



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZB 67/17

vom

27. September 2018

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 520 Abs. 2 Satz 1

Der Rechtsmittelführer hat auch bei Einsatz eines Telefaxgerätes die Rechtzeitigkeit des Eingangs der Berufungsbegründung zur vollen Überzeugung des Gerichts nachzuweisen.

ZPO § 233 Satz 1 C, Fd

Wird ein fünfseitiger Schriftsatz kurz vor 23:58 Uhr mit Hilfe eines Telefaxgerätes an das Gericht übermittelt, der erst nach 24:00 Uhr eingeht, scheidet ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten an der Fristwahrung nur aus, wenn er vorträgt und glaubhaft macht, dass nach seinen Erfahrungswerten bei einer üblichen Übertragungsdauer von einem Eingang vor 24:00 Uhr auszugehen war.

ZPO § 234 Abs. 1 A

Die Wiedereinsetzungsfrist beginnt zu laufen, sobald der Prozessbevollmächtigte der Partei von dem Gericht fernmündlich oder schriftlich auf die Fristversäumung hingewiesen wird.

BGH, Beschluss vom 27. September 2018 - IX ZB 67/17 - OLG Oldenburg
LG Oldenburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Prof. Dr. Pape, Grupp und die Richterin Möhring

am 27. September 2018

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 25. September 2017 wird auf Kosten der Beklagten als unzulässig verworfen. Der Streithelfer der Beklagten trägt seine Kosten selbst.

Der Gegenstandswert wird auf 1.650.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger zu 1 nimmt die Beklagten zu 1 bis 3 als Zessionar aus einer anwaltlichen Gebührenvereinbarung auf Zahlung von 150.000 € in Anspruch. Die Beklagten zu 1 und 3 verlangen von dem Kläger und den Drittwiderbeklagten zu 2 bis 4 Schadensersatzleistung wegen behaupteter anwaltlicher Fehlberatung. Das Landgericht hat durch Urteil vom 20. Dezember 2016 der Klage stattgegeben und die Widerklagen abgewiesen.
- 2 Gegen das ihnen am 22. Dezember 2016 zugestellte Urteil haben die Beklagten am 13. Januar 2017 Berufung eingelegt. Die Berufungsbegründungs-

frist ist antragsgemäß von dem Vorsitzenden des Berufungssenats bis zum 22. März 2017 verlängert worden. Die Berufungsbegründungsschrift der Beklagten zu 1 bis 3 ist ausweislich der Fax-Kennung am 23. März 2017 in der Zeit von 00:01 Uhr bis 00:02 Uhr bei dem Berufungsgericht eingegangen.

- 3 Am 24. März 2017 erkundigte sich der Streithelfer, der Prozessbevollmächtigte der Beklagten zu 1 bis 3, bei dem Berichterstatter fernmündlich, ob die Berufungsbegründung rechtzeitig eingegangen sei. Durch Beschluss vom 28. März 2017 hat das Berufungsgericht die Beklagten zu 1 bis 3 auf die Möglichkeit hingewiesen, ihre Berufung als unzulässig zu verwerfen. Mit am 2. Mai 2017 eingegangenem Schriftsatz haben sich die Beklagten zu 1 bis 3 auf die Rechtzeitigkeit der Berufungsbegründung bezogen und hilfsweise Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Das Berufungsgericht hat die Berufung als unzulässig verworfen und den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgelehnt. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Beklagten zu 1 bis 3.

II.

- 4 Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO), aber unzulässig. Die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO, die auch bei einer Rechtsbeschwerde gegen einen die Berufung als unzulässig verwerfenden Beschluss gewahrt sein müssen, sind nicht erfüllt. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 ZPO) nicht erforderlich. Die Entscheidung des Berufungsgerichts steht vielmehr in Einklang mit der höchstrichterlichen

Rechtsprechung und verletzt nicht den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG).

5 1. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

6 a) Die Beklagten zu 1 und 3 hätten nicht zur Überzeugung des Senats zu beweisen vermocht, dass ihre Berufungsbegründung rechtzeitig eingegangen sei. Bei der Übersendung der Berufungsbegründung mittels Telefax komme es darauf an, ob die digitalen Signale bis zum Ablauf der Frist - hier dem 22. März 2017, 24:00 Uhr - von dem Telefaxgerät des Berufungsgerichts vollständig empfangen worden seien. Das Empfangsjournal zeige als Eingang der per Telefax übermittelten Berufungsbegründung den 23. März 2017, 00:03 Uhr, an.

