

58
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

ZPO §§ 232 Ca, 233 I

Ein Rechtsanwalt, der einen anderen Rechtsanwalt brieflich mit der Einlegung eines Rechtsmittels beauftragt, muß innerhalb der Rechtsmittelfrist überwachen, ob das Auftragsschreiben bei dem beauftragten Rechtsanwalt eingegangen ist. Das gilt auch, wenn der Auftrag kurz vor Fristablauf erteilt wird.

BGH, Urt. v. 18. April 1968 - VII ZR 150/66 - OLG Koblenz
LG Mainz

34

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 150/66

URTEIL

Verkündet am

18. April 1968

H o r n,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Karl-Heinz B [REDACTED] in I [REDACTED], B [REDACTED]straße 90,

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Georg K [REDACTED] & Co. in M [REDACTED]-K [REDACTED],
W [REDACTED]straße 76,

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. April 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt :

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Koblenz vom 27. Juli 1966 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Das Urteil des Landgerichts in Mainz vom 1. März 1966, durch das der Beklagte zur Rechnungslegung verurteilt worden ist, ist am 15. März 1966 zugestellt worden.

Erst am 12. Mai 1966 ist die Berufung des Beklagten beim Oberlandesgericht eingegangen. Zugleich hat er beantragt, ihm gegen die Versäumung der Berufungsfrist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen. Diesen Antrag hat er wie folgt begründet:

Sein Prozeßbevollmächtigter erster Instanz, Rechtsanwalt Dr. M. [REDACTED] in I. [REDACTED], habe mit Schreiben vom 12. April 1966 die Rechtsanwälte Justizrat K. [REDACTED] und S. [REDACTED] in K. [REDACTED] beauftragt, Berufung einzulegen. Dieses dort am 13. April 1966 eingegangene Schreiben sei infolge eines Versehens des Büropersonals den Akten über einen anderen Rechtsstreit beigeheftet worden. Er sei auch in diesem anderen Rechtsstreit (B. [REDACTED] ./.



Ke [REDACTED]) beteiligt gewesen und die Rechtsanwälte Justizrat K [REDACTED] und S [REDACTED] seien von seinem erstinstanzlichen Anwalt Dr. M [REDACTED] beauftragt gewesen, auch gegen das gleichfalls vom Landgericht in Mainz am 1. März 1966 verkündete Urteil in Sachen B [REDACTED] ./.

Ke [REDACTED] Berufung einzulegen. Deshalb habe Rechtsanwalt Justizrat K [REDACTED], dem die Akten vorgelegt worden seien, nicht bemerkt, daß es sich bei dem Schreiben des Rechtsanwalts Dr. M [REDACTED] vom 12. April 1966 um einen neuen Auftrag in einer anderen Sache gehandelt habe. Dieser Irrtum sei erst entdeckt worden, als am 3. Mai 1966 ein Schreiben von Rechtsanwalt Dr. M [REDACTED] eingegangen sei, mit dem er seine Handakten in der vorliegenden Sache übersandt habe. Die Rechtsanwälte Justizrat K [REDACTED] und S [REDACTED] hätten daraufhin Rechtsanwalt Dr. M [REDACTED] alsbald unterrichtet und ihm gleichzeitig mitgeteilt, daß sie verhindert seien, das Mandat zu übernehmen, weil sie seit zehn Jahren die Klägerin in Berufungssachen verträten.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten als unzulässig verworfen.

Der Beklagte beantragt mit der Revision, das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht versagt die Wiedereinsetzung, weil den Rechtsanwalt Justizrat K [REDACTED] ein dem Beklagten zuzurechnendes Verschulden an der Fristversäumung treffe. Die Rechtsanwälte Justizrat K [REDACTED] und S [REDACTED] seien Vertreter des Beklagten

im Sinne des § 232 Abs. 2 ZPO gewesen. Sie seien es dadurch geworden, daß ihnen das Auftragschreiben, das zugleich die Prozeßvollmacht für sie dargestellt habe, zugegangen sei. Es komme nicht darauf an, ob sie von dem Schreiben Kenntnis genommen hätten.

Diese Begründung beruht auf Rechtsirrtum. Ein Rechtsanwalt wird nicht schon dadurch Vertreter im Sinne des § 232 Abs. 2 ZPO, daß ihm ein mit Prozeßvollmacht verbundener Auftrag zugeht, sondern erst, wenn er ihn angenommen hat. Das hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Urteil VIII ZR 46/65 vom 19. April 1967 = BGHZ 47, 320 = NJW 1967, 1567 entschieden und eingehend begründet. Der erkennende Senat tritt dieser Auffassung bei.

