

# BUNDESGERICHTSHOF

VII ZB 25/81

## BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Heinz P[REDACTED], [REDACTED]straße [REDACTED], R[REDACTED]-  
[REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers  
und Beschwerdeführers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Friedrich H[REDACTED] KG, vertreten durch den  
persönlich haftenden Gesellschafter Heinz H[REDACTED],  
Ra[REDACTED] Straße [REDACTED], O[REDACTED]-E[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte  
und Beschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

15

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Meise, Doerry, Bliesener und Obenhaus am 17. Mai 1982 beschlossen:

Die sofortige Beschwerde des Beklagten gegen den Beschluß des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. Oktober 1981 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der sofortigen Beschwerde zu tragen.

Beschwerdewert:

1.000,-- DM (Aufrechnungsforderung)  
4.163,86 DM (Zurückbehaltungsrecht)  
5.163,86 DM  
=====

G r ü n d e :

Der Beklagte ist durch Teilurteil des Landgerichts vom 29. Januar 1981 zur Zahlung restlichen Werklohns von 5.363,86 DM nebst Zinsen, zum Teil Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung, verurteilt worden. Er hat gegen das ihm am 5. März 1981 zugestellte Teilurteil am 7. April 1981, also einen Tag nach der am 6. April 1981 (Montag) abgelaufenen Berufungsfrist, Berufung eingelegt, das Rechtsmittel fristgemäß begründet und gegen die Versäumung der Berufungsfrist rechtzeitig Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Das Oberlandesgericht hat die Wiedereinsetzung abgelehnt und die Berufung als unzulässig verworfen.

- 3 -

Die dagegen form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde des Beklagten ist nicht begründet.

1. Der Beklagte hat glaubhaft gemacht, der Bürovorsteher seines erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten, Rechtsanwalt Re[REDACTED] in M[REDACTED], habe am Nachmittag des 6. April 1981 fernmündlich an das Büro der Rechtsanwälte Dr. Sch[REDACTED] und Partner in Ha[REDACTED] den Auftrag durchgegeben, noch am selben Tag Berufung gegen das am 5. März 1981 zugestellte Teilurteil des Landgerichts einzulegen. Die Angestellte Mi[REDACTED] habe das Gespräch angenommen. Sie habe allgemeiner Weisung entsprechend den Auftrag handschriftlich notiert, sofort die Berufungsschrift geschrieben und durch fernmündliche Rückfrage im Büro des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten die Richtigkeit der notierten Angaben zur Berufungseinlegung geprüft. Sie habe alsdann die Berufungsschrift und die handschriftliche Notiz an die Angestellte F[REDACTED] weitergegeben. Diese habe das Bestätigungsschreiben an den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten gefertigt und anschließend die Berufungsschrift der Bürovorsteherin L[REDACTED] auf den Arbeitstisch gelegt. Versehentlich sei die Berufungsschrift nun nicht in die Mappe für die Schriftstücke gelangt, die noch am selben Tag hätten postfertig gemacht, von einem der Rechtsanwälte unterschrieben und zur Post oder zur Postannahmestelle des Gerichts gebracht werden sollen. Sie sei vielmehr unter die erst am nächsten Tag fertig zu machende Post geraten. Die Bürovorsteherin habe irrtümlich angenommen, die Berufungsschrift sei noch am selben Tage zur Unterschrift vorgelegt worden. Das Versehen sei erst am nächsten Tag, am 7. April 1981 bemerkt worden.



2. Nach diesem Sachverhalt hat das Berufungsgericht dem Beklagten zu Recht die Wiedereinsetzung verweigert.

a) Allerdings kann dem Berufungsgericht nicht darin zugestimmt werden, daß dem Beklagten etwaiges Verschulden der Rechtsanwälte Dr. Sch[REDACTED] und Partner zuzurechnen sei. Dabei kann offenbleiben, worin ein solches Verschulden bestehen könnte. Denn bei Versäumnis der Berufungsfrist waren die Berufungsanwälte noch nicht Bevollmächtigte des Beklagten, deren Verschulden nach § 85 Abs. 2 ZPO dem Verschulden der Partei gleichsteht.

