



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZB 9/19

vom

24. September 2019

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. September 2019 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, den Richter Dr. Matthias, die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Derstadt sowie den Richter Dr. Schild von Spanenberg

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Beklagten wird der Beschluss der 3. Zivilkammer des Landgerichts Leipzig vom 7. März 2019 aufgehoben.

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

Beschwerdewert: 1.600 €

Gründe:

I.

- 1 Die Parteien streiten um die Zahlung restlicher 1.600 € nebst Zinsen aus einem Zahlungsplan mit abstraktem Schuldanerkenntnis. Das Amtsgericht Leipzig hat die Beklagte im Urkundenprozess durch Vorbehaltsurteil vom 18. September 2018 antragsgemäß verurteilt und der Beklagten die Ausführungen ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten. Die Zustellung dieses Vorbehaltsurteils hat der Beklagtenvertreter mit zwei Empfangsbekanntnissen, die auf den 27. bzw. 28. September 2018 datieren, bestätigt.

- 2 Die Beklagte hat gegen die Entscheidung des Amtsgerichts mit Schriftsatz vom 25. Oktober 2018, der am 26. Oktober 2018 beim Berufungsgericht per Telefax eingegangen ist, Berufung eingelegt. Am 26. November 2018 ist die erste, undatierte Seite einer per Telefax übermittelten Berufungsbegründung der Beklagten zur Gerichtsakte gelangt. Daraufhin hat der Vorsitzende des Berufungsgerichts mit Verfügung vom selben Tage angeordnet, dem Beklagtenvertreter mitzuteilen, dass das von diesem übersandte Telefax unvollständig sei. Auf diese, von der Geschäftsstelle am 27. November 2018 ausgeführte Verfügung hat der Beklagtenvertreter noch am selben Tage mitgeteilt, ihm liege ein Sendebericht vor, wonach das Telefax am 26. November 2018 vollständig mit 23 Seiten beim Berufungsgericht eingegangen sei. Dieser Sendebericht trägt das Datum 26. November 2018, zeigt die Uhrzeit 11.23 Uhr und gibt als Dauer der Übertragung 44 Minuten und 33 Sekunden an. Außerdem enthält er die Angaben "Seite: 023" und "Ergebnis OK".
- 3 Am 28. November 2018 ist beim Berufungsgericht die vollständige, insgesamt 23 Seiten umfassende Berufungsbegründung der Beklagten auf dem Postweg eingegangen. Diese trägt auf den Seiten 2 bis 23 in der Fußzeile jeweils das Datum 26. November 2018.
- 4 Das von der Poststelle des Berufungsgerichts zur Gerichtsakte gereichte Faxjournal für den 26. November 2018 enthält in der Spalte "Empfängeradresse" für die Zeitangabe 11.21 Uhr die Telefaxnummer des Beklagtenvertreters mit der Seitenzahl 20 und dem Ergebnis "NG 40'22". Mit Verfügung vom 29. November 2018 hat der Vorsitzende des Berufungsgerichts eine dienstliche Stellungnahme des Anwenderbetreuers beim Landgericht Leipzig eingeholt. Daraus ergibt sich, dass am 26. November 2018 nicht nur die erste Seite der Berufungsbegründung per Telefax beim Berufungsgericht eingegangen ist, sondern dass drei Übertragungsvorgänge stattgefunden haben und beim dritten

