



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

VII ZB 35/14

vom

16. November 2016

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 16. November 2016 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, die Richter Halfmeier, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterin Sacher

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Klägerin wird der Beschluss des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 11. Juli 2014 aufgehoben.

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

Gegenstandswert: 43.018,86 €

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen die Verwerfung ihrer Berufung wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist.
- 2 Die Parteien streiten nach vorzeitiger Beendigung eines Werkvertrages um restliche Vergütung sowie Entschädigung. Das Landgericht hat die auf Zahlung von 43.461,54 € gerichtete Klage in Höhe von 43.018,86 € abgewiesen. Gegen das landgerichtliche Urteil hat die Klägerin fristgerecht Berufung eingelegt. Auf ihren Antrag hat der Vorsitzende des Berufungsgerichts die Beru-

III.

14

Der angefochtene Beschluss ist mithin aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, da das Berufungsgericht die für die Prüfung der Voraussetzungen des § 233 ZPO notwendigen Tatsachen in dem angefochtenen Beschluss, der eine gesonderte Sachverhaltsdarstellung nicht enthält, nicht festgestellt hat.

Eick

Halfmeier

Kartzke

Jurgeleit

Sacher

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 05.11.2013 - 5 O 234/12 -

OLG Köln, Entscheidung vom 11.07.2014 - 16 U 210/13 -

b) Die vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen rechtfertigen es nicht, der Klägerin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu verweigern.

12 Noch zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ein Anwalt, der eine Rechtsmittelbe- gründungsfrist bis zum letzten Tag ausschöpft, wegen des damit erfahrungs- gemäß verbundenen Risikos erhöhte Sorgfalt aufzuwenden hat, um die Einhal- tung der Frist sicherzustellen (BGH, Beschluss vom 9. Mai 2006 - XI ZB 45/04, NJW 2006, 2637 Rn. 8 m.w.N.).

13 Soweit jedoch das Berufungsgericht meint, diesen Sorgfaltsmaßstab ha- be der Rechtsanwalt der Klägerin missachtet, weil er sein privates Faxgerät im Laufe des 14. Februar 2014 nicht auf seine Funktionsfähigkeit hin überprüft ha- be, ist das unzutreffend. Der erhöhte Sorgfaltsmaßstab führt nicht dazu, dass ein Rechtsanwalt technische Geräte stets auf ihre Funktionsfähigkeit hin über- prüfen muss, ohne hierfür einen konkreten Anlass zu haben. Es begründet des- halb keinen Verschuldensvorwurf gegen den Prozessbevollmächtigten der Klä- gerin, das von einem Fachunternehmen am 7. Februar 2014 installierte und noch am 10. Februar 2014 funktionstaugliche Telefaxgerät nicht im Laufe des 14. Februar 2014 einer Funktionstauglichkeitsprüfung unterzogen zu haben.

fungsbegründungsfrist bis zum 14. Februar 2014 verlängert. Die Berufungsbe- gründung der Klägerin ist am 15. Februar 2014 beim Berufungsgericht einge- gangen.

3 Gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist hat die Klägerin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Dazu hat die Klägerin, so- weit dies dem angefochtenen Beschluss des Berufungsgerichts, der keine ge- sonderte Sachverhaltsdarstellung beinhaltet, entnommen werden kann, vorge- tragen:

4 Der mit der Durchführung des Berufungsverfahrens beauftragte Rechts- anwalt der Klägerin habe beabsichtigt, die vollständig verfasste Berufungsbe- gründung am 14. Februar 2014 um 23.30 Uhr unter Verwendung seines in sei- ner Wohnung befindlichen Telefaxgerätes an das Berufungsgericht zu übersen- den. Das private Telefaxgerät sei am 7. Februar 2014 von einem Techniker ordnungsgemäß angeschlossen worden. Es habe am 10. Februar 2014 ein- wandfrei funktioniert. An diesem Tag sei ein Telefax erfolgreich übersandt wor- den. Am 14. Februar 2014 um 23.30 Uhr sei aufgrund einer technischen Stö- rung des privaten Telefaxgerätes eine Übersendung der Berufungsbegründung an das Berufungsgericht nicht möglich gewesen.

