



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

II ZB 19/16

vom

23. Mai 2017

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 85 Abs. 2, § 233 Fd

Bei der Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax ist eine nachträgliche inhaltliche Kontrolle der einzelnen Schriftstücke im Rahmen der Ausgangskontrolle nicht erforderlich. Es bedarf insbesondere keiner Anweisung des Rechtsanwalts an sein Büropersonal, den fristgebundenen Schriftsatz und zusätzlich zu übersendende Schriftstücke getrennt per Fax zu übermitteln oder sich durch telefonische Rückfrage bei der zuständigen Geschäftsstelle des Berufungsgerichts zu versichern, dass der fristwahrende Schriftsatz vollständig übermittelt worden ist.

BGH, Beschluss vom 23. Mai 2017 - II ZB 19/16 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Richter Prof. Dr. Drescher als Vorsitzenden, die Richter Wöstmann, Born, Sunder und Dr. Bernau am 23. Mai 2017

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Klägers wird der Beschluss des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 25. Mai 2016 aufgehoben. Dem Kläger wird gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Berufung gegen das Urteil der 29. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg vom 19. Februar 2016 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt.

Die Sache wird zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Streitwert: 26.250 €

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger begehrt von dem Beklagten Schadensersatz aus Prospekthaftung im Zusammenhang mit seiner Beteiligung an einem Schiffsfonds.

2 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Der Kläger hat mit einem von seinem Prozessbevollmächtigten am letzten Tag der Berufungsfrist übersandten, zehenseitigen Telefax beim Hanseatischen Oberlandesgericht Berufung eingelegt, bestehend aus der ersten Seite der Berufungsschrift, einem Schreiben des Landgerichts an seine Prozessbevollmächtigten, dem Empfangsbekennnis seines Prozessbevollmächtigten und einer Abschrift des angefochtenen Urteils. Das Original der Berufungsschrift mit der die zweite Seite abschließenden anwaltlichen Unterschrift ist erst nach Ablauf der Berufungsfrist zur Akte gelangt.

3 Nach dem Hinweis des Berufungsgerichts, dass das Telefax keine Unterschrift eines Rechtsanwalts enthalte, da nur die erste Seite der Berufung übersandt worden sei, hat der Kläger fristgerecht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Zur Begründung seines Wiedereinsetzungsantrages hat er vorgetragen, die ausgebildete Rechtsanwaltsfachangestellte und seit Mai 2015 geprüfte Rechtsfachwirtin R. , die seit dem 1. Juni 2015 in der Kanzlei seines Prozessbevollmächtigten angestellt sei, habe übersehen, dass die Berufungsschrift nicht vollständig per Telefax übermittelt worden sei. In der Kanzlei seiner Prozessbevollmächtigten gebe es die allgemeine Anweisung, die automatisch ausgedruckten Sendeprotokolle in jedem Einzelfall darauf zu überprüfen, ob der Schriftsatz vollständig und ordnungsgemäß übermittelt worden sei. Außerdem habe der sachbearbeitende Rechtsanwalt Dr. R. Frau R. unter Hinweis auf den taggleichen Fristablauf angewiesen, den Berufungsschriftsatz fristwährend per Telefax an das Hanseatische Oberlandesgericht zu übersenden und anhand des Sendeprotokolls zu überprüfen, ob der Schriftsatz vollständig und ordnungsgemäß übermittelt worden sei. Eine solche Überprüfung habe Frau R. vorgenommen, ohne dass ihr das Fehlen der zweiten Seite der Berufungsschrift aufgefallen sei. Über die vermeintlich

erfolgreiche Versendung der Berufungsschrift habe sie Rechtsanwalt Dr. R. informiert und anschließend die Frist im Fristenkalender gestrichen. Zur Glaubhaftmachung dieses Vortrags hat sich der Kläger auf eine eidesstattliche Versicherung der Frau R. berufen. Des Weiteren hat er vorgetragen, dass Frau R. die ihr übertragenen Aufgaben stets zuverlässig und fehlerfrei erledigt habe und entsprechende stichprobenartige Überprüfungen in der Vergangenheit keinerlei Anlass zu Beanstandungen ergeben hätten.

4 In einem weiteren Schriftsatz hat der Kläger ergänzend vorgetragen, dass Rechtsanwalt Dr. R. sich in der Vergangenheit stichprobenartig von Zeit zu Zeit die Protokolle der von Frau R. versandten Faxe habe vorlegen lassen, um diese auf eine ordnungsgemäße Versendung hin zu kontrollieren. Die Kontrollen hätten keinerlei Anlass zu Beanstandungen gegeben. Zur Glaubhaftmachung hat er sich auf das Zeugnis seines Prozessbevollmächtigten berufen.

5 Das Berufungsgericht hat die Berufung als unzulässig verworfen und den Antrag des Klägers auf Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsfrist als unbegründet zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Klägers.

