BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 197/10

vom

3. November 2010

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ZPO §§ 233 Ga, 85; FGG-RG Art. 111

a) Verfahren im Sinne des Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG ist nicht nur das Verfahren bis zum Abschluss einer Instanz, sondern bei Einlegung eines Rechtsmittels auch die mehrere Instanzen umfassende gerichtliche Tätigkeit in einer Sache (im Anschluss an BGH Beschluss vom 1. März 2010 - II ZB 1/10 - FamRZ 2010, 639 sowie Senatsurteil vom 25. November 2009 - XII ZR 8/08 - FamRZ 2010, 192).

b) Auch bei einer in zulässiger Weise erhobenen Widerklage richtet sich das nach Art. 111 Abs. 1 FGG-RG anwendbare Verfahrensrecht einheitlich nach dem durch die Klage eingeleiteten Verfahren.

c) Der Rechtsirrtum eines Rechtsanwalts über das nach dem FGG-Reformgesetz in Übergangsfällen anwendbare Verfahrensrecht ist jedenfalls dann nicht unverschuldet, wenn er entgegen einer von der Mehrheit in der Literatur und einer ersten veröffentlichten Entscheidung eines Oberlandesgerichts vertretenen Rechtsansicht von der Anwendbarkeit des neuen Rechts ausgeht.

BGH, Beschluss vom 3. November 2010 - XII ZB 197/10 - OLG Nürnberg
AG Nürnberg

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. November 2010 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Weber-Monecke, Dr. Klinkhammer, Schilling und Dr. Günter

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 7. Zivilsenats und Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 11. Januar 2010 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Wert: 6.918 €

Gründe:

I.

1 Die Parteien sind getrenntlebende Eheleute. Der Kläger hat vor dem Amtsgericht Klage auf Abänderung (Herabsetzung) von Jugendamtsurkunden erhoben, die für den Unterhalt der gemeinsamen Kinder in Höhe von monatlich 61,2 % des Mindestunterhalts errichtet wurden. Die Beklagte hat als Prozessstandschafterin der Kinder Widerklage auf Zahlung von 100 % des Mindestunterhalts monatlich erhoben.

2 Das Amtsgericht hat durch das dem Kläger am 19. Oktober 2009 zugestellte Urteil die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Dagegen hat der Kläger "Beschwerde" eingelegt, die er beim Amtsgericht eingereicht hat. Das Rechtsmittel ist am 19. November 2009 (16.41 Uhr) beim Amtsgericht per

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Fax eingegangen und von diesem durch Verfügung vom 20. November 2009 an das Oberlandesgericht zuständigkeitshalber weitergeleitet worden, wo es am 24. November 2009 eingegangen ist.

3 Mit Verfügung vom 1. Dezember 2009 hat das Oberlandesgericht die Rechtsanwältin des Klägers auf die Statthaftigkeit der Berufung (statt der Beschwerde) und die Versäumung der Berufungsfrist hingewiesen. Die auf den Hinweis zunächst gewährte Stellungnahmefrist hat es später bis zum 30. Dezember 2009 verlängert. Der Kläger hat sodann die Auffassung vertreten, dass das Rechtsmittelverfahren ein eigenständiges Verfahren sei und darauf das seit dem 1. September 2009 geltende neue Verfahrensrecht Anwendung finde. Das statthafte Rechtsmittel sei daher die Beschwerde, die rechtzeitig beim Amtsgericht eingelegt worden sei.

4 Das Oberlandesgericht hat das als Berufung umgedeutete Rechtsmittel des Klägers als unzulässig verworfen und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgelehnt. Dagegen richtet sich die vom Kläger eingelegte Rechtsbeschwerde.

II.

