BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZB 24/10

vom

3. Mai 2011

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Ellenberger sowie Dr. Matthias

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde des Klägers gegen den Beschluss des 26. Zivilsenats des Kammergerichts vom 7. April 2010 wird auf seine Kosten als unzulässig verworfen.

Der Gegenstandswert beträgt 69.031,02 €.

Gründe:

I.

1 Der Kläger macht gegen die Beklagten Ansprüche wegen seiner Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds geltend. Die Beklagte zu 2) begehrt widerklagend Rückzahlung des zur obligatorischen teilweisen Anteilsfinanzierung ausgereichten Darlehens.

2 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und den Kläger auf die Widerklage der Beklagten zu 2) hin antragsgemäß zur Darlehensrückzahlung verurteilt. Hiergegen hat der Kläger mit Schriftsatz vom 2. Juli 2009 Berufung eingelegt. Die Frist zu deren Begründung wurde mit Verfügung des Gerichts vom 18. September 2009 letztmalig bis einschließlich 23. November 2009 verlängert. Die 120 Seiten umfassende Berufungsbegründung vom 23. November 2009 ist jedoch vollständig erst am 24. November 2009 um 0:21 Uhr auf dem Telefaxgerät des Berufungsgerichts eingegangen. Der Übersendungsvorgang,

der in vier Teilen erfolgte, startete am 23. November 2009 um 23:38 Uhr; bis 23:59 Uhr waren 52 Seiten übermittelt; die letzten Seiten - einschließlich der Unterschrift des Bevollmächtigten - gingen am 24. November 2009 ab 0:17 Uhr bei dem Berufungsgericht ein.

3 Hinsichtlich der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist hat der Kläger am 22. Dezember 2009 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Zur Begründung hat er geltend gemacht, sein instanzgerichtlicher Prozessbevollmächtigter habe am frühen Abend des 23. November 2009 mit dem Diktat des Schriftsatzes begonnen, für den ihm ein anwaltlicher Mitarbeiter zahlreiche Textbausteine zusammengestellt habe. Der Prozessbevollmächtigte sei davon ausgegangen, den Schriftsatz bis 20:00 Uhr in den Postkasten der Firma J. einwerfen zu können. Im Verlaufe des Abends sei es jedoch zu Verzögerungen gekommen. So sei seine Sekretärin gesundheitlich beeinträchtigt gewesen, eine wichtige Rückfrage bei seinem anwaltlichen Mitarbeiter habe - da dieser abredewidrig zunächst nicht erreichbar gewesen sei - nicht sogleich geklärt werden können und schließlich sei, nachdem die Seiten 1 bis 46 um 23:00 Uhr ausgedruckt gewesen seien, bemerkt worden, dass die Seiten 47 bis 80 zunächst aus technischen Gründen nicht hätten ausgedruckt werden können. Um 23:20 Uhr habe der Prozessbevollmächtigte des Klägers mit der Faxübersendung des Schriftsatzes an das Gericht begonnen, die nach seiner Einschätzung unter normalen Umständen innerhalb von 30 bis 35 Minuten möglich gewesen wäre. Es sei jedoch bei der Übermittlung zu Schwierigkeiten gekommen, da das Faxgerät wiederholt abgebrochen und einen neuen Anwahlvorgang begonnen habe; daher sei es nicht möglich gewesen, alle 120 Seiten bis 24:00 Uhr an das Berufungsgericht zu senden. Den ursprünglichen Plan, den Schriftsatz mit seinem PKW zum Berufungsgericht zu bringen, habe der Prozessbevollmächtigte gegen 23:40 Uhr aufgegeben, da er befürchtet habe,

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

es könne auf dem Weg, für den er um diese Zeit normalerweise zehn bis zwölf Minuten gebraucht hätte, wegen eines Sturmtiefs zu Verzögerungen kommen.

