



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

V ZB 38/21
V ZB 39/21

vom

17. November 2022

in dem Rechtsstreit

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 17. November 2022 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Brückner, die Richterin Haberkamp, die Richter Dr. Hamdorf und Dr. Malik und die Richterin Laube

beschlossen:

Die Verfahren über die Rechtsbeschwerden gegen die Beschlüsse des Hanseatischen Oberlandesgerichts - 3. Zivilsenat - vom 18. März 2021 und vom 28. April 2021 werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden; das Verfahren V ZB 38/21 führt.

Die Rechtsbeschwerden der Beklagten gegen die vorbezeichneten Beschlüsse werden auf Kosten der Beklagten als unzulässig verworfen.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt einheitlich 96.473,89 €.

Gründe:

I.

- 1 Die Beklagten haben gegen ein ihnen am 21. September 2020 zugestelltes Urteil des Landgerichts fristgerecht Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat auf Antrag der Beklagten die Berufungsbegründungsfrist bis zum 8. Januar 2021 verlängert. Mit einem per Telefax an das Oberlandesgericht übermittelten Schriftsatz vom 7. Januar 2021 hat sich ein neuer Prozessbevollmächtigter

für die Beklagten bestellt und zugleich die Berufung begründet. Die Faxkennung auf dem unteren Rand der vom Faxgerät ausgedruckten Berufungsbegründungsschrift lautet auszugsweise wie folgt: „...RCVG AT 08.01.2021 23:58:07 ... DURATION (mm-ss):07-26“. Mit einem am 8. Februar 2021 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz vom 4. Februar 2021 haben die Beklagten Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand in die möglicherweise nicht gewährte Frist für die Berufungsbegründung beantragt und zur Begründung ausgeführt, ihr Prozessbevollmächtigter habe geplant, die Berufungsbegründungsschrift am 8. Januar 2021 bis spätestens 23:35 Uhr fertigzustellen, auszudrucken und anschließend an das Berufungsgericht zu faxen. Tatsächlich habe er noch bis ca. 23:15 Uhr an der Berufungsbegründung geschrieben. Zu diesem Zeitpunkt habe er etwa noch eine Seite zu schreiben gehabt, als plötzlich und unerwartet das Schreibprogramm abgestürzt sei. Daraufhin habe ihr Prozessbevollmächtigter nach einem Neustart des Computers auf die automatisch gespeicherte Fassung zurückgreifen können, bei der allerdings erhebliche Passagen gefehlt hätten, die er habe vervollständigen müssen. Um ca. 23:53 Uhr habe er den Schriftsatz ausgedruckt, die Anlage hinzugefügt, die Faxnummer geprüft und den Schriftsatz unterschrieben. Um 23:55 Uhr habe er den einschließlich einer Anlage 21 Seiten umfassenden Schriftsatz in das Fach des Faxgerätes eingelegt, die Faxnummer gewählt und die Berufungsbegründungsschrift noch vor Mitternacht übermittelt.

- 2 Das Oberlandesgericht hat durch Beschluss vom 18. März 2021 den Wiedereinsetzungsantrag der Beklagten zurückgewiesen und durch weiteren Beschluss vom 28. April 2021 die Berufung als unzulässig verworfen. Gegen beide Entscheidungen haben die Beklagten Rechtsbeschwerde eingelegt.

II.

