

BUNDESGERICHTSHOF

IV b ZB 581/80

BESCHLUSS

in der Familiensache

des kaufmännischen Angestellten Reinhard L [REDACTED],
O [REDACTED]straße 58, S [REDACTED],

Antragsgegners und
Beschwerdeführers,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Röntgenassistentin Annegret L [REDACTED],
W [REDACTED] 61, S [REDACTED],

Antragstellerin und
Beschwerdegegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigte
I. Instanz:

Rechtsanwälte Rolf [REDACTED] und
Jürgen [REDACTED], V [REDACTED] Straße 113,
E [REDACTED]-M [REDACTED] -

Der IVb-Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 9. Mai 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Grell und die Richter Knüfer, Lohmann, Dr. Seidl und Dr. Blumenröhr

beschlossen:

Die weitere Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluß des 5. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Hamm vom 29. August 1979 wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner hat die Kosten der weiteren Beschwerde zu tragen.

Beschwerdewert: DM 3 000,--.

G r ü n d e :

I.

Das Amtsgericht hat durch Urteil vom 29. Mai 1979 im Verbundverfahren die Ehe der Parteien geschieden, die elterliche Gewalt über ihren am 19. Februar 1967 geborenen Sohn der Antragstellerin übertragen und den Versorgungsausgleich durchgeführt. Das Urteil wurde an die erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Antragsgegners gegen Empfangsbekenntnis nach § 212 a ZPO gestellt. Das von Rechtsanwalt B. unterzeichnete Empfangsbekenntnis, das am 28. Juni 1979 an das Amtsge-

- 3 -

richt zurückgelangte, trägt als Datum des Erhalts der Sendung einen Eingangsstempel der Anwaltskanzlei vom 26. Juni 1979.

Am 25. Juli 1979 legten die erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Antragsgegners durch Rechtsanwalt Dr. B [REDACTED], der nicht beim Oberlandesgericht zugelassen war, für den Antragsgegner beim Oberlandesgericht Beschwerde gegen die Regelung der elterlichen Gewalt in dem Verbundurteil ein. Am 27. Juli 1979 wurden die Prozeßbevollmächtigten vom Vorsitzenden des Familiensenats des Oberlandesgerichts auf den für die Beschwerde bestehenden Anwaltszwang hingewiesen. Der Antragsgegner ließ daraufhin am selben Tage durch beim Oberlandesgericht zugelassene Anwälte die Beschwerde erneut einlegen und bat um die Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Begründung, sein erstinstanzlicher Prozeßbevollmächtigter sei entschuldbar davon ausgegangen, daß im Falle isolierter Anfechtung der Regelung der elterlichen Gewalt keine Folgesache vorliege und damit kein Anwaltszwang bestehe.

Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde als unzulässig verworfen und den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Antragsgegner mit der weiteren Beschwerde. Er macht nunmehr in erster Linie geltend, die Zustellung des Urteils sei frühestens am 27. Juni 1979 erfolgt, weil Rechtsanwalt B [REDACTED] das Empfangsbekenntnis frühestens an diesem Tage unterschrieben haben könne. Vorsorglich wendet er sich auch gegen die Zurückweisung des Wiedereinsetzungsantrags.



II.

Die weitere Beschwerde ist nach § 621 e Abs. 2 Satz 2 ZPO statthaft; sie ist jedoch nicht begründet.

1. Durch die am 25. Juli 1979 von Rechtsanwalt Dr. Blesinger eingelegte Beschwerde wurde die Entscheidung des Amtsgerichts nicht in zulässiger Weise angefochten, weil Dr. B. [REDACTED] beim Oberlandesgericht nicht zugelassen war. Beschwerden gegen die in einem Eheurteil enthaltenen Entscheidungen über Folgesachen können nach § 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 621 e Abs. 3 Satz 1, 629 a Abs. 2 Satz 1 ZPO nur von einem beim Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsanwalt eingelegt werden. Die Eigenschaft als Folgesache geht, wie der Senat schon wiederholt ausgesprochen hat, nicht dadurch verloren, daß diese mittels einer isolierten Anfechtung aus dem Entscheidungsverbund gelöst wird (BGH FamRZ 1979, 232 = NJW 1979, 766 = VersR 1979, 354; FamRZ 1979, 908 = VersR 1979, 672).

