



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VII ZB 43/18

vom

23. Januar 2019

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 23. Januar 2019 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, den Richter Dr. Kartzke sowie die Richterinnen Sacher, Borris und Dr. Brenneisen

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Beklagten wird der Beschluss des 5. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 14. Mai 2018 aufgehoben.

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

Die Sache wird zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert wird auf 4.288,52 € festgesetzt.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Der Kläger verlangt vom Beklagten die Zahlung von Werklohn für durchgeführte Pflasterarbeiten.
- 2 Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 4.288,52 € nebst Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren verurteilt. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte fristgerecht Berufung eingelegt. Innerhalb der antragsgemäß bis zum 27. Februar 2018 verlängerten Frist zur Begründung der Berufung ist eine Berufungsbegründung beim Berufungsgericht nicht eingegangen.

Auf den diesbezüglichen, seinem vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten am 12. März 2018 zugestellten gerichtlichen Hinweis hat der Beklagte mit einem am 23. März 2018 bei dem Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt.

3            Zur Begründung hat er durch anwaltliche Versicherung des Prozessbevollmächtigten sowie unter Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung der dort tätigen Rechtsanwaltsfachangestellten H. ausgeführt: Der Berufungsbegründungsschriftsatz sei am 21. Februar 2018 fertiggestellt und korrigiert worden. Der Prozessbevollmächtigte habe den Schriftsatz unterschrieben und zur Ausfertigung an die Rechtsanwaltsfachangestellte H. übergeben. Diese habe nach Rücklauf der Postmappe geprüft, dass die Unterschriften an den entsprechenden Stellen vorhanden gewesen seien. Sodann habe sie den Schriftsatz im Original nebst je einer beglaubigten und einfachen Abschrift in einen DIN A4-Umschlag mit Sichtfenster gesteckt, den Umschlag mit einer Briefmarke im Wert von 1,45 € frankiert und in die Postausgangsschale gelegt. Der Prozessbevollmächtigte habe - wie jeden Abend - beim Verlassen der Kanzlei die in der Postausgangsschale befindlichen Umschläge, aus denen aufgrund seiner Größe der Umschlag im DIN A4-Format herausgestochen habe, mitgenommen und in den sich unmittelbar neben der Kanzlei befindlichen Briefkasten der D.            AG eingeworfen. Am nächsten Morgen sei die Postausgangsschale leer gewesen.

4            Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Berufungsgericht den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zurückgewiesen und die Berufung des Beklagten als unzulässig verworfen.

II.

5 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte habe die Berufungsbegründungsfrist nicht unverschuldet versäumt. Die Säumnis beruhe auf einem Verschulden seines Prozessbevollmächtigten, das er sich nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen müsse. Auf die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur organisatorischen Sicherstellung einer wirksamen anwaltlichen Ausgangskontrolle komme es hier nicht an, wenn glaubhaft gemacht worden wäre, dass die Berufungsbegründungsschrift tatsächlich am Abend des 21. Februar 2018 - und daher mit ausreichendem zeitlichen Vorlauf - durch Einwurf in den Postbriefkasten versandt worden wäre. Hierzu enthalte die Darstellung des Beklagten indes zwei Lücken, die mögliche Fehler innerhalb seines Verantwortungsbereichs begründen könnten. Zum einen sei nicht glaubhaft gemacht worden, dass und wie die Adressierung des Schriftsatzes im Sichtfenster des Briefumschlags überprüft worden sei; vorstellbar sei, dass die Rechtsanwaltsfachangestellte H. den Schriftsatz so in den Briefumschlag gesteckt habe, dass die Anschrift des Berufungsgerichts im Sichtfenster nicht sichtbar gewesen sei. Zum anderen sei es auch nach der anwaltlichen Versicherung nicht Gegenstand der Wahrnehmung des Prozessbevollmächtigten des Beklagten gewesen, ob sich in dem in den Briefkasten eingeworfenen DIN A4-Umschlag tatsächlich die Berufungsbegründung befunden habe. Das gelte umso mehr, als der zeitliche Ablauf, wann die Post in den Ausgangskorb gelegt und wann sie vom Prozessbevollmächtigten zwecks Einwurfs in den Briefkasten mitgenommen worden sei, nicht näher dargelegt sei, so dass auch ein Abhandkommen des Umschlags noch im Bereich der Kanzlei in Betracht komme. Auf diese Mängel seines Vorbringens habe das Berufungsgericht den Beklagten nicht hinweisen müssen.

6 Mit seiner Rechtsbeschwerde erstrebt der Beklagte die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

III.

7 Die Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet.

8 1. Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO in Verbindung mit § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig. Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ist gemäß § 574 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Denn die angefochtene Entscheidung verletzt den Beklagten in seinen Verfahrensgrundrechten auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) und auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), das den Gerichten verbietet, den Beteiligten den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise zu erschweren (BGH, Beschluss vom 23. Januar 2013 - XII ZB 167/11 Rn. 4, NJW-RR 2013, 1010). Einen solchen Verstoß rügt die Rechtsbeschwerde mit Erfolg.

