

BUNDESGERICHTSHOF

XII ZB 140/89

BESCHLUSS

in der Familiensache

zur Regelung der elterlichen Sorge

für das Kind Armin K [REDACTED], geboren am
28. Juli 1985,

Beteiligte:

1. Vater: Sigur K [REDACTED], S [REDACTED] -
weg [REDACTED], So [REDACTED] 19,

Antragsgegner und
Beschwerdeführer,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

2. Mutter: Yasmina N [REDACTED] - K [REDACTED],
E [REDACTED], H [REDACTED] 11,

Antragstellerin und
Beschwerdegegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Dr. Blumenröhr, Dr. Zysk, Nonnenkamp und Dr. Knauber

am 6. Februar 1991

beschlossen:

Die weitere Beschwerde gegen den Beschluß des 3. Familiensenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 14. November 1989 wird auf Kosten des Antragsgegners zurückgewiesen.

Beschwerdewert: 1.500 DM.

Gründe:

I.

Zwischen den Parteien waren im ersten Rechtszug ein Verbindungsverfahren über die Scheidung ihrer Ehe (Az.: 281 F 18/88) und ein isoliertes Verfahren zur Regelung der elterlichen Sorge für das gemeinsame Kind A. [REDACTED] während des Getrenntlebens der Parteien (Az.: 281 F 162/87) anhängig. Am 2. März 1989 wurde in beiden Verfahren mündlich verhandelt und Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf 20. April 1989 bestimmt. An diesem Tage erging in der isolierten Sorgerechtssache der Beschluß, daß die elterliche Sorge für das

- 3 -

Kind der Mutter übertragen werde. Ferner erging das Verbundurteil, in dem die Ehe geschieden, die elterliche Sorge der Mutter übertragen und ein Versorgungsausgleich ausgeschlossen wurde. Der Beschluß wurde dem Antragsgegner am 9. Mai 1989, das Verbundurteil am 10. Mai 1989 zugestellt, jeweils zu Händen seines anwaltlichen Bevollmächtigten. Dieser legte mit einer als "Berufungsbeschwerde" bezeichneten Schrift vom 10. Mai 1989, die beim Oberlandesgericht am folgenden Tage einging, für den Antragsgegner gegen den amtsgerichtlichen Beschluß Beschwerde ein. Unter dem 23. Mai 1989, eingegangen am 25. Mai 1989, reichte der Bevollmächtigte des Antragsgegners eine Rechtsmittelbegründungsschrift ein, in der es eingangs heißt: "In der Berufungssache ... werden die Anträge der diesseitigen Berufungsschrift vom 10.5.1989 nachstehend wie folgt begründet ...". Am 15. Juni 1989 reichte der Bevollmächtigte des Antragsgegners beim Familiengericht eine Ausfertigung des Verbundurteils ein und bat in dem Übersendungsschreiben um die Erteilung des Rechtskraftvermerks. Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle erteilte das Rechtskraftzeugnis am 27. Juni 1989. Mit Schriftsatz vom 28. Juni 1989 an das Oberlandesgericht vertrat die Bevollmächtigte der Antragstellerin die Auffassung, daß das anhängige Verfahren in der Hauptsache erledigt sei. Sie wies darauf hin, daß das Verbundurteil rechtskräftig geworden sei und damit eine endgültige Entscheidung über die elterliche Sorge nach § 1571 BGB vorliege, die die angefochtene, für die Zeit des Getrenntlebens geltende Entscheidung unwirksam werden lasse. Abschrift dieses Schreibens wurde am 29. Juni 1989 an den Bevollmächtigten des Antragsgegners weitergeleitet. Am 3. Juli 1989 (Montag) legte der Antragsgegner durch seinen Bevollmächtigten beim Oberlandesgericht gegen das Urteil des

