt worden sei, müsse auf seinem Schreibtisch unter Reklamesendungen geraten sein.



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Am 7. September 1964 hat Rechtsanwalt Theisen Berufung eingelegt und um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist gebeten.

Das Berufungsgericht hat die Wiedereinsetzung versagt und die Berufung verworfen. Mit der Revision haben die Beklagten beantragt, ihnen unter Aufhebung des Berufungsurteils Wiedereinsetzung zu gewähren und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Gegen die im Termin vom 16. Januar 1967 nicht vertreten gewesenen Beklagten hat der Senat durch Versäumnisurteil ihre Revision zurückgewiesen. Hiergegen haben sie Einspruch eingelegt und ihren Revisionsantrag wiederholt. Die Beklagten beantragen, das Versäumnisurteil aufrecht zu erhalten.

Entscheidungsgründe:

I. Der Einspruch gegen das Versäumnisurteil ist zulässig. Er hat auch sachlich Erfolg.

II. Das Berufungsgericht geht davon aus, dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten könne nicht vorgeworfen werden, sein Auftragsschreiben zu spät abgesandt zu haben. Es läßt die Frage, ob er sich durch Rückfrage von der rechtzeitigen Ausführung seines Auftrages habe überzeugen müssen, dahingestellt, weil jedenfalls ein Verschulden des Rechtsanwalts T. nicht ausgeräumt sei. Dessen Verschulden müßten sich die Beklagten anrechnen lassen, weil er, auch ohne daß er den Auftrag angenommen habe, bereits ihr Vertreter (§ 232 Abs. 2 ZPO) gewesen sei. Die ihm erteilte Vollmacht sei nämlich schon mit Eingang in seinem Büro wirksam geworden (§§ 167, 130 BGB).

III. Diese Begründung greift die Revision mit Recht an.

1. Rechtsfehlerfrei ist die Annahme des Berufungsgerichts, daß weder die Beklagten selbst noch ihren erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten ein Verschulden trifft. Die Berufung mußte spätestens am 3. September 1964 eingelegt werden. Wenn der erstinstanzliche Anwalt sein Auftragsschreiben am 31. August 1964 zur Post gab, konnte er sich darauf verlassen, daß der Brief zu einem Zeitpunkt im Büro des Rechtsanwalts T [REDACTED] eingehen werde, der ausreichte (BGHZ 9, 118, 119; BGH NJW 1958, 2015). Er war auch nicht verpflichtet, sich durch fernmündliche Rückfrage am 2. oder 3. September 1964 darüber zu vergewissern, daß sein Brief eingegangen war und bearbeitet wurde. Zwar ist es üblich, daß ein Rechtsmittelanwalt dem Voranwalt alsbald bestätigt, dessen Auftrag erhalten und ausgeführt zu haben. Indes hat der Voranwalt erst dann Anlaß zu Nachforschungen, wenn die Umstände seinen Verdacht erregen müssen, daß "etwas nicht in Ordnung ist" (RG JW 1932, 2869 Nr. 13; BGH NJW 1955, 671 Nr. 8; MDR 1963, 407; Beschluß des erkennenden Senats vom 24. Juni 1964 - VIII ZB 15/64). Der Standpunkt des Berufungsgerichts, im vorliegenden Fall habe der erstinstanzliche Anwalt keinen Verdacht zu schöpfen brauchen, als er am 3. September 1964 noch keine Bestätigung erhalten hatte, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Ob der Anwalt am nächsten Tage hätte rückfragen müssen, ist nicht zu prüfen, weil in diesem Zeitpunkt die Frist bereits abgelaufen war.

