

9

BUNDESGERICHTSHOF

VII ZB 17/81

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Alwin K [REDACTED],
B [REDACTED], Sch [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Beschwerdeführers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED],
[REDACTED] -

gegen

die Firma A.G.G. GmbH, B [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED], H [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Beschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und [REDACTED],
[REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 22. Oktober 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Meise, Doerry, Bliesener und Obenhaus

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde des Beklagten gegen den Beschluß des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 16. Juni 1981 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Beschwerde zu tragen.

Beschwerdewert: 10.426,24 DM.

G r ü n d e :

1. Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an die Klägerin Werklohn in Höhe von 10.426,24 DM nebst Zinsen zu zahlen. Nach Zustellung dieses Urteils am 5. Februar 1981 hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 24. Februar 1981 - eingegangen am 3. März 1981 - Prozeßkostenhilfe beantragt und dabei angekündigt, daß er nach deren Bewilligung Berufung mit dem Ziel der Klageabweisung einlegen werde. Mit Beschluß vom 27. April 1981, zugestellt am 4. Mai 1981, hat das Berufungsgericht dem Beklagten für die Berufungsinstanz das Armenrecht bewilligt und ihm Rechtsanwalt Kaethner beigeordnet. Daraufhin hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 26. Mai 1981, bei Gericht eingegangen am 29. Mai 1981,

- 3 -

die angekündigte Berufung eingelegt und begründet sowie zugleich Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Frist zur Berufungseinlegung beantragt.

Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung des Beklagten als unzulässig verworfen.

Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Beklagten.

2. Das Rechtsmittel ist zulässig, aber nicht begründet.

a) Der Beklagte hat in seinem Wiedereinsetzungsgesuch folgendes vorgetragen: Sein Prozeßbevollmächtigter in der Berufungsinstanz, Rechtsanwalt Ka[REDACTED], habe dem beim Landgericht zugelassenen Rechtsanwalt T[REDACTED] (der mit Rechtsanwalt Ka[REDACTED] gemeinsam eine Anwaltspraxis führt und der den Beklagten vor dem Landgericht vertreten hat) nach Eingang des Beschlusses vom 27. April 1981 die Handakten mit der Empfangsbescheinigung vorgelegt und ihn mündlich aufgefordert, das Notwendige zu veranlassen, d.h. die Wiedereinsetzungsfrist zu notieren, den Wiedereinsetzungsantrag zu stellen und die Berufung mit Begründung einzulegen. Rechtsanwalt T[REDACTED] (der vom 30. März bis 15. Mai 1981 amtlich bestellter Vertreter des beim Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalts Ka[REDACTED] war) habe die Akte jedoch nicht bearbeitet. Entweder sei sie - dies ist nach der Versicherung des Rechtsanwalts T[REDACTED], der sich allerdings an die Dinge nicht mehr konkret erinnern kann, das "Wahrscheinlichere", "fast sicher" - mit anderen Akten von Angestellten des Büros wegen Arbeitsüberlastung vom



Schreibtisch genommen worden. Oder aber er habe irrtümlich angenommen, die Berufung sei bereits zusammen mit dem Antrag auf Gewährung von Prozeßkostenhilfe eingelegt worden.

b) Bei dieser Sachlage hat das Berufungsgericht das Wiedereinsetzungsgesuch zu Recht zurückgewiesen und das Rechtsmittel als unzulässig verworfen. Nach dem "alternativen" Vorbringen des Beklagten ist jedenfalls nicht ausgeräumt, daß den Prozeßbevollmächtigten des Beklagten an der Versäumung der Wiedereinsetzungsfrist (§§ 236 Abs. 2 Satz 2, 234 Abs. 1 ZPO) ein Verschulden trifft. Damit aber hat der Beklagte nicht glaubhaft gemacht, daß er die Frist ohne ein - ihm zuzurechnendes - Verschulden seines Prozeßbevollmächtigten versäumt hat (§§ 233, 85 Abs. 2 ZPO).

