

# JURISTISCHE RUNDSCHAU JR

## Abhandlung

Prof. Dr. Raphael Koch, LL.M. (Cambridge), EMBA und Wiss. Mit. Matthias Wallimann

## Die neue Rechtsbehelfsbelehrungspflicht nach § 232 ZPO: Hintergründe, Probleme und Anpassungsbedarf

DOI 10.1515/juru-2013-1094

### I. Einleitung

Das Zivilprozessrecht ist – so der allgemeine Eindruck – eine recht beständige Materie. In den vergangenen Jahren hat der Gesetzgeber jedoch einige Reformen beschlossen, die den Zivilprozess zukunftsfähig gestalten sollen.<sup>1</sup> Reformziele waren regelmäßig Bürgernähe, Effizienz und Transparenz.<sup>2</sup> Während Reformen ein breites Echo in der Wissenschaft und Praxis finden, gilt das nicht unbedingt für eine Veränderung lediglich einzelner Punkte. Doch

<sup>1</sup> Zu nennen sind insbesondere: Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) vom 27. Juli 2001, BGBl. I, S. 1887; 1. Justizmodernisierungsgesetz (JMG) vom 24. August 2004, BGBl. I, S. 2198; 2. Justizmodernisierungsgesetz (2. JMG) vom 22. Dezember 2006, BGBl. I, S. 3416; Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21. Juli 2012, BGBl. I, S. 1577. Kurzer Überblick zu den Reformen insgesamt: Hk-ZPO/Saenger, 5. Aufl. 2013, Einf. Rn. 25 ff.

<sup>2</sup> Siehe nur Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz – ZPO-RG), BT-Drucks. 14/6036, S. 1.

**Raphael Koch:** Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Unternehmensrecht, Europäisches Privat- und Internationales Verfahrensrecht an der Universität Augsburg.

**Matthias Wallimann:** Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an diesem Lehrstuhl.

auch eine Veränderung einzelner Stellschrauben kann Probleme und offene Fragen aufwerfen. Das zeigt das Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess,<sup>3</sup> mit dessen Inkrafttreten es ab dem 1. Januar 2014 im Zivilprozess eine Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung geben wird. Die Normierung einer Rechtsbehelfsbelehrungspflicht in § 232 ZPO stellt ein Novum im deutschen Zivilprozessrecht dar. Die Frage nach der Notwendigkeit einer solchen Regelung war zwar immer wieder Gegenstand der Forschung,<sup>4</sup> doch hat die Tatsache der Neuregelung bislang kaum Beachtung gefunden.<sup>5</sup> In dem Beitrag werden zunächst die gesetzgeberischen Grundentscheidungen vorgestellt (II.), weil daraus einerseits bereits erste offene Fragen resultieren, andererseits aber auch die dahinterstehenden Wertungen entnommen werden können. Sodann wird der Regelungsgehalt von § 232 ZPO n. F. dargestellt (III.), wobei insbesondere auf die fehlende Kohärenz mit der Regelung im FamFG sowie die Probleme auf der Rechtsfolgenseite (Wiedereinsetzung in den vorheri-

<sup>3</sup> Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess vom 5. Dezember 2012, BGBl. I, S. 2418.

<sup>4</sup> Siehe unter anderem *Carl*, Die Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung im Zivilprozeß, 2002; *Kunz*, Rechtsmittelbelehrung durch die Zivilgerichte, 2000; *Greger*, JZ 2000, 131; *Rensen*, MDR 2011, 201.

<sup>5</sup> Im Wesentlichen haben sich damit bislang auseinandergesetzt: *Hartmann*, MDR 2013, S. 61 ff.; *Fölsch*, NJW 2013, 970, der freilich vor allem Formulierungshilfen zur Rechtsbehelfsbelehrung gibt. Zu den Auswirkungen auf das Rechtspflegerrecht siehe *Rellermeier*, Rpfleger 2013, 61.

gen Stand) eingegangen wird. Endlich wird ein verbleibender Änderungsbedarf analysiert (IV.).

## II. Gesetzgeberische Grundentscheidungen

Im Jahre 2010 – nach einigen Jahren Vorlauf<sup>6</sup> – haben die Bundesländer auf der Konferenz der Justizminister endgültig beschlossen, im Zivilprozess Rechtsbehelfsbelehrungen für die Verfahren ohne Anwaltszwang einzuführen.<sup>7</sup> Der Gesetzgebungsentwurf, auf »Bitte« der Justizminister der Länder vorgelegt vom Bundesministerium der Justiz, war dementsprechend auf Verfahren beschränkt, in denen eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht vorgeschrieben ist. Dadurch sollte der durch zusätzliche Informationspflichten entstehende gerichtliche Mehraufwand in Grenzen gehalten werden. Außerdem sei der Rechtsanwalt in gleicher Weise in der Lage, seinem Mandanten eine auf den Einzelfall zugeschnittene Belehrung über bestehende Anfechtungsmöglichkeiten zu erteilen. Ausnahmsweise sollte in Verfahren mit Anwaltszwang eine gerichtliche Belehrungspflicht bestehen, wenn aufgrund der Verfahrenssituation eine Beratung und Belehrung durch einen Rechtsanwalt nicht sichergestellt sei. Das betrifft in erster Linie Versäumnisurteile und Beschlüsse im einstweiligen Rechtsschutz, die regelmäßig gegenüber einer nicht anwaltlich vertretenen Partei ergehen. Daher sollte über die Möglichkeit zum Einspruch und zum Widerspruch auch in Verfahren mit Anwaltszwang belehrt werden.<sup>8</sup>

