



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

II ZB 16/00

vom

7. Mai 2001

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 7. Mai 2001 durch die Richter Prof. Dr. Henze, Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly, Kraemer und die Richterin Münke

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 5. Juni 2000 wird auf Kosten des Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß sein Wiedereinsetzungsantrag nicht als unzulässig verworfen, sondern als unbegründet zurückgewiesen wird.

Beschwerdewert: 147.288,35 DM

Gründe:

I.

Der Beklagte hat am 16. März 2000 form- und fristgerecht beim Oberlandesgericht Nürnberg gegen seine Verurteilung aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 64 GmbHG durch das Landgericht Regensburg Berufung eingelegt. Sein Antrag vom 17. April 2000, die Berufungsbegründungsfrist um 14 Tage zu verlängern, ist am 19. April 2000 bei dem Berufungsgericht eingegangen und durch Verfügung vom selben Tage abgelehnt worden, weil er nicht innerhalb der am 17. April 2000 abgelaufenen Begründungsfrist gestellt worden sei. Am 2. Mai 2000 bei Gericht eingehend hat der Beklagte seine Berufung begründet.

Mit einem auf den 2. Mai 2000 datierten Schriftsatz, der am 19. Mai 2000 eingegangen ist, hat er wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Dazu hat er vorgetragen: Sein Prozeßbevollmächtigter habe den Fristverlängerungsantrag am 17. April 2000 unterzeichnet und die in seiner Kanzlei als Rechtsanwaltsfachangestellte tätige Frau K. mit seiner Übermittlung an das Berufungsgericht per Telefax beauftragt. Die Übermittlung sei fehlgeschlagen. Frau K. habe das jedoch nicht bemerkt, weil sie nach dem Übermittlungsvorgang den Ausdruck eines Sendeprotokolls gefertigt habe, das als Übermittlungsergebnis "ok" ausgewiesen habe. Dieses Protokoll habe jedoch nicht den Verlängerungsantrag betroffen, sondern die vor dessen - unbemerkt fehlgeschlagener - Übertragung ausgeführte Fax-Sendung. Das habe Frau K. nicht beachtet, sondern seinem Prozeßbevollmächtigten die Erledigung der Übermittlung per Telefax bestätigt.

Das Berufungsgericht hat Wiedereinsetzungsantrag und Berufung durch Beschluß vom 5. Juni 2000 als unzulässig verworfen. Gegen diese Entscheidung wendet sich der Beklagte mit seiner sofortigen Beschwerde.

## II.

Das formell einwandfreie Rechtsmittel bleibt im Ergebnis ohne Erfolg. Die Berufung ist mit Recht als unzulässig verworfen worden. Dem Beklagten kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewährt werden. Allerdings

ist sein Wiedereinsetzungsgesuch nicht unzulässig, sondern unbegründet, so daß der angefochtene Beschluß entsprechend zu korrigieren war.

Ein Wiedereinsetzungsantrag ist zulässig, wenn er innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 234 Abs. 1 ZPO gestellt worden ist, er ist begründet, wenn weder die Partei noch ihren Prozeßbevollmächtigten an der Fristversäumung ein Verschulden trifft, §§ 233, 85 Abs. 2 ZPO.

1. Die Antragsfrist ist gewahrt.

Da das Wiedereinsetzungsbegehren am 19. Mai 2000 bei Gericht einging, wäre es nur dann nicht fristgemäß und damit unzulässig, wenn der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten schon vor dem 5. Mai 2000 Kenntnis davon hatte, daß die Berufungsbegründung verspätet war. Das läßt sich nicht feststellen.

Ohne Zweifel verschaffte die gerichtliche Verfügung vom 19. April 2000, mit der sein Antrag auf Verlängerung der Begründungsfrist abgelehnt wurde, dem Prozeßbevollmächtigten Kenntnis von der Fristversäumung. Sie ist ihm dem Beschwerdevorbringen zufolge aber erst am 5. Mai 2000, ausweislich seines in der Gerichtsakte befindlichen Empfangsbekanntnisses sogar erst am 8. Mai 2000 zugestellt worden.

Von einer bereits am 2. Mai 2000 gegebenen Kenntnis oder jedenfalls Erkennbarkeit der Verfristung kann nicht ausgegangen werden. Hierfür sind die Einreichung der Berufungsbegründung am 2. Mai 2000 und die Datierung des Wiedereinsetzungsgesuchs auf denselben Tag keine ausreichenden Indizien.

Das ergibt sich aus dem Beschwerdevorbringen des Beklagten. Es handelt sich dabei nicht um unzulässiges Nachschieben von Tatsachen, sondern um die zulässige Ergänzung unvollständigen Vortrags. Denn das Berufungsgericht hätte dem Beklagten Gelegenheit geben müssen, zu der Diskrepanz zwischen dem im Empfangsbekennnis seines Prozeßbevollmächtigten genannten Eingangsdatum der gerichtlichen Verfügung vom 19. April 2000 einerseits und dem Datum von Berufungsbegründung und Wiedereinsetzungsantrag andererseits Stellung zu nehmen, bevor es allein mit Rücksicht auf die Datierung von Berufungsbegründung und Wiedereinsetzungsantrag zum Nachteil des Beklagten entschied.

