

Verkündet am 14. Juli 1964
Romacker, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kraftfahrers Karl H [REDACTED], S [REDACTED], B [REDACTED]
[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Rentner Nikolaus S [REDACTED], G [REDACTED] Nr. [REDACTED] [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. Juli 1964 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Engels und der Bundesrichter
Dr. Hauß, Heinrich Meyer, Dr. Pfretzschner und Dr. Nüßgens
für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Koblenz vom 8. Januar 1963 wird zurückge-
wiesen.

Die Kosten der Revision werden dem Beklagten
auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist durch das Schlußurteil des Landgerichts in Trier vom 4. Januar 1962 zu Rentenzahlungen verurteilt worden. Das Urteil wurde dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten, den Rechtsanwälten Dres. B. [REDACTED] in Trier, am 15. Januar 1962 zugestellt. Am Nachmittag des 12. Februar 1962 rief Assessor L. [REDACTED], der Sachbearbeiter der F. [REDACTED] und A. [REDACTED]-Versicherungs-AG., bei der der Beklagte haftpflichtversichert war, das Büro des Rechtsanwalts H. [REDACTED] in Koblenz an, der den Beklagten im Berufungsrechtszug vertreten sollte. Die Angestellte Sch. [REDACTED] nahm das Gespräch an. Sie machte eine Schreibmaschinennotiz - ohne Durchschlag - folgenden Inhalts:

"In Sachen S. [REDACTED] gegen R. [REDACTED] (diese Sache hatten wir für die F. [REDACTED] und A. [REDACTED] szt. dem Grunde nach geführt) rief die F. [REDACTED] und A. [REDACTED] in F. [REDACTED] an und gab Auftrag, nunmehr Berufung der Höhe nach einzulegen. Die Akten befinden sich bei dem Rechtsanwalt B. [REDACTED] in Trier (Telefon [REDACTED]), die wir anfordern möchten und kurz vor dem Ablauf die Berufung einlegen. Die F. [REDACTED] und A. [REDACTED] meint, daß diese Mitte Februar abläuft. Az. bei der F. [REDACTED] und A. [REDACTED]: Kh 17548 B 10.

Außerdem bittet die F. [REDACTED] und A. [REDACTED], doch die Akten J. [REDACTED] gegen M. [REDACTED] zurückzugeben. 12.2.1962".

Diese Notiz überreichte sie dem Rechtsanwalt H. [REDACTED] in dessen Arbeitszimmer. Dieser nahm die Notiz zu den in ihrem letzten Absatz erwähnten Akten J. [REDACTED] gegen M. [REDACTED], die er gerade vorliegen hatte. Zu der im ersten Absatz der Notiz erwähnten Sache, die den gegenwärtigen Rechtsstreit betraf,

veranlaßte er nichts. Am 20. Februar 1962 fragte Assessor L. [REDACTED] formmündlich an, ob Berufung eingelegt sei. Darauf wurde die Notiz über das Telefongespräch vom 12. Februar 1962 gesucht und gefunden. Rechtsanwalt H. [REDACTED] stellte durch formmündliche Rückfrage bei den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten fest, daß die Berufungsfrist am 15. Februar 1962 abgelaufen war.

Mit einem am 1. März 1962 eingegangenen Schriftsatz hat der Beklagte Berufung eingelegt und gleichzeitig um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten. In der Berufungsbegründungsschrift hat er eine teilweise Abänderung des erstinstanzlichen Urteils beantragt.

Der Kläger hat um Zurückweisung der Berufung gebeten. Er ist der Ansicht, daß ein Grund zur Wiedereinsetzung nicht vorliege.