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Amtsgerichts vom 20. April 1989 "Berufungsbeschwerde" samt Begründung ein und beantragte, ihm gegen die Fristversäumung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Zur Begründung führte er aus: Mit Zustellung des Verbundurteils sei in dem Fristenkalender, der in der Kanzlei seines Bevollmächtigten geführt werde, als "Berufungsfrist" der 12. Juni 1989 (Montag) notiert worden. Am selben Tage sei auch die Begründungsfrist für die in der Sache 281 F 162/87 eingelegte Beschwerde abgelaufen, die gleichfalls in dem Kalender notiert worden sei. Bei dem Diktat der Beschwerdebegründung habe der Bevollmächtigte seine Büroangestellte, Frau D., eine geschulte und sonst zuverlässige und bewährte Kraft, angewiesen, die Beschwerdebegründungsfrist im Fristenkalender zu streichen. Versehentlich habe Frau D. nicht nur die Frist zur Beschwerdebegründung, sondern auch die Berufungsfrist in der Parallelsache gestrichen. Dadurch sei die Akte bei der späteren Fristenkontrolle übersehen und die Beschwerdefrist nicht eingehalten worden. Auch die Eintragung einer Vorfrist, die nach der Organisation des Fristenwesens in der Kanzlei eine Woche vor Ablauf der jeweiligen Frist die Vorlage der Sache vorsehe, habe das nicht verhindert, da diese Frist ebenfalls gestrichen worden sei. Der Bevollmächtigte habe das Versehen erst bei der "turnusmäßigen Wiedervorlage der Akte infolge des zwischenzeitlich angeforderten Rechtskraftvermerks für das Scheidungsurteil" am 30. Juni 1989 festgestellt. Zur Glaubhaftmachung hat der Antragsgegner eine anwaltliche Versicherung seines Bevollmächtigten, eine eidesstattliche Versicherung der Angestellten D. sowie Ablichtungen aus dem anwaltlichen Fristenkalender vorgelegt, die den 5. und 12. Juni

1989 betreffen. Das Oberlandesgericht hat eine Wiedereinsetzung abgelehnt und die Beschwerde als unzulässig verworfen. Hiergegen wendet sich der Antragsgegner mit der weiteren Beschwerde.

II.

Die weitere Beschwerde hat keinen Erfolg.

1. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde des Antragsgegners zu Recht als unzulässig verworfen, weil die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels am 12. Juni 1989 (Montag) endete (§§ 629a Abs. 2 Satz 1, 621e Abs. 1 und 3, 516 ZPO) und deshalb abgelaufen war, als die Beschwerde am 3. Juli 1989 beim Oberlandesgericht einging.

2. Die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat das Oberlandesgericht im Ergebnis zu Recht versagt, weil nicht festgestellt werden kann, daß der Antragsgegner die Beschwerdefrist ohne Verschulden seines Anwalts versäumt hat (§§ 233, 85 Abs. 2 ZPO).

a) Das Beschwerdegericht hat dargelegt, es beständen bereits Zweifel an der Richtigkeit der Darstellung, daß die Angestellte des Bevollmächtigten die hier versäumte Frist zusammen mit der tatsächlich erledigten Frist in der Parallelsache im Fristenkalender versehentlich gelöscht habe. Vielmehr liege die Annahme nahe, daß der Bevollmächtigte seine Angestellte zur Streichung der für das Verbundverfahren

notierten Frist samt Vorfrist eigens angewiesen habe, weil er der Meinung gewesen sei, mit der Abfassung und Einreichung der Beschwerdebegründung das Erforderliche getan zu haben, um die Regelung des Sorgerechts der nunmehr geschiedenen Parteien durch das Oberlandesgericht umfassend überprüfen zu lassen. Ob die Streichung der Fristen tatsächlich so zu erklären sei, brauche aber nicht weiter geprüft zu werden, weil die Wiedereinsetzung jedenfalls wegen Versäumung der Antragsfrist des § 234 ZPO zu versagen sei. Diese Frist habe am 15. Juni 1989 begonnen, als der Bevollmächtigte des Antragsgegners den Antrag auf Erteilung des Rechtskraftzeugnisses für das Verbundurteil unterzeichnet habe. Auch wenn ihm dieser Antrag samt Urteilsausfertigung, aber ohne Akten, in der Unterschriftenmappe vorgelegt worden sei, habe er die Fristversäumung bemerken müssen. Zwar könne nicht stets erwartet werden, daß ein Rechtsanwalt, dem die Akten aus irgendeinem, nicht mit der Einlegung eines Rechtsmittels zusammenhängenden Anlaß vorgelegt würden, den Fristenlauf überprüfe und einen Fristenablauf bemerke. Für den Rechtsanwalt des Antragsgegners, der für diesen nebeneinander mehrere Verfahren geführt habe, sei das Mandat in der vorliegenden Sache wegen der Heftigkeit des Streits der Parteien um das Sorgerecht aber besonders auffällig gewesen. Deshalb habe er stutzig werden müssen, als ihm der Antrag auf Erteilung des Rechtskraftzeugnisses zur Unterschrift vorgelegt worden sei. Ihm habe einfallen müssen, daß der Mandant in dieser Angelegenheit die Sorgerechtsentscheidung nicht hinnehme und daß der zur Unterzeichnung vorliegende Antrag dazu nicht, jedenfalls nicht uneingeschränkt, passe. Deshalb habe er die Richtigkeit der vorgesehenen Behandlung prüfen und die Handakten einsehen müssen. Dabei wäre er darauf gestoßen, daß nur die

isolierte Sorgerechtsentscheidung angefochten und die Rechtsmittelfrist in der Verbundsache versäumt gewesen sei.

