



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 27/03

vom

21. Juli 2004

in der Familiensache

Nachschiagewerk: ja

BGHZ:           nein

BGHR: \_\_\_\_\_ja

ZPO §§ 85 Abs. 2, 233 Fd, 574 Abs. 2, 577 Abs. 2 Satz 4

- a) Zu den Anforderungen an die Ausgangskontrolle bei der Übermittlung fristwahrender Schriftsätze durch Telefax.
- b) Die Rechtsbeschwerde gegen einen die Wiedereinsetzung versagenden Beschluß des Berufungsgerichts kann grundsätzlich nicht auf Tatsachen gestützt werden, die nicht schon im Verfahren der Wiedereinsetzung vorgetragen worden sind (im Anschluß an BGHZ 156, 165 ff.).

BGH, Beschluß vom 21. Juli 2004 - XII ZB 27/03 - OLG Karlsruhe  
AG Offenburg

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 21. Juli 2004 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Sprick, Prof. Dr. Wagenitz, Dr. Ahlt und Dose

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde des Klägers gegen den Beschluß des 5. Zivilsenats - Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 16. Januar 2003 wird auf seine Kosten als unzulässig verworfen.

Beschwerdewert: 23.322 €

#### Gründe:

##### I.

Der Kläger war in der Zeit von Ende 1988 bis Anfang 1993 mit der Beklagten befreundet, hatte die Vaterschaft für ihre am 22. Februar 1990 geborene Tochter N. anerkannt und für das Kind Unterhalt in Höhe von insgesamt 38.113,70 DM gezahlt. Nachdem in der Folgezeit rechtskräftig festgestellt wurde, daß N. nicht von ihm abstammt, verlangt der Kläger von der Beklagten Auskunft über den Namen des leiblichen Vaters ihres Kindes, hilfsweise Rückzahlung des geleisteten Kindesunterhalts.

Das Amtsgericht hat die Klage mit einem, dem Kläger am 19. Juni 2002 zugestellten, Urteil abgewiesen. Dagegen hat der Kläger am 17. Juli 2002 Berufung eingelegt, die er mit einem am (Dienstag) 20. August 2002 eingegangenen

Schriftsatz vom 19. August 2002 begründet hat. Mit einem ebenfalls am 20. August 2002 eingegangenen Schriftsatz hat er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt. Zur Begründung trägt er vor, sein Prozeßbevollmächtigter habe den Berufungsschriftsatz rechtzeitig am 19. August 2002 gefertigt und sodann postalisch versandt. Zur Fristwahrung habe die äußerst zuverlässige und insbesondere mit Fristangelegenheiten äußerst gewissenhafte Rechtsanwaltsfachgehilfin L. den Schriftsatz vorab per Telefax an das Gericht übersandt. Dabei habe sie versehentlich eine falsche Nummer gewählt (anstatt 205-3028 versehentlich 805-3028). Ebenfalls versehentlich sei sie davon ausgegangen, daß die Übertragung mit einem "o.k." bestätigt worden war. Zur Glaubhaftmachung hat der Kläger eine eidesstattliche Versicherung der Rechtsanwaltsfachgehilfin L. vom 20. August 2002 eingereicht, in der es auszugsweise heißt:

"... Gemäß grundsätzlicher Anweisung von Herrn RA. N. müssen Schriftsätze, deren Fristen noch am gleichen Tag, an denen sie geschrieben werden, ablaufen, vorab per Fax abgesandt werden. Da mir bewußt war, daß die Frist in der Sache W./N. am 19.08.2002 endete, wurde der Schriftsatz kurz vor 16.00 Uhr von mir per Fax abgesandt. Da ich aufgrund arbeitsvertraglicher Regelung um 16.00 Uhr die Kanzlei verlasse, wurde von mir das Protokoll nicht mehr angesehen. Heute Vormittag sah ich die Protokolle der am 19.08.2002 abgesandten Faxschreiben durch und stellte fest, daß das Fax an das Oberlandesgericht Karlsruhe, Zivilsenate in Freiburg nicht durchging ..."

Mit Beschluß vom 19. Dezember 2002 wies das Berufungsgericht den Kläger auf die Verspätung und darauf hin, daß nicht von einer unverschuldeten Fristversäumung durch den Kläger ausgegangen werden könne. Der Kläger hat ergänzend vorgetragen, daß die Mitarbeiterinnen im Büro seines Prozeßbe-

vollmächtigten regelmäßig angewiesen werden, stets auf die korrekte Eingabe der Empfängernummer sowie die ordnungsgemäße und vollständige Übermittlung der Dokumente zu achten und dabei immer auch das Sendeprotokoll zu prüfen. Diesen Vortrag hat er durch ergänzende eidesstattliche Versicherung der Rechtsanwaltsfachangestellten L. vom 10. Januar 2003 belegt. Mit Beschluß vom 16. Januar 2003 hat das Berufungsgericht dem Kläger die begehrte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt und die Berufung als unzulässig verworfen.

Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Klägers. Zur Begründung trägt er vor, die Rechtsanwaltsfachangestellte L. sei wegen eines Fehlers beim Ablesen des Versendeprotokolls davon ausgegangen, daß der Schriftsatz beim Oberlandesgericht eingegangen sei. Deswegen sei der - ihm nicht zurechenbare - Fehler beim Ablesen des Sendeprotokolls und nicht etwa eine unzureichende Büroorganisation kausal für die Fristversäumung geworden. Zur Glaubhaftmachung hat der Kläger eine zweite ergänzende eidesstattliche Versicherung der Rechtsanwaltsfachangestellten L. vom 3. Februar 2003 eingereicht, in der es auszugsweise heißt:

"... erkläre ich hiermit, daß Herr RA. S. N. mir die Führung des Fristenkalenders übertragen hat. Ich prüfe alle Schriftsätze und ihre entsprechenden Fristen. Morgens öffne ich die Post und trage alle Fristen ein. Dies wurde auch in der Sache W. gegen N. in dieser Form unternommen. Am 19.08.2002 habe ich dann den Berufungsbegründungsschriftsatz abgesandt und das Versendungsprotokoll - falsch - abgelesen. Ich habe die Frist daraufhin gestrichen. Herr RA. S. N. fragte noch nach, ob der Schriftsatz ordnungsgemäß eingegangen sei, was ich auch bejaht habe. Die Frist wurde noch

am 19.08.2002 von mir gestrichen, wie ich das immer am Abend bevor ich nach Hause gehe unternehme."

## II.

Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 i.V. mit § 522 Abs. 1 Satz 4, 238 Abs. 2 ZPO), aber unzulässig.

1. Entgegen der Auffassung des Klägers kommt der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zu. Grundsätzliche Bedeutung hat eine Sache, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann (BGHZ 151, 221, 223). Das ist hier nicht der Fall. Die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht eines Rechtsanwalts bei der Ausgangskontrolle fristgebundener Schriftsätze sind in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinreichend geklärt (vgl. zur Versendung fristgebundener Schriftsätze durch Fax die Beschlüsse vom 23. Oktober 2003 - V ZB 28/03 - FamRZ 2004, 262; vom 2. Juli 2001 - II ZB 28/00 - NJR-RR 2002, 60; vom 3. April 2001 - XI ZB 2/01 - BGHR ZPO § 233 Ausgangskontrolle 15 (Gründe); vom 16. Juni 1998 - XI ZB 13/98 - VersR 1999, 996; vom 18. Dezember 1997 - X ZB 16/97 - NJWE-VHR 1998, 86 und vom 19. November 1997 - VIII ZB 33/97 - NJW 1998, 907). Nach dieser Rechtsprechung endet die Pflicht des Rechtsanwalts zur Ausgangskontrolle bei Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax erst dann, wenn feststeht, daß der Schriftsatz wirklich übermittelt worden ist. Mit Rücksicht auf die Risiken beim Einsatz eines Telefaxgerätes kommt der Rechtsanwalt seiner Verpflichtung zu einer wirksamen Ausgangskontrolle nur dann nach, wenn er seinen dafür zuständigen Mitarbeitern die Weisung erteilt, sich einen Einzelnachweis ausdrucken zu lassen,

auf dieser Grundlage die Vollständigkeit der Übermittlung zu prüfen und die Notfrist erst nach Kontrolle des Sendeberichts zu löschen. Ob die Büroorganisation des Prozeßbevollmächtigten des Klägers diesen Anforderungen genügt, ist eine Frage des Einzelfalles und damit einer Verallgemeinerung nicht zugänglich.

2. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nach § 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO erfordert eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs nur in Fällen einer Divergenz oder dann, wenn bei der Auslegung oder Anwendung revisiblen Rechts Fehler über die Einzelfallentscheidung hinaus die Interessen der Allgemeinheit nachhaltig berühren. Letzteres ist vor allem dann der Fall, wenn Verfahrensgrundsätze, insbesondere die Grundrechte auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG), auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG i.V. mit dem Rechtsstaatsprinzip) und auf ein objektiv willkürfreies Verfahren (Art. 3 Abs. 1 GG i.V. mit dem Rechtsstaatsprinzip) verletzt sind. Dabei sollen Art und Weise eines Rechtsfehlers nach dem Willen des Gesetzgebers aber nur dann Bedeutung erlangen, wenn sie geeignet sind, das Vertrauen in die Rechtsprechung im ganzen zu beschädigen. Regelmäßig ist eine auf § 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO gestützte Rechtsbeschwerde deswegen nur zulässig, wenn dargelegt ist, daß ein Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte im Einzelfall klar zutage tritt, also offenkundig ist, und die angefochtene Entscheidung hierauf beruht (BGHZ 151, 221, 227; Senatsbeschuß vom 11. Februar 2004 - XII ZB 263/03 - FamRZ 2004, 696 m.w.N.).

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dient das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in besonderer Weise dazu, die Rechtsschutzgarantie und das rechtliche Gehör zu gewährleisten. Die Verfahrensgrundsätze auf Gewährleistung wirkungsvollen Rechtsschutzes und auf rechtliches Gehör gebieten es daher, den Zugang zu den Ge-

richten und den weiteren Instanzen nicht in unzumutbarer, sachlich nicht gerechtfertigter Weise zu erschweren. Deswegen dürfen gerade bei der Auslegung der Vorschriften über die Wiedereinsetzung die Anforderungen an die Sorgfalt eines Rechtsanwalts und die Kausalität einer Pflichtverletzung nicht überspannt werden (BGHZ 151 aaO, 227 f. m.w.N. aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

b) Gegen diese Grundsätze hat das Beschwerdegericht nicht verstoßen.

Die Rechtsbeschwerde hat keinen erheblichen Unterschied der angefochtenen Entscheidung zu den zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aufgezeigt. Eine Divergenz kommt nur dann in Betracht, wenn nach den Darlegungen der Rechtsbeschwerde der angefochtenen Entscheidung ein Rechtssatz zugrunde liegt, der von einem die Entscheidung tragenden Rechtssatz eines höherrangigen Gerichts, eines anderen Spruchkörpers desselben Gerichts oder eines anderen gleichgeordneten Gerichts abweicht (vgl. BGH Beschlüsse vom 4. Juli 2002 - V ZB 75/02 - NJW 2002, 2957 und vom 5. November 2002 - VI ZR 40/02 - NJW 2003, 437). Das ist hier nicht der Fall.

Nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf die Notfrist im Fristenkalender bei Übermittlung eines Schriftsatzes per Fax erst nach einer Kontrolle des Sendeberichts gelöscht werden. Auf eine solche allgemein organisatorische Vorkehrung kommt es nur dann nicht an, wenn im Einzelfall konkrete Anweisungen erteilt worden sind, deren Befolgung die Fristwahrung ebenso sichergestellt hätte. Das hat der Kläger im Verfahren der Wiedereinsetzung nicht glaubhaft gemacht.

Nach dem Vortrag des Prozeßbevollmächtigten des Klägers im Wiedereinsetzungsverfahren beschränkte sich die Büroorganisation auf die Sorgfalt beim Absenden eines Telefax, ließ aber die Löschung der Notfrist schon vor der

endgültigen Kontrolle der vollständigen Übermittlung zu. Denn nach dem Inhalt der zur Begründung der beantragten Wiedereinsetzung eingereichten Eidesstattlichen Versicherungen ist die Frist ohne erneute Prüfung des Sendeprotokolls gelöscht und die fehlerhafte Übermittlung erst am Folgetag bemerkt worden. Hätte demgegenüber eine allgemeine Anweisung bestanden, Notfristen erst nach Kontrolle der vollständigen Übermittlung anhand des Protokolls zu löschen, wäre die noch ausstehende Frist für die Berufungsbegründung noch rechtzeitig am Abend des 19. August 2002 bemerkt worden.

Auf den Inhalt der erst nach Erlass der angefochtenen Entscheidung vorgelegten und von den früheren eidesstattlichen Versicherungen abweichenden „Zweiten ergänzenden eidesstattlichen Versicherung“ der Rechtsanwaltsfachangestellten L. vom 3. Februar 2003 kann es für die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde schon deswegen nicht ankommen, weil im Verfahren der Rechtskontrolle grundsätzlich keine neuen Tatsachen festgestellt werden können (BGHZ 156, 165, 167 f. = Beschluß vom 18. September 2003 - IX ZB 40/03 - FamRZ 2004, 180, 181).

Hahne

Sprick

Wagenitz

Ahlt

Dose