



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZB 14/15

vom

19. Januar 2016

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 19. Januar 2016 durch den Vorsitzenden Richter 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 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 17. März 2015 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 15. Mai 2015 wird als unzulässig verworfen.

Der Kläger trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens beträgt bis 13.000 €.

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger nimmt die Beklagten wegen der angeblichen Verletzung von Beratungspflichten in Anspruch.
- 2 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das klageabweisende Urteil ist dem Prozessbevollmächtigten des Klägers am 3. November 2014 zugestellt worden. Am 2. Dezember 2014 hat der Kläger Berufung eingelegt. Die Frist zur Begründung der Berufung ist auf seinen Antrag bis zum 5. Februar 2015 verlängert worden.

3 Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat am 5. Februar 2015 gemäß der Zeitangabe auf seinem Telefaxgerät ab 23:50 Uhr versucht, die elfseitige Berufungsbegründungsschrift an das Berufungsgericht unter der Durchwahlnummer -3570 zu senden. Um 23:50 Uhr, 23:52 Uhr und 23:54 Uhr jeweils nach der Zeitangabe des Sendegeräts hat er die Rückmeldung erhalten: "Teilnehmer antwortet nicht". Um 23:56 Uhr (Zeitangabe Sendegerät) ist ihm das Ergebnis des Sendevorgangs mit "Korrekt" und die Dauer der Übersendung von zwölf Seiten (letzte Seite zweifach) mit 2 Minuten 50 Sekunden mitgeteilt worden. Eine ebenfalls um 23:56 Uhr (Zeitangabe Sendegerät) von einem zweiten Telefaxgerät veranlasste Übermittlung von elf Seiten an die zweite Durchwahlnummer des Berufungsgerichts -2747 ist mit "OK" und einer Übertragungsdauer von 2 Minuten 13 Sekunden auf dem Journal des Sendegeräts niedergelegt.

4 Auf dem Empfangsjournal des Telefaxgeräts des Berufungsgerichts zur Durchwahlnummer -3570 ist für den 5. Februar 2015 ab 23:53 Uhr der Eingang eines fünfunddreißigseitigen Schriftsatzes der Rechtsanwälte S.

dokumentiert, dessen Übermittlung laut Empfangsjournal 6 Minuten 13 Sekunden gedauert hat. Für den 6. Februar 2015 ist ab 00:00 Uhr der Eingang von zwölf Seiten über 2 Minuten 57 Sekunden verzeichnet. Das Empfangsjournal des zweiten Telefaxgeräts dokumentiert für den 6. Februar 2015 ab 00:00 Uhr den Eingang von elf Seiten über eine Dauer von 2 Minuten 23 Sekunden. Die Posteingangsstelle des Berufungsgerichts hat auf einem Telefax zunächst einen auf den 5. Februar 2015 datierten Eingangsstempel aufgebracht, den sie nachträglich auf den 6. Februar 2015 korrigiert hat.

5 Das Berufungsgericht hat nach Erteilung eines Hinweises und Einholung einer dienstlichen Stellungnahme der bei der Posteingangsstelle tätigen Bediensteten die Berufung des Klägers als unzulässig verworfen und seinen An-

trag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Begründung der Berufung zurückgewiesen. Der Kläger habe die Berufung nicht innerhalb der bis zum 5. Februar 2015 verlängerten Frist begründet. Die Übermittlung von Telefaxen sei vor Ablauf des 5. Februar 2015 nicht nur nicht vollendet, sondern ausweislich der Empfangsjournale nicht begonnen worden. Den Beweis des fristgerechten Eingangs könne der Kläger auch nicht mit dem auf den 5. Februar 2015 lautenden Eingangsstempel der Posteingangsstelle führen. Dessen Beweiskraft sei, soweit sie hier überhaupt reiche, durch die sonstigen Umstände widerlegt. Dafür, die in den Empfangsjournalen des Berufungsgerichts dokumentierten Eingangszeiten seien unrichtig, gebe es keine Anhaltspunkte. Hierzu habe der Kläger weder substantiiert vorgetragen noch Behauptungen glaubhaft gemacht. Im Übrigen seien die Zeitangaben der Telefaxgeräte des Berufungsgerichts nach den von ihm angestellten Ermittlungen verlässlich, weil sie täglich mit einer Funkuhr abgeglichen und jeden Freitag durch einen Probeversand überprüft würden.

