Volltext zu MIR Dok.: 332-2008
Veröffentlicht in: MIR 11/2008
Gericht: OLG Celle
Aktenzeichen: 8 U 80/07
Entscheidungsdatum: 19.06.2008
Vorinstanz(en): LG Hannover, Az. 2 O 130/06

Permanenter Link zum Dokument: http://www.medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=1801

www.medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

OBERLANDESGERICHT CELLE **Im Namen des Volkes** **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

hat der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 30. Mai 2008 durch für Recht erkannt:

Unter Abänderung des am 20. Februar 2007 verkündeten Urteils der 2. Zivilkammer des Landgerichts Hannover wird festgestellt, dass der Lebensversicherungsvertrag mit der M. Lebensvers. AG vom 30. März 1999, Versicherungsvertragnummer ..., versicherte Person: M. N., bestehend aus einer Lebensversicherung/Rentenversicherung kombiniert mit einer Berufsunfähigkeitsversicherung, durch die Kündigung der Beklagten vom 18. September 2003 nicht beendet wurde, sondern ungekündigt im vereinbarten Versicherungsumfang fortbesteht.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 988,61 EUR außergerichtliche Rechtsanwaltskosten zzgl. 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Feststellung des Fortbestehens einer Kapitallebens und Rentenversicherung in Anspruch.

Ausweislich des Versicherungsscheins vom 30. März 1999 unterhielt der Kläger bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der ... Lebensvers. AG, eine Lebens und Rentenversicherung auf den Erlebensfall mit eingeschlossener Berufsunfähigkeitsversicherung (Bl. 11 - 15 d. A.). Der Vertrag ist mit einer Dynamikklausel verbunden, die eine Beitragserhöhung von jährlich mindestens 5 % und eine neue Festsetzung der Versicherungsleistung vorsieht. In den dem Vertrag zugrunde liegenden AVB (Bl. 58 - 67 d. A.) heißt es zu § 16 Ziff. 10:

„Die Erhöhung entfällt rückwirkend, wenn Sie ihr bis zum Ende des ersten Monats nach dem Erhöhungstermin widersprechen oder den ersten erhöhten Beitrag nicht innerhalb von zwei Monaten nach dem Erhöhungstermin zahlen.“

Anfang 2003 belief sich der Beitrag auf 167,48 EUR monatlich. Am 27. Januar 2003 teilte die Beklagte dem Kläger eine Erhöhung der Versicherungsleistung sowie des Beitrages auf monatlich 192,60 EUR mit (Bl. 16 d. A.). Dieser Beitrag wurde für März 2003 vom Konto des Klägers abgebucht. Ob der Kläger der Erhöhung widersprochen hat, ist streitig. Jedenfalls widerrief der Kläger am 9./13. Mai 2003 den Lastschrifteinzug für die Monate April und Mai 2003 und zahlte per Überweisung nur den ursprünglichen monatlichen Betrag. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten mahnte den Kläger mit Schreiben vom 10. Juni 2003 zur Zahlung des rückständigen Betrages von 52,75 EUR (Bl. 20 d. A.). Weitere Zahlungen des Klägers folgten dann nicht mehr. Am 18. September 2003 kündigte die Beklagte den Vertrag wegen Zahlungsverzuges (Bl. 22f. d. A.). In dem Schreiben heißt es weiter:

„Die Wirkungen entfallen, wenn Sie innerhalb eines Monats nach Zugang dieses Schreibens alle angemahnten Beiträge zuzüglich Verzugsaufschlag zahlen. Bis zu 6 Monaten seit der Fälligkeit des ersten rückständigen Betrages kann der Vertrag durch Zahlung aller bis zum Zahlungszeitpunkt fällig gewordenen Beträge zuzüglich Verzugsaufschlag wieder in der ursprünglichen Form in Kraft gesetzt werden. Voraussetzung ist stets, dass der Versicherungsfall noch nicht eingetreten ist. Trotz des Zahlungsrückstandes gibt es verschiedene Möglichkeiten, bald wieder vollen Versicherungsschutz zu erhalten. Sollte es Ihnen zur Zeit schwer fallen, die aufgelaufenen Rückstände zu begleichen, so können wir Ihnen verschiedene Angebote zur Weiterführung des Vertrages unterbreiten. Bitte setzen Sie sich deshalb mit uns in Verbindung.“

Am 23. September 2003 gab es ein Telefonat zwischen dem Kläger und der Mitarbeiterin M. der Rechtsvorgängerin der Beklagten, bei dem es um die Bezahlung der rückständigen Beiträge ging. Eine Zahlung seitens des Klägers oder eine Vereinbarung mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten erfolgten nicht. Die Beklagte lehnte eine rückwirkende Wiederinkraftsetzung des Vertrages und eine Rücknahme der Kündigung mit Schreiben vom 9. Juli 2004 (Bl. 28 f. d. A.) und 21. Februar 2006 (Bl. 30 d. A.) ab.