aa) Der Beschwerdeführer meint zwar, das Berufungsgericht habe hier davon ausgehen müssen, daß die Fristversäumung allein auf die Entfernung der Akten durch Büroangestellte zurückzuführen sei, für deren Verschulden er nicht einzustehen habe. Das geht jedoch fehl. In seinem Wiedereinsetzungsantrag hat der Beklagte selbst beide Sachverhaltsalternativen als "möglich" bezeichnet. Da Rechtsanwalt T. gerade keine konkrete Erinnerung daran hat, weshalb er die Akte nicht bearbeitete, spricht nichts dafür, daß nur die erste Sachverhaltsvariante zur Versäumung der Frist geführt haben kann. Damit kann offen bleiben, ob den Prozeßbevollmächtigten des Beklagten nicht bereits deshalb ein Verschulden trifft, weil trotz der hier gegebenen Umstände weder Rechtsanwalt Ka. noch Rechtsanwalt T. dafür sorgten, daß die Frist sofort notiert und die Akte als "Fristsache" ausgewiesen wurde. Da Rechtsanwalt T. nach seiner eigenen Erklärung

wegen mehrerer Strafverhandlungen nicht alle Eingänge selbst bearbeiten konnte und ihm deshalb Akten vom Schreibtisch genommen wurden, spricht viel dafür, daß eine zuverlässige Bearbeitung der nicht als Fristsache kenntlich gemachten Akte von vornherein gefährdet war.

bb) Doch selbst wenn das anders wäre, kann das Rechtsmittel nicht durchdringen, da nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten die Versäumung der Frist möglicherweise auf dem Irrtum Rechtsanwalts T[REDACTED] beruht, die Berufung sei bereits eingelegt worden. Damit läßt sich eine unverschuldete Fristversäumung, ohne deren bestimmte Behauptung Wiedereinsetzung nicht gewährt werden kann (§ 233 ZPO; Thomas/Putzo, ZPO, 11. Aufl., Anm. 3 a zu § 236), gerade nicht feststellen. Legt man nämlich diese mögliche Fallgestaltung der Entscheidung zugrunde, träfe Rechtsanwalt T[REDACTED] an der Nichteinhaltung der Wiedereinsetzungsfrist ein Verschulden, weil er durch Einsicht in die Akten hätte feststellen können, daß mit Schriftsatz vom 24. Februar 1981 lediglich der Antrag auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe gestellt worden war.

Dieses Verschulden müßte sich der Beklagte zurechnen lassen, da Rechtsanwalt T[REDACTED] in der hier maßgeblichen Zeit als amtlich bestellter Vertreter Rechtsanwalts Ka[REDACTED] auch Bevollmächtigter des Beklagten im Berufungsverfahren war (BGH, Beschluß vom 1. Dezember 1953 - V ZB 25/53 = LM § 232 ZPO Nr. 15; Zöllner/Vollkommer, ZPO, 12. Aufl., Anm. III 2 b zu § 85 ZPO). Darüber hinaus hatte ihn Rechtsanwalt Kaethner aber noch ausdrücklich damit beauftragt, die Wiedereinsetzungsfrist zu notieren, den Wiedereinsetzungsantrag zu stellen sowie die Berufung einzulegen und zu begründen, so daß er

auch aus diesem Grund als Bevollmächtigter des Beklagten anzusehen ist (BGH, Urteil vom 14. Februar 1979 - VIII ZR 269/77 = VersR 1979, 446, 447 m.w.N.; Zöller/Vollkommer, ZPO, aaO).

Soweit sich der Beklagte darauf beruft, Rechtsanwalt Trittermann sei im Berufungsverfahren nur als Mitarbeiter seines (des Beklagten) zweitinstanzlichen Anwalts, nicht dagegen als Bevollmächtigter des Beklagten tätig geworden, widerspricht das den eindeutigen Tatsachen. Wenn ein Rechtsanwalt - wie hier - seinem amtlich bestellten Vertreter den Auftrag erteilt, Berufung einzulegen und zu begründen, und ihm damit alle in diesem Verfahrensabschnitt anfallenden anwaltlichen Aufgaben eigenverantwortlich überträgt, kann von einer unselbständigen bloßen "Mitarbeit" keine Rede sein.

3. Nach alledem ist die Beschwerde mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Meise

Doerry

Bliesener

Obenhaus