- 6 Dem Antrag des Klägers, ihm Wiedereinsetzung in die Frist zur Begründung der Berufung zu gewähren, sei nicht zu entsprechen. Der verspätete Eingang der Berufungsbegründungsschrift beim Berufungsgericht sei darauf zurückzuführen, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers, dessen Verschulden sich der Kläger zurechnen lassen müsse, zu spät mit der Übermittlung begonnen habe. Er habe sich nicht darauf verlassen dürfen, dass der Anschluss unter der Durchwahlnummer -3570 wenige Minuten vor Ablauf der Frist nicht durch einen anderen Nutzer belegt sei. Die Meldung "Teilnehmer antwortet nicht" sei mit einer solchen Belegung durch einen anderen Nutzer zwanglos in Übereinstimmung zu bringen. Einen technischen Defekt des Empfangsgeräts behaupte der Kläger ohne Substanz. Mit der Versendung an das zweite Telefaxgerät des Berufungsgerichts habe der Prozessbevollmächtigte des Klägers nicht rechtzeitig begonnen.

7 Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Klägers.

II.

8 Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 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 (Senatsbeschluss vom 9. November 2004 - XI ZB 6/04, BGHZ 161, 86, 87; BGH, Beschlüsse vom 29. Mai 2002 - V ZB 11/02, BGHZ 151, 42, 43, vom 4. Juli 2002 - V ZB 16/02, BGHZ 151, 221, 223 und vom 7. Mai 2003 - XII ZB 191/02, BGHZ 155, 21, 22), sind nicht erfüllt. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 ZPO) nicht erforderlich. Die Entscheidung des Berufungsgerichts steht vielmehr im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung und verletzt nicht den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG).

9 1. Das Berufungsgericht hat die Frist zur Begründung der Berufung rechtsfehlerfrei und ohne Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte als versäumt angesehen, weil der Kläger die Berufungsbegründung erst am 6. Februar 2015 und damit nicht innerhalb der bis zum 5. Februar 2015 verlängerten Frist eingereicht hat (§ 520 Abs. 2 ZPO).

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 üb-

rigen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels - zur vollen Überzeugung des Gerichts bewiesen werden. Hiernach etwa verbleibende Zweifel gehen zu Lasten des Rechtsmittelführers, der zu beweisen hat, dass er die Berufung rechtzeitig begründet hat (Senatsbeschlüsse vom 15. September 2009 - XI ZB 29/08, juris Rn. 12 und vom 17. April 2012 - XI ZB 4/11, juris Rn. 18 mwN).

11 b) 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 5. Februar 2015 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 (Senatsbeschlüsse vom 15. September 2009 - XI ZB 29/08, juris Rn. 16 f. und vom 17. April 2012 - XI ZB 4/11, juris Rn. 19). Die Eingangszeit ist dabei nach der gesetzlichen Zeit gemäß §§ 4, 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EinhZeitG zu beurteilen.

12 c) Nach den Empfangsjournalen gingen die Sendungen des Prozessbevollmächtigten des Klägers an beiden Anschlüssen des Berufungsgerichts nicht vor dem 6. Februar 2015, 00:00 Uhr, und damit nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist ein. 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 (BGH, Beschluss vom 24. Juli 2003 - VII ZB 8/03, WM 2004, 648, 649; vgl. auch BVerfGE 41, 323, 328) und damit, weil zwischen 24:00 Uhr und 00:00 Uhr keine, auch keine logische Sekunde existiert, vor Ablauf von 23:59 Uhr (BGH, Beschluss vom 8. Mai 2007 - VI ZB 74/06, NJW 2007, 2045 Rn. 12).