2. Die erneute Einlegung der Beschwerde durch beim Oberlandesgericht zugelassene Rechtsanwälte am 27. Juli 1979 war verspätet, weil die Beschwerdefrist im Hinblick auf die am 26. Juni 1979 erfolgte Zustellung des angefochtenen Urteils mit dem Ablauf des 26. Juli 1979 geendet hatte (§ 621 e Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 516 ZPO).

Das von Rechtsanwalt B. [REDACTED] unterzeichnete Empfangsbekenntnis begründet nach § 212 a ZPO den Nachweis, daß das Urteil an dem darin angegebenen Tage zugestellt worden ist. Der Partei, an deren Prozeßbevollmächtigten die Zustellung bewirkt worden ist, steht allerdings der Ge-

genbeweis offen (BGHZ 35, 236, 239; BGH LM ZPO § 212 a Nr. 8 m.w.N.; BGH VersR 1974, 1001). Hierzu sind, da die Zulässigkeit der Erstbeschwerde von Amts wegen zu prüfen ist, auch noch im Verfahren über die weitere Beschwerde neue Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen (BGH FamRZ 1979, 222 = NJW 1979, 877; VersR 1979, 937). Der Antragsgegner hat jedoch den Nachweis, daß das im Empfangsbekenntnis angegebene Zustellungsdatum unrichtig und die Zustellung frühestens am 27. Juni 1979 erfolgt ist, nicht erbracht. An diesen Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH NJW 1980, 998).

Die vom Antragsgegner im Freibeweisverfahren vorgelegten Erklärungen - eine eidesstattliche Versicherung der Kanzleiangestellten sowie eine von Rechtsanwalt B. unter Berufung auf seinen anwaltlichen Eid abgegebene Erklärung - ergeben, daß der Eingangsstempel auf dem Empfangsbekenntnis von einer Kanzleiangestellten angebracht worden ist, daß Rechtsanwalt B. am 26. Juni 1979 vormittags einen Gerichtstermin wahrnahm und nachmittags von 14.30 Uhr bis 18.00 Uhr ununterbrochen Mandantenbesuche hatte, und schließlich, daß die ausgehende Gerichtspost täglich am späten Vormittag zum Amtsgericht gebracht wird und daher nicht länger als einen Tag in der Kanzlei verbleibt. Rechtsanwalt B. zieht aus diesen Umständen in Verbindung mit der Tatsache, daß das Empfangsbekenntnis erst am 28. Juni 1979 beim Amtsgericht eingegangen ist, den Schluß, daß er es frühestens am 27. Juni 1979 unterzeichnet haben könne.

Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, daß es für den Zeitpunkt der Zustellung nicht entscheidend darauf ankommt, wann das Empfangsbekenntnis unterzeichnet worden

ist. Die Ausstellung des Empfangsbekenntnisses ist zwar zur Wirksamkeit der Zustellung nach § 212 a ZPO erforderlich. Die Zustellung ist jedoch, wenn ein ordnungsgemäßes Empfangsbekenntnis ausgestellt wird, bereits in dem Zeitpunkt erfolgt, in dem der Zustellungsempfänger das zuzustellende Schriftstück mit dem Willen, es als zugestellt anzunehmen, entgegengenommen hat. Das Empfangsbekenntnis kann später ausgestellt werden und wirkt dann auf den Zeitpunkt zurück, in dem der Aussteller das Schriftstück als zugestellt entgegengenommen hat (BGHZ 35, 236, 238 f.; BGH VersR 1974, 1026). Die Erklärung von Rechtsanwalt B. [REDACTED] kann jedoch so verstanden werden, daß er nicht nur ausschließen wollte, das Empfangsbekenntnis am 26. Juni 1979 unterzeichnet zu haben, sondern darüber hinaus auch, das zuzustellende Urteil an diesem Tage überhaupt bewußt entgegengenommen zu haben.