3 Das Berufungsgericht meint, die Berufung sei unzulässig, da die Frist zu deren Begründung nicht gewahrt worden sei. Die Beklagten trügen nicht substantiiert vor, dass die Berufungsbegründungsschrift am 8. Januar 2021 bis 24 Uhr eingegangen sei. Soweit sie sich darauf beriefen, dass anhand der Angaben im Empfangsjournal des Oberlandesgerichts nicht sicher festgestellt werden könne, ob die die Unterschrift ihres Prozessbevollmächtigten enthaltende Seite 20 erst am 9. Januar 2021 bei Gericht eingegangen sei, könne dies schon deshalb nicht überzeugen, weil sie selbst vorgetragen hätten, dass 7:26 Minuten für ein 21-seitiges Telefax eine übliche Übermittlungszeit darstelle. Dass gleichwohl die ersten 20 Seiten innerhalb von 1:53 Minuten bei Gericht eingegangen wären und die Übermittlung der letzten, eine Anlage enthaltenden Seite sodann mehr als 5:33 Minuten gedauert hätte, sei auch dann als lebensfern anzusehen, wenn die Dauer hinsichtlich einzelner Seiten abhängig von der Datenmenge schwanken könne. Dem Empfangsjournal des Oberlandesgerichts für den 8. Januar 2021 lasse sich entnehmen, dass die schnellste Übermittlung an diesem Tag 18 Sekunden pro Seite gedauert habe. Einen Anhaltspunkt dafür, dass die Übermittlung der ersten 20 Seiten mit einer dreifach höheren Geschwindigkeit erfolgt sein könne, während die Übermittlung der letzten Seite unerklärlich lange gedauert hätte, trügen die Beklagten nicht vor.

4 Den Beklagten sei Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zu versagen, weil sie nicht glaubhaft gemacht hätten, dass die Frist schuldlos versäumt worden sei. Ein Prozessbevollmächtigter, der eine Frist bis zum Ablauf des letzten Tages ausnutze, habe erhöhte Sorgfalt aufzuwenden, um die Einhaltung der Frist sicherzustellen. Diesen Anforderungen genüge es nicht, erst am Tag des Fristablaufs um 23:55 Uhr

die Berufungsbegründungsschrift an das Gericht zu versenden. Der Versender eines Telefaxes müsse Verzögerungen, mit denen üblicherweise zu rechnen sei, durch einen zeitlichen - zur geschätzten Übermittlungszeit hinzuzurechnenden - Sicherheitszuschlag von etwa 20 Minuten Rechnung tragen. Das Versäumnis der verspäteten Telefaxversendung werde auch nicht hinreichend durch den geschilderten Absturz des Computerprogramms entschuldigt.

III.

5 Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statt-
haften Rechtsbeschwerden der Beklagten sind unzulässig, weil es an den beson-
deren Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO fehlt. Die Sache er-
fordert keine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Sicherung einer
einheitlichen Rechtsprechung. Insbesondere ist der Zugang zur Rechtsmitte-
linstanz nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender
Weise erschwert worden (vgl. Senat, Beschluss vom 12. November 2020
- V ZB 32/20, NJW-RR 2021, 506 Rn. 4). Die Annahme des Berufungsgerichts,
dass die Beklagten die Berufung nicht fristgerecht begründet haben
(§ 520 Abs. 1 ZPO) und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß
§ 233 ZPO nicht zu gewähren ist, lässt zulassungsrelevante Rechtsfehler nicht
erkennen.

6 1. Allerdings hätte das Berufungsgericht am 18. März 2021 nicht vorab
über die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsbegründungs-
frist entscheiden dürfen.

- 7 a) Der Wiedereinsetzungsantrag ist hilfsweise für den Fall der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist gestellt. Über ihn ist daher erst und nur dann zu entscheiden, wenn nicht festgestellt werden kann, dass die Beklagten die Frist zur Begründung der Berufung gewahrt haben (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Januar 2007 - VIII ZB 75/06, NJW 2007, 1457 Rn. 12; Beschluss vom 27. Mai 2003 - VI ZB 77/02, NJW 2003, 2460). Ansonsten wäre die Rechtsbeschwerde gegen den eine Wiedereinsetzung versagenden Beschluss eröffnet, obwohl noch nicht feststeht, ob die Berufung als unzulässig verworfen wird.
- 8 b) Diese Voraussetzung war im Zeitpunkt der Zurückweisung des Wiedereinsetzungsantrags durch den Beschluss vom 18. März 2021 noch nicht erfüllt, denn das Berufungsgericht hatte noch nicht abschließend darüber entschieden, ob unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Beklagten im Schriftsatz vom 18. April 2021 festgestellt werden kann, ob die Berufungsbegründungsschrift vor Fristablauf beim Berufungsgericht eingegangen war. Dieser Rechtsfehler hat sich jedoch nicht ausgewirkt, da das Berufungsgericht zutreffend annimmt, dass die Beklagten die Berufungsbegründungsfrist versäumt haben und dies auf ein Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten zurückzuführen ist (hierzu nachfolgend).
- 9 2. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten verfahrensfehlerfrei gemäß § 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO als unzulässig verworfen, weil die Beklagten sie entgegen § 520 Abs. 2 ZPO nicht innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet haben. Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist daher nicht veranlasst.

- 10 a) 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, den Anforderungen des § 286 ZPO genügenden Überzeugung des Gerichts bewiesen werden. Erst nach Ausschöpfung aller erschließbaren Erkenntnisse gehen etwa noch vorhandene Zweifel zu Lasten des Rechtsmittelführers, der zu beweisen hat, dass er die Berufung rechtzeitig begründet hat (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Mai 2021 - VIII ZB 9/20, NJW 2021, 2201 Rn. 31; Beschluss vom 27. September 2018 - IX ZB 67/17, NJW-RR 2018, 1398 Rn. 14 jeweils 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 8. Januar 2021 bis 24:00 Uhr - vom Telefaxgerät des Gerichts vollständig empfangen ist. Es müssen die gesamten Signale aufgenommen und nach Verarbeitung als abrufbare digitale Datei auf den internen Datenspeicher des Geräts geschrieben worden sein (vgl. BGH, Beschluss vom 27. September 2018 - IX ZB 67/17, NJW-RR 2018, 1398 Rn. 14; Beschluss vom 19. Januar 2016 - XI ZB 14/15, BeckRS 2016, 4976 Rn. 11). Der Ausdruck durch das Faxgerät ist nicht maßgeblich (vgl. BGH, Beschluss vom 25. April 2006 - IV ZB 20/05, BGHZ 167, 214 Rn. 18).
- 11 b) Gemessen an diesen Grundsätzen gelangt das Berufungsgericht in verfahrensfehlerfreier Weise zu der Auffassung, dass den Beklagten der Beweis des rechtzeitigen Eingangs der Berufungsbegründung nicht gelungen sei.
- 12 aa) Zutreffend und von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffen geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Berufungsbegründung nebst Anlage nicht vollständig am 8. Januar 2021 bis 24:00 Uhr beim Berufungsgericht eingegangen

ist. Ausweislich der Faxkennung begann der Datenempfang beim Berufungsgericht um 23:58:07 Uhr. Abgeschlossen war die Datenübermittlung 7:26 Minuten später, also erst am 9. Januar 2021 um 0:05:33 Uhr.

13 bb) Die Annahme, es könne nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden, dass die Berufungsbegründung bis einschließlich der die Unterschrift des Prozessbevollmächtigten der Beklagten enthaltenen Seite 20 rechtzeitig beim Berufungsgericht eingegangen sei, hält sich im Rahmen der vertretbaren tatrichterlichen Würdigung.

14 (1) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hätten zur Wahrung der Berufungsbegründungsfrist die ersten 20 Seiten des Schriftsatzes innerhalb von 1:53 Minuten beim Berufungsgericht eingehen müssen, was einer Übermittlungsgeschwindigkeit von weniger als sechs Sekunden pro Seite entsprochen hätte, während die Übermittlung der eine Anlage enthaltenen Seite 21 unter dieser Annahme mehr als 5 Minuten gedauert hätte. Da dem Empfangsjournal des Berufungsgerichts für den 8. Januar 2021 zu entnehmen ist, dass die schnellste Übermittlung an diesem Tag 18 Sekunden pro Seite gedauert hat, konnte das Berufungsgericht auch unter Berücksichtigung des als wahr unterstellten Vortrags der Beklagten zur unterschiedlichen Übertragungsdauer einzelner Seiten in Abhängigkeit von der Datenmenge vertretbar annehmen, dass der rechtzeitige Eingang der Berufungsbegründungsschrift beim Berufungsgericht bis zum Ablauf des 8. Januar 2021 nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststeht. Denn Anhaltspunkte dafür, dass die ersten 20 Seiten der Berufungsbegründung mit der annähernd dreifachen Geschwindigkeit im Vergleich zu den sonstigen Faxeingängen am selben Tag übertragen wurden, die Übertragungszeit für die letzte Seite demgegenüber 5:33 Minuten gedauert hat, sind nicht ersichtlich. Einer Aufklärung der Ursache für die Differenz von 7 Sekunden zwischen der Angabe des

