

# NJW

# Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung  
mit dem Deutschen Anwaltverein  
und der Bundesrechtsanwaltskammer  
herausgegeben von  
den Rechtsanwälten  
Dr. Wolfgang Ewer  
Prof. Dr. Rainer Hamann  
Dr. Georg Maier-Reimer  
Prof. Dr. Rudolf Nirk  
Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe  
Ingeborg Rakete-Dombek  
Dr. Michael Streck

Verlag C. H. Beck  
München und Frankfurt a. M.  
NJW im Internet: [www.njw.de](http://www.njw.de)

## Aus dem Inhalt

*K. Nehm*, Das nachrichtendienstrechtliche Trennungsgebot und die neue Sicherheitsarchitektur · S. 3289

*M. C. Hettlage*, Sind Streiks ohne Urabstimmung „wilde“ Streiks? · S. 3299

*M. Liesching*, Anforderungen des Erwachsenenversandhandels nach dem Jugendschutzgesetz · S. 3303

*M. Gräfin von Galen*, Drahtseilakt oder Rechtssicherheit? – Strafverteidigerhonorar und Geldwäsche · S. 3304

*G. Schnabel*, Rechtsprechung zur Schuldrechtsanpassung und Sachenrechtsbereinigung · S. 3308

*EGMR*, Disziplinarmaßnahmen gegen Rechtsanwalt wegen Vorwurfs der Aussageerpressung · S. 3317

*BGH*, Nachbarliche Verkehrssicherungspflichten beim Grenzbaum · S. 3328

*BGH*, Strafmilderung bei Gewaltdelikten unter Alkoholeinfluss · S. 3350

*BAG*, Haftungsausschluss für Personenschäden bei Streit unter Arbeitskollegen · S. 3360

# 46 2004

3289–3368 57. Jahrgang 8. November 2004

Rechtsanwalt und Anwaltmediator (DAA) Philipp Riesenkampff, MBA, Stendal

## Beweisbarkeit der form- und fristgemäßen Übermittlung durch Telefaxgeräte\*

Das Telefax gehört heute zu den gebräuchlichen Kommunikationsmitteln im Rechtsverkehr. Allerdings wirft die Übermittlung insbesondere eines Computerfaxes eine Reihe rechtlicher Probleme auf. Hierzu zählen die Einhaltung von Formvorschriften sowie die Auswirkungen technischer Störungen und Bedienungsfehler.

### I. Form

Unmittelbar nach Aufkommen dieses neuen Mediums wurden die hiermit übermittelten Willenserklärungen und Mitteilungen auf Grund der Formfreiheit im Privatverkehr für wirksam erachtet<sup>1</sup>. Auch für den Rechtsverkehr mit Behörden und Gerichten bejahen die Rechtsprechung<sup>2</sup> und die Literatur<sup>3</sup> die formgerechte Übermittlung unterschriebener Schriftstücke durch Telefaxgeräte unter der Voraussetzung, dass der gefaxten Mitteilung sowohl der Inhalt der Erklärung als auch die Identität des Verfassers zuverlässig entnommen werden kann.

Die früher strittige Frage<sup>4</sup>, ob ein bestimmender Schriftsatz durch ein Computerfax formwirksam übermittelt werden kann, ist inzwischen durch den *GmS-OGB*<sup>5</sup> bejaht worden. Die Wirksamkeit eines bestimmenden Schriftsatzes<sup>6</sup> hänge allein von der bei Gericht erstellten körperlichen Urkunde ab. Entscheidend ist also, dass die ausgedruckte Textdatei eine eingescannte Unterschrift enthält.

Der *GmS-OGB* übertrug in seiner Beschlussbegründung die Argumentation des RG<sup>7</sup> und des RAG<sup>8</sup> zur Telegrafie und des BGH<sup>9</sup> zum Fernschreiben auf das Computerfax, da sich Letztere nicht wesentlich von dem Telefaxdienst der Bundespost unterscheidet<sup>10</sup>. Zudem seien Verfahrensvorschriften kein Selbstzweck. Die mit der Schriftform intendierte Wahrung der Rechte aller Beteiligten, die Gewährleistung der Rechtssicherheit und insbesondere die Verlässlichkeit der Eingabe seien auch durch die elektronische Übermittlung eines am Computer erstellten und versandten Telefaxes sichergestellt<sup>11</sup>. Damit hat der *GmS-OGB* klargestellt, dass unabhängig von ihrer Rechtsnatur und mit Ausnahme des Mahnantrags gem. § 703 c ZPO<sup>12</sup> alle Schriftsätze per Telefax übermittelt<sup>13</sup> werden können.

Ein Jahr später hat der Gesetzgeber diese Auffassung übernommen und mit dem Formvorschriften-Anpassungsgesetz<sup>14</sup> bestätigt: Im Zivilprozessrecht ist nunmehr ausreichend<sup>15</sup>, dass die Originalunterschrift auf der Telekopie wiedergegeben wird. Allerdings ist ein maschinenschriftlicher Vermerk wie zum Beispiel „gez. Name“ etc. nicht ausreichend<sup>16</sup>. Das Bild des Originalschriftzugs muss erkennbar sein<sup>17</sup>.