7 Nach der im Freibeweisverfahren erfolgten Überprüfung könne nicht festgestellt werden, ob die im Faxgerät angezeigte Uhrzeit mit der gesetzlichen Uhrzeit übereinstimme. Jedenfalls am 9. Mai 2017 habe sich eine Abweichung zwischen der angezeigten und der gesetzlichen Uhrzeit von mehreren Minuten ergeben. Allerdings erfolge der Eingang der Telefaxe über die Telefonzentrale, welche die Eingänge an die örtlichen Faxanschlüsse übermittele. Daher seien Daten und Uhrzeit der Faxgeräte jederzeit in der zentralen Telefonanlage nachweisbar, so dass es auf eine Abweichung im Faxgerät nicht ankomme.

8 Von dem Wartungsunternehmen sei vorliegend ein Einzelverbindungs-nachweis erstellt worden. Danach sei die Übermittlung der digitalen Daten der Berufungsbegründung am 22. März 2017 um 23:58:59 Uhr gestartet und am 23. März 2017 um 00:00:34 Uhr beendet worden. Das Wartungsunternehmen habe ferner festgestellt, dass die Uhrzeit der gerichtlichen Telefonanlage am

11. Juli 2017 um 23 Sekunden von der Funkuhr abgewichen sei. Sollte diese Abweichung auch am 23. März 2017 bestanden haben, sei die Berufungsbegründung gleichwohl erst um 00:00:11 Uhr eingegangen. Die Beklagten hätten nicht den Beweis erbracht, dass die digitalen Dateien schon am 22. März 2017 bis 24:00 Uhr bei dem Berufungsgericht als abrufbare Datei aus dem internen Datenspeicher gespeichert worden seien.

9 b) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand könne den Beklagten nicht gewährt werden.

10 aa) Soweit sich der Prozessbevollmächtigte der Beklagten zu 1 bis 3 auf einen seit Mitte 2017 bestehenden grippalen Infekt berufe, sei diese Erkrankung jedenfalls für die Zeit ab dem 22. März 2017 mangels Vorlage einer aussagekräftigen ärztlichen Bescheinigung nicht ausreichend glaubhaft gemacht. Zudem habe der Prozessbevollmächtigte der Beklagten zu 1 bis 3 nicht der Sorgfaltspflicht genügt, die Übermittlung eines Schriftsatzes per Telefax so früh zu beginnen, dass er unter gewöhnlichen Umständen bis zum Abschluss des Tages des Fristablaufs eingehe. Überdies erweise sich der am 2. Mai 2017 gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als verspätet. Die Monatsfrist des § 234 Abs. 1 ZPO habe bereits am 25. März 2017 zu laufen begonnen, weil der Prozessbevollmächtigte der Beklagten zu 1 bis 3 von dem Berichterstatter am 24. März 2017 fernmündlich über den verspäteten Eingang der Berufungsbegründung unterrichtet worden sei.

11 bb) Eine Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Wiedereinsetzungsfrist scheidet ebenfalls aus. Soweit der Prozessbevollmächtigte der Beklagten zu 1 bis 3 geltend mache, in der Zeit vom 20. bis 27. April 2017 erneut arbeitsunfähig erkrankt zu sein, könne nach der vorgelegten ärztlichen Be-

scheinigung nicht von einer überraschenden und unvorhersehbaren Erkrankung ausgegangen werden. Vor diesem Hintergrund hätte der Prozessbevollmächtigte der Beklagten zu 1 bis 3 durch Einschaltung eines Vertreters für eine rechtzeitige Antragstellung Sorge tragen müssen.

12 2. Diese Ausführungen halten jedenfalls im Ergebnis rechtlicher Prüfung Stand.

13 a) Das Berufungsgericht hat die Frist zur Begründung der Berufung rechtsfehlerfrei und ohne Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte als versäumt angesehen, weil die Beklagten die Berufungsbegründung erst am 23. März 2017 und damit nicht innerhalb der bis zum 22. März 2017 verlängerten Frist eingereicht haben (§ 520 Abs. 2 ZPO).