5 Die statthafte und wegen Grundsätzlichkeit zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

6 1. Das Oberlandesgericht hat die Auffassung vertreten, auf das Rechtsmittel sei nach Art. 111 Abs. 1 FGG-RG das bis August 2009 geltende Verfahrensrecht anzuwenden. Das richtige Rechtsmittel sei die Berufung gewesen und habe beim Oberlandesgericht eingelegt werden müssen. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand könne nicht bewilligt werden, weil die sie begrün-

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

denden Tatsachen weder akten- oder offenkundig noch innerhalb der Frist des § 234 Abs. 1 ZPO dargelegt worden seien. Allein die Tatsache, dass das Rechtsmittel falsch bezeichnet und beim falschen Gericht eingereicht worden sei, reiche hierfür noch nicht aus.

7 2. Das hält hinsichtlich der Verwerfung der Berufung in vollem Umfang und im Hinblick auf die abgelehnte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

8 a) Das Rechtsmittel war nur als Berufung statthaft und ist beim Oberlandesgericht erst nach Ablauf der Berufungsfrist gemäß § 517 ZPO eingegangen.

9 Auf das Rechtsmittel findet das bis zum 31. August 2009 geltende Verfahrensrecht Anwendung, was die Rechtsbeschwerde nicht verkennt. Für ein vor Inkrafttreten des FamFG am 1. September 2009 eingeleitetes Verfahren ist nach Art. 111 Abs. 1 FGG-RG auf das gesamte Verfahren bis zu seinem rechtskräftigen Abschluss das seinerzeit geltende Verfahrensrecht anzuwenden. Aus der Sondervorschrift des Art. 111 Abs. 2 FGG-RG ergibt sich nichts Abweichendes (BGH Beschluss vom 1. März 2010 - II ZB 1/10 - FamRZ 2010, 639 Rn. 8 mwN; ständige Senatsrechtsprechung, vgl. Senatsurteil vom 25. November 2009 - XII ZR 8/08 - FamRZ 2010, 192 Rn. 5 mwN).

10 aa) Verfahren im Sinne des Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG ist nicht nur das Verfahren bis zum Abschluss einer Instanz. Vielmehr bezeichnet der Begriff die gesamte, bei Einlegung entsprechender Rechtsmittel auch mehrere Instanzen umfassende gerichtliche Tätigkeit in einer Sache (BGH Beschluss vom 1. März 2010 - II ZB 1/10 - FamRZ 2010, 639 Rn. 8). Zwar könnte der Wortlaut des Art. 111 Abs. 2 FGG-RG, der auf das Vorhandensein einer Endentscheidung verweist, zu der Fehldeutung verleiten, gerichtliches Verfahren im Sinne des Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG sei das Verfahren innerhalb eines Rechts-

zugs, nicht das gerichtliche Verfahren über den Instanzenzug hinweg, weil nach der Legaldefinition in § 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG die Endentscheidung als instanzbeendende Entscheidung konzipiert sei. Dass der Gesetzgeber das Verfahren jedoch instanzübergreifend verstanden hat, ergibt sich eindeutig sowohl aus der Entstehungsgeschichte der Gesetzesvorschrift als auch aus deren Sinn und Zweck, während die Regelung in Art. 111 Abs. 2 FGG-RG nur der Klarstellung in Bestandsverfahren wie Betreuung oder Vormundschaft dienen sollte (BGH Beschluss vom 1. März 2010 - II ZB 1/10 - FamRZ 2010, 639 Rn. 9 ff. mwN).

