

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 112/77

URTEIL

Verkündet am
6. April 1979
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Friedrich-Dieter W [REDACTED], O [REDACTED] Straße [REDACTED], B [REDACTED],
Beklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. Ehefrau Marianne G [REDACTED] geb. W [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED], G [REDACTED], S [REDACTED],
2. Ehefrau Ute K [REDACTED] geb. W [REDACTED],
B [REDACTED] Straße [REDACTED], D [REDACTED],
als Erben des am 4. April 1976 verstorbenen, zuletzt
in D [REDACTED], An der R [REDACTED], wohnhaft gewesenen
früheren Klägers Fritz Hermann W [REDACTED],

Klägerinnen und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 6. April 1979 durch
den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Offterdinger,
Dr. Eckstein, Dr. Vogt und Dr. Räfle

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Zwischenurteil des 2. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts in Oldenburg vom
27. Oktober 1976 aufgehoben.

Dem Beklagten wird gegen die Versäumung
der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in
den vorigen Stand gewährt.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten
der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerinnen übergab am 3. Dezember 1975 dem Anwalt des Beklagten eine unter Weglassung des Tatbestands und der Entscheidungsgründe gefertigte Xerokopie der Urteilsausfertigung des landgerichtlichen Urteils, das der Klage entsprochen hatte. Die Kopie gibt auf der ersten und zweiten Seite das Rubrum und die Urteilsformel, auf der dritten Seite die Unterschriften und den Ausfertigungsvermerk wieder. Das Empfangsbekenntnis des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten vom 3. Dezember 1975 ist auf der Rückseite der letzten Seite einer in sich mit Stempeln und Klammern fest verbundenen vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils von dem Anwalt des Beklagten unterstempelt und mit dem Vermerk "Beglaubigt" unterzeichnet. Es lautet:

"Eine beglaubigte verkürzte Xerokopie des Urteils haben wir heute von den Herrn ... als von Anwalt zu Anwalt zugestellt erhalten."

Der Beklagte hat erst am 6. Januar 1976 und erneut am 20. Januar 1976, nunmehr zusammen mit dem Antrag, ihm wegen der Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, Berufung eingelegt und diese am 6. Februar 1976 begründet.

Das Berufungsgericht hat auf Antrag des Beklagten beschlossen, das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag des Beklagten zu beschränken und durch Zwischenurteil den Antrag des Beklagten, ihm gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Berufung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen, abgelehnt.



Mit der gegen dieses Zwischenurteil eingelegten Revision erstrebt der Beklagte in erster Linie die Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht. Hilfsweise beantragt er, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils dem Beklagten gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Berufung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Klägerinnen beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klägerinnen stellen in der Revisionserwiderung die Zulässigkeit der Revision gegen das Zwischenurteil trotz des Urteils in BGHZ 47, 289 in Frage, weil die in diesem Urteil maßgebenden prozeßökonomischen Überlegungen hier nicht durchgreifen könnten. Der VII. Zivilsenat hat in der genannten Entscheidung dargelegt, daß ein Zwischenurteil, durch das eine Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Berufungsfrist abgelehnt werde, entgegen §§ 511, 545 Abs. 1 ZPO selbständig anfechtbar sei, obwohl im Gesetz dafür keine Ausnahme wie in § 275 Abs. 2 a.F. und § 304 Abs. 2 ZPO vorgesehen sei. Es handle sich zwar um kein Endurteil (so BAG AP ZPO § 232 Nr. 5 und § 300 Nr. 1). Denn das Berufungsgericht sei auf jeden Fall gezwungen durch Endurteil noch die Verwerfung der Berufung auszusprechen. Es könne überdies auch nicht ausgeschlossen werden, daß nach Ablehnung der Wiedereinsetzung der Rechts-

mittelkläger noch vorbringen könne, das angefochtene Urteil sei gar nicht ordnungsgemäß zugestellt worden, das Rechtsmittel also auch nicht verspätet eingelegt. Gleichwohl sei es aber gerechtfertigt, diese seltenen Ausnahmefälle zu vernachlässigen und ein die Wiedereinsetzung ablehnendes Zwischenurteil hinsichtlich der Anfechtung wie ein Endurteil zu behandeln.

Dem schließt sich der erkennende Senat an.