14 aa) Das Berufungsgericht hat nach § 522 Abs. 1 Satz 1 ZPO von Amts wegen im Freibeweisverfahren zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet ist. Dabei muss die Rechtzeitigkeit des Eingangs der Berufungsbegründung - wie die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels - zur vollen Überzeugung des Gerichts bewiesen werden. Hiernach etwa verbleibende Zweifel gehen auch bei Einsatz eines Telefaxgeräts zu Lasten des Rechtsmittelführers, der zu beweisen hat, dass er die Berufung rechtzeitig begründet hat (BGH, Beschluss vom 19. Januar 2016 - XI ZB 14/15, Rn. 10 mwN). Wird die Berufungsbegründung per Telefax übersandt, kommt es für die Rechtzeitigkeit ihres Eingangs allein darauf an, ob sie bei Ablauf des letzten Tages der Frist - hier also am 22. März 2017 bis 24:00 Uhr - vom Telefaxgerät des Gerichts vollständig empfangen ist (BGH, aaO Rn. 11). Um die Frist zu wahren, hätte die Berufungsbegründung vor Beginn des auf den letzten Tag der Frist folgenden Tages

um 00:00 Uhr eingehen müssen und damit, weil zwischen 24:00 Uhr und 00:00 Uhr keine, auch keine logische Sekunde existiert, vor Ablauf von 23:59 Uhr (BGH, aaO Rn. 12).

15 bb) Das Berufungsgericht ist hier in Einklang mit den Regeln des Freibe-
weises (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Juni 1992 - IX ZB 10/92, MDR 1992, 1181)
und ohne Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG zu dem Ergebnis gelangt, dass die
Berufungsbegründung nicht bereits am 22. März 2017 eingegangen ist. Die tat-
richterliche Bewertung ist nicht von Rechtsfehlern beeinflusst.

16 (1) Ohne Erfolg rügt die Rechtsbeschwerde, das Berufungsgericht habe
nicht festgestellt, dass die in der zentralen Telefonanlage des Berufungsge-
richts eingestellte Uhrzeit zum fraglichen Zeitpunkt der gesetzlichen Uhrzeit
entsprochen habe.

17 Das Berufungsgericht hat, nachdem sich die Zeitanzeige des Faxgeräts
laut den Angaben des Bediensteten O. als unrichtig und zum Nachweis der
Fristwahrung als ungeeignet erwiesen hatte, von dem zuständigen Wartungsun-
ternehmen im Blick auf den allein maßgeblichen Eingang des Schriftsatzes bei
der zentralen Telefonanlage einen Einzelverbindungs nachweis erstellen lassen.
Dieser Verbindungsnachweis gelangt zu dem Ergebnis, dass der Schriftsatz am
23. März 2017 um 00:00:34 Uhr eingegangen ist. Mit Rücksicht auf eine Abwei-
chung der Telefonanlage im Vergleich zu der Funkuhr um 23 Sekunden hat das
Wartungsunternehmen einen Eingang am 23. März 2017 um 00:00:11 Uhr zu-
grunde gelegt. Das Berufungsgericht ist entsprechend dem von ihm erteilten
Auftrag, ob die Empfangszeit der zentralen Telefonanlage mit der gesetzlichen
Uhrzeit übereinstimmt, davon ausgegangen, dass mit der Verwendung des Be-
griffs "Funkuhr" durch das Wartungsunternehmen die gesetzliche Uhrzeit ge-

meint ist. Soweit das Berufungsgericht das Ergebnis der von dem Wartungsunternehmen am 11. Juli 2017 durchgeführten Prüfung auf den 22./23. März 2017 übertragen hat, handelt es sich um eine tatrichterliche Würdigung, die möglich ist und keinen Rechtsfehler erkennen lässt. Hinweise auf zeitliche Unregelmäßigkeiten zwischen dem 22./23. März und dem 11. Juli 2017 haben sich nicht ergeben. Bei dieser Sachlage ist es nicht fehlerhaft, die am 11. Juli 2017 festgestellte Zeitabweichung von 23 Sekunden auch für den 22./23. März 2017 zugrunde zu legen.