Für das Computerfax gilt somit, dass die Unterschrift eingescannt und unter die Mitteilung kopiert werden muss. Unabhängig von der Übermittlung per Telefax dürfen aber die Schriftsatzdoppel nicht vergessen werden, da anderenfalls die Auferlegung der Vervielfältigungskosten droht<sup>18</sup>. Für die Übermittlung von einfachen Willenserklärungen kann auf das Unterschriftserfordernis ganz verzichtet werden, § 127 II 1 BGB. In den Fällen der §§ 126, 126 a oder 126 b BGB kann eine Erklärung auch ohne Unterschrift<sup>19</sup> formwirksam per Telefax übermittelt werden<sup>20</sup>. Dies gilt regelmäßig auch für eine rechtsgeschäftliche vereinbarte Schriftform, sofern die Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB nichts anderes ergibt<sup>21</sup>.

Der gesetzlich angeordneten Schriftform (§ 126 BGB) genügt ein Telefax dagegen nicht<sup>22</sup>. Eine empfangsbedürftige<sup>23</sup> Willenserklärung wird in diesem Falle nur wirksam, wenn sie

- \* Der Autor ist Einzelanwalt in Stendal. Er dankt Herrn Dr. Karsten Faulhaber für seine Unterstützung.
- 1 Ebbing, CR 1996, 271 (277); Ebnet, NJW 1992, 2985 (2989); Tschentscher, CR 1991, 141; Buckenberger, DB 1982, 289 (291).
  - 2 BGH, NJW 1992, 244; NJW 1990, 188; BFH, NJW 1991, 2927; BAG, NJW 1989, 1822; NJW 1987, 341; BayObLG, NJW 1998, 3213 = CR 1998, 671 L. Ebenso Ebnet, NJW 1992, 2985 (2986) m. w. Nachw.
  - 3 Liwinska, MDR 2000, 1090, und Maniotis, ZJP 112 (1999), 316 (gewohnheitsrechtlich anerkannt); Ebnet, NJW 1992, 2985 (2987); Wolf, NJW 1989, 2592 m. w. Nachw.
  - 4 Nein: OLG Karlsruhe, NJW 1998, 1650 = CR 1998, 523: Eine eingescannte Unterschrift eines postulationsfähigen Anwalts könne zu Zweifeln über die Wirksamkeit einer wesentlichen Prozesshandlung führen. Beweisaufnahmen hierüber sollten aber möglichst vermieden werden. Die auf Gewohnheitsrecht beruhende Rechtsprechung zur Telegrafie (BGHZ 79, 314 [316] = NJW 1981, 1619) sei nicht übertragbar, da eine solche für das PC-Fax nicht existiere. Zudem bestünde die Gefahr, dass die dem Allgemeinwohl dienenden Bestimmungen über den Anwaltszwang umgangen würden (vgl. hierzu RGZ 151, 85). Ja: BSG, NJW 1997, 1254 = MDR 1997, 374 = EWIR 1997, 235: Eine Berufungsschrift bedürfe keiner Unterschrift, der Zusatz „Dieses Schreiben wurde maschinell erstellt, wird nicht eigenhändig unterschrieben“ reiche aus; BVerwG, NJW 1995, 2121; BFH, NJW 1996, 1432, für unterschrittslose BTX-Mitteilung; BGHS 8, 174, für unterschrittsloses Telegramm.
  - 5 GmS-OGB, NJW 2000, 2340 = CR 2000, 578. Ebenso OLG Köln, CR 1998, 337; Ebnet, NJW 1992, 2985 (2987).
  - 6 Schriftsätze, die eine das Verfahren unmittelbar gestaltende Prozesshandlung enthalten, z. B. schriftliche Anträge.
  - 7 RGZ 139, 44; RGZ 151, 85 (für Rechtsmitteleinlegung durch Fernsprecher).
  - 8 RAGE 3, 252 (254).
  - 9 Danach sind Telegramm und Fernschreiben analog zu behandeln, BGHZ 79, 314 (316) = NJW 1981, 1619; NJW 1987, 65.
  - 10 GmS-OGB, NJW 2000, 2340 = CR 2000, 578 m. w. Nachw.
  - 11 Ebenso schon BAG, NJW 1989, 1822; BFH, NJW 1991, 2927 (2928).
  - 12 Mangels Verwendung des richtigen Vordrucks, s. Zöller/Vollkommer, ZPO, 24. Aufl. (2003), § 703 c Rdnr. 8.
  - 13 Zöller/Greger (o. Fußn. 12), § 130 Rdnr. 18; für den Widerruf eines Vergleichs OLG Hamm, NJW 1992, 1705.
  - 14 BGBI I 2001, 1542, in Kraft getreten am 1. 8. 2001 (mit Rückwirkung).
  - 15 § 130 Nr. 6 ZPO, entsprechend anwendbar im Verwaltungsverfahren gem. § 173 VwGO.
  - 16 S. auch Dästner, NJW 2001, 3470 (Fußn. 10). A. A. BSG, MDR 1997, 374 = NJW 1997, 1254; FG Hamburg, NJW 2001, 992 = CR 2001, 162, wonach ein Computerfax mit eingescannter Unterschrift keinen höheren Beweiswert besitze als eines ohne eingescannte Unterschrift (abzulehnen, da danach der Begriff des dauerhaften Datenträgers (§ 316 a III BGB) erfüllt ist). Diese Begriffe unterscheiden sich aber von der Schriftform ganz erheblich, da ihr Schwerpunkt auf der Informationsvermittlung liegt und die Authentizität nachrangig ist, vgl. Vehslage, CR 2001, 162, und ders., DB 2000, 1801.
  - 17 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 62. Aufl. (2004) § 139 Rdnr. 27; a. A. Zöller/Greger (o. Fußn. 12), § 130 Rdnr. 22 m. w. Nachw., der die Unterschrift als Wirksamkeitserfordernis aufgeben möchte.
  - 18 Vgl. § 281 GKG; Nr. 9000 der Anlage zu § 3 GKG.
  - 19 Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl. (1999), § 127 Rdnr. 5; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl. (2004), § 127 Rdnr. 2; Jauernig, BGB, 10. Aufl. (2003), § 127 Rdnr. 2.
  - 20 Weitergehend Einsele, in: MünchKomm, BGB, 4. Aufl. (2001), § 127 Rdnr. 8.
  - 21 Vgl. zur jeher weiten Auslegung BAG, NJW 2002, 1363 m. w. Nachw.; BGH, NJW-RR 2000, 1560; NJW-RR 1996, 866; Einsele, in: MünchKomm (o. Fußn. 20), § 127 Rdnr. 3.
  - 22 BGH, NJW 1997, 3169 (3170); NJW-RR 1997, 684; BGHZ 121, 224 (229) = NJW 1993, 1126 (1127); BGHZ 24, 297 = NJW 1957, 1275; Soergel/Hefermehl (o. Fußn. 19), § 127 Rdnr. 5; Einsele, in: MünchKomm (o. Fußn. 20), § 126 Rdnr. 14; Ebnet, NJW 1992, 2990 m. w. Nachw.; Tschentscher, CR 1991, 141 (149).
  - 23 Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen werden nach allg. M. bereits mit ihrer Abgabe wirksam, eine sich anschließende Übermittlung per Telefax ist somit unschädlich, vgl. Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 19), § 130 Rdnr. 1, § 126 Rdnr. 11.

