

# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

VIII ZB 30/92

vom

9. Dezember 1992

in dem Rechtsstreit

Hartmut R. [REDACTED] GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer  
Hartmut R. [REDACTED], B. [REDACTED]straße [REDACTED], B. [REDACTED],

Beklagte und Beschwerdeführerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED]  
[REDACTED], [REDACTED] -

g e g e n

Otto F. [REDACTED] I. [REDACTED] KG, vertreten durch die Komplementärin  
Monika K. [REDACTED], S. [REDACTED]straße [REDACTED], A. [REDACTED],

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] &  
Kollegen, [REDACTED],  
[REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch  
den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Paulusch,  
Groß, Hübsch und Ball

am 9. Dezember 1992

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß des  
2. Zivilsenats des Kammergerichts vom 21. Sep-  
tember 1992 wird auf Kosten der Beklagten zu-  
rückgewiesen.

Beschwerdewert: 55.680 DM

#### G r ü n d e :

I. Die Beklagte ist vom Landgericht zur Zahlung von  
55.680 DM nebst Zinsen verurteilt worden. Gegen das am  
30. März 1992 zugestellte Urteil hat sie mit einem vom  
28. April 1992 datierenden Schriftsatz Berufung eingelegt,  
der am 4. Mai 1992, einem Montag, bei der Gemeinsamen  
Briefannahmestelle der Justizbehörden in Charlottenburg und  
am 6. Mai 1992 bei dem Berufungsgericht eingegangen ist.  
Das Eingangsdatum ist dem Prozeßbevollmächtigten der Be-  
klagten vom Berufungsgericht mit einem am 15. Mai 1992 zu-  
gegangenen Schreiben mitgeteilt worden. Mit am 20. Mai 1992

bei dem Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz hat die Beklagte erneut Berufung eingelegt und zugleich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist beantragt. Dazu hat sie glaubhaft gemacht: Die gefertigte und unterschriebene Berufungsschrift habe eine Angestellte ihres Prozeßbevollmächtigten am 28. April 1992 vor der Mittagsleerung in den Briefkasten geworfen. Die Berufung hätte daher unter allen Umständen rechtzeitig bei dem Berufungsgericht eingehen müssen, weil die normale Postlaufzeit in B. 24 Stunden betrage. Der verspätete Eingang beruhe darauf, daß am 28. April 1992 in B. der Poststreik begonnen habe und die Berufungsschrift offensichtlich im Postamt oder bei der Verteilanlage steckengeblieben sein müsse.

II. Das Berufungsgericht hat eine Auskunft der Oberpostdirektion B. eingeholt, nach der das Zentrale Briefverteilamt B. seit dem 28. April 1992 um 16.00 Uhr und in der folgenden Zeit auch verschiedene Postämter in B. bis zum Ende des Arbeitskampfes am 7./8. Mai 1992 bestreikt und die Kastenleerung sowie die Briefbeförderung und -zustellung während dieser Zeit erheblich beeinträchtigt worden seien. Das Berufungsgericht hat sodann den Wiedereinsetzungsantrag der Beklagten zurückgewiesen und ihre Berufung als unzulässig verworfen. Dazu hat es ausgeführt: Das Wiedereinsetzungsgesuch sei nicht innerhalb der 2-Wochen-Frist gestellt worden und damit unzulässig. Diese Frist habe am 5. Mai 1992 begonnen und sei am 19. Mai 1992 abgelaufen, so daß der erst am 20. Mai 1992 eingegangene Wiedereinsetzungsantrag verspätet sei. Dem Prozeßbevoll-



- 4 -

mächtigten der Beklagten habe aufgrund der Meldungen in Presse, Rundfunk und Fernsehen bekannt sein müssen, daß jedenfalls ab den Nachmittagsstunden des 28. April 1992 ein störungsfreier Postverkehr nicht mehr gewährleistet gewesen sei. Dies hätte ihn, wenn er sich schon nicht zu einer erneuten Berufungseinlegung, gegebenenfalls durch Telefax, entschlossen habe, jedenfalls am 4. Mai 1992 veranlassen müssen, sich durch Rückfrage bei dem Berufungsgericht zu vergewissern, ob die Berufungsschrift tatsächlich noch innerhalb der Rechtsmittelfrist bei Gericht eingegangen sei. Dann hätte er am 5. Mai 1992 erfahren, daß die Berufungsfrist versäumt worden sei. Der Wiedereinsetzungsantrag sei aber in jedem Falle auch unbegründet. Das Verschulden des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten an der Versäumung der Frist sei darin zu sehen, daß er die Berufung nur durch einfachen Brief eingelegt und sich nicht eines schnelleren Kommunikationsmittels - mittels Telefax oder durch unmittelbaren Einwurf der Berufungsschrift in den Gerichtsbriefkasten - bedient habe. Denn mit einem störungsfreien Postverkehr habe der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten schon am Vormittag des 28. April 1992 nicht mehr rechnen können, weil bereits Tage zuvor in den Medien, so etwa in zwei B- Tageszeitungen vom 25. April 1992, über die bevorstehenden Arbeitsk Kampfmaßnahmen berichtet worden sei.