Der Kläger hat behauptet,

die Kündigung der Beklagten sei bereits deshalb unwirksam, weil er der Dynamikerhöhung durch Faxschreiben vom 10. März 2003 widersprochen habe (Bl. 4, 16 - 18, 76 - 78 d. A.). Dieser Widerspruch sei am 10. März 2003 ausweislich des Faxjournals sowie des Einzelverbindungsachweises der Telekom ordnungsgemäß abgesandt worden, wobei sich der OKVermerk aus dem Sendeprotokoll ergebe. Zu irgendwelchen technischen Übermittlungsstörungen sei es nicht gekommen. Der Anschluss gehöre seinem Vater, der eine Subdirektion der Rechtsvorgängerin der Beklagten geleitet habe und bei der er tätig gewesen sei. Dass im Faxjournal die Vorwahl für M. fehle, liege an der vom Empfänger des Gerätes gewählten Einstellung seines Gerätes. Infolge dieses Widerspruchs habe er auch der Einziehung der erhöhten Beiträge für April und Mai 2003 widersprochen, während der Widerspruch für den erhöhten Betrag für März 2003 zu spät gekommen sei. Der Mahnung der Rechtsvorgängerin der Beklagten vom 10. Juni 2003 habe er durch Fax vom 13. Juni 2003 widersprochen, in dem er auf den Widerspruch gegen die Dynamikerhöhung hingewiesen habe (Bl. 5 f., 19 - 21 d. A.). Die Beklagte könne sich auch deshalb nicht auf eine Kündigung berufen, weil sie es dem Kläger unmöglich gemacht habe, innerhalb der 6Monatsfrist bis zum 1. November 2003 die Verzugsfolgen wieder zu beseitigen (Bl. 6, 80 - 83 d. A.). Bei dem Telefonat mit der Mitarbeiterin M. am 23. September 2003 sei es um die verschiedenen Alternativen gegangen, die die Beklagte habe prüfen wollen, z. B. eine Umlage der rückständigen Beiträge auf die Restlaufzeit des Vertrages. Die Mitarbeiterin der Rechtsvorgängerin der Beklagten habe sich dann jedoch nicht wieder gemeldet.

Der Kläger hat beantragt (Bl. 1, 100 d. A.),

1. festzustellen, dass der Lebensversicherungsvertrag mit der M. Lebensvers. AG vom 30.03.1999, Versicherungsnummer ..., versicherte Person: M. N., bestehend aus einer Lebensversicherung/Rentenversicherung kombiniert mit einer Berufsunfähigkeitsversicherung, durch die Kündigung der Beklagten vom 18.09.2003 nicht beendet wurde, sondern ungekündigt im vereinbarten Versicherungsumfang fortbesteht,

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 988,61 EUR außergerichtliche Rechtsanwaltskosten zzgl. 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt (Bl. 100 d. A.),

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, den Widerspruch gegen die Dynamikerhöhung vom 10. März 2003 nicht erhalten zu haben (Bl. 55 - 57, 92 f., 99 d. A.). Insoweit stehe noch nicht einmal die Absendung des Fax mit diesem Inhalt fest, zumal von diesem Anschluss zahlreiche Schreiben an die Rechtsvorgängerin der Beklagten gefaxt worden seien. Bei der Faxnummer fehle die Vorwahl für M.. Ferner bestünden Zeitdifferenzen zum Einzelverbindungsanruf der Telekom. Ein Versandausdruck auf dem angeblichen Widerspruchsschreiben sei nicht vorhanden. Außerdem handele es sich bei dem Faxanschluss nicht um einen der M. Lebensvers. AG, sondern der M. AG Holding, Bereich Vermittlerbetreuung. Auf die erfolgte Mahnung vom 10. Juni 2003 nach der Rücklastschrift für April und Mai 2003 habe der Kläger sich auch nicht weiter gemeldet, so dass die Kündigung ausgesprochen worden sei (Bl. 54 d. A.). Bei dem Telefonat am 23. September 2003 habe der Kläger erklärt, dem Beitragseinzug sei nur wegen Aufhebung der Dynamik widersprochen worden. Der Beitragseinzug habe dann ab Oktober 2003 vorgenommen werden sollen, was indessen nicht möglich gewesen sei (Bl. 54, 94 f. d. A.).

Mit Urteil vom 20. Februar 2007 hat das Landgericht die Klage abgewiesen (Bl. 102 - 108 d. A.). Die Beklagte sei wegen des Zahlungsverzuges des Klägers ab dem 1. Mai 2003 zur Kündigung des Vertrages berechtigt gewesen. Die Erhöhung der Prämie zum 1. März 2003 auf 192,60 EUR sei wirksam, da der Kläger ihr nicht rechtzeitig widersprochen habe. Der Kläger habe nicht den Nachweis geführt, dass die Beklagte das Fax vom 10. März 2003 erhalten habe. Abgesehen davon, dass die Vorwahlnummer fehle, habe es sich nicht um einen Faxanschluss der Rechtsvorgängerin der Beklagten, sondern um einen der M. AG Holding gehandelt. Ferner sei nicht ersichtlich, dass es sich bei dem Fax gerade um das Widerspruchsschreiben des Klägers gehandelt habe. Die Beklagte habe es dem Kläger auch nicht unmöglich gemacht, innerhalb der 6 Monatsfrist die Rückstände zu bezahlen bzw. die Verzugsfolgen zu beseitigen. Trotz des Telefonats mit der Mitarbeiterin M. habe das den Kläger nicht davon abhalten dürfen, die Rückstände zu bezahlen.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers.

Er behauptet, der Dynamikerhöhung mit Faxschreiben vom 10. März 2003 widersprochen zu haben (Bl. 155 - 157, 193 - 195 d. A.). In dem Büro des Klägers habe es seinerzeit nur ein Faxgerät der Marke Philips, Typ Magic Memo 2, gegeben (Bl. 215 - 217 d. A.). Die fehlende Vorwahl auf dem Faxjournal sei wegen der frei programmierbaren Nummer im Empfängergerät unerheblich. Der Faxanschluss bei der M. Versicherung habe auch nicht nur für die Vermittlerbetreuung, sondern ausweislich des Telefon und Faxverzeichnisses auch für die Abteilung Kundenbetreuung und Zahlungsverkehr bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten bestanden. Technische Störungen bei der Faxübermittlung habe es nicht gegeben. Auch das eingeholte Sachverständigen Gutachten stehe dem Zugang des Nachweises des Faxschreibens nicht entgegen (Bl. 273 - 276 d. A.). Zu einem Datenverlust bei der Übertragung könne es nur bei grafischen Zeilen, nicht dagegen bei Textzeilen kommen. Möglicherweise sei auf dem Empfangsgerät der M. das Qualitätskriterium auch mit „0 %“ eingestellt gewesen, so dass es zu dem OK Vermerk nur komme, wenn tatsächlich sämtliche Daten fehlerfrei übertragen worden seien. Ferner lägen zum Inhalt des Faxschreibens vom 10. März 2003 auch die Voraussetzungen für eine Parteivernehmung des Klägers vor. Der Beklagten sei es ferner nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf die Wirksamkeit der Kündigung zu berufen (Bl. 157 - 159 d. A.). Der Kläger hätte die Folgen der Kündigung nämlich noch durch eine Nachzahlung bis zum 1. November 2003 vermeiden können und die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe sich nach dem Telefonat vom 23. September 2003 um die Angelegenheit kümmern wollen. Tatsächlich sei aber keinerlei Reaktion erfolgt. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe hier einen Vertrauenstatbestand geschaffen, dass sie aus der Fristüberschreitung keine Folgen herleiten werde.