Wengleich die Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrungspflicht auf positive Resonanz gestoßen ist, ist der konkrete Vorschlag auf Kritik gestoßen. So befürchtete der Deutsche Anwaltverein, dass die geplante Regelung zu einer einseitigen Haftungsverschärfung zu Lasten der Anwaltschaft führen würde. Eine sachgerechte Lösung könne nur gefunden werden, wenn die Rechtsbehelfsbelehrungspflicht nicht an die anwaltliche Vertretung anknüpfe.<sup>9</sup> Der

Deutsche Richterbund bemängelte, dass die Einfügung der Rechtsbehelfsbelehrungspflicht in Abschnitt 4, Titel 3 des 1. Buches der ZPO aus Gründen der Gesetzessystematik nicht überzeuge. Die Vorschrift sei eher bei § 313 ZPO oder § 329 ZPO zu integrieren.<sup>10</sup> Schließlich wurde vorgeschlagen, die Regelung zur Rechtsbehelfsbelehrung nach dem Vorbild von § 9 V ArbGG auszugestalten.<sup>11</sup> Die geäußerten Bedenken konnten sich nicht durchsetzen, so dass an der Differenzierung zwischen Partei- und Anwaltsprozessen sowie der systematischen Verortung im Bereich des Säumnisrechts festgehalten wurde.

## III. Der Regelungsgehalt von § 232 ZPO n. F.: Geklärte und nicht geklärte Fragen

Der Wortlaut des § 232 ZPO n. F. definiert den Anwendungsbereich, die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen einer nicht oder nicht fehlerfrei erfolgten Rechtsbehelfsbelehrung. Die Worte des Gesetzgebers beantworten jedoch keineswegs alle Fragen.

### 1. Anwendungsbereich und Voraussetzungen

Die Belehrungspflicht gilt nach § 232 S. 1 ZPO n. F. in allen Verfahren der ZPO. Unter den Begriff der Entscheidung fallen nicht nur Urteile und Beschlüsse, sondern auch Verfügungen.<sup>12</sup> Die Entscheidung muss ferner anfechtbar sein. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass eine Belehrungspflicht bei unanfechtbaren Entscheidungen nicht besteht.<sup>13</sup> Eine bedeutende Einschränkung des Anwendungsbereichs ergibt sich aus § 232 S. 2 ZPO. In Verfahren, in denen sich die Parteien anwaltlich vertreten lassen müssen, ist keine Rechtsbehelfsbelehrung zu erteilen. Ein Anwaltszwang besteht insbesondere nicht in Verfahren vor den Amtsgerichten (§ 78 I ZPO) sowie im Falle eines Pro-

<sup>6</sup> Bereits 1996 wurde auf der Konferenz der Justizminister beschlossen, eine Arbeitsgruppe damit zu beauftragen, die Notwendigkeit einer Rechtsbehelfsbelehrung und deren Umsetzungsmöglichkeit zu überprüfen; siehe Greger, JZ 2000, 131 (132).

<sup>7</sup> BT-Drucks. 17/10490, S. 11.

<sup>8</sup> BT-Drucks. 17/10490, S. 11.

<sup>9</sup> Stellungnahme Nr. 49/2011 des Deutschen Anwaltvereins (DAV), S. 3f. (abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)). Ähnliche Bedenken äußerte auch die Bundesrechtsanwaltskammer, siehe Stellungnahme Nr. 51/2011 der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), S. 2f. (abrufbar unter [www.brak.de](http://www.brak.de)).

<sup>10</sup> Stellungnahme Nr. 22/2011 des Deutschen Richterbundes (DRB), S. 2 (abrufbar unter [www.drbr.de](http://www.drbr.de)). Ähnlich ist auch die Kritik von Hartmann, MDR 2013, S. 61; die Bundesrechtsanwaltskammer befürwortete dagegen die Einfügung der Rechtsbehelfsbelehrungspflicht bei § 232 ZPO, siehe die Stellungnahme der BRAK (Fn. 9), S. 3.

<sup>11</sup> Stellungnahme der Neuen Richtervereinigung, S. 3 (abrufbar unter [www.nrv-net.de](http://www.nrv-net.de)).

<sup>12</sup> BT-Drucks. 17/10490, S. 12; Fölsch, NJW 2013, 970; Hartmann, MDR 2013, 61.

<sup>13</sup> BT-Drucks. 17/10490, S. 13; Hartmann, MDR 2013, 61 (62); siehe auch die kritische Stellungnahme der BRAK (Fn. 9), S. 3.

zesskostenhilfeantrags für ein erst- oder mittelinstantliches Hauptsacheverfahren (§§ 78 III, 117 I S. 1 ZPO). Hier von bestehen gem. § 232 S. 2 ZPO wiederum Ausnahmen: So muss trotz anwaltlicher Vertretung eine Belehrung stattfinden, wenn über einen Einspruch oder Widerspruch zu belehren ist oder die Belehrung sich an einen Zeugen oder Sachverständigen richtet.