18 (2) Nicht beigetreten werden kann der Wertung der Rechtsbeschwerde, es seien durchgreifende Anhaltspunkte vorhanden, die für eine größere Zeitabweichung sprächen. Soweit sie sich insoweit auf den Inhalt der Auskunft des Bediensteten O. beruft, ist diese Rüge schon nicht entscheidungserheblich, weil die Würdigung des Berufungsgerichts nicht auf dessen Angaben beruht. Das Vorbringen des Prozessbevollmächtigten der Beklagten zu 1 bis 3, seine eigene Telefaxverbindung gehe um rund vier Minuten vor, hat das Berufungsgericht als zutreffend zugrunde gelegt, daraus aber nicht die Überzeugung einer rechtzeitigen Begründung gewinnen können, weil es nicht auf den Zeitpunkt der Absendung, sondern des Eingangs der digitalen Signale ankomme. Vor diesem Hintergrund hat das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung die Möglichkeit nicht ausschließen können, dass der Übertragungsvorgang im Streitfall eine längere Zeit beansprucht hat. Bei dieser Sachlage bestand keine Veranlassung, den allein den Absendezeitpunkt betreffenden Zeugenbeweis einzuholen.

19 b) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann den Beklagten zu 1 bis 3 nicht gewährt werden, weil sie nicht ohne ihr Verschulden an der rechtzeitigen Fristwahrung gehindert waren (§ 233 Satz 1 ZPO).

20 aa) Der Prozessbevollmächtigte hat mit der ordnungsgemäßen Nutzung eines funktionsfähigen Sendegeräts und der korrekten Eingabe der Empfänger- nummer das seinerseits Erforderliche zur Fristwahrung getan, wenn er so rechtzeitig mit der Übermittlung beginnt, dass unter normalen Umständen mit ihrem Abschluss vor 00:00 Uhr zu rechnen ist (BGH, Urteil vom 25. November 2004 - VII ZR 320/03, NJW 2005, 678, 679). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trifft den Rechtsanwalt kein Verschulden an dem verspäteten Eingang eines fristgebundenen Schriftsatzes, wenn die Telefaxübermittlung - etwa wegen technischer Störungen am Empfangsgerät oder wegen Leitungsstörungen - einen Zeitraum beansprucht, mit dem er nicht rechnen musste (BGH, aaO; Beschluss vom 10. Juli 2012 - VIII ZB 15/12, NJW-RR 2012, 1341 Rn. 9). Der Prozessbevollmächtigte darf darauf vertrauen, dass die Übermittlung der Berufungsbegründung innerhalb der üblichen Übertragungsdauer entsprechend seiner - glaubhaft gemachten - Erfahrungswerte erfolgen würde (BGH, Beschluss vom 10. Juli 2012 aaO Rn. 10).

21 bb) Diesen bei der Faxübermittlung zu beachtenden Sorgfaltsanforderungen ist hier ausweislich des Inhalts der geltend gemachten Wiedereinsetzungsgründe nicht genügt. Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten zu 1 bis 3 hat nach seinem eigenen Vorbringen kurz vor 23:58 Uhr mit der Übersendung der fünfseitigen Berufungsbegründungsschrift begonnen. Es fehlt an jeder Darlegung und Glaubhaftmachung, dass in einem solchen Fall eines Übertragungsbeginns wenige Minuten vor Fristablauf nach der Erfahrung des Prozessbevollmächtigten der Beklagten zu 1 bis 3 mit einem rechtzeitigen Eingang vor 24:00 Uhr zu rechnen war, zumal bei der Faxübermittlung wegen schwankender Übertragungsgeschwindigkeiten eine gewisse Zeitreserve einzukalkulieren ist (BGH, Beschluss vom 17. Mai 2004 - II ZB 22/03, NJW 2004, 2525, 2526). Hat der Rechtsanwalt grundsätzlich einen Zeitbedarf von 30 Sekunden je Seite

anzusetzen (vgl. BGH, Urteil vom 25. November 2004 - VII ZR 320/03, NJW 2005, 678, 679), musste mit einer voraussichtlichen Übermittlungsdauer von 2:30 Minuten gerechnet werden, so dass der Eingang erst am Folgetag zu erwarten war.

22 c) Jedenfalls ist die Monatsfrist für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO) nicht gewahrt.