Der Kläger beantragt (Bl. 154, 196, 287 d. A.), unter Abänderung des Urteils des LG Hannover

1. festzustellen, dass der Lebensversicherungsvertrag mit der M. Lebensvers. AG vom 30.03.1999, Versicherungsvertragnummer ... , versicherte Person: M. N., bestehend aus einer Lebensversicherung/Rentenversicherung kombiniert mit einer Berufsunfähigkeitsversicherung, durch die Kündigung der Beklagten vom 18.09.2003 nicht beendet wurde, sondern ungekündigt im vereinbarten Versicherungsumfang fortbesteht,

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 988,61 EUR außergerichtliche Rechtsanwaltskosten zzgl. 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt (Bl. 170, 196, 287 d. A.),

die Berufung zurückzuweisen.

Sie stellt einen Erhalt des Widerspruchs durch das Faxschreiben vom 10. März 2003 in Abrede (Bl. 175 - 177 d. A.). Es stehe nämlich bereits nicht fest, dass der fragliche Sendevermerk sich überhaupt auf das Telefaxschreiben vom 10. März 2003 bezogen habe (Bl. 191 f., 211, 299 d. A.). Es könne sich ebenso gut um ein anderes Schreiben gehandelt haben, da es von einem Faxgerät der für die Rechtsvorgängerin der Beklagten tätig gewesenen Subdirektion des Vaters des Klägers abgeschickt worden sei. Auch könne aus dem Absenden des Faxes nicht auf dessen Empfang geschlossen werden, zumal Leitungsstörungen nicht auszuschließen seien. Bei der M. Versicherung sei seinerzeit für den fraglichen Anschluss ein Gerät vom Typ Siemens Fax 940 benutzt worden (Bl. 230 f. d. A.). Durch das Sachverständigengutachten sei bestätigt worden, dass durch den OKVermerk im Sendejournal des Sendegerätes kein ordnungsgemäßer Empfang beim Empfangsgerät belegt werde (Bl. 266 - 268, 282 - 284, 298 f. d. A.). Da ein OKVermerk auch dann ausgedruckt werde, wenn 10 % der grafischen Zeilen unleserlich oder falsch seien, könnten hier auch wesentliche Teile des Faxes des Klägers, etwa der handschriftliche Vermerk zum Dynamikwiderspruch oder Anschrift und Vertragsnummer des Klägers, nicht angekommen bzw. leserlich gewesen sein. Durch das vom Sachverständigen erwähnte Qualitätskriterium von 5 % bis 15 %, bei denen trotz in dieser Größenordnung nicht angekommener Daten ein OKBericht gesendet werden, würden gerade auch die relevanten Textpassagen der zu übermittelnden Nachricht erfasst. Ferner sei auch eine Vernehmung der Zeugin M. zum Inhalt des Telefonats vom 23. September 2003 nicht erforderlich (Bl. 177 - 179 d. A.). Zunächst würde auch ein möglicher fehlender Ablauf der 6Monatsfrist nichts an der Wirksamkeit der Kündigung ändern. Außerdem habe die Beklagte keinen Vertrauenstatbestand geschaffen, da sie nicht erklärt habe, sie werde sich auf den Fristablauf nicht berufen.

Der Senat hat den Kläger angehört (vgl. Protokoll vom 3. August 2007, Bl. 196 f. d. A.) und gem. Beschlüssen vom 24. August 2007 (Bl. 219 - 221 d. A.), 12. September 2007 (Bl. 234 f. d. A.) und 31. Januar 2008 (Bl. 254 d. A.) Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens des Dipl. - Ing. S. vom 22. Januar 2008 sowie dessen Anhörung im Termin vom 30. Mai 2008 (Bl. 285 - 287 d. A.).

II.

Die Berufung ist begründet. Das angefochtene Urteil beruht auf einem Rechtsfehler (§ 513 Abs. 1, 1. Alt., § 546 ZPO). Ferner rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zulegenden Tatsachen die angefochtene Entscheidung nach der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme nicht (§ 513 Abs. 1, 2. Alt. ZPO). Dem Kläger steht ein Anspruch auf Feststellung dahin zu, dass sein Rentenversicherungsvertrag nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 18. September 2003 beendet wurde, sondern ungekündigt im vereinbarten Umfang fortbesteht.

1. Die Kündigung der Rechtsvorgängerin der Beklagten vom 18. September 2003 konnte nur dann gem. § 39 Abs. 3 VVG wirksam sein, wenn der Kläger mit der Zahlung einer Folgeprämie im Verzug war und die ihm gesetzte Zahlungsfrist von mindestens 2 Wochen abgelaufen ist. Mit Schreiben vom 10. Juni 2003 hatte die M. Versicherung den Kläger zur Zahlung eines Betrages von 52,75 EUR als Restsumme für die Prämie für Mai 2003 aufgefordert. Zu diesem Rückstand war es gekommen, weil der Kläger am 9. Mai 2003 der Lastschrift für die Prämien der beiden Monate April und Mai 2003 in Höhe von jeweils 192,60 EUR widersprochen und nur die bisherige Prämie vor der Erhöhung von 167,48 EUR gezahlt hatte, mithin insgesamt 334,96 EUR (Bl. 94 d. A.). Diese verrechnete die M. Versicherung zunächst mit dem von ihr geforderten Aprilbetrag von 192,06 EUR, so dass für Mai nur eine Teilzahlung von 142,36 EUR verblieb, woraus sich zuzüglich Mahnkosten und Verzugsaufschlag von 2,52 EUR der Rückstand von 52,75 EUR ergab. Dieser Betrag ist vom Kläger trotz der mit Schreiben vom 10. Juni 2003 gesetzten zweiwöchigen Zahlungsfrist nicht beglichen worden.

