

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IV ZB 50/73

in dem Rechtsstreit

des Herrn Bernhard N [REDACTED], wohnhaft [REDACTED] A [REDACTED],
Albert-M [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Beschwerdeführers,

- Prozeßbevollmächtigte II. Instanz:

Rechtsanwälte Dres. [REDACTED],
[REDACTED] und [REDACTED], K [REDACTED] -

gegen

den am 13. Oktober 1970 geborenen Thomas P [REDACTED],
wohnhaft in [REDACTED] A [REDACTED], T [REDACTED] Straße [REDACTED], gesetzlich ver-
treten durch das Stadtjugendamt A [REDACTED] als Amtspfleger,

Kläger, Berufungsbeklagten
und Beschwerdegegner,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 1. Februar 1974 durch die Richter Prof. Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt, Dr. Bukow und Knüfer

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde des Beklagten gegen den Beschluß des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 28. September 1973 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Beschwerdewert: 3 000,-- DM

G r ü n d e :

In dem hier anhängigen Kindschaftsprozeß war in Gegenwart des Beklagten als Termin zur Verkündung einer Entscheidung der 14. Februar 1973 bestimmt worden. Der Beklagte hat den Verkündungstermin nicht wahrgenommen. Nachdem er in dieser Sache längere Zeit nichts gehört hatte, begab er sich zu Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] und schilderte diesem den Vorgang. Dr. W. [REDACTED] stellte darauf fest, daß ein Urteil verkündet worden war und daß dieses ausweislich der Postzustellungsurkunde, da der Beklagte in der Wohnung nicht angetroffen wurde, dort der zu seiner Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossin mit Vornamen Annemarie am 17. Februar 1973 zugestellt worden war. Da Dr. W. [REDACTED] nicht wußte, ob diese

- 3 -

Zustellung ordnungsgemäß erfolgt war, die Berufungsfrist aber auf jeden Fall am 14. August 1973 ablief, beauftragte er mit Schreiben vom 13. August 1973 die beim zuständigen Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwälte Dr. E. [REDACTED] pp., vorsorglich Berufung einzulegen. Dabei teilte er diesen Anwälten mit:

" Die Zustellung ist nicht an ihn (Beklagten) persönlich erfolgt. Nach dem Vermerk in der Zustellungsurkunde heißt es, daß das Urteil ausgehändigt wurde an eine erwachsene Hausgenossin mit dem Namen Annemarie. Ich weiß nicht, wer diese Annemarie ist und habe deshalb den Mandanten heute mit gleicher Post um Rücksprache gebeten, um dies aufzuklären. Sollte die am 17. Febr. erfolgte Zustellung in Ordnung sein, so lief die Berufungsfrist am 17. März 1973 ab und die jetzige Berufung wäre verspätet und müßte dann zurückgenommen werden. Sollte die Zustellung am 17. Febr. 1973 jedoch nicht wirksam sein, so läuft die Berufungsfrist erst am 14. Aug. 1973 ab. In diesem Falle wäre die von Ihnen vorsorglich eingelegte Berufung noch rechtzeitig. "

Dr. W. [REDACTED] bestellte den Beklagten mit Schreiben vom gleichen Tage zu einer Rücksprache. Der Beklagte erschien bei ihm am 25. August 1973. Bei dieser Rücksprache stellte sich heraus, daß die in der Zustellungsurkunde genannte Annemarie die 18 Jahre alte Tochter des Beklagten war, die einen durchaus erwachsenen Eindruck machte. Sie hatte das zugestellte Schriftstück in Empfang genommen, jedoch versäumt, es dem Beklagten auszuhändigen. Daraufhin beantragte der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten am 10. September 1973 die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist. Das Oberlandesgericht hat ihm diese durch den angefochtenen Beschluß versagt und die Berufung als unzulässig verworfen.



Die von dem Beklagten hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde ist unbegründet. Dem Beklagten konnte die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht erteilt werden. Denn er hat nicht rechtzeitig innerhalb der in § 234 ZPO bestimmten Frist um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht. Diese Frist begann spätestens am 13. August 1973 zu laufen. Denn an diesem Tage hat Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] aus den von ihm beim Amtsgericht eingeholten Erkundigungen und aus den Akten erfahren, daß das Urteil dem Beklagten möglicherweise bereits ersatzweise am 17. Februar 1973 zugestellt worden war. Aus der Schilderung des Beklagten mußte er weiter entnehmen, daß dieser das Urteil nicht zur Kenntnis bekommen hatte. Er mußte daher damit rechnen, daß die Berufungsfrist versäumt war. Deswegen hätte er Rechtsanwalt Dr. E. [REDACTED] nicht mitteilen dürfen, die Berufung solle nur vorsorglich eingelegt und sie müsse zurückgenommen werden, wenn die Zustellung bereits am 17. Februar 1973 erfolgt sein sollte. Da er, wie es auf jeden Fall richtig war, den Auftrag erteilte, Berufung einzulegen, hätte er Dr. E. [REDACTED] pp. auch beauftragen müssen, spätestens innerhalb einer vom 13. August 1973 an gerechneten Frist von zwei Wochen, also bis zum 27. August 1973, vorsorglich um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bitten. Nur so konnte die in § 234 ZPO gesetzte Frist gewahrt werden.

Daß Rechtsanwalt Dr. Wunsch dieses unterlassen hat, ist von ihm verschuldet. Zwar kann ein Hindernis im Sinne eines unabwendbaren Zufalls vorliegen, wenn ein Rechtsanwalt in irriger vertretbarer Rechtsauffassung handelt. Bei einer nur zweifelhaften Rechtslage, wie sie hier gegeben war, die Ungewißheit über die Möglichkeit einer erfolgten Zustellung, muß der Rechtsan-

walt vorsorglich so handeln, wie es bei einer für seine Partei ungünstigen Entscheidung des Zweifels zur Wahrung ihrer Belange notwendig ist (BGHZ 8, 47, 53 f.).

Das Verschulden seines Rechtsanwalts Dr. Wunsch muß der Beklagte sich zurechnen lassen. Ihm konnte daher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht erteilt werden. Seine Berufung ist zu Recht als unzulässig verworfen worden.

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhard

Dr. Bukow

Knüfer