# Beschluss vom 21. Mai 2019, IX R 43/17

**Wiedereinsetzung - Ausgangskontrolle - Einzelweisung**

ECLI:DE:BFH:2019:B.210519.IXR43.17.0

BFH IX. Senat

FGO § 56, FGO § 155, ZPO § 85 Abs 2

vorgehend FG Köln, 06. September 2016, Az: 5 K 925/08

## Leitsätze

1. NV: Eine Frist darf im Fristenkalender nicht als erledigt gestrichen werden, bevor die fristwahrende Handlung ausgeführt worden ist.

2. NV: Die Erledigung fristwahrender Handlungen muss am Abend eines jeden Arbeitstags von einer dazu beauftragten Bürokraft anhand des Fristenkalenders noch einmal selbständig überprüft werden.

3. NV: Die Einzelweisung, ein fristwahrendes Schriftstück schon "mittags" zum Kanzleipostamt zu bringen, beseitigt nicht die Ursächlichkeit allgemeiner Organisationsmängel, denn es fehlt die Anweisung, die Handlung sofort und vor allen anderen Aufgaben auszuführen (Anschluss an BGH-Rechtsprechung).

## Tenor

Die Revision der Kläger gegen das Urteil des Finanzgerichts Köln vom 07.09.2016 - 5 K 925/08 wird als unzulässig verworfen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens haben die Kläger zu tragen.

## Tatbestand

I.

1 Streitig ist, ob den Klägern und Revisionsklägern (Kläger) wegen Versäumung der Revisionsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist.

2 Die Revisionsbegründungsfrist lief am 2. Februar 2018 ab; die Begründungsschrift ist erst am 5. Februar 2018 beim Bundesfinanzhof (BFH) eingegangen. Mit Schreiben vom 9. Februar 2018, dem Prozessbevollmächtigten zugestellt am 13. Februar 2018, hat der Senatsvorsitzende auf die Versäumung der Frist hingewiesen. Mit Schreiben vom 23. Februar 2018, per Fax am selben Tag beim BFH eingegangen, haben die Kläger Wiedereinsetzung beantragt und zur Begründung im Wesentlichen vorgetragen, es liege kein zurechenbares Verschulden ihres Bevollmächtigten, sondern eine ihnen nicht zurechenbare Fehlleistung der Kanzleikraft Frau Z. vor.

3 In der Kanzlei werde ein elektronischer Termin- und Fristenkalender geführt. Jeder Akte (Leitzordner) sei ein Fristenkontrollblatt vorgeheftet. Dort trage der Prozessbevollmächtigte selbst die Fristen von Hand ein. Die Mitarbeiter des Sekretariats übertrügen die Fristen in den elektronischen Termin- und Fristenkalender und zeichneten die Eintragung mit ihrem Namenskürzel auf dem Fristenkontrollblatt ab.

4 Das von den Klägern in Kopie vorgelegte Fristenkontrollblatt in ihrer Sache weist im interessierenden Zusammenhang vier Eintragungen wie folgt auf:

| | |
|---|---|
| 25.1.2018 | Vorfrist Rev.-Begr. |
| 6.2.2018 | Ablauf Revisionsbegr. |
| 31.1.2018 | Einreichung Revision |
| 1.2.2018 | " " |

5 Die Eintragung zum Datum 6.2.2018 ist gestrichen. Zur Erläuterung dieser Eintragungen ist vorgetragen worden, der Prozessbevollmächtigte habe den Termin für die Einreichung der Revisionsbegründung "nach Korrektur" zunächst auf den 31.1.2018 bestimmt. Weil die Revisionsbegründung vom Mandanten noch einmal überprüft werden sollte, habe er sodann entschieden, den Schriftsatz erst am 1. Februar 2018 zur Post zu geben und den Einreichungstermin noch einmal geändert.

6 Der Postausgang werde im Normalfall handschriftlich auf einer Kopie des versandten Schriftstücks vermerkt und in der Handakte abgelegt. Handelt es sich um ein Einschreiben, werde der Einlieferungsbeleg an das in der Akte abgelegte Schriftstück geheftet.