Hätten die Parteien eine wirksame Prämienhöhung auf 192,06 EUR monatlich vereinbart, so wäre die M. Versicherung zur fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses berechtigt gewesen. Ist es dagegen zu der Prämienanpassung nicht gekommen und galt weiter die bisherige Prämie von 167,48 EUR fort, so kam eine Kündigung wegen der Rückstände bis Mai 2003 nicht in Betracht, weil der Kläger seine Beitragsschuld erfüllt hatte. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Kläger ab Juni 2003 überhaupt keine Beiträge bis zur Kündigung am 18. September 2003 gezahlt hat. Dieser in jedem Fall bestehende Beitragsrückstand würde zwar isoliert eine Kündigung rechtfertigen, kommt hier aber nicht zum Tragen, weil es insoweit an den formellen Voraussetzungen des § 39 VVG fehlt. Der tatsächliche Rückstand muss nämlich exakt und korrekt angegeben werden. Selbst geringfügige Zuvielforderungen machen die Mahnung unwirksam (BGH NJW 1993, 130: 215,80 DM statt 215,20 DM, 213,90 DM statt 213,60 DM und 548,60 DM statt 548, DM. OLG Oldenburg OLGR 2000, 142: 0,16 DM zu viel. ferner Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl., § 39 Rdnr. 18. Römer/Langheid, VVG, 2. Aufl., § 39 Rdnr. 10). Ist es zu einer Prämienhöhung nicht gekommen, hätte die M. Versicherung nämlich jeweils nur 167,48 EUR statt 192,06 EUR anmahnen dürfen.

2. Vorliegend fehlt es an einer wirksamen Prämienhöhung, so dass eine Kündigung der Beklagten nicht in Betracht kam. Die Parteien hatten die Möglichkeit einer Dynamikanpassung für Prämie und Versicherungsleistung im Vertrag vereinbart. Hiervon hat die M. Versicherung mit dem Schreiben vom 27. Januar 2003 Gebrauch gemacht, in dem sie eine Prämienhöhung auf 192,60 EUR monatlich ab März 2003 vornahm. Allerdings entfällt nach § 16 Ziff. 10 der AVB die Erhöhung rückwirkend, wenn der Versicherungsnehmer ihr bis zum Ende des ersten Monats nach dem Erhöhungstermin widerspricht oder den ersten erhöhten Beitrag nicht innerhalb von zwei Monaten nach dem Erhöhungstermin zahlt. Die Zahlung der erhöhten Prämie für März 2003 ist unstreitig erfolgt. Für diesen Monat hatte der Kläger den Lastschrifteneinzug nicht mehr widerrufen. Der Kläger hat indessen der Erhöhung rechtzeitig widersprochen. Hierzu hat er ein Faxschreiben vorgelegt, bei dem es sich um das Schreiben der M. Versicherung vom 27. Januar 2003 mit seinen handschriftlichen Ergänzungen „am 10.03.03 an ...“ und „Dynamik wird nicht gewünscht ! M. N.“ handelt (Bl. 16 d. A.). Außerdem hat er auf den „OKVermerk“ im Journal des Faxgerätes verwiesen (Bl. 17 d. A.). Hier steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung des Senates fest, dass der Kläger am 10. März 2003 das Schreiben der M. Versicherung vom 27. Januar 2003 mit dem Dynamikwiderspruch an diese gefaxt hat (zu a). Ferner belegt der „OKVermerk“ auf dem Faxjournal vorliegend den Zugang des Schreibens bei der Beklagten (zu b).

a) Der Kläger hat behauptet, es habe sich bei dem Fax vom 10. März 2003 um das Schreiben der M. Versicherung vom 27. Januar 2003 gehandelt, mit dem die Prämie zum März 2003 erhöht wurde und auf dem er handschriftlich die Ablehnung der Dynamik vermerkt habe. Zeugen für das Abschicken des Faxes mit diesem Inhalt stehen dem Kläger zwar nicht zur Verfügung. Auch die Voraussetzungen einer Parteivernehmung nach § 448 ZPO liegen nicht vor, da hierfür Voraussetzung ist, dass für die zu beweisenden Tatsachen eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, die die Parteivernehmung lediglich als Ergänzung der Beweisführung erscheinen lässt. Allerdings kam hier eine Anhörung des Klägers nach § 141 ZPO in Betracht. Das Gericht kann nämlich im Rahmen der freien Würdigung des Verhandlungsergebnisses den Angaben und Behauptungen einer Partei nach § 141 ZPO unter Umständen auch dann glauben, wenn diese ihre Richtigkeit sonst nicht beweisen kann (BGH VersR 2006, 663).

Der Kläger hat im Rahmen seiner Anhörung vor dem Senat angegeben, in der Agentur seines Vaters seien dieser, eine Innendienstkraft, ein Lehrling und er selbst beschäftigt gewesen. Da er eine Dynamik für 2003 nicht gewünscht habe, habe er das handschriftlich auf dem Anschreiben vermerkt und an die M. Versicherung gefaxt. Er habe hierbei die Faxnummer eingetippt, die ihm für den Zahlungsverkehr von Kunden und Vermittlern geläufig gewesen sei. Nach dem Schreiben habe er dann zunächst eine Weile gewartet und erst, als sich die M. nicht gemeldet habe, die erfolgten Lastschriften rückbuchen lassen. An dem Tag der Rückbuchung habe er dann auch den ursprünglichen Prämienbetrag gezahlt. Auch auf das Mahnschreiben der M. vom Juni 2003 habe er mit einem Fax geantwortet. Er habe auf das vereinbarte Lastschriftverfahren vertraut und deshalb auch in der Folgezeit, obwohl Buchungen nicht vorgenommen worden seien, keine eigenen Zahlungen an den Versicherer erbracht. Ihm seien Probleme im Zusammenhang mit der Bedienung des Faxgerätes auch nicht bekannt geworden. Das Faxgerät habe immer nach ungefähr 20 Vorgängen ein Journal ausgedruckt, in dem dann gegebenenfalls auch auf Sendefehler hingewiesen worden sei.