dem Empfänger mit der Originalunterschrift zugeht<sup>24</sup>. Wie bei der Kopie<sup>25</sup> fehlt auch auf der ausgedruckten Telekopie die Originalunterschrift. Sie kann auch nicht durch Stempel, Faksimile oder sonstige mechanische Hilfsmittel ersetzt werden<sup>26</sup>. Die mit der Schriftform bezweckte Identitäts- und Echtheitsfunktion<sup>27</sup> kann durch die Reproduzierbarkeit eingescannter und elektronisch abgespeicherter Unterschriften beim PC-Fax leicht umgangen werden. Außerdem droht eine Aushöhlung der mit dem Schriftformerfordernis bezweckten Warnfunktion<sup>28</sup> und des Übereilungsschutzes<sup>29</sup>.

## II. Zeitpunkt des Zugangs

Grundsätzlich wird die Willenserklärung wirksam, wenn sie dem Empfänger zugegangen ist. Voraussetzung ist daher der (vollständige) Eingang des Telefaxes beim Empfänger<sup>30</sup>.

Nach der Rechtsprechung besteht grundsätzlich keine Verpflichtung, Vorkehrungen für den Zugang von Erklärungen zu treffen<sup>31</sup>, auch wenn offiziell auf das Vorhandensein eines Telefaxanschlusses hingewiesen wird<sup>32</sup>. Allerdings gehören ein defektes Faxgerät oder fehlendes Papier zu den Obliegenheitsverletzungen des Empfängers<sup>33</sup>, da dieser die Gefahren seines Macht- und Einflussbereichs trägt<sup>34</sup>. Schlägt die Übermittlung eines Telefaxes auf Grund von Störungen aus der Sphäre des Empfängers fehl, ist gem. § 242 BGB ein vollständiger (und rechtzeitiger) Zugang des Schreibens anzunehmen<sup>35</sup>.

In der Kommunikation mit Gerichten und Behörden dürfen Fristen grundsätzlich bis zur letzten Minute genutzt werden<sup>36</sup>. Allerdings muss der Absender die Rechtzeitigkeit des Zugangs beweisen<sup>37</sup>. Daher muss er das Übermittlungstempo mit einkalkulieren<sup>38</sup>: Trifft die letzte Seite – auf der sich regelmäßig die Unterschrift befindet – nach Fristablauf ein, ist der gesamte Schriftsatz verspätet<sup>39</sup>. Ferner ist die jeweilige Prozesshandlung nicht wirksam vorgenommen, wenn die Faxverbindung vor Übertragung der letzten Seite mit der Unterschrift unterbrochen wird. Der Briefkopf einer Rechtsanwaltskanzlei auf einem Schriftsatz reicht nicht aus, um den Autor des Schriftsatzes hinreichend zu identifizieren<sup>40</sup>. Unter Umständen kann aber ein Teilausdruck ausreichend sein<sup>41</sup>.