Das Berufungsgericht hat die Berufung als unzulässig verworfen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den im Berufungsrechtszug gestellten Antrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Nachdem vom Berufungsgericht das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag beschränkt war (vgl. § 238 Abs. 1 Satz 2 ZPO), hatte der Beklagte in der mündlichen Verhandlung darum gebeten, seinem Wiedereinsetzungsantrag stattzugeben, während der Kläger den Antrag verlesen hatte, die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Es bedarf keiner Stellungnahme dazu,



ob das Berufungsgericht auf Grund einer so beschränkten Verhandlung die Berufung sofort durch Endurteil als unzulässig verwerfen durfte, anstatt zunächst durch Zwischenurteil (§ 303 ZPO) den Wiedereinsetzungsantrag als unbegründet zurückzuweisen (vgl. Stein/Jonas ZPO Kommentar 18. Aufl. Anm. II zu § 238). Denn jedenfalls ist der Beklagte durch das Verfahren des Berufungsgerichts nicht beschwert. Hätte nämlich das Berufungsgericht den Wiedereinsetzungsantrag durch Zwischenurteil zurückgewiesen, so wäre es gemäß § 318 ZPO an dieses Urteil gebunden und daher gezwungen gewesen, entweder auf erneute Verhandlung durch Endurteil oder ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß die verspätete Berufung als unzulässig zu verwerfen (§ 519 b ZPO). Mit der negativen Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag war die Hauptsache im Sinne einer Verwerfung der Berufung entscheidungsreif geworden. Auch bei einer Trennung der beiden Entscheidungen hätte der Beklagte keine weiteren Möglichkeiten gehabt, vom Berufungsgericht die Beseitigung des mit der Versäumung der Berufungsfrist erwachsenen Rechtsnachteils zu erreichen. Die Überprüfung der Wiedereinsetzungsgründe durch das Revisionsgericht ist dem Beklagten auch durch das vom Berufungsgericht gewählte Verfahren gesichert. Dadurch, daß das Berufungsgericht die prozessuale Folge der Ablehnung des Wiedereinsetzungsantrages durch ein Endurteil ausgesprochen hat, ist dem Beklagten noch der Vorteil einer zwingenden mündlichen Revisionsverhandlung angefallen. Würde das Berufungsgericht nach Erlaß des Zwischenurteils über den Wiedereinsetzungsantrag die Berufung durch einen besonderen Beschluß als unzulässig verworfen haben, wozu es gemäß § 519 b Abs. 2 ZPO befugt gewesen wäre, so hätte über die alsdann zulässige sofortige Beschwerde ohne mündliche Verhandlung entschieden werden können. Der Vorwurf

der Revision, dem Beklagten sei unzulässigerweise das rechtliche Gehör beschnitten worden, ist daher unbegründet.

II.

Das Berufungsgericht hat verneint, daß die Versäumung der Berufungsfrist auf einen unabwendbaren Zufall im Sinne des § 233 Abs. 1 ZPO zurückzuführen sei. Der Grund, weshalb auf das Ferngespräch vom 12. Februar 1962 von Rechtsanwalt H. nichts veranlaßt worden ist, war nach der Feststellung des Berufungsgerichts folgender:

Die Büroangestellte Sch., die zur Entgegennahme des Ferngespräches befugt war, hat es entgegen der Anweisung des Anwaltes unterlassen, die Notiz über den Inhalt des Gespräches und - da das Gespräch zwei Sachen betraf - dazu eine Abschrift der Notiz in ein im Büro stehendes Körbchen zu legen. Nach der Büroanweisung sollten in dieses Körbchen alle von Angestellten aufgenommenen Notizen über Telefongespräche, insbesondere solche, die neue Sachen betrafen, und entgegengenommene Schriftstücke gelegt werden, wenn die Ehefrau des Anwalts, die das Büro leitete, vorübergehend abwesend war. Auf diese Weise hatte die Büroleiterin eine Kontrolle über das während ihrer Abwesenheit Geschehene. Nach ihrer Rückkehr oblag es ihr dann, die Schriftstücke und Notizen durchzusehen und die erforderlichen Maßnahmen zu veranlassen (Rechtsmitteleinlegung, Fristkontrolle, Schriftwechsel). Dieses System hat nach der Überzeugung des Berufungsgerichts bisher in befriedigender Weise funktioniert. Hier habe eine einmalige Fehlleistung einer im übrigen bewährten Angestellten vorgelegen, die ihr im Drang der Geschäfte unterlaufen sei. Nach der Art, in der gemäß der Büroorganisation solche Sachen üblicherweise