Übertragungsbeginns in der Faxkennung (23:58:07 Uhr) und dem Empfangsjournal (23:58 Uhr) des Berufungsgerichts bedurfte es entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde mangels Entscheidungserheblichkeit nicht. Denn auch bei einem um 7 Sekunden früheren Übertragungsbeginn bliebe für einen rechtzeitigen Eingang der ersten 20 Seiten der Berufungsbegründung das Erfordernis einer Übermittlungszeit von etwa sechs Sekunden pro Seite.

- 15 (2) Das Berufungsgericht hat den Beklagten den Zugang zu der Berufungsinstanz nicht dadurch in unzumutbarer Weise erschwert, dass es ihrem Beweisantritt auf Einholung eines Sachverständigengutachtens im Schriftsatz vom 18. April 2021 nicht nachgegangen ist. Gemäß § 403 ZPO wird der Sachverständigenbeweis durch die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte angetreten. Die Beklagten haben sich auf ein Sachverständigengutachten zum Beweis für die auf die technischen Abläufe bezogene Tatsache berufen, die Faxübermittlung eines Schriftsatzes verlaufe zeitlich nicht linear, vielmehr hänge die Dauer der Übermittlung einzelner Seiten von der Menge der zu übertragenden Daten ab, die pro Seite unterschiedlich sei, so dass nicht jede zu übermittelnde Seite die gleiche Übermittlungszeit benötige. Diese Darstellung hat das Berufungsgericht in der angefochtenen Entscheidung bereits als zutreffend unterstellt, so dass die unter Beweis gestellte Tatsache nicht mehr beweiserheblich war und dem Beweisantrag nicht nachgegangen werden musste (vgl. BGH, Beschluss vom 13. April 2005 - IV ZR 62/04, NJW-RR 2005, 1051, 1052). Dem Beweisantritt ist nicht hinreichend klar zu entnehmen, dass sich die Beklagten für ihre Behauptung des rechtzeitigen Eingangs der Berufungsbegründung ebenfalls auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens berufen haben. Vor diesem Hintergrund stellt der Verzicht auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens keine unzumutbare Erschwerung des Zugangs zur Berufungsinstanz dar.

16 3. Im Hinblick auf die Versagung der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist wegen eines den Beklagten zurechenbaren Verschuldens ihres Prozessbevollmächtigten (§ 233 Satz 1, § 85 Abs. 2 ZPO) legt die Rechtsbeschwerde einen Zulassungsgrund nicht dar. Sie wendet sich allein gegen die Berechnung der zeitlichen Abläufe im Hinblick auf den bei der Verwendung von Telefaxgeräten wegen üblicherweise auftretender Verzögerungen erforderlichen zeitlichen - zur geschätzten Übermittlungszeit von hier 7:26 Minuten hinzuzurechnenden - Sicherheitszuschlag von etwa 20 Minuten (dazu BGH, Beschluss vom 15. September 2020 - VI ZB 60/19, NJW-RR 2021, 54 Rn. 9 mwN). Dabei lässt sie aber außer Acht, dass der Prozessbevollmächtigte selbst geplant hatte, die Berufungsbegründungsschrift erst um 23:35 Uhr auszudrucken. Weitere Zulassungsgründe macht die Rechtsbeschwerde nicht geltend.

IV.

17 1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

18 2. Bei der Festsetzung des Gegenstandswerts hat sich der Senat am Unterliegen der Beklagten orientiert.

Brückner

Haberkamp

Hamdorf

Malik

Laube

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 18.09.2020 - 328 O 468/14 -

OLG Hamburg, Entscheidungen vom 18.03.2021 und 28.04.2021 - 3 U 132/20 -