Versuch die Seiten 21 bis 23 der Berufungsbegründung erfolgreich übertragen wurden. Da diese Seiten kein Aktenzeichen getragen hätten, habe die Poststelle die Ausdrücke nicht zuordnen können; dieser Vorgang sei nachträglich rekonstruiert worden. Dem Aktenvermerk sind Ausdrücke der per Telefax übermittelten Seiten 21 bis 23 der Berufungsbegründung beigelegt, die in den vom Empfangsgerät angebrachten Kopfzeilen das Datum 26. November 2018 und die Uhrzeit 12.11 Uhr bzw. 12.12 Uhr tragen. Des Weiteren hat der Anwenderbetreuer in seiner dienstlichen Stellungnahme mitgeteilt, dass alle der Technikabteilung des Berufungsgerichts gemeldeten Störungen, welche Übertragungsfehler wie z.B. den Status "NG" beinhaltet hätten, zu dem Ergebnis geführt hätten, dass die jeweilige Gegenstelle den vom Berufungsgericht eingehaltenen Faxstandard "T.38" nicht erfüllt habe. Eine grundsätzliche Störung der Telefaxtechnik des Berufungsgerichts liege nicht vor. Auch eine Abfrage bei "T-Systems" habe keinen Fehler auf Seiten des Gerichts ergeben.

- 5 Mit Schriftsatz vom 18. Dezember 2018, per Telefax beim Berufungsgericht am 20. Dezember 2018 eingegangen, hat die Beklagte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt und gleichzeitig die Berufungsbegründung erneut eingereicht. Der Beklagtenvertreter hat geltend gemacht, dass die Berufungsbegründung ausweislich des vorgelegten Sendeberichts am 26. November 2018 vollständig beim Berufungsgericht eingegangen sei. Eine Nachfrage beim Dienstleister des Beklagtenvertreters habe ergeben, dass eine fehlerhafte Konfiguration des Systems des Beklagtenvertreters auszuschließen sei. Nach Versendung des Telefaxes habe die Rechtsanwaltsfachangestellte F. bei der Geschäftsstelle des Berufungsgerichts angerufen, um sich vom vollständigen Eingang des Schriftsatzes zu überzeugen. Dort habe man erklärt, dass der Geschäftsstelle mehr als 100 Telefaxe vorlägen, weshalb nicht mitgeteilt werden könne, ob das Telefax vollständig eingegangen sei. Weiter hat der Beklagtenvertreter geltend

gemacht, das Vorbehaltsurteil sei zweimal zugestellt worden, was beim Amtsgericht Leipzig häufiger vorkomme. Er habe in beiden Fällen das Empfangsbekanntnis nach Kenntnisnahme unterschrieben. Am 27. September 2018 sei dem Beklagtenvertreter von der Rechtsanwaltsfachangestellten F. ein vorausgefülltes Empfangsbekanntnis vorgelegt worden, das er ohne Änderungen am selben Tag unterschrieben habe, wobei er übersehen habe, dass Frau F. als Datum irrtümlich den 27. und nicht den 26. September 2018 eingetragen gehabt habe. Diese Eintragung sei entgegen einer tags zuvor auf Anweisung erfolgten endgültigen Fristeneintragung erfolgt, weshalb das Empfangsbekanntnis inhaltlich falsch sei. Tatsächlich sei das Vorbehaltsurteil dem Beklagtenvertreter schon am 26. September 2018 zugegangen. Da die Berufungsbegründungsfrist damit am 26. November 2018 abgelaufen sei, könne dem Beklagtenvertreter nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er nach der gerichtlichen Mitteilung über die unvollständige Übermittlung der Berufungsbegründungsschrift nicht versucht habe, dem Berufungsgericht diesen Schriftsatz am 27. November 2018 auf anderem Wege zu übermitteln.

- 6 Das Berufungsgericht hat durch Beschluss vom 7. März 2019 die Berufung der Beklagten unter Zurückweisung ihres Wiedereinsetzungsantrages verworfen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Berufung sei nicht innerhalb der am 27. November 2018 um 24.00 Uhr abgelaufenen Berufungsbegründungsfrist begründet worden. Auszugehen sei dabei von dem durch den Beklagtenvertreter unterzeichneten Empfangsbekanntnis, das auf den 27. September 2018 datiere. Nach dem Vortrag der Beklagten habe ihr Prozessbevollmächtigter zwar am 26. September 2018 von dem Vorbehaltsurteil Kenntnis erlangt, das Empfangsbekanntnis jedoch erst am 27. September 2018 unterzeichnet. Da die Unterzeichnung des Empfangsbekanntnisses Voraussetzung für dessen Wirksamkeit sei, sei die wirksame Zustellung des Vorbehaltsurteils bei der Beklagten erst am 27. September 2018 erfolgt.

