

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 144/97

vom

18. März 1998

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 18. März 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Gerber, Sprick und Weber-Monecke

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde der Beklagten gegen den Beschluß des 4. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 22. Juli 1997 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Beschwerdewert: 42.855 DM

Gründe:

I.

Das Urteil des Landgerichts Meiningen vom 25. März 1997 wurde den Beklagten am 1. April 1997 zugestellt. Mit einem am 5. Mai 1997 (Montag) per Telefax eingegangenen Schriftsatz haben die Beklagten gegen dieses Urteil Berufung eingelegt. Mit Schriftsatz vom 15. Mai 1997, per Telefax eingegangen ebenfalls am 15. Mai 1997, haben sie wegen der Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Zur Begründung des Wiedereinsetzungsgesuchs haben sie vorgetragen, ihr Prozeßbevollmächtigter habe am 2. Mai 1997 (Freitag) zwischen 15.³⁰ Uhr und 17.⁰⁰ Uhr und dann noch einmal am Abend zwischen 19.⁰⁰ Uhr und 20.³⁰ Uhr selbst versucht, die Berufungsschrift per Telefax zum Oberlandesgericht zu übermitteln. Diese Versuche seien jedoch gescheitert. Das

-

Freizeichen sei zwar ertönt, es sei aber nie zu einer Verbindung gekommen.

Durch den angefochtenen Beschluß hat das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten als unzulässig verworfen und das Wiedereinsetzungsgesuch zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Beklagten.

II.

Die sofortige Beschwerde ist statthaft und auch form- und fristgerecht eingelegt, sie hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zu Recht als unzulässig verworfen, weil sie nicht innerhalb der Berufungsfrist eingegangen ist. Nach § 516 ZPO beträgt die Berufungsfrist einen Monat ab Zustellung des Urteils. Der das Rechtsmittel enthaltende Schriftsatz hätte deshalb spätestens Freitag, den 2. Mai 1997 bei Gericht eingehen müssen. Da er erst am darauffolgenden Montag eingegangen ist, war die Berufung durch Beschluß als unzulässig zu verwerfen (§ 519 b Abs. 1 und Abs. 2 ZPO).

Dem Wiedereinsetzungsgesuch hat das Berufungsgericht jedenfalls im Ergebnis zu Recht nicht stattgegeben. Nach § 233 ZPO ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn eine Partei ohne ihr Verschulden verhindert war, die Berufungsfrist einzuhalten. Das Verschulden ihres Prozeßbevollmächtigten ist der Partei zuzurechnen (§ 85 Abs. 2 ZPO). Die Partei muß die die Wiedereinsetzung



begründenden Tatsachen glaubhaft machen (§ 236 Abs. 2 ZPO). Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann nicht gewährt werden, wenn nach den glaubhaft gemachten Tatsachen zumindest die Möglichkeit offenbleibt, daß die Fristversäumung von der Partei bzw. ihrem Prozeßbevollmächtigten verschuldet war (BGH, Beschluß vom 26. September 1991 - I ZB 12/91 - BGHR ZPO § 236 Abs. 2 Satz 1 Glaubhaftmachung 3). Die Möglichkeit, daß der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten die Fristversäumung verschuldet hat, kann nicht ausgeschlossen werden.

Zu Unrecht meint die sofortige Beschwerde, das Berufungsgericht habe festgestellt, daß das Telefaxgerät des Oberlandesgerichts am Nachmittag des 2. Mai 1997 gestört gewesen sei. Das Berufungsgericht meint lediglich, man könne dies unterstellen, weil es darauf aus Rechtsgründen nicht ankomme. Ob diese Ansicht des Berufungsgerichts richtig ist oder nicht, kann dahingestellt bleiben. Die Beklagten haben nämlich nicht hinreichend glaubhaft gemacht, daß das Empfangsgerät zur fraglichen Zeit gestört war. Ebensowenig gibt es Anhaltspunkte dafür, daß das Sendegerät des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten defekt war. Die vorgelegten Unterlagen sprechen eher gegen einen Defekt eines der beiden Geräte. Der Ausdruck aus dem Journal für das Telefaxgerät des Oberlandesgerichts weist aus, daß dieses Gerät zwischen dem 2. Mai 1997, 15.⁵¹ Uhr, und dem 5. Mai 1997, 10.⁵⁸ Uhr ohne Probleme Telekopien empfangen hat, und zwar auch zu der Zeit, in der der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten vergeblich versucht haben will, die Berufungsschrift zu übermitteln. Daß es über das Wochenende Zeitabschnitte gab, in denen keine

