

Oberlandesgericht Nürnberg

Az.: 9 WF 518/19
2 F 794/18 AG Amberg



In der Familiensache

- Antragsteller und Beschwerdegegner -

Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt **Dr. Schröck** Jörg A. E., Landshuter Allee 8-10, 80637 München, Gz.:
601/18JS24/JS

gegen

- Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwältin

Weitere Beteiligte:

Kinder:

Jugendamt:

wegen elterliche Sorge, eA; hier: Beschwerde sonstige Angelegenheiten

ergeht durch das Oberlandesgericht Nürnberg - 9. Zivilsenat und Senat für Familiensachen - durch die Richterin am Oberlandesgericht Schwarz-Spließgart als Einzelrichterin am 20.05.2019 folgender

Beschluss

1. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Amberg vom 11.04.2019 (Ablehnung der Sachverständigen) wird als unzulässig verworfen.
2. Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.
3. Der Verfahrenswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.000,- € festgesetzt.

Gründe:

I.

Mit Beschluss vom 11.04.2019 hat das Amtsgericht - Familiengericht - Amberg in der vorliegenden Sache einstweilige Anordnung elterliche Sorge einen Antrag der Antragsgegnerin auf Ablehnung der Sachverständigen als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat das Gericht ausgeführt, das Ablehnungsgesuch der Antragsgegnerin sei verspätet, nämlich nach Ablauf der 2-wöchigen Frist des § 406 Abs. 2 ZPO eingegangen.

Mit Beschluss vom 14.02.2019 hatte das Familiengericht angeordnet, dass ein psychologisches Sachverständigengutachten zur Frage des § 1671 BGB einzuholen ist. Die Sachverständige , wurde mit der Begutachtung beauftragt. Mit Ergänzungsbeschluss vom 07.03.2019 hat das Gericht den Gutachtensauftrag erweitert und die

Sachverständige gebeten, zum Aufenthalt der Kinder und zum Umgang der Kinder mit der Kindsmutter zusätzlich Stellung zu nehmen.

Mit Anwaltsschriftsatz vom 03.04.2019, eingegangen beim Amtsgericht Amberg am 08.04.2019, hatte die Antragsgegnerin mitgeteilt, nicht zur Zusammenarbeit mit der Sachverständigen bereit zu sein, weil diese nicht unparteilich sei. Sie - die Antragsgegnerin - habe in der Vergangenheit mit dem Ehemann der Sachverständigen, _____, bei der Firma _____ GmbH zusammengearbeitet.

Der Verwerfungsbeschluss des Amtsgerichts Amberg vom 11.04.2019 wurde der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin am 15.04.2019 zugestellt. Mit Anwaltsschriftsatz vom 02.05.2019, eingegangen beim Ausgangsgericht am selben Tag, hat die Antragsgegnerin „Beschwerde“ eingelegt. Diese begründet sie damit, sie habe gegen die Sachverständige keinen Ablehnungsantrag gestellt, sondern dem Gericht ihre Bedenken gegen die Unparteilichkeit der Sachverständigen nur zur Kenntnis bringen wollen.

II.

Das Rechtsmittel ist als sofortige Beschwerde an sich statthaft gemäß §§ 406 Abs. 5, 567 ff. ZPO. § 406 ZPO regelt das Recht, einen gerichtlich bestellten Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen. Diese Vorschrift ist vorliegend auch im Kindschaftsverfahren elterlichen Sorge (§§ 111 Nr. 2, 151 Nr. 1 FamFG) über die Verweisung in §§ 6, 30 FamFG anwendbar. § 406 Abs. 5, 2. A. ZPO bestimmt, dass gegen den Beschluss, durch den die Ablehnung für unbegründet erklärt wird, die sofortige Beschwerde statthaft ist, also die Bestimmungen der §§ 567 ff ZPO. Dies gilt auch in den Fällen, in denen - wie vorliegend - die Ablehnung für unzulässig (statt für unbegründet) erklärt wird. Die Rechtsmittelvorschrift des § 406 Abs. 5, 2. A. ZPO gilt bei jedweder Zurückweisung des Ablehnungsantrags durch das erstinstanzliche Gericht. Denn eine Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs wegen Unzulässigkeit kann kein anderes Rechtsmittel zur Folge haben als die Abweisung wegen Unbegründetheit. Damit ist die sofortige Beschwerde als solche statthaft.