11 bb) Der von der Rechtsbeschwerde geltend gemachte Umstand, dass die Widerklage erst nach dem 31. August 2009 rechtshängig geworden ist, steht dem nicht entgegen. Denn durch die Widerklage ist zwar der Streitgegenstand des Verfahrens geändert worden. Dadurch ändert sich die Rechtsnatur des bereits durch die Klage eingeleiteten Verfahrens aber nicht. Das Verfahren ist einheitlich zu behandeln und kann insbesondere im Hinblick auf Rechtsmittel nicht sinnvoll in Klage- und Widerklage-Verfahren aufgeteilt werden (ebenso OLG Frankfurt - 4. Zivilsenat - FamRZ 2010, 1581; aA für den Fall der Klageerweiterung OLG Frankfurt - 19. Zivilsenat - FamRZ 2010, 481). Entsprechend hat das Familiengericht die Widerklage auch als solche bezeichnet, nicht etwa als Widerantrag (vgl. § 113 Abs. 5 FamFG), und seine Entscheidung als - einheitliches - Urteil erlassen. Auf die von der Rechtsbeschwerde aufgeworfene Frage, ob für die Verfahrenseinleitung auf die Einreichung des Prozesskostenhilfe-Antrags oder auf die Anhängigkeit oder Rechtshängigkeit des Hauptsacheantrags abzustellen ist, kommt es demnach hier nicht an.

12 b) Das Oberlandesgericht hat über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zutreffend von Amts wegen entschieden und diese im Ergebnis zu Recht abgelehnt.

13 aa) Allerdings kann dem Oberlandesgericht nicht darin gefolgt werden, dass die Wiedereinsetzung bereits aus formellen Gründen scheitere, weil die die Fristversäumung begründenden Tatsachen nicht innerhalb der Frist des § 234 Abs. 1 Satz 1 ZPO glaubhaft gemacht worden seien. Denn das Oberlandesgericht war gehalten, ihm bereits bekannte und offenkundige Tatsachen in die Würdigung einzubeziehen und dem Kläger bei einer lückenhaften und ersichtlich ergänzungsbedürftigen Glaubhaftmachung Gelegenheit zu weiterem Sachvortrag zu geben (vgl. Senatsbeschluss vom 13. Juni 2007 - XII ZB 232/06 - NJW 2007, 3212).

14 Dass die Verspätung auf einem Rechtsirrtum der Rechtsanwältin des Klägers beruhte, war bereits bei Einlegung der Beschwerde offenkundig. Es kommt demnach darauf an, ob es sich um einen verschuldeten oder - ausnahmsweise - unverschuldeten Rechtsirrtum handelt. Zwar ist es richtig, dass hierfür konkrete Umstände dargelegt werden müssen, weil der Rechtsirrtum für einen Rechtsanwalt nur in Ausnahmefällen unverschuldet ist. Es ist zunächst auch nicht ohne weiteres klar geworden, worauf der Rechtsirrtum beruhte und wie die Rechtsanwältin zu der Ansicht gekommen war, das richtige Rechtsmittel sei die beim Amtsgericht einzulegende Beschwerde. Hinzu kommt allerdings der wiederum offenkundige Umstand, dass zum 1. September 2009 mit dem FamFG neues Verfahrensrecht in Kraft getreten ist und bei Anwendung des neuen Rechts (§§ 58, 63 Abs. 1, 64 Abs. 1 FamFG) das vom Kläger eingelegte Rechtsmittel das richtige gewesen wäre. Daher liegt es nahe, dass die Rechtsanwältin sich auf die Geltung des neuen Verfahrensrechts verlassen und die Übergangsregelung des Art. 111 Abs. 1, Abs. 2 FGG-RG missverstanden hatte.

15 Unter diesen besonderen Umständen war dem Kläger im Hinblick auf die bei Nachholung der versäumten Prozesshandlung gemäß § 236 Abs. 2 Satz 2

Halbsatz 2 ZPO von Amts wegen zu prüfende Frage der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Gelegenheit zur Ergänzung der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen zu geben. Dem hat die vom Oberlandesgericht gewährte und verlängerte Stellungnahmefrist auch Rechnung getragen. Die Fristverlängerung hatte vorwiegend im Hinblick auf eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Bedeutung, weil zur Einlegung des Rechtsmittels und Wahrung der Rechtsmittelfrist die wesentlichen Umstände offenkundig waren. Die Fristverlängerung war aber jedenfalls geboten, um dem Kläger zur Begründung einer unverschuldeten Fristversäumung infolge des Rechtsirrtums eine ergänzende Stellungnahme zu ermöglichen.

16 Der Kläger hat sich zwar auch in seiner innerhalb der verlängerten Frist abgegebenen Stellungnahme nicht auf eine Wiedereinsetzung berufen, sondern die Ansicht vertreten, die Frist gewahrt und mit der Beschwerde das richtige Rechtsmittel eingelegt zu haben. Die für seine Rechtsansicht vom Kläger gegebene Begründung hätte das Oberlandesgericht aber im Hinblick auf die von Amts wegen zu prüfende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ebenfalls berücksichtigen müssen, soweit sich daraus eine unverschuldete Fristversäumung ergeben konnte.

17 bb) Die Entscheidung des Oberlandesgerichts erweist sich jedoch aus anderen Gründen als richtig (§ 577 Abs. 3 ZPO). Die Beurteilung, ob die Fristversäumung unverschuldet ist, kann wegen des insoweit erschöpfend aufgeklärten Sachverhalts vom Senat nachgeholt werden. Sie führt zu dem Ergebnis, dass der Rechtsirrtum nicht unverschuldet war. Der Kläger muss sich ein Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen.

18 Der Kläger hat sich für seine Rechtsansicht auf die Regelung in Art. 111 Abs. 2 FGG-RG berufen, wonach jedes gerichtliche Verfahren, das mit einer Endentscheidung abgeschlossen wird, ein selbständiges Verfahren im Sinne des Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG ist. Seine Rechtsanwältin hat das Rechtsmittelverfahren als eigenständiges Verfahren angesehen, nachdem das erstinstanzliche Verfahren durch Endurteil abgeschlossen worden sei. Wie oben (II.2.a) ausgeführt worden ist, ist diese Auffassung rechtsirrig.

19 Der Rechtsirrtum eines Rechtsanwalts ist regelmäßig nicht unverschuldet. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss ein Rechtsanwalt die Gesetze kennen, die in einer Anwaltspraxis gewöhnlich zur Anwendung kommen. Eine irrige Auslegung des Verfahrensrechts kann als Entschuldigungsgrund nur dann in Betracht kommen, wenn der Prozessbevollmächtigte die volle, von einem Rechtsanwalt zu fordernde Sorgfalt aufgewendet hat, um zu einer richtigen Rechtsauffassung zu gelangen. Hierbei ist ein strenger Maßstab anzulegen, denn die Partei, die dem Anwalt die Prozessführung überträgt, vertraut zu Recht darauf, dass er dieser als Fachmann gewachsen ist (BGH Beschluss vom 9. Juli 1993 - V ZB 20/93 - NJW 1993, 2538, 2539). Wenn die Rechtslage zweifelhaft ist, muss der bevollmächtigte Anwalt den sicheren Weg wählen (BGH Beschluss vom 9. Juli 1993 - V ZB 20/93 - NJW 1993, 2538, 2539 mwN). Von einem Rechtsanwalt ist zu verlangen, dass er sich anhand einschlägiger Fachliteratur (vor allem Fachzeitschriften und Kommentare) über den aktuellen Stand der Rechtsprechung informiert. Dazu besteht umso mehr Veranlassung, wenn es sich um eine vor kurzem geänderte Gesetzeslage handelt, die ein erhöhtes Maß an Aufmerksamkeit verlangt.

20 Nach diesen Maßstäben hätte die Rechtsanwältin des Klägers bei sorgfältiger Auswertung der vorliegenden Rechtsprechung und Literatur - zumindest auch - eine fristwahrende Berufung beim Oberlandesgericht einlegen müssen.

