



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 227/21

vom

26. Januar 2022

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

FamFG §§ 113 Abs. 1, 117 Abs. 1 Satz 4, Abs. 5; ZPO §§ 233 B, 236 C, 294

Zur im Rahmen eines Wiedereinsetzungsgesuchs mittels anwaltlicher Versicherung erfolgten Glaubhaftmachung des rechtzeitigen Einwurfs einer Rechtsmittelbegründungsschrift durch den Verfahrensbevollmächtigten in einen Postkasten (im Anschluss an Senatsbeschlüsse vom 13. Januar 2021 - XII ZB 329/20 - FamRZ 2021, 619 und vom 18. Dezember 2019 - XII ZB 379/19 - FamRZ 2020, 618).

BGH, Beschluss vom 26. Januar 2022 - XII ZB 227/21 - OLG Jena  
AG Mühlhausen

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. Januar 2022 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Prof. Dr. Klinkhammer, Dr. Nedden-Boeger, Dr. Botur und Guhling

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des 4. Familiensenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 28. April 2021 aufgehoben.

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

Wert: bis 5.000 €

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Antragstellerin nimmt den Antragsgegner, ihren geschiedenen Ehemann, mit der Behauptung, er habe sie während der Ehezeit im Rahmen einer tätlichen Auseinandersetzung verletzt, auf Schmerzensgeld und Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch.
- 2 Das von der Antragstellerin ursprünglich angerufene Landgericht hat den beschrittenen Rechtsweg für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Familiengericht verwiesen. Dieses hat den Anträgen mit Beschluss vom

3. November 2020, dem Antragsgegner zugestellt am 12. November 2020, teilweise stattgegeben.

3           Hiergegen hat der Antragsgegner am 30. November 2020 Beschwerde eingelegt. Nachdem sein Verfahrensbevollmächtigter vom Oberlandesgericht am 2. Februar 2021 darauf hingewiesen worden war, dass die Beschwerde wegen Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist unzulässig sein dürfte, hat er am selben Tag beglaubigte Abschriften einer Beschwerdebegründung vom 7. Januar 2021 eingereicht und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist beantragt. Zur Begründung hat er ausgeführt, sein Verfahrensbevollmächtigter habe die Arbeiten an der Begründung in der Mittagszeit des 7. Januar 2021 abgeschlossen, das Original unterschrieben, eine Kopie davon gefertigt, die beiden erforderlichen Überstücke gefertigt, diese Unterlagen kuvertiert und dann frankiert. Entgegen der ursprünglichen Planung habe nicht seine mit ihm in der Kanzlei als Rechtsanwältin tätige Ehefrau, sondern er selbst den Umschlag in einen - detailliert bezeichneten - Briefkasten eingeworfen, und zwar zwischen dessen erster Leerung um 14.00 Uhr und der zweiten Leerung um 16.30 Uhr. Diese Angaben hat der Verfahrensbevollmächtigte anwaltlich versichert und zudem eine anwaltliche Versicherung seiner Ehefrau beigefügt.

4           Das Oberlandesgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Beschwerde des Antragsgegners verworfen. Hiergegen wendet sich dieser mit der Rechtsbeschwerde.

II.

5 Die im Sinne von §§ 522 Abs. 1 Satz 4, 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 2 ZPO). Sie ist auch begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses sowie zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht. Dabei bedarf vorliegend keiner Erörterung, ob sich das Verfahren aufgrund der bindenden Verweisung an das Familiengericht nach den Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit richtet (vgl. BGHSt 62, 22 = NJW 2017, 2631 Rn. 26; Schoch/Schneider/Ehlers VwGO [Stand: Juli 2021] § 17 a GVG Rn. 19; Stein/Jonas/Jacobs ZPO 23. Aufl. § 17 b GVG Rn. 5; Zöllner/Lückemann ZPO 34. Aufl. § 17 b GVG Rn. 2; aA Musielak/Voit/Wittschier ZPO 18. Aufl. § 17 b GVG Rn. 3) oder insoweit eine Überprüfung der Richtigkeit des Verweisungsbeschlusses zu erfolgen hat, die auch zur Anwendbarkeit der Zivilprozessordnung führen könnte (vgl. BGHZ 215, 139 = FamRZ 2017, 1602 Rn. 14 mwN). Denn die Bestimmungen zum Rechtsbeschwerdeverfahren sind für Familienstreit- und Zivilsachen wegen §§ 112 Nr. 3, 117 Abs. 1 Satz 4 FamFG ebenso inhaltsidentisch wie die für die Begründetheit der Rechtsbeschwerde maßgeblichen Regelungen zur Rechtsmittelbegründung in §§ 117 Abs. 1 Satz 3 FamFG, 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO und zur Wiedereinsetzung (vgl. §§ 113 Abs. 1, 117 Abs. 5 FamFG).

