

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 192/94

vom

29. März 1995

in dem Rechtsstreit

Rechtsanwalt Günther W [REDACTED], handelnd als Gesamtvollstreckungsverwalter über das Vermögen der Konsumgenossenschaft N [REDACTED] e.G., Am S [REDACTED], E [REDACTED],

Beklagter und Beschwerdeführer,

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

gegen

Nguyen Thi H [REDACTED], A [REDACTED]/C [REDACTED], C [REDACTED] -
straße [REDACTED], J [REDACTED]-L [REDACTED]/Ost,

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED], [REDACTED] -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 29. März 1995 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Nonnenkamp, Gerber und Sprick

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß des 1. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts vom 26. September 1994 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Beschwerdewert: 117.300 DM
(12 x 8.500 DM + 15 % MWSt).

Gründe:

I.

Das Landgericht stellte durch Urteil vom 18. März 1994 die Unwirksamkeit der Kündigung eines näher bezeichneten Mietverhältnisses durch den Beklagten und den Fortbestand dieses Mietverhältnisses fest. Gegen dieses ihm am 30. März 1994 zugestellte Urteil legte der Beklagte am 21. April 1994 Berufung ein. Auf den Hinweis des Gerichts vom 7. Juni 1994, daß die Berufung nicht begründet worden sei, beantragte er am 16. Juni 1994 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung und holte zugleich die Begründung des Rechtsmittels nach.

- 3 -

Zum Wiedereinsetzungsgesuch trug er vor, er habe mit in Kopie beigefügtem Schriftsatz vom 17. Mai 1994 beantragt, die Begründungsfrist wegen erhöhten Arbeitsaufkommens nach Genesung seines Prozeßbevollmächtigten von einer mehrwöchigen Erkrankung bis zum 20. Juni 1994 zu verlängern. Dieser Schriftsatz sei noch am selben Tage unterzeichnet und nach Büroschluß in den Postkasten geworfen worden. Wenn er bei Gericht nicht eingegangen sei, müsse er auf dem Postweg verloren gegangen sein.

Zur Glaubhaftmachung fügte er dem Wiedereinsetzungsgesuch eine eidesstattliche Erklärung der Büroangestellten J. seines Prozeßbevollmächtigten bei, in der diese angab, daß sie seit Anfang 1992

"den Schriftverkehr sowie den Postausgang überwache. Dabei ist es stets so, daß fertiggestellte Schreiben noch am selben Tag zum Briefkasten gebracht werden, was ich zum festen Brauch im Büro auch für die beiden weiteren Mitarbeiter gemacht habe. So ist auch am 17. Mai 1994 verfahren worden. Warum das an das OLG Thüringen gerichtete Schreiben nicht angekommen ist, kann ich mir nicht erklären."

Mit dem angefochtenen Beschluß verwarf das Oberlandesgericht die Berufung mangels fristgerechter Begründung als unzulässig und wies das Wiedereinsetzungsgesuch mit der Begründung zurück, der Beklagte habe nicht hinreichend glaubhaft gemacht, daß der Verlängerungsantrag rechtzeitig gefertigt worden und herausgegangen sei. Die Versicherung, daß fertiggestellte Schreiben üblicherweise noch am selben Tag zum Briefkasten gegeben würden, reiche nicht aus.



Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde, mit der der Beklagte geltend macht, die überreichte eidesstattliche Versicherung beziehe sich erkennbar und hinreichend konkret auf den Verlängerungsantrag vom 17. Mai 1994. Dessen rechtzeitige Fertigung und Absendung ergebe sich zudem aus einer Erklärung seiner erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten, mit der diese bestätige, daß die ihr zur Kenntnisnahme übersandte Abschrift dieser Antragsschrift am 19. Mai 1994 bei ihr eingegangen sei.

Ferner reichte der Beklagte eine ergänzende eidesstattliche Versicherung der Büroangestellten J. nach, derzufolge

"meine damalige Versicherung so zu verstehen war, daß der Fristverlängerungsantrag am 17. Mai 1994 geschrieben, unterschrieben und auch zur Post gegeben wurde. Gerade wenn Herr Rechtsanwalt S. im Büro ist und für ihn Schriftsätze zu fertigen sind, werden diese vorrangig noch am selben Tag fertiggestellt und zur Post gegeben, was bei dem häufigen starken Arbeitsanfall gerade für mich mit zahlreichen Überstunden verbunden ist.

Zudem gilt die Anweisung, daß abends der letzte Mitarbeiter, der das Büro verläßt, auf allen Schreibtischen nochmals nach liegengebliebenen Schriftsätzen zu suchen hat. Wenn Herr Rechtsanwalt S. im Büro G. ist, trifft diese Aufgabe stets mich, so auch am 17. Mai 94, weshalb ich hinsichtlich der Absendung des Schriftsatzes vom 17. Mai 1994 auch so sicher sein kann."

II.

Die gemäß § 519b Abs. 2 ZPO statthafte, form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde ist nicht begründet.

1. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zu Recht als unzulässig verworfen, weil das Rechtsmittel erst nach Ablauf der Monatsfrist begründet worden ist (§§ 519 Abs. 2 Satz 2, 519b Abs. 1 ZPO). Die Frist zur Begründung der am 21. April 1994 eingelegten Berufung endete am Dienstag, dem 24. Mai 1994 (23. Mai 1994 = Pfingstmontag). Durch die erst am 16. Juni 1994 eingereichte Berufungsbegründung wurde sie nicht gewahrt.

2. Das Oberlandesgericht hat die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Begründungsfrist im Ergebnis zu Recht versagt, weil der Beklagte nicht hinreichend dargetan und glaubhaft gemacht hat, daß er ohne ein Verschulden seines Prozeßbevollmächtigten, das er sich gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muß, an der Einhaltung der Frist zur Begründung der Berufung gehindert war (§ 233 ZPO).

a) Es kann dahinstehen, ob die mit der sofortigen Beschwerde vorgelegte Bestätigung der erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Beklagten als neuer, außerhalb der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag (§ 234 Abs. 1 ZPO) vorgebrachter Sachverhalt anzusehen ist, der nicht berücksichtigt werden kann (vgl. dazu Senatsbeschlüsse vom 27. September 1989 - IVb ZB 73/89 - und vom 20. Mai 1992 - XII ZB 43/92 - BGHR ZPO § 234 Abs. 1 Begründung 2 und 6; BGH, Beschluß vom 26. November 1991 - XI ZB 10/91 - BGHR

aa0 Begründung 5 = NJW 1992, 697). Auch ohne diese Bestätigung hat der Beklagte durch die eidesstattliche Versicherung in Verbindung mit der Vorlage der Kopie des Verlängerungsantrages vom 17. Mai 1994, der das Diktatzeichen Sto/Jä-5 trägt, jedenfalls hinreichend glaubhaft gemacht, daß die Büroangestellte J. diesen Schriftsatz am 17. Mai 1994 gefertigt hat.

b) Auch unter Berücksichtigung der ergänzenden eidesstattlichen Versicherung bietet der Vortrag aber nicht genügend konkrete Anhaltspunkte, um mit überwiegender Wahrscheinlichkeit annehmen zu können, daß der Fristverlängerungsantrag rechtzeitig vor Fristablauf abgeschickt worden ist.

Da ungeklärt ist, weshalb der Antrag nicht bei Gericht eingegangen ist, muß die Wiedereinsetzung versagt werden, wenn nicht glaubhaft gemacht ist, daß die verspätete Einreichung auf Umständen beruht, die weder von der Partei noch von ihrem Prozeßbevollmächtigten verschuldet sind (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 1983 - VIII ZR 343/81 - VersR 1983, 401).

Hier hat der Beklagte jedenfalls nicht glaubhaft gemacht, daß im Büro seines Prozeßbevollmächtigten eine zuverlässige Ausgangskontrolle bestand.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Rechtsanwalt verpflichtet, für fristwahrende Schriftsätze eine Ausgangskontrolle einzurichten (vgl. BGH, Beschluß vom 21. April 1988 - VII ZB 4/88 - VersR 1988, 942; Senatsbeschlüsse vom 22. Oktober 1986 - IVb ZB 89/86 -

BGH ZPO § 233 Rechtsmittelbegründung 1; vom 17. Oktober 1990 - XII ZB 84/90 - FamRZ 1991, 423 f. = BGHR aaO Ausgangskontrolle 1 und vom 10. April 1991 - XII ZB 28/91 - BGHR aaO Fristverlängerung 7, jeweils m.w.N.).

Diese Verpflichtung besteht auch bei einem Antrag auf Verlängerung einer Rechtsmittelbegründungsfrist. Auch dieser ist nämlich eine fristwahrende Prozeßhandlung (BGH, Beschluß vom 19. Februar 1991 - VI ZB 2/91 - BGHR aaO Fristenkontrolle 16; Senatsbeschlüsse vom 6. März 1991 - XII ZB 58/90 - FamRZ 1991, 792, 793 und vom 10. April 1991 aaO), weil ihm nur stattgegeben werden kann, wenn er vor Ablauf der Begründungsfrist bei Gericht eingeht (vgl. BGHZ - GSZ - 83, 217 ff).