Der Rechtsanwalt ist nicht schon dadurch Bevollmächtigter im Sinne dieser Vorschrift, daß ihm ein Auftrag zugeht, sondern erst, wenn er den Auftrag annimmt. Das hat der Bundesgerichtshof für die dem § 85 Abs. 2 ZPO entsprechende frühere Regelung in § 232 Abs. 2 ZPO über das der Partei zustehende Verschulden ihres Vertreters bereits ausgesprochen (BGHZ 47, 320 ff; 50, 82, 83). Es gilt auch für die entsprechende neue Regelung in § 85 Abs. 2 ZPO, durch die keine sachliche Änderung über das Verschulden des Rechtsanwalts als bevollmächtigten Vertreters seiner Partei herbeigeführt worden ist.

Die Rechtsanwälte Dr. Sch[REDACTED] und Partner haben hier von dem Berufungsauftrag erst am 7. April 1981 erfahren und ihn erst nach Ablauf der Berufungsfrist angenommen. Dadurch sind sie nicht rückwirkend zu Bevollmächtigten des Beklagten im Sinne des § 85 Abs. 2 ZPO geworden (vgl. BGHZ 47, 320, 324). Auch ihre allgemeine Anweisung, fernmündlich erteilte Berufungsaufträge büromäßig sofort zu erledigen und ihnen die gefertigte Berufungsschrift zur Unterschrift vorzulegen, ist kein schlüssiges Verhalten, das schon eine Auftragsannahme

zum Inhalt hätte. Es handelt sich insoweit nur um eine die Arbeit der Anwälte erleichternde, der Eilbedürftigkeit Rechnung tragende bürointerne Anordnung. Die Anwälte haben daher die Berufungsfrist nicht als Bevollmächtigte des Beklagten versäumt.

b) Dem Beklagten kann hier aber Wiedereinsetzung deshalb nicht gewährt werden, weil er nicht dargetan hat, daß die Fristversäumung nicht auf ihm zuzurechnenden Verschulden seines erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten beruht.

Wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat, erschöpft sich bei Berufungsaufträgen die Sorgfaltspflicht des beauftragenden Anwalts als bevollmächtigten Vertreters seiner Partei nicht im rechtzeitigen Absenden des Auftragschreibens; vielmehr muß er auch dafür Sorge tragen, daß der beauftragte Anwalt den Auftrag innerhalb der Berufungsfrist bestätigt (vgl. z.B. BGHZ 50, 82; Urt. v. 31. Mai 1976 - VII ZR 332/75 = VersR 1976, 939 m.w.N.). Der beauftragende Anwalt muß sich die leicht erreichbare Gewißheit darüber verschaffen, daß der beauftragte Anwalt tatsächlich sowie rechtlich nicht verhindert und auch bereit ist, das Mandat zu übernehmen (Senatsurteil vom 31.5.1976 aaO). Das gilt in gleicher Weise für fernmündlich erteilte Aufträge.

Der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte des Beklagten hätte also darum besorgt sein müssen, daß die Rechtsanwälte Dr. Sch[REDACTED] und Partner ihm noch am 6. April 1981 die Annahme des ihnen erteilten Auftrags bestätigten. Der Beklagte hat nicht vorgetragen, daß Rechtsanwalt Reich irgendetwas in dieser Richtung unter-

nommen hat. Das war nicht etwa deshalb entbehrlich, weil die Angestellte Mi [REDACTED] vom Büro der Berufungsanwälte in seinem Büro noch einmal rückgefragt hatte. Denn mit dieser Rückfrage sollte an Hand der bereits entworfenen Berufungsschrift lediglich überprüft werden, ob die telefonisch durchgegebenen, zunächst handschriftlich festgehaltenen Angaben richtig verstanden worden sind. Daß das Mandat von den Berufungsanwälten auch angenommen worden ist, ergab sich daraus noch nicht. Die Entscheidung darüber mußten die Berufungsanwälte selbst treffen und konnten sie nicht etwa den Büroangestellten überlassen. Der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte des Beklagten hätte diese Entscheidung der Berufungsanwälte noch am 6. April 1981 herbeiführen und sich fernmündlich davon überzeugen müssen, daß sie ergangen war. Hätte er das getan, wäre die bereits gefertigte, aber verlegte Berufungsschrift wieder aufgefunden, von einem der Berufungsanwälte unterzeichnet und somit die Berufungsfrist eingehalten worden.

3. Die sofortige Beschwerde ist daher mit der Kostenfolge nach § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Meise

Doerry

Bliesener

Oberhaus