7 Die Berufungsbegründung sei nicht rechtzeitig vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist beim Berufungsgericht eingegangen. Per Telefax eingegangen seien lediglich die Seiten 1 sowie 21 bis 23 der Berufungsbegründungsschrift. Das Fehlen der weiteren Seiten führe dazu, dass eine den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 ZPO genügende, vollständige Berufungsbegründung nicht fristgemäß zu den Akten gelangt sei, da jedwede nachvollziehbare Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils fehle. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei nicht zu gewähren, da die Berufungsbegründungsfrist schuldhaft versäumt worden sei. Die Beklagte habe nach ihrem eigenen Vortrag die gerichtliche Mitteilung, dass das Telefax am 26. November 2018 nicht vollständig eingegangen sei, am 27. November 2018 erhalten. Statt noch am 27. November 2018 die Berufungsbegründung vollständig einzureichen, habe sie an diesem Tag nur mitgeteilt, dass ein Sendebericht über den vollständigen Eingang vorliege. Dies habe anwaltlicher Sorgfalt nicht entsprochen. Zum einen habe der Tag der Zustellung richtig notiert werden müssen, was der Beklagtenvertreter spätestens am 27. November 2018 nochmals habe überprüfen müssen. Zum anderen sei es der von einem Rechtsanwalt stets zu wählende, sichere Weg gewesen, noch am 27. November 2018 die vollständige Berufungsbegründung auf einem sicheren Übertragungsweg einzureichen. Die Berufungsbegründungsfrist sei daher nicht ohne ein der Beklagten nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnendes anwaltliches Verschulden versäumt worden.

8 Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Beklagten.

II.

9 1. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statt-
hafte sowie form- und fristgerecht eingelegte und begründete Rechtsbeschwer-
de ist zulässig, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Ent-
scheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2
ZPO). Die Verwerfung der Berufung als unzulässig, weil es an einer form- und
fristgerechten Begründung der Berufung fehle, verletzt die Beklagte in ihren
Verfahrensgrundrechten auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2
Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) sowie auf rechtliches Gehör
(Art. 103 Abs. 1 GG). Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

10 a) Das Berufungsgericht hat keine ausreichenden Feststellungen zu der
Frage getroffen, ob die Berufungsbegründung noch innerhalb der Berufungsbe-
gründungsfrist per Telefax eingegangen ist.

11 aa) Die Frist für die Berufungsbegründung beträgt zwei Monate und be-
ginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätes-
tens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung (§ 520 Abs. 2
Satz 1 ZPO). Bei mehrfachen Zustellungen an denselben Adressaten ist für den
Beginn und Ablauf einer Rechtsmittelfrist die erste wirksame Zustellung maß-
gebend (BGH, Beschluss vom 14. Oktober 1999 - V ZB 35/99, juris Rn. 4).

12 Demnach kommt es vorliegend ausschließlich auf diejenige Zustellung
an, die der Beklagtenvertreter mit seinem ersten, auf den 27. September 2018
datierten Empfangsbekanntnis bestätigt hat und deren Wirksamkeit nicht in
Zweifel steht. Hingegen ist es für die Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist
unerheblich, ob diese Zustellung tatsächlich bereits einen Tag früher, am
26. September 2018, erfolgt ist. Denn unabhängig davon, ob die zweimonatige
Berufungsbegründungsfrist mit Ablauf des 26. oder des 27. November 2018

endete, wäre diese Frist bei einer unvollständigen Übertragung der Berufungsbegründungsschrift per Telefax in jedem Fall versäumt worden, da der Eingang einer den inhaltlichen Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 ZPO genügenden Berufungsbegründung nach den in diesem Punkt zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts erst am 28. November 2018 auf dem Postweg erfolgt ist.

