



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 289/14

vom

12. November 2014

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO §§ 233 A, 294 Abs. 1

Grundsätzlich darf von dem anwaltlich als richtig oder an Eides Statt versicherten Vorbringen in einem Wiedereinsetzungsantrag ausgegangen werden. Das gilt aber dann nicht, wenn konkrete Anhaltspunkte es ausschließen, den geschilderten Sachverhalt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als zutreffend zu erachten (im Anschluss an Senatsurteil vom 2. November 1988 - IVb ZR 109/87 - FamRZ 1989, 373).

BGH, Beschluss vom 12. November 2014 - XII ZB 289/14 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 12. November 2014 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richterin Weber-Monecke und die Richter Schilling, Dr. Nedden-Boeger und Guhling

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 12. Mai 2014 wird auf Kosten des Beklagten verworfen.

Wert: 20.400 €

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger nimmt den Beklagten nach Kündigung des zwischen ihnen bestehenden Mietvertrags auf Räumung und Herausgabe von Gewerberäumen in Anspruch. Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Gegen das am 22. November 2013 zugestellte Urteil hat der Beklagte am 19. Dezember 2013 Berufung eingelegt. Auf seinen Antrag hat das Oberlandesgericht die Berufungsbegründungsfrist um einen Monat bis Samstag, den 22. Februar 2014, verlängert. Am 25. Februar 2014 um 0.11 Uhr ist die auf den 24. Februar 2014 datierende Berufungsbegründung beim Berufungsgericht per Telefax eingegangen. Im Anschluss daran sind fünf weitere gleichlautende Schriftsätze zur Berufungsbegründung auf dem Telefaxgerät des Berufungsgerichts eingegangen.

- 2 Mit Schriftsatz vom 25. Februar 2014 hat der anwaltlich vertretene Beklagte für den Fall, dass er die Berufungsbegründungsfrist nicht eingehalten haben sollte, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Zur Begründung hat er ausgeführt, sein neuer Prozessbevollmächtigter (im Folgenden: Beklagtenvertreter), der am 24. Februar 2014 um 14.15 Uhr mandatiert worden sei, habe die Berufungsbegründung um 23.42 Uhr ausgedruckt und unmittelbar danach unterschrieben, in das Faxgerät gelegt und spätestens um 23.43 Uhr den Sendebefehl an die Faxnummer des Berufungsgerichts gegeben. Das Faxgerät des Beklagtenvertreters habe auch bei mehrfachen Versuchen Übertragungsfehler angezeigt. Der Beklagtenvertreter habe dann seine Telefonanlage neu gestartet, was ungefähr zwei bis drei Minuten gedauert habe. Nach dem Neustart habe er weiter versucht, die Berufungsbegründung per Telefax an das Berufungsgericht zu senden. Während der Sendeversuche habe er um 23.53 Uhr bemerkt, dass die Uhr seines Telefaxgeräts falsch eingestellt gewesen sei und die Uhrzeit 0.09 Uhr angezeigt habe. Er habe dann die Uhrzeiteinstellung korrigiert und weiter versucht, die Berufungsbegründung an das Berufungsgericht zu senden. Insgesamt habe er dreizehn Sendeversuche unternommen, von denen der erste erfolgreiche Versuch der insgesamt vierte Versuch gewesen sei.
- 3 Der Beklagtenvertreter hat mit gesondertem Schriftsatz an Eides statt versichert, dass seine Angaben im Wiedereinsetzungsantrag der Wahrheit entsprächen, und in einem weiteren Schriftsatz vorgetragen, die Uhr des Telefaxgeräts sei um mindestens 16, wenn nicht sogar 19 Minuten verstellt gewesen.
- 4 Das Berufungsgericht hat Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt und die Berufung des Beklagten verworfen. Hiergegen wendet sich dieser mit der Rechtsbeschwerde.

II.

5 Die gemäß §§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 522 Abs. 1 Satz 4, 238 Abs. 2
Satz 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist nicht zulässig, weil die Vorausset-
zungen des § 574 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind.

6 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde erfordert die Sicherung
einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Rechtsbeschwer-
degerichts. Der angefochtene Beschluss verletzt den Beklagten nicht in seinem
verfahrensrechtlich gewährleisteten Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz
(Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip). Danach darf ei-
nem Beteiligten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht aufgrund von
Anforderungen an die Sorgfaltspflichten seines Verfahrensbevollmächtigten
versagt werden, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht verlangt
werden und den Parteien den Zugang zu einer durch die Verfahrensordnung
eröffneten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtferti-
gender Weise erschweren (vgl. Senatsbeschluss vom 11. Juni 2008
- XII ZB 184/07 - FamRZ 2008, 1605 Rn. 6 mwN). Entgegen der Auffassung der
Rechtsbeschwerde liegt auch kein entscheidungserheblicher Verstoß des Be-
schwerdegerichts gegen Art. 103 Abs. 1 GG vor.

