

Berlin, im August 2011
Stellungnahme Nr. 49/2011
www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

**durch den Zivilverfahrensausschuss
und den Familienrechtsausschuss**

**zum Referentenentwurf für ein Gesetz
zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung
im Zivilprozess, Az. R A 2 – 3700/14 – R 1 620/2010
und zu Änderungen im RPfIG und im FamFG (Bereinigung von
Wertungswidersprüchen der FGG-Reform), Az. 3012 – R 1 357/2011**

Mitglieder des Zivilverfahrensausschusses:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernd Hirtz (Vorsitzender+Berichterstatter)
Rechtsanwalt Dr. Jochen Bühling
Rechtsanwältin Beatrice Deshayes
Rechtsanwalt Dr. Meinhard Forkert
Rechtsanwalt Dr. Carsten A. Salger LL.M.
Rechtsanwalt am BGH Prof. Dr. Volkert Vorwerk (Berichterstatter)

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Angelika Rüstow

Mitglieder des Familienrechtsausschusses:

Rechtsanwalt und Notar Wolfgang Schwackenberg (Vorsitzender)
Rechtsanwältin und Notarin Ingeborg Rakete-Dombek
Rechtsanwalt und Notar Dr. K.-Peter Horndasch (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Jörn Hauß
Rechtsanwalt Dr. Mathias Grandel
Rechtsanwältin Eva Becker
Rechtsanwalt Jörg Kleinwegener

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Christine Martin

Verteiler:

- Bundesministerium der Justiz
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Die Linke-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Steuerberaterverband
- Deutscher Notarverein
- Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e.V.
- Redaktion NJW
- ver.di, Bundesverwaltung, Fachbereich Bund und Länder, Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte
- Deutsche Anwaltakademie

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 68.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I.

Der DAV lehnt die grundsätzliche Einführung von Rechtsbehelfsbelehrungen im Zivilprozess auf der Grundlage des jetzt vorliegenden Entwurfs ab, da eine einseitige Haftungsverschärfung zu Lasten der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte die Folge sein würde. Die vorgesehenen Änderungen im Rechtspflegergesetz und im FamFG, die der Beseitigung von Wertungswidersprüchen dienen sollen, werden indessen begrüßt.

II.

Der DAV bezweifelt nach wie vor, dass Rechtsbehelfsbelehrungen im Zivilprozess grundsätzlich erforderlich sind. In Verfahren, in denen eine anwaltliche Vertretung nicht vorgeschrieben ist, gibt es allerdings gute Gründe für Rechtsbehelfsbelehrungen. Nachdem gemäß § 39 des FamFG eine Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung für die Freiwillige Gerichtsbarkeit und das familiengerichtliche Verfahren besteht, besteht Veranlassung, über eine einheitliche Regelung zu Rechtsbehelfsbelehrungen nachzudenken.

Voraussetzung für eine generelle Einführung einer Rechtsmittelbelehrung im Zivilprozess ist aber, dass diese Einheitlichkeit hergestellt wird. Daran scheitert der jetzt vorliegende Entwurf, weil er in Bezug auf rechtliche Wirkungen von Rechtsbehelfsbelehrungen unterscheidet zwischen Verfahren, in denen Anwälte eingeschaltet sind, und sonstigen Verfahren.

In der Rechtsprechung (BGH, Beschl. v. 11.06.1996 – VI ZB 10/96, VersR 1996, 1522 (1523); Beschl. v. 04.02.1992 – X ZB 18/91, NJW 1992, 1700; Beschl. v. 03.07.1985 – IV ZR 40/85, VersR 1985, 1183 (1184); Beschl. v. 23.06.2010 – XII ZB 82/10, BeckRS 2010, 17687; vgl. auch Vorwerk, FamFR 2010, 355) ist nämlich geklärt, dass der durch einen

Anwalt vertretenen Partei im Falle fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung keine Wiedereinsetzung zu gewähren ist. Der Anwalt hat den Fehler in der Rechtsmittelbelehrung zu erkennen. Er kann sich auf diesen Fehler nicht berufen. Bisher hat der Gesetzgeber die Dinge nicht anders als zuvor der Bundesgerichtshof gesehen, wie beispielsweise ein Blick in die Motive des FamFG zeigt (BT-Drs. 16/308, S. 183). Dort steht, dass § 17 II FamFG dem anwaltlich Vertretenen nicht zugute kommt. Diesen Überlegungen hat sich auch die Rechtsprechung nach Inkrafttreten des FamFG angeschlossen, in dem eine dem dann „geänderten § 233 ZPO“ entsprechende Regelung enthalten ist (vgl. BGH, Besch. v. 23.06.2010 – XII ZB 82/10, Beck RS 2010, 17687).

