



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VII ZB 67/15

vom

22. November 2017

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 22. November 2017 durch den Richter Dr. Kartzke und die Richterinnen Graßnack, Sacher, Borris und Dr. Brenneisen

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Klägerin wird der Beschluss des 13. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 17. November 2015 aufgehoben.

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

Gegenstandswert: 559.713 €

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin nimmt den Beklagten aus abgetretenem Recht auf Schadensersatz in Höhe von 559.713 € wegen mangelhafter Architektenleistung in Anspruch.
- 2 Mit Urteil vom 23. März 2015 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die Klägerin hat gegen das ihr am 30. März 2015 zugestellte Urteil fristgerecht Berufung eingelegt. Mit Verfügungen des Vorsitzenden wurde die Frist zur Begründung der Berufung antragsgemäß mehrfach verlängert, zuletzt bis zum 30. Juli 2015. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin übermittelte die fünf-

seitige Berufungsbegründung vom 30. Juli 2015 per Telefax an das Berufungsgericht. Die Übertragung begann ausweislich des Empfangsjournals des Telefaxgeräts des Berufungsgerichts am 30. Juli 2015 um 23:58 Uhr bzw. nach dem Abdruck des Empfangsgeräts auf dem Schriftsatz um 23:58:30 Uhr und endete 202 Sekunden später, mithin am 31. Juli 2015 kurz nach Mitternacht.

- 3 Zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags hat die Klägerin unter Bezugnahme auf die anwaltliche Versicherung ihres Prozessbevollmächtigten im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin sei mit der Überarbeitung der Berufungsbegründung befasst gewesen, als kurz vor 23:00 Uhr sein Laptop mit der geöffneten Word-Datei abgestürzt sei. Nach verschiedenen Versuchen habe sich herausgestellt, dass die Störung durch den Defekt des Akkus verursacht worden sei. Es habe sich dabei um die erste Störung des 2012 neu erworbenen Laptops gehandelt. Nachdem es dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin gelungen sei, den Laptop wieder einzuschalten, habe er ab ca. 23:25 Uhr eine unvollständige Version der Berufungsbegründung mittels einer automatisch generierten Sicherungsdatei wiederhergestellt und bearbeitet. Diese Arbeit habe er um 23:55 Uhr mit dem Ausdruck der Datei beendet und sodann mit der Übertragung des unterzeichneten Schriftsatzes per Telefax begonnen. Die Übertragung habe um 23:57 Uhr begonnen und nach Angaben seines Telefaxgeräts zwei Minuten gedauert. Die interne Zeitanzeige seines Telefaxgeräts gehe 04:40 Minuten vor, so dass der Abdruck auf der Telefaxkopie, nach der die Übermittlung erst am 31. Juli 2015 um 00:01 Uhr begonnen und bis 00:03 Uhr gedauert habe, in die Irre führe. Im Deutschlandfunk sei noch die Europahymne gelaufen, als das Faxgerät mit dem Ausdruck des Sendeberichts die erfolgreiche Übermittlung der Berufungsbegründung bestätigt habe. Auch die Geschäftsstelle des Berufungsgerichts habe eine Auskunft dahin erteilt, dass die Berufungsbegründung ausweislich des Empfangsgeräts des Berufungsgerichts am 30. Juli 2015 empfangen wor-

den sei. Jedenfalls habe der Prozessbevollmächtigte der Klägerin auch darauf vertrauen dürfen, dass eine erst um 23:58:30 Uhr begonnene Übertragung des fünfseitigen Schriftsatzes rechtzeitig innerhalb von 90 Sekunden beendet sein würde. Nach seinen Erfahrungen, die sowohl durch zwei Telefaxprotokolle als auch durch die weiteren Daten des Empfangsjournals vom 30. Juli 2015 belegt seien, benötige das Telefaxgerät des Berufungsgerichts normalerweise maximal 10 bis 15 Sekunden pro Seite. Mit einer Übertragungsdauer von mehr als 90 Sekunden für den fünfseitigen Schriftsatz habe er nicht rechnen müssen, zumal das Empfangsgerät nicht anderweitig belegt gewesen sei.