Im vorliegenden Fall ist sie jedoch unzulässig wegen Verfristung. Nach § 569 Abs. 1 S. 1 ZPO gilt für die Einlegung eine Notfrist von 2 Wochen. Diese wurde versäumt. Nachdem die Zustellung der angefochtenen Entscheidung vom 11.04.2019 am 15.04.2019 erfolgt war, lief die 2-wöchige

Notfrist am 29.04.2019 (Montag) ab. Eingegangen ist der Ablehnungsantrag indes erst am 02.05.2019, somit verspätet. Die sofortige Beschwerde ist daher unzulässig.

Eine hiervon abweichende rechtliche Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Rechtsmittelbelehrung im Beschluss des Amtsgerichts Amberg vom 11.04.2019 falsch ist. Dort wurde der Hinweis auf das Rechtsmittel der Beschwerde mit einer Einlegungsfrist von 1 Monat erteilt. Eine fehlerhaft Rechtsmittelbelehrung führt nicht zu einer Verlängerung der gesetzlich bestimmten Rechtsmittelfristen (BGH NJW-RR 2004, 408).

Auch die Voraussetzungen für eine - gegebenenfalls auch von Amts wegen zu bewilligende - Wiedereinsetzung in den vorigen Stand liegen nicht vor. Nach § 17 Abs. 1 FamFG ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn jemand ohne sein Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist einzuhalten. Dabei wird fehlendes Verschulden vermutet, wenn eine Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder fehlerhaft war. Für die Wiedereinsetzung ist jedoch diese gesetzliche Vermutung widerlegbar. Wer keiner Unterstützung durch eine Rechtsmittelbelehrung bedarf, handelt in der Regel nicht unverschuldet. Dies gilt bei Vertretung durch einen Rechtsanwalt. Ein Anwalt kennt bzw. muss die gesetzlichen Fristen kennen. Von einem verfahrensbevollmächtigten Rechtsanwalt ist zu verlangen, dass er unabhängig von der erteilten Belehrung durch das Gericht jedenfalls den Gesetzestext für fristgebundene Rechtsmittel in seinem Fachgebiet kennt. Die für die Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand wegen einer inhaltlich unrichtigen Rechtsbehelfsbelehrung erforderliche Kausalität zwischen dem Belehrungsmangel und der Fristversäumung entfällt daher bei einem anwaltlich vertretenen Beteiligten (BGH FamRZ 2014, 643). Daher ist die Versäumung der Beschwerdefrist im vorliegenden Fall insbesondere deshalb nicht unverschuldet, weil es sich bei der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin um eine Fachanwältin u.a. für Familienrecht handelt. Diese hätte durch die Kenntnisnahme der Vorschrift des § 406 ZPO unschwer erkennen können, dass vorliegend das richtige Rechtsmittel nicht die Beschwerde mit einer Frist von 1 Monat gemäß §§ 58 ff FamFG, sondern die sofortige Beschwerde mit einer Frist von 2 Wochen gemäß § 567 ff ZPO ist.

Nach alledem ist das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen, § 68 Abs. 2 S. 2 FamFG.

III.

1.

Ungeachtet dessen hätte die Beschwerde auch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg, weil das Amtsgericht - Familiengericht - Amberg zu Recht die Ausführungen der Antragsgegnerin im Antwortschriftsatz vom 03.04.2019 als Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit der Sachverständigen interpretiert hat und dieses Gesuch richtigerweise wegen Versäumung der 2-Wochen Frist des § 406 Abs. 2 S. 1 ZPO als unzulässig zurückgewiesen hat.