Auffällig an dieser Angabe ist zwar zunächst, dass der Kläger der Erhöhung am 10. März 2003 widersprochen haben will, dann aber fast zwei Monate überhaupt nichts unternahm, um der Abbuchung der erhöhten Beiträge entgegenzutreten. Erst am 9. Mai 2005 erfolgte die Rücklastschrift für die Monate April und Mai 2003. Für die Richtigkeit des Vorbringens des Klägers spricht aber, dass er nach dem Widerspruch am 9. Mai 2003 die ursprünglich vor der Erhöhung geschuldeten Beträge von monatlich je 167,48 EUR für April und Mai 2003 überwies und in der Überweisungsbestätigung der Kreissparkasse H. als Verwendungszweck „Dynamikwiderspruch“ angegeben wird (Bl. 85 d. A.). Hierfür hätte keine Veranlassung bestanden, wenn der Kläger nicht tatsächlich zuvor einen entsprechenden Widerspruch gegen die Dynamikerhöhung erklärt hätte.

Anhaltspunkte dafür, dass er bereits am 9. Mai 2003 und damit in noch unverdächtiger Zeit bewusst einen gar nicht erfolgten rechtzeitigen Dynamikwiderspruch vortäuschen wollte, bestehen nicht. Zwar hat der Kläger dann auch in den Folgemonaten nicht mehr zumindest den nicht erhöhten Betrag gezahlt, dies aber damit erklärt, er habe auf das ursprünglich vereinbarte Lastschriftverfahren vertraut. Auch habe er auf die Mahnung vom 10. Juni 2003 mit einem weiteren Fax vom 13. Juni 2003 reagiert und auf den erfolgten Widerspruch gegen die Dynamikerhöhung hingewiesen. Insgesamt hat der Kläger auf den Senat einen glaubwürdigen Eindruck gemacht, so dass er seinen Angaben folgt, am 10. März 2003 das Fax mit dem Dynamikwiderspruch an die M. Versicherung gesandt zu haben.

b) Nach dem Ergebnis der Beweisergebnis steht zur Überzeugung des Senats ferner fest, dass das Fax vom 10. März 2003 mit dem Dynamikwiderspruch der M. Versicherung auch zugegangen ist.

aa) Der Kläger hat hierzu ein Faxjournal vom 10. März 2003 vorgelegt, aus dem sich ergibt, dass um 10.00 Uhr an die Nummer „ ... “ ein Fax mit der Sendedauer von 47 Sekunden geschickt wurde. Für 13.33 Uhr ist an dieselbe Nummer ein weiteres Fax mit 1.31 Minuten verzeichnet. Weitere Faxsendungen an andere Faxnummern der M. Versicherung von diesem Tag weisen zusätzlich noch die Vorwahl für M. " ... “ auf. Das Fehlen der Vorwahl in dem hier maßgeblichen Fax ist indessen unschädlich. Insoweit hat der Sachverständige Dipl.Ing. S. in seinem Gutachten vom 22. Januar 2008 ausgeführt, grundsätzlich werde die vom Empfänger einprogrammierte Nummer im Sendejournal des Sendefaxes angegeben (S. 12, 15 des Gutachtens). Wenn im Empfangsgerät deshalb die Telefonnummer ohne die Ortsvorwahl eingegeben worden sei, sei das unerheblich, da auch dann die Faxgeräte problemlos funktionierten.

Das Landgericht hat die Klagabweisung darauf gestützt, die angegebene Nummer sei überhaupt nicht die der M. Lebensversicherung, sondern es handele sich um den Faxanschluss der M. AG Holding, Bereich Vermittlerbetreuung. In der Tat weist das auszugsweise vorgelegte interne Verzeichnis der M. Versicherung diesen Faxanschluss mit den Endnummern ... dort auf (Bl. 99 d. A.). Indessen hat der Kläger im Berufungsverfahren zu Recht darauf hingewiesen, dass genau dieselbe Faxnummer auf derselben Seite des Verzeichnisses links unten auch für den Bereich „Kundenbetreuung und Zahlungsverkehr“ vorgesehen ist. Auch der Kläger hat in seiner Anhörung angegeben, er habe diese Faxnummer immer für Zahlungsvorgänge benutzt.

Der Kläger hat ferner einen Einzelverbindungs nachweis der Telekom vorgelegt, aus dem sich am 10. März 2003 unter der Zielrufnummer ... eine Übertragung um 9.59 Uhr 43 Sek. mit einer Länge von 52 Sekunden sowie eine um 13.32 Uhr 38 Sek. mit einer Länge von 1 Min. 36 Sek. ergibt. Zwar weichen diese Angaben geringfügig von denen im vorgelegten Journal des Faxgerätes des Klägers ab, da hier eine Verbindung um 10.00 Uhr mit einer Länge von 47 Sekunden sowie eine um 13.33 Uhr mit einer Länge von 1 Minute 31 Sekunden verzeichnet sind. Hierzu hat der Sachverständige indessen ausgeführt, im Einzelverbindungs nachweis werde im Regelfall die vollständige Dauer der Verbindung einschließlich Verbindungsphase, sog. Handshakephase, Dokumentenübertragung und OKCheckPhase aufgeführt, während einige Faxgeräte nur die Zeit der Dokumentenübertragung erfassten (S. 13, 15 des Gutachtens). Es könne deshalb durchaus zu Differenzen von 5 Sekunden oder länger kommen, auch wenn es sich um dieselbe Verbindung handele. Unerheblich ist es ferner, dass sich nicht zugleich auf dem eigentlichen Faxschreiben vom 10. März 2003 (Bl. 16 d. A.) eine Faxkennung befindet. Insoweit hat der Sachverständige ausgeführt, bei den meisten Geräten der Consumerklasse (unter 1.000, DM) würden auf gefaxten Originalen keine Sendestempel oder Sendekennung ausgegeben. Bei dem Gerät des Klägers handelt es sich um eines in diesem Preisbereich (vgl. Bl. 217 d. A.).