Weiterhin muss der Empfänger die Möglichkeit zur Kenntnisnahme haben. Ebenso wie bei der E-Mail<sup>42</sup> ist hier strittig, ob die Mitteilung bereits mit der (Zwischen-)Speicherung<sup>43</sup> oder erst mit dem Ausdruck<sup>44</sup> derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser davon Kenntnis nehmen kann<sup>45</sup>. Die mittlerweile überwiegende Ansicht bejaht den Zugang mit der Speicherung<sup>46</sup> und begründet dies mit einer Analogie zum Anrufbeantworter und zum Empfangsboten. Misslingt bei Ersterem die Aufnahme, ist sie nicht zugegangen, wird die gespeicherte Willenserklärung gelöscht, hingegen schon<sup>47</sup>. Versteht der Empfangsbote die Willenserklärung nicht, so scheidet Zugang aus, versteht er sie hingegen und übermittelt sie lediglich nicht, so liegt Zugang vor<sup>48</sup>. Im Privatrechtsverkehr kann bei privaten Anschlüssen mit der tatsächlichen Kenntnisnahme am selben Tag, bei geschäftlichen Erklärungen mit Eingang (während der Geschäftsstunden, sonst mit dem nächsten Geschäftstagenbeginn<sup>49</sup>) gerechnet werden.

## III. Beweisbarkeit des Zugangs

Beruft sich der Erklärende auf die Wirksamkeit einer empfangsbedürftigen<sup>50</sup> Willenserklärung, muss er nach der Empfangstheorie deren Zugang beweisen<sup>51</sup>. Erfolgt die Zustellung nicht gleichzeitig mit dem Versand *per Telefax* durch Einschreiben mit Rückschein<sup>52</sup> oder Postzustellungsurkunde<sup>53</sup>, bereitet der Zugangsbeweis Schwierigkeiten. Der Empfänger kann diesen jederzeit bestreiten, selbst wenn er das Telefax tatsächlich erhalten hat. Zwar verstößt er dabei gegen die Wahrheitspflicht des § 138 I ZPO. Der schuldhafteste Verstoß

wird aber nur selten nachweisbar sein, so dass die drohenden Sanktionen<sup>54</sup> keine ausreichende Abschreckung bedeuten<sup>55</sup>. Daher stellt sich die Frage, welche rechtliche Bedeutung einem OK-Vermerk im Sendebericht des Absenders beizumessen ist. Trotz allgemeiner Ansicht, dass ein positives Sendeprotokoll für eine hohe Wahrscheinlichkeit des Zugangs spricht<sup>56</sup>, ergibt die Rechtsprechung<sup>57</sup> ein mehrheitliches Bild:

Nach dem *OLG Düsseldorf* darf sich der Absender für wettbewerbsrechtliche Abmahnungen grundsätzlich auf ein positives Sendeprotokoll verlassen<sup>58</sup>. Die ordnungsgemäße Ab-

24 BGH, NJW 1997, 3169 (3170) m. w. Nachw.; NJW-RR 1997, 684; BGHZ 121, 224 (229) = NJW 1993, 1126 (1127) m. w. Nachw.; BFH, NJW 1999, 1422; Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 19), § 126 Rdnr. 11.

25 Buckenberger, DB 1982, 239 (291).

26 Vgl. BGH, NJW 1970, 1078 (1080).

27 Ebenso Ebbing, CR 1996, 271 (277).

28 BHGZ 121, 224 (229) = NJW 1993, 1126 (1127).

29 Ebenso Cordes, NJW 1993, 2428.

30 BGH, NJW 1994, 2097.

31 BGH, NJW 1998, 976 (977); NJW 1996, 1967 (1968) = ZIP 1996, 878; BAG, NJW 1997, 146 (147); Einsele, in: MünchKomm (o. Fußn. 20), § 130 Rdnr. 34.

32 Voraussetzung ist die Bestimmung des Faxgeräts als offizielle Empfangsvorrichtung im Rechts- und Geschäftsverkehr, vgl. Einsele, in: MünchKomm (o. Fußn. 20), § 130 Rdnr. 36.

33 BGH, NJW 1992, 244; NJW 1995, 1431 (1432).

34 Vgl. Tschentscher, CR 1991, 141 (148); Einsele, in: MünchKomm (o. Fußn. 20), § 130 Rdnr. 11. Die Grundsätze bei der Kommunikation mit Behörden und Gerichten ist auch auf den Privatrechtsverkehr übertragbar, BGH, NJW 1995, 665 = BB 1995, 221 (222) = WM 1995, 341.

35 Einsele, in: MünchKomm (o. Fußn. 20), § 130 Rdnr. 36 m. w. Nachw.; Jauernig (o. Fußn. 19), § 130 Rdnr. 15; Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 19), § 130 Rdnr. 17.

36 BVerfG, NJW 2001, 3473.

37 BGH, NJW 2001, 1581 (1582); BGHZ 70, 232 (234) = NJW 1978, 886; Einsele in: MünchKomm (o. Fußn. 20), § 130 Rdnr. 46.

38 BGH, NJW-RR 2001, 916 = VersR 2003, 87.

39 BFH, Urt. v. 1. 2. 1991 – V 3 116/91 (unveröff.); BayObLG, NJW 1995, 668 = MDR 1995, 750 = CR 1995, 389.

40 BGH, NJW 2001, 1581 (1582).

41 BGH, NJW-RR 2001, 916 = VersR 2003, 87.

42 Vgl. Ultsch, NJW 1997, 3007.

43 BAGE 90, 329 = NZA 1999, 2034 = DB 1999, 925; Jauernig (o. Fußn. 19), § 130 Rdnr. 5; Taupitz/Kritter, JuS 1999, 841; Burgard, BB 1995, 222 (223); Heim, CR 1994, 595 (598); Tschentscher, CR 1991, 141 (148). Ist die störungsfreie Zwischenspeicherung bewiesen, kann von einem ordnungsgemäßen Ausdruck ausgegangen werden, OLG Zweibrücken, FGPrax 2002, 17.