7 Im konkreten Fall habe der Prozessbevollmächtigte seine langjährige Mitarbeiterin Frau Z. wegen der besonderen Umstände ausdrücklich angewiesen, die Revisionsbegründung nach Unterzeichnung am 1. Februar 2018 bereits mittags zu dem nächstgelegenen "Kanzleipostamt" zu bringen. Er habe Frau Z. bei dieser Gelegenheit auch ausdrücklich noch einmal darauf hingewiesen, dass die Aufgabe zur Post wegen des Fristablaufs am Folgetag unbedingt an diesem Tag erfolgen müsse. Erst durch das Hinweisschreiben des Senatsvorsitzenden habe er erfahren, dass dies nicht geschehen sei.

8 Stattdessen habe Frau Z. den Brief weisungswidrig nicht zu dem "Kanzleipostamt" gebracht, sondern ihn eingesteckt, um ihn abends auf dem Nachhauseweg bzw. auf dem Weg zu einer Orchesterprobe bei dem Postamt ihrer Heimatgemeinde einzuliefern. Wegen eines Verkehrsstaus auf der Autobahn ... sei sie dort jedoch erst nach 18 Uhr eingetroffen. Sie habe deshalb die Revisionsbegründung erst am Folgetag zur Post gebracht. Der Einlieferungsschein dokumentiert, dass das Schriftstück am 2. Februar 2018 um 11:59 Uhr in A... aufgegeben worden ist.

9 Ergänzend ist ausgeführt worden, der Prozessbevollmächtigte sei am 2. Februar 2018 ins außereuropäische Ausland geflogen (Glaubhaftmachung: Flugticket) und hätte deshalb keine weitere Weisung erteilen können. Frau Z. habe am 2. Februar 2018 dienstfrei gehabt und Frau K., die im Büro Dienst hatte, habe davon ausgehen müssen, dass die Frist erledigt war, da Frau Z. die Frist im elektronischen Termin- und Fristenkalender bereits ausgetragen hatte.

10 Das Verschulden von Frau Z. (Nichtbefolgung einer Einzelweisung) müssten sich die Kläger nicht zurechnen lassen. Frau Z. sei im Übrigen auch nicht unzuverlässig. Es liege kein Auswahlverschulden vor. Ein Organisationsverschulden liege ebenfalls nicht vor. Ein elektronisch geführter Termin- und Fristenkalender könne nicht "vorgelegt" werden. Eine (zusätzliche) Übermittlung per Fax könne nicht verlangt werden. Es sei dem Prozessbevollmächtigten auch nicht vorzuwerfen, dass er nach Erteilung einer Einzelweisung, von deren Beachtung er habe ausgehen dürfen, verreist sei.

11 Die Kläger beantragen (sinngemäß),
ihnen wegen Versäumung der Revisionsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren,
das angefochtene Urteil aufzuheben, die Einkommensteuerbescheide für 2003 und 2004 vom 23. Juni 2006 in Gestalt der Einspruchsentscheidungen vom 18. Februar 2008 zu ändern und die Einkommensteuer auf den Betrag niedriger festzusetzen, der sich ergibt, wenn bei den Einkünften des Klägers aus Vermietung der streitbefangenen Immobilie im Streitjahr 2003 weitere Werbungskosten (Absetzung für Abnutzung) in Höhe von 1.750,97 € und im Streitjahr 2004 von 21.011,72 € berücksichtigt werden.

12 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt) beantragt,
den Wiedereinsetzungsantrag abzulehnen und die Revision zu verwerfen, hilfsweise,
die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

# Entscheidungsgründe

II.

13 Die Revision ist mangels fristgerechter Begründung unzulässig (§ 124 Abs. 1 Satz 1 und 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--) und deshalb durch Beschluss zu verwerfen (§ 126 Abs. 1 FGO).

