



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 174/08

vom

11. November 2009

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO §§ 418, 519, 236 C

Zur Widerlegung des auf der Berufungsschrift angebrachten gerichtlichen Eingangsstempels hat das Berufungsgericht den Verfahrensbevollmächtigten einer Partei, der erklärt, den Schriftsatz persönlich am letzten Tag der Frist in den Gerichtsbriefkasten geworfen zu haben, auch dann als Zeugen zu vernehmen, wenn dieser - zur Glaubhaftmachung - lediglich eine eidesstattliche Versicherung vorgelegt hat und diese dem Berufungsgericht im Rahmen des Freibewei- ses als nicht ausreichend erscheint (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 7. Oktober 1992 - XII ZB 100/92 - FamRZ 1993, 313).

BGH, Beschluss vom 11. November 2009 - XII ZB 174/08 - OLG Düsseldorf  
AG Neuss

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 11. November 2009 durch die Richter Dose und Prof. Dr. Wagenitz, die Richterin Dr. Vézina und die Richter Dr. Klinkhammer und Schilling

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde wird der Beschluss des 7. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 6. Oktober 2008 aufgehoben.

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

Beschwerdewert: 13.680 €

#### Gründe:

##### I.

- 1 Das Amtsgericht - Familiengericht - hat durch Urteil vom 29. April 2008 die Ehe der Parteien geschieden, den Versorgungsausgleich durchgeführt und in den Folgesachen Unterhalt und Zugewinnausgleich den Antragsgegner jeweils zur Zahlung an die Antragstellerin verurteilt. Das Urteil ist den Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners am 2. Mai 2008 zugestellt worden. Mit vom 2. Juni 2008 datierendem Schriftsatz hat der Antragsgegner gegen das Urteil Berufung eingelegt. Der Schriftsatz trägt den Eingangsstempel des Ober-

landesgerichts vom 3. Juni 2008. Nach Hinweis des Oberlandesgerichts auf den verspäteten Eingang der Berufungsschrift hat der Verfahrensbevollmächtigte des Antragsgegners erklärt, er habe die Berufungsschrift am Vormittag des 2. Juni 2008 persönlich in den Gerichtsbriefkasten des Oberlandesgerichts eingeworfen, und zur Glaubhaftmachung unter anderem seine eidesstattliche Versicherung vorgelegt. Vorsorglich hat er die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Der Berichterstatter des Oberlandesgerichts hat sodann eine Stellungnahme der Wachtmeisterei eingeholt, die durch den Geschäftsleiter des Oberlandesgerichts ergänzt worden ist.

- 2 Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Antragsgegners durch den angefochtenen Beschluss als unzulässig verworfen und sein Wiedereinsetzungsgesuch zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners.

## II.

- 3 Die Rechtsbeschwerde richtet sich gemäß der Übergangsregelung in Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG noch nach dem bis August 2009 geltenden Verfahrensrecht. Sie ist nach §§ 574 Abs. 1, 522 Abs. 1, 238 Abs. 2 ZPO statthaft und auch ansonsten zulässig. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) geboten. Der angefochtene Beschluss verletzt den Antragsgegner in seinem verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) und auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Danach darf der Zugang zu einer in der Verfah-

rensordnung vorgesehenen Instanz nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden (BVerfG NJW-RR 2002, 1004; BGHZ 151, 221, 227; Senatsbeschlüsse vom 11. Juni 2008 - XII ZB 184/07 - FamRZ 2008, 1605 f. und vom 9. November 2005 - XII ZB 270/04 - FamRZ 2006, 192). Dagegen hat das Oberlandesgericht hier verstoßen, indem es die Rechtzeitigkeit des Eingangs der Berufungsschrift nicht ausreichend aufgeklärt hat.

### III.

- 4           1. Das Oberlandesgericht hat den fristgerechten Eingang der Berufungsschrift nicht feststellen können. Die Beweislast treffe den Antragsgegner als Berufungskläger. Die Richtigkeit des gerichtlichen Eingangsstempels sei als öffentliche Urkunde nicht widerlegt worden. Die eidesstattliche Versicherung reiche als Glaubhaftmachung nicht aus. Ausweislich der vom Oberlandesgericht angestellten Ermittlungen trage ein dem Gerichtsbriefkasten entnommener Schriftsatz einen Eingangsstempel mit dem Zusatz "Nachtbriefkasten", was bei der Berufungsschrift nicht der Fall sei. Das vorsorglich gestellte Wiedereinsetzungsgesuch sei nicht begründet, weil der Antragsgegner keine Tatsachen dafür vorgetragen habe, dass er unverschuldet zur rechtzeitigen Einlegung der Berufung nicht in der Lage gewesen sei.
- 5           2. Das hält hinsichtlich der Wahrung der Berufungsfrist den Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht stand.
- 6           Zutreffend ist der rechtliche Ausgangspunkt des Oberlandesgerichts, dass der auf dem Schriftsatz aufgebrachte Eingangsstempel nach § 418 ZPO die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde genießt. Das Oberlandesgericht hat