In der Praxis wird nach Erlass des Gesetzes jedoch die Organisation in den Anwaltspraxen wohl dahin geändert werden, dass die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter, die/der die Fristen einträgt, sich an der Rechtsbehelfsbelehrung auszurichten hat. Das ist jedoch genau das, was Fehler und nachfolgend die Anwaltshaftung auslösen kann. Die anwaltlich vertretene Partei (und damit der Rechtsanwalt) würde einseitig das Risiko fehlerhafter Rechtsbelehrungen zu tragen haben. Die vom Referentenentwurf geplante Verbesserung des Rechtsmittelzugangs würde gerade nicht erreicht.

Insoweit gibt es zwei Lösungswege:

- a) Rechtsbehelfsbelehrungen sollen nur gegenüber den Parteien erfolgen, die nicht durch Anwälte vertreten sind. Dieser Weg hat den Nachteil, dass es weiterhin bei einer unterschiedlichen Handhabung bliebe.
- b) Vorzugswürdig ist daher eine gesetzliche Regelung, die (etwa in § 233 ZPO – und entsprechenden Parallelvorschriften –) ausdrücklich vorsieht, dass der Wiedereinsetzungsanspruch auch dann bei unrichtiger Rechtsbehelfsbelehrung besteht, wenn die Partei von einem Rechtsanwalt vertreten worden ist.

III.

1. Änderungen im Familienrecht

1.1. Redaktionelle Änderungen

Der Gesetzentwurf nimmt in verschiedenen Vorschriften eine Anpassung an die Terminologie und auch an Bekanntgabeerfordernisse des FamFG vor (z. B. § 145 Abs. 1 FamFG). Darüber hinaus werden redaktionelle Korrekturen vorgenommen (z.B. §§ 174 Satz 2 und 191 Satz 2 FamFG). Schließlich erfolgen sogenannte Klarstellungen (z.B. §§ 57 Satz 2, 81 Abs. 3 und 376 Abs. 2 Satz 1 FamFG).

Diese Anpassungen, redaktionelle Korrekturen und Klarstellungen bedürfen keiner Kommentierung.

1.2. Änderungen §§ 278, 283, 285, 319 und 326 FamFG

Die Änderungen in den Vorschriften §§ 278, 283, 285, 319 und 326 FamFG stehen nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem eigentlichen Ziel der Reform, also der Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess. Die Ergänzungen der vorgenannten Vorschriften erfolgen vielmehr als Reaktion auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21.08.2009 (1 BvR 2104/06, FamRZ 2009, 1814). Das Bundesverfassungsgericht hatte die ursprüngliche Regelung (§ 68b Abs. 1 Satz 1 FGG: Unanfechtbare gerichtliche Anordnung der Untersuchung und Vorführung des Betroffenen zur Vorbereitung eines Gutachtens) nicht als ausreichende gesetzliche Grundlage erachtet, um auch die Wohnung des Betroffenen gewaltsam zu öffnen und zu betreten, um ihn dann vorzuführen und zu untersuchen. Nunmehr wird versucht, den Eingriff in Art. 13 GG auf eine verfassungsgemäße Grundlage zu stellen. Diesem Zweck dienen auch die Ergänzungen der §§ 319 und 326 FamFG für das Verfahren in Unterbringungssachen.

2. Änderungen im RPfIG und im FGG

Die das Familienrecht betreffenden Änderungen im RPfIG und im FGG betreffen ausschließlich redaktionelle Teilbereiche und erscheinen nicht kommentierungsbedürftig.