

Gericht:	OLG Rostock 2. Senat für Familiensachen
Entscheidungsdatum:	25.03.2024
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	11 WF 21/24
ECLI:	ECLI:DE:OLGROST:2024:0325.11WF21.24.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 35 Abs 5 FamFG, § 114 Abs 1 FamFG, § 114 Abs 4 Nr 4 FamFG, § 114 Abs 4 Nr 6 FamFG, § 114 Abs 4 Nr 7 FamFG ... mehr

Anwaltszwang für die Einlegung der sofortigen Beschwerde gegen die Anordnung von Zwangsmaßnahmen

Leitsatz

Die sofortige Beschwerde nach § 35 Abs. 5 FamFG gegen die Festsetzung von Zwangsmitteln in der Folgesache Versorgungsausgleich unterliegt dem Anwaltszwang.(Rn.12)

Orientierungssatz

Zitierung zum Leitsatz: Anschluss OLG Frankfurt, Beschluss vom 28. März 2023 - 6 WF 27/23; OLG Bamberg, Beschluss vom 15. Juli 2021 - 2 WF 1/21 und OLG Brandenburg, Beschluss vom 12. Januar 2017 - 15 WF 243/16; entgegen OLG Brandenburg, Beschluss vom 2. April 2014 - 10 WF 29/14 und OLG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss vom 6. Juli 2012 - 14 WF 72/12.(Rn.11)

Verfahrensgang

vorgehend AG Neubrandenburg, 15. Dezember 2023, 204 F 253/23

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Amtsgerichts Neubrandenburg vom 15.12.2023 - 204 F 253/23 - wird verworfen.
2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens. Von der Erhebung von Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren wird abgesehen.
3. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

- 1 In dem Scheidungsverfahren hat das Amtsgericht dem Antragsgegner mit Beschluss vom 06.11.2023 aufgegeben, konkret benannte Lücken im Versicherungsverlauf zu klären. Mit Beschluss vom 15.12.2023 hat es gegen den Antragsgegner ein Zwangsgeld von 1.000 €, ersatzweise Zwangshaft von 5 Tagen angeordnet.
- 2 Gegen den am 22.12.2023 zugestellten Beschluss wendet sich der Antragsgegner mit seiner am 02.01.2024 bei dem Amtsgericht eingegangenen, selbst unterzeichneten Be-

schwerde. Er macht geltend, er sei der Anordnung bereits am 08.11.2023 nachgekommen und habe jetzt nochmals telefonische Rücksprache mit der Rentenversicherung gehalten. Vorsorglich werde er die Unterlagen umgehend nochmals dort einreichen.

3 Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

4 Nach Eingang der Akte bei dem Senat hat der Vorsitzende folgenden Hinweis erteilt:

5 Die Beschwerde ist unzulässig. Für die Einlegung der sofortigen Beschwerde nach § 35 Abs. 5 FamFG gilt Anwaltszwang (OLG Frankfurt, Beschluss vom 28. März 2023 – 6 WF 27/23). Die Beschwerdeschrift hätte insoweit durch einen Rechtsanwalt signiert und eingereicht werden müssen.

6 Wird die Einlegung durch einen Rechtsanwalt innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung dieser Verfügung nachgeholt, kann bei Vorliegen der Voraussetzungen auf Antrag Wiedereinsetzung gewährt werden. Der Senat hätte dann zu prüfen, ob die Mitwirkung in der erforderlichen Weise erfolgt ist. Wird die formgerechte Einlegung der Beschwerde nicht nachgeholt, wird der Senat das Rechtsmittel verwerfen. Insoweit wird angeregt, die Beschwerde vor Fristablauf aus Kostengründen zurückzunehmen.

7 Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass das festgesetzte Zwangsgeld nicht beigetrieben wird, wenn der Antragsgegner die Mitwirkung noch rechtzeitig erbringt. Die Deutsche Rentenversicherung Bund wird insoweit um Mitteilung binnen zwei Wochen gegenüber dem Oberlandesgericht gebeten, ob der Antragsgegner nunmehr an der Kontenklärung mitgewirkt hat.

8 Auf den am 28.02.2024 zugestellten Hinweis hat der Antragsgegner mitgeteilt, er habe am 03.03.2024 einen erneuten Antrag auf Kontenklärung bei der Rentenversicherung gestellt. Dort sei ihm bestätigt worden, dass die Unterlagen eingegangen seien. Noch fehlende Unterlagen würden zeitnah nachgereicht. Ein Anwalt solle nicht eingeschaltet werden.

9 Der Einzelrichter hat das Verfahren wegen grundsätzlicher Bedeutung dem Senat übertragen.

II.

10 1. Die sofortige Beschwerde ist zu verwerfen, weil sie unzulässig ist. Die Beschwerde hätte durch einen Rechtsanwalt eingelegt werden müssen. Dies ist nicht erfolgt und kann - auch unter dem Gesichtspunkt einer Wiedereinsetzung - nicht mehr nachgeholt werden.