4 Das Berufungsgericht hat die Berufung unter gleichzeitiger Zurückweisung des Wiedereinsetzungsantrags als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger sei nicht ohne Verschulden seines Prozessbevollmächtigten daran gehindert gewesen, die Berufungsbegründungsfrist einzuhalten. Die 120 Seiten starke Berufungsbegründung wäre auch unabhängig von den vom Kläger geschilderten technischen Problemen nicht vollständig innerhalb der Frist bei dem Berufungsgericht eingegangen, da der Übertragungsvorgang erst um 23:38 Uhr begonnen habe. Soweit der Kläger geltend gemacht habe, das Büro seines Prozessbevollmächtigten habe ab etwa 23:20 Uhr versucht, eine Kommunikationsverbindung zum Berufungsgericht herzustellen, entlaste ihn das nicht. Die Tatsache, dass das Empfangsgerät eines Gerichts belegt sei, stelle keine technische Störung dar. Angesichts des Umfangs der Berufungsbegründung von 120 Seiten, deren Übersendung nach dem eigenen Vorbringen des Prozessbevollmächtigten des Klägers rund 30 Minuten im Rahmen der Telefaxübertragung in Anspruch genommen hätte, sei ab 23:30 Uhr klar gewesen, dass eine rechtzeitige Übermittlung per Fax nicht mehr habe sichergestellt werden können. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hätte angesichts dessen eine persönliche Übermittlung des Schriftsatzes jedenfalls versuchen müssen, selbst wenn sich möglicherweise durch das angekündigte Sturmtief eine Verzögerung auf dem Weg ergeben hätte.

5 Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Klägers.

II.

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

7 1. Soweit sie beantragt, dem Kläger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Beantragung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, ist sie bereits deshalb unzulässig, weil sie insoweit keine Begründung enthält und darüber hinaus der Wiedereinsetzungsantrag - wie das Berufungsgericht in dem angefochtenen Beschluss zu Recht ausgeführt hat - fristgerecht (§ 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO) gestellt wurde.

8 2. Auch soweit sich die Rechtsbeschwerde dagegen wendet, dass das Berufungsgericht den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zurückgewiesen hat, ist sie unzulässig. Die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO, die auch bei einer Rechtsbeschwerde gegen einen die Berufung als unzulässig verwerfenden Beschluss gewahrt sein müssen (vgl. Senat, Beschluss vom 9. November 2004 - XI ZB 6/04, BGHZ 161, 86, 87 mwN), sind nicht erfüllt. Entgegen der Auffassung des Klägers ist eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) nicht erforderlich. Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht weder auf der Verletzung von Verfahrensgrundrechten, namentlich des Rechts auf Gewährung rechtlichen Gehörs, noch verletzt sie den Anspruch des Klägers auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V. mit dem Rechtsstaatsprinzip; vgl. BVerfGE 77, 275, 284; BVerfG, NJW 2003, 281). Die Auffassung des Berufungsgerichts, im Wiedereinsetzungsantrag sei nicht hinreichend dargetan, die Berufungsbegründungsfrist unverschuldet versäumt zu haben (§ 233

ZPO), überspannt unter den gegebenen Umständen und Verhältnissen nicht die an die Sorgfalt eines Rechtsanwalts zu stellenden Anforderungen.