## 2. Form und konkreter Inhalt der Rechtsbehelfsbelehrung

§ 232 ZPO enthält keine direkte Aussage über die genaue Form der Rechtsbehelfsbelehrung. Aus dem Wortlaut lässt sich jedoch zumindest mittelbar die Schriftform der Belehrung ableiten, denn ausweislich des Wortlauts hat »die Entscheidung« die Belehrung zu enthalten.<sup>14</sup> Sie muss ferner von der Unterschrift des Richters erfasst sein.<sup>15</sup> Die Rechtsbehelfsbelehrung hat über das statthafte Rechtsmittel, den Einspruch, den Widerspruch oder die Erinnerung sowie über das Gericht, bei dem der Rechtsbehelf einzulegen ist, über den Sitz des Gerichts und über die einzuhaltende Form und Frist zu belehren. Keine Angaben finden sich darüber, wie genau eine Belehrung im konkreten Einzelfall auszusehen hat. Der Umfang der Belehrung hat sich am Sinn und Zweck der Vorschrift zu orientieren. Es würde zu einer gerade nicht hilfreichen »Über-Information« führen, wenn die Gerichte schlichtweg über alle denkbaren Reaktionsmöglichkeiten informieren, nur um die Fehlerhaftigkeit der Belehrung von vornherein ausschließen zu können.<sup>16</sup> Die Belehrung ist nicht bereits fehlerhaft, wenn nur marginale Aspekte vergessen wurden. Vielmehr muss sie in wesentlichen Punkten unrichtig, unvollständig oder unklar sein.<sup>17</sup> Eine Rechtsbehelfsbelehrung fehlt, wenn bei vernünftiger Betrachtung keine auch nur im Ansatz als Rechtsbehelfsbelehrung erkennbare Äußerung des Gerichts vorliegt.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Hartmann, MDR 2013, 61 (63).

<sup>15</sup> BT-Drucks. 17/10490, S. 13; Fölsch, NJW 2013, 970 (971).

<sup>16</sup> Hartmann, MDR 2013, 61 (64).

<sup>17</sup> In Anlehnung zum FamFG siehe Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann, FamFG, 3. Aufl. 2012, § 17 Rn. 34; siehe auch Hartmann, MDR 2013, 61 (64).

<sup>18</sup> Hartmann, MDR 2013, 61 (64).

## 3. Folgen einer unterbliebenen oder fehlerhaften Rechtsbehelfsbelehrung: Die Wiedereinsetzungslösung

Als Rechtsfolge einer fehlerhaften oder unterbliebenen Rechtsbehelfsbelehrung hat sich der Gesetzgeber für die sog. Wiedereinsetzungslösung entschieden. Nach § 233 S. 2 ZPO wird vermutet, dass diejenige Partei, die keine oder nur eine fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung erhalten hat, die Frist zur Einlegung des Rechtsbehelfs unverschuldet versäumt hat. Die betroffene Partei kann also eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand beantragen, §§ 233 ff. ZPO. Bei § 233 S. 2 ZPO handelt es sich um eine widerlegbare Vermutung. Hinter der Wiedereinsetzungs- lösung steckt der Gedanke, dass der Eintritt der Rechtskraft im Zivilprozess nicht von der Rechtsmittelbelehrung und deren Fehlerhaftigkeit abhängen soll.<sup>19</sup> Damit hat man sich auch gegen eine der VwGO bzw. dem ArbGG entsprechende Lösung entschieden.<sup>20</sup> Vielmehr beabsichtigte der Gesetzgeber das Verfahren im Interesse der Parteien zu beschleunigen, um zeitnah eine rechtskräftige Entscheidung herbeiführen zu können.<sup>21</sup>

## 4. Fehlende Kohärenz mit der Regelung im FamFG

Das »Vorbild« zu § 232 ZPO findet sich im FamFG. Dort wurde bereits im Jahre 2009 eine Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung in § 39 FamFG eingeführt.<sup>22</sup> Ebenso wie in der ZPO wird dabei gem. § 17 II FamFG im Falle einer fehlerhaften oder unterbliebenen Rechtsbehelfsbelehrung das fehlende Verschulden vermutet.<sup>23</sup> Die Rechtsfolgenseite ist somit identisch ausgestaltet.

Ein erster Unterschied zeigt sich im Anwendungsbereich der Normen: Im Gegensatz zu § 39 FamFG schreibt § 232 ZPO eine Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung nicht nur für bestimmte Entscheidungsarten wie Urteile oder

<sup>19</sup> BT-Drucks. 17/10490, S. 14.

<sup>20</sup> Gem. § 58 I VwGO laufen die Fristen zur Einlegung eines Rechtsbehelfs im Falle einer fehlerhaften oder unterbliebenen Belehrung erst gar nicht an. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit stellt die Jahresfrist gem. § 58 II VwGO eine Ausschlussfrist dar; Gärditz/Krausnick, VwGO, § 58 Rn. 1; ebenso § 9 V 3 ArbGG, § 55 IFGO sowie § 66 ISGG.

<sup>21</sup> BT-Drucks. 17/10490, S. 14.

<sup>22</sup> Zur Entstehung und den Anwendungsvoraussetzungen von § 39 FamFG siehe Vogel, FPR 2012, 294; Götz, FPR 2011, 1.

<sup>23</sup> Hierbei handelt es sich wie bei § 233 S. 2 ZPO um eine widerlegbare Vermutung; Ulrici, ZJP 124 (2011), 219 (229); Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann (Fn. 17), § 17 FamFG Rn. 37; für eine unwiderlegbare Vermutung Keidel/Sternal, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 17 Rn. 36.