23 aa) Die Frist des § 234 Abs. 1 ZPO beginnt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu laufen, sobald die Partei oder ihr Prozessbevollmächtigter erkannt hat oder bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkennen können und müssen, dass die Rechtsmittelfrist versäumt war. In diesem Zeitpunkt ist das Hindernis behoben, durch das die Partei von der Einhaltung der Frist abgehalten worden ist (BGH, Beschluss vom 13. Mai 1992 - VIII ZB 3/92, NJW 1992, 2098, 2099; vom 13. Dezember 1999 - II ZR 225/98, NJW 2000, 592; vom 20. September 2011 - VI ZB 5/11, NJW-RR 2012, 252 Rn. 11). Ein Hindernis ist nicht erst bei Kenntnis des wahren Sachverhalts entfallen; es ist auch behoben, sobald die Unkenntnis und damit die Verhinderung nicht mehr unverschuldet ist. Die Wiedereinsetzungsfrist beginnt deshalb spätestens mit dem Zeitpunkt, in dem der verantwortliche Anwalt bei Anwendung der unter den gegebenen Umständen von ihm zu erwartenden Sorgfalt die eingetretene Säumnis hätte erkennen können und müssen (BGH, Beschluss 13. Dezember 1999, aaO; vom 6. Juli 2011 - XII ZB 88/11, MDR 2011, 1208). Die Frist läuft daher mit Kenntnisnahme einer gerichtlichen Mitteilung, aus der das Eingangsdatum der verspäteten Berufung zu erkennen ist (BGH, Beschluss vom 13. Mai 1992, aaO).

- 24 bb) Im Streitfall hatte der Prozessbevollmächtigte der Beklagten zu 1 bis 3 auf seine eigene ausdrückliche fernmündliche Erkundigung von dem Berichterstatter des zur Entscheidung berufenen Senats des Berufungsgerichts am 24. März 2017 erfahren, dass die Berufungsbegründung verspätet eingegangen war. Ab diesem Zeitpunkt war, zumal der Prozessbevollmächtigte der Beklagten zu 1 bis 3 nach dem Inhalt seines Anrufs selbst eine Fristversäumung befürchtete, die Unkenntnis und damit die Verhinderung nicht mehr unverschuldet (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Juli 2004 - XI ZB 33/03, NJW-RR 2005, 76, 77). Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten zu 1 und 3 hätte nach dem Ergebnis der fernmündlichen Unterrichtung ohne Rücksicht auf den erneuten gerichtlichen Hinweis vom 28. März 2017 bis zum 25. April 2017 einen Wiedereinsetzungsantrag stellen müssen. Mithin war der Antrag vom 2. Mai 2017 auf Wiedereinsetzung verspätet.
- 25 d) Eine Wiedereinsetzung in die versäumte Wiedereinsetzungsfrist (§ 233 Satz 1, § 234 Abs. 1 ZPO; vgl. BGH, Beschl. v. 28. November 2012 - XII ZB 235/09, NJW 2013, 697) kommt nicht in Betracht.
- 26 Ohne Erfolg berufen sich die Beklagten zu 1 bis 3 darauf, dass ihr Prozessbevollmächtigter am 24. April 2017 erkrankt und dadurch an einer Fristwahrung gehindert gewesen sei. Nach gefestigter Rechtsprechung hat der Prozessbevollmächtigte dafür Vorkehrungen zu treffen, dass im Falle seiner Erkrankung ein Vertreter die notwendigen Prozesshandlungen vornimmt (BGH, Beschluss vom 26. Februar 1996 - II ZB 7/95, NJW 1996, 1540, 1541). Deshalb ist bei Erkrankung eines Einzelanwalts ein Vertreter mit der Erledigung fristgebundener Arbeiten zu betrauen (BGH, Beschluss vom 25. Juni 2015 - V ZB 50/15, Rn. 7). Das Berufungsgericht hat es aufgrund einer naheliegenden tatrichterlichen Würdigung wegen der bereits im März 2017 eingetretenen Vor-

krankung nicht als glaubhaft angesehen, dass der Prozessbevollmächtigte der Beklagten zu 1 bis 3 im April 2017 so plötzlich erkrankte, dass er außer Stande gewesen wäre, einen Vertreter zu benachrichtigen, um für ihn fristwährend tätig zu werden (vgl. BGH, Beschluss vom 18. September 2008 - V ZB 32/08, NJW 2008, 3571 Rn. 12; vom 26. September 2013 - V ZB 94/13, NJW 2014, 228 Rn. 11 f). Dass die Einschaltung eines Vertreters nicht möglich oder nicht zumutbar war, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich (BGH, Beschluss vom 25. Juni 2015, aaO Rn. 8).

Kayser

Gehrlein

Pape

Grupp

Möhring

Vorinstanzen:

LG Oldenburg, Entscheidung vom 20.12.2016 - 16 O 1943/14 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 25.09.2017 - 14 U 15/17 -