9 Das Berufungsgericht hat unter Verstoß gegen § 139 Abs. 1 ZPO dem Beklagten keine Gelegenheit zur Ergänzung seines Vorbringens zu den Umständen der Postaufgabe gegeben.

10 a) Eine Partei darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass im Bundesgebiet werktags aufgegebenen Postsendungen am folgenden Werktag ausgeliefert werden. Ohne konkrete Anhaltspunkte muss ein Rechtsmittelführer deshalb nicht mit Postlaufzeiten rechnen, die die ernsthafte Gefahr der Fristversäumung begründen (BGH, Beschluss vom 20. Mai 2009 - IV ZB 2/08 Rn. 8 m.w.N., NJW 2009, 2379). Wurde hier die Berufungsbegründung vom 21. Februar 2018 noch am selben Tage in den Briefkasten eingeworfen, durfte der Beklagte - unabhängig davon, ob die Leerung des Briefkastens noch an diesem oder erst am folgenden Tage erfolgte - angesichts des zeitlichen Vorlaufs auf einen fristgemäßen Eingang bei dem Berufungsgericht vertrauen.

- 11            b) Die Partei muss im Rahmen ihres Antrags auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist gemäß § 236 Abs. 2 ZPO die die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen vortragen und glaubhaft machen.
- 12            aa) Hierzu gehört, wenn - wie im Streitfall - Wiedereinsetzung mit der Behauptung begehrt wird, dass ein zur Post aufgebener fristgebundener Schriftsatz verloren gegangen sei, eine aus sich heraus verständliche, geschlossene Schilderung der tatsächlichen Abläufe bis zur rechtzeitigen Aufgabe zur Post als Grundlage für die Glaubhaftmachung, dass der Verlust mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht im Verantwortungsbereich der Partei oder ihres Prozessbevollmächtigten eingetreten ist (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Februar 2017 - VII ZB 41/16 Rn. 14, NJW-RR 2017, 627; Beschluss vom 16. August 2016 - VI ZB 40/15 Rn. 8, NJW-RR 2016, 1402; Beschluss vom 1. Dezember 2015 - II ZB 7/15 Rn. 15; Beschluss vom 10. September 2015 - III ZB 56/14 Rn. 14 m.w.N., NJW 2015, 3517).
- 13            Grundsätzlich müssen alle Tatsachen, die für die Wiedereinsetzung von Bedeutung sein können, innerhalb der Antragsfrist vorgetragen werden; diese sind bei der Antragstellung oder im Verfahren über den Antrag glaubhaft zu machen (§ 234 Abs. 1, § 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Erkennbar unklare oder ergänzungsbedürftige Angaben, deren Aufklärung nach § 139 ZPO geboten ist, dürfen jedoch auch nach Fristablauf noch erläutert oder vervollständigt werden (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 16. Oktober 2018 - VI ZB 68/16 Rn. 7; Beschluss vom 2. Februar 2017 - VII ZB 41/16 Rn. 15, NJW-RR 2017, 627; Beschluss vom 25. September 2013 - XII ZB 200/13 Rn. 9, NJW 2014, 77).
- 14            bb) Danach hätte das Berufungsgericht über das Wiedereinsetzungsge- such nicht entscheiden dürfen, ohne dem Beklagten zuvor Gelegenheit zur Er- gänzung seines Vorbringens zu den aus Sicht des Gerichts noch nicht hinrei- chend geklärten Umständen der Postaufgabe zu geben (§ 139 Abs. 1 ZPO).

- 15            Angesichts der eingehenden, in sich geschlossenen Darstellung des Geschehensablaufs von der Erstellung des Schriftsatzes am 21. Februar 2018 bis zur abendlichen Postaufgabe in der anwaltlichen Versicherung des Prozessbevollmächtigten des Beklagten sowie in der damit übereinstimmenden eidesstattlichen Versicherung der Kanzleimitarbeiterin durfte das Berufungsgericht jedenfalls nicht ohne ausdrücklichen Hinweis von ungenügenden Angaben zu den Umständen der Postaufgabe ausgehen (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Februar 2010 - XI ZB 34/09 Rn. 11, MDR 2010, 648; Beschluss vom 21. Oktober 2010 - IX ZB 73/10 Rn. 18 ff., NJW 2011, 458).
- 16            Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist insbesondere keine Sachlage gegeben, nach der ein Hinweis nach § 139 Abs. 1 ZPO deshalb entbehrlich war, weil es an einem konkreten Vortrag insgesamt gefehlt hätte (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Januar 2012 - II ZB 3/11 Rn. 12, NJW-RR 2012, 747; Beschluss vom 26. November 2013 - II ZB 13/12 Rn. 12, MDR 2014, 422). Dies gilt insbesondere auch für die von dem Berufungsgericht vermisste Angabe, ob die Rechtsanwaltsfachangestellte H. den Schriftsatz so in den Briefumschlag gesteckt habe, dass die Anschrift des Berufungsgerichts im Sichtfenster sichtbar war und ob sich in dem vom Prozessbevollmächtigten in den Briefkasten eingeworfenen DIN A4-Umschlag tatsächlich die Berufungsbegründung befunden habe. Dem Berufungsgericht hätte sich aufdrängen müssen, dass weiterer Vortrag zu diesen Einzelheiten unterblieben war, weil der Beklagte dies nicht für erforderlich halten musste. Denn ein möglicher Fehler beim Kuvertieren des Schriftsatzes vom 21. Februar 2018 lag schon nach der mit dem Wiedereinsetzungsgesuch vorgelegten eidesstattlichen Versicherung der Rechtsanwaltsfachangestellten H. jedenfalls nicht nahe. Danach hat die Angestellte den Umschlag erst nach dem Einlegen des Schriftsatzes durch Aufkleben einer Briefmarke frankiert. Dieser Ablauf spricht jedenfalls dafür, dass der Mitarbeiterin hierbei aufgefallen wäre, wenn in dem ebenfalls auf der Umschlag-Vorderseite unterhalb der Briefmarke befindlichen Sichtfenster keine Adresse zu sehen ge-