13 bb) Allerdings durfte das Berufungsgericht mit der von ihm gegebenen Begründung nicht davon ausgehen, die Übertragung der Berufungsbegründungsschrift per Telefax sei am 26. November 2018 nicht vollständig erfolgt. Denn das Berufungsgericht ist zu diesem Schluss gelangt, ohne zuvor die gebotenen Maßnahmen zur Aufklärung der einer Kenntnis der Beklagten nicht zugänglichen gerichtsinernen Vorgänge ergriffen zu haben.

14 (1) Die Zulässigkeit der Berufung ist von Amts wegen zu prüfen (BGH, Urteile vom 31. Mai 2017 - VIII ZR 224/16, NJW 2017, 2285 Rn. 19 und vom 27. Februar 2018 - XI ZR 452/16, NJW 2018, 1689 Rn. 14). Dabei hat der Berufungsführer den rechtzeitigen Eingang der Berufungsbegründungsschrift zu beweisen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 1994 - VIII ZR 153/93, WM 1995, 341, 342 und Beschluss vom 8. Oktober 2013 - VIII ZB 13/13, NJW-RR 2014, 179 Rn. 10). Besonderheiten gelten allerdings in Bezug auf gerichtsinterne Vorgänge, in die Außenstehende in der Regel keinen Einblick und damit auch keine Anhaltspunkte für etwaige Fehlerquellen haben. Es ist daher zunächst Sache des Gerichts, die insoweit zur Aufklärung nötigen Maßnahmen zu ergreifen (BGH, Urteile vom 30. März 2000 - IX ZR 251/99, NJW 2000, 1872, 1873 sowie vom 31. Mai 2017, aaO Rn. 20 und Beschluss vom 8. Oktober 2013, aaO Rn. 14).

15 (2) Zwar hat die Beklagte durch die Vorlage des mit einem "OK"-Vermerk versehenen Sendeberichts vom 26. November 2018 keinen Nachweis für den

ordnungsgemäßen Zugang der Berufungsbegründungsschrift per Telefax erbracht. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet die durch einen "OK"-Vermerk belegte ordnungsgemäße Absendung eines Schreibens per Telefax nicht den Anscheinsbeweis für dessen tatsächlichen Zugang beim Empfänger. Der "OK"-Vermerk belegt nur das Zustandekommen der Verbindung, nicht aber die erfolgreiche Übermittlung der Signale an das Empfangsgerät (BGH, Urteil vom 7. Dezember 1994 - VIII ZR 153/93, WM 1995, 341, 343 f.; Beschlüsse vom 14. Mai 2013 - III ZR 289/12, NJW 2013, 2514 Rn. 11 und vom 8. Oktober 2013 - VIII ZB 13/13, NJW-RR 2014, 179 Rn. 12).

16 Wie die Rechtsbeschwerde zu Recht geltend macht, ist das Berufungsgericht aber seiner Pflicht zur Aufklärung eventueller gerichtsinterner Fehlerquellen nicht in dem hier gebotenen Maße nachgekommen. Ausweislich der dienstlichen Stellungnahme des Anwenderbetreuers soll das Telefaxgerät des Beklagtenvertreters drei Anwahlvorgänge durchgeführt haben, von denen nur der erste und der dritte erfolgreich waren. Im Faxjournal der Poststelle des Landgerichts Leipzig wurden diese beiden Anwahlvorgänge jedoch nicht dokumentiert. Die Telefaxnummer des Beklagtenvertreters wird dort nur einmal mit der Zeitangabe 11.21 Uhr aufgeführt, wobei dieser Vorgang 20 Seiten betroffen haben soll. Ausweislich der dienstlichen Stellungnahme des Anwenderbetreuers handelt es sich bei dem vermerkten Ergebnis "NG" um eine Fehlermeldung. Auch diese Angabe betrifft jedoch weder den ersten noch den dritten Anwahlvorgang, die beide zu einer zumindest teilweisen Übertragung des Telefaxes geführt haben. Dies weckt Zweifel sowohl an der Zuverlässigkeit des Faxjournals als auch an den hierauf aufbauenden Schlussfolgerungen in der Stellungnahme des Anwenderbetreuers. Ebenfalls ungeklärt ist, wie es zur "Auffindung" der Seiten 21 bis 23 der Berufungsbegründungsschrift gekommen ist und warum diese in den vom Empfangsgerät angebrachten Kopfzeilen die Angaben