bb) Für die Frage der technischen Übermittlung des Faxes kommt es mithin entscheidend darauf an, welche Bedeutung dem „OKVermerk“ auf dem Faxjournal zukommt. Diese Frage ist umstritten. Die überwiegende Meinung geht bisher davon aus, der „OKVermerk“ erbringe weder den Beweis für einen Zugang des Faxes beim Empfänger und reiche auch für die Annahme eines Anscheinsbeweises nicht aus (BGH NJW 1996, 665. 2004, 1320. BFH BB 1999, 303. BAG MDR 2003, 91. KG KGR 2002, 27. Palandt - Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 130 Rdnr. 21). Hinsichtlich des Beweises des Zugangs gälten dieselben Grundsätze wie bei gewöhnlichen Briefen, wo die Absendung ebenfalls nicht den Zugang beweise. Das gelte jedenfalls, solange nicht feststehe, dass die Verlustquote hier geringer sei als im normalen Briefdienst. Auch die Voraussetzungen des Anscheinsbeweises seien nicht gegeben. Durch den Sendebericht werde nämlich nur die Herstellung der Verbindung zwischen dem Sende und dem Empfangsgerät angezeigt, während es für die geglückte Übermittlung der Daten und das Ausbleiben von Störungen keinerlei Aussagewert besitze. Die Datenübertragung könne nämlich an Defekten im Empfangsgerät, z. B. einem Papierstau, oder an Leitungsstörungen oder Verzerrungen scheitern, ohne dass die missglückte Datenübermittlung im Sendebericht ausgewiesen werde. Solange diese Möglichkeit des Datenverlustes trotz des „OKVermerks“ auf dem Sendebericht bestehe, vermöge dieser allenfalls ein Indiz für den Zugang zu liefern, nicht aber einen Anscheinsbeweis zu recht-

fertigen. Schließlich sei ein Telefax grundsätzlich erst dann zugegangen, wenn es im Empfängergerät ausgedruckt werde, es sei denn, die Störungen fielen in den Risikobereich des Empfängers.

Demgegenüber vertritt das OLG München bereits seit geraumer Zeit die Auffassung, wegen der rasanten Entwicklung der Kommunikationstechnik spreche wegen der sehr hohen Übertragungssicherheit bei einem Sendeprotokoll mit „OKVermerk“ der Anscheinsbeweis für einen Zugang des Faxes (OLGR 1999, 10. NJW 1994, 527). Auch im Schrifttum wird die herrschende Rechtsprechung vielfach abgelehnt (vgl. Faulhaber/Riesenkampff DB 2006, 376. Riesenkampf NJW 2004, 3296. Gregor NJW 2005, 2885). Hierbei wird auf die rapide fortentwickelte Telefaxtechnik verwiesen, insbesondere darauf, dass bei modernen Geräten der OKVermerk überhaupt erst dann in das Sendeprotokoll aufgenommen werde, wenn das Empfangsgerät den ordnungsgemäßen Eingang in Gestalt einer „Quittung“ bestätigt habe (Faulhaber/Riesenkampff, a. a. O., 378 f.). Insoweit hat auch der BGH den „OKVermerk“ nicht für gänzlich wertlos erachtet, sondern darauf verwiesen, dieser könne Indizwirkung haben. Auch hat er ausdrücklich darauf abgestellt, hinsichtlich der technischen Bedeutung des Sendeprotokolls komme die Inanspruchnahme sachverständiger Hilfe in Betracht (NJW 1994, 665).

Zu berücksichtigen ist ferner, dass der BGH seine bisherige Rechtsprechung zur Frage des Zugangs eines Faxes im Jahr 2006 geändert hat. Während bisher die Ansicht vertreten wurde, dass ein per Telefax übermittelter Schriftsatz erst mit dem vollständigen Ausdruck durch das Empfangsgerät zugegangen ist, es sei denn, der Fehler hat in der Sphäre des Empfängers gelegen, stellt der BGH für die Frage der Rechtzeitigkeit des Zugangs nunmehr alleine darauf ab, wann die gesendeten Signale vollständig vom Telefaxgerät des Empfängers empfangen bzw. gespeichert wurden (NJW 2006, 2263). Auf den Ausdruck kommt es demgegenüber wegen der bei neueren Faxgeräten gegebenen Möglichkeit, Daten zunächst zu speichern und erst später auszudrucken, nicht an. Hierfür spricht auch die Regelung des § 130 a III ZPO, der bei elektronischen Dokumenten ebenfalls auf den Zeitpunkt der Datenaufzeichnung im Empfangsgerät abstellt, auch wenn die Vorschrift auf Telefaxe und Computerfaxe unmittelbar nicht anwendbar ist (BGH, a. a. O.).

