

BUNDESGERICHTSHOF

IVb ZB 813/81 **BESCHLUSS**

in der Familiensache

betr. die Regelung des Umgangs des nichtsorgeberechtigten
Elternteils mit den Kindern

Roman G[REDACTED], geb. am 31. Dezember [REDACTED]

und

Boris G[REDACTED], geb. am 2. Februar [REDACTED],

Vater: Dipl. Kaufmann Heinrich G[REDACTED], B[REDACTED] [REDACTED],
A[REDACTED] [REDACTED],

Antragsteller und
Beschwerdeführer,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Mutter: Lehrerin Gisela G[REDACTED], K[REDACTED]weg [REDACTED], O[REDACTED]-
Oe[REDACTED],

Antragsgegnerin und
Beschwerdegegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigte
I. Instanz:

Rechtsanwälte U. V[REDACTED],
Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED]-
[REDACTED] und [REDACTED], Brüder-
Gr[REDACTED]-Platz [REDACTED], K[REDACTED] -

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Dr. Chr. Krohn, Dr. Macke, Dr. Zysk und Nonnenkamp

am 9. Juni 1982
beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluß des 2. Familiensenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 18. Mai 1981 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Behandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der weiteren Beschwerde, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Beschwerdewert: 1.500 DM.

G r ü n d e :

I.

Die Eltern der im Beschlußeingang genannten Kinder sind geschieden. Die elterliche Sorge ist der Mutter (Antragsgegnerin) übertragen, bei der die Kinder leben. Durch Beschluß des Amtsgerichts - Familiengericht - vom 18. September 1978 wurde das Besuchsrecht des Vaters (Antragsteller) für ein Jahr ausgeschlossen. Nach Ablauf des Jahres hat er beantragt, ihm nunmehr ein Besuchsrecht einzuräumen und anderweitig über die elterliche Sorge zu befinden. Stattdessen hat das Amts-

gericht durch Beschluß vom 19. Februar 1981 das Besuchsrecht des Antragstellers für die Dauer von weiteren zwei Jahren ausgeschlossen. Dieser Beschluß ist laut Postzustellungsurkunde vom 10. März 1981 "dem Empfänger Heinrich G. selbst" in der Wohnung übergeben worden. Durch einen Schriftsatz mit der Datumsangabe "12.3.81" hat der Antragsteller gegen den Beschluß vom 19. Februar 1981 Beschwerde eingelegt. Der Schriftsatz ist am 13. April 1981 bei Gericht eingegangen. Nach Hinweis auf den nach Auffassung des Oberlandesgerichts verspäteten Eingang der Beschwerde hat der Antragsteller Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und zur Begründung unter Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung seines Vaters geltend gemacht: Er lebe an seinem Hauptwohnsitz mit seinen Eltern zusammen. Sein Vater heiße wie er Heinrich G. Er selbst halte sich zur Berufsbildung zeitweise an einem Zweitwohnsitz in G. auf. Bei längerer Abwesenheit werde ihm die für ihn an seinem Hauptwohnsitz eingehende Post von seinen Eltern in von ihm vorbereiteten Sammelumschlägen nachgesandt. Der Beschluß des Amtsgerichts vom 19. Februar 1981 sei nicht ihm, sondern seinem Vater übergeben worden. Dieser habe den Beschluß an ihn weitergeleitet; er habe ihn am 16. März 1981 erhalten. Auf telefonische Nachfrage habe sein Vater mitgeteilt, er könne sich an das genaue Zustelldatum nicht erinnern, habe den Beschluß jedoch unverzüglich weitergeleitet. Er, der Antragsteller, sei daher vom Zugang am 13. März 1981 ausgegangen und habe dementsprechend durch Schreiben vom 12. April 1981 - die Datumsangabe "12.3.81" sei ein Versehen - zum 13. April 1981 Beschwerde eingelegt.



Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde des Antragstellers wegen Versäumung der Beschwerdefrist als unzulässig verworfen und die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgelehnt. Gegen diese bisher nicht zugestellte Entscheidung wendet sich der Antragsteller mit der weiteren Beschwerde. Er versichert an Eides statt, daß der angefochtene Beschluß nicht ihm selbst, sondern seinem Vater übergeben worden sei, und macht geltend, da es dieserhalb an einer wirk-samen Zustellung fehle, sei die Beschwerdefrist nicht in Lauf gesetzt worden.

II.