## II.

6 Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

7 1. Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte und begründete

Rechtsbeschwerde ist auch im Übrigen zulässig, da die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Das Berufungsgericht hat dem Kläger zu Unrecht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsfrist verwehrt. Die Verwerfung der Berufung als unzulässig verletzt den Kläger in seinem verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip). Danach darf einer Partei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht aufgrund von Anforderungen an die Sorgfaltspflicht ihres Prozessbevollmächtigten versagt werden, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht verlangt werden und der Partei den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert (st. Rspr., BGH, Beschluss vom 19. Juli 2016 - II ZB 3/16, NJW-RR 2016, 1529 Rn. 6 mwN).

8                    2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet.

9                    Der Kläger hat zwar die Berufungsfrist versäumt. Ihm war jedoch antragsgemäß Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, weil er hinreichend dargelegt und glaubhaft gemacht hat, dass er ohne ein ihm gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbares Verschulden seines Prozessbevollmächtigten an der Einhaltung der Berufungseinlegungsfrist gehindert gewesen ist (§ 233 ZPO). Das für die Fristversäumung ursächliche Versehen der Büroangestellten R. steht dem Wiedereinsetzungsbegehren des Klägers nicht entgegen. Einer Partei ist nur ein Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten, nicht aber dasjenige seines Büropersonals zuzurechnen (BGH, Beschluss vom 11. Februar 2003 - VI ZB 38/02, NJW-RR 2003, 935, 936; Beschluss vom

23. Mai 2006 - VI ZB 77/05, NJW 2006, 2638 Rn. 6; Beschluss vom 6. März 2007 - VIII ZR 330/06, NJW-RR 2007, 1075 Rn. 6).

10 a) Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Der Kläger habe nicht schlüssig dargetan, dass er iSd § 233 ZPO ohne sein Verschulden gehindert gewesen sei, die Berufungsfrist einzuhalten. Sein Vortrag, wonach es sich bei der unterbliebenen Faxübermittlung der Seite 2 der Berufungsschrift um ein ihm nicht zurechenbares Büroversehen gehandelt habe, erschöpfe sich im Wesentlichen in formelhaften Ausführungen. Der Abgleich der in dem Faxsendeprotokoll angezeigten übermittelten Seitenzahl mit der Anzahl der Seiten des Originalschriftsatzes reiche für eine wirksame Ausgangskontrolle nicht aus, wenn wie hier neben dem fristgebundenen Schriftsatz noch andere Schriftstücke übermittelt würden. In einem derartigen Fall bestehe ein erhöhtes, nicht durch bloße Zählung zu minimierendes Risiko, dass anstelle einzelner Seiten des fristgebundenen Schriftsatzes versehentlich andere, nicht für das Berufungsgericht bestimmte Bestandteile aus der Handakte des Rechtsanwalts per Telefax übersandt würden. Dieses Risiko habe sich im vorliegenden Fall realisiert, da statt der zweiten Seite der Berufungsschrift ein Schreiben des Landgerichts Hamburg gefaxt worden sei. Im Übrigen habe der Kläger auch nicht schlüssig dargelegt, woraus sich ergeben solle, dass es sich bei der mit dem Vorgang befassten Rechtsfachwirtin R. um eine ansonsten stets zuverlässig und fehlerfrei arbeitenden Mitarbeiterin handele, der die Ausgangskontrolle mit den behaupteten Weisungen hätte überlassen werden dürfen.

11 b) Mit diesen Erwägungen kann dem Kläger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht versagt werden. Den Kläger trifft kein Verschulden an der Versäumung der Berufungsfrist. Die Fristversäumung beruht nicht auf einem

Organisationsverschulden des Prozessbevollmächtigten des Klägers, sondern auf einem dem Kläger nicht zurechenbaren Versäumnis der Büroangestellten seines Prozessbevollmächtigten bei der Versendung des Berufungsschriftsatzes per Telefax.

- 12           aa) Die Versendung eines fristgebundenen Schriftsatzes per Telefax stellt eine einfache Bürotätigkeit dar, mit der jedenfalls eine voll ausgebildete und erfahrene Rechtsanwaltsfachangestellte beauftragt werden darf. Bei der Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax kommt der Rechtsanwalt seiner Verpflichtung zu einer wirksamen Ausgangskontrolle - soweit hier von Bedeutung - dann nach, wenn er seinen Büroangestellten die Weisung erteilt, sich einen Sendebericht ausdrucken zu lassen, auf dieser Grundlage die Vollständigkeit der Übermittlung zu prüfen und die Notfrist erst nach Kontrolle des Sendeberichts zu löschen (BGH, Beschluss vom 23. Februar 2016 - II ZB 9/15, NJW 2016, 1664 Rn. 10; Beschluss vom 11. Mai 2016 - IV ZB 38/15, BeckRS 2016, 10301 Rn. 8; Beschluss vom 26. Juli 2016 - VI ZB 58/14, NJW 2016, 3667 Rn. 10). Das gilt nicht nur für allgemeine Weisungen, sondern auch und erst recht - wie hier - für eine konkrete mündliche Weisung im Einzelfall (BGH, Beschluss vom 11. Februar 2003 - VI ZB 38/02, NJW-RR 2003, 935, 936 mwN; Beschluss vom 11. März 2014 - VI ZB 45/13, NJW-RR 2014, 634 Rn. 7).

