



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZB 4/05

vom

17. Januar 2006

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Nobbe und die Richter Dr. Müller, Dr. Joeres, Dr. Ellenberger und Prof. Dr. Schmitt

am 17. Januar 2006

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Klägers wird der Beschluss des 20. Zivilsenats des Kammergerichts Berlin vom 22. November 2004 aufgehoben.

Dem Kläger wird gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt.

Beschwerdewert: 48.220,96 €

Gründe:

I.

- 1 Das Landgericht hat mit am 14. Juni 2004 zugestelltem Urteil vom 3. Juni 2004 die Vollstreckungsgegenklage des Klägers teilweise abgewiesen sowie der Widerklage der Beklagten im Wesentlichen stattgegeben. Nach Einlegung der Berufung am 14. Juli 2004 wurde die Beru-

fungsbegründungsfrist antragsgemäß bis zum 14. Oktober 2004 verlängert.

2 Am 13. Oktober 2004 gingen bei der Posteingangsstelle des Kammergerichts die ersten 33 Seiten der im Original 69 Seiten umfassenden Berufungsbegründung per Telefax ein. Das vollständige und auf der letzten Seite unterschriebene Original der Berufungsbegründungsschrift folgte am 19. Oktober 2004. Auf einen am 28. Oktober 2004 abgegangenen Hinweis des Vorsitzenden führte der Prozessbevollmächtigte des Klägers mit Telefax vom 3. November 2004 aus, er habe die Angelegenheit überprüft, es lägen zwei Faxmitteilungen vor, die eine ordnungsgemäße Übermittlung zweier Teile des Berufungsbegründungsschriftsatzes nachweislich belegten. Rein vorsorglich teile er mit, dass fristgebundene Schriftsätze, die zur Fristwahrung per Telefax übermittelt würden, stets auf einen ordnungsgemäßen Übermittlungsbericht hin kontrolliert würden. Erst dann sei der Versand abgeschlossen. Eine unvollständige Übermittlung sei daher mit hoher Wahrscheinlichkeit generell ausgeschlossen und es werde eine interne Prüfung des Gerichts nahe gelegt.

3 Eine daraufhin erfolgte Nachfrage des Berufungsgerichts bei der Posteingangsstelle ergab, dass laut Journal des Telefaxgerätes am 13. Oktober 2004 nach dem Eingang von 33 Seiten in einem neuen Übertragungsvorgang einige Minuten später lediglich weitere zwei Seiten aus dem Büro des Prozessbevollmächtigten des Klägers eingegangen waren.

4 Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers mit Beschluss vom 22. November 2004 als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

5 Die Berufung sei innerhalb der Begründungsfrist nicht durch einen vollständigen und unterschriebenen Schriftsatz begründet worden. Per Telefax seien lediglich die ersten 33 Seiten der Berufungsbegründung am 13. Oktober 2004 bei Gericht eingegangen. Ausweislich des Journalberichts seien neben den ausgewiesenen 33 Seiten 21 Minuten später noch zwei weitere Seiten vom gleichen Absender eingegangen, die aber nicht zur Akte gelangt seien, also offenbar anders zuzuordnen gewesen seien. Jedenfalls könne es sich dabei nicht um die restlichen Seiten 34 bis 69 gehandelt haben.

6 Abgesehen davon, dass der Kläger innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist keinen Wiedereinsetzungsantrag gestellt habe, sei vorsorglich darauf hinzuweisen, dass die Voraussetzungen für ein fehlendes Verschulden nicht ansatzweise vorgetragen worden seien.

7 Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Rechtsbeschwerde.

II.

8 Die Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet.

9 1. Die gemäß § 238 Abs. 2 Satz 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde des Klägers ist zulässig,

da zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erforderlich ist (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

10 a) Indem das Berufungsgericht die Berufungsbegründung des Klägers als nicht fristgerecht angesehen hat, ist es allerdings entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht von der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28. März 2001 (XII ZB 100/00, VersR 2002, 1045, 1046) abgewichen. In Übereinstimmung mit diesem Beschluss hat es aufgrund des Vortrages des Klägers Ermittlungen nach dem Eingang der fehlenden 36 Seiten der Berufungsbegründungsschrift angestellt. Wenn das Berufungsgericht aus dem Journal des gerichtlichen Telefaxgeräts den Schluss gezogen hat, die Berufungsbegründung sei nicht vollständig beim Empfangsgerät des Gerichts eingegangen und die Begründungsfrist deswegen nicht gewahrt, so ist das rechtlich nicht zu beanstanden. Das Journal wies in zeitlichem Abstand von einigen Minuten nach dem Eingang der ersten 33 Seiten der Berufungsbegründung lediglich den Empfang von zwei weiteren Seiten aus dem Büro des Prozessbevollmächtigten des Klägers aus. Es enthielt keinerlei Hinweise für einen Papierstau oder eine sonstige Empfangsstörung. Vielmehr wurde im Zeitraum vor, zwischen und nach dem Empfang der beiden genannten Sendungen der kontinuierliche Empfang von Telefaxnachrichten anderer Sender ausgewiesen. Der im Journal ausgewiesene Diagnosecode befand sich identisch auch bei anderen empfangenen Sendungen, so dass das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde keine Veranlassung hatte, insofern von sich aus Ermittlungen anzustellen.

