



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 168/00

vom

14. Februar 2001

in der Familiensache

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 14. Februar 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Hahne, Gerber, Sprick und Weber-Monecke beschlossen:

1. Der Antrag des Antragsgegners auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der weiteren Beschwerde wird zurückgewiesen.
2. Die weitere Beschwerde gegen den Beschluß des 7. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Hamm vom 21. Juli 2000 wird auf Kosten des Antragsgegners als unzulässig verworfen.

Beschwerdewert: 6.981 DM.

Gründe:

I.

Mit dem angefochtenen Beschluß wies das Beschwerdegericht den Antrag des Antragsgegners zurück, ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Beschwerde gegen die Entscheidung über den Versorgungsausgleich im Scheidungs(verbund)urteil des Familiengerichts zu gewähren. Dieser Beschluß wurde dem Antragsgegner am 3. August 2000 zugestellt.

Hiergegen legte der Antragsgegner mit an das Oberlandesgericht gerichtetem und am 16. August 2000 dort eingegangenem Schriftsatz seines zweitinstanzlichen Verfahrensbevollmächtigten ein als sofortige Beschwerde bezeichnetes Rechtsmittel ein, mit dem er seinen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand weiterverfolgte.

Nach Eingang der Akten beim Bundesgerichtshof am 12. September 2000 wurde der Antragsgegner mit Verfügung vom 14. September 2000 auf Bedenken gegen die Zulässigkeit des Rechtsmittels hingewiesen, da die weitere Beschwerde, die gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte über den Versorgungsausgleich und gemäß § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO auch für die Versagung der Wiedereinsetzung im Versorgungsausgleichsverfahren vorgesehen sei, innerhalb eines Monats seit Zustellung der Entscheidung beim Bundesgerichtshof als Gericht der weiteren Beschwerde durch einen dort zugelassenen Rechtsanwalt habe eingelegt werden müssen.

Daraufhin hat der Antragsgegner am 2. Oktober 2000 durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt weitere Beschwerde eingelegt und zugleich beantragt, ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der weiteren Beschwerde zu gewähren.

Zur Begründung dieses Antrags macht er geltend, seine zweitinstanzlichen Verfahrensbevollmächtigten hätten die Vorschrift des § 238 Abs. 2 ZPO verkannt, was ihnen indes nicht zum Verschulden gereiche, weil sie der Kommentierung bei Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 54. Aufl. § 78 Rdn. 4 nebst Hinweis auf OLG Hamm FamRZ 1979, 46 f. entnommen hätten, daß ein Anwaltszwang hier nicht bestehe.

II.

Das Rechtsmittel ist unzulässig, weil es nicht innerhalb der Monatsfrist des § 621 e Abs. 3 ZPO i.V.m. § 516 ZPO bei dem Bundesgerichtshof als dem Gericht der weiteren Beschwerde (§§ 238 Abs. 2 Satz 1, 621 e Abs. 2 und 3 ZPO, § 133 Nr. 2 GVG, § 621 Abs. 1 Nr. 6 ZPO) durch einen bei diesem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt (§ 78 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) eingelegt worden ist (vgl. Baumbach/Albers, ZPO 58. Aufl. § 621 e Rdn. 21).

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der weiteren Beschwerde ist dem Antragsgegner nicht zu gewähren.

Der Wiedereinsetzungsantrag ist zwar zulässig, weil der gerichtliche Hinweis vom 14. September 2000 ausweislich der Akten erst am darauf folgenden Tag zur Post gegeben wurde und die zweitinstanzlichen Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners somit nicht vor dem 16. September 2000 erreicht haben kann. Das am Montag, dem 2. Oktober 2000 eingegangene Wiedereinsetzungsgesuch wahrte somit die Frist des § 234 ZPO.

Ein Wiedereinsetzungsgrund ist jedoch nicht gegeben, weil der Antragsgegner nicht dargelegt und glaubhaft gemacht hat, daß er ohne ein ihm gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnendes Verschulden seiner zweitinstanzlichen Verfahrensbevollmächtigten gehindert war, die Frist zur Einlegung der weiteren Beschwerde einzuhalten (§§ 236 Abs. 2 Satz 1, 233 ZPO).

Die Voraussetzungen, unter denen ein Irrtum des Verfahrensbevollmächtigten über die Art und Zulässigkeitsvoraussetzungen des einzulegenden Rechtsmittels ausnahmsweise als unverschuldet angesehen werden kann, liegen nicht vor.