Die Rechtsanwälte Justizrat K[REDACTED] und S[REDACTED] haben den Auftrag, Berufung einzulegen, nicht angenommen, weder durch ausdrückliche Erklärung noch durch schlüssiges Verhalten.

Aus der Tatsache allein, daß die Übernahme des Mandats nicht alsbald abgelehnt worden ist, kann das Zustandekommen eines Anwaltsvertrags nicht gefolgert werden; das läßt sich weder aus § 151 BGB noch aus § 44 BRAO herleiten. Auch inso- weit ist den Ausführungen des VIII. Zivilsenats in dem ge- nannten Urteil beizutreten.

Waren danach die Rechtsanwälte Justizrat K[REDACTED] und S[REDACTED] nicht Vertreter des Beklagten im Sinne des § 232 Abs. 2 ZPO, so kommt es nicht darauf an, ob sie oder ihre Angestell- ten die Versäumung der Berufungsfrist verschuldet haben.

II.

Gleichwohl ist die Revision nach § 563 ZPO zurückzuweisen, weil die Wiedereinsetzung aus Gründen, die im Verhalten des

erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten liegen, versagt werden muß.

1) Dieser war Vertreter im Sinne des § 232 Abs. 2 ZPO, wie auch der Beklagte nicht anzweifelt. Seine Pflicht erschöpfte sich nicht im rechtzeitigen Absenden des Schreibens, das den Auftrag enthielt, Berufung einzulegen. Es ist üblich, und jedenfalls zu fordern, daß der Anwalt, der einen solchen Auftrag erteilt, sich den Eingang von dem beauftragten Anwalt bestätigen läßt. Ob diese Bestätigung rechtzeitig eingeht, hat der beauftragende Anwalt zu überwachen (Beschlüsse des III. Zivilsenats in NJW 1955, 671 und des erkennenden Senats in VersR 1965, 791).

Der Beklagte beruft sich zu Unrecht darauf, daß der Anwalt, der ein Rechtsmittel einlegt, nach der Rechtsprechung sich nicht über den Eingang der Rechtsmittelschrift zu vergewissern braucht. Die Einlegung eines Rechtsmittels und die Erteilung des Auftrags dazu sind nicht gleich zu behandeln, wie der Senat in VersR 1956, 791 bereits ausgeführt hat. Einmal ist in der Regel eine Eingangsbestätigung des Gerichts nicht zu erwarten. Zum anderen gibt es Fälle, in denen der angeschiedene Anwalt die Vertretung nicht übernehmen kann oder will, was auch im vorliegenden Fall vorgetragen ist; auch deshalb muß sich der beauftragende Anwalt den Auftrag bestätigen lassen.

Von diesem Grundsatz geht auch der VIII. Zivilsenat in dem erwähnten Urteil aus (vgl. insoweit und zum folgenden den ausführlicheren Abdruck in NJW 1967, 1567). Er hat allerdings dort angenommen, der erstinstanzliche Anwalt habe sich innerhalb des kurzen Zeitraums zwischen Absendung des Auftragschreibens (31. August) und Ablauf der Berufungsfrist (3. September) nicht zu vergewissern brauchen, ob sein Auftrag bei dem anderen

Anwalt eingetroffen war und bearbeitet wurde. Anlaß zu Nachforschungen bestand nach Ansicht des VIII. Zivilsenats erst, wenn die Bestätigung länger ausblieb und sich danach der Verdacht ergab, daß "etwas nicht in Ordnung" war. Eine Nachlässigkeit des Anwalts erst in diesem späteren Zeitpunkt aber war für die Fristversäumung nicht ursächlich.