Die weitere Beschwerde führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

Die weitere Beschwerde rügt zu Recht, daß das Oberlandesgericht unter Berufung auf die Postzustellungs-urkunde vom 10. März 1981, derzufolge der amtsgericht-liche Beschluß vom 19. Februar 1981 "dem Empfänger selbst" (d.h. dem - sachlich betroffenen - Antragsteller) übergeben worden ist, über das Vorbringen des Antrag-stellers hinweggegangen ist, der genannte Beschluß sei von dem Postbediensteten in Wirklichkeit nicht ihm selbst, sondern seinem in demselben Haushalt lebenden gleichnamigen Vater ausgehändigt worden. Zwar kommt der Zustellungsurkunde der Beweiswert einer öffentlichen Urkunde zu. Sie ist jedoch - ebenso wie ein Empfangsbe-kenntnis nach § 212 a ZPO (vgl. insoweit BGH Urteil vom 31. Mai 1979 - VII ZR 290/78 - NJW 1979, 2566; Urteil vom 9. Mai 1980 - I ZR 89/79 - NJW 1980, 1846, 1847; Beschluß vom 29. Februar 1980 - IV ZB 64/79 - VersR 1980, 555; Senatsbeschlüsse vom 28. Oktober 1981 - IVb ZB 687/81 - und 16. Dezember 1981 - IVb ZB 570/80 -) -

inhaltlich widerlegbar (s. BGH Urteil vom 5. November 1975 - VIII ZR 13/75 - NJW 1976, 149, Nr. 9, zu 3). Werden dem Gericht daher Umstände unterbreitet, die Zweifel an der Wirksamkeit der Zustellung begründen, so hat es diesen Zweifeln ungeachtet des anders lautenden Inhalts der Zustellungsurkunde nachzugehen. Hierzu bestand vorliegend Veranlassung. Trifft das Vorbringen des Antragstellers zu, ist also der amtsgerichtliche Beschluß tatsächlich seinem Vater übergeben worden, ist die Zustellung fehlgeschlagen. Denn die nach § 190 Abs. 1 ZPO (hier i.V. mit §§ 621 a Abs. 1 Satz 2, 211 Abs. 1, 212 Abs. 1, 195 Abs. 2 ZPO) vorgeschriebene Beurkundung der Zustellung, die zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen der Zustellung gehört (BGHZ 8, 314, 316; Senatsurteil vom 26. November 1980 - IVb ZR 621/80 - FamRZ 1981, 249, 250 = NJW 1981, 874, 875 = VersR 1981, 255), wäre mit einem wesentlichen Mangel behaftet. Es hätte sich nämlich der Sache nach um eine Ersatzzustellung nach § 181 ZPO gehandelt, die aber einschließlich ihres Grundes entgegen § 191 Nr. 4 ZPO aus der Zustellungsurkunde nicht hervorginge. In einem solchen Fall ist die Zustellung insgesamt unwirksam (BGH LM § 181 ZPO Nr. 1; BFH Urteil vom 10. Oktober 1978 - VIII R 197/74 - NJW 1979, 736 m.w.N.). Nach dem Vorbringen des Antragstellers wäre demnach die Beschwerdefrist nicht in Lauf gesetzt worden und hätte daher die Beschwerde gegen den Beschluß vom 19. Februar 1981 nicht wegen Versäumung dieser Frist als unzulässig verworfen werden dürfen.

Die Angaben des Antragstellers sind auch nicht etwa von vornherein von der Hand zu weisen. Wenn der Antragsteller und sein Vater - was unschwer überprüfbar ist - den gleichen Namen führen und in demselben Haushalt

wohnen, kann der Postbedienstete auch den Vater als den Adressaten des Beschlusses angesehen und deshalb die Übergabe an den Empfänger selbst beurkundet haben. Ein ins Gewicht fallender Anhaltspunkt dafür, daß die Zustellung am 10. März 1981 an den Antragsteller selbst besorgt worden ist, ergibt sich auch nicht daraus, daß seine Beschwerdeschrift das kurz darauffolgende Datum "12.3.81" trägt und der Antragsteller in einem weiteren Schreiben vom 18. April 1981 wiederum von einer Beschwerde durch "Schriftsatz vom 12.3.81" spricht. Es kommt durchaus vor, daß bei der Datierung die falsche Monatsziffer verwendet wird und das unrichtige Datum in spätere Schriftstücke übernommen wird.

Das Oberlandesgericht hätte sich hiernach mit der Postzustellungsurkunde vom 10. März 1981 nicht begnügen dürfen, sondern aufklären müssen, ob der amtsgerichtliche Beschluß nicht tatsächlich - mit der Folge der Unwirksamkeit der Zustellung - dem Vater des Antragstellers übergeben worden ist. Diese Überprüfung ist nachzuholen. Der Senat verweist die Sache aus diesem Grunde unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, die mit ihrer bisherigen Begründung keinen Bestand haben kann, an das Oberlandesgericht zurück. Von welchen Beweismitteln dieses bei der Überprüfung des Zustellvorgangs Gebrauch macht, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen (sog. Freibeweis; vgl. insoweit BGH Urteile vom 25. Oktober 1977 - VI ZR 198/76 - VersR 1978, 155 und 31. Mai 1979 - VII ZR 290/78 - VersR 1979, 937 f.; Senatsbeschluß vom 9. Mai 1980 - IVb ZB 581/80 -, nicht veröffentlicht). So kommt, wenn die vorliegenden

eidesstattlichen Versicherungen nicht für genügend
erachtet werden, auch die Vernehmung von Zeugen
(vgl. BGH LM § 570 ZPO Nr. 1), etwa des Vaters des
Antragstellers und des Postbediensteten, in Betracht.

Lohmann

Krohn

Macke

Zysk

Nonnenkamp