2. Das Berufungsgericht geht ferner mit Recht davon aus, daß ein eigenes Verschulden des Rechtsanwalts T [REDACTED] nicht ausgeräumt ist. Das wird auch von der Revision nicht angegriffen. Im vorliegenden Fall stellt sich aber nicht die Frage, ob das Versehen des Anwalts unabwendbar (§ 233 ZPO) war. Vielmehr kommt es auf die dieser Frage

vorausgehende Frage an, ob Rechtsanwalt T[REDACTED] schon in dem Zeitpunkt, als er den Brief verlegte, "Vertreter" der Beklagten im Sinne des § 232 Abs. 2 ZPO war und diesem daher dessen Verschulden zuzurechnen ist.

a) Insofern rügt die Revision mit Recht, daß das Berufungsgericht allein auf die Erteilung der Prozeßvollmacht abgestellt und nicht auf den Zusammenhang mit dem Prozeßauftrag geachtet hat. Die Rechtsanwalt T[REDACTED] erteilte Vollmacht war eindeutig mit dem Prozeßauftrag verbunden. Nach dem erkennbaren Willen des Vollmachtgebers sollte sie erst dann wirksam werden, wenn der Auftrag Rechtsanwalt T[REDACTED] bekannt geworden und von ihm angenommen worden war. Eben dieser Auftrag, das Innenverhältnis zwischen Anwalt und Partei, bestimmt den Umfang der Pflichten des Anwalts, auf die es bei § 232 Abs. 2 ZPO ankommt (BGHZ 38. 376, 379; 7, 280, 285). Daher ist für die Frage, ob und inwieweit das Verhalten eines Anwalts der Partei zuzurechnen ist, nicht entscheidend, wie weit seine Vollmacht nach außen hin reicht, sondern ob er zu der maßgebenden Zeit (noch oder schon) beauftragt war (BGHZ 31, 351, 354 - zu § 81 ZPO). Infolgedessen ist ein Rechtsanwalt, der niedergelegt hat, trotz der für seine Prozeßvollmacht geltenden Vorschrift des § 87 Abs. 2 ZPO nicht mehr Vertreter im Sinne des § 232 Abs. 2 ZPO (RGZ 160, 380), weil die Haftung der Partei für das Verschulden ihres Anwalts auf dem Gedanken beruht, daß sie für die Person ihres Vertrauens einzustehen habe (BGH NJW 1953, 703; BGH LM ZPO § 232 Nr. 14). Dieses Vertrauensverhältnis folgt nicht schon aus der Vollmacht, sondern aus dem der Vollmachterteilung zugrunde liegenden Auftragsverhältnis. Mit Recht beruft sich die Revision auf die Rechtsprechung des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zu § 189 BEG (Urteile vom 13. Juni 1962 - IV ZR 56/62 = LM § 189 BEG

Nr. 12 = RzW 1962, 520; Urt. v. 14. November 1962
- IV ZR 162/62 = RzW 1963, 186), nach welcher der Anwalt
erst dann Vertreter der Partei wird, wenn er den Auftrag
angenommen und damit das Mandat übernommen hat.

Der bloße Zugang eines Auftrages in der Kanzlei des
Anwalts oder die Vorlage auf dessen Schreibtisch macht
den Anwalt noch nicht zum Vertreter (vgl. Beschl. des
erkennenden Senats vom 28. November 1962 - VIII ZB 34/62 =
NJW 1963, 296 = BGHWarn 1962 Nr. 252). Der Rechtsanwalt hat
das Recht - unter Umständen sogar die Pflicht (§ 45 BRAO) -,
ein ihm angetragenes Mandat abzulehnen. Von § 48 BRAO abge-
sehen, besteht kein Kontrahierungszwang, auch wenn es zu
einer Anstandspflicht des Anwalts gehört, selbst dann
vorsorglich Berufung einzulegen, wenn er das Mandat ab-
lehnen will, er davon aber die Partei nicht mehr zeitig
genug benachrichtigen kann (§ 23 Nr. 3 der Richtlinien der
Bundesrechtsanwaltskammer). Weder die §§ 130, 151 BGB noch
§ 44 BRAO (vgl. § 663 BGB) rechtfertigen es, einen Anwalt
ohne eigenen Entschluß als Vertreter im Sinne des § 232
Abs. 2 ZPO anzusehen. Das würde seiner Aufgabe wider-
sprechen, die Einlegung der Berufung nicht als bloßen
Formalakt anzusehen, sondern die Aussichten des Rechts-
mittels, das er einlegen soll, zu prüfen, soweit er dazu
noch Zeit hat (RG JW 1935, 2287 Nr. 26).

b) Müssen sich somit die Beklagten das Versehen ihres
Anwalts nicht schon deshalb zurechnen lassen, weil sie ihn
bereits am 3. September 1964 bevollmächtigt hatten, so
kann es sich allenfalls fragen, ob sie etwa deshalb für das
Versehen "ihres" Anwalts einstehen müssen, weil er immerhin
schon in einem ihnen zuzurechnenden Rechtskreis tätig
werden sollte. Doch ist auch das zu verneinen.