5 Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat das Beru- fungsgericht ausgeführt:

6 Dem Klägervertreter könne nicht vorgeworfen werden, dass er erst am letzten Tag der Berufungsbegründungsfrist versucht habe, die Berufung per Fax zu begründen. Es sei anerkannt, dass der Rechtsmittelführer eine Frist voll ausschöpfen dürfe, sofern er dabei die normale Frist für die Beförderung des Schriftstücks berücksichtige. Allerdings habe ein Rechtsanwalt, der die Frist zur

Einlegung eines Rechtsmittels bis zum letzten Tag ausschöpfe, wegen des damit erfahrungsgemäß verbundenen Risikos eine erhöhte Sorgfalt aufzuwenden, um die Einhaltung der Frist sicherzustellen. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand komme daher nicht in Betracht, wenn von dem Rechtsanwalt nicht alle erforderlichen und zumutbaren Schritte unternommen worden seien, die unter normalen Umständen zur Fristwahrung geführt hätten. Wolle der Prozessbevollmächtigte den Begründungsschriftsatz erst kurz vor Ablauf der Frist per Telefax übermitteln, müsse er besonders darauf achten, dass bei der Übermittlung keine Fehler passiert. Zwar dürften die technischen Risiken der Übermittlung fristwahrender Schriftsätze durch Telefax nicht auf den Nutzer des Mediums abgewälzt werden, wenn die technische Störung im Bereich des Telefaxempfangsgerätes liege. Vorliegend habe die technische Störung jedoch auf Seiten des Bevollmächtigten der Klägerin bei der Nutzung seines privaten Faxanschlusses und daher in dessen Risikosphäre gelegen. Verlasse sich der Bevollmächtigte bei der Fertigstellung und Übersendung von fristwahrenden Schriftstücken an das Gericht quasi in letzter Minute auf ein Telefaxgerät, so müsse er dessen Funktionen so rechtzeitig sicherstellen, dass er bei einer eventuellen Störung der Telefaxverbindung andere noch mögliche und zumutbare Maßnahmen für einen sicheren Zugang des fristwahrenden Schriftsatzes beim zuständigen Gericht ergreifen könne. Dass der Klägervertreter solche Maßnahmen ergriffen hätte, habe er nicht glaubhaft dargelegt. Der Umstand, dass das Telefaxgerät am 10. Februar 2014 noch einwandfrei funktioniert habe, befreie den Klägervertreter nicht davon, sich frühzeitig am 14. Februar 2014 über das Funktionieren des Telefaxgerätes zu vergewissern. Denn auch bei neu installierten Faxgeräten sei mit dem gelegentlichen Auftreten von Störungen zu rechnen, die es unmöglich machen könnten, einen Schriftsatz zu versenden. Damit hätte auch der Klägervertreter rechnen müssen.

II.

7 Die Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

8 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). Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist mit einer Begründung als unzulässig verworfen, die die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten eines Rechtsanwalts in aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise erschwert. Das verletzt die Beklagte in ihrem Verfahrensgrundrecht auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes gemäß Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG (BVerfG, NJW-RR 2008, 446 f., juris Rn. 9.; vgl. BGH, Beschluss vom 10. März 2011 - VII ZB 28/10, NJW-RR 2011, 790 Rn. 3).

9 2. Die Rechtsbeschwerde ist insoweit begründet, als mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung der Wiedereinsetzungsantrag der Beklagten nicht zurückgewiesen werden kann.

10 a) Nach § 233 Satz 1 ZPO ist einer Partei, die ohne Verschulden verhindert war, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten, auf ihren Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten steht einem Verschulden der Partei gleich, § 85 Abs. 2 ZPO. Die die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen sind bei der Antragstellung oder im Verfahren über den Antrag glaubhaft zu machen, § 236 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz ZPO.