44 BGH, NJW 1995, 665 = BB 1995, 221 = WM 1995, 341; NJW 1994, 2097; LAG Hamm, NZA 1994, 335; Einsele, in: MünchKomm (o. Fußn. 20), § 130 Rdnr. 20; Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 19), § 130 Rdnr. 7; Soergel/Hefermehl (o. Fußn. 19), § 130 Rdnr. 13 b.

45 Schaub, Arbeitsrechts-Hdb., 10. Aufl. (2002), § 123 Rdnr. 29.

46 Gemeint ist die Speicherung in einem Telefaxgerät, für die (Zwischen-)Speicherung auf der Festplatte eines Computers (papierloses Büro) gilt nichts anderes, vgl. Elzer/Jacoby, ZIP 1997, 1821 (1822).

47 Elzer/Jacoby, ZIP 1997, 1821 (1822 Fußn. 20).

48 Vgl. dazu Flume, BGB AT, Bd. 2, 4. Aufl. (1992), § 14 3 f.

49 OLG Rostock, NJW-RR 1998, 526; Medicus, Bürgerliches Recht, 18. Aufl. (1999), Rdnr. 46.

50 Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen werden nach allg. M. mit ihrer Abgabe wirksam, vgl. Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 19), § 130 Rdnr. 1.

51 Soergel/Hefermehl (o. Fußn. 19), § 130 Rdnr. 23; BGHZ 70, 232 (234) = NJW 1978, 886; Baumgärtel/Laumen, Hdb. der Beweislast im PrivatR, Bd. I, 2. Aufl. (1999), § 130 BGB Rdnr. 1.

52 Privaturkunde nach § 416 ZPO.

53 Öffentliche Urkunde nach § 418 ZPO.

54 Schadensersatz nach § 826 BGB, jedoch nicht nach § 823 II BGB; Strafbarkeit des Prozessbetrugs; Anwaltliches Berufsrecht; Restitutionsgrund des § 580 Nr. 4 ZPO.

55 Tschentscher, CR 1991, 141 (147).

56 OLG München, NJW 1993, 2448; ebenso Einsele, in: MünchKomm (o. Fußn. 20), § 130 Rdnr. 46; Fritzsche/Malzer, DNotZ 1995, 3 (14 f.).

57 Auf Grund der Fülle zu diesem Themengebiet wird im Folgenden nur auf die wichtigsten Entscheidungen eingegangen. Ein nach Sachgebieten gegliederter Überblick ist unter [www.lawyer-pietsch.de/online/telefax.htm](http://www.lawyer-pietsch.de/online/telefax.htm) zu finden.

58 OLG Düsseldorf, GRUR 1990, 310. Ähnl. für andere Rechtsgebiete: KG, WRP 1994, 39 = CR 1994, 164; OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1997, 1407.

sendung könne nicht nur durch Vorlage des Sendejournals, sondern auch durch eidesstattliche Versicherung des Bedienpersonals glaubhaft gemacht werden<sup>59</sup>.

Der 23. *Zivilsenat*<sup>60</sup> des OLG München wertet den Beweis für die Absendung eines Telefaxes als Anscheinsbeweis für dessen Zugang. Keine sechs Monate später widersprach dieser Auffassung der 7. *Zivilsenat* desselben Gerichts<sup>61</sup>. Technisch bedingte Übertragungsfehler würden unter Umständen nicht im Sendebericht protokolliert, so dass trotz einer hohen Zugangswahrscheinlichkeit die Grundsätze des Anscheinsbeweises nicht anwendbar seien.

Der BGH<sup>62</sup> schloss sich zwei Jahre später der Argumentation des 7. *Zivilsenats* des OLG München an. Sendeprotokollen käme allenfalls eine Indizwirkung zu, solange die Verlustquote durch die Übermittlung per Telefax nicht „ins Gewicht fallend geringer sei als im Briefdienst“. Durch den OK-Vermerk im Sendebericht werde nur die Herstellung einer Verbindung zwischen dem Sende- und dem Empfangsgerät angezeigt, für die geglückte Übermittlung der Daten und das Ausbleiben von Störungen besitze das Sendeprotokoll hingegen keinerlei Aussagewert<sup>63</sup>.

Allerdings hatte der BGH bereits in früheren Entscheidungen<sup>64</sup> die Auffassung vertreten, eine wirksame Ausgangskontrolle durch den Rechtsanwalt (§ 233 ZPO) umfasse auch die Prüfung des Sendeberichts auf die ordnungsgemäße Übermittlung. Denn der ausgedruckte Einzelnachweis belege die ordnungsgemäße Übermittlung und sei daher der alleinigen Überwachung des Sendevorgangs durch die Bürokraft überlegen<sup>65</sup>. Beide Entscheidungen sah der BGH aber als miteinander vereinbar an, da die (tatsächliche) Frage nach den Anforderungen der Beweisbarkeit des Zugangs von der „Rechtsfrage“ i. S. des § 132 II VVG zu unterscheiden sei.