Der Beklagte hat mit der Beschwerde vorgetragen, die Berufungsbegründung sei am 2. Mai 2000 gefertigt und eingereicht worden, weil an diesem Tage eine antragsgemäß um 14 Tage verlängerte Begründungsfrist abgelaufen wäre. Zwar habe eine Bewilligung des Verlängerungsantrags nicht vorgelegen. Da es sich um ein erstmaliges Verlängerungsgesuch gehandelt habe, sei aufgrund der Erfahrungen in der Vergangenheit gleichwohl mit einer vollumfänglichen Bewilligung, die möglicherweise erst nach Fristablauf eingehen würde, zu rechnen gewesen. Diese Darstellung erscheint plausibel und wird zudem, was das Vorkommen ungewöhnlich langer Laufzeiten bei einer gerichtlichen Mitteilung angeht, dadurch bestätigt, daß die Verfügung des Berufungsgerichts vom 19. April 2000 dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten, wie erwähnt, erst am 5. oder 8. Mai 2000 zugegangen ist.

Die Datierung des Wiedereinsetzungsantrags auf den 2. Mai 2000 beruht nach dem nicht zu widerlegenden Beschwerdevorbringen des Beklagten

darauf, daß der Schriftsatz mit einem EDV-Programm erstellt wurde, das für einen neuen Schriftsatz in einer Sache jeweils die Maske des vorherigen Schreibens mit dessen Datum verwendet, die notwendige Änderung des Datums aber unterblieb. Für die Richtigkeit dieser Darstellung spricht indiziell, daß Berufungsbegründung und Wiedereinsetzungsantrag ausweislich der unterschiedlichen Diktatzeichen zwar von derselben Person diktiert, aber von verschiedenen Personen geschrieben worden sind.

2. Das Wiedereinsetzungsbegehren ist jedoch unbegründet, weil den Prozeßbevollmächtigten des Beklagten an der Fristversäumnis ein Verschulden trifft.

Ein Prozeßbevollmächtigter ist verpflichtet, für eine wirksame Ausgangskontrolle bei fristwahrenden Schriftsätzen zu sorgen. Er hat durch eine entsprechende Büroorganisation sicherzustellen, daß bei Übermittlung solcher Schriftsätze per Telefax ein Sendebericht erstellt und auf etwaige Übermittlungsfehler überprüft wird (BGH, Beschl. v. 24. März 1993 - XII ZB 12/93, NJW 1993, 1655). Die Überprüfung hat sich darauf zu erstrecken, ob die Zahl der übermittelten Seiten mit der Seitenzahl des Originalschriftsatzes übereinstimmt (BGH, Beschl. v. 13. Juni 1996 - VII ZB 13/96, NJW 1996, 2513) und ob die zutreffende Empfängernummer verwendet wurde (BGH, Beschl. v. 3. Dezember 1996 - XI ZB 20/96, NJW 1997, 948).

Eine diesen Erfordernissen entsprechende Organisation gibt es in der Kanzlei des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten nicht. Aus seiner Darstellung der zur Fristenberechnung und Fristenkontrolle getroffenen

Regelungen im Wiedereinsatzgesuch ergibt sich keine ausdrückliche Anweisung an das Büropersonal, bei der Übermittlung fristwahrender Schriftsätze den jeweiligen Sendebericht in den bezeichneten Punkten zu kontrollieren. Obwohl die Klägerin dies in ihrem Schriftsatz vom 29. Mai 2000 gerügt hat, enthalten weder die Erwiderung des Beklagten vom 13. Juni 2000 hierauf noch die Beschwerdeschrift insoweit eine Ergänzung, so daß von dem Fehlen der in Rede stehenden notwendigen Regelungen auszugehen ist.

Damit ist die eingetretene Versäumung der Frist zur Berufungsbegründung nicht nur auf ein Verschulden der Mitarbeiterin des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten, sondern auch auf ein Organisationsverschulden des Prozeßbevollmächtigten selbst zurückzuführen. Der Fristverlängerungsantrag vom 17. April 2000 war ein fristwahrender Schriftsatz, weil er erst am letzten Tag der Berufungsbegründungsfrist gestellt wurde. Die gezielte Überprüfung des Sendeprotokolls auf Seitenzahl und korrekte Empfänger Nummer hätte das Fehlschlagen des Übermittlungsversuchs ergeben. Zunächst wäre aufgefallen, daß dem Verlängerungsantrag ein ihn nicht betreffendes Sendeprotokoll zugeordnet wurde. Anhand des richtigen Sendeprotokolls wäre dann festgestellt worden, daß die Übermittlung nicht gelungen war: Das eingereichte Gesamt-Übertragungsprotokoll weist aus, daß die nach Angabe des Beklagten um 17.29 Uhr versuchte Übermittlung an die

Empfänger Nummer 09113212560 ging (die Faxnummer des Oberlandesgerichts Nürnberg lautet 09113212880), eine Zeit von 00.00 Uhr dauerte, 00 Seiten betraf und das Resultat 0041 hatte, also nicht "ok" war.

Henze

Goette

Kurzwelly

Kraemer

Münke