cc) Der Senat hat u. a. zu der Frage, ob aus dem „OKVermerk“ auf dem Faxjournal geschlossen werden kann, dass das Fax des Klägers vom 10. März 2003 vollständig und technisch einwandfrei beim Empfangsgerät der M. Versicherung angekommen ist, ein Sachverständigengutachten eingeholt. Insoweit hat der Sachverständige S. in seinem schriftlichen Gutachten vom 22. Januar 2008 zunächst ausgeführt, durch den OKVermerk werde weder bestätigt, dass das grafische Bild korrekt übertragen wurde, noch, dass der Empfänger das Fax gelesen habe (S. 7). Dem Empfangsgerät werde nur bestätigt, dass die in der sog. HandshakePhase außerhalb der grafischen Übertragung empfangenen Signale, die vom Sender codiert wurden, richtig decodiert empfangen wurden. Zu der sog. HandshakePhase hat der Gutachter weiter ausgeführt, sie finde zwischen den beiden Faxgeräten vor und nach der Übertragung und auch zwischen den Seiten bei mehrseitigen Faxdokumenten statt (S. 6). Das zeichenorientierte HandshakeVerfahren arbeite mit einer Geschwindigkeit von 300 - 2.400 bit/s und sei zeitlich getrennt von der eigentlichen grafischen Übertragung, die mit einer Geschwindigkeit von 2.400 - 14.400 bit/s arbeite. Zu dem „OKVermerk“ hat der Sachverständige weiter ausgeführt, für diesen sei Bedingung, dass das Qualitätskriterium erfüllt werde (S. 7, 11). Hierbei prüfe das Empfangsgerät, wie viele der gesendeten Zeilen (grafische Zeilen, nicht Textzeilen) gestört waren. Wenn das Dokument mit einem Qualitätskriterium zwischen 5 % und 15 % (als Systemparameter einstellbar) empfangen wurde, werde der „OKVermerk“ gesetzt. Sei etwa das Qualitätskriterium des Empfängers auf 10 % eingestellt, könnten 10 % der Zeilen (grafische Zeilen) gestört, unleserlich oder falsch sein, und der Empfänger bekomme trotzdem ein „OK“ im Sendebericht. Auf dieser Grundlage hat der Gutachter dann ausgeführt, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass das Fax vollständig und technisch einwandfrei angekommen sei (S. 11). Durch das „OK“ werde nur die Herstellung einer technischen Verbindung angezeigt. Trotz des „OKVermerks“ sei es möglich, dass bis zu 10 % der grafischen Zeilen (nicht der Textzeilen) unleserlich oder falsch seien. Aus Untersuchungen sei zu ersehen, dass man sich auf keinen Fall auf die Meldung „Übertragung: OK“ im Sendebericht verlassen könne (S. 12, 14). Weder werde damit bestätigt, dass das Fax einwandfrei beim Empfänger angekommen sei, noch, dass er es auch wirklich erhalten und gelesen habe. Zusätzliche Probleme könnten sich bei einem Faxgerät mit Speichern, wie hier dem der M. Versicherung ergeben, weil hier das Fax zwar angekommen sei, wegen eines späteren Stromausfalls auf Empfängerseite aber niemals ausgedruckt wurde.

Trotz dieser Ausführungen im schriftlichen Gutachten ist der Senat indessen nach der mündlichen Anhörung des Sachverständigen gem. § 286 ZPO davon überzeugt, dass hier von einem Zugang des Faxes bei der M. Versicherung in einer Form auszugehen ist, die ihr die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme nach § 130 BGB eröffnete bzw. sie nach Treu und Glauben zumindest zu einer Rückfrage beim Kläger verpflichtete. Zunächst kommt es von vornherein nicht darauf an, ob ein Mitarbeiter der M. Versicherung das Fax tatsächlich gelesen hat, ob es vom Empfangsgerät überhaupt ausgedruckt wurde, ein Papierstau bestand oder gar das zunächst gespeicherte Fax vor seinem Ausdruck wieder gelöscht wurde. Das sind alles Umstände, die sich im Bereich des Empfängers abspielen und auf die der Absender keinen Einfluss hat. Das gilt auch gerade für

das spezielle Faxgerät der M. Versicherung, welches über einen Speicher verfügt und deshalb nicht zwingend sofort einen Ausdruck vornimmt oder vorzunehmen versucht. Insoweit hat der BGH indessen klargestellt, dass es bei solchen Geräten nicht auf den Zeitpunkt des Ausdrucks ankommt, sondern auf den Zeitpunkt des vollständigen Empfangs (Speicherung) der gesendeten technischen Signale im Empfangsgerät abzustellen ist (NJW 2006, 2263).

Maßgeblich für die Ausführungen des Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten war darüber hinaus ausschlaggebend der Umstand, dass trotz des „OKVermerks“ bis zu 10 % der grafischen Zeilen unleserlich oder falsch sein könnten. Der Gutachter verwendet den Begriff der grafischen Zeilen in Abgrenzung zu den Textzeilen. Die Ausführungen des Gutachters S. 6 f. belegen, dass es sich bei den grafischen Zeilen gerade um den eigentlichen Inhalt des Dokuments einschließlich der Textpassagen handelt. Das hat der Gutachter auch in seiner Anhörung bestätigt. Dort hat er dann ausgeführt, die 10%ige Fehlerquote könne nicht von dem jeweiligen Besitzer des Faxgerätes eingestellt werden, sondern beinhalte eine vom Hersteller eingebaute Vorgabe. Der Wert von 10 % habe sich in den vergangenen Jahren als der übliche Wert herausgestellt. Die Fehlerquote dürfe nach den Regeln des Verbandes deutscher Maschinenhersteller aber auch bis zu 15 % betragen. Für das konkrete Gerät der Beklagten vermochte der Sachverständige zwar keine Ausführungen zu machen, von welcher eingestellten Fehlerquote konkret auszugehen ist. Das kann im Ergebnis aber auch offen bleiben, da in jedem Fall noch von einem Zugang des Faxes bei der M. Versicherung auszugehen ist. Insoweit hat der Gutachter zunächst ausgeführt, die weggefallenen 10 % (oder 15 %) bezögen sich nicht lediglich auf den in der abgetasteten Vorlage enthaltenen Text, sondern es entfielen 10 % der Pixelpunkte, aus denen sich der Inhalt der übermittelten Seite zusammensetze. Das seien bei einer Seite 1728 x 2287 Punkte. Die 10%ige Fehlerquote könne sich dann willkürlich verteilen oder auf einen einzigen Punkt konzentrieren. Es könne deshalb sein, dass die Lesbarkeit des gesamten Textes auch bei der Ausschöpfung der 10 % überhaupt nicht tangiert werde, genauso wie es theoretisch sein könne, dass ein für den Sinn des Textes entscheidendes kurzes Wort ganz weggefallen sei. Zu der statistischen Wahrscheinlichkeit einer Zusammenfassung der Ausfallquote auf ein entscheidendes Wort des übermittelten Textes vermochte der Sachverständige zwar keine Angaben zu machen. Er hat indessen ausgeführt, die von den Herstellern gewählte 10 %Grenze sei gerade Ausdruck der Tatsache, dass damit im Regelfall die Verwertbarkeit der übermittelten Vorlage nicht beeinträchtigt werde. Er habe es in seiner Praxis auch nicht gesehen, dass etwa eine ganze Textzeile fehle, weil sich im Regelfall die Fehlerquote auf die ganze Textseite verteile.