11 b) Indem das Berufungsgericht dem Kläger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungs-

frist verweigert hat, hat es aber das Verfahrensgrundrecht des Klägers auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) verletzt. Das Berufungsgericht hat dem Kläger aus den unter Ziffer 2 folgenden Gründen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aufgrund von überspannten Anforderungen an die Sorgfaltspflichten ihres Prozessbevollmächtigten versagt, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht verlangt werden und mit denen der Kläger nicht rechnen musste (vgl. dazu BVerfGE 79, 372, 376 f.; BVerfG NJW-RR 2002, 1004; BGHZ 151, 221, 227 f.).

12 2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet.

13 a) Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand scheidet entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht an einem fehlenden Antrag des Klägers. Ein Wiedereinsetzungsantrag braucht nicht ausdrücklich gestellt zu werden. Er kann vielmehr konkludent in einem Schriftsatz enthalten sein (vgl. BGHZ 63, 389, 392).

14 So liegt der Fall hier. Aus den Angaben im Schriftsatz vom 3. November 2004 folgt, dass der Kläger zwar in erster Linie von einer Wahrung der Berufungsbegründungsfrist ausging, zugleich aber eine Fristversäumung nicht ausschloss und daher hilfsweise einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stellen wollte, indem er vorsorglich Ausführungen zur ordnungsgemäßen Ausgangskontrolle machte. Sämtliche die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen sind auch aktenkundig. Die versäumte Prozesshandlung war bereits mit Eingang der Berufungsbegründungsschrift im Original am 19. Oktober 2004 nachgeholt worden.

- 15 b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat der Kläger auch hinreichend dargelegt, dass ihn kein Verschulden an der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist trifft. Mit Schriftsatz vom 3. November 2004 hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers vorgetragen, dass aufgrund der von ihm selbst vorgenommenen Überprüfung des Vorgangs zwei Sendebereiche die ordnungsgemäße Übermittlung der Berufungsbegründung per Telefax belegten. Ferner hat er dargelegt, dass der Versendungsvorgang in seiner Kanzlei erst dann abgeschlossen sei, wenn Sendebereiche mit dem Vermerk "Ok" vorlägen. Aus diesem Vortrag ergibt sich eine ordnungsgemäße Ausgangskontrolle. Wird eine Rechtsmittelschrift per Telefax eingelegt, genügt für die Ausgangskontrolle, dass ein vom Faxgerät des Absenders ausgedrucktes Sendeprotokoll die ordnungsgemäße Übermittlung belegt und vor Fristablauf zur Kenntnis genommen wird (vgl. BGH, Beschlüsse vom 28. Februar 2002 - VII ZB 28/01, NJW-RR 2002, 999, 1000 und vom 21. Juli 2004 - XII ZR 27/03, NJW 2004, 3490, 3491; jeweils m.w.Nachw.). Kommt es beim elektronischen Übertragungsvorgang zu Fehlern, die aus dem Sendeprotokoll nicht ersichtlich sind, können sie einer Partei nicht als schuldhaftes Verhalten angelastet werden.
- 16 c) Der Kläger hat auch die Wiedereinsetzungsfrist des § 234 ZPO, die frühestens mit Zugang des gerichtlichen Hinweises vom 21. Oktober 2004, der erst am 28. Oktober 2004 abgesandt worden ist, mit seinem Schriftsatz vom 3. November 2004 gewahrt. Die Tatsache, dass er die beiden in dem Schriftsatz erwähnten Sendeprotokolle, die seinen Vortrag belegen, erst mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2004 eingereicht hat, ist unschädlich, da es sich hierbei nicht um neuen Tatsachenvortrag han-

delt, sondern um die Vorlage eines Nachweises, der den bisherigen Vortrag stützt. Die Glaubhaftmachung von Tatsachenvortrag ist auch noch nach Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist zulässig (§ 236 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 ZPO) und kann noch im Rechtsmittelverfahren nachgeholt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 20. März 1996 - VIII ZB 7/96, NJW 1996, 1682).

17 3. Dem Kläger war daher Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren mit der Folge, dass die Verwerfung der Berufung gegenstandslos ist.

Nobbe

Müller

Joeres

Ellenberger

Schmitt

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 03.06.2004 - 33 O 360/02 -

KG Berlin, Entscheidung vom 22.11.2004 - 20 U 139/04 -