9 a) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Beginn der Faxübermittlung des 120 Seiten umfassenden Schriftsatzes um 23:38 Uhr sei angesichts der von dem instanzgerichtlichen Prozessbevollmächtigten des Klägers selbst veranschlagten Übertragungszeit von 30 bis 35 Minuten zu spät erfolgt, ist rechtsfehlerfrei, so dass eine Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde unter dem Gesichtspunkt einer einheitlichen Rechtsprechung von vornherein nicht in Betracht kommt. Zwar trifft der Einwand der Rechtsbeschwerde zu, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers bei der Erstellung und Übermittlung der Berufungsbegründung die ihm dafür eingeräumte Frist bis zur äußersten Grenze ausschöpfen durfte (vgl. BGH, Beschluss vom 2. August 2006 - XII ZB 84/06, NJW-RR 2006, 1648 Rn. 7; BFH, BFH/NV 2010, 919 Rn. 5). Ein Rechtsanwalt, der einen fristgebundenen Schriftsatz - wie hier - am letzten Tag der Frist einreichen will, muss aber sicherstellen, dass der Schriftsatz auf dem gewählten Übertragungsweg noch rechtzeitig vor Fristablauf bei Gericht eingeht (BGH, Beschluss vom 2. August 2006 - XII ZB 84/06, NJW-RR 2006, 1648 Rn. 7; BFH, BFH/NV 2010, 919 Rn. 5). Das zur Fristwahrung Gebotene hat der Anwalt bei der Übermittlung des Schriftsatzes per Fax daher nur getan, wenn er mit der Übermittlung so rechtzeitig begonnen hat, dass unter gewöhnlichen Umständen mit ihrem Abschluss am Tage des Fristablaufs bis 24:00 Uhr hätte gerechnet werden können (BVerfG, NJW 2000, 574; NJW 2007, 2838; BGH, Beschlüsse vom 9. November 2004 - X ZA 5/04, FamRZ 2005, 266 f. und vom 20. Dezember 2007 - III ZB 73/07, JurBüro 2009, 168 Rn. 4). Das war hier - wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und überzeugend ausgeführt hat - nicht der Fall. Ausweislich der Schilderung im Wiedereinsetzungsgesuch hat der instanzgerichtliche Prozessbevollmächtigte gegen 23:20 Uhr mit dem Versuch begonnen, die ersten 46 Seiten des insgesamt 120 Seiten umfassenden

Schriftsatzes an das Gericht per Fax zu übermitteln. Die Übertragung begann aber nach der durch die Empfangszeile auf dem Telefax belegten und von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts erst um 23:38 Uhr. Auch die Rechtsbeschwerde macht nicht geltend, dass angesichts der vom instanzgerichtlichen Prozessbevollmächtigten selbst veranschlagten voraussichtlichen Übertragungsdauer von 30 bis 35 Minuten der Beginn der Faxübertragung um 23:38 Uhr rechtzeitig war, um den Schriftsatz bis 24:00 Uhr vollständig zu senden.

10 Sie rügt lediglich, das Berufungsgericht habe gehörswidrig unberücksichtigt gelassen, dass der Faxanschluss des Gerichts zunächst nicht erreichbar gewesen sei und es Sache der Justiz sei, ausreichende Kapazitäten zu schaffen; das Berufungsgericht habe insoweit auch unter Verstoß gegen das Willkürverbot unterstellt, dass es in den Stunden vor Mitternacht einen ungewöhnlichen Andrang an Faxübersendungen gebe. Auch hiermit sind zulässigkeitsrelevante Rechtsfehler nicht dargetan. Eine Partei muss vielmehr nach ständiger Rechtsprechung bei der Übermittlung ihrer Schriftsätze Verzögerungen einkalkulieren, mit denen üblicherweise zu rechnen ist, wozu - insbesondere auch in den Abend- und Nachtstunden - die Belegung des Telefaxempfangsgeräts bei Gericht durch andere eingehende Sendungen gehört (BVerfG, NJW 2000, 574; BFH, BFH/NV 2010, 919 Rn. 5). Die Belegung des gerichtseigenen Telefaxanschlusses durch andere eingehende Sendungen ist eine kurz vor Fristablauf allgemein zu beobachtende Erscheinung, die verschiedentlich Gegenstand der Rechtsprechung war und der der Anwalt im Hinblick auf die ihm obliegende Sorgfaltspflicht durch einen zeitlichen Sicherheitszuschlag Rechnung tragen muss (BVerfG, NJW 2000, 574 mwN und NJW 2007, 2838). Dass das Empfangsgerät eines Gerichts in den Abend- und Nachtstunden für eine Zeit von zwanzig Minuten belegt ist, ist - wie auch die Rechtsbeschwerde an anderer Stelle zutreffend sieht - daher kein ungewöhnliches Ereignis, mit dem der Ab-

sender des Telefax nicht rechnen muss (BFH, BFH/NV 2010, 919 Rn. 5 mwN). Angesichts dieser Rechtsprechung war auch - anders als die Rechtsbeschwerde meint - kein Hinweis des Berufungsgerichts geboten, dass es seiner Entscheidung diese Grundsätze zugrunde legen wollte.