Auch der Senat, der den überzeugenden, folgerichtigen und in sich widerspruchsfreien Ausführungen des Sachverständigen nach eigener kritischer Würdigung folgt, ist der Überzeugung, dass die Wahrscheinlichkeit eines Zusammentreffens der Fehlerquote von 10 % oder 15 % gerade bei dem Fax vom 10. März 2003 in einer Weise, dass die M. Versicherung weder den Inhalt des Dynamikwiderspruchs noch den Absender hätte erkennen können, vernachlässigungswert gering ist. Sie steht deshalb einer Überzeugungsbildung nach § 286 ZPO, bei der es nicht auf absolute, über jeden Zweifel erhabene Gewissheit ankommt, sondern darauf, ob verbleibenden Zweifeln Schweigen geboten wird, ohne sie völlig auszuschließen (vgl. BGHZ 53, 245, 256. Zöller - Greger, § 286 Rdnr. 19), nicht entgegen. Zwar hat der Sachverständige auf der Grundlage einer 15 %igen Fehlerquote ausgeführt, es könnten hier 400.000 Pixel fehlen, was einem Potential von bis zu 250 Buchstaben entspreche. Es wäre mithin theoretisch möglich, dass in dem Schreiben der M. Versicherung vom 27. Januar 2003 bei dem Rückfax des Klägers der handschriftliche Zusatz „Dynamik wird nicht gewünscht ! M. N.“ ganz oder teilweise fehlte, so dass der Inhalt der vom Kläger gewünschten Mitteilung für die M. Versicherung nicht erkennbar wäre. Diese theoretische Möglichkeit war auch Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten.

Indessen ist eine derartige Konzentration der Fehlerquote gerade auf diesen entscheidenden handschriftlichen Zusatz mit der Folge, dass hier nicht nur ein Teil der Zeile nicht erkennbar ist, die Leserlichkeit im Übrigen aber fortbesteht, sondern der gesamte Zusatz nicht leserlich ist, sehr unwahrscheinlich. Der Sachverständige hat hier darauf hingewiesen, in der Regel verteile sich die Fehlerquote auf den ganzen Text und er habe noch nie eine völlig fehlende Textzeile gesehen. Selbst wenn das aber der Fall wäre, hätte die M. Versicherung erkennen können und müssen, dass hier ein offensichtlich unvollständiges Fax oder ein solches mit jedenfalls für sie nicht nachvollziehbarem Inhalt angekommen war. Dann hätte sie unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben gem. § 242 BGB, der auch das Versicherungsverhältnis im besonderen Maße prägt, beim Kläger nachfragen müssen, welche Mitteilung er ihr zukommen lassen wollte. Der Kläger hätte dann noch einmal ausdrücklich klarstellen können, dass er keine Dynamikerhöhung wünscht. Eine derartige Rückfrage wäre für die M. Versicherung wiederum nur dann unmöglich gewesen, wenn für sie zusätzlich nicht erkennbar gewesen wäre, von wem sie das Fax erhalten hat. Da es sich bei diesem Fax indessen um ihr Schreiben vom 27. Januar 2003 handelte, waren in der Adresszeile der Kläger mit vollständiger Anschrift sowie weiter unter die Dynamikerhöhung zum Versicherungsvertrag mit der Nr. ... sowie erneut der Name des Klägers als versicherte Person vermerkt. Es liegt indessen außerhalb jeder vernünftigen Lebenswahrscheinlichkeit, dass gerade auch diese weiteren Teile des Textes, die sich an ganz anderen Stellen der Seite befinden, neben dem eigentlichen Dynamikwiderspruch völlig unleserlich gewesen wären, so dass die

M. Versicherung nicht einmal Rückfrage hätte halten können. Eine derart rein theoretische Betrachtungsweise hat bei der Überzeugungsbildung nach § 286 ZPO außer Betracht zu bleiben, so dass es auch der Einholung eines ergänzenden Gutachtens eines statistischen Sachverständigen nicht bedarf.

Ist mithin davon auszugehen, dass der M. Versicherung das Fax vom 10. März 2003 mit dem Dynamikwiderspruch zugegangen ist bzw. sie sich nach Treu und Glauben jedenfalls nicht auf einen fehlenden Zugang berufen darf, so hat der Kläger der Dynamikerhöhung wirksam widersprochen mit der Folge der Unwirksamkeit der Kündigung vom 18. September 2003. Da diese unwirksame Kündigung sich zugleich als schuldhaftes Vertragsverletzung darstellt, hat die Beklagte dem Kläger nach § 280 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes auch die anteiligen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten von 988,61 EUR nebst Rechtshängigkeitszinsen nach § 288 Abs. 1, 291 BGB zu erstatten.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit richtet sich nach § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Der Senat hat zwar im vorliegenden Fall den Nachweis des Zugangs eines Faxes als geführt angesehen. Das beruhte indessen gerade auf den technischen Ausführungen des Sachverständigen im vorliegenden Fall. Insoweit hat auch der BGH den „OKVermerk“ nicht für gänzlich wertlos erachtet, sondern darauf verwiesen, dieser könne Indizwirkung haben und hinsichtlich der technischen Bedeutung des Sendeprotokolls komme die Inanspruchnahme sachverständiger Hilfe in Betracht (NJW 1994, 665). Genau diesen Vorgaben ist der Senat vorliegend gefolgt.