



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

IX ZB 138/05

vom

14. Dezember 2005

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gero Fischer und die Richter Dr. Ganter, Kayser, Vill und Dr. Detlev Fischer

am 14. Dezember 2005

beschlossen:

Der Antrag des Klägers, ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Fristen für die Einlegung und die Begründung der Rechtsbeschwerde zu gewähren, wird abgelehnt.

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss der 1. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 21. Dezember 2004 wird auf Kosten des Klägers als unzulässig verworfen.

Der Wert des Beschwerdegegenstandes wird auf 3.386,68 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Das Urteil des Amtsgerichts ist dem Kläger am 27. Juli 2004 zugestellt worden. Hiergegen hat der Kläger am 13. September 2004 Berufung eingelegt und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Einlegungsfrist beantragt. Diesen Antrag hat das Landgericht mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Der Be-

schluss ist dem Kläger am 30. Dezember 2004 zugestellt worden. Daraufhin hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers am 13. Januar 2005 beim Landgericht eine Gehörsrüge gemäß § 321a ZPO angebracht. Der Hinweis des Landgerichts auf das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde vom 4. Februar 2005 ist dem Kläger am 2. März 2005 zugestellt worden. Am 15. März 2005 hat der Kläger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Fristen für die Einlegung und die Begründung der Rechtsbeschwerde beantragt und die Einlegung dieses Rechtsmittels nachgeholt; am 4. April 2005 hat er die Rechtsbeschwerde begründet.

## II.

- 2 Dem Kläger kann die von ihm begehrte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewährt werden. Er hat nicht ohne Verschulden die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Rechtsbeschwerde versäumt (§ 233 ZPO). Vielmehr muss er sich das Verschulden seines zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen.
- 3
  1. Dessen Verschulden liegt darin, innerhalb der Rechtsbeschwerdeeinlegungs- und -begründungsfrist lediglich eine - gemäß § 321a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO unzulässige (BT-Drucks. 15/3706 S. 15; Treber NJW 2005, 97, 99; so schon BGH, Urt. v. 5. November 2003 - VIII ZR 10/03, NJW 2004, 1598 f; v. 13. Dezember 2004 - II ZR 249/03, WM 2005, 343, 344 zu § 321a Abs. 1 Nr. 1 ZPO a.F.) - Gehörsrüge erhoben zu haben; die Fristen des § 575 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 ZPO ließ er ungenutzt verstreichen.

- 4           2. Zwar schließt nur ein für die Versäumung der Frist ursächliches Verschulden die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus (Zöller/Greger, ZPO 25. Aufl. § 233 Rn. 22). Entgegen der Auffassung des Klägers entfällt hier die Ursächlichkeit aber nicht wegen eines mitwirkenden Fehlers des Gerichts.
- 5           a) Zu Unrecht beruft sich der Kläger auf die Rechtsprechung in Fällen, in denen die Rechtsmittelschrift an das vorbefasste, unzuständige Gericht adressiert war. Insoweit ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist, wenn zwischen dem Eingang beim unzuständigen Gericht und dem Fristablauf eine Zeitspanne liegt, während der das Gericht den Schriftsatz im ordentlichen Geschäftsgang unter Fristwahrung an das zuständige Gericht hätte weiterleiten können (BVerfGE 93, 99, 112 ff; BVerfG NJW 2005, 2137, 2138; BGHZ 151, 42, 44; BGH, Urt. v. 1. Dezember 1997 - II ZR 85/97, NJW 1998, 908 f). So liegt der Fall hier indes nicht. Der zweitinstanzliche Prozessbevollmächtigte des Klägers hat nicht eine Rechtsbeschwerde gegen den angefochtenen Beschluss beim Landgericht eingelegt (und begründet). Die von ihm erhobene Gehörsrüge war vielmehr an den *judex a quo* zu richten (§ 321a Abs. 2 Satz 4 ZPO). Dieser Rechtsbehelf war nur wegen der in § 321a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO angeordneten Subsidiarität unzulässig. Seine Weiterleitung an den Bundesgerichtshof stand daher nicht in Frage. Dem und einer Umdeutung in eine Rechtsbeschwerde stand zudem die fehlende Postulationsfähigkeit des zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Klägers entgegen (§ 78 Abs. 1 Satz 4 ZPO).
- 6           b) Lediglich hilfsweise beruft der Kläger sich darauf, das Landgericht hätte den ihm später erteilten Hinweis noch vor dem 31. Januar 2005 - dem Tag des Ablaufs der Rechtsmitteleinlegungs- und -begründungsfrist (Montag) - per

Telefax erteilen müssen, auch dies jedoch zu Unrecht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besteht für ein im vorausgegangenem Rechtszug mit der Sache befasst gewesenes Gericht keine Verpflichtung, die Partei oder ihre Prozessbevollmächtigten innerhalb der Einlegungsfrist durch Telefonat oder Telefax von der Einreichung einer Berufung beim unzuständigen Gericht zu unterrichten (BVerfG NJW 2001, 1343; Zöller/Greger, aaO § 233 Rn. 22b). Ein Tätigwerden des Gerichts kann stets nur im Zuge des ordentlichen Geschäftsgangs erwartet werden (BVerfGE 93, 99, 115).

- 7 Das Berufungsgericht war daher - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - auch nicht verpflichtet, vor Ablauf der Monatsfrist zu prüfen, ob der Prozessbevollmächtigte des Klägers unabhängig von der von ihm eingelegten Gehörsrüge rechtzeitig für die Einlegung einer Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof durch einen bei diesem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt Sorge getragen hat. Im Interesse der Funktionsfähigkeit der Justiz sind der gerichtlichen Fürsorgepflicht Grenzen gesetzt (BGH, Beschl. v. 15. Juni 2004 - VI ZB 9/04, NJW-RR 2004, 1364). Nur unter besonderen Umständen kann ein Gericht gehalten sein, einer drohenden Fristversäumnis seitens der Partei entgegenzuwirken. So darf es nicht sehenden Auges zuwarten, bis die Partei Rechtsnachteile erleidet. Der Kläger hat jedoch schon nicht dargelegt, dass das Berufungsgericht das dem zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Klägers unterlaufene Versehen vor Ablauf der Frist bemerkt hat; ausweislich der Akten war das nicht der Fall. Dies in der Frist des § 234 Abs. 1 ZPO darzulegen ist jedoch Sache der Partei (vgl. Zöller/Greger, aaO). Der Kläger könnte sich in diesem Zusammenhang auch nicht darauf berufen, dass eine dahin gehende Prüfung zeitnah mit dem Eingang der Gehörsrüge zu erfolgen gehabt hätte. Im Hinblick auf den übrigen Geschäftsanfall ist es nicht zu beanstanden, wenn der Richter erst bei der Bearbeitung des Falles und damit nach Ablauf der

Fristen die Zulässigkeit des Rechtsbehelfs, hier der Gehörsrüge gemäß § 321a ZPO, überprüft (BGH, Beschl. v. 15. Juni 2004, aaO).

III.

8 Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde war gemäß § 577 Abs. 1 Satz 2 ZPO als unzulässig zu verwerfen. Der Kläger hat die Fristen zu ihrer Einlegung (§ 575 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und Begründung (§ 575 Abs. 2 Satz 1 ZPO) versäumt.

Dr. Gero Fischer

Dr. Ganter

Kayser

Vill

Dr. Detlev Fischer

Vorinstanzen:

AG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 15.07.2004 - 29 C 438/02-81 -

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 21.12.2004 - 2/1 S 172/04 -