# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 233/11

vom

14. Dezember 2011

in der Familiensache

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 14. Dezember 2011 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Weber-Monecke, Dr. Klinkhammer, Dr. Günter und Dr. Nedden-Boeger

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Klägerin wird der Beschluss des 6. Familiensenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. Februar 2011 aufgehoben.

Die Sache wird zur Verhandlung und erneuten Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Beschwerdewert: 23.760 € (12 x 1.980 €)

Gründe:

I.

1 Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung von Trennungsunterhalt in Anspruch. Ihre Klage ist durch Versäumnisurteil abgewiesen und der hiergegen gerichtete Einspruch durch Urteil vom 28. Juli 2010 verworfen worden. Das betreffende Urteil ist den erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Klägerin am 17. September 2010 zugestellt worden. Bereits mit Schriftsatz vom 5. September 2010 - unterzeichnet von Rechtsanwältin A. - hatten diese mitgeteilt, dass sie die Klägerin nicht mehr vertreten. Am 18. Oktober 2010, einem Montag, hat Rechtsanwältin A., die inzwischen aus der Kanzlei der erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten ausgeschieden war, gegen das Urteil Berufung

eingelegt und diese am 17. November 2010 begründet. Nachdem der Beklagte den Mangel der Vollmacht von Rechtsanwältin A. gerügt hatte, ist der Klägerin durch Verfügung vom 30. Dezember 2010 aufgegeben worden, die Prozessvollmacht ihrer Anwältin bis zum 31. Januar 2011 nachzuweisen. Die Auflage ist innerhalb der Frist nicht erfüllt worden.

2 Durch den angefochtenen Beschluss hat das Oberlandesgericht die Berufung verworfen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der Rechtsbeschwerde.

II.

3 Auf das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch das bis Ende August 2009 geltende Prozessrecht anwendbar, weil der Rechtsstreit vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (vgl. Senatsurteil vom 25. November 2009 - XII ZR 8/08 - FamRZ 2010, 192 Rn. 5).

4 1. Die Rechtsbeschwerde ist nach § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthaft und auch im Übrigen nach § 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zulässig. Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Das Berufungsgericht hat durch seine Entscheidung das Verfahrensgrundrecht der Klägerin auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) verletzt, das es den Gerichten verbietet, den Parteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise zu erschweren (Senatsbeschluss vom 23. März 2011 - XII ZB 51/11 - FamRZ 2011, 881 Rn. 7 mwN).

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

5 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht. Die Berufung hätte nicht mit der Begründung verworfen werden dürfen, die Bevollmächtigung von Rechtsanwältin A. durch die Klägerin sei nicht bis zum 31. Januar 2011 nachgewiesen worden.

6 a) Das Oberlandesgericht ist zwar zu Recht davon ausgegangen, dass sich die Parteien vor dem Oberlandesgericht durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen (§ 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Insofern ist die wirksame Prozessvollmacht grundsätzlich Prozesshandlungsvoraussetzung. Liegt sie bei der Einlegung eines Rechtsmittels nicht vor, so ist dieses zu verwerfen (BGHZ 111, 219, 221 = NJW 1990, 910 mwN).

7 b) Der Mangel der Vollmacht kann von dem Gegner in jeder Lage des Verfahrens gerügt werden (§ 88 Abs. 1 ZPO). Auf diese Rüge ist die Bevollmächtigung - abgesehen von hier nicht gegebenen Ausnahmefällen (vgl. hierzu Stein/Jonas/Bork ZPO 22. Aufl. § 80 Rn. 23 f.) - durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten einzureichen; hierfür kann das Gericht eine Frist bestimmen (§ 80 ZPO).

8 c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts handelt es sich hierbei indessen nicht um eine Ausschlussfrist (BGHZ 166, 278, 280 = NJW 2007, 772 Rn. 8; Stein/Jonas/Bork aaO § 89 Rn. 6; Zöller/Vollkommer ZPO 29. Aufl. § 80 Rn. 12; Hüßtege in Thomas/Putzo ZPO 32. Aufl. § 80 Rn. 8). Wird die Vollmacht innerhalb der Frist nicht eingereicht, so kann sie noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung oder bis zu dem in § 128 Abs. 2 Satz 2 ZPO bestimmten Zeitpunkt beigebracht oder die bisherige Prozessführung durch die Partei oder ihren neuen Vertreter genehmigt werden (Zöller/ Vollkommer aaO § 80 Rn. 12; Hüßtege in Thomas/Putzo aaO § 80 Rn. 8).

9 d) Die Klägerin brauchte deshalb nicht damit zu rechnen, dass ihre Berufung vor der auf den 15. April 2011 anberaumten mündlichen Verhandlung verworfen werden würde. Vielmehr konnte sie, wie nach dem Vorbringen der Rechtsbeschwerde beabsichtigt, die Vollmacht noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nachweisen. Dass das Berufungsgericht die Berufung gleichwohl bereits zuvor verworfen hat, stellt sich danach als rechtsfehlerhaft dar.

10 e) Die Vorgehensweise des Oberlandesgerichts verletzt die Klägerin überdies in ihrem Grundrecht auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG. Zwar sieht § 522 Abs. 1 ZPO im Gegensatz zu § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO für den Fall der Verwerfung eines Rechtsmittels eine Anhörung der Partei nicht ausdrücklich vor. Die Pflicht hierzu folgt indessen unmittelbar aus Art. 103 Abs. 1 GG (st. Rspr.: Senatsbeschlüsse vom 24. Februar 2010 - XII ZB 168/08 - FamRZ 2010, 882 Rn. 7; vom 15. August 2007 - XII ZB 101/07 - NJW-RR 2007, 1718 und vom 18. Juli 2007 - XII ZB 162/06 - FamRZ 2007, 1725). Art. 103 Abs. 1 GG gibt dem Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens ein Recht darauf, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt (hier: zu der angenommenen fehlenden Vollmacht von Rechtsanwältin A.) äußern zu können. Hätte das Oberlandesgericht der Klägerin einen entsprechenden Hinweis erteilt, so hätte diese die Anfang Oktober 2010 erteilte Vollmacht - wie mit der Rechtsbeschwerdebegründung durch Einreichen des Originals geschehen - nachweisen können. Dass die Bevollmächtigung "unter dem Vorbehalt erfolgt" ist, "dass die Kosten des Verfahrens von Rechtsanwältin A. übernommen werden", bleibt auf die Wirksamkeit ohne Einfluss. Der Zusatz

betrifft, wie die Rechtsbeschwerde zutreffend ausführt, allein das Innenverhältnis zwischen der Klägerin und Rechtsanwältin A. Der angefochtene Beschluss beruht deshalb auch auf dem unterbliebenen Hinweis.

Hahne Weber-Monecke Klinkhammer

Günter Nedden-Boeger

Vorinstanzen:
AG Velbert, Entscheidung vom 28.07.2010 - 3 F 382/07 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.02.2011 - II-6 UF 163/10 -