21 Allerdings haben einzelne Autoren die Auffassung vertreten, dass auf ein nach dem 1. September 2009 eingeleitetes Rechtsmittelverfahren das neue Verfahrensrecht Anwendung finde (Prütting in Prütting/Helms FamFG Art. 111 FGG-RG Rn. 5; Geimer in Zöller ZPO 28. Aufl. FamFG Einl. Rn. 54; ders. FamRB 2009, 386). Hierbei handelte es sich aber selbst in der früh veröffentlichten Literatur zum neuen Verfahrensrecht um eine Minderheit. Die weit überwiegende Auffassung der Literatur zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) und zum FGG-Reformgesetz (vgl. Hüßtege in Thomas/Putzo ZPO 30. Aufl. vor § 606 Rn. 3; Bork/Jacoby/Schwab/Zorn FamFG vor § 151 Rn. 19; Schlünder/Nickel Das familiengerichtliche Verfahren Rn. 840; Horndasch in Horndasch/Viefhues FamFG Art. 111 FGG-RG Rn. 3) hat zutreffend herausgestellt, dass es auf die Einleitung des Verfahrens in erster Instanz ankommt und das alte Verfahrensrecht auch in den weiteren Instanzen fortgilt.

22 Die Rechtsanwältin des Klägers hatte überdies schon im Hinblick auf die von ihr zur Begründung ihrer Auffassung angeführte Kommentarstelle (Geimer in Zöller aaO) Anlass zu einer näheren rechtlichen Nachprüfung. Denn dort befindet sich nicht nur ein Hinweis darauf, dass die Frage streitig sei, sondern ist insbesondere auch eine - bei Kommentierung noch nicht veröffentlichte - Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 21. September 2009 zitiert, die von der Fortgeltung des alten Verfahrensrechts ausgegangen ist. Abgesehen davon, dass jedenfalls dieser Hinweis die Rechtsanwältin hätte veranlassen müssen, nähere Informationen zu der Entscheidung einzuholen, ist die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln im Heft 21 der Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) veröffentlicht worden (FamRZ 2009, 1852). Dieses Heft erschien Anfang November 2009 und somit rund zwei Wochen vor dem Ablauf der Rechtsmittelfrist. In den Entscheidungsgründen ist nicht nur auf die weitaus überwiegende Literaturansicht hingewiesen, sondern auch auf eine

übereinstimmende weitere Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln. Außerdem sind der Entscheidung ergänzende Hinweise der Zeitschriftenredaktion angefügt, mit denen auf weitere Literaturstimmen aufmerksam gemacht worden ist, die ebenfalls mit der Auffassung des Oberlandesgerichts Köln übereinstimmen. Demnach konnte die Rechtsanwältin sich nicht darauf verlassen, dass das richtige Rechtsmittel die beim Amtsgericht einzulegende Beschwerde sei.

23 Der Bundesgerichtshof hat den Rechtsirrtum eines Rechtsanwalts zwar in einem Ausnahmefall als unverschuldet angesehen, wenn dessen fehlerhafte Rechtsansicht (zur Berechnung der Berufungsbegründungsfrist) mit der veröffentlichten Entscheidung eines Oberlandesgerichts übereinstimmte, der sich die gängigen Handkommentare zur Zivilprozessordnung angeschlossen hatten (BGH Beschluss vom 18. Oktober 1984 - III ZB 22/84 - NJW 1985, 495, 496). Damit ist der vorliegende Fall indessen nicht vergleichbar, weil sowohl die Mehrheit der veröffentlichten Literatur als auch erste obergerichtliche Entscheidungen der vereinzelt gebliebenen Rechtsauffassung der genannten Autoren - mit überzeugenden Gründen - widersprachen. Schließlich bedarf die anderslautende Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart (OLGR 2009, 872)

keiner Erörterung, weil diese für einen Fall ergangen ist, in dem noch keine veröffentlichte obergerichtliche Rechtsprechung vorlag.

Hahne Weber-Monecke Klinkhammer

Schilling Günter

Vorinstanzen:
AG Nürnberg, Entscheidung vom 15.10.2009 - 105 F 1568/09 -
OLG Nürnberg, Entscheidung vom 11.01.2010 - 7 UF 1471/09 -