Diese Beurteilung begegnet durchgreifenden Bedenken.

Bei einem Irrtum über den Ablauf einer Frist beginnt die zweiwöchige Frist für das Wiedereinsetzungsgesuch nach § 234 Abs. 2 ZPO mit dem Tag, an dem die Partei oder der mit der Sache befaßte Rechtsanwalt erkennt oder bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt erkennen kann, daß die Frist versäumt ist. Dies wiederum hängt davon ab, wann die Partei oder der Rechtsanwalt Anlaß zur Prüfung hat, ob die für das Rechtsmittel zu wahrende Frist noch läuft oder ob das Fristende richtig ermittelt und festgehalten ist. Ein solcher Anlaß besteht insbesondere, wenn der Rechtsanwalt mit der Sache zur Vorbereitung oder Durchführung einer fristgebundenen Prozeßhandlung befaßt wird. Dann ist die Kontrolle des Fristenlaufs keine routinemäßige Büroarbeit mehr, sondern die Prüfung einer Zulässigkeitsvoraussetzung für den beabsichtigten Rechtsbehelf, die in den Verantwortungsbereich des Rechtsanwalts fällt (vgl. etwa BGH Beschluß vom 14. Juli 1988 - III ZB 40/87 - BGHR ZPO § 234 Abs. 1 Fristbeginn 1 m.w.N.). Wie das Beschwerdegericht nicht verkennt, gehört die Beantragung eines Rechtskraftzeugnisses nicht zu den Handlungen, die eine derartige Prüfung erforderlich machen. Denn sie ist keine fristgebundene Maßnahme; vielmehr zielt ein solcher Antrag gerade darauf ab festzustellen, daß die Anfechtungsfrist bereits verstrichen ist. Das hat nicht zur Folge, daß sich der Rechtsanwalt vorher des Fristablaufs versichern müßte. Auch im vorliegenden Fall war durch die Antragstellung keine

Prüfung des Fristenlaufs veranlaßt. Daß der Rechtsanwalt des Antragsgegners sich anlässlich der Unterzeichnung des Schriftstücks, mit dem die Urteilsausfertigung zur Erteilung des Rechtskraftzeugnisses an das Familiengericht übermittelt wurde, nicht an die Einzelheiten der gerichtlichen Auseinandersetzungen der Parteien erinnert und nicht daran gedacht hat, daß er für den Antragsgegner außer der bereits angefochtenen isolierten Entscheidung auch die Sorgerechtsregelung im Verbundurteil anfechten sollte, gereicht dem Rechtsanwalt daher nicht zum Verschulden. Mit seiner gegenteiligen Ansicht überspannt das Beschwerdegericht die Anforderungen an die Aufmerksamkeit und das Gedächtnis eines Rechtsanwalts. Die Unterzeichnung des genannten, von der Kanzlei unter Verwendung eines Vordrucks vorbereiteten Schreibens war eine Routineangelegenheit, bei der nicht einmal verlangt werden konnte, daß der Rechtsanwalt sich vergewisserte, welche Parteien und welche Sache sie konkret betraf. Er hätte die Erholung des Rechtskraftzeugnisses sogar ganz seiner Kanzlei überlassen können und durfte sich daher darauf verlassen, daß das Schreiben dort ordnungsgemäß vorbereitet worden war. Wenn der Rechtsanwalt die Namen der betroffenen Parteien tatsächlich zur Kenntnis nahm, dadurch aber noch nicht der vom Beschwerdegericht angeführten Umstände inne wurde, begründete das nicht den Vorwurf der Sorgfaltsverletzung. Die frühere Befassung mit der Angelegenheit der Parteien verpflichtete ihn nicht, sich die Sache einzuprägen und sich ihrer bei späteren Routinehandlungen zu erinnern. Zwar mußte er die Umstände des Falles berücksichtigen, soweit er sich tatsächlich an sie erinnerte. Soweit ihm jedoch, wie hier, eine derartige Erinnerung bei der Unterzeichnung jenes Schreibens fehlte, kann daran nicht der Vorwurf geknüpft

werden, er habe pflichtwidrig die Handakten nicht beigezogen und deswegen aus Mangel an gebotener Sorgfalt die Fristversäumung nicht bemerkt.