In der Folgezeit entschied das OLG Köln<sup>66</sup>, dass einem prima facie-Beweis bei der Übermittlung an ein Gericht auch entgegenstehe, dass dem Sendebericht nicht zu entnehmen sei, auf welches Verfahren sich der Sendebericht bezieht. An dem betreffenden Tag war eine Mehrzahl von Telefaxsendungen getätigt worden.

Im Zusammenhang mit der Ausnutzung von Fristen sah das BVerfG in den Jahren 1996<sup>67</sup> und 2000<sup>68</sup> das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz verletzt, wenn der Absender die Transportrisiken für Netzstörungen tragen müsse. Sofern der Empfänger für Mitteilungen einen offiziellen Übermittlungsweg durch das Telefax eröffne, dürfe er die hieraus herrührenden Risiken nicht auf den Nutzer abwälzen. Auch Störungen der Übermittlungsleitungen seien diesem Kommunikationsmittel immanent, da die Leitungen des öffentlichen Telefonnetzes zwingend beim Telefaxversand genutzt werden müssten. Auch eine Leitungsstörung sei daher als ein Versagen der vom Empfänger angebotenen Zugangseinrichtung anzusehen, da Leitungen und Empfangsgerät eine Einheit bildeten<sup>69</sup>. Der Nutzer habe mit der Wahl eines anerkannten Übermittlungsmediums, der ordnungsgemäßen Nutzung eines funktionierenden Sendegeräts, der korrekten Eingabe der Empfänger Nummer und dem rechtzeitigen Übermittlungsbeginn<sup>70</sup> das seinerseits Erforderliche getan.

Der 15. *Zivilsenat* des OLG München<sup>71</sup> wiederum folgte dem 23. *Zivilsenats* des OLG München<sup>72</sup>. Damit hielt es den Beweis des ersten Anscheins durch den Sendebericht in Verbindung mit einer – unbestrittenen – eidesstattlichen Versicherung dafür erbracht, dass das Telefax übermittelt wurde und damit dem Empfänger auch zugegangen sei. Die Argumentation des BGH aus dem oben genannten Urteil im Jahr 1994 konnte des 15. *Zivilsenat* in seinen Entscheidungsgründen in Anbetracht der rasanten Entwicklung der Telekommunikation und ihrer Technik nicht mehr teilen.

Trotz den Ausführungen des BVerfG und der vom OLG München einbezogenen Frage nach dem technischen Fort-

schrift blieben BGH<sup>73</sup>, BFH<sup>74</sup> und BAG<sup>75</sup> auch in der Folgezeit bei dieser Differenzierung.

#### IV. Fazit

Vergleichbare Sachverhalte ungleich zu behandeln, läuft dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden zuwider. Es ist schwer nachvollziehbar, warum bei demselben technischen Vorgang Gerichte und Behörden die Übermittlungsrisiken tragen, während das Sendeprotokoll im privaten Rechtsverkehr nur ein Indiz für die ordnungsgemäße Übermittlung sein soll. Auch nach dem BGH ist die Kommunikation im Privatrechtsverkehr mit der zwischen dem Staat und Bürger vergleichbar<sup>76</sup>.

Die Literatur<sup>77</sup> befürwortet daher seit jeher eine Beweislastumkehr bei Vorlage eines OK-Vermerks. Der Absender habe bei Nutzung eines funktionsfähigen Sendegeräts und korrekter Eingabe der Empfänger Nummer das seinerseits Erforderliche getan und dürfe sich demzufolge auch auf den Sendebericht verlassen<sup>78</sup>. Zudem bestehe die Möglichkeit des Ausdrucks eines Empfangsjournals, in dem alle eingehenden Faxsendungen dokumentiert sind. Der Empfänger könne diesen prima facie-Beweis durch Vorlage dieses Empfangsprotokolls oder des unleserlichen Ausdrucks entkräften.

Nach den allgemeinen Erfahrungen bestehen eher geringere Bedenken gegen die Zuverlässigkeit der Übermittlung durch Telefax als durch die Post, obwohl für Letztere auch nach dem BGH grundsätzlich eine hohe Zuverlässigkeit anzunehmen sei<sup>79</sup>. Zudem lässt sich der Zugang eines Telefaxes anhand der Sende- und Empfangsjournale exakter feststellen als bei den meisten anderen Kommunikationsmitteln<sup>80</sup>. Darüber

59 Ebenso OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1997, 1407.

60 OLG München, NJW 1994, 527 = CR 1994, 402; ebenso LG Osnabrück, NJW-RR 1994, 1487; LG Hamburg, NJW-RR 1994, 1486; OLG Hamm, NJW 1994, 3172.

61 OLG München, NJW 1993, 2448; ebenso viele nachfolgende Entscheidungen und Literatur, z. B. BAG, NZA 2003, 158 = DB 2002, 2549 m. w. Nachw.; OLG Dresden, NJW-RR 1994, 1485; OLG Bamberg, FamRZ 2001, 1007; LAG Düsseldorf, NZA-RR 2004, 321 = DB 2004, 1159; Soergel/Hefermehl (o. Fußn. 19), § 130 Rdnr. 10; Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 19), § 130 Rdnr. 21; Einsele, in: MünchKomm (o. Fußn. 20), § 130 Rdnr. 46.