6 1. Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

7 Der Vortrag des Antragsgegners zum Wiedereinsetzungsgrund sei nicht glaubhaft gemacht. Zwar dürfe grundsätzlich vom anwaltlich als richtig versicherten Vorbringen ausgegangen werden. Das gelte aber nicht, wenn es - wie

hier - konkrete Anhaltspunkte ausschließen, den geschilderten Sachverhalt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als zutreffend zu erachten. Aus der Begründung des Wiedereinsetzungsgesuchs ergebe sich nicht, ob und welche organisatorischen Vorkehrungen überhaupt in der Kanzlei des Antragsgegnervertreters zur wirksamen Fristenkontrolle getroffen seien. Wie die Notierung von Fristen organisatorisch gehandhabt werde, sei ebenso wenig vorgetragen wie Wiedereinsetzungsgesuchen häufig beigefügte Unterlagen - etwa Kopien von Fristenkalender oder Handakteneintrag - vorgelegt worden seien. Ein mit der Begründung korrespondierender Auszug des Postausgangsbuchs liege ebenfalls nicht vor. Der tatsächliche Einwurf in den Briefkasten werde auch nicht durch die aktenkundige Praxis in der Kanzlei des Verfahrensbevollmächtigten belegt, ohne Ausnahme alle - und nicht nur fristgebundene - Schriftsätze vorab per Telefax an das Gericht zu übermitteln. Dieser widerspreche das behauptete Vorgehen bei der Versendung der Beschwerdebegründung massiv, was umso ungewöhnlicher erscheine, als der Antragsgegnervertreter durch den Versand noch am 7. Januar 2021 ausdrücklich habe sicherstellen wollen, dass die Beschwerdebegründung vor Fristablauf eingehe. Damit sei der Vortrag so erheblich abgeschwächt, dass er jedenfalls nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich bewertet werden könne.

8                    2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Antragsgegner hat zwar die Rechtsmittelbegründungsfrist versäumt, die am 12. Januar 2021 ablief. Die Begründung des Oberlandesgerichts, mit der es den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen diese Versäumung zurückgewiesen hat, ist jedoch rechtsfehlerhaft.

9                    a) Wird - wie hier - Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Behauptung begehrt, ein fristgebundener Schriftsatz sei auf dem Postweg verloren gegangen, kann eine Partei dies regelmäßig nicht anders glaubhaft machen als

durch Glaubhaftmachung der rechtzeitigen Aufgabe des Schriftstücks zur Post, die als letztes Stück des Übermittlungsgeschehens noch ihrer Wahrnehmung zugänglich ist. Wiedereinsetzung ist daher zu gewähren, wenn der Antragsteller aufgrund einer aus sich heraus verständlichen, geschlossenen Schilderung der tatsächlichen Abläufe bis zur rechtzeitigen Aufgabe des in Verlust geratenen Schriftsatzes zur Post glaubhaft macht, dass der Verlust mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht im Verantwortungsbereich seines Verfahrensbevollmächtigten eingetreten ist. Ein Nachweis dafür, dass das Schriftstück tatsächlich in den Postlauf gelangt ist, ist dagegen ebenso wie eine Glaubhaftmachung, wo und auf welche Weise es zum Verlust des Schriftstücks gekommen ist, nicht erforderlich. Die eine Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen muss die Partei im Rahmen ihres Antrags auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist gemäß § 236 Abs. 2 ZPO vortragen und glaubhaft machen (Senatsbeschluss vom 13. Januar 2021 - XII ZB 329/20 - FamRZ 2021, 619 Rn. 8 mwN).

- 10            b) Diese Grundsätze hat das Oberlandesgericht auch nicht verkannt und ist zu Recht davon ausgegangen, dass der zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags gehaltene Vortrag den dargestellten Anforderungen an eine Schilderung der tatsächlichen Abläufe zu einer rechtzeitigen (vgl. hierzu etwa BGH Beschluss vom 22. Juni 2021 - VIII ZB 56/20 - MDR 2021, 1082 Rn. 27 mwN) Postaufgabe des Schriftsatzes gerecht wird. Die Rechtsbeschwerde wendet sich aber mit Erfolg gegen die Auffassung des Oberlandesgerichts, dem Antragsgegner sei mangels Glaubhaftmachung dieses Wiedereinsetzungsgrunds im Sinne von §§ 233 Satz 1, 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Rechtsmittelbegründungsfrist zu versagen.