Fernkopien angekommen sind, deutet nicht auf einen Defekt des Gerätes hin.

Aus dem Journal für das Telefaxgerät des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten ist zu ersehen, daß am 2. Mai 1997 um 16.⁵⁰ Uhr und um 16.⁵³ Uhr zwei Fernkopien mit dem Vermerk "o.k." übermittelt werden konnten. Eine Meldung über einen Fehler bei der Übertragung enthält das Journal für den 2. Mai 1997 nicht. Die Beklagten tragen vor, das Faxgerät ihres Prozeßbevollmächtigten zeichne erfolglose Versuche beim Absenden von Fernkopien nicht im Journal auf. Man müsse einen "Extra-Sendebericht" anfordern. Einen solchen Extra-Sendebericht habe ihr Prozeßbevollmächtigter bei einem vergeblichen Sendeversuch um 18.¹² Uhr ausdrucken lassen. Gegen diese Darstellung spricht, daß das Journal des Faxgerätes des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten für den 5. Mai (17.⁵² Uhr) eine Fehlermeldung im Zusammenhang mit einer ausgehenden Kopie enthält.

Auch der von den Beklagten vorgelegte "Extra-Sendebericht" vom 2. Mai, 18.¹² Uhr belegt nicht einen Defekt eines der beiden Geräte. Dort ist unter der Rubrik Übertragung angegeben: "Storno". Dieser Vermerk kann jedenfalls auch bedeuten, daß der Vorgang vom Absender abgebrochen worden ist. Zumindest hätten die Beklagten zur Glaubhaftmachung, was der Vermerk "Storno" bedeutet, die Fehlercode-Liste des Faxgerätes vorlegen müssen.

Es kommen Ungereimtheiten im Vortrag der Beklagten hinzu. Die Beklagten tragen vor, ihr Prozeßbevollmächtigter habe sich am 2. Mai 1997 um 18.¹² Uhr zum Beleg für das Nichtfunktionieren seines Faxgerätes einen "Extra-

Sendebericht" ausdrucken lassen. Als er dann abends noch einmal ins Büro gefahren ist und erneut vergeblich versucht hat, die Berufungsschrift zu übermitteln, hat er sich einen solchen Bericht nicht mehr ausdrucken lassen, obwohl er zu diesem Zeitpunkt den Versuch, die Berufungsschrift rechtzeitig zu übermitteln, endgültig aufgegeben hatte. Als er am 5. Mai 1997 die Berufungsschrift per Fernkopie übermittelt hat, hat er auf die Fristversäumung mit keinem Wort hingewiesen und kein Wiedereinsetzungsgesuch gestellt. Das Wiedereinsetzungsgesuch hat er erst am 15. Mai 1997 (einen Tag vor Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist des § 234 ZPO) per Fernkopie eingereicht, nachdem der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin mit Schriftsatz vom 13. Mai 1997 auf die Fristversäumung hingewiesen hatte.

-

Unter diesen Umständen muß es als ungeklärt gelten, warum die Berufungsschrift nicht am 2. Mai 1997 per Telefax beim Berufungsgericht eingegangen ist. Daß der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten die Frist schuldhaft versäumt hat, ist somit nicht auszuschließen.

Blumenröhr

Krohn

Gerber

Sprick

Weber-Monecke