11 b) Erfolglos bleibt die Rechtsbeschwerde auch, soweit sie beanstandet, das Berufungsgericht hätte nicht allein auf die zu spät begonnene Faxübertragung abstellen dürfen, sondern hätte auch die nach dem Vortrag des Klägers zuvor aufgetretenen unvorhergesehenen Verzögerungen in seine Betrachtung einbeziehen müssen, die durch die Einschränkung der Leistungsfähigkeit einer Schreibkraft, durch eine notwendige Rückfrage bei dem abredewidrig zunächst nicht erreichbaren anwaltlichen Mitarbeiter sowie durch technische Probleme des Druckers aufgetreten seien. Dabei kann dahinstehen, ob die Rechtsbeschwerde insoweit überhaupt zulässigkeitsrelevante Gesichtspunkte aufzeigt; es kann auch offen bleiben, ob der instanzgerichtliche Prozessbevollmächtigte des Klägers - wie die Rechtsbeschwerdeerwiderung rügt - den 120 Seiten umfassenden Schriftsatz, mit dessen Diktat er am frühen Abend begonnen hatte, möglicherweise insgesamt zu spät erstellt hat. Die begehrte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist - wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat - nämlich jedenfalls deshalb zu versagen, weil der instanzgerichtliche Bevollmächtigte des Klägers den erforderlichen und ihm auch zumutbaren Versuch, den Schriftsatz in den Nachtbriefkasten des Gerichts einzuwerfen, nicht unternommen hat.

12 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat ein Anwalt, der eine Rechtsmittelbegründungsfrist bis zum letzten Tag ausschöpft, wegen des damit erfahrungsgemäß verbundenen Risikos erhöhte Sorgfalt aufzuwenden, um die Einhaltung der Frist sicherzustellen; eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist infolgedessen ausgeschlossen, wenn von ihm nicht alle

erforderlichen und zumutbaren Schritte unternommen wurden, die unter normalen Umständen zur Fristwahrung geführt hätten (Senatsbeschluss vom 9. Mai 2006 - XI ZB 45/04, NJW 2006, 2637 Rn. 8). Zum Schutz des Mandanten muss er hierbei den sichersten Weg wählen (Senatsbeschluss vom 9. Mai 2006 - XI ZB 45/04, NJW 2006, 2637 Rn. 12). Diesen Maßstäben ist der instanzgerichtliche Bevollmächtigte des Klägers nicht gerecht geworden, da er den ihm zumutbaren Versuch, den Berufungsbegründungsschriftsatz mit dem PKW zum Gericht zu bringen oder bringen zu lassen, nicht unternommen hat.

13 Ausweislich der Rechtsbeschwerdebegründung lag nach Behebung der Druckerprobleme gegen 23:40 Uhr ein ausgedrucktes Exemplar der vollständigen Berufungsbegründung vor. Zu diesem Zeitpunkt stand fest, dass die Zeit für die Übermittlung aller 120 Seiten des Schriftsatzes per Fax, die nach der Einschätzung des Anwalts mit etwa 30 bis 35 Minuten zu veranschlagen war, nicht ausreichen würde, den Schriftsatz rechtzeitig per Fax an das Gericht zu übermitteln. Die Übertragung der Seiten 1 bis 46 hatte nämlich erst um 23:38 Uhr begonnen, so dass für die Faxübertragung insgesamt nicht einmal 22 Minuten zur Verfügung standen. In dieser Situation hätte der instanzgerichtliche Anwalt des Klägers den Versuch unternehmen müssen, den Schriftsatz unmittelbar zum Nachtbriefkasten des Gerichts zu bringen oder bringen zu lassen, da allein auf diesem Weg eine rechtzeitige Übermittlung des Schriftsatzes - anders als per Fax - jedenfalls noch denkbar war. Nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hätte der Anwalt nach seinen eigenen Angaben um diese Zeit - von der Kanzleitür bis zum Gerichtsbriefkasten - lediglich zehn bis zwölf Minuten benötigt. Anders als die Rechtsbeschwerde geltend macht, war daher in der konkreten Situation um 23:40 Uhr die Fortsetzung der Faxversendung keinesfalls die "beste, schnellste und sicherste Möglichkeit von den weiteren Alternativen, den Schriftsatz noch fristgemäß beim Berufungsgericht einzureichen." Um 23:40 Uhr war vielmehr der sicherste - weil der einzig mögliche -