Hiernach hat die Frist für den Wiedereinsetzungsantrag erst am 29. oder 30. Juni 1989 begonnen, als dem Rechtsanwalt des Antragsgegners der gegnerische Schriftsatz vom 28. Juni 1989 mit dem Hinweis auf die Erledigung der Hauptsache in dem isolierten Verfahren zugeing oder ihm, wie er vorgetragen hat, turnusmäßig die Handakte vorgelegt wurde. Damit ist die Wiedereinsetzung am 3. Juli 1989 jedenfalls rechtzeitig beantragt worden.

b) Im Ergebnis hat das Beschwerdegericht die beantragte Wiedereinsetzung jedoch zu Recht versagt, weil nicht auszuschließen ist, daß die Fristversäumung (auch) auf einem Verschulden des Bevollmächtigten des Antragsgegners beruht, das sich dieser als eigenes Verschulden anrechnen lassen muß (§ 85 Abs. 2 ZPO).

Die weitere Beschwerde hat vorgetragen, der Antragsgegner habe durch Vernehmung der Angestellten des Bevollmächtigten sowie des Rechtsanwalts selbst Beweis dafür angeboten, daß die Fristversäumung allein auf ein Verschulden des Büropersonals zurückzuführen sei. Dieser Beweistritt werde auch für diese Instanz wiederholt. Das Beschwerdegericht habe die Vernehmung der Zeugen nicht aufgrund von Vermutungen und Annahmen ablehnen dürfen, auch wenn diese im nachhinein logisch und vernünftig erschienen. Ohne Zeugenvernehmung lasse sich nicht mit der gemäß § 286 ZPO notwendigen Gewißheit feststellen, ob ein Verschulden des Bevollmächtigten vorliege oder

das Verschulden eines Dritten gegeben sei, das dem Antragsgegner nicht zugerechnet werden könne. Das Beschwerdegericht habe seine Überlegungen allenfalls nach der Einvernahme der benannten Zeugen anstellen dürfen.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Ob der Antragsgegner einen Wiedereinsetzungsgrund dargelegt und glaubhaft gemacht hat, hat das Oberlandesgericht nicht abschließend geprüft, sondern letztlich offen gelassen. Schon deshalb erübrigte es sich für das Gericht, den Bevollmächtigten des Antragsgegners und die Angestellte D. als Zeugen zu vernehmen, auch wenn beide in dem vom Beschwerdegericht anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung vom 24. Oktober 1989, auf Grund welcher der angefochtene Beschluß erging, anwesend waren.

Nunmehr unterliegt die Frage, ob die Voraussetzungen einer Wiedereinsetzung vorliegen, der uneingeschränkten Prüfung durch den Senat, wobei er an Feststellungen der Vorinstanzen nicht gebunden, sondern zu selbständiger Würdigung der Beweislage berufen ist (vgl. etwa BGHZ 7, 280, 283; BGH Urteil vom 21. Juni 1976 - III ZR 22/75 - NJW 1976, 1940; Senatsurteil vom 4. November 1981 - IVb ZR 625/80 - NJW 1982, 1873, 1874). Hierbei ist der Senat nicht gehalten, dem Beweisanspruch Rechnung zu tragen, den der Antragsgegner in der Vorinstanz erklärt und für diese Instanz wiederholt hat. Eine Zeugenvernehmung scheidet hier ohnehin aus, da die Beweisaufnahme nicht sofort erfolgen kann (§ 294 Abs. 2 ZPO). Daß die zu vernehmenden Zeugen in der Berufungsverhandlung zur Stelle