62 BGH, NJW 1995, 665 = BB 1995, 221 = WM 1995, 341.

63 BGH, NJW 1995, 665 = BB 1995, 221 = WM 1995, 341; Soergel/Hefermehl (o. Fußn. 19), § 130 Rdnr. 13 c.

64 BGH, CR 1994, 164; NJW 1993, 1655 = CR 1993, 547; NJW 1992, 244 = WM 1991, 2080; NJW 1993, 3140; NJW 1990, 187. Ebenso OLG München, CR 1994, 164 (165).

65 Ebenso OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1997, 1407. A. A. LAG Hamm, NZA 1994, 335 (336), und OLG Köln, GRUR 1988, 856, wonach sich der Rechtsanwalt durch einen Telefonanruf über den Zugang zu vergewissern habe. Nach Ebnet, NJW 1992, 2985 (2987), und LG Hamburg, NJW-RR 1994, 1486, würde ein solcher Kontrollanruf den Absender aber zwingen, das Faxgerät nur während der Dienststunden zu benutzen. Dies würde die Vorteile dieses Kommunikationsmediums aber zu stark einschränken.

66 OLG Köln, NJW 1995, 1228.

67 BVerfG, NJW 1996, 2857 = DB 1996, 1821.

68 BVerfG, NJW 2001, 3473; NZA 2000, 789 = MDR 2000, 836.

69 Ebenso Schaub, Arbeitsgerichtsverfahren, 7. Aufl. (2001), S. 336.

70 Innerhalb dessen unter normalen Umständen mit Abschluss vor Fristablauf zu rechnen ist.

71 OLG München, MDR 1999, 286 = CR 1999, 368.

72 S. o. Fußn. 60.

73 BGH, NJW-RR 2002, 999; VersR 2002, 1045 (1046); NJW 1997, 1311; NJW-RR 1997, 250; MDR 1996, 99; VersR 1995, 933.

74 BFH, NJW 1998, 2383; BFHE 186, 491 (493) = BB 1999, 303; Zudem sei nicht erkennbar, ob beschriftete oder unbeschriftete Seiten übertragen worden seien.

75 BAG, NJW 2001, 3358 = NZA 2001, 1204 = DB 2001, 2253 = BB 2001, 2481.

76 BGH, NJW 1995, 665 (667) = BB 1995, 221 = WM 1995, 341.

77 Burgard, BB 1995, 222; AcP 195 (1995), 74 (76) m. w. Nachw.; Jaeger, CR 1994, 155.

78 Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl. (2003), § 233 Rdnr. 52 a.

79 BGH, NJW 1964, 1176.

80 Burgard, BB 1995, 222 (224); AcP 195 (1995), 74 (76) m. w. Nachw.; Jaeger, CR 1994, 155.

hinaus hat sich die Technik seit der ersten Entscheidung des BGH zu diesem Thema stark weiterentwickelt. Die Fehlerquote bei Faxgeräten mit Thermopapier<sup>81</sup> war signifikant höher als die bei Faxgeräten, die sich mit digitalem Speicher, vorherigem Blattscan und HDLC-Übertragungsverfahren<sup>82</sup> auf dem heutigen Stand der Technik befinden. Auch die grundsätzlich seltenen Leitungsstörungen sind durch die Nutzung von ISDN noch unwahrscheinlicher geworden. Vor diesem Hintergrund erscheint fraglich, ob der Empfänger weiterhin vor dem Beweis der negativen Tatsache<sup>83</sup> in Form der

fehlgeschlagenen Übermittlung geschützt werden muss. Es ist zu hoffen, dass die obersten Bundesgerichte der technischen Entwicklung auf dem Gebiet der Telekommunikation Rechnung tragen werden. ■

81 OLG Köln, GRUR 1988, 856.

82 High Level Data Link Control: Technik zur Überprüfung von Übertragungsfehlern.

83 Vgl. für die Beweislast über den Erhalt von Postsendungen BGHZ 101, 50 (55) = NJW 1987, 2235.

Dr. Manfred C. Hettlage, München

## Sind Streiks ohne Urabstimmung „wilde“ Streiks?\*

Nach herrschender Meinung werden gewerkschaftliche Urabstimmungen nicht als demokratische Urwahlen, sondern als demoskopische Umfragen eingeordnet mit der Folge, dass diese Meinungsumfragen auch unterbleiben können und falsche, ja sogar gefälschte Urabstimmungen nicht dazu führen, dass die Arbeitgeberseite im System der Tarifautonomie Anspruch auf Unterlassung der auf diese Weise „beschlossenen“ Streiks hat.

### I. Verlust der historisch gewachsenen Rechtstradition

Urabstimmungen musste ursprünglich niemand auf dem Gerichtsweg einfordern. Sie waren in den Satzungen der Gewerkschaften vorgesehen und wurden vor flächendeckenden Erzwingungsstreiks auch tatsächlich abgehalten, von den weniger ins Gewicht fallenden Warnstreiks abgesehen. Wegen des hohen gewerkschaftlichen Organisationsgrades bei den abgehaltenen Abstimmungen ergab sich von selbst, dass der Streikentscheid nicht etwa nur von kleineren organisierten Minderheiten, sondern von der großen und zugleich auch gewerkschaftlich organisierten Mehrheit in den umkämpften Betrieben getragen und verantwortet wurde. Durch die Urabstimmung wurde daher in den Tarifgebieten der Wille des Volks sichtbar, der „in Wahlen und Abstimmungen“ ausgeübt wird. Niemand zweifelte daran.