4 Mit Beschluss vom 17. November 2015 hat das Berufungsgericht das Gesuch der Klägerin auf Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsbegründungsfrist zurückgewiesen und die Berufung der Klägerin als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

5 Die Klägerin habe ausweislich des Empfangsjournals des Telefaxgeräts des Berufungsgerichts die Berufungsbegründungsfrist versäumt. Soweit sie behauptete, dass die Übermittlung noch rechtzeitig vor Mitternacht beendet worden sei, bestehe ein non liquet, das zu ihren Lasten gehe, da sie für die Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist die Beweislast treffe und sie keinen weiteren Beweis für ihre Behauptung angetreten habe.

6 Das Wiedereinsetzungsgesuch der Klägerin sei unbegründet, da ihren Prozessbevollmächtigten ein ihr gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnendes Verschulden an der Fristversäumung treffe. Das von ihr vorgetragene und glaubhaft gemachte Auftreten einer Computerstörung räume den Verschuldensvorwurf nicht aus. Eine unvorhersehbare technische Störung rechtfertige eine Wiedereinsetzung nur, wenn der Rechtsanwalt unter Berücksichtigung aller Umstände im Interesse der Mandantschaft den sichersten Weg gewählt habe, um

die Fristwahrung sicherzustellen. Das sei hier nicht der Fall. Einem pflichtbewussten Rechtsanwalt, der eine Berufungsbegründung noch ca. eine Stunde vor Fristablauf überarbeite, obliege es, bereits einen Ausdruck vorzunehmen, um "etwas in der Hand zu haben", das übermittelt werden könne. Jedenfalls müsse er aber ordnungsgemäße Sicherungsdateien erstellen, da allgemein bekannt sei, dass technische Probleme immer auftreten könnten. Das habe der Prozessbevollmächtigte der Klägerin offenbar nicht getan, da er um 23:25 Uhr nur eine unvollständige Sicherungsdatei gehabt habe. Dass die nicht überarbeitete Fassung, auf die er bei sachgerechter Erstellung einer Sicherungsdatei habe zurückgreifen können, den Anforderungen an eine Berufungsbegründung nicht genügt hätte, sei nicht vorgetragen.

7 Dagegen wendet sich die Klägerin mit der Rechtsbeschwerde.

## II.

8 Die Rechtsbeschwerde der Klägerin führt zur Aufhebung des Beschlusses und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 1. Die gemäß § 238 Abs. 2 Satz 1, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO). Die angefochtene Entscheidung verletzt das Verfahrensgrundrecht der Klägerin auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip). Dieses verbietet es den Gerichten, den Parteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren (BVerfG, NJW

2005, 814, 815; BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2013 - VIII ZB 13/13, NJW-RR 2014, 179 Rn. 8, jeweils m.w.N.). Indem das Berufungsgericht ohne eine ausreichende Prüfung der Rechtzeitigkeit des Eingangs der Berufungsbegründung die Berufung als unzulässig verworfen hat, hat es der Klägerin den Zugang zur Berufungsinstanz unzulässig verwehrt.

10           2. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Versäumung der Frist für die Berufungsbegründung (§ 520 Abs. 2 ZPO) nicht angenommen werden. Das Berufungsgericht hat fehlerhaft den Nachweis des rechtzeitigen Eingangs der Berufungsbegründung als nicht geführt angesehen, ohne zuvor die gebotenen Maßnahmen zur Aufklärung ergriffen zu haben.

11           a) Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass die Klägerin als Berufungsführerin den rechtzeitigen Eingang der Berufungsbegründung zu beweisen hat (st. Rspr., vgl. z.B. BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 - I ZR 198/15, WM 2017, 1120 Rn. 13 m.w.N.).

