

BUNDESGERICHTSHOF

IV b ZB 676/80 **BESCHLUSS**

in der Unterhaltssache

des Herrn Geert S [REDACTED] , R [REDACTED] ring 97,
H [REDACTED]

Klägers und Beschwerdeführers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED], Dr. [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED] und Dr. [REDACTED],
B [REDACTED] straße 10, C [REDACTED] -

gegen

den am 15. März 1963 geborenen Frank-Joachim
S [REDACTED] , vertreten durch seine Mutter,
Frau Ursula J [REDACTED], wohnhaft L [REDACTED] K [REDACTED] weg 33,
H [REDACTED],

Beklagten und Beschwerdegegner,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED], M [REDACTED] -
straße 24, C [REDACTED] -

Der IVb-Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 23. April 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Grell und die Richter Knüfer, Lohmann, Dr. Seidl und Dr. Blumenröhr

beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde des Klägers wird der Beschluß des 19. Zivilsenats - Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Celle vom 20. Februar 1980 aufgehoben.

Dem Kläger wird Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur Einlegung der Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Hannover vom 27. Juli 1979 gewährt.

G r ü n d e :

In der vorliegenden Unterhaltssache wurde das zugunsten des unterhaltsberechtigten Kindes ergangene Urteil des Amtsgerichts - Familiengerichts - dem Vater (Kläger), der in erster Instanz nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten war, am 3. August 1979 von Amts wegen durch Niederlegung bei der Postanstalt zugestellt; den Tag der Zustellung vermerkte der Postbedienstete auf der Sendung. Am 4. September 1979 (Dienstag) legte der Kläger bei dem Oberlandesgericht formgerecht Berufung ein; am 4. Oktober 1979 begründete er das

- 3 -

Rechtsmittel. Am 3. Januar 1980 wies das Oberlandesgericht den zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Klägers darauf hin, daß die Berufung verspätet eingelegt sei. Am 14. Januar 1980 bat dieser um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Fristversäumung. Durch Beschluß vom 20. Februar 1980 hat das Oberlandesgericht die Wiedereinsetzung versagt. Gegen diese Entscheidung richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde des Klägers.

Der Kläger hat vorgetragen und glaubhaft gemacht:

Am 3. August 1979 gegen Mittag habe er in seinem Briefkasten die schriftliche Mitteilung über die Niederlegung vorgefunden. Er habe sich diese Mitteilung nicht näher angesehen. Am 4. August 1979 habe er die Sendung bei der Postanstalt abgeholt; die schriftliche Mitteilung habe er, ohne sie weiter zu beachten, entweder bei der Post zurückgelassen oder vernichtet. Der Briefumschlag sei beschädigt gewesen; das sei bereits beim Öffnen des Sammelumschlags des Gerichts geschehen, wie - unstreitig - ein Vermerk eines Postbediensteten vom 3. August 1979 auf der Rückseite des Umschlages ergebe. Noch in der Postanstalt habe er - Kläger - den rechten oberen Rand des Briefumschlags mit dem rechten Daumen aufgeschlitzt. Bei dieser Gelegenheit sei offenbar der Vermerk über den Zustellungstag abgerissen worden. Nach etwa zwei Wochen (jedenfalls noch im August 1979) habe er den nicht bei dem Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt P. aufgesucht und ihm den Briefumschlag mit dem amtsgerichtlichen Urteil vorgelegt;



bei dieser Gelegenheit sei ihm erstmalig aufgefallen, daß das Datum der Zustellung teilweise abgerissen gewesen sei. Auf die Frage des Anwalts habe er erklärt, das Urteil sei am 4. August 1979 zugestellt worden. Am 4. September 1979 habe Rechtsanwalt P. seine zweitinstanzlichen Anwälte mit der Einlegung der Berufung gegen das - wie er ihnen mitgeteilt habe - nicht vor dem 4. August 1979 zugestellte Urteil beauftragt; daraufhin sei noch am selben Tage das Rechtsmittel eingelegt worden. Er - Kläger - habe den Unterschied zwischen den einzelnen Zustellungsarten nicht gekannt. Er sei davon ausgegangen, daß die Berufungsfrist mit der Aushängung des Urteils durch die Postanstalt an ihn begonnen habe; die schriftliche Mitteilung über die Niederlegung habe er für belanglos angesehen; das auf dem Briefumschlag ursprünglich angebrachte Tagesdatum habe er nicht gekannt. Sein Anwalt sei bei dem Gespräch mit ihm davon ausgegangen, daß die Zustellung an ihn persönlich erfolgt sei.

Die sofortige Beschwerde ist begründet.

Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, ein etwaiger anfänglicher Irrtum des Klägers über das maßgebliche Zustellungsdatum hätte sich später anlässlich der Besprechung mit Rechtsanwalt P. bei gehöriger Sorgfalt vermeiden lassen; bei der Wichtigkeit der genauen Zustellungszeit hätten damals nämlich auch die Art und der Hergang der Zustellung erörtert werden müssen. Dem kann indessen bei der hier gegebenen besonderen Sachlage nicht gefolgt werden.

Der Kläger hat glaubhaft gemacht, er habe bis zu dem Augenblick, als er bei Rechtsanwalt P. vorsprach, nicht gewußt und auch nicht wissen müssen, daß schon der Einwurf der schriftlichen Mitteilung über die Niederlegung der Sendung bei der Postanstalt (3. August 1979) und nicht erst die Abholung der Sendung bei der Post (4. August 1979) den Zeitpunkt der Zustellung bestimmt hat. Er konnte das insbesondere auch nicht dem gemäß § 212 Abs. 1 ZPO auf dem Briefumschlag angebrachten Vermerk über den Tag der Zustellung entnehmen, weil dieser Vermerk vor Kenntnisnahme von dessen Inhalt durch Beschädigung des Umschlages unvollständig geworden ist. Rechtsanwalt P. wiederum hatte keinen Anlaß, sich mit dem Kläger über diese Frage zu unterhalten. Dem übergebenen Umschlag war nicht anzumerken, auf welche Weise die Zustellung durchgeführt worden war. Unter den hier gegebenen Umständen konnte sich Rechtsanwalt P. damit begnügen, den Kläger einfach nach dem Datum der Zustellung zu fragen, und sich auch ohne weiteres auf dessen Auskunft verlassen; gegenüber der Äußerung des Klägers, die Zustellung sei am 4. August 1979 an ihn erfolgt, brauchte er nicht damit zu rechnen, daß die Zustellung durch Niederlegung bei der Postanstalt an einem früheren Tage erfolgt war. Andererseits war der Kläger nunmehr nicht von sich aus gehalten, dem Anwalt den tatsächlichen Vorgang der Zustellung (schriftliche Mitteilung im Briefkasten, Abholung der Sendung bei der Post) zu schildern.

Infolgedessen hat der Kläger die Berufungsfrist weder durch eigenes Verschulden noch durch Verschulden des Rechtsanwalts P., das er sich zurechnen lassen

müßte, versäumt. Dem Kläger war daher Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Rechtsmittelfrist zu gewähren.

Vorsitzender Richter
Dr. Grell ist erkrankt
und kann daher nicht
unterschreiben.

Knüfer

Lohmann

Knüfer

Dr. Seidl

Blumenröhr