- 11           aa) Eine Behauptung ist dann im Sinne von §§ 236 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2, 294 ZPO glaubhaft gemacht, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sie zutrifft, also letztlich mehr für das Vorliegen der in Rede stehenden Behauptung spricht als dagegen. Dabei hat der Tatrichter die vom Antragsteller angebotenen Mittel zur Glaubhaftmachung im Hinblick darauf nach § 286 ZPO frei zu würdigen. Diese Beweiswürdigung kann von dem Rechtsbeschwerdegericht nur darauf überprüft werden, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 ZPO mit dem Verfahrensstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr., vgl. etwa Senatsbeschluss vom 13. Dezember 2017 - XII ZB 356/17 - FamRZ 2018, 447 Rn. 15 mwN).
- 12           bb) Auch unter Berücksichtigung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabs kann die zur Glaubhaftmachung vorgenommene Beurteilung des Oberlandesgerichts keinen rechtlichen Bestand haben.
- 13           (1) Dies folgt bereits - wie die Rechtsbeschwerde zutreffend rügt - daraus, dass das Oberlandesgericht der anwaltlichen Versicherung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners keinen Glauben geschenkt hat, ohne den Antragsgegner hierauf vor der Endentscheidung hinzuweisen. Denn von der Richtigkeit einer anwaltlichen Versicherung ist grundsätzlich auszugehen. Dies gilt lediglich dann nicht, wenn konkrete Anhaltspunkte es ausschließen, den geschilderten Sachverhalt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als zutreffend zu erachten. Schenkt das Rechtsmittelgericht einer anwaltlichen Versicherung im Verfahren der Wiedereinsetzung wie vorliegend keinen Glauben, muss es den die Wiedereinsetzung Begehrenden darauf hinweisen und ihm Gelegenheit geben, entsprechenden Zeugenbeweis anzutreten. Zudem ist dann die

- vom Oberlandesgericht vorliegend ersichtlich nicht vorgenommene - Prüfung veranlasst, ob nicht bereits in der Vorlage der anwaltlichen Versicherung zugleich ein Beweisangebot auf Vernehmung des Verfahrensbevollmächtigten als Zeugen zu den darin genannten Tatsachen liegt. Ist das der Fall, bedeutet die Ablehnung der Wiedereinsetzung ohne vorherige Vernehmung des Zeugen eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung (Senatsbeschluss vom 13. Januar 2021 - XII ZB 329/20 - FamRZ 2021, 619 Rn. 13 f. mwN).

14 (2) Ebenfalls richtig ist der Hinweis der Rechtsbeschwerde, das Oberlandesgericht habe die Verneinung der Glaubhaftmachung nicht mit Erfolg auf die Überlegung stützen können, dass es an Vortrag zur Organisation der Fristenkontrolle in der Kanzlei des Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners und an Belegen zur internen Dokumentation der Fristwahrung und der Ausgangskontrolle zum hier in Rede stehenden Vorgang fehle. Denn auf diese Umstände käme es nicht an, wenn der Einwurf der Rechtsmittelbegründung in den Postkasten ausreichend dargelegt und glaubhaft gemacht wäre, weil in diesem Fall eventuelle Organisations- und Dokumentationsmängel nicht für die Fristversäumung ursächlich wären (vgl. Senatsbeschluss vom 25. November 2020 - XII ZB 200/20 - NJW-RR 2021, 505 Rn. 16 mwN; BGH Beschluss vom 19. Juni 2013 - V ZB 226/12 - juris Rn. 14).

15 (3) Schließlich macht die Rechtsbeschwerde zu Recht geltend, die angefochtene Entscheidung werde auch nicht von der Erwägung des Oberlandesgerichts getragen, dass der Schriftsatz - anders als die übrigen im Laufe des Verfahrens eingereichten Schriftsätze - nicht auch per Fax übersandt worden sei. Denn der Antragsgegner war nicht gehalten, sich zu einer solchen zusätzlichen Vorsorge seines Verfahrensbevollmächtigten, zu der keine Rechtspflicht besteht, zu äußern (vgl. dazu BGH Beschluss vom 19. Juni 2013 - V ZB 226/12 - juris Rn. 14).

16            3. Der angefochtene Beschluss ist daher aufzuheben und die Sache ist an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen. Dieses wird die Frage der Glaubhaftmachung einer im Sinne von § 233 Satz 1 ZPO unverschuldeten Versäumung der Rechtsmittelbegründungsfrist - ggf. unter Vernehmung des Verfahrensbevollmächtigten und von dessen Ehefrau (vgl. Senatsbeschluss vom 18. Dezember 2019 - XII ZB 379/19 - FamRZ 2020, 618 Rn. 20 mwN) - neu in tatgerichtlicher Verantwortung zu prüfen haben.

Dose	Klinkhammer	Nedden-Boeger
Botur		Guhling

Vorinstanzen:  
AG Mühlhausen, Entscheidung vom 03.11.2020 - 4 F 264/19 -  
OLG Jena, Entscheidung vom 28.04.2021 - 4 UF 454/20 -