



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XI ZB 27/05

vom

10. Oktober 2006

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

---

ZPO § 233 Fe

- a) Wird ein fristwahrender Schriftsatz per Telefax versandt, muss die Ausgangskontrolle durch Überprüfung des Faxprotokolls nicht notwendigerweise in unmittelbarem Anschluss an den Sendevorgang, aber so rechtzeitig erfolgen, dass eine erfolglos gebliebene Übermittlung eines Schriftsatzes noch innerhalb der verbleibenden Frist ohne weiteres möglich ist.
- b) Ein einen Bedienungsfehler ausschließendes, auf einem technischen Defekt beruhendes Spontanversagen eines Faxgeräts ist nicht hinreichend glaubhaft gemacht, wenn vor und nach dem erfolglosen Versuch der Übermittlung eines Schriftsatzes erfolgreiche Übermittlungen an die jeweiligen Empfänger stattgefunden haben, ohne dass zwischenzeitlich eine technische Wartung oder Reparatur erfolgt ist.

BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2006 - XI ZB 27/05 - OLG Naumburg  
LG Magdeburg

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

am 10. Oktober 2006

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 12. Juli 2005 wird auf Kosten des Klägers als unzulässig verworfen.

Beschwerdewert: 33.346,53 €

Gründe:

I.

- 1 Das Landgericht hat die Klage über 33.346,53 € durch Urteil vom 19. April 2005, zugestellt am 22. April 2005, abgewiesen. Dagegen hat der Kläger am 20. Mai 2005 Berufung eingelegt. Nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist hat er am 25. Juni 2005 gegen deren Versäumung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und am 4. Juli 2005 die Berufung begründet.

2            Zur Begründung seines Wiedereinsetzungsantrages hat sein damaliger Prozessbevollmächtigter vorgetragen, er habe die Berufungsbegründung im Rohbau schon ein paar Tage vor dem Ablauf der Frist erstellt, habe diese aber noch einmal überarbeiten und vor allem hätte sie getippt werden müssen. Da sein Büropersonal dazu nicht ausgereicht habe, habe er selbst die Endfassung der Berufungsbegründung tippen wollen. Er habe geglaubt, dass er das noch wenigstens am letzten Tag der Berufungsbegründungsfrist schaffen würde. An diesem Tag habe er aber noch eine andere Frist für Celle zu erledigen gehabt. Den Schriftsatz habe er auch selbst fertig gemacht und dann auch selbst getippt. Die Erstellung des anderen Schriftsatzes habe viel länger gedauert als er einkalkuliert gehabt habe. Der Mandant in dieser anderen Sache habe ihm die von ihm längst zuvor angeforderten Informationen erst Montagabend hergegeben und am Dienstag habe er andere Sachen zu erledigen gehabt. Während der Fertigung des Schriftsatzes für Celle habe er gemerkt, dass er es nicht mehr schaffen würde, auch die Berufungsbegründung in der vorliegenden Sache fertig zu stellen und habe deshalb selbst einen Verlängerungsantrag mit Begründung fertig gestellt. Den habe er dann das erste Mal um 22.30 Uhr zu faxen versucht. Während des Faxvorgangs habe er an dem Celler Schriftsatz weitergearbeitet, diesen fertig gestellt und um 23.46 Uhr nach Celle gefaxt. Diese Faxung sei o.k. gegangen.

3            Bei der Gelegenheit habe er gemerkt, dass die Faxung nach Naumburg nicht geklappt habe. Eine Erklärung dafür habe er nicht, was daran liegen könne, dass er sich mit solchen Dingen nicht gut auskenne - außer dass er im Normalfall das Faxgerät bedienen könne. Soweit er wisse, speichere das Faxgerät die eingegebene Empfangsnummer und

wiederhole - etwa wenn die empfangene Nummer besetzt sei - den Faxversuch für eine ziemlich lange Zeit solange, bis es geklappt habe. Wenn sein Wissen richtig sei, könne der Misserfolg also nicht daran gelegen haben, dass das Faxgerät des OLG Naumburg besetzt gewesen sei.

4 Er habe sofort noch zwei- oder dreimal Faxversuche unternommen, aber es habe sich nichts getan. Das sei ihm rätselhaft und er könne es auch jetzt nicht erklären. Um Mitternacht habe er die Versuche abgebrochen. Er müsse zugeben, dass er nicht gleich gegen 22.30 Uhr geprüft habe, ob das Gerät eine OK-Faxquittung für das Fax in dieser Sache ausgegeben habe. Wenn er nicht noch die Cellenser Sache hätte schreiben müssen, hätte er das natürlich getan. Allerdings hätte das vermutlich nichts genützt, weil es ja auch später mit dem Faxen nach Naumburg nicht geklappt habe. Im Normalfall hätte die Zeit nach dem Cellenser Fax genügt, das hier interessierende Fax mit dem Fristverlängerungsantrag an das OLG zu schicken.