- 13           Der Kläger hat durch Vorlage der eidesstattlichen Versicherung der Rechtsfachwirtin R.           glaubhaft gemacht, dass diese Anforderungen im Büro seines Prozessbevollmächtigten beachtet werden. Frau R.           hat eidesstattlich versichert, dass es in der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten des Klägers die allgemeine Anweisung gebe, alle automatisch ausgedruckten Telefaxsendeprotokolle aller per Telefax versandten Schriftsätze auf Vollständigkeit und Richtigkeit der Übermittlung zu überprüfen. Des Weiteren hat sie

eidesstattlich versichert, dass sie der sachbearbeitende Rechtsanwalt Dr. R. unter Hinweis auf den taggleichen Fristablauf angewiesen habe, den Berufungsschriftsatz fristwährend per Telefax an das Hanseatische Oberlandesgericht zu übersenden und anhand des Sendeprotokolls zu überprüfen, ob der Schriftsatz vollständig und ordnungsgemäß übermittelt worden sei. Dem sei sie nachgekommen.

- 14 Es liegt auch kein sonstiges für die Fristversäumung ursächliches Organisationsverschulden des Prozessbevollmächtigten des Klägers vor, welches sich dieser gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen müsste. Das Berufungsgericht hat die Anforderungen an die Ausgangskontrolle eines fristwährenden Schriftsatzes nach seiner Übermittlung per Telefax überspannt. Bei der Übermittlung fristwährender Schriftsätze per Telefax ist eine nachträgliche inhaltliche Kontrolle der einzelnen Schriftstücke im Rahmen der Ausgangskontrolle nicht erforderlich. Ein versehentliches Vertauschen einer zu übermittelnden Schriftsatzseite mit einer anderen Handaktenseite vor dem Beginn der Faxversendung ist kein spezifisches Risiko der Telefaxübermittlung, welchem durch die Ausgangskontrolle nach Abschluss des Sendevorgangs Rechnung getragen werden muss. Es bedarf deshalb keiner organisatorischen Vorkehrungen dahin, eine Anweisung zu geben, den fristgebundenen Schriftsatz und zusätzlich zu übersendende Schriftstücke getrennt per Fax zu übermitteln, so dass zwei Faxprotokolle auszudrucken sind. Ebenso wenig ist es erforderlich, sich durch telefonische Rückfrage bei der zuständigen Geschäftsstelle des Berufungsgerichts zu versichern, ob der mit weiteren Schriftstücken übersandte fristgebundene Schriftsatz vollständig übermittelt worden ist.

- 15 bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Kläger auch schlüssig dargelegt und glaubhaft gemacht, dass es sich bei der Rechtsfachwir-



tin R. um eine voll ausgebildete und erfahrene Rechtsanwaltsfachangestellte handelt. Dabei bedurfte es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts insbesondere keines gesonderten Vortrages dahin, dass sie während ihrer Tätigkeit beim Prozessbevollmächtigten des Klägers mit der Übermittlung von Schriftstücken per Telefax, namentlich eines Konvoluts aus einem fristgebundenen Schriftsatz und anderen Unterlagen, befasst gewesen ist.

16 Der Kläger hat auch innerhalb der maßgeblichen Antragsfrist dargelegt, dass es sich bei Frau R. um eine ansonsten stets zuverlässige und fehlerfrei arbeitende Mitarbeiterin handelt und entsprechende stichprobenartige Überprüfungen nach Faxversendung in der Vergangenheit keinerlei Anlass zu Beanstandungen gegeben hätten und dies in der ihm vom Berufungsgericht eingeräumten Stellungnahmefrist auch fristgemäß glaubhaft gemacht. Die Glaubhaftmachung muss nicht mit dem Wiedereinsetzungsantrag verbunden werden. Sie kann auch noch nach Ablauf der Frist des § 234 Abs. 1 ZPO bis zum Abschluss des Wiedereinsetzungsverfahrens erfolgen, § 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO (BGH, Urteil vom 2. November 1988 - IVb ZR 109/87, FamRZ 1989, 373). Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat in einem weiteren Schriftsatz zwar seine Angaben zur stichprobenartigen Überprüfung von Frau R. nicht anwaltlich versichert, sondern sich vielmehr auf sein eigenes Zeugnis berufen. Ob dies als anwaltliche Versicherung oder als schriftliche Erklärung eines angebotenen Zeugen (§ 377 Abs. 3 ZPO) zu verstehen ist, kann dahinstehen. In beiden Fällen handelt es sich um ein geeignetes Mittel der Glaubhaftmachung

(vgl. Musielak/Huber, ZPO, 13. Aufl., § 294 Rn. 5; Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., § 294 Rn. 5; Laumen in Prütting/Gehrlein, ZPO, 9. Aufl., § 294 Rn. 3).

Drescher

Wöstmann

Born

Sunder

Bernau

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 19.02.2016 - 329 O 213/15 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 25.05.2016 - 1 U 59/16 -