12           Gemäß § 522 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat das Berufungsgericht von Amts wegen zu prüfen, ob die Berufung in der gesetzlichen Frist begründet worden ist. Die hierfür erforderlichen Feststellungen trifft das Berufungsgericht im Wege des Freibeweises, für den neben den üblichen Beweismitteln, insbesondere dem Ergebnis von Zeugenvernehmungen, auch eidesstattliche Versicherungen zu berücksichtigen sind. Allerdings bleibt es auch im Rahmen des Freibeweises dabei, dass der dem Berufungsführer obliegende Beweis für den rechtzeitigen Eingang der Berufungsbegründung zur vollen, den Anforderungen des § 286 ZPO genügenden Überzeugung des Gerichts geführt sein muss (BGH, Beschluss vom 22. Dezember 2011 - VII ZB 35/11, BauR 2012, 677 Rn. 9 m.w.N.). Die diesbezüglichen Anforderungen dürfen allerdings im Hinblick auf die Beweisnot des Berufungsführers hinsichtlich gerichtsinthener Vorgänge nicht

überspannt werden (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2017 - VIII ZR 224/16, NJW 2017, 2285 Rn. 19 f.; Beschluss vom 8. Oktober 2013 - VIII ZB 13/13, NJW-RR 2014, 179 Rn. 10, jeweils m.w.N.).

- 13 Für die Rechtzeitigkeit des Eingangs eines per Telefax übersandten Schriftsatzes kommt es darauf an, ob die gesendeten Signale noch vor Ablauf des letzten Tags der Frist vom Telefaxgerät des Gerichts vollständig empfangen (gespeichert) worden sind (BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 - I ZR 198/15, WM 2017, 1120 Rn. 13; Beschluss vom 25. April 2006 - IV ZB 20/05, BGHZ 167, 214 Rn. 18; Beschluss vom 7. Juli 2011 - I ZB 62/10 Rn. 3). Der Ausdruck durch das Gerät ist nicht maßgeblich (BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 - I ZR 198/15, aaO m.w.N.).
- 14 b) Nach diesen Maßstäben hätte das Berufungsgericht ohne weitere Aufklärung nicht von einer Versäumung der Frist zur Berufungsbegründung ausgehen dürfen.
- 15 aa) Das Berufungsgericht hat sich darauf gestützt, dass sowohl nach dem Empfangsjournal des Telefaxgeräts des Berufungsgerichts als auch nach dem Abdruck des Empfangsgeräts auf dem Schriftsatz der Eingang der Berufungsbegründung erst am 31. Juli 2015 kurz nach Mitternacht und damit nach Ablauf der am 30. Juli 2015 endenden Berufungsbegründungsfrist erfolgte.
- 16 Da ein Außenstehender in der Regel keinen Einblick in Funktionsweise und Betrieb des gerichtlichen Telefaxgeräts - insbesondere in Bezug auf die Sicherstellung der Einstellung der richtigen Uhrzeit - und damit keinen Anhaltspunkt für etwaige Fehlerquellen hat, ist es zunächst Sache des Gerichts, die insoweit zur Aufklärung nötigen Maßnahmen zu ergreifen (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2017 - VIII ZR 224/16, NJW 2017, 2285 Rn. 20; Beschluss vom 8. Oktober 2013 - VIII ZB 13/13, NJW-RR 2014, 179 Rn. 14, jeweils m.w.N.).

17 Davon ausgehend hätte sich das Berufungsgericht nicht damit begnügen dürfen, lediglich das Empfangsjournal des Telefaxgeräts heranzuziehen, sondern weitere Maßnahmen zur Aufklärung veranlassen müssen. Hierzu hätte angesichts der anwaltlichen Versicherung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin Anlass bestanden. Dieser hat mehrere Indizien benannt, die dafür sprachen, dass die vollständige Übertragung der Berufungsbegründung bereits am 30. Juli 2015 abgeschlossen und die auf dem Empfangsjournal des Telefaxgeräts des Berufungsgerichts sowie auf dem Abdruck des Empfangsgeräts auf dem Schriftsatz beruhende Annahme der Fristversäumung mithin unzutreffend war. Es wäre daher erforderlich gewesen, eine dienstliche Erklärung des zuständigen Mitarbeiters zu Funktionsweise und Betrieb des Telefaxgeräts des Berufungsgerichts einzuholen, insbesondere zu der Frage, wie sichergestellt wird, dass im Gerät eine zutreffende Uhrzeit eingestellt ist und der Eingangszeitpunkt eines per Telefax übermittelten Schriftsatzes zuverlässig belegt werden kann. In diesem Zusammenhang wäre auch zu erläutern gewesen, warum die in dem Empfangsjournal und in dem Abdruck des Empfangsgeräts auf dem Schriftsatz ausgewiesenen Uhrzeiten differieren und welche Uhrzeit für die vollständige Übermittlung des Schriftsatzes maßgebend ist. Darüber hinaus hätte Anlass bestanden, zu klären, aus welchem Grund die Geschäftsstelle des Berufungsgerichts dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin eine Auskunft dahin erteilt hat, dass ausweislich des Empfangsgeräts des Berufungsgerichts die Berufungsbegründung am 30. Juli 2015 empfangen worden sei.

18 bb) Soweit das Berufungsgericht einen Beweisantritt der Klägerin zu der Behauptung des rechtzeitigen Eingangs der Berufungsbegründung vermisst hat, hat es ferner übersehen, dass es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehalten war, in der anwaltlichen Versicherung an Eides statt regelmäßig auch ein Beweisangebot auf Vernehmung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin als Zeugen zu den darin genannten Tatsachen zu sehen. Die An-



nahme, der Nachweis des rechtzeitigen Eingangs der Berufungsbegründung sei nicht geführt, ohne vorherige Vernehmung des Zeugen läuft auf eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung hinaus (BGH, Beschlüsse vom 17. November 2015 - VI ZB 38/13, WM 2016, 895 Rn. 9 und vom 22. Dezember 2011 - VII ZB 35/11, BauR 2012, 677 Rn. 12, jeweils m.w.N).

19 c) Da danach nicht in der erforderlichen Weise festgestellt ist, ob die Berufungsbegründung rechtzeitig bei Gericht eingegangen ist, kann die Verwerfung der Berufung keinen Bestand haben und die Sache ist zur weiteren Aufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

20 3. Sofern das Berufungsgericht auch nach weiterer Aufklärung die Rechtzeitigkeit des Eingangs der Berufungsbegründung nicht für erwiesen erachten sollte, weist der Senat darauf hin, dass der Klägerin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung zu gewähren sein wird.

21 Gemäß § 233 ZPO ist einer Partei auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn sie ohne ihr Verschulden verhindert war, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten. Der Anspruch auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes gebietet es, die Sorgfaltsanforderungen an das, was der Betroffene zur Fristwahrung veranlasst haben muss, nicht zu überspannen (vgl. BGH, Urteil vom 25. November 2004 - VII ZR 320/03, NJW 2005, 678, 679, juris Rn. 20).

22 Nach diesen Maßstäben liegt kein der Klägerin gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbares Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten an der Versäumung der Frist vor.