Die zweitinstanzlichen Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners hatten sich in der Begründung des zunächst von ihnen eingelegten Rechtsmittels ohnehin in erster Linie mit der Bedeutung der Vorschrift des § 78 Abs. 2 Nr. 1 ZPO auseinanderzusetzen. Die von ihnen zitierte Kommentierung bei Baumbach/Lauterbach/Hartmann weist zunächst darauf hin, daß für die Parteien wegen der Folgesache einer Scheidungssache Anwaltszwang besteht, und zwar auch, soweit es sich um die isolierte Anfechtung einer Folgesache handelt. Letzteres wird indes unter Hinweis auf vier Entscheidungen, die diese Ansicht teilen, und zwei Entscheidungen, die dem entgegenstehen sollen, nämlich OLG Hamm FamRZ 1979, 46 und OLG Bamberg FamRZ 1980, 811, als streitig bezeichnet. Unter diesen Umständen durften die zweitinstanzlichen Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners sich nicht damit begnügen, sich ohne Auseinandersetzung mit der zitierten Rechtsprechung auf die letztgenannte Meinung zu verlassen.

Dies gilt um so mehr, als die Entscheidung OLG Hamm FamRZ 1979, 46 f., die sie in der Begründung des von ihnen eingelegten Rechtsmittels selbst zitiert haben, ausdrücklich darauf hinweist, daß Folgesachen von Scheidungssachen dem Anwaltszwang nach § 78 Abs. 2 Nr. 1 ZPO unterliegen. Soweit die weitere Beschwerde sich darauf beruft, daß in dieser Entscheidung sowie in der Entscheidung OLG Bamberg FamRZ 1980, 811 ein Anwaltszwang gleichwohl verneint worden sei, ist darauf hinzuweisen, daß beiden Entscheidungen ein Auskunftsanspruch zur Vorbereitung des Versorgungsausgleichs zugrunde lag, der - im Gegensatz zur Entscheidung über den Versorgungsausgleich selbst - nicht als Folgesache angesehen wurde. Es trifft daher nicht zu, wie die weitere Beschwerde geltend macht, daß diesen Entscheidungen eine Folgesache zugrunde gelegen und das Oberlandesgericht Hamm in einem Leitsatz ausgesprochen habe, daß insoweit kein Anwaltszwang bestehe. Der betreffen-

de Leitsatz lautet: "Die dagegen gerichtete Beschwerde unterliegt nicht dem Anwaltszwang des § 78 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, da es sich bei dem Auskunftsanspruch zur Vorbereitung des Versorgungsausgleichs nicht um eine 'Folgesache' handelt." Demgegenüber steht hier außer Zweifel, daß es sich um eine Folgesache handelt, weil der Antragsgegner die im Scheidungsverbund getroffene Entscheidung über den Versorgungsausgleich angreift.

Darüber hinaus enthält bereits der angefochtene Beschluß einen ausdrücklichen Hinweis auf den Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 20. April 1979 - IV ZB 160/78 - FamRZ 1979, 908 f., dem die zweitinstanzlichen Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners ebenfalls hätten entnehmen können, daß die (weitere) Beschwerde hier von einem bei dem Gericht der (weiteren) Beschwerde zugelassenen Rechtsanwalt einzulegen war.

Daß dies gemäß § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO auch für die Anfechtung einer oberlandesgerichtlichen Entscheidung gilt, durch die ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist des § 621 e Abs. 3 ZPO versagt wird (vgl. Senatsbeschluß vom 15. März 1995 - XII ZB 19/95 - BGHR ZPO § 238 Abs. 2 Beschwerde, weitere 1; Thomas/Putzo, ZPO 22. Aufl. § 238 Rdn. 17), war bei Anwendung der Sorgfalt, die von einem Rechtsanwalt bei der Einlegung eines Rechtsmittels zu fordern ist, ohne weiteres erkennbar. Denn § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO bestimmt, daß auf die Anfechtung einer die Wiedereinsetzung versagenden Entscheidung die Vorschriften anzuwenden sind, die für die nachgeholtte Prozeßhandlung gelten, hier also wegen der Besonderheiten des familiengerichtlichen Verfahrens die §§ 621 e Abs. 2 Satz 2, 78 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 ZPO.

Es trifft auch nicht zu, daß in der gesamten Kommentarliteratur ausgeführt sei, daß der die Wiedereinsetzung versagende Beschluß eines Oberlan-

desgerichts stets der sofortigen Beschwerde unterliege. Sämtlichen von der weiteren Beschwerde als Beleg hierfür in Voraufgaben angeführten Kommentaren (Zöller/Greger, ZPO 20. Aufl. § 238 Rdn. 7; Musielak/Grandel ZPO 1. Aufl. § 238 Rdn. 6; Baumbach/Lauterbach/Hartmann ZPO 54. Aufl. § 238 Rdn. 12) ist vielmehr zu entnehmen, daß gegen die Versagung der Wiedereinsetzung das Rechtsmittel zulässig ist, das gegen die Hauptsacheentscheidung gegeben wäre.

Blumenröhr

Hahne

Gerber

Sprick

Weber-Monecke