13 d) Vortrag des Klägers dazu, die Zeiteinstellung bei den Empfangsgeräten sei "vorgegangen", so dass die Empfangsjournale die Eingangszeit zu seinem Nachteil nicht richtig dokumentiert hätten, hat das Berufungsgericht ohne Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG als unsubstantiiert behandelt.

14 Auf das Vorbringen, der Prozessbevollmächtigte des Klägers habe die Zeitangaben der Sendegeräte um 23:45 Uhr mit den Zeitangaben seines Mobiltelefons und seines Computers verglichen, musste das Berufungsgericht nicht näher eingehen. Der Kläger hat zum einen nichts dafür angeführt, die Protokollierung der Sendezeit habe notwendig auch die Eingangszeit dokumentiert (BGH, Beschluss vom 7. Juli 2011 - I ZB 62/10, HRF 2012, 94, 95). Zum anderen hat er nicht geltend gemacht, sein Prozessbevollmächtigter habe die Zeiteinstellungen der von ihm genutzten Sendegeräte anhand einer Funkuhr überprüft. Dass sein Mobiltelefon und sein Computer die physikalisch exakte Zeitangaben, hat er weder behauptet noch belegt. Damit hat er nicht substantiiert ausgeführt, die Sendeberichte hätten die - allein maßgebliche - gesetzliche Zeit wiedergegeben.

15 Ebenfalls nicht weiter auseinandersetzen musste sich das Berufungsgericht mit dem Vorbringen, die Zeitangaben der Empfangsjournale seien von den Zeitangaben auf einem Sendebericht der Rechtsanwälte S.

abgewichen. Ausweislich dieses Sendeberichts übersandten die Rechtsanwälte S. beginnend ab 23:48 Uhr einen Schriftsatz an das Empfangsgerät mit der Durchwahlnummer -3570. Das Empfangsjournal dieses Empfangsgeräts weist den Beginn des Empfangs des Schriftsatzes für 23:53 Uhr aus. Die Zeitmessung des Empfangsgeräts des Berufungsgerichts differierte damit - den zeitgleichen Beginn der Sendung und des Empfangs unterstellt - von der des Sendegeräts der Rechtsanwälte S.

um fünf Minuten. Für die vom Prozessbevollmächtigten

des Klägers verwendeten Sendegeräte bestand dagegen ein Unterschied von vier Minuten (Sendebeginn laut Sendegerät 23:56 Uhr, Beginn des Empfangs laut Empfangsjournal 00:00 Uhr), so dass schon die Zeitmessung der Sendegeräte des klägerischen Prozessbevollmächtigten und der Rechtsanwälte S.

nicht übereinstimmte. Ob und wie sichergestellt war, dass das Sendegerät der Rechtsanwälte S. die gesetzliche Zeit maß oder verlässliche Angaben auch zur Eingangszeit machen konnte, hat der Kläger nicht vorgetragen. Damit war sein Vorbringen zu den Zeitangaben dieses Sendegeräts insgesamt nicht geeignet, die Unrichtigkeit der Zeiteinstellung auf den Empfangsgeräten - zumal im Lichte ihrer Überprüfung am 6. Februar 2015 (Freitag) und dem täglichen Abgleich ihrer Zeitmessung mit einer Funkuhr - in Frage zu stellen.

16 e) Der weitere Vorwurf der Rechtsbeschwerde, das Berufungsgericht habe Schriftsätze vom 5. März 2015 und 6. März 2015 nicht berücksichtigt, genügt nicht den Mindestanforderungen, die an die Rüge der Verletzung des Rechts auf Gewährung rechtlichen Gehörs zu stellen sind. Die Rechtsbeschwerde beschränkt sich auf einen pauschalen Verweis, ohne den Vortrag weiter zu benennen, den sie als übergangen erachtet. Das ist unzureichend (vgl. BGH, Beschlüsse vom 25. März 2010 - V ZB 159/09, NJW-RR 2010, 784 Rn. 5 und vom 25. Juli 2012 - XII ZB 170/11, NJW-RR 2012, 1155 Rn. 8 f.).