behandelt worden seien, habe Rechtsanwalt H. nicht damit zu rechnen brauchen, daß die ihm ohne besonderen mündlichen Hinweis überreichte Telefonnotiz einen neuen Berufungsauftrag enthalte. Jedenfalls aber habe er davon ausgehen können, daß die Sache durch Eintragung in den Fristenkalender unter Kontrolle genommen und auf die übliche Weise zu ihm kommen werde. Da die Notiz auch die dem Anwalt gerade vorliegende Sache J. / . M. betroffen habe, sei die Annahme naheliegend gewesen, daß die Angestellte die Notiz wegen dieser Sache überreicht habe.

III.

Es bedarf keiner Prüfung, ob das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, daß Rechtsanwalt H. die Untätigkeit auf den fernmündlich durchgegebenen Auftrag und die vorgelegte Notiz nicht zu vertreten habe. Denn zutreffend führt das Berufungsgericht aus, daß der Haftpflichtversicherer des Beklagten, der in dessen Vollmacht den Rechtsstreit für ihn führte, nicht das erhöhte Maß von Sorgfalt erfüllt hat, das bei der Erteilung eines Auftrages zur Rechtsmittelinlegung vor drohenden Fristablauf gefordert werden muß. Dabei fallen folgende Umstände besonders ins Gewicht:

Der Sachbearbeiter kannte nicht den Tag der Zustellung des erstinstanzlichen Urteils, rechnete aber damit, daß die Berufungsfrist Mitte Februar 1962 ablief. Er konnte auch keine genauen Angaben über das Urteilsrubrum und die beschwerte Partei durchgeben. Wenn die erforderliche weitere Aufklärung einer Rückfrage des beauftragten Berufungsanwaltes bei dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten überlassen wurde, so mußte dem Sachbearbeiter

klar sein, daß möglicherweise ein sehr schnelles Handeln erforderlich war. Es ist keine Übertreibung der in dieser Lage zu stellenden Anforderungen, wenn das Berufungsgericht es der Versicherungsgesellschaft zur Last legt, daß das mit einer Angestellten des Berufungsanwaltes geführte Ferngespräch nicht sofort in der geschäftlich üblichen Weise schriftlich bestätigt worden ist (vgl. RG JW 1938, 2908). Damit wäre die bei Ferngesprächen solchen Inhaltes immer bestehende Gefahr einer inhaltlich inkorrekten Weitergabe oder einer nicht der Bedeutung entsprechenden Behandlung abgewehrt und nach den Umständen mit größter Wahrscheinlichkeit erreicht worden, daß der Auftrag richtig und sofort ausgeführt worden wäre. Zum mindesten hätte aber, wenn eine schriftliche Bestätigung unterblieb, angesichts der bestehenden Unklarheiten vor dem Ablauf des 15. Februar 1962 telefonisch bei Rechtsanwalt H. [REDACTED] angefragt werden müssen, ob die Berufung eingelegt war. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht die Ursächlichkeit der von ihm gerügten Geschäftsbehandlung für die Versäumung der Berufungsfrist angenommen. Die Feststellung der Ursächlichkeit kann von der Revision nicht dadurch ausgeräumt werden, daß sie fiktive Geschehensabläufe zum Vergleich heranzieht, bei denen ebenfalls eine Versäumung der Frist möglich gewesen wäre. Da der Beklagte das Verhalten seines Haftpflichtversicherers gegen sich gelten lassen muß, sind die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung nicht gegeben. Einer Erörterung, ob dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten, der die Berufungsfrist nicht kontrolliert hat, ebenfalls ein für die Fristversäumung ursächliches Verschulden zur Last fällt, bedarf es nicht.

IV.

Ist dem Beklagten die Wiedereinsetzung mit Recht versagt worden, so mußte die verspätete Berufung gemäß § 519 b ZPO als unzulässig verworfen werden. Die Revision, die diese Entscheidung angreift, erweist sich daher als unbegründet. Sie war mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Engels

Dr. Haus

Meyer

Dr. Pfretzschner

Dr. Nüßgens