14 1. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 56 FGO) kann nicht gewährt werden. Der Antrag ist zwar zulässig, jedoch nicht begründet. Der beschließende Senat ist nicht davon überzeugt, dass die Kläger ohne Verschulden verhindert waren, die gesetzliche Begründungsfrist einzuhalten. Ein etwaiges Verschulden ihres Bevollmächtigten müssen sich die Kläger zurechnen lassen (§ 155 FGO i.V.m. § 85 Abs. 2 der Zivilprozessordnung --ZPO--). Aufgrund des Gesamtergebnisses des Verfahrens hat sich der Senat nicht davon überzeugen können, dass den Prozessbevollmächtigten der Kläger kein Verschulden an der Fristversäumung trifft.

15 a) Es fehlt ausweislich des Fristenkontrollblatts bereits an einer eindeutigen und zutreffenden Bestimmung und Dokumentation des Datums, an dem die Begründungsfrist ablief. Das ursprünglich dafür notierte Datum (6. Februar 2018) hat der Prozessbevollmächtigte zu Recht wieder gestrichen. Er hat es aber versäumt, den Fristablauf neu zu datieren und dies auch zu dokumentieren. Der stattdessen notierte Termin für das Einreichen der Revisionsbegründung ersetzt dies nicht. Dabei handelte es sich um ein anderes Datum. Davon sind auch alle Beteiligten ausgegangen. Die Übermittlung per Post setzt die Einlieferung bei der Post mindestens einen Tag vor Fristablauf voraus. Auch die nochmalige Änderung dieses Eintrags verdeutlicht, dass damit nicht der Fristablauf gemeint sein konnte. Die Fristenüberwachung kann aber nicht gelingen, wenn schon die einzuhaltende Frist nicht bestimmt und auch nicht notiert ist.

16 Es kann dahinstehen, ob sich dieser Fehler im Streitfall ausgewirkt hat. Zwar wäre er bei weisungsgemäßem Verhalten von Frau Z. folgenlos geblieben. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob das Erteilen einer Einzelweisung ausreicht, um einen so schwerwiegenden Fehler zu kompensieren.

17 b) Mitursächlich war jedenfalls, dass die fehlende Absendung der Revisionsbegründung vor Fristablauf im Bürobetrieb nicht bemerkt bzw. dass die Frist vor Ausführung der fristwahrenden Handlung im elektronischen Fristenkalender gestrichen worden ist (vgl. BFH-Beschlüsse vom 17. November 2015 - V B 56/15, BFH/NV 2016, 222; vom 28. Juli 2015 - II B 150/14, BFH/NV 2015, 1434). Dies lässt auf einen Organisationsmangel des Prozessbevollmächtigten schließen, den sich die Kläger zurechnen lassen müssen. Es fehlte eine wirksame Ausgangskontrolle. Jedenfalls hat der Prozessbevollmächtigte nicht vorgetragen, welche organisatorischen Vorkehrungen er getroffen hat, um zu verhindern, dass bei einer als erledigt ausgetragenen Frist die fristwahrende Handlung unterblieben ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH), der sich der beschließende Senat anschließt, gehört zu einer effektiven Ausgangskontrolle die Anordnung, dass die Erledigung von fristgebundenen Sachen am Abend eines jeden Arbeitstags durch eine dazu beauftragte Bürokraft anhand des Fristenkalenders nochmals selbständig überprüft wird (ständige Rechtsprechung; BGH-Beschluss vom 8. November 2018 - I ZB 108/17, Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungsreport Zivilrecht --NJW-RR-- 2019, 175, m.w.N.). Diese Fristenkontrolle dient nicht alleine dazu zu überprüfen, ob sich aus den Eintragungen im Fristenkalender noch unerledigt gebliebene Fristsachen ergeben, sondern auch dazu, festzustellen, ob möglicherweise in einer bereits als erledigt vermerkten Fristsache die fristwahrende Handlung noch aussteht (vgl. BGH-Beschluss vom 4. November 2014 - VIII ZB 38/14, Neue Juristische Wochenschrift 2015, 49). Wäre dies geschehen, wäre das Versäumnis aufgefallen und hätte die fristwahrende Handlung sofort oder am 2. Februar 2018 noch nachgeholt werden können (durch Übermittlung per Fax). Dass der Prozessbevollmächtigte am 2. Februar 2018 keine diesbezüglichen Weisungen mehr hätte erteilen können, ergibt sich jedenfalls nicht aus dem vorgelegten Flugticket. Danach startete der Flug am 2. Februar 2018 zur Mittagszeit ab ... Es entspricht der Lebenserfahrung, dass ein Rechtsanwalt zumindest bis zu seinem Abflug in dringenden Fällen für sein Büro noch erreichbar ist.