Entgegen der Meinung der Revisionserwiderung ergibt sich daraus, daß die Frage der Rechtzeitigkeit der Berufung vom Berufungsgericht in dem Zwischenurteil schon verneint worden ist, die Revision jedoch auch diese Entscheidung in Frage stellt, nichts anderes. Aus dem Zwischenurteil folgt im Gegenteil, daß nach Ablehnung der Wiedereinsetzung die Berufung vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus notwendig als unzulässig verworfen werden muß. Es braucht nicht entschieden zu werden, ob nicht auch die in dem angefochtenen Zwischenurteil dargelegte Bejahung der Wirksamkeit der Zustellung am 3. Dezember 1975 von der bindenden Wirkung des Zwischenurteils umfaßt wird oder ob jedenfalls das Ergebnis der dem Revisionsgericht aufgegebenen Prüfung dieser Frage im Fall der Aufhebung des angefochtenen Zwischenurteils das Berufungsgericht nach § 565 Abs. 2 ZPO bindet. Auf jeden Fall gilt auch hier, daß in aller Regel die Folge der Ablehnung der Wiedereinsetzung die Verwerfung der Berufung als unzulässig sein wird, und zwar gerade deshalb, weil das Berufungsgericht die Frage der Zustellung schon geprüft und in dem Sinn entschieden hat, daß die Berufung verspätet eingelegt worden ist.

II.

1. Das Berufungsgericht prüft zunächst, ob die Berufung am 6. Januar 1976 verspätet (§ 516 ZPO) eingelegt worden ist. Es bejaht diese Frage mit der Begründung, daß die Zustellung des landgerichtlichen Urteils am 3. Dezember 1975 ordnungsgemäß und damit wirksam erfolgt sei. Anhand der unterhalb der übergebenen Kopie des abgekürzten Urteils angebrachten Bescheinigung des zustellenden Anwalts (§ 198 Abs. 2 Satz 2 ZPO) stellt es fest, dieser habe damit schriftlich bescheinigt, daß er eine beglaubigte Kopie zugestellt habe. Es zieht daraus in Anlehnung an BGHZ 36, 62 und BGHZ ZPO § 170 Nr. 17 den Schluß (vgl. auch BGH NJW 1976, 2263 f), daß der zustellende Anwalt den Willen gehabt habe, das zuzustellende Schriftstück im ganzen Umfang zu beglaubigen, und diesen Willen auch erklärt habe. Insbesondere lasse sich daraus, daß sich auf Seite 2 unten links der Ablichtung ein unterschriebener Beglaubigungsvermerk befinde, nicht herleiten, der Anwalt des Beklagten habe nur den oberhalb dieses Vermerkes stehenden Urteils-Text - also die Seiten 1 und 2 - beglaubigen wollen und nicht auch den Text, der auf Seite 3 der Ablichtung wiedergegeben ist. Die am 3. Dezember 1975 übergebene Ablichtung sei daher ordnungsgemäß beglaubigt gewesen und damit auch die Zustellung zu diesem Zeitpunkt wirksam erfolgt.

2. Der Wiedereinsetzungsantrag des Beklagten sei, führt das Berufungsgericht weiter aus, unbegründet, weil die Versäumung der Berufungsfrist auf einem Verschulden des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten beruhe.

III.

1. a) Über die von der Revision angegriffene Ablehnung der Wiedereinsetzung braucht nur entschieden zu werden, wenn die Berufung verspätet, also das landgerichtliche Urteil am 3. Dezember 1975 wirksam zugestellt worden ist. Sollte dies nicht der Fall sein, so wäre damit der Entscheidung über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Boden entzogen. Daher hat auch das Revisionsgericht vorweg zu prüfen, ob das landgerichtliche Urteil am 3. Dezember 1975 wirksam zugestellt worden ist. Diese Frage hat das Berufungsgericht bejaht.

b) Die dagegen erhobenen Angriffe der Revision sind unbegründet.

Auf Seite 3 des zugestellten abgekürzten Urteils sind die Richterunterschriften und der Ausfertigungsvermerk wiedergegeben. Im Anschluß daran befindet sich die Bescheinigung des zustellenden Anwalts über die Zustellung. Darunter ist auf derselben Seite ein von ihm unterzeichneter Beglaubigungsvermerk angebracht. Entgegen der Meinung der Revision ist der Beglaubigungsvermerk auf Seite 3 der dem Beklagtenvertreter zugestellten Kopie des verkürzten Urteils auch auf den auf dieser Seite wiedergegebenen letzten Teil des Urteils zu beziehen. Es bedarf daher keiner Prüfung, ob sich aus dem nicht unterzeichneten Zustellungsvermerk auf Seite 3 ergibt, daß der zustellende Anwalt nicht nur die Seiten 1 und 2, sondern auch den auf Seite 3 niedergeschriebenen Teil der Urteilskopie erkennbar beglaubigt hat.