Weg, den Schriftsatz in der gegebenen Situation noch rechtzeitig bei Gericht einreichen zu können, die unmittelbare Beförderung zum Gericht.

14 Anders als die Rechtsbeschwerde rügt, hat das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung, der Prozessbevollmächtigte des Klägers hätte den Versuch unternehmen müssen, die Berufungsbegründung persönlich zu übermitteln, auch nicht entscheidungserheblichen Vortrag des Klägers zu den Risiken einer solchen persönlichen Übermittlung des Schriftsatzes gehörswidrig übergangen. Das Berufungsgericht hat vielmehr rechtsfehlerfrei angenommen, dass auch das angekündigte Sturmtief, das mittlerweile eingesetzt hatte, einem Versuch, den Schriftsatz persönlich zu Gericht zu bringen, nicht entgegenstand. Dass aufgrund des schlechten Wetters die Übermittlung des Schriftsatzes mit dem PKW nicht zumutbar gewesen wäre, hat der Kläger in der Begründung seines Wiedereinsetzungsantrags selbst nicht behauptet; die von ihm genannten Risiken betreffen allenfalls eine - aus der damaligen Sicht seines Anwalts - mögliche Verzögerung der Fahrt und ließen es aus seiner Sicht als unsicher erscheinen, mit dem Auto das Gericht noch rechtzeitig zu erreichen. Sie konnten mit Rücksicht darauf, dass die rechtzeitige Übersendung per Fax zu diesem Zeitpunkt bereits ausgeschlossen war, den gänzlichen Verzicht auf die Fahrt zum Gericht nicht rechtfertigen. Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, dem Prozessbevollmächtigten des Klägers habe in der gegebenen Situation ein Beurteilungsspielraum zugestanden, den er nicht überschritten habe, übersieht sie, dass um 23:40 Uhr aus der eigenen Perspektive des Prozessbevollmächtigen des Klägers, der von einer Übermittlungsdauer per Fax von 30 bis 35 Minuten ausging, gerade keine reelle Chance mehr bestand, die Übersendung per Telefax rechtzeitig zu bewerkstelligen. In dieser Situation musste angesichts des unmittelbar drohenden Fristablaufs die persönliche Übermittlung des Schriftsatzes als die einzige noch verbleibende reelle Chance trotz des schlechten Wetters jedenfalls versucht werden. Soweit die Rechtsbeschwerde

- erstmals - darauf verweist, der Prozessbevollmächtigte des Klägers sei wegen stressbedingter Belastung nicht mehr ausreichend fahrtüchtig gewesen, kann dahinstehen, ob dieses Vorbringen noch zu berücksichtigen ist. Es ist jedenfalls nicht erheblich, weil auch die Rechtsbeschwerde nicht geltend macht, dass eine Übermittlung durch die anwesende Kanzleimitarbeiterin, deren Wagen ausweislich der Begründung des Wiedereinsetzungsgesuchs zum Transport des Schriftsatzes vor der Kanzlei bereit stand, nicht möglich war.

15 Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, §101 Abs. 1 ZPO.

Wiechers Joeres Mayen

Ellenberger Matthias

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 13.05.2009 - 4 O 440/08 -
KG Berlin, Entscheidung vom 07.04.2010 - 26 U 114/09 -