Beschlüsse, sondern für alle anfechtbaren gerichtlichen Entscheidungen vor, da gemäß § 567 ZPO auch richterliche Verfügungen mit der fristgebundenen sofortigen Beschwerde anfechtbar sein können.<sup>24</sup> Der wesentliche Unterschied zwischen ZPO und FamFG besteht vor allem darin, dass § 39 FamFG nicht an die anwaltliche Vertretung anknüpft. Vielmehr muss im FamFG-Verfahren stets eine Rechtsbehelfsbelehrung erteilt werden. Interessant ist dies insofern, als § 114 I FamFG für nahezu alle familiengerichtlichen Verfahren einen Anwaltszwang postuliert.<sup>25</sup> Damit muss in FamFG-Verfahren trotz anwaltlicher Vertretung regelmäßig eine Rechtsbehelfsbelehrung ergehen, während dies im Bereich der ZPO nur bei Parteiprozessen der Fall ist.

Die Neuregelung in der ZPO stellt gegenüber dem FamFG damit gewissermaßen eine »Verschärfung« dar, da der Anwendungsbereich von § 232 ZPO wesentlich geringer ist; schließlich wird eine Belehrung nur vor den Amtsgerichten erforderlich sein. Zugleich ist der Anwendungsbereich aber auch weiter, weil er alle Entscheidungsarten erfasst. Die Regelungen in der ZPO und im FamFG sind damit nicht kohärent. Für die unterschiedliche Ausgestaltung gibt es keinen hinreichenden Grund.<sup>26</sup> Freilich kann erst beurteilt werden, welchem Regelungssystem der Vorzug zu geben ist, wenn ein Blick auf die im FamFG diskutierten und in der ZPO zu erwartenden Probleme geworfen wird.

## 5. Insbesondere: Anwaltliche Vertretung und Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand

Mit der gesetzgeberischen Entscheidung für die Wiedereinsetzungslösung sind unweigerlich Probleme im Rahmen der anwaltlichen Vertretung verbunden. Entsprechende Streitfragen sind nämlich bereits zur Regelung im FamFG aufgetreten.

<sup>24</sup> BT-Drucks. 17/10490, S. 12.

<sup>25</sup> Ausnahmen hiervon bestehen gem. § 114 IV FamFG für gewisse Verfahren.

<sup>26</sup> Für eine Anpassung plädierte auch der Deutsche Anwaltverein, Stellungnahme des DAV (Fn. 9), S. 3, wonach zur Herstellung von Einheitlichkeit im Verfahrensrecht die oben aufgezeigten Widersprüchlichkeiten zwischen ZPO und FamFG zu bereinigen seien; siehe ferner auch die Überlegungen zum FamFG, Heiter, FamRB 2012, 21.

### a) Streitfragen im FamFG

Im Bereich des FamFG ist umstritten, wie sich eine anwaltliche Vertretung auf die Wiedereinsetzungsmöglichkeit auswirkt: Nach Ansicht des BGH<sup>27</sup> und einigen Stimmen im Schrifttum<sup>28</sup> schließt bereits die bloße anwaltliche Vertretung als solche in der Regel die Wiedereinsetzung aus. Die Vertreter dieser Ansicht verweisen hauptsächlich auf die Gesetzesbegründung, wonach die anwaltlich vertretene Partei weniger schutzbedürftig sei.<sup>29</sup> Insbesondere sei stets ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Belehrungsmangel und Fristversäumnis erforderlich. An dieser Kausalität fehle es regelmäßig, wenn die betroffene Partei anwaltlich vertreten sei.<sup>30</sup>

Anderer Ansicht ist dagegen das BAG, welches in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass auch der Prozessbevollmächtigte auf eine gerichtliche Belehrung vertrauen darf, sofern diese zumindest nicht offensichtlich ungeeignet ist, den Anschein der Richtigkeit zu erwecken.<sup>31</sup> Begründet wird dies vor allem mit der Rechtsprechung des BVerfG, wonach es den Gerichten aufgrund der Art. 2 I, 19 IV 20 III GG verboten sei, aus eigenen Fehlern Verfahrensnachteile für die Parteien abzuleiten.<sup>32</sup> Auch in der Literatur haben sich bereits Stimmen gegen die Ansicht des BGH herausgebildet. Die vom BGH vorgenommene Auslegung des § 17 II FamFG belaste die Anwaltschaft mit einem Haftungsrisiko. Eine derartige Auslegung ergebe sich aber erstens nicht aus dem Wortlaut, da weder § 39 FamFG noch § 17 FamFG an die anwaltliche Vertretung anknüpfen, und zweitens zeige ein Vergleich mit den entsprechenden Vorschriften aus der StPO und der VwGO, dass auch hier eine Zurechnung des Verschuldens des Prozessbevollmächtigten nicht stattfindet.<sup>33</sup> Ferner

<sup>27</sup> BGH NJW-RR 2010, 1297 (1298f.). Zur Rechtsprechung der Instanzgerichte siehe OLG Stuttgart NJW 2010, 1978; OLG Karlsruhe NJW-RR 2010, 1223; OLG Koblenz NJW 2010, 2594 (2595).

<sup>28</sup> Götz, FPR 2011, 1 (3f.); Rüntz, FamRZ 2010, 1427: durch die Mitverpflichtung der Rechtsanwälte werde eine zustimmungswürdige doppelte Prüfung zur Regel gemacht; MünchKommZPO/Pabst, 3. Aufl. 2010, § 17 FamFG Rn. 9; a.A. Zöller/Geimer, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 17 FamFG Rn. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann/Hartmann, ZPO, 71. Aufl. 2013, § 17 FamFG Rn. 5; Haußleiter/Gomille, FamFG, 2011, § 17 Rn. 19.