7 1. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

8 Die Berufung sei zu verwerfen, weil die Berufungsbegründung nicht frist-
gemäß eingegangen und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu versagen
sei. Der Beklagte habe nicht glaubhaft gemacht, ohne Verschulden an der Ein-
haltung der Berufungsbegründungsfrist gehindert gewesen zu sein. Er müsse
sich das Verschulden seines anwaltlichen Bevollmächtigten zurechnen lassen.
Die vorgelegten Unterlagen begründeten nicht ausräumbare Zweifel am be-

haupteten zeitlichen Ablauf des Vorgehens des Beklagtenvertreters nach dem Ausdrucken der Berufungsbegründungsschrift um 23.42 Uhr.

9 Die vorgelegten Sendeprotokolle und das Journal selbst belegten unter Berücksichtigung der behaupteten Falscheinstellung der Uhrzeit am Gerät nicht, dass der erste Sendeversuch tatsächlich bereits um 23.42 Uhr oder 23.43 Uhr vorgenommen worden sei. Vielmehr bleibe möglich, dass er erst kurz vor 0.00 Uhr oder überhaupt erst danach stattfand. Die Unterlagen bestätigten erfolglose Sendeversuche um 0.09 Uhr, 0.10 Uhr und 0.11 Uhr. Im Faxjournal des Beklagtenvertreters seien in ununterbrochener zeitlicher Abfolge Sendevorgänge zwischen 0.09 Uhr und 0.39 Uhr protokolliert, ohne Rücksprung der Uhrzeitangabe um 16 oder gar 19 Minuten. Die protokollierten erfolgreichen Sendeversuche passten zeitlich mit nur vernachlässigbarer Abweichung zu den beim Berufungsgericht eingegangenen Faxsendungen. Unter den protokollierten Sendeversuchen sei der erste erfolgreiche der insgesamt vierte Versuch mit der Zeitangabe 0.13 Uhr. Eine Störung des Faxgeräts des Berufungsgerichts sei angesichts dessen Journals und der dienstlichen Erklärung des hierfür zuständigen Justizwachtmeisters auszuschließen. Schließlich seien auch die übrigen zeitlichen Angaben des Beklagtenvertreters widersprüchlich, nachdem er angebe, erst um 14.15 mandatiert worden zu sein, aber bereits um 14.07 Uhr einen ersten Entwurf der Berufungsbegründung erstellt zu haben.

10 2. Dies hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand.

11 Das Berufungsgericht hat zu Recht wegen eines dem Beklagten nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnenden Anwaltsverschuldens eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgelehnt und die Berufung des Beklagten als unzulässig verworfen. Die Rügen der Rechtsbeschwerde gegen die dieser Entscheidung zugrunde liegende Annahme, der Beklagte habe seinen zur Wiedereinsetzung

gehaltenen Vortrag nicht gemäß §§ 236 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2, 294 ZPO glaubhaft gemacht, greifen nicht durch.

12 a) Ohne Rechtsfehler ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die bis Samstag, 22. Februar 2014, verlängerte Berufungsbegründungsfrist gemäß § 222 Abs. 2 ZPO am Montag, dem 24. Februar 2014, ablief, so dass die am 25. Februar 2014 um 0.11 Uhr eingegangene Berufungsbegründung nicht mehr fristgerecht eingereicht worden ist. Hiergegen erinnert auch die Rechtsbeschwerde nichts.

13 b) Die Rechtsbeschwerde rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dadurch überspannt, dass es bei seiner Würdigung, ob der Vortrag glaubhaft gemacht sei, neben der eidesstattlichen Versicherung des Beklagtenvertreters auch die übrigen vorgelegten Unterlagen berücksichtigt habe.

14 Die Verwertung dieser Unterlagen begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Zwar darf grundsätzlich von dem anwaltlich als richtig oder an Eides Statt versicherten Vorbringen in einem Wiedereinsetzungsantrag ausgegangen werden. Das gilt aber dann nicht, wenn konkrete Anhaltspunkte es ausschließen, den geschilderten Sachverhalt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als zutreffend zu erachten (Senatsurteil vom 2. November 1988 - IVb ZR 109/87 - FamRZ 1989, 373, 374). Solche Anhaltspunkte können sich auch aus dem übrigen Parteivortrag sowie bei der Akte befindlichen Unterlagen ergeben (vgl. nur BGH Beschluss vom 20. Dezember 2007 - III ZB 73/07 - juris Rn. 3 und 5). Dies gilt unabhängig davon, ob die Vorlage der Unterlagen pflichtgemäß oder überobligatorisch erfolgt ist.

