

BUNDESGERICHTSHOF

Beschluss

VII ZB 18/95

vom

2. November 1995

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Thomas L., W.-Straße 45, O.,
als Konkursverwalter über das Vermögen der Gerd M. Garten-
und Landschaftsbau GmbH, O.-H.-Straße 24, M.,

Beklagten und Beschwerdeführers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. , W.-
straße 45, O. -

gegen

die Otto H. GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Otto
H., P.-Straße 5, A.,

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. und
Kollegen, K.-weg 126,
F. -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat

am 2. November 1995

durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter
Prof. Quack, Dr. Haß, Hausmann und Dr. Wiebel

beschlossen:

Die Beschwerde des Beklagten gegen den Beschluß
des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Frankfurt am Main vom 13. Juli 1995 wird
kostenpflichtig zurückgewiesen.

Beschwerdewert: 147.080,24 DM

- 3 -

G r ü n d e :

I.

Die Klägerin hat für die G.M. Garten- und Landschaftsbau GmbH (im folgenden: Firma G.M.) landschaftsgärtnerische Arbeiten ausgeführt, für die die Klägerin restlichen Werklohn verlangt. Das Landgericht hat die Firma G.M. unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 147.080,24 DM und Zinsen verurteilt. Das Urteil des Landgerichts ist der Prozeßbevollmächtigten der Firma G.M., Rechtsanwältin L., am 3. März 1995 zugestellt worden. Am 9. Juni 1995 sind die Berufung und der Antrag auf Wiedereinsetzung beim Berufungsgericht eingegangen.

Zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrages hat der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte der Firma G.M. im wesentlichen folgendes vorgetragen und glaubhaft gemacht:

Rechtsanwältin L. habe am 24. März 1995 einen schriftlichen Rechtsmittelauftrag an Rechtsanwalt Dr. G. gerichtet. Das Schreiben sei aber bei der Post verlorengegangen, wie sie erst aus einem Gespräch mit Rechtsanwalt Dr. G. am 26. Mai 1995 habe entnehmen können.

Das Amtsgericht Offenbach hat mit Beschluß vom 30. Juni 1995 über das Vermögen der Firma G.M. den Konkurs eröffnet. Mit Beschluß vom 13. Juli 1995 hat das Berufungsgericht den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Dagegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

wendet sich der Konkursverwalter mit der sofortigen Beschwerde.

II.

Die sofortige Beschwerde ist unbegründet.

Wie das Berufungsgericht zu Recht feststellt, ist die Berufung gegen das Urteil vom 7. Februar 1995 nicht fristgerecht eingelegt worden. Die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung liegen nicht vor.

1. Das Berufungsgericht hat sich in analoger Anwendung von § 249 Abs. 3 ZPO für berechtigt gehalten, die bereits vor Eintritt der Unterbrechung (§ 240 ZPO) unzulässige Berufung der Firma G.M. während der Unterbrechung zu verwerfen. Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschluß vom 16. Januar 1959 - I ZR 33/58 = NJW 1959, 532). Der Senat tritt dieser Rechtsprechung bei, die auch im Schrifttum überwiegend Zustimmung gefunden hat (vgl. nur Zöllner/Greger, Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., § 240 Rdn. 5; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., S. 737; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 21. Aufl., § 249 Rdn. 27). Vereinzelt erhobene Bedenken (AK-ZPO-Ankermann, § 249 Rdn. 5; "Zurückhaltung" empfiehlt MünchKomm zur ZPO/Feiber, § 249 Rdn. 28) greifen jedenfalls hier nicht durch: Die Heilung eines Formmangels kam nicht in Betracht; andererseits ist aus tatsächlichen Gründen nicht ersichtlich, warum der Konkursverwalter die Berufung im Streitfall nicht hätte zurücknehmen können.

2. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß sich bei der Erteilung von Rechtsmittelaufträgen die Sorgfaltspflicht des beauftragenden Rechtsanwaltes nicht in dem rechtzeitigen Absenden des Auftragsschreibens erschöpft. Vielmehr muß dieser Anwalt auch darauf achten, ob der beauftragte Rechtsanwalt den Auftrag innerhalb der laufenden Rechtsmittelfrist bestätigt. Bleibt die Bestätigung aus, muß der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte rechtzeitig vor Ablauf der Berufungsfrist rückfragen (vgl. nur Senat, Beschluß vom 20. Juni 1991 - VII ZB 18/90, BGHR ZPO § 233 Rechtsmittelauftrag 15 m.w.N.).

Hiernach wäre Rechtsanwältin L. gehalten gewesen, bei Rechtsanwalt Dr. G. vor Ablauf der Berufungsfrist eine Bestätigung des Rechtsmittelauftrages einzuholen. Wäre die Anwältin dieser Verpflichtung nachgekommen, so hätte sich noch innerhalb der Berufungsfrist herausgestellt, daß das Auftragsschreiben Rechtsanwalt Dr. G. nicht erreicht hatte. Dann hätte die Firma G.M. noch rechtzeitig Berufung einlegen können. Die somit für die Fristversäumnis schuldhafte Sorgfaltspflichtverletzung der Rechtsanwältin L. muß sich die Firma G.M. gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen.

3. In der sofortigen Beschwerde wird erstmals vorgebracht, Rechtsanwältin L. habe aufgrund einer Äußerung des Geschäftsführers der Firma G.M. davon ausgehen dürfen, daß es aufgrund alsbaldigen Konkursantrages zur Konkurseröffnung und damit zur Unterbrechung des Verfahrens kommen würde. Nach der Erklärung der Rechtsanwältin L. hat der Geschäftsführer lediglich geäußert, "daß dieser verlorene

Prozeß ihn möglicherweise zwingen, Konkurs anzumelden." Das ist schon deshalb keine geeignete Grundlage für einen Vertrauensschutz, weil nicht dargetan ist, warum sich Rechtsanwältin L. auf eine Konkurseröffnung noch vor Ablauf der Berufungsfrist verlassen durfte. Im übrigen hat Rechtsanwältin L. selbst glaubhaft gemacht, sie habe im Einverständnis mit dem Geschäftsführer (gleichwohl) den schriftlichen Berufungsauftrag an Rechtsanwalt Dr. G. erteilt. Dann mußte sie bei der Einleitung und Durchführung des Berufungsverfahrens den sichersten Weg wählen und durfte den Dingen nicht einfach ihren Lauf lassen.

Lang

Quack

Haß

Hausmann

Wiebel