wesen wäre. Der vorinstanzliche Prozessbevollmächtigte des Beklagten hat zudem bereits mit dem Wiedereinsetzungsgesuch anwaltlich versichert, abends beim Verlassen der Kanzlei die in der Postausgangsschale liegende Post mitgenommen und auf dem Weg zum Parkplatz in den neben dem Kanzleigebäude befindlichen Briefkasten eingeworfen zu haben; der an das Berufungsgericht adressierte Umschlag habe hierbei durch sein Format herausgestochen. Die Möglichkeit eines Abhandenkommens des Umschlags in der Kanzlei, die das Berufungsgericht für nicht ausgeräumt erachtet hat, war danach - mangels dazugehöriger tatsächlicher Anhaltspunkte im Verfahrensstoff - allenfalls theoretischer Natur. Ebenso wenig ist ersichtlich, weshalb es in diesem Zusammenhang auf die vom Berufungsgericht vermissten genauen Zeitangaben innerhalb dieses Ablaufs ankommen sollte.

- 17            2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet. Dem Beklagten ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zu gewähren. Er hat diese Frist weder aus eigenem noch aus ihm zurechenbarem Verschulden seines Prozessbevollmächtigten (§ 85 Abs. 2 ZPO) versäumt.
- 18            a) Der Beklagte hat mit der Rechtsbeschwerde dargelegt, was er nach Erteilung des gebotenen Hinweises gegenüber dem Berufungsgericht vorgetragen hätte; diesen Vortrag hat er durch ergänzende anwaltliche Versicherung seines vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten sowie eidesstattliche Versicherung der Rechtsanwaltsfachangestellten H. glaubhaft gemacht. Danach hat die Rechtsanwaltsfachangestellte H. die Berufungsbegründung so in den Fensterumschlag gesteckt, dass das Adressfeld sichtbar gewesen sei; einer anwaltlichen Anweisung entsprechend habe sie sich dessen vergewissert. In der Berufungsbegründung sei die Adresse des Berufungsgerichts so bezeichnet gewesen wie auf der vorgelegten Kopie vom 21. Februar 2018. Eine fehlende Sichtbarkeit der Adresse in dem links unterhalb der anzubringenden Briefmarke befindlichen Sichtfenster wäre ihr - im Übrigen auch spätestens beim Anbringen



des Kanzleistempels auf dem Umschlag oberhalb des Sichtfensters - aufgefallen. Der Prozessbevollmächtigte des Beklagten seinerseits hat ergänzend anwaltlich versichert, sich - wie jeden Tag - vor dem Einwurf in den Briefkasten persönlich von der ordnungsmäßigen Adressierung und Frankierung überzeugt zu haben.

19

b) Auf der Grundlage dieses ergänzenden Vortrags hätte das Berufungsgericht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht ablehnen dürfen, weil der Beklagte mit einem rechtzeitigen Eingang der Berufungsbegründung rechnen durfte. Der Senat kann über den fristgerecht gestellten Antrag gemäß § 577 Abs. 5 Satz 1 ZPO selbst entscheiden, weil es keiner weiteren Tatsachenfeststellungen bedarf. Gemäß § 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO ist der angefochtene Beschluss daher aufzuheben und dem Wiedereinsetzungsgesuch des Beklagten zu entsprechen. Die Berufungsbegründung wurde als versäumte Rechtshandlung innerhalb der insoweit maßgeblichen Frist von einem Monat (§ 234 Abs. 1 Satz 2, § 236 Abs. 2 Satz 2 ZPO) mit dem am 23. März 2018 bei dem Berufungsgericht

eingegangenen Schriftsatz rechtzeitig nachgeholt. Im Übrigen ist die Sache zur erneuten Entscheidung gemäß § 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO an das Berufungsgesicht zurückzuverweisen.

Pamp

Kartzke

Sacher

Borris

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Gera, Entscheidung vom 22.11.2017 - 3 O 919/15 -

OLG Jena, Entscheidung vom 14.05.2018 - 5 U 773/17 -