Bei kurzzeitigen Warnstreiks, die es natürlich immer wieder gab, ohne dass vorher abgestimmt worden wäre, stellte sich im Lauf der Zeit zunehmend die Frage nach ihrer Rechtmäßigkeit. Wegen der Streiktaktik der so genannten „neuen Beweglichkeit“, die in den 70er Jahren aufkam, nahmen die Arbeitsniederlegungen ohne vorherige Abstimmung sprunghaft zu. Der Unterschied zwischen den abstimmungsfreien Warnstreiks und abstimmungspflichtigen Erzwingungsstreiks wurde immer geringer und stand im Begriff, schließlich ganz von der Bildfläche zu verschwinden.

Weil den Gewerkschaften sehr daran lag, ihre neue Streikform, die immer mehr an Bedeutung gewann, unanfechtbar zu machen, strichen die meisten von ihnen entweder die Verpflichtung, Urabstimmungen abhalten zu müssen, aus ihren Satzungen oder aber sie verbannten die Urwahl der Mitglieder ganz und gar aus ihren Statuten, wie das die Gewerkschaft Verdi getan hat. Man wollte sich von niemandem vorschreiben lassen, wann und wo gestreikt oder nicht gestreikt werden darf. Der sich innerhalb der Tarifgebiete in der Urwahl spiegelnde Volkswille blieb auf der Strecke und mit ihm der Interessenschutz, den das gewohnte Verfahren der Abstimmung Dritten wie der Allgemeinheit bot.

### II. Bestimmung des Schicksals der Volkswirtschaft durch gesetzlich ungeregeltes Arbeitskampfrecht

Aus der Sicht der Nationalökonomie gleicht das Tarifsystem einem Leopardenfell. Durch die Interdependenz – wechselseitige Abhängigkeit – von Löhnen bzw. Gehältern und Preisen für Waren bzw. Dienste bestimmt die Tarifautonomie in ihrer Gesamtheit rund 57 000 Kollektivverträge<sup>1</sup>. Sie richten sich an den besonders umkämpften Pilotabschlüssen der Tarifführer aus und bestimmen schlussendlich das Schicksal der ganzen Volkswirtschaft. Erwiesenermaßen hat der Abschluss eines Tarifvertrags erhebliche Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse von Unorganisierten. Faktisch werden vor allem in den unteren Lohngruppen diese und die Mitglieder von Arbeitnehmervereinigungen durch die Arbeitgeber gleichbehandelt<sup>2</sup>. Wenn auch die meisten Tarifverträge auf friedliche Weise zu Stande kommen, steht irgendwo im Hintergrund doch der latente Druck der kollektiven Arbeitsverweigerung.

Über der gesamten Volkswirtschaft hängt somit das Damoklesschwert des Streiks. Die Pilotabschlüsse der gewerkschaftlichen Tarifführer, die unter dem Druck ständig drohender Arbeitsniederlegungen entstehen, übertragen sich auf die nachfolgenden Anschlussstarife in Windeseile. Über das Ergebnis der Tarifverhandlungen entscheidet letztlich also nicht die Freiwilligkeit der Vereinbarungen, sondern die Stärke des Drucks, den man direkt oder indirekt ausüben kann und ausüben darf.

Die Tarifhoheit ist beherrscht von der Macht des Stärkeren. Dabei gilt es als ausgemacht, dass der Arbeitgeber der strukturell Stärkere sei. Ohne die Waffe des Streiks seien Tarifabkommen nicht das Ergebnis von Verhandlungen unter Gleichen, sondern „kollektives Betteln“<sup>3</sup>. Wie dem auch sei, die Staatskunst besteht jedenfalls darin, für keine der beiden Seiten Partei zu ergreifen. Vielmehr ist der unlösbar erscheinende Interessenkonflikt durch ein geeignetes und von den Kontrahenten anerkanntes Verfahren so auszugleichen, dass sozialer Friede entsteht. Im Vordergrund kann also nicht die Ergebnissgerechtigkeit stehen. Vorrang muss hier vielmehr die Verfahrensgerechtigkeit haben.

\* Der Autor ist Publizist in München und hat sich in zahlreichen Veröffentlichungen mit den Tarifpartnern und dem Arbeitskampfrecht auseinander gesetzt.

1 Vgl. dazu die jährlichen Tarifberichte des Bundesministers für Wirtschaft u. Sozialordnung. Ferner Möschel, in: ifo-Schnelldienst 15/2003, S. 7 ff. (Vortrag gehalten am 7. 7. 2003 beim „Münchner Seminar“ im ifo-Institut), mit den bis 2003 verfügbaren Zahlen zur Tarifstatistik.

2 So Bruhn, Tariffähigkeit von Gewerkschaften und Autonomie, eine Kritik der Mächtigkeitslehre des BAG, 1993, S. 144 (m. w. Nachw. in Rdnr. 80); ferner Seiter, Staatsneutralität im Arbeitskampf, 1986, S. 347 f.: Aus dem mittelbaren Nutzen für die tarifungebundenen „Außenstreiker“ folge, dass ihnen auch die Last der Arbeitskämpfe zugemutet werden dürfe, S. 348.

3 G. Müller, in: Ockenfels, Krise der Gewerkschaften, Krise der Tarifautonomie, 1987, S. 91 ff.