11 Ob für die Einlegung der sofortigen Beschwerde nach § 35 Abs. 5 FamFG Anwaltszwang herrscht, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (bejahend OLG Frankfurt, Beschluss vom 28. März 2023 – 6 WF 27/23 –, Rn. 9, juris; OLG Bamberg, Beschluss vom 15. Juli 2021 – 2 WF 1/21 –, Rn. 12, juris; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 12. Januar 2017 – 15 WF 243/16 –, Rn. 3, juris; verneinend OLG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss vom 6. Juli 2012 – 14 WF 72/12 –, Rn. 5, juris; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 2. April 2014 – 10 WF 29/14 –, Rn. 1, juris; Feskorn in: Zöller, Zivilprozessordnung, 35. Auflage 2024, § 35 FamFG Rn. 10; Jokisch in: Sternal, FamFG, 21. Aufl., § 35 Rn. 49).

- 12 Der Senat schließt sich der ersten Auffassung an, die vom Anwaltszwang ausgeht. In dem als Folgesache geführten Versorgungsausgleichsverfahren gilt für die Ehegatten vor dem Oberlandesgericht Anwaltszwang (§ 114 Abs. 1 FamFG), soweit nicht eine in § 114 Abs. 4 FamFG geregelte Ausnahme vorliegt.
- 13 a) Eine Ausnahme nach § 114 Abs. 4 Nr. 4 (Abtrennung Folgesache) oder Nr. 7 (§ 3 Abs. 3 VersAusglG oder Ausübung des Wahlrechts) FamFG liegt nicht vor. Eine analoge Anwendung dieser Regelungen scheidet bereits mangels planwidriger Lücke aus (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 28. März 2023 – 6 WF 27/23 –, Rn. 9, juris).
- 14 b) Insofern gilt für die Einlegung der Beschwerde (und in Verbindung mit § 571 Abs. 4 ZPO auch für das weitere schriftliche Verfahren) nach § 114 Abs. 4 Nr. 6 FamFG nur dann ausnahmsweise kein Anwaltszwang, wenn ein Fall des § 78 Abs. 3 ZPO vorliegt, sie also auch zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden kann. Das ist hier nicht der Fall.
- 15 aa) Nach § 569 Abs. 3 Nr. 1 ZPO i.V.m. § 35 Abs. 5 FamFG kann die Beschwerde zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden, wenn der „Rechtsstreit“ im ersten Rechtszug nicht als Anwaltsprozess geführt wurde. „Rechtsstreit“ in diesem Sinn ist das Verfahren, in dem die angefochtene Entscheidung ergangen ist, wobei es sich auch um ein Nebenverfahren handeln kann (Hamdorf in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Aufl. 2020, § 569 Rn. 18). So ist bei einer Beschwerde gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluss „Rechtsstreit“ nicht die Hauptsache, sondern das daneben oder nachträglich gesondert geführte Kostenfestsetzungsverfahren (BGH, Beschluss vom 26. Januar 2006 – III ZB 63/05 –, BGHZ 166, 117-125, Rn. 14; Lohmann in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 11. Aufl., § 569 Rn. 8; Ball in: Musielak/Voit/Ball, 20. Aufl. 2023, ZPO § 569 Rn. 11). Demgegenüber ist in Fällen der - nach den §§ 44 Abs. 1, 78 Abs. 3 ZPO auch im Anwaltsprozess nicht dem Anwaltszwang unterliegenden - Richterablehnung „Rechtsstreit“ in diesem Sinne nicht das Ablehnungsverfahren, sondern der Prozess, in dem der abgelehnte Richter amtiert (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 4. September 2007 – 3 W 186/07 –, Rn. 2, juris; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 20. Dezember 2013 – 10 W 53/13 (Abl) –, Rn. 4, juris; G. Vollkommer in: Zöller, Zivilprozessordnung, 35. Auflage 2024, § 46 ZPO, Rn. 17 m.w.N.).
- 16 Sieht man auf dieser Grundlage die Folgesache Versorgungsausgleich - die nach § 114 Abs. 1 FamFG bereits im ersten Rechtszug dem Anwaltszwang unterliegt - als „Rechtsstreit“ in diesem Sinn an (so ohne nähere Begründung OLG Bamberg, Beschluss vom 15. Juli 2021 – 2 WF 1/21 –, Rn. 13, juris), ist § 569 Abs. 3 Nr. 1 ZPO nicht einschlägig.
- 17 Aber auch dann, wenn man stattdessen auf das Zwangsmittelverfahren als „Rechtsstreit“ im Sinn des § 569 Abs. 3 Nr. 1 ZPO abstellt, besteht keine Ausnahme vom Anwaltszwang. Für eine Parallele zum Kostenfestsetzungsverfahren spricht zwar, dass das Zwangsmittelverfahren gegenüber der Hauptsache insoweit verselbstständigt ist, als besondere Gerichtsgebühren anfallen (KV Nr. 1502 FamGKG) und es sich für den Anwalt um eine besondere Angelegenheit handelt (§ 18 Abs. 1 Nr. 21 RVG); auch in der Aktenordnung ist die Absonderung durch Anlage eines Sonderhefts nachvollzogen. Aber anders als in § 13 RPflG für das vor dem Rechtspfleger geführte Kostenfestsetzungsverfahren gibt es für prozessuale Erklärungen im Zwangsmittelverfahren bereits im ersten Rechtszug keine Ausnahme vom Anwaltszwang des § 114 FamFG. Dass die konkrete, mit dem angefochtenen Zwangsgeld durchzusetzende Verfahrenshandlung die persönliche Mitwirkung des Ehegatten an der Klärung der Grundlagen des Versorgungsaus-

gleichs (§ 