Allerdings waren schon zu dem Zeitpunkt, als das Auftragsschreiben bei Rechtsanwalt T. einging, Rechtsbeziehungen zwischen ihm und den Beklagten zustande gekommen. Nach § 44 BRAO (vgl. § 663 BGB) war er kraft Gesetzes verpflichtet, sich unverzüglich über Annahme oder Ablehnung des Auftrages schlüssig zu werden und dies, jedenfalls bei einer Ablehnung (vgl. § 151 BGB), dem Auftraggeber mitzuteilen. Dieser Pflicht konnte er naturgemäß nur rechtzeitig nachkommen, wenn er das Auftragsschreiben öffnete und zur Kenntnis nahm. Daher kann der Auftraggeber eines Rechtsanwalts erwarten, daß dieser irgendwie für ihn tätig wird: indem er entweder den Auftrag annimmt oder ihm die Ablehnung mitteilt. Verletzt der Anwalt letztere Pflicht, so ist er kraft Gesetzes ersatzpflichtig (culpa in contrahendo). Doch reicht diese aus § 44 BRAO folgende Pflicht, die Interessen des Auftraggebers mindestens durch unverzügliche Mitteilung einer Ablehnung zu wahren, nicht aus, den Rechtsanwalt schon als Vertreter im Sinne des § 232 Abs. 2 ZPO anzusehen. Die Vorschrift des § 44 BRAO will den Auftraggeber schützen und vor Schaden bewahren. Sie kann daher nicht dazu führen, es einem Mandanten im Sinne des § 232 Abs. 2 ZPO zuzurechnen, wenn der Anwalt ihr nicht rechtzeitig mitteilt, daß er den Auftrag nicht ausführen will. Freilich würde in solchem Falle die Partei Ersatz des Schadens verlangen können, der ihr etwa durch Versäumung einer Frist entstanden ist. Damit ist ihr aber nicht gedient, vor allem nicht, wenn der Schaden nicht durch Geld wiedergutmacht werden kann. In erster Linie ist, trotz § 44 Satz 2 BRAO, die Partei dadurch zu schützen, daß ihr Wiedereinsetzung bewilligt wird, weil der Anwalt mangels Annahme des Mandats noch nicht ihr Vertreter war. Was für den Fall gilt, in welchem der Anwalt zwar den Auftrag zur Kenntnis nimmt, die Ablehnung aber entgegen § 44 BRAO zu spät mitteilt, muß erst recht für den vorliegenden Fall gelten, in welchem der Anwalt den Auftrag gar nicht zur Kenntnis genommen hatte.

Daß sein "Verschulden" in diesem Falle noch schwerer sein dürfte, ist unerheblich, weil er damals noch nicht "Vertreter" war. Unerheblich ist auch, daß Rechtsanwalt T [REDACTED] am 4. September 1964, also nach Ablauf der Frist, dann doch das Mandat angenommen hat. Dadurch ist er nicht rückwirkend zum Vertreter im Sinne des § 232 ZPO geworden. Die §§ 177, 184 BGB sind hier nicht anwendbar.

IV. Nach alledem beruhte die Versäumung der Berufungsfrist auf einem Ereignis, das für die Beklagten unabwendbar war. Daher war unter Aufhebung des vom Senat erlassenen Versäumnisurteils das Berufungsurteil aufzuheben und den Beklagten Wiedereinsetzung zu gewähren. Gemäß § 565 ZPO war der Rechtsstreit zur Entscheidung in der Sache selbst an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision (vgl. auch §§ 238 Abs. 3, 344 ZPO) zu übertragen war.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Dr. Weber

Mormann

Braxmaier