III. Die gegen diesen Beschluß des Berufungsgerichts frist- und formgerecht eingelegte sofortige Beschwerde der Beklagten hat keinen Erfolg.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Wiedereinsetzung nicht innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 234 Abs. 1 ZPO beantragt worden ist. Die Frist beginnt gemäß § 234 Abs. 2 ZPO mit der Behebung des Hindernisses. Das Hindernis ist behoben, sobald das Fortbestehen der Verhinderung nicht mehr unverschuldet ist. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in dem Zeitpunkt der Fall, in dem der verantwortliche Anwalt bei Anwendung der von ihm zu erwartenden Sorgfalt die eingetretene Säumnis hätte erkennen können (z.B. BGH, Beschlüsse vom 19. Dezember 1988 - II ZR 243/88 = BGHR ZPO § 234 Abs. 1 - Fristbeginn 2 und vom 12. Oktober 1989 - I ZB 3/89 = BGHR ZPO § 234 Abs. 2 - Fristbeginn 1; Ball, JurBüro 1992, 653, 661 m.w.Nachw. Fußn. 174). Gegen diese Rechtsprechung sind verfassungsrechtliche Bedenken nicht begründet (zu § 56 Abs. 2 Satz 1 FGO vgl. BVerfG NJW 1992, 38). Der danach maßgebliche Zeitpunkt war spätestens am 5. Mai 1992 gegeben.

a) Das Berufungsgericht hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, daß ab dem Nachmittag des 28. April 1992 ein störungsfreier Postverkehr nicht mehr gewährleistet war und dies dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten spätestens am 4. Mai 1992 bekannt sein mußte. Dagegen wendet sich die Beschwerde ohne Erfolg.

aa) Aus der vom Berufungsgericht eingeholten Auskunft der Oberpostdirektion ergibt sich, daß am 28. April 1992 nachmittags noch nicht aus dem Briefkasten entleerte oder jedenfalls noch nicht verteilte Post von der um 16.00 Uhr beginnenden Bestreikung des Zentralen Briefverteilamtes be-

- 6 -

troffen sein konnte. Aus der von der Beschwerdeführerin vorgelegten weiteren Auskunft der Oberpostdirektion vom 23. Oktober 1992 folgt nichts anderes. Sie bezieht sich nur auf die Leerung der Briefkästen, besagt also nichts über Beförderung, Verteilung und Zustellung der Post, und schließt im übrigen auch Verzögerungen bei der Kastenleerung nicht aus.

bb) Die Beschwerde zieht nicht in Zweifel, daß dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten - was im übrigen auch der Lebenserfahrung entspricht - am 4. Mai 1992, also am siebenten Streiktag, die Störungen des Postbetriebes, die am 28. April 1992 begonnen hatten und noch andauerten, bekanntgewesen sein müssen. Auf ihre Auffassung, der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten habe die vom Berufungsgericht angeführten Zeitungsberichte vom 25. April 1992 nicht zur Kenntnis nehmen müssen, kommt es für die am 4. und 5. Mai 1992 bestehenden Sorgfaltspflichten des Anwalts nicht an.

b) Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß diese dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten bekannten Umstände ihn bei Aufbringung der zu erwartenden Sorgfalt zu einer Rückfrage bei dem Berufungsgericht hätten veranlassen müssen. Zwar wird eine Nachfragepflicht desjenigen Rechtsanwalts, der ein Schriftstück entsprechend den postalischen Bestimmungen und so rechtzeitig zur Post gegeben hat, daß es bei regelmäßiger Beförderungszeit - hier von einem Tag - den Empfänger fristgerecht erreicht hätte, grundsätzlich verneint (z.B. BGH, Beschlüsse vom 11. Oktober 1989 - IVa ZB 7/89 = BGHR ZPO § 234 - Fristbeginn 2; vom 2. Februar 1983 - VIII ZB 1/83 = NJW 1983, 1741 unter II 2 a und