15 c) Das Berufungsgericht hat aus den vorliegenden Unterlagen zutreffend den Schluss gezogen, dass trotz der anders lautenden und an Eides statt versi-

cherten Ausführungen des Beklagtenvertreters ein Sendebeginn noch am 24. Februar 2014 nicht überwiegend wahrscheinlich und damit nicht glaubhaft gemacht ist.

16 aa) Die im Faxjournal der Rechtsanwaltskanzlei als erfolgreich ausgewiesenen Vorgänge sind - jeweils am 25. Februar 2014 - mit den Start-Uhrzeiten 0.13, 0.19, 0.22, 0.28, 0.31 und 0.35 aufgeführt. Das Faxjournal des Oberlandesgerichts listet ebenfalls sechs erfolgreiche Faxvorgänge vom Anschluss des Beklagtenvertreters aus auf, für die als Uhrzeiten 0.10, 0.16, 0.19, 0.24, 0.27 und 0.32 angegeben sind. Aus dem vom Beklagtenvertreter vorgelegten Sendeprotokoll über den ersten erfolglosen Anwahlversuch ergibt sich unter dem Datum 25. Februar 2014 die Uhrzeit 0.09; die weiteren Verbindungsversuche schließen sich gemäß den Sendeprotokollen zeitlich an, wobei die danach erfolgreichen Versuche in der Uhrzeit mit den im Faxjournal der Rechtsanwaltskanzlei enthaltenen übereinstimmen.

17 Das Oberlandesgericht hat hieraus geschlossen, dass die vom Beklagtenvertreter behauptete Änderung der Zeiteinstellung an seinem Faxgerät (nach angeblichem Bemerkten der verstellten Zeit) nicht belegt ist. Dies ist rechtlich in keiner Weise zu beanstanden und erscheint überdies denklogisch zwingend. Darüber hinaus lässt der vom Oberlandesgericht vorgenommene Vergleich der beiden Faxjournale im Zusammenspiel mit den Sendeprotokollen allein den Schluss zu, dass der erste fehlgeschlagene Faxversuch tatsächlich erst nach Mitternacht vorgenommen worden ist. Für eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass die Darstellung des Beklagtenvertreters zutreffend ist, bleibt mithin kein Raum.

18 bb) Die Rechtsbeschwerde macht demgegenüber ohne Erfolg geltend, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten falsch und unvollständig

erfasst. Die Rüge, das Oberlandesgericht habe das Vorbringen übergangen, die Uhr des Kanzlei-Faxgeräts sei "16, wenn nicht gar 19 Minuten" vorgegangen, ist schon inhaltlich unzutreffend. Denn das Berufungsgericht hat das Faxjournal auch auf einen Zeitunterschied von 19 Minuten überprüft. Hierauf kommt es jedoch nicht an, weil in der angegriffenen Entscheidung bereits beanstandungsfrei eine Änderung der Zeiteinstellung und damit unzutreffende Zeitangaben im Faxjournal der Rechtsanwaltskanzlei als nicht glaubhaft gemacht erachtet werden.

- 19 d) Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die eidesstattliche Versicherung des Beklagtenvertreters schon deshalb kein geeignetes Mittel der Glaubhaftmachung darstellt, weil sie Bezug auf in einem anderen Schriftsatz vorgetragene Tatsachen nimmt.

20

Dadurch, dass in dem Schriftsatz sowohl tatsächliche als auch rechtliche Ausführungen enthalten und dass die Grenzen zwischen diesen oft fließend sind, können leicht Zweifel entstehen, inwieweit nunmehr die Angaben von der eidesstattlichen Versicherung gedeckt sind. Deshalb ist ein eigener Sachvortrag in der eidesstattlichen Versicherung selbst erforderlich (BGH Beschluss vom 13. Januar 1988 - IVa ZB 13/87 - NJW 1988, 2045 f.). Die sonst bestehende Unsicherheit widerspricht gerade dem Zweck der eidesstattlichen Versicherung, einen Sachvortrag zu bekräftigen.

Dose

Weber-Monecke

Schilling

Nedden-Boeger

Guhling

Vorinstanzen:

LG Braunschweig, Entscheidung vom 15.11.2013 - 1 O 2757/12 (422) -

OLG Braunschweig, Entscheidung vom 12.05.2014 - 7 U 100/13 -