waren, ändert daran nichts. Es besteht aber auch keine Veranlassung, dem Antragsgegner insoweit Gelegenheit zu geben, den angestrebten Beweis durch präsente Beweismittel zu führen. Denn es ist nicht ersichtlich, daß die Zeugen zur Glaubhaftmachung anderer Behauptungen gehört werden sollen als derjenigen, über die sich bereits ihre vom Antragsgegner eingereichten anwaltlichen, bzw. eidesstattlichen Versicherungen verhalten. Der Schriftsatz vom 7. September 1989, auf den die weitere Beschwerde Bezug nimmt, enthält überhaupt kein Beweisthema, sondern nur die Ankündigung, daß der Bevollmächtigte des Antragsgegners den anstehenden Termin persönlich wahrnehmen werde und zu einer Befragung durch das Gericht oder Vernehmung als Zeuge zur Verfügung stehe und daß auch die Angestellte D. anwesend sein werde. Die weitere Beschwerde führt insoweit aus, es sei "Beweis dafür angeboten, daß die Fristversäumung - versehentliche Streichung der Beschwerdefrist - allein auf ein Verschulden des Büropersonals zurückzuführen" sei. Das entspricht, was die glaubhaft zu machenden Behauptungen betrifft, dem Gegenstand der eingereichten anwaltlichen, bzw. eidesstattlichen Versicherungen.

Ob diese Behauptungen über den Grund der Fristversäumung, soweit sie überhaupt Tatsachenvortrag enthalten, glaubhaft gemacht sind, braucht hier nicht entschieden zu werden. Auch wenn dem Bevollmächtigten des Antragsgegners bei der Begründung der unter dem 10. Mai 1989 eingelegten Beschwerde bewußt und gegenwärtig gewesen ist, daß sie (allein) das isolierte Sorgerechtsverfahren betraf, wenn er ferner seiner Angestellten bei dem Diktat der Begründung die Anweisung erteilt hat, die Beschwerdebegründungsfrist im Fristenkalender zu streichen, und damit (allein) die für das isolierte Verfahren notierte Frist gemeint, die Angestellte D.

aber versehentlich auch die Berufungsfrist in der Verbund-sache gestrichen hat, ist ein mitwirkendes Verschulden des Bevollmächtigten an der Fristversäumung nicht auszuschließen.

Der Bevollmächtigte des Antragsgegners hatte das in dem isolierten Verfahren eingelegte Rechtsmittel vom 10. Mai 1989 mit "Berufungsbeschwerde" überschrieben. In der Begründungsschrift vom 23. Mai 1989, mit deren Diktat er die Anweisung an seine Angestellte erteilte, hat er das Rechtsmittelverfahren im Eingang des Schriftsatzes als "Berufungssache" bezeichnet und von dem zu begründenden Rechtsmittel als der "Berufungsschrift vom 10.5.1989" gesprochen. Diese Bezeichnungen in den Schriftsätzen waren, wenn nicht unzutreffend, so jedenfalls ungenau und in hohem Maße geeignet, Unklarheit und Verwirrung darüber herbeizuführen, auf welches der beiden Verfahren sich die Schriftsätze tatsächlich bezogen. Sie begründeten vor allem auch die Gefahr, daß der Schriftsatz, der die Rechtsmittelbegründung enthielt, von dem Büropersonal des Rechtsanwalts - jedenfalls auch - dem Verbundverfahren zugeordnet wurde. Bei dieser Sachlage hätte der Bevollmächtigte, der aus der Bearbeitung der Sache anlässlich der Beschwerdebe-gründung vom 23. Mai 1989 wissen mußte, daß in der Parallelsache noch eine Frist lief, Vorsorge treffen müssen, daß sein Büropersonal aus den genannten Bezeichnungen in der Begründungsschrift keine unrichtigen Schlüsse zog und (auch) die Frist in der Parallelsache tilgte. Wenn der Bevollmächtigte schon mit dem Diktat der Beschwerdebegründung die Anweisung zur Streichung der Beschwerdebegründungsfrist erteilt hat, hätte er angesichts des verwirrenden Wechsels der Bezeichnungen in den Schriftsätzen klarstellen müssen, daß sich die

Anweisung allein auf die Frist in dem isolierten Verfahren beziehe, die Frist für die "Berufung" in der Parallelsache dagegen nicht gestrichen werden dürfe, auch wenn in dem Begründungsschriftsatz von "Berufungssache" und "Berufungsschrift" die Rede sei. Hätte der Bevollmächtigte seine Anweisung in dieser Weise verdeutlicht oder sonst Vorkehrung gegen die zu besorgende Verwechslung oder versehentliche Behandlung der Parallelsache durch sein Büro getroffen, so wäre es zu dem Versehen, das der Angestellten D. unterlaufen ist, vermutlich nicht gekommen. Damit kann ein Verschulden des Bevollmächtigten an der eingetretenen Fristversäumung nicht ausgeschlossen werden.

Lohmann

Blumenröhr