021/023, 022/023 und 023/023 tragen, obwohl beim dritten Anwahlversuch nur die Seiten 21 bis 23 übertragen worden sein sollen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es für die Fristwahrung maßgeblich nicht auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem die Rechtsmittelbegründungsschrift im Telefaxgerät des Gerichts ausgedruckt worden ist, sondern auf den Zeitpunkt, in dem die gesendeten Signale vom Empfangsgerät des Gerichts vollständig empfangen (gespeichert) wurden (BGH, Beschlüsse vom 8. Mai 2007 - VI ZB 74/06, NJW 2007, 2045 Rn. 12 und vom 17. April 2012 - XI ZB 4/11, juris Rn. 19). Ob dies geschehen ist, lässt sich auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht beurteilen.

17 b) Außerdem ist das Berufungsgericht im Rahmen seiner Prüfung, ob der Beklagten auf ihren fristgemäß gestellten (§ 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO) Antrag hin Wiedereinsetzung in die Berufungsbegründungsfrist zu gewähren war, ohne ausreichende Berücksichtigung des Beklagtenvortrags davon ausgegangen, dass das Vorbehaltsurteil dem Beklagtenvertreter erst am 27. September 2018 zugestellt worden sei.

18 aa) Eine Zustellung gegen Empfangsbekanntnis ist dann als bewirkt anzusehen, wenn der Rechtsanwalt das ihm zugestellte Schriftstück mit dem Willen entgegengenommen hat, es als zugestellt gegen sich gelten zu lassen, und dies auch durch Unterzeichnung des Empfangsbekanntnisses bekräftigt. Zustellungsdatum ist also der Tag, an dem der Rechtsanwalt als Zustellungsadressat vom Zugang des übermittelten Schriftstücks Kenntnis erlangt und es empfangsbereit entgegengenommen hat (BGH, Urteil vom 18. Januar 2006 - VIII ZR 114/05, NJW 2006, 1206 Rn. 8 und Beschluss vom 19. April 2012 - IX ZB 303/11, WM 2012, 1210 Rn. 6). Eine wirksame Zustellung nach § 174 Abs. 1 ZPO erfordert daher regelmäßig, dass der Zustellungsempfänger seinen Willen zur Entgegennahme der Zustellung durch die Unterzeichnung des Emp-

fangsbekennnisses bekundet und dieses, versehen mit dem Datum des Eingangs des Schriftstücks, an das Gericht zurückreicht (BGH, Urteil vom 14. September 2011 - XII ZR 168/09, BGHZ 191, 59 Rn. 16). Für den Zeitpunkt der Zustellung selbst ist es weder von Bedeutung, wann die Empfangsbestätigung ausgestellt worden ist und welches Datum sie trägt, noch in welcher Form dies geschieht (BGH, Urteil vom 14. Juni 1961 - IV ZR 56/61, BGHZ 35, 236, 239; Senatsbeschluss vom 12. September 2017 - XI ZB 2/17, WM 2017, 2196 Rn. 12). Das Empfangsbekennnis selbst kann später ausgestellt werden. Das Gesetz verlangt nicht, dass es bei Empfang des Schriftstücks ausgestellt wird. Das Empfangsbekennnis wirkt, wenn es später ausgestellt wird, auf den Zeitpunkt zurück, in dem der Aussteller das Schriftstück als zugestellt entgegengenommen hat (BGH, Urteil vom 14. Juni 1961 - IV ZR 56/61, aaO).