<sup>29</sup> BT-Drucks. 16/6308, S. 183.

<sup>30</sup> BGH NJW-RR 2010, 1297 (1298); OLG Karlsruhe NJW-RR 2010, 1223; siehe auch die Rechtsprechung des BGH zu § 44 S. 2 StPO, BGHZ 150, 390 (399).

<sup>31</sup> BAG NJW 2010, 3387; BAG NJW 2007, 1485; BAG NJW 2005, 3515 (3516f.).

<sup>32</sup> Zur Rechtsprechung des BVerfG siehe insbesondere BVerfG NJW 2004, 2887; BVerfG NJW 1988, 2787; BVerfG NJW 1987, 2003 (2004).

<sup>33</sup> Strasser, FamFR 2010, 338 (340).

wird zutreffend darauf hingewiesen, dass das Argument der geringeren Schutzbedürftigkeit im FamFG nicht greifen könne, da § 17 FamFG nicht auf die anwaltliche Vertretung abstellt.<sup>34</sup> Grundsätzlich treffe den Verfahrensbeteiligten zwar eine umfassende Informationsobliegenheit, welche jedoch wiederum durch die Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung begrenzt werde. Ein »Verschulden« fehle daher regelmäßig, wenn sich ein Beteiligter auf den Inhalt einer falschen gerichtlichen Rechtsbehelfsbelehrung verlasse.<sup>35</sup>

## b) Übertragbarkeit der Problematik auf die ZPO

Die Streitfrage stellt sich für die ZPO in modifizierter Weise, da § 232 ZPO eine Belehrungspflicht nur im Parteiprozess vorsieht. Im Bereich der ZPO wird sich vor allem die Frage stellen, wie die Wiedereinsetzungsmöglichkeit zu beurteilen ist, wenn ein Anwaltszwang zwar nicht besteht, die Partei sich gleichwohl anwaltlich vertreten lässt und die Rechtsbehelfsbelehrung unterbleibt bzw. fehlerhaft ist. Auch in diesem Fall muss nach dem klaren Wortlaut eine Belehrung durch das Gericht erfolgen. § 232 S. 2 ZPO spricht nämlich von »vertreten lassen müssen«, was bedeutet, dass eine Rechtsbehelfsbelehrung auch für den Fall erteilt werden muss, dass die betroffenen Partei sich freiwillig »vertreten lässt«.<sup>36</sup>

Überträgt man allerdings die BGH-Rechtsprechung zu § 17 II FamFG auf die ZPO, kann bereits die bloße anwaltliche Vertretung eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand ausschließen. Eine solche Auslegung würde dem Gesetzeswortlaut und dem Telos der Norm widersprechen. Wenn sich der Gesetzgeber bewusst dafür entscheidet, nur im Parteiprozess eine Belehrung vorzuschreiben, dagegen im Anwaltsprozess nicht, wäre es widersprüchlich, wenn die Verschuldensvermutung anschließend widerlegt würde, nur weil die betroffene Partei sich eines Anwalts bedient, obwohl dies von Gesetzes wegen nicht erforderlich wäre. Diejenige Partei, welche sich freiwillig vertreten lässt, würde »bestraft«. Der Gesetzgeber hätte die Möglichkeit gehabt, die Belehrungspflicht an die tatsächlichen Gegebenheiten anzuknüpfen, eine Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung also davon abhängig zu machen, ob die Partei anwaltlich »vertreten ist«. Eine solche Lösung wur-

de aber nicht gewählt.<sup>37</sup> Gerade der Wortlautvergleich zwischen § 39 FamFG und § 232 ZPO spricht gegen eine einheitliche Auslegung.

Es ist aber nicht auszuschließen, dass der BGH auch für die ZPO den Standpunkt vertritt, eine Wiedereinsetzungsmöglichkeit entfalle in der Regel, sobald die betroffene Partei anwaltlich vertreten ist. Angesichts des Wortlauts ließe sich das dogmatisch lediglich über eine – freilich kaum überzeugende – teleologische Reduktion der §§ 232, 233 S. 2 ZPO begründen.

## IV. Änderungsbedarf

Aufgrund der fehlenden Kohärenz der Normen aus der ZPO und dem FamFG erscheint es geboten, eine einheitliche Regelung einzuführen. Eine kohärente Lösung muss auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben in den Blick nehmen.

### 1. Verfassungsrechtlicher Hintergrund

Mit der Frage, ob eine Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess von Verfassungs wegen geboten sei, hatte sich das BVerfG zuletzt bei seinem Beschluss vom 20. Juni 1995 beschäftigt.<sup>38</sup> Damals verneinten die Karlsruher Richter eine Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung. Eine derartige Pflicht lasse sich aus Art. 2 I GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip nicht ableiten.<sup>39</sup> Eine Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung wäre generell nur erforderlich, »um unzumutbare Schwierigkeiten des Rechtswegs auszugleichen, die die Ausgestaltung eines Rechtsmittels andernfalls mit sich brächte«<sup>40</sup>. Im Bereich des Zivilprozessrechts bestünden solche Schwierigkeiten nicht. Schließlich gehöre »die Zivilgerichtsbarkeit zu [denjenigen] Verfahrensarten, die

<sup>34</sup> *Ulrici*, Z郑 124 (2011), 219 (224f.); ähnlich *Rensen*, MDR 2011, 201 (205).