23 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellen nicht vorhersehbare und nicht vermeidbare technische Störungen einer EDV-Anlage einen Wiedereinsetzungsgrund dar, wenn sie das rechtzeitige Erstellen oder Absenden eines Schriftsatzes verhindern (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Februar 2015 - V ZB 75/13, NJW-RR 2015, 1196 Rn. 10; Beschluss vom 9. Mai 2006 - XI ZB 45/04, NJW 2006, 2637 Rn. 9; vgl. auch OLG Celle, NJW-RR 2003, 1439, 1440, juris Rn. 10). Die Klägerin hat glaubhaft gemacht, dass der Laptop ihres Prozessbevollmächtigten um kurz vor 23:00 Uhr während der Bearbeitung der Berufungsbegründung wegen eines Defekts des Akkus abgestürzt ist, wobei die Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit des Laptops und einer automatisch erstellten Sicherungsdatei ca. 30 Minuten erforderte. Diese erstmals aufgetretene Störung seines Computers ca. eine Stunde vor Fristablauf war für den Prozessbevollmächtigten der Klägerin weder vorhersehbar noch vermeidbar und damit unverschuldet. Die Klägerin hat weiter glaubhaft gemacht, dass ihr Prozessbevollmächtigter aufgrund der Störung des Computers die mittels einer automatisch erstellten Sicherungsdatei nur unvollständig wiederhergestellte Berufungsbegründung nicht früher fertigstellen und per Telefax an das Berufungsgericht übermitteln konnte.

24 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann ein für die Fristversäumung kausales Verschulden des Prozessbevollmächtigten der Klägerin nicht auf das Unterlassen des manuellen Abspeicherns der Berufungsbegründung vor Beginn der Überarbeitung gestützt werden. Allerdings hat ein Prozessbevollmächtigter, der eine Frist bis zum Ablauf des letzten Tages ausnutzt, erhöhte Sorgfalt aufzuwenden, um die Einhaltung der Frist sicherzustellen (vgl. BGH, Beschluss vom 16. November 2016 - VII ZB 35/14, ZfBR 2017, 144 Rn. 12). In einem solchen Fall erfordert es die anwaltliche Sorgfalt, zur Vermeidung des Verlusts wesentlicher Textteile bei etwaigen technischen Störungen in regelmäßigen Abständen - zumindest in automatisierter Form - Sicherungsdateien zu erstellen.

teilen erstellen zu lassen, wobei Abstände von etwa 15 Minuten noch angemessen erscheinen (vgl. hierzu, im Ergebnis offen lassend, BGH, Beschluss vom 13. November 2007 - VI ZB 19/07 Rn. 6). Ob das Textverarbeitungsprogramm des Prozessbevollmächtigten der Klägerin so eingestellt war, dass automatisch Sicherungsdateien in angemessenen Abständen erstellt wurden, kann indes offen bleiben. Denn es ist angesichts der Kürze der bis zum Fristablauf verbleibenden Zeit nach Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit des Computers, der erforderlichen Überprüfung des wiederhergestellten Textes auf Vollständigkeit sowie der nach der anwaltlichen Versicherung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin noch ausstehenden Überarbeitung der Berufungsbegründung auszuschließen, dass sich ein solcher etwaiger Sorgfaltsverstoß kausal auf die Fristversäumung ausgewirkt hat.

25 Ein die Wiedereinsetzung ausschließendes Verschulden liegt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts schließlich auch nicht darin, dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin vor Beginn der Überarbeitung der Berufungsbegründung keinen Ausdruck des Entwurfs gefertigt hatte. Werden anwaltliche Schriftsätze mittels eines Computers erstellt und bearbeitet, erfordert es die anwaltliche Sorgfalt nicht, Zwischenausdrucke von unfertigen Entwürfen zu erstellen. Dies gilt auch bei Ausschöpfung der Berufungsbegründungsfrist bis zum letzten Tag. Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 9. Mai 2006

(XI ZB 45/04, NJW 2006, 2637 Rn. 12) steht dem nicht entgegen. Denn in dem jener Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt lag vor Auftreten der technischen Störung eine ausgedruckte vollständige, wenn auch noch nicht überarbeitete Fassung der Berufungsbegründung vor.

Kartzke

Graßnack

Sacher

Borris

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 23.03.2015 - 328 O 24/06 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 17.11.2015 - 13 U 43/15 -