Die Ausgangskontrolle kann etwa in der Führung eines Postausgangsbuchs oder darin bestehen, daß auf der Durchschrift des Schriftsatzes ein "Ab-Vermerk" angebracht wird; diese Aufgaben können auch einer einzelnen, dafür ausdrücklich benannten zuverlässigen Bürokraft übertragen werden (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 1983 - VIII ZR 343/81 - aaO). Die Ausgangskontrolle muß die Gewähr dafür bieten, daß fristwahrende Schriftsätze auch tatsächlich rechtzeitig hinausgehen. Der Rechtsanwalt muß daher sicherstellen, daß die im Fristenkalender vermerkten Fristen erst gestrichen werden - oder ihre Erledigung sonst kenntlich gemacht wird -, wenn die fristwahrende Maßnahme durchgeführt, der Schriftsatz also nicht nur gefertigt, sondern auch abgesandt oder zumindest postfertig gemacht worden ist. Ferner gehört zu einer wirksamen Ausgangskontrolle die Anordnung einer abendlichen Erledigungskontrolle anhand des Fristen-

kalenders (Senatsbeschluß vom 8. Dezember 1993 - XII ZB 155/93 - BGHR aaO Fristenkontrolle 30).

bb) Der Beklagte hat eine diesen Anforderungen genügende Ausgangskontrolle im Büro seines Prozeßbevollmächtigten nicht dargetan. Die Anweisung, daß abends der letzte Mitarbeiter, der das Büro verläßt, auf allen Schreibtischen nochmals nach liegengebliebenen Schriftsätzen zu suchen hat, vermag eine spezielle Ausgangskontrolle für fristwahrende Schriftsätze nicht zu ersetzen, da diese Art der Kontrolle - beispielsweise - schon dann versagt, wenn der unterschriebene Schriftsatz, aus welchen Gründen auch immer, nicht auf dem Schreibtisch liegenbleibt, sondern anderswo abgelegt wird oder in der zugehörigen Handakte verbleibt und mit dieser abgelegt wird (vgl. BGH, Beschlüsse vom 14. Dezember 1982 - VIII ZB 40/82 - NJW 1983, 884, 885, vom 26. Mai 1992 - VI ZB 13/92 - VersR 1993, 378 f und vom 22. September 1992 - VI ZB 11/92 - VersR 1993, 207).

cc) Auf die Einrichtung einer zureichenden Ausgangskontrolle würde es nur dann nicht ankommen, wenn die rechtzeitige Absendung des Verlängerungsantrages vom 17. Mai 1994 unmittelbar glaubhaft gemacht wäre. Das ist aber nicht der Fall:

Nach der ersten eidesstattlichen Versicherung der Angestellten J. sollen am 17. Mai 1994 alle fertiggestellten Schreiben wie üblich zum Briefkasten gebracht worden sein. Diese Darstellung läßt weder erkennen, wer die Briefsendungen eingeworfen hat, noch läßt sie angesichts der vorstehend aufgezeigten Fehlerquellen den hinreichend sicheren

Schluß darauf zu, daß sich auch der fragliche Verlängerungsantrag darunter befand.

Auch die ergänzende eidesstattliche Versicherung, derzufolge sämtliche Schriftsätze zur Post gegeben worden sein sollen, gibt insoweit keinen weiteren Aufschluß. Die Angabe, daß die im Büro des Prozeßbevollmächtigten übliche Handhabung für sie, die Angestellte J., mit zahlreichen Überstunden verbunden sei, läßt nicht hinreichend zweifelsfrei erkennen, ob ihr außer der Fertigung der Schriftsätze auch deren Aufgabe zur Post obliegt. Dies läßt sich auch nicht der Angabe entnehmen, sie habe am 17. Mai 1994 das Büro als Letzte verlassen und deshalb weisungsgemäß sämtliche Schreibtische nach liegengebliebenen Schriftsätzen durchsucht. Denn dies schließt nicht aus, daß die ausgehenden Schriftsätze von einer anderen Angestellten, die das Büro vor ihr verlassen hat, zur Post gebracht wurden.

Wenn die Büroangestellte J. sich konkret daran hätte erinnern können, den Verlängerungsantrag vom 17. Mai 1994 zur Post gebracht zu haben, hätte es nahegelegen, dies unmißverständlich an Eides Statt zu versichern. Statt dessen beziehen sich die eidesstattlichen Versicherungen der Büroangestellten J. allgemein auf den gesamten Postausgang des betreffenden Tages und vermeiden in beiden Fällen, denjenigen zu benennen, der die Post eingeworfen hat.

dd) An dieser Beurteilung vermag auch die glaubhaft gemachte Tatsache nichts zu ändern, daß eine Abschrift des Verlängerungsantrages am 19. Mai 1994 bei der erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Beklagten einging. Dies mag die rechtzeitige Bearbeitung der Sache belegen, besagt

aber nichts darüber, ob das an das Gericht adressierte Original dieses Schriftsatzes abgesandt wurde (vgl. BGH, Beschluß vom 14. Dezember 1982 aaO; Urteil vom 21. Februar 1983 aaO S. 402).

ee) Auch sonst sind keine Umstände ersichtlich, die den Schluß rechtfertigen, daß der Verlängerungsantrag rechtzeitig abgeschickt, aber im Bereich des Thüringer Oberlandesgerichts fehlgeleitet wurde. Bloße Mutmaßungen über insoweit denkbare Geschehensabläufe vermögen die Glaubhaftmachung der rechtzeitigen Absendung des Schriftsatzes aber nicht zu ersetzen (vgl. BGH, Beschluß vom 14. Dezember 1982 aaO).

Blumenröhr

Krohn

Nonnenkamp

Gerber

Sprick