An diesem Standpunkt des VIII. Zivilsenats ist bedenklich, daß die Pflicht, sich über den Eingang und die Annahme des Auftrags zu vergewissern, gerade für die Fälle verneint wird, in denen der Auftrag kurz vor Ablauf der Rechtsmittelfrist erteilt wird. Viel eher ließe sich sagen, daß gerade in solchen Fällen besondere Sorgfalt geboten und die Überwachung, ob das Auftragsschreiben rechtzeitig eingetroffen ist, besonders notwendig ist. Jedenfalls kommt es aber entscheidend darauf an, daß die Überwachung bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ausgeübt wird; die spätere Überwachung ist zwar nicht bedeutungslos, wie unter 2 noch zu zeigen ist, verfehlt aber ihren eigentlichen Zweck, gegen die Versäumung der Rechtsmittelfrist zu schützen. Deshalb ist an dem vom erkennenden Senat in VersR 1965, 791 eingenommenen Standpunkt festzuhalten, daß der beauftragende Anwalt rechtzeitig, d.h. vor Ablauf der Rechtsmittelfrist, sich über den Eingang des Auftrags beim beauftragten Anwalt vergewissern muß; und es ist keine Ausnahme für Fälle zu machen, in denen der Fristablauf kurz bevorsteht.

2) Die Meinungsverschiedenheit mit dem VIII. Zivilsenat würde zur Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen nötigen, wenn der erkennende Senat die Wiedereinsetzung mit der Begründung ablehnen würde, der erstinstanzliche Anwalt habe die Versäumung der Frist dadurch verschuldet, daß er sich nicht

in der Zeit zwischen Absendung des Auftragsschreibens (12. April 1966) und Fristablauf (15. April 1966) nach dem Eingang und der Ausführung des Auftrags erkundigt habe. Jedoch stützt der Senat seine Entscheidung nicht darauf, daß die mangelnde Überwachung durch Rechtsanwalt Dr. M. ein Wiedereinsetzungsgrund sei. Das Unterlassen der Überwachung wirkt sich vielmehr, anders als in dem vom VIII. Zivilsenat entschiedenen Fall, dahin aus, daß der Wiedereinsetzungsantrag nicht als rechtzeitig angesehen werden kann.

Geht man einmal mit dem VIII. Zivilsenat davon aus, daß der erstinstanzliche Anwalt erst Anlaß zu einer Erkundigung hatte, wenn die Bestätigung länger ausblieb, so war er jedenfalls spätestens eine Woche nach Absenden des Auftragschreibens zur Nachforschung verpflichtet (so auch der angeführte Beschluß des III. Zivilsenats in NJW 1955, 671), und zwar mußte er diese Nachforschung eilends, nach Ansicht des III. Zivilsenats fernmündlich, betreiben. Hätte Rechtsanwalt Dr. M. das nach Ablauf einer Woche, also am 19. April 1966, getan, so hätte er damals, allenfalls spätestens am 21. April 1966, erfahren, daß die Frist versäumt war. Von diesem Zeitpunkt an war deshalb die Unkenntnis, daß die Frist versäumt war, und damit das Bestehen des Hindernisses für die Rechtsmitteleinlegung nicht mehr unverschuldet; mit diesem Zeitpunkt begann die zweiwöchige Frist des § 234 ZPO für den Wiedereinsetzungsantrag zu laufen (BGH NJW 1952, 469; NJW 1955, 671). Sie war deshalb jedenfalls am 12. Mai 1966, als die Berufung mit dem Wiedereinsetzungsantrag beim Oberlandesgericht einging, verstrichen.

3) Dieser Wiedereinsetzungsantrag enthält keine Angaben darüber, warum Rechtsanwalt Dr. M. nicht wenigstens bis zum 21. April 1966 trotz Ausbleibens einer Auftragsbestätigung

nachgeforscht hat. Hierzu und über die Mittel der Glaubhaftmachung hätten nach § 236 Nr. 1 und 2 ZPO Angaben gemacht werden müssen, und zwar innerhalb der Frist des § 234 ZPO; zu den nach § 236 ZPO anzugebenden Tatsachen gehören nämlich auch die, aus denen sich die Einhaltung der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag ergibt (BGH VersR 1960, 60). Die Angaben können jetzt nicht mehr nachgeholt werden. Deshalb besteht kein Grund, entsprechend dem in der Revisionsverhandlung gestellten Antrag des Revisionsklägers die Verhandlung zu dem Zweck zu vertagen, daß Rechtsanwalt Dr. M. sich zu diesem Punkt noch äußern könne.

Die Sache ist vielmehr entscheidungsreif, weil das Berufungsgericht im Ergebnis mit Recht die Berufung als unzulässig verworfen hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Heimann-Trosien

Bundesrichter Rietschel ist
beurlaubt und verhindert zu
unterschreiben

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

Finke