<sup>35</sup> *Zöller/Geimer* (Fn. 28), § 17 FamFG Rn. 3; *Haußleiter/Gomille* (Fn. 28), § 17 FamFG Rn. 19; *Ulrici*, Z郑 124 (2011), 219 (237).

<sup>36</sup> Zutreffend *Hartmann*, MDR 2013, 61 (63).

<sup>37</sup> Zudem lässt sich argumentieren – freilich ist das nicht zwingend –, dass die Vermutungsregelung nicht nur das fehlende Verschulden, sondern auch dessen Alleinursächlichkeit vermutet. Andernfalls würde die Norm funktionslos; *Ulrici*, Z郑 124 (2011), 219 (226, 237).

<sup>38</sup> BVerfGE 93, 99; Erstmalig hatte sich das BVerfG in seiner Entscheidung vom 25. Oktober 1951 mit der Thematik befasst; siehe *Röhl*, NJW 1954, 1314 (1315). Zu den weiteren Entscheidungen siehe BVerfGE 9, 89 (107) sowie BVerfGE 40, 237 (258).

<sup>39</sup> BVerfGE 93, 99 (107). Eine abweichende Meinung vertrat der Verfassungsrichter *Kühling* (S. 117ff.). Die Obersten Gerichtshöfe haben eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit abgelehnt: BFHE 69, 247 (249); BVerwG DVBl. 1973, 313.

<sup>40</sup> BVerfG NJW 1995, 3173 (3174).

dem Bürger am ehesten vertraut sind«<sup>41</sup>. Ferner liege, obwohl in nahezu allen anderen Verfahrensarten<sup>42</sup> eine Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung besteht, auch keine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG) vor. Eine Ungleichbehandlung des Zivilprozesses könne angesichts der Besonderheiten des zivilgerichtlichen Verfahrens gerechtfertigt werden.<sup>43</sup> Hervorzuheben ist aber, dass das BVerfG in seiner Urteilsbegründung mehrfach betonte, dass eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Einführung einer Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung derzeit »noch nicht« geboten sei. Offenbar hatten die Karlsruher Richter durchaus in Erwägung gezogen, dass die verfassungsrechtliche Lage zu einem späteren Zeitpunkt anders zu beurteilen sein könnte.<sup>44</sup>

In der Literatur haben sich hingegen Stimmen gefunden, welche aus dem Grundgesetz auch für die ZPO eine Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung bejahten, wobei das teils aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes, teils aus Art. 19 IV GG abgeleitet wurde.<sup>45</sup> Der Judikatur des BVerfG steht zudem ein Urteil des BGH aus jüngerer Zeit gegenüber: In seiner Entscheidung vom 26. März 2009 bejahte der V. Zivilsenat des BGH eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Erteilung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Verfahren der Zwangsversteigerung.<sup>46</sup>

Mit der Entscheidung des Gesetzgebers, eine solche Regelung in der ZPO einzuführen, hat sich die Diskussion über die verfassungsrechtlichen Vorgaben mehr oder weniger erledigt. Zusammenfassend kann aber gesagt werden, dass die wohl herrschende Meinung bis heute eine allgemeine Belehrungspflicht aus dem Rechtsstaatsprinzip ablehnt.<sup>47</sup> Deswegen ist es erst recht zulässig, eine

Belehrungspflicht lediglich für den Parteiprozess vorzuschreiben.

## 2. Optionen für den Gesetzgeber

Grundsätzlich bieten sich demnach zwei Lösungsmöglichkeiten an: Entweder man erweitert den Anwendungsbereich von § 232 ZPO auf sämtliche Verfahrensarten und differenziert fortan nicht mehr zwischen Partei- und Anwaltsprozessen; oder § 39 FamFG wird dahingehend geändert, dass ebenfalls an die anwaltliche Vertretung angeknüpft wird.

### a) Modifikation von § 232 ZPO

Eine Anpassung der ZPO an das FamFG, also eine Erweiterung auf Anwaltsprozesse,<sup>48</sup> würde dazu führen, dass sich im Bereich der ZPO nahezu dieselben Streitfragen wie bei §§ 39, 17 II FamFG stellen. Das Problem der Auswirkung der anwaltlichen Vertretung auf die Wiedereinsetzungsmöglichkeit wäre weiterhin virulent.

Für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Belehrungspflicht, also die Aufgabe der Differenzierung zwischen Anwalts- und Parteiprozess, könnte Folgendes sprechen: Die Anknüpfung an die anwaltliche Vertretung kann zu Problemen führen, wenn etwa nach Abschluss der Ausgangsinstanz das Mandat gekündigt wird.<sup>49</sup> Diese Konstellation ist nicht gerade selten, vor allem wenn die unterlegene Partei die »Schuld an der Niederlage vor Gericht« ihrem Anwalt gibt. Insofern sind Fälle denkbar, in denen die Partei im Zwischenstadium von Ausgangs- und Rechtsmittelinstanz nicht anwaltlich vertreten ist. In diesem Stadium besteht ja auch gerade kein Anwaltszwang, dieser herrscht erst wieder im Rechtsmittelverfahren. Aus diesem Grund könnte es geboten erscheinen, zumindest auf Tatbestandsebene die Belehrungspflicht nicht auf Parteiprozesse zu beschränken. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Faktum der Mandatskündigung von dem Mandanten selbst gesetzt wird. Die daraus resultierenden Risiken muss er tragen. Zudem kann er unverzüglich einen anderen Anwalt beauftragen.

Eine sofortige Änderung des § 232 ZPO ist denkbar, aber in tatsächlicher Hinsicht sehr unwahrscheinlich, weil der Gesetzgeber nicht vor Inkrafttreten oder in kurzem

<sup>41</sup> BVerfG NJW 1995, 3173 (3174).

<sup>42</sup> § 9 V ArbGG, § 58 VwGO, § 66 SGG, § 55 FGO.

<sup>43</sup> BVerfG NJW 1995, 3173 (3175).

<sup>44</sup> Die Gründe, welche zurzeit noch das Unterlassen einer Rechtsbehelfsbelehrung rechtfertigen, könnten nach Auffassung des Gerichts an Gewicht verlieren, je umfassender in den anderen Gerichtsbarkeiten eine solche Belehrung vorgeschrieben werde; BVerfG NJW 1995, 3173 (3175).

<sup>45</sup> Im Einzelnen dazu siehe *Carl* (Fn. 4), S. 190ff.; *Werner*, JZ 1955, 347 (349). Die Argumentationen beschränken sich jedoch hauptsächlich auf den Bereich der Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine Begründung über Art. 19 IV GG scheint dort eher möglich, da in diesen Bereichen wiederum das Verhältnis »Bürger/Staat« zu berücksichtigen ist.

<sup>46</sup> BGHZ 180, 199 Rn. 13ff. = NJW-RR 2009, 890. Jahre zuvor hatte der BGH noch geurteilt, dass es Aufgabe des Rechtsanwalts sei, seinen Mandanten vollumfänglich über mögliche Rechtsmittel zu belehren; BGH JZ 1997, 305; offen gelassen in BGH NJW-RR 2008, 1084, 1085.

<sup>47</sup> Siehe *Schulte-Bunert/Weinreich/Oberheim* (Fn. 17), § 39 FamFG Rn. 2.

<sup>48</sup> Hierfür plädierte der Deutsche Anwaltverein; siehe *Stellungnahme des DAV* (Fn. 9), S. 4.

<sup>49</sup> Zu den nachfolgenden Überlegungen siehe *Carl* (Fn. 4), S. 187ff.

zeitlichem Abstand seine gerade getroffene Entscheidung »revidieren« wird. Zudem wären die aufgezeigten Nachteile mit einer solchen Änderung verbunden.

## b) Modifikation von § 39 FamFG

Eine Modifikation des § 39 FamFG – quasi aus Anlass des Inkrafttretens des § 232 und § 233 S. 2 ZPO – liegt damit näher. Wenn eine Rechtsbehelfsbelehrung von Verfassungen wegen allenfalls bei Verfahren, in denen kein Anwaltszwang besteht, erforderlich ist,<sup>50</sup> wäre eine Modifizierung von § 39 FamFG – mithin eine Anpassung des FamFG an die ZPO – konsequent. Den verfassungsrechtlichen Vorgaben würde damit Genüge geleistet. Eine solche Anpassung würde auch den Überlegungen des Gesetzgebers entsprechen. In der Gesetzesbegründung wird festgehalten, dass eine Wiedereinsetzung nach § 17 II FamFG ausgeschlossen sein solle, wenn die betroffene Partei anwaltlich vertreten ist, da sie insofern weniger schutzbedürftig sei.<sup>51</sup> In stringenter Umsetzung dieser Argumentation hätte der Gesetzgeber bei § 39 FamFG gleich auf Tatbestands-ebene die Pflicht zur Erteilung einer Rechtsbehelfsbelehrung nur auf Parteiprozesse beschränken müssen. So wurden die Probleme letztendlich auf die Rechtsfolgenseite verlagert. Der Gesetzgeber hätte es sich hier viel einfacher machen können. So wurde § 39 FamFG auch bereits vor Erlass der »Parallelnorm« in der ZPO kritisiert. Beispielsweise stellte der Arbeitskreis 22 des Deutschen Familiengerichtstages fest, dass »die Regelung über die Rechtsbehelfsbelehrung des § 39 FamFG nicht praxisgerecht ist und sich in der bisherigen Form nicht bewährt hat«<sup>52</sup>. Daher solle bei Anwaltszwang eine Rechtsbehelfsbelehrung nicht erteilt werden müssen. Würde man § 39 FamFG jedoch auf Parteiprozesse reduzieren, so wäre sein Anwendungsbereich wegen § 114 I FamFG auf ein Minimum reduziert, die Rechtsbehelfsbelehrung im FamFG wäre praktisch bedeutungslos. Diese praktische Konsequenz muss man bedenken – nachteilig wäre sie aber nicht.

## V. Fazit und Ausblick

Die Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess entsprach nicht den Vorstellungen des historischen

Gesetzgebers. Bei der Schaffung der CPO von 1877<sup>53</sup> ging man vielmehr vom Bild des »freien, mündigen«<sup>54</sup> Bürgers aus. Der Grundsatz der Parteiherrschaft stand im Vordergrund. Infolgedessen kam es zu einer klaren Aufgabenteilung zwischen dem Gericht und den beteiligten Parteien: Das Gericht entschied über die vorgebrachten Streitpunkte. Aufgabe der Parteien war es, die Streitpunkte zu entwickeln.<sup>55</sup> Dementsprechend wurde bei der Schaffung der CPO der »Idee der Eigenverantwortlichkeit«<sup>56</sup> der Vorzug gegenüber gerichtlichen Aufklärungspflichten gegeben.