- 19 Ein Empfangsbekennnis erbringt als Privaturkunde im Sinne von § 416 ZPO grundsätzlich den Beweis nicht nur für die Entgegennahme des darin bezeichneten Schriftstücks als zugestellt, sondern auch für den Zeitpunkt der Entgegennahme durch den Unterzeichner und damit für die Zustellung (BGH, Urteil vom 18. Januar 2006 - VIII ZR 114/05, NJW 2006, 1206 Rn. 8; Beschlüsse vom 19. April 2012 - IX ZB 303/11, WM 2012, 1210 Rn. 6 und vom 25. September 2018 - XI ZB 6/17, juris Rn. 6). Allerdings ist der Gegenbeweis der Unrichtigkeit der im Empfangsbekennnis enthaltenen Angaben zulässig. Dieser setzt voraus, dass die Beweiswirkung des § 174 ZPO vollständig entkräftet und jede Möglichkeit ausgeschlossen ist, dass die Angaben des Empfangsbekennnisses richtig sein können. Hingegen ist dieser Gegenbeweis nicht schon dann geführt, wenn lediglich die Möglichkeit der Unrichtigkeit besteht, die Richtigkeit der Angaben also nur erschüttert ist (BGH, Beschlüsse vom 19. April 2012 - IX ZB 303/11, aaO und vom 25. September 2018 - XI ZB 6/17, aaO).

20 bb) Hiervon ausgehend hat das Berufungsgericht zu Unrecht allein aus dem Umstand, dass der Beklagtenvertreter nach seinem eigenen Vortrag das Empfangsbekenntnis erst am 27. September 2018 unterzeichnet hat, darauf geschlossen, dass eine wirksame Zustellung des amtsgerichtlichen Urteils erst an diesem Tage erfolgt sei. Vielmehr hätte es ausgehend von dem in dem Empfangsbekenntnis angegebenen Datum 27. September 2018, welches nach dem Vortrag des Beklagtenvertreters mit dem Unterzeichnungsdatum übereinstimmt, den zum Gegenbeweis der Unrichtigkeit dieser Datumsangabe angebotenen Beweismitteln nachgehen müssen.

21 Wie die Rechtsbeschwerde zutreffend geltend macht, hat der Beklagtenvertreter in seinem Schriftsatz vom 30. Januar 2019 vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass er das Vorbehaltsurteil schon am Nachmittag des 26. September 2018 bei einem Auswärtstermin in H. gelesen habe, nachdem es ihm kanzleiintern digital ab 13.42 Uhr zur Verfügung gestanden habe. Zwischen 15.00 Uhr und 15.45 Uhr habe er seiner Mitarbeiterin Frau F. von H. aus die Anweisung erteilt, die Berufungsbegründungsfrist entsprechend dem Kanzleiingangsstempel ("26. SEP. 2018") auf der Ausfertigung des amtsgerichtlichen Urteils auf den 26. November 2018 zu notieren, was auch so geschehen sei. Ebenfalls noch am 26. September 2018 habe der Beklagtenvertreter mit dem Sohn der Beklagten, dem zuliebe er das Mandat angenommen habe, gesprochen. Am 27. September 2018 habe der Beklagtenvertreter das Empfangsbekenntnis unterzeichnet und dabei übersehen, dass Frau F. als Datum irrtümlich den 27. September 2018 voreingetragen habe. Diese Voreintragung stehe im Widerspruch zu der tags zuvor erfolgten Anweisung zur Fristeintragung und zu der allgemeinen Weisung des Beklagtenvertreters, dass die Datumsvoreintragung im Empfangsbekenntnis stets den Tag auszuweisen habe, an dem das Urteil tatsächlich zur Kenntnis genommen wurde und dementsprechend auch die Fristeintragung in Handakte und Fris-

tenbuch erfolgt sei. Darüber hinaus hat der Beklagtenvertreter zutreffend darauf hingewiesen, dass sowohl in der Berufungsschrift als auch in der Berufungsbegründungsschrift von einer Zustellung des Vorbehaltsurteils am 26. September 2018 die Rede ist, und erläutert, warum seine Ausführungen im Schriftsatz vom 30. Januar 2019 von denen im Schriftsatz vom 28. November 2018 abweichen.