5 Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers als unzulässig verworfen und seinen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als unbegründet zurückgewiesen. Der Kläger habe die Berufungsbegründungsfrist nicht unverschuldet versäumt. Es sei bereits zweifelhaft, ob der Klägervertreter um 22.30 Uhr versucht habe, ein Fax an das Oberlandesgericht Naumburg zu übermitteln. Das Faxgerät des Oberlandesgerichts, das auch erfolglose Übermittlungsversuche registriere, weise ausweislich des Journals um 22.30 Uhr keinen gescheiterten Übermittlungsversuch auf. Jedenfalls habe der Klägervertreter, wie er selbst eingeräumt habe, es versäumt, gleich nach 22.30 Uhr den Sendebericht daraufhin zu überprüfen, ob die Übermittlung erfolgreich gewesen sei.

Dieser Verpflichtung sei er nicht dadurch enthoben gewesen, dass er gleichzeitig einen anderen Schriftsatz für das AG Celle erstellt habe, zumal die Überprüfung des Sendeberichts nur wenig Zeit beansprucht hätte. Hinsichtlich der angeblich nach 23.46 Uhr unternommenen weiteren Übermittlungsversuche gelte folgendes: Da der Rechtsanwalt, der sich auf einen technischen Defekt berufe, im Rahmen eines Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand innerhalb der Antragsfrist des § 234 ZPO eine genaue und vollständige Schilderung des Absendevorgangs unter Vorlage des Sendeprotokolls abzugeben habe, müsse er auch erwähnen, wenn keine entsprechenden Sendeberichte über erfolglose Übermittlungsversuche ausgedruckt worden seien. Soweit der Klägervorteiler dies nunmehr im Schriftsatz vom 11. Juli 2005 nachgeholt habe, sei dies nicht mehr innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist und damit verspätet erfolgt. Der vom Klägervorteiler dargestellte Sachverhalt, wonach das Faxgerät nachdem es noch um 23.46 Uhr eine Sendebestätigung ausgedruckt habe, unmittelbar danach im Display nicht mehr die eingeebene Nummer, sondern "wirre Zeichen, die fast wie chinesische Schriftzeichen aussahen" angezeigt habe, erscheine unglaublich, jedenfalls aber derart außergewöhnlich, dass der Klägervorteiler auch ohne entsprechenden Hinweis gehalten gewesen wäre, ihn bereits in seinem Wiedereinsetzungsgesuch zu erwähnen. Zumindest lege die Sachverhaltsdarstellung einen Fehler bei der Bedienung des Faxgeräts nahe, so dass eine verschuldete Fristversäumnis auch unter diesem Aspekt nicht ausgeschlossen werden könne.

6 Entgegen der Auffassung des Klägervorteilers entfalle auch nicht aufgrund von technischen Störungen beim Empfangsgerät die Ursächlichkeit seiner Pflichtverstöße für die Fristversäumnis. Am 22. Juni 2005

habe es keine Störung des Faxgeräts des Oberlandesgerichts Naumburg gegeben; das letzte Fax sei um 23.00 Uhr eingegangen, das erste Fax am 23. Juni 2005 um 5.22 Uhr. Erst für den 23. Juni 2005 sei im Journal verzeichnet, dass zwischen 9.30 Uhr und 11.10 Uhr wegen Arbeiten am Telefonnetz (Verteilerkasten) keine Faxe hätten empfangen werden können.

7 Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Klägers.

## II.

8 Die Rechtsbeschwerde ist nach § 574 Abs. 1 Nr. 1 i.V. mit § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 ZPO statthaft, sie ist jedoch nicht zulässig, da es an den Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO fehlt.

9 Entgegen der Auffassung des Klägers ist eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich. Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht weder auf der Verletzung von Verfahrensgrundrechten, namentlich des Rechts auf Gewährung rechtlichen Gehörs (BGHZ 151, 221, 226 f.), noch verletzt sie den Anspruch des Klägers auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V. mit dem Rechtsstaatsprinzip, vgl. BVerfGE 79, 372, 376 f.; BVerfG NJW-RR 2002, 1004; BGH, Beschluss vom 31. August 2005 - XII ZB 116/05, FamRZ 2005, 1901).

10 1. Rechtsfehlerhaft ist allerdings, wie die Rechtsbeschwerde zu Recht rügt, die Ansicht des Berufungsgerichts, der Klägervertreter habe

den Sendebericht seines Faxgerätes gleich nach dem erfolglosen Versuch, ein Fax an das Oberlandesgericht Naumburg zu übermitteln, überprüfen müssen. Zwar hat bei Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax eine Kontrolle der störungsfreien Übermittlung anhand des Sendeberichts stattzufinden (BGH, Beschlüsse vom 8. März 2001 - V ZB 5/01, NJW-RR 2001, 1072 und vom 21. Juli 2004 - XII ZB 27/03, NJW 2004, 3490, 3491). Diese Ausgangskontrolle ist aber nicht notwendigerweise sofort vorzunehmen. Es reicht vielmehr aus, dass sie so rechtzeitig erfolgt, dass eine erfolglos gebliebene Übermittlung eines Schriftsatzes per Fax innerhalb der verbleibenden Rechtsmittel(begründungs)frist noch ohne weiteres möglich ist. Die gegenteilige Ansicht des Berufungsgerichts trägt dem verfassungsrechtlich garantierten Anspruch des Klägers auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes nicht hinreichend Rechnung, ist insbesondere mit dem Grundsatz, dass der Zugang zu den Gerichten und zu den in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden darf, nicht vereinbar. Nach diesem Grundsatz ist der Bürger berechtigt, die ihm vom Gesetz eingeräumten prozessualen Fristen bis zu ihrer Grenze auszunutzen (vgl. BVerfGE 40, 42, 44; 69, 381, 385; BVerfG NJW 1991, 2076; BGH, Beschluss vom 25. November 2004 - VII ZR 320/03, NJW 2005, 678, 679).

- 11 Die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde ergibt sich daraus indes unter keinem der in § 574 Abs. 2 ZPO aufgeführten Gründe, da die Entscheidung des Berufungsgerichts auf seiner vorgenannten fehlerhaften Rechtsansicht nicht beruht, sondern allein von der Erwägung getragen wird, ein Fehler des Klägersvertreters bei der Bedienung des Faxgerätes am 22. Juni 2005 nach 23.46 Uhr sei nicht auszuschließen, sondern na-

he liegend. Aus demselben Grund kann dahinstehen, ob das Berufungsgericht, wie die Rechtsbeschwerde rügt, das Recht des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs dadurch verletzt hat, dass es den um 22.30 Uhr getätigten erfolglosen Übermittlungsversuch aufgrund des Journals über die beim Oberlandesgericht Naumburg am 22. und 23. Juni 2005 eingegangenen Faxe und nicht erfolgreichen Übermittlungsversuche in Zweifel gezogen hat, ohne dem Kläger eine Ablichtung des Journals zur Verfügung zu stellen und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

12           2. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, ein Fehler des Klägervertreters bei der Bedienung des Faxgerätes am 22. Juni 2005 nach 23.46 Uhr sei nicht auszuschließen, ist jedenfalls im Ergebnis rechtsfehlerfrei, so dass eine Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde unter dem Gesichtspunkt der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) von vornherein nicht in Betracht kommt. Für einen plötzlichen technischen Defekt des Faxgerätes des Klägers am 22. Juni 2005 von 23.47 Uhr bis 24.00 Uhr gibt es keine objektiven Beweise. Ausweislich des vom Kläger vorgelegten Journals und des Sendeberichts seines Faxgerätes wurden sowohl am 22. Juni 2005 um 23.46 Uhr als auch am 23. Juni 2005 um 8.09 Uhr Faxe erfolgreich an die jeweiligen Empfänger übermittelt, wobei das Gerät am 23. Juni 2005, wie dem Vortrag des Klägers zu entnehmen ist, nicht von seinem damaligen Prozessbevollmächtigten, sondern von dessen Büropersonal bedient worden ist. Nach dem eigenen Vorbringen des Klägers hat sein damaliger Prozessbevollmächtigter das Gerät nach dessen angeblichem Spontanversagen am 22. Juni 2005 auch nicht alsbald nachsehen oder reparieren lassen. Aus der eidesstattlichen Versicherung des Klägervertreters vom

25. Juni 2005 ergibt sich auch unter Berücksichtigung seines Schriftsatzes vom 11. Juli 2005, der lediglich eine zulässige Ergänzung seines Vorbringens enthält, nur, dass Versuche, den Fristverlängerungsantrag per Fax am 22. Juni 2005 nach 23.46 Uhr an das Oberlandesgericht Naumburg zu übermitteln, aus ihm rätselhaften Gründen erfolglos geblieben seien. Wenn das Berufungsgericht angesichts der Tatsache, dass Faxe vom Gerät des Klägersvertreterers sowohl vor als auch nach dem Zeitraum von 23.46 Uhr bis 24.00 Uhr erfolgreich ordnungsgemäß gesendet worden sind, ein auf einem technischen Defekt im Faxgerät beruhendes Spontanversagen nicht als hinreichend glaubhaft gemacht, vielmehr einen Fehler des Klägersvertreterers bei der Bedienung des Faxgerätes nicht als ausgeschlossen, sondern als nahe liegend angesehen hat, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (vgl. BGH, Beschluss vom 18. März 1998 - XII ZB 144/97, Umdruck S. 4). Einen vom Klägersvertreter nicht bemerkten, bei mehreren Faxversuchen wiederholten Bedienungsfehler konnte das Berufungsgericht, insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Klägersvertreter bei diesen Versuchen unter Zeitdruck stand, da der Fristverlängerungsantrag bis 24.00 Uhr an das Oberlandesgericht Naumburg übermittelt sein musste, rechtsfehlerfrei als wahrscheinlicher ansehen als ein mehrmaliges, nicht durch Fehlermeldungen belegtes Spontanversagen des vor- und nachher ordnungsgemäß funktionierenden Faxgerätes.

13 Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Nobbe

Müller

Ellenberger

Schmitt

Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Magdeburg, Entscheidung vom 19.04.2005 - 9 O 796/04 (152) -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 12.07.2005 - 2 U 50/05 -