Auch das Empfangsbekenntnis genügt den Formvorschriften der Zustellung von Anwalt zu Anwalt. Das Urteil, auf das sich das Empfangsbekenntnis des Beklagtenvertreters bezieht, ergibt sich eindeutig daraus, daß es auf der mit Stempeln und Klammern zusammen verbundenen vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils - nicht, wie die Revision meint, auf einem einer Urteilskopie angehefteten Zettel - angebracht ist. Die Identität des als empfangen bestätigten Urteils kann keinem Zweifel unterliegen (vgl. LM ZPO § 212 a Nr. 8; BGH VersR 1976, 1155 f); dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, daß vor dem Wort Urteil die nähere Bezeichnung "vorstehendes" fehlt.

Unschädlich ist schließlich, daß unter dem Empfangsbekenntnis neben dem Stempel des Beklagtenvertreters dessen Unterschrift unmittelbar unter dem Wort "Beglaubigt" angebracht ist. Das dem zustellenden Anwalt übergebene Empfangsbekenntnis dient ihm unmittelbar zum Nachweis der Zustellung. Die Unterschrift bezieht sich unter diesen Umständen mindestens auch auf die Tatsache der Übermittlung der beglaubigten Urteilskopie.

2. Mit Erfolg greift dagegen die Revision die Ablehnung des Wiedereinsetzungsantrags an.

Richtig ist zwar der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Der mit der Einlegung der Berufung beauftragte Anwalt der ersten Instanz oder dessen Korrespondenzanwalt hat innerhalb der Rechtsmittelfrist zu überwachen, ob das Auftragsschreiben bei dem zur Einlegung der Berufung vorgesehenen Anwalt eingegangen ist und ob dieser Anwalt das Mandat angenommen hat (BGHZ 50, 82, 84; BGH NJW 1975, 1125 f).

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist von folgendem Sachverhalt auszugehen: Rechtsanwalt B. hat als Korrespondenzanwalt des Beklagten am 15. Dezember 1975 die Akten der ihm zur Ausbildung zugewiesenen Referendarin D. mit dem Hinweis übergeben, daß auf jeden Fall Berufung eingelegt werden solle - und zwar in O. - und daß noch rechtzeitig vor Weihnachten mit Rücksicht auf die Anhäufung der arbeitsfreien Tage das Auftragsschreiben hinausgehen solle; die Referendarin möge in der Zwischenzeit die notwendige rechtliche Überprüfung vornehmen und die Einlegung der Berufung kontrollieren. Am 22. Dezember 1975 hat Rechtsanwalt B. sich alle Akten heraussuchen lassen, in denen nach dem Termins- und Fristenkalender bis einschließlich 5. Januar 1976 Fristen notiert gewesen sind. Nicht vorgelegt worden sind ihm die Akten des vorliegenden Rechtsstreits, die sich bei der Referendarin an deren Arbeitsplatz befunden haben. Bezüglich dieses Falles hat der Rechtsanwalt lediglich einen Zettel erhalten, auf dem vermerkt war, die Akten befänden sich bei Frau D. Auf Anfrage über Haustelefon bei der Referendarin, ob die Berufung in Sachen W./We. in O. eingelegt worden sei, hat Frau D. erklärt, daß sie in dieser Sache alles ordnungsgemäß erledigt habe. Daraufhin hat Rechtsanwalt B. die Berufungsfrist als erledigt gekennzeichnet. In Wirklichkeit hatte sich die Referendarin bezüglich dieses Auftrages geirrt und ihn nicht ausgeführt.