dem Antragsgegner allerdings keine hinreichende Gelegenheit gegeben, den Beweis zu entkräften. Es hat zwar weitere vom Antragsgegner angeführte Indizien (etwa die Mitteilung von der Berufungseinlegung an den gegnerischen Verfahrensbevollmächtigten) als nicht aussagekräftig eingeschätzt und hervorgehoben, dass der Schriftsatz nicht in den Nachtbriefkasten eingeworfen worden sein könne, weil der Stempel den entsprechenden Zusatz nicht aufweise und der den Empfang quittierende Wachtmeister mit der Leerung des Nachtbriefkastens nicht befasst gewesen sei.

7 Die eidesstattliche Versicherung des Verfahrensbevollmächtigten hat es indessen bei der Frage, ob sich die Richtigkeit des Eingangsstempels widerlegen lässt, offensichtlich nicht in Betracht gezogen. Vielmehr hat es sich insoweit mit einem Kommentarzitat (Zöller/Gummer/Heßler ZPO 25. Aufl. § 519 Rdn. 20) darauf berufen, dass die Glaubhaftmachung nicht genüge. Damit hätte es - abgesehen von einem gebotenen Hinweis - seine Aufklärung allerdings nicht bewenden lassen dürfen.

8 Zur Widerlegung des Beweises der Richtigkeit des Eingangsstempels ist der Freibeweis zulässig (BGH Beschluss vom 15. September 2005 - III ZB 81/04 - NJW 2005, 3501). Zwar reicht in diesem Rahmen die eidesstattliche Versicherung als Mittel der Glaubhaftmachung in der Regel nicht aus, um den Nachweis zu erbringen, dass der Schriftsatz entgegen dem Eingangsstempel bereits am Vortag eingegangen sei (BGH Beschluss vom 15. September 2005 - III ZB 81/04 - NJW 2005, 3501 f.).

9 An der Form des Beweisantritts hätte das Oberlandesgericht den Nachweis der Unrichtigkeit aber nicht scheitern lassen dürfen. Vielmehr war es nach der Rechtsprechung des Senats gehalten, in der anwaltlichen Versicherung auch ein Angebot zur Vernehmung des Anwalts als Zeugen zu sehen und ihn

entsprechend zu vernehmen (Senatsbeschluss vom 7. Oktober 1992 - XII ZB 100/92 - FamRZ 1993, 313, 314; BGH Beschluss vom 8. Mai 2007 - VI ZB 80/06 - NJW 2007, 3069, 3070; vgl. auch BGH Urteil vom 14. Oktober 2004 - VII ZR 33/04 - NJW-RR 2005, 75). Das Oberlandesgericht hätte aufgrund dessen prüfen müssen, ob es aufgrund der Angaben des Verfahrensbevollmächtigten zu der Überzeugung gelangt, dass die Berufungsschrift abweichend vom Eingangsstempel bereits am Vortag eingegangen ist. Dafür, dass die Berufungsschrift noch am letzten Tag der Frist eingeworfen wurde und erst den Eingangsstempel des Folgetags erhielt, bleibt etwa die nicht ausgeräumte Möglichkeit, dass der Schriftsatz im Zusammenhang mit der übrigen Post aus dem Nachtbriefkasten zunächst versehentlich ungestempelt blieb und erst später den Eingangsstempel für die beim Oberlandesgericht abgegebene Post erhielt.

- 10 Das Oberlandesgericht wird nach Zurückverweisung der Sache die erforderlichen Feststellungen nachzuholen haben und gegebenenfalls auch erneut über die Wiedereinsetzung zu entscheiden haben. Hierzu weist der Senat darauf hin, dass die Glaubhaftmachung der unverschuldeten Fristversäumung vom Oberlandesgericht zu Recht für unzureichend gehalten worden ist (vgl. BGH Urteil vom 27. September 2001 - IX ZR 471/00 - BGH-Report 2002, 258), weil auch nach dem Vorbringen des Antragsgegners die Berufung entweder rechtzeitig eingegangen ist oder aber der rechtzeitige Eingang aus Gründen gescheitert ist, die bei seinem Verfahrensbevollmächtigten liegen. Der von der Rechtsbeschwerde angestellte Vergleich mit einer Übersendung per Post passt hier deswegen nicht, weil bei persönlicher Ablieferung der Schriftsatz mit dem

Einwurf in den Nachtbriefkasten bereits beim Oberlandesgericht eingegangen ist und weitere Umstände, die die Verspätung verursacht haben könnten, damit ausscheiden.

Dose

Wagenitz

Vézina

Klinkhammer

Schilling

Vorinstanzen:

AG Neuss, Entscheidung vom 29.04.2008 - 48 F 326/04 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 06.10.2008 - II-7 UF 122/08 -