Nach § 406 Abs. 2 S. 1 ZPO ist ein Ablehnungsantrag gegen einen Sachverständigen bei dem Gericht, von dem der Sachverständige ernannt ist, vor seiner Vernehmung zu stellen, spätestens jedoch binnen 2 Wochen nach Verkündung oder Zustellung des Beschlusses über die Ernennung. Der Beweisbeschluss vom 14.02.2019, mit dem die Person der Sachverständigen bereits namentlich bezeichnet wurde, wurde der Antragsgegnerin wenige Tage darauf zur Kenntnis gebracht. Die Verfügung über die formlose Mitteilung erging bereits am 14.02.2019. Die Sachverständige nahm auch persönlich am Verhandlungstermin am 26.02.2019, in dem auch die Antragsgegnerin anwesend war, teil. Die Ablehnungsfrist war daher spätestens Ende Februar 2019 abgelaufen. Gemäß § 406 Abs. 2 S. 2 ZPO ist die Ablehnung zu einem späteren Zeitpunkt nur zulässig, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dass er ohne sein Verschulden verhindert war, den Ablehnungsgrund früher geltend zu machen. Dies ist hier nicht erfolgt. Insbesondere hat die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 03.04.2019 nicht etwa mitgeteilt, erstmals durch die Eigenmitteilung der Sachverständigen per Mail vom 18.03.2019 davon Kenntnis erlangt zu haben, dass die Sachverständige die Ehefrau eines früheren Kollegen der Antragsgegnerin ist. Selbst wenn dies jedoch der Fall gewesen sein sollte, wäre die 2-Wochen Frist spätestens am 03.04.2019 angelaufen gewesen. Die Mail vom 18.03.2019 ist der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin nicht nach dem 20.03.2019 zugegangen, denn die Herausgabeverfügung an die Beteiligten stammt vom 19.03.2019. Der Ablehnungsantrag ging jedoch erst am 08.04.2019, damit auf jeden Fall verfristet, beim Ausgangsgericht ein.

Der Schriftsatz der Antragsgegnervertreterin vom 03.04.2019 war als Ablehnungsgesuch aufzufassen. Zwar enthält er eine entsprechende ausdrückliche Überschrift oder Hervorhebung als „Ablehnungsantrag“ oder „Ablehnungsgesuch“ wegen Befangenheit nicht. Die Antragsgegnerin ließ jedoch erklären, nicht bereit zu sein, mit der Sachverständigen weiter

zusammen zu arbeiten. Sie führte weiter aus, „es besteht der begründete Verdacht, dass Herr
seine Ehefrau ... durch Erzählung ... negativ gegen die Antragsgegnerin beeinflusst... Es wird
darum gebeten, aufgrund dieser Umstände, die Sachverständige aus dem Auftrag zu entlassen und
eine unparteilich Sachverständige einzuschalten“.

Eine andere inhaltliche Bedeutung, als die Ablehnung der Sachverständigen wegen
Besorgnis der Befangenheit hat diese Erklärung definitiv nicht. Das Gericht war daher
gehalten, dieses Gesuch förmlich zu verbescheiden.

2.

Im Übrigen ist die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin inzwischen durch Erledigung
der Sache obsolet geworden. Das erstinstanzliche Verfahren ist durch Beschluss in der
Hauptsache vom 11.04.2019 (einstweilige Anordnung), mit dem der Erstbeschluss vom
03.12.2018 bestätigt wurde, abgeschlossen. Das schriftliche Sachverständigengutachten,
das ohnehin im vorliegenden einstweiligen Anordnungsverfahren wegen der Erforderlich-
keit nur summarischer Prüfung und der Einhaltung des Beschleunigungsgrundsatzes nicht
hätte in Auftrag gegeben werden sollen, wurde schließlich richtigerweise nicht mehr erholt.
In der mit weiterem Beschluss des Familiengerichts vom 11.04.2019 getroffenen Anord-
nung, dass das mit Beschlüssen vom 14.02.2019 und 07.03.2019 in Auftrag gegebene
Gutachten nunmehr im Hauptverfahren elterliche Sorge und Umgang (Az: 2 F 220/19) „ge-
führt“ wird, ist schlicht die Aufhebung der Beweisbeschlüsse vom 14.02.2019 und
07.03.2019 zu sehen. Damit ist einer jeden Sachverständigenablehnung im Verfahren 2 F
794/18 der Boden entzogen.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Die Wertfestsetzung folgt aus §§ 40, 42 FamG-
KG. Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar (§ 70 Abs. 4 FamFG).

gez.

Schwarz-Spliesgart
Richterin am Oberlandesgericht

Erlass des Beschlusses (§ 38 Abs. 3 Satz 3 FamFG):
Übergabe an die Geschäftsstelle
am 21.05.2019.

gez.

Hölzel, JSekr'in
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Für die Richtigkeit der Abschrift
Nürnberg, 21.05.2019

Hölzel, JSekr'in
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle