



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XI ZB 8/19

vom

18. Februar 2020

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 18. Februar 2020 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Grüneberg und Maihold sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Derstadt

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde des Klägers gegen den Beschluss des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 21. März 2019 wird auf seine Kosten als unzulässig verworfen.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens beträgt 55.500 €.

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger begehrt mit der Klage von der beklagten Bank Rückzahlung von Zins- und Tilgungsleistungen für ein Darlehen, mit dem er den Erwerb einer Immobilie finanziert hat.
- 2 Gegen das die Klage abweisende Urteil des Landgerichts vom 28. September 2018, das dem Kläger am 11. Oktober 2018 zugestellt worden ist, hat dessen Prozessbevollmächtigter mit Schriftsatz vom 26. Oktober 2018 Berufung eingelegt. Die Frist zur Berufungsbegründung ist bis zum 11. Januar 2019 verlängert worden. Am 11. Januar 2019 um 22:35 Uhr sind auf dem Empfangsgerät des Berufungsgerichts für Telefaxe die ersten fünf, nicht unterschriebenen Seiten einer Berufungsbegründung eingegangen, die ausweislich der Kopfzeile dieses Telefax aus 21 Seiten bestehen sollte. Der 21 Seiten um-

fassende und unterschriebene Berufungsbegründungsschriftsatz vom 11. Januar 2019 ist nebst Anlagen am 16. Januar 2019 beim Berufungsgericht als Papierausdruck eingegangen.

3 Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 16. Januar 2019, dem Klägervertreter zugestellt am 23. Januar 2019, ist der Kläger darauf hingewiesen worden, dass die am 11. Januar 2019 per Telefax eingegangene Berufungsbegründungsschrift offensichtlich unvollständig und eine Unterschrift nicht vorhanden ist, sodass beabsichtigt sei, die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

4 Der Kläger hat mit Schriftsatz seines Prozessvertreters vom 6. Februar 2019, der am selben Tag per Telefax beim Berufungsgericht eingegangen ist, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Zur Begründung hat der Kläger unter anwaltlicher Versicherung seines Prozessvertreters im Wesentlichen ausgeführt, der vollständige Ausdruck des in der Kanzlei des Prozessvertreters des Klägers eingesetzten Tobit-Fax-Programms vom 11. Januar 2019 habe für 22:29 Uhr die vollständige Übersendung des 21 Seiten umfassenden Berufungsbegründungsschriftsatzes an das Berufungsgericht ausgewiesen. Aus der EDV sei nicht ersichtlich gewesen, dass eine unvollständige Versendung des Dokuments stattgefunden habe. Der sachbearbeitende Rechtsanwalt habe sich selber überzeugt, dass seine Unterschrift auf dem Schriftsatz angebracht gewesen sei und das Dokument "rausgegangen" sei. Das Tobit-Fax-Programm werde in der Kanzlei seit vielen Jahren ohne Beanstandungen verwendet. Nach dem Hinweis des Berufungsgerichts sei der externe Betreuer für die EDV mit der Fehlersuche beauftragt worden. Dieser habe keinen Fehler feststellen können. Da jedoch der Fehler bei einem weiteren Probelauf nach mehreren Tagen noch einmal aufgetreten sei, werde zwischenzeitlich ein anderes digitales Faxsystem eingesetzt.

- 5 Am 25. Februar 2019, dem Prozessvertreter des Klägers zugestellt am 1. März 2019, hat das Berufungsgericht auf Bedenken gegen das Vorbringen des Klägers hingewiesen, es habe keine Anhaltspunkte für Fehler des eingesetzten Telefax-Systems gegeben. Dabei hat das Berufungsgericht darauf Bezug genommen, dass der Klägervorteiler im vorliegenden Rechtsstreit am 10. September 2018 mit einem bei dem Landgericht Stuttgart per Telefax um 21:46 Uhr eingegangenen Schriftsatz einen Vergleich widerrufen und anschließend in einer E-Mail vom selben Tag um 21:48 Uhr ausgeführt hat, diese E-Mail nebst Anhang werde zum Beleg einer rechtzeitigen Fertigstellung des Widerrufsschriftsatzes übersandt, weil aus einem nicht nachvollziehbaren Grund eine Übermittlung per Fax nicht möglich sei. Auf den nachfolgenden Hinweis des Landgerichts vom 14. September 2018, der Vergleichswiderruf sei als unterzeichnetes Fax am 10. September 2018 um 21:46 Uhr eingegangen, hat sich der Klägervorteiler mit einem Telefax vom 24. September 2018 bedankt und weiter ausgeführt, seine Kanzlei habe Schwierigkeiten mit dem Faxgerät gehabt, so dass er nicht sicher gewesen sei, ob der Schriftsatz rechtzeitig bei Gericht eingegangen sei.
- 6 Der Kläger hat auf diesen Hinweis am 18. März 2019 erwidert, im Rahmen einer Servererneuerung am 4. August 2017 sei die gesamte EDV-Struktur der Kanzlei ausgetauscht worden, weshalb der Berufungsführer sich bis zu dem hier gegenständlichen Vorfall auf ein fehlerfreies Funktionieren habe verlassen können.
- 7 Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Berufungsgericht den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung des Klägers als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat es ausgeführt, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist durch Übermittlung lediglich der ersten fünf Seiten eines 21 Seiten umfassenden Be-

gründungsschriftsatzes mittels Computerfax auch auf einem Verschulden des Prozessbevollmächtigten des Klägers beruhe. Dieser habe sich nämlich nicht auf den vom Telefax-System mitgeteilten Übermittlungstatus verlassen dürfen, weil sich die betreffende Anzeige schon einige Monate zuvor als fehlerhaft erwiesen habe. Dem stehe auch nicht eine Neuinstallation des Faxprogramms im Jahr 2017 entgegen, da die Schwierigkeiten mit dem Faxgerät hier im September 2018 aufgetreten seien. Darauf sei der Klägervertreter in seiner Stellungnahme vom 18. März 2019 nicht eingegangen. Folglich bestehe keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die den Wiedereinsetzungsantrag stützende Behauptung, Anhaltspunkte für einen früheren, fehlerhaften Faxversand habe es nicht gegeben.

8                    Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Klägers.

## II.

9                    1. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO i.V.m. § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO), aber unzulässig.

10                   Die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO sind nicht erfüllt. Entgegen der Auffassung des Klägers ist eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) nicht erforderlich. Es besteht weder eine Divergenz zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs noch verletzt die Entscheidung des Berufungsgerichts den Anspruch des Klägers auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip). Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde liegt auch kein entscheidungserheblicher Verstoß des Berufungsgerichts gegen Art. 103 Abs.1 GG vor.

- 11            2. Das Berufungsgericht hat dem Kläger zu Recht die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt und seine Berufung als unzulässig verworfen. Die Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung beruht nicht ausschließlich auf einem Verschulden seines Prozessbevollmächtigten, das ihm nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen ist, sodass der Antrag auf Wiedereinsetzung zurückzuweisen war (vgl. BGH, Beschlüsse vom 3. November 2010 - XII ZB 177/10, juris Rn. 13 und vom 27. Januar 2011 - III ZB 55/10, NJW 2011, 859 Rn. 11).
- 12            Vorliegend hat der Kläger nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, dass die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist auf einem Spontanversagen des Telefax-Systems und nicht auf einen Organisationsmangel in der Kanzlei seines Prozessbevollmächtigten zurückzuführen ist. Denn eine Fehlfunktion technischer Einrichtungen in der Anwaltskanzlei entlastet den Rechtsanwalt nur dann, wenn die Störung plötzlich und unerwartet aufgetreten ist und durch regelmäßige Wartung der Geräte nicht hätte verhindert werden können (vgl. Bacher, NJW 2015, 2753, 2757). Dabei ist ein Rechtsanwalt bei Ausschöpfung einer Frist bis zum letzten Tag zwar nicht verpflichtet, das Telefax-System stets vorsorglich auf dessen Funktionsfähigkeit zu überprüfen. Er missachtet aber dann die gebotene Sorgfalt, wenn er wegen eines Versagens des Telefax-Systems konkreten Anlass dafür hat, an dessen verlässlicher Funktionstauglichkeit zu zweifeln (vgl. dazu auch BGH, Beschluss vom 16. November 2016 - VII ZB 35/14, NJW-RR 2017, 253 Rn. 13).
- 13            So verhält es sich hier. Das Berufungsgericht hat angesichts der vom Kläger nicht bestrittenen Tatsache, dass die Telefaxeinrichtung in der Kanzlei des Klägersvertreter nach dessen eigenen Angaben bereits im erstinstanzlichen Verfahren am 10. September 2018 einen Übertragungsvorgang so unzuverlässig angezeigt hat, dass sich dieser zu einer sofortigen zusätzlichen Übermitt-

lung desselben Schriftsatzes per E-Mail veranlasst sah, die Behauptung des Klägers, das Telefax-System in der Kanzlei seines Prozessvertreters sei durchgängig ohne Beanstandungen eingesetzt worden, für nicht glaubhaft angesehen. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Insbesondere hat der Kläger nichts dafür dargetan, dass sein Prozessvertreter nach dem 10. September 2018 eine fachgerechte Funktionsüberprüfung der Anlage hat durchführen lassen. Vielmehr hat er auf einen entsprechenden Hinweis des Berufungsgerichts ausschließlich vorgetragen und glaubhaft gemacht, das Telefax-System sei in seiner Kanzlei im August 2017 vollständig neu installiert worden. Diese Maßnahme kann aber schon zeitlich keine Aufklärung oder Beseitigung des am 10. September 2018 hervorgetretenen Funktionsmangels der Anlage bewirkt haben.

14 Zu einer anderen Beurteilung kann auch nicht führen, dass nach Angaben des Klägers eine nach dem 11. Januar 2019 durchgeführte Prüfung des Faxsystems keine Aufklärung zu einem technischen Fehler erbracht hat, das Faxsystem jedoch, nachdem der Fehler ein weiteres Mal beobachtet worden sei, inzwischen nicht mehr eingesetzt werde. Denn auch daraus ergibt sich nicht, dass der Prozessvertreter des Klägers bereits nach Auftreten des Funktionsmangels der Telefaxeinrichtung im August 2018 die gebotene Funktionsüberprüfung der Telefaxanlage veranlasst hat.

15 Entgegen der Auffassung der Beschwerdebegründung ist ohne Bedeutung, ob die Funktionsmängel der Telefaxanlage im August 2018 und im Januar 2019 dieselbe technische Ursache haben. Denn nach der fehlerhaften Übertragungsanzeige im August 2018 war für den Prozessvertreter des Klägers ohne weiteres erkennbar, dass seine Telefaxanlage die für die Erledigung fristgebundener Schriftsätze erforderliche Zuverlässigkeit nicht aufwies. Dies erforderte - wie es der Prozessvertreter des Klägers verspätet auch getan hat - die techni-

sche Überprüfung und gegebenenfalls den Austausch der Telefaxeinrichtung. Zudem ist es, was der Kläger glaubhaft gemacht hat, bei einer Überprüfung des Telefax-Systems gerade nicht gelungen, die technische Ursache für dessen wiederholtes Funktionsversagen aufzuklären.

Ellenberger

Grüneberg

Maihold

Menges

Derstadt

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 28.09.2018 - 30 O 4/17 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 21.03.2019 - 9 U 248/18 -