vom 28. September 1972 - IV ZB 8/72 = VersR 1973, 81; BAG NJW 1973, 918 und NJW 1986, 603). Etwas anderes muß aber gelten, wenn bei dem Anwalt nach der Aufgabe des Schriftstücks zur Post Zweifel an seinem rechtzeitigen Eingang bei Gericht entstanden sein müssen (ebenso Zöller/Stephan, ZPO, 17. Aufl., § 234 Rdnr. 5). Denn eine Pflicht zur Nachfrage besteht nur deshalb und dann nicht, weil und wenn der Rechtsanwalt bei rechtzeitiger Briefaufgabe von dem fristgerechten Eingang bei Gericht ausgehen darf (BGHZ 9, 118, 120, 122; Senatsbeschluß vom 2. Februar 1983 aaO; BAG NJW 1986, 603). Das ist nicht mehr der Fall, wenn sich für den Rechtsanwalt nachträglich Zweifel an einer ordnungsgemäßen Postbeförderung ergeben haben oder jedenfalls hätten ergeben müssen (ebenso BAG NJW 1975, 1144). Es liegt hier nicht anders als bei der Frage einer schuldhaften Fristversäumung (§ 233 ZPO): Zwar darf dem Bürger oder seinem Prozeßbevollmächtigten eine Verzögerung bei der Post grundsätzlich nicht als Verschulden angerechnet werden, gleichviel, ob diese Verzögerung auf der Nachlässigkeit eines Bediensteten oder einer zeitweise besonders starken Beanspruchung der Leistungsfähigkeit der Post (z.B. vor Feiertagen) oder einer zeitweise verminderten Dienstleistung der Post (z.B. an Wochenenden) beruht (z.B. BVerfGE 53, 25, 28 f; 54, 80, 84; 62, 216, 221; 62, 334, 336; zuletzt BVerfG NJW 1992, 1952). Das schließt es aber auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht aus, ein Verschulden bei verspäteter Postzustellung deswegen anzunehmen, weil die Verzögerung voraussehbar war (BVerfGE 50, 1, 4; vgl. auch BVerfGE 51, 146, 150; 51, 352, 355; Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 20. Aufl., § 233 Rdnr. 180). Ebenso verhält es sich mit der Pflicht zur Nachfrage nach dem Eingang fristgebundener

Schriftsätze bei Gericht: Besteht sie grundsätzlich nicht, weil auf Einhaltung der regelmäßigen Beförderungszeiten vertraut werden darf, so liegt es gerade anders, wenn ein solches Vertrauen nicht mehr gerechtfertigt ist. Das steht mit dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Januar 1991 nicht in Widerspruch: Es erwähnt zwar zunächst als Sachverhalt, bei dem eine ausnahmsweise Verschuldensanrechnung in Betracht kommt, allein den Fall, daß der Betroffene selbst eine zurechenbare Ursache für die verspätete Postauslieferung gesetzt hat (NJW 1992, 38 re.Sp.); sodann wird indessen das mangelnde Verschulden mit dem Fehlen von Umständen begründet, "die konkret genug sind, um Zweifel an dem ordnungsgemäßen Zugang der Revisionseinlegungsschrift auszulösen" (NJW 1992, 39 li.Sp., drittletzter Absatz). An solchen Umständen fehlt es im vorliegenden Fall nicht: Es liegt nämlich auf der Hand, daß dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten am 4. Mai 1992 bewußt sein mußte, daß an dem rechtzeitigen Eingang des am 28. April 1992 unmittelbar vor Streikbeginn aufgegebenen Berufungsschriftsatzes konkrete Zweifel bestanden. Ihn entlastet nicht, daß er zu dieser Zeit noch keine Nachricht über die Fristversäumung vom Berufungsgericht erhalten hatte. Denn am 4. und 5. Mai 1992 mußte die Berufung, wie auch die tatsächliche Entwicklung zeigt, noch gar nicht beim Berufungsgericht eingegangen sein.

c) Hätte der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten am 4. Mai 1992 bei dem Berufungsgericht nachgefragt, so hätte er allerdings die Auskunft bekommen, daß die Berufung (noch) nicht eingegangen sei, aber selbst bei noch rechtzeitigem Eingang am 30. April 1992 bei der Gemeinsamen

Briefannahmestelle nicht notwendigerweise schon zum Berufungsgericht hätte gelangt sein müssen. Das hätte den Prozeßbevollmächtigten der Beklagten indessen veranlassen müssen, bei der Geschäftsstelle des Berufungsgerichts um einen Rückruf am nächsten Tage zu bitten oder von sich aus am 5. Mai 1992 erneut beim Berufungsgericht nachzufragen. Am 5. Mai 1992 hätte sodann festgestanden, daß die Berufung nicht bis zum 30. April 1992 zur Gemeinsamen Briefannahmestelle gelangt sein konnte. Denn das Berufungsgericht geht inzident davon aus, daß die Beförderung von der Gemeinsamen Briefannahmestelle bis zum Berufungsgericht nicht länger als zwei Tage dauert; dagegen wendet sich die Beschwerde nicht. Somit begann die Frist gemäß § 234 Abs. 2 ZPO am Tag nach dem 5. Mai 1992 (§ 222 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 287 Abs. 1 BGB) und lief am 19. Mai 1992 ab (§ 288 Abs. 2 BGB).

2. Unter diesen Umständen kommt es nicht mehr darauf an, ob den Prozeßbevollmächtigten der Beklagten ein Verschulden an der Fristversäumung deshalb traf, weil er sich am 28. April 1992 eines schnelleren Kommunikationsmittels hätte bedienen oder die Berufung am 30. April 1992 erneut hätte einlegen müssen.

IV. Nach allem war die sofortige Beschwerde mit der Kostenfolge nach § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Wolf

Dr. Paulusch

Groß

Dr. Hübsch

Ball