22 Da die Argumentation des Berufungsgerichts zu dem von ihm bejahten Verschulden (§ 233 Satz 1 ZPO) des Beklagtenvertreters - ihre Richtigkeit unterstellt - davon abhängig ist, ob die Berufungsbegründungsfrist tatsächlich erst am 27. November 2018 abgelaufen ist, hätte das Berufungsgericht den Beweisansprüchen des Beklagtenvertreters nachgehen müssen. Wurde das Vorbehaltsurteil nämlich bereits am 26. September 2018 zugestellt und ist infolgedessen die Berufungsbegründungsfrist schon am 26. November 2018 abgelaufen, kann dem Beklagtenvertreter weder eine fehlerhafte Notierung des Zustellungsdatums auf den 26. September 2018 noch der Umstand zum Vorwurf gemacht werden, dass er auf den gerichtlichen Hinweis vom 27. November 2018 nicht unmittelbar eine erneute Übermittlung der Berufungsbegründungsschrift veranlasst hat.

23 2. Der angefochtene Beschluss ist daher aufzuheben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 577 Abs. 4 ZPO). Entgegen der Anregung der Rechtsbeschwerde erscheint es im Hinblick auf die größere Orts- und Sachnähe angebracht, die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit dieses die erforderlichen Feststellungen selbst trifft (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2017 - VIII ZR 224/16, NJW 2017, 2285 Rn. 30 mwN). Das Berufungsgericht wird zunächst aufzuklären haben, ob die Berufungsbegründung vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist vollständig per Telefax eingegangen ist, denn über den Wiedereinsetzungsantrag ist erst und nur dann zu entscheiden, wenn nicht feststeht, dass die Beklagte die Berufungsbegrün-

dingfrist gewahrt hat (vgl. BGH, Beschlüsse vom 27. Mai 2003 - VI ZB 77/02, NJW 2003, 2460 und vom 16. Januar 2007 - VIII ZB 75/06, NJW 2007, 1457 Rn. 12). Sollte sich dies nicht erweisen, wird das Berufungsgericht erneut zu prüfen haben, ob der Beklagten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist. In diesem Zusammenhang wird sich das Berufungsgericht dann mit dem Vortrag des Beklagtenvertreters zum genauen Zeitpunkt der Zustellung des Vorbehaltssurteils zu befassen haben.

24 Falls die Berufungsbegründungsfrist tatsächlich bereits am 26. November 2018 geendet haben sollte, dürfte ein der Beklagten nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnendes Verschulden des Beklagtenvertreters im Hinblick auf den "OK"-Vermerk auf dem von ihm vorgelegten Sendebericht und im Hinblick auf die zusätzliche telefonische Nachfrage der Rechtsanwaltsfachangestellten F. bei dem Landgericht Leipzig hier ausscheiden (vgl. BGH, Beschluss vom 1. März 2016 - VIII ZB 57/15, WM 2016, 1850 Rn. 18 mwN). Sollte die Frist hingegen erst am 27. November 2018 abgelaufen sein, könnte es dem in Leipzig ansässigen Beklagtenvertreter zuzumuten gewesen sein, nach dem

Hinweis des Gerichts auf den unvollständigen Eingang des Telefaxes die Berufungsbegründung erneut und eventuell auf einem anderen Weg zu übermitteln (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. Juli 2011 - IX ZB 218/10, juris Rn. 4 und vom 14. September 2017 - IX ZB 81/16, FamRZ 2017, 1946 Rn. 8).

Ellenberger

Matthias

Menges

Derstadt

Schild von Spannenberg

Vorinstanzen:

AG Leipzig, Entscheidung vom 18.09.2018 - 106 C 3824/18 -

LG Leipzig, Entscheidung vom 07.03.2019 - 3 S 490/18 -