Bei dieser Erklärung handelt es sich jedoch um eine Schlußfolgerung, die nicht zwingend ist. Das zuzustellende Urteil war Rechtsanwalt B. [REDACTED] am 26. Juni 1979 in der Kanzlei zugänglich. Bei der Entgegennahme der Zustellung handelte es sich um eine Routineangelegenheit, die weder einen größeren Zeitaufwand noch besondere Überlegungen erforderte und deren Erledigung auch an einem Arbeitstag, der mit einem Gerichtstermin und Mandantenbesuchen ausgefüllt war, ohne weiteres möglich war. Auch der Umstand, daß das Empfangsbekenntnis erst am 28. Juni 1979 zum Amtsgericht gelangt ist, ergibt nicht zwingend, daß Rechtsanwalt B. [REDACTED] das Urteil nicht schon am 26. Juni 1979 entgegengenommen hat. Daraus läßt sich - unter Berücksichtigung der geschilderten Behandlung der Gerichtspost - allenfalls folgern, daß das unterzeichnete Empfangsbekenntnis innerhalb der Kanzlei noch nicht der

ausgehenden Post beigegeben war, als diese am Vormittag des 27. Juni 1979 zum Amtsgericht gebracht wurde. Ein Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des im Empfangsbekennntnis bestätigten Zustellungsdatums läßt sich daraus weder für sich allein noch unter Berücksichtigung der übrigen Umstände herleiten. Eine konkrete Erinnerung an den Zeitpunkt, in dem er die Zustellung des Urteils entgegengenommen hat, hat Rechtsanwalt B. nach dem Gesamtinhalt seiner Erklärung nicht.

3. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Beschwerdefrist hat das Oberlandesgericht dem Antragsgegner zu Recht versagt.

Hinsichtlich der Frage, ob die isolierte Anfechtung der in einem Eheurteil enthaltenen Entscheidung über eine Folgesache dem Anwaltszwang unterliegt, war die Rechtslage nach dem Inkrafttreten des 1. EheRG allerdings zunächst unklar. Insbesondere konnte die gesetzliche Regelung des Begriffs der Folgesache mißverstanden werden. Der Senat hat es deshalb nicht als Verschulden angesehen, wenn ein Anwalt vor der klärenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 17. Januar 1979 - IV ZB 111/78 - (FamRZ 1979, 232 = NJW 1979, 766 = VersR 1979, 354) in Verkennung der Rechtslage angenommen hat, die Beschwerde unterliege in einem solchen Fall nicht dem Anwaltszwang (BGH FamRZ 1979, 908 = VersR 1979, 672).

Durch die genannte Entscheidung vom 17. Januar 1979 ist jedoch die Rechtslage geklärt worden. Diese Entscheidung war bereits längere Zeit vor der Einlegung der Beschwerde veröffentlicht worden (FamRZ Märzheft 1979; VersR

Heft 15 vom 10. April 1979; NJW Heft 15 vom 11. April 1979). Von einem Anwalt mit allgemeiner Beratungs- und Prozeßpraxis kann zwar grundsätzlich nicht das Studium von Spezialzeitschriften verlangt werden. Er muß sich jedoch anhand einer allgemeinen juristischen Fachzeitschrift, in der die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in angemessener Zeit veröffentlicht wird, jeweils unverzüglich über die höchstrichterliche Rechtsprechung informieren (BGH FamRZ 1979, 222 = NJW 1979, 877; MDR 1979, 652 = VersR 1979, 375).

In der NJW, die dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Antragsgegners als Informationsquelle zur Verfügung stand, war die angeführte Senatsentscheidung schon mehr als drei Monate vor der Einlegung der Beschwerde veröffentlicht worden. Nach den dargelegten Grundsätzen muß es dem Prozeßbevollmächtigten daher als Verschulden angelastet werden, wenn sie ihm bei der Prüfung der Rechtslage entgangen ist. Er kann sich nicht damit entlasten, daß sich das in Frage stehende Heft der NJW gerade bei seinem Sozius befunden habe. Wenn er die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung nicht von vornherein laufend verfolgte, mußte er bei der Prüfung im Einzelfall die von ihm benutzte Fachzeitschrift lückenlos durchsehen, da nur auf diese Weise sichergestellt werden konnte, daß ihm keine wesentliche Entscheidung entging. Er hätte daher

darauf achten müssen, ob die NJW-Hefte vollständig waren und sich das fehlende Heft von seinem Sozius zur Einsicht beschaffen müssen.

Dr. Grell

Knüfer

Lohmann

Dr. Seidl

Blumenröhr