Die Vorstellung, der Bürger müsse über seine Rechtsschutzmöglichkeiten belehrt werden, stammt dagegen aus dem Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit,<sup>57</sup> fand zunächst also nur Anwendung im Verhältnis des Bürgers zum Staat. Konsequenterweise setzte sich diese Entwicklung auch im Strafprozessrecht fort, da man auch hier auf die Idee der Über- und Unterordnung zurückgreifen konnte.<sup>58</sup> Die Normierung einer zivilprozessualen Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung erschien eher systemwidrig.<sup>59</sup> Lediglich im Bereich des Arbeitsrechts (§ 9 V ArbGG) sowie des Mieterschutzes<sup>60</sup> wurden Ausnahmeregelungen eingeführt. Erklärung dafür sind insbesondere die damaligen sozialen Verhältnisse.<sup>61</sup> Mithin lässt sich die historische Entwicklung in den unterschiedlichen Verfahrensordnungen letztendlich als Produkt verschiedener sozialer Erwägungen<sup>62</sup> sowie rechtssoziologischer Hintergründe<sup>63</sup> begreifen. Vor diesem Hintergrund überrascht die Entscheidung für eine Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess zunächst. Eine Rechtsbehelfsbelehrung entspricht freilich der allgemeinen Tendenz, dass sich das Verfahrensrecht vom reinen »Rechtsdurchsetzungsrecht« zu einem »[materiale]

<sup>53</sup> Zur historischen Entwicklung vor 1877 siehe *Carl* (Fn. 4), S. 37 ff. sowie *Kunz* (Fn. 4), S. 44 ff.

<sup>54</sup> *Greger*, JZ 2000, 131 (133).

<sup>55</sup> Vgl. *Kunz* (Fn. 4), S. 48 m. w. N.

<sup>56</sup> *Carl* (Fn. 4), S. 90. Zur Eigenverantwortung im Prozess siehe auch *Kunz* (Fn. 4), S. 95 f., 103 ff.

<sup>57</sup> *Nesselrodt*, DRiZ 1982, 55 (60); *Müller*, NJW 1962, 1889; *Greger*, JZ 2000, 131 (133).

<sup>58</sup> *Greger*, JZ 2000, 131 (133).

<sup>59</sup> *Greger*, JZ 2000, 131 (133, 135): eine Rechtsbehelfsbelehrung sei mit dem Wesen des Zivilprozesses unvereinbar; es sei vielmehr über die Abschaffung von § 9 V ArbGG nachzudenken.

<sup>60</sup> Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter vom 1. Juni 1923, RGBl. I, S. 353. Die Rechtsbehelfsbelehrung im Mieterschutzgesetz wurde mit dem Abbau der Wohnungszwangswirtschaft allerdings wieder abgeschafft, siehe Bundesmietengesetz vom 23. Juni 1960, BGBl. I, S. 389; siehe auch *Greger*, JZ 2000, 131 (133).

<sup>61</sup> *Kunz* (Fn. 4), S. 51; *Greger*, JZ 2000, 131 (133).

<sup>62</sup> *Greger*, JZ 2000, 131 (134).

<sup>63</sup> *Kunz* (Fn. 4), S. 105.

<sup>50</sup> Siehe die abweichende Ansicht von *Kühling*, BVerfGE 93, 99 (117 ff.).

<sup>51</sup> BT-Drucks. 16/6308, S. 183.

<sup>52</sup> *Heiter*, FamRB 2012, 21. Die Ergebnisse der einzelnen Arbeitskreise können unter [www.dfgt.de](http://www.dfgt.de) nachgesehen werden.

Rechtsgewinnungsrecht« gewandelt hat.<sup>64</sup> Zivilprozess bedeutet nicht mehr den freien »Kampf« der Parteien vor einem Richter, den die Zivilprozessordnung lediglich in verträgliche Verfahrensbahnen lenkt. Das liberale Verständnis des Zivilprozesses wird von einer Tendenz zum sozialen Zivilprozess überlagert.<sup>65</sup>

Zur Herstellung von Einheitlichkeit im Verfahrensrecht sind die Normen aus der ZPO und dem FamFG an-

zugleichen, indem § 39 FamFG wie § 232 ZPO keine Anwendung findet, wenn in dem Verfahren Anwaltszwang besteht. Der BGH sollte seine Rechtsprechung zu § 17 II FamFG nicht auf § 233 S. 2 ZPO übertragen, sodass auch bei »freiwilliger« anwaltlicher Vertretung eine Wiedereinsetzung in Betracht kommt und nicht bereits regelmäßig ausscheidet. Wenn sowohl § 232 ZPO als auch § 39 FamFG darauf abstellen, dass eine Rechtsbehelfsbelehrung grundsätzlich in »Verfahren, in denen sich die Parteien durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen«, nicht erteilt werden muss, überzeugt auch nur eine solche Auslegung.

---

<sup>64</sup> *Katzenmeier*, JZ 2002, 533 (539); mit Verweis auf *Gilles*, JuS 1981, 402 (408).

<sup>65</sup> *Bettermann*, ZZP 91 (1978), 365 (389 ff.); *Gaul* AcP 168 (1968), 27 (47); *Greger*, JZ 1997, 1077.