18 Die erteilte Einzelweisung beseitigt die Mitursächlichkeit des Organisationsmangels nicht. Zwar wäre die Frist nicht versäumt worden, wenn sich Frau Z. weisungsgemäß verhalten und den Brief noch am Mittag des 1. Februar 2018 zum "Kanzleipostamt" gebracht hätte. Eine solche Einzelweisung kann die allgemeinen organisatorischen Anforderungen aber --wenn überhaupt-- nur in ganz besonderen Einzelfällen entbehrlich machen. So hat der BGH angedeutet, dies könne der Fall sein, wenn der Prozessbevollmächtigte seinen Mitarbeiter anweist, einen Schriftsatz "sofort und vor allen anderen Aufgaben ... zu faxen und sodann postalisch zu versenden" (BGH-Beschluss vom 6. April 2016 - VII ZB 7/15, NJW-RR 2016, 1262). So liegen die Dinge im Streitfall jedenfalls nicht.

**19** Der Prozessbevollmächtigte hat zwar vorgetragen und anwaltlich versichert, er habe Frau Z. wegen der besonderen Umstände ausdrücklich angewiesen, die Revisionsbegründung am 1. Februar 2018 mittags zur Post zu bringen. Frau Z. hat an Eides Statt versichert, der Prozessbevollmächtigte habe sie nach Unterzeichnung beauftragt, den Schriftsatz bereits mittags zur Post zu bringen. Es ist jedoch nicht dargetan, dass sie dies "vor allen anderen Aufgaben" und "sofort" erledigen sollte, so dass die Weisung auch in Vergessenheit geraten konnte. Dann muss aber die Ausführung der fristwahrenden Handlung nach allgemeinen Maßstäben kontrolliert werden, um Fristverlust vorzubeugen.

**20** Hinzu kommt, dass Frau Z. ihr Versäumnis allein mit ihrer "Eile" erklärt hat. Sie habe sich den Fußweg zum Postamt sparen wollen. Dies spricht, auch wenn es nicht ausgeführt worden ist, dafür, dass Frau Z. am 1. Februar 2018 mit einer Vielzahl anderer Aufgaben betraut war, die alle noch vor ihrer abendlichen Orchesterprobe erledigt werden mussten, zu der sie unbedingt rechtzeitig erscheinen wollte. Dies erscheint auch plausibel, weil der Prozessbevollmächtigte am kommenden Tag für zwei Wochen ins Ausland reisen wollte. In einer solchen Situation kann sich der Prozessbevollmächtigte von fehlenden organisatorischen Vorkehrungen nicht mit der Erteilung einer Einzelweisung exkulpieren, deren Beachtung offenbar (im Bürobetrieb nicht vorhandene) Zeit gekostet hätte.

**21** c) Unverständlich ist für den Senat, weshalb Frau Z., der aufgrund erteilter Einzelanweisung angeblich bewusst war, dass die Revisionsbegründungsfrist am 2. Februar 2018 ablief, den Brief gleichwohl am 2. Februar 2018 bei der Post eingeliefert und sich dafür auch noch bis mittags (11:59 Uhr) Zeit gelassen hat. Wäre Frau Z. der Fristablauf und dessen Bedeutung bewusst gewesen, hätte ihr auch klar sein müssen, dass die Frist so nicht gewahrt werden konnte und dass eine andere Übermittlung (z.B. per Fax) sofort hätte veranlasst oder dass zumindest das Büro hätte informiert werden müssen. Der tatsächliche Ablauf lässt Zweifel daran aufkommen, ob die Einzelweisung wirklich so wie vorgetragen erteilt worden ist. Darauf kommt es wie ausgeführt jedoch nicht an.

**22** 2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de