17 2. Das Berufungsgericht hat entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde dem Kläger Wiedereinsetzung in die Frist zur Begründung der Berufung rechtsfehlerfrei und ohne Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG versagt, so dass auch insoweit eine Entscheidung des Senats zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 ZPO) nicht erforderlich ist. Der Kläger war nicht ohne das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten (§ 85 Abs. 2 ZPO) gehindert, diese Frist einzuhalten (§ 233 ZPO). Insbesondere

re hat das Berufungsgericht die Anforderungen, die an die Sorgfaltspflichten eines Rechtsanwalts zu stellen sind, nicht überspannt.

18 a) Zwar darf der Prozessbevollmächtigte einer Partei bei der Erstellung und Übermittlung der Berufungsbegründung die ihm dafür eingeräumte Frist bis zur äußersten Grenze ausschöpfen. Ein Rechtsanwalt, der einen fristgebundenen Schriftsatz - wie hier - am letzten Tag der Frist einreichen will, muss aber sicherstellen, dass der Schriftsatz auf dem gewählten Übertragungsweg noch rechtzeitig vor Fristablauf bei Gericht eingeht. Das zur Fristwahrung Gebotene tut der Anwalt bei der Übermittlung eines Schriftsatzes per Telefax nur, wenn er mit der Übermittlung so rechtzeitig beginnt, dass unter gewöhnlichen Umständen mit ihrem Abschluss am Tag des Fristablaufs bis 24:00 Uhr gerechnet werden kann (Senatsbeschluss vom 3. Mai 2011 - XI ZB 24/10, juris Rn. 9; BGH, Beschluss vom 27. November 2014 - III ZB 24/14, FamRZ 2015, 323 Rn. 7 mwN).

19 b) Das war hier nicht der Fall. Nach den vorgenannten Grundsätzen widersprach es den Sorgfaltsanforderungen, erst wenige Minuten vor Fristablauf mit der Übersendung zu beginnen. Eine Partei muss bei der Übermittlung ihrer Schriftsätze nicht nur Verzögerungen einkalkulieren, mit denen üblicherweise zu rechnen ist, wozu - insbesondere auch in den Abend- und Nachtstunden - die Belegung des Empfangsgeräts bei Gericht durch andere eingehende Sendungen gehört (Senatsbeschluss vom 3. Mai 2011 - XI ZB 24/10, juris Rn. 10; BGH, Beschluss vom 27. November 2014 - III ZB 24/14, FamRZ 2015, 323 Rn. 8). Sie muss auch sicherstellen, dass der Empfang der Sendung noch innerhalb der Frist abgeschlossen werden kann.

20 Das hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers, dessen Verschulden sich der Kläger zurechnen lassen muss, nicht getan. Entsprech, wovon das Be-

berufungsgericht aufgrund der eingeholten dienstlichen Stellungnahme zutreffend ausgegangen ist, die täglich mit einer Funkuhr abgeglichene Zeitangabe der Empfangsgeräte der physikalisch exakten Zeit und gingen damit die vom Prozessbevollmächtigten des Klägers verwendeten Sendegeräte vier Minuten "nach", scheiterte die Übermittlung zwischen 23:54 Uhr (Zeitangabe Sendegerät 23:50 Uhr) und 23:59 Uhr (Zeitangabe Sendegerät 23:55 Uhr) daran, dass, worauf der Prozessbevollmächtigte des Klägers eingestellt sein musste, das Empfangsgerät mit der Durchwahlnummer -3570 ausweislich des Empfangsprotokolls zwischen 23:53 Uhr und 23:59 Uhr belegt war. Damit war, was das Berufungsgericht ohne Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG geschlussfolgert hat, das Fristversäumnis nicht unverschuldet, zumal für die Übermittlung ein zweites Empfangsgerät des Berufungsgerichts zur Verfügung gestanden hätte.

Ellenberger

Grüneberg

Maihold

Menges

Derstadt

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 22.10.2014 - 35 O 15308/13 -

OLG München, Entscheidung vom 17.03.2015 - 19 U 4563/14 -