Unter Zugrundelegung dieses Sachverhalts führt das Berufungsgericht aus, Rechtsanwalt B. habe seine Überwachungspflicht nicht gehörig erfüllt. Wenn er nicht selbst bei dem vorgesehenen zweitinstanzlichen Anwalt

habe anfragen müssen und wollen, ob ein Auftragsschreiben bei ihm eingegangen sei und ob er das ihm angetragene Mandat angenommen habe, eine solche Ermittlung vielmehr der Referendarin habe übertragen dürfen, dann genüge es nicht, ihr aufzugeben, "ggfls." telefonisch rückzufragen, ob der Berufungsantrag angenommen und Berufung eingelegt worden sei. Denn diese Anweisung sei zu unbestimmt gewesen, um zuverlässig sicherzustellen, daß die Überprüfungen tatsächlich rechtzeitig erfolgten. Rechtsanwalt B. hätte der Referendarin die konkrete Anweisung geben müssen, beim Ausbleiben einer alsbaldigen Empfangsbestätigung spätestens an einem von ihm zu bestimmenden Tage vor Ablauf der Berufsfrist bei dem zweitinstanzlichen Rechtsanwalt telefonisch Nachfrage zu halten, ob ein Auftragsschreiben eingegangen und der Auftrag angenommen worden sei, und ihn vom Ergebnis dieser Nachfrage unverzüglich zu unterrichten. Er hätte aber darüber hinaus verfügen müssen, daß ihm an dem für die Nachfrage bestimmten Tage die Akten vorzulegen seien. Abgesehen davon hätte Rechtsanwalt B. am 22. Dezember 1975 sich nicht darauf beschränken dürfen, die Referendarin lediglich telefonisch allgemein nach der Erledigung seiner Weisungen zu befragen und sich auch nicht mit der Antwort begnügen dürfen, sie habe alles ordnungsgemäß erledigt, und darauf die Berufsfrist als erledigt kennzeichnen dürfen. Er habe vielmehr konkret danach fragen müssen, ob schon eine Auftragsbestätigung des angesprochenen Rechtsanwalts vorliege, und verneinendenfalls weiter nachfragen müssen, ob eine solche Bestätigung schon angefordert sei.

Dieser rechtlichen Würdigung kann nicht beigetreten werden.

Die Weisung an die Referendarin, auf die Beauftragung des zweitinstanzlichen Anwalts und die Überwachung seiner Mandatsübernahme unter genauer Zeitangabe gerichtet, hat eine einfache Tätigkeit zum Inhalt. Die Referendarin war schon knapp eineinhalb Jahre im Ausbildungsdienst, darunter über ein halbes Jahr bei einer Zivilkammer, und seit 23. Oktober 1975 bei Rechtsanwalt B. Sie ist von ihm in das Fristenwesen eingeführt worden und hatte sich als zuverlässig und auch für selbständige Arbeiten als geeignet erwiesen. Unter diesen Umständen durfte der Rechtsanwalt den Auftrag an den zweitinstanzlichen Anwalt und die Überwachung dieses Auftrags der Referendarin übertragen. Es erweisen sich aber auch die ihr schriftlich und mündlich erteilten Anweisungen in Verbindung mit der Vorlage der Akten an sie als hinreichend, um die Einlegung der Berufung sicherzustellen (vgl. BGH LM ZPO § 232 Nr. 41). Der schriftliche Hinweis konnte sich nur darauf beziehen, beim Ausbleiben eines Bestätigungsschreibens nach dem Eingang des Auftrags und der Übernahme des Mandats rückzufragen. Der Rechtsanwalt brauchte die Ausführung des Auftrags nach der bisherigen Bewährung der Referendarin nicht durch die Überprüfung anhand der Akten nachzukontrollieren. Er konnte sich bei seiner vorsorglichen Rückfrage am 22. Dezember 1975 angesichts der einfachen Ausführungsmaßnahmen und dem Stand der Ausbildung der Referendarin auf ihre Antwort verlassen, sie habe in dieser Sache alles ordnungsgemäß erledigt, und dementsprechend die Berufungsfrist als erledigt kennzeichnen. Es ist daher nicht entscheidend, daß ihn - was der Revisionserwiderung zuzugeben ist - die weitere Nachfrage nach dem Stand der Erledigung im einzelnen nicht merklich belastet hätte.

IV.

Der Senat versteht das als Hilfsantrag gekennzeichnete Begehren dahin, daß die Revision die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für den Fall erstrebt, daß der Senat die Zustellung des landgerichtlichen Urteils am 3. Dezember 1975 als wirksam ansieht. Das angefochtene Urteil war sonach aufzuheben und unter Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten der Revision war, da vom Ausgang des Rechtsstreits abhängig, dem Berufungsgericht zu übertragen.

Der Vorsitzende Richter
Hill ist in Urlaub und
daher an der Unterschrift verhindert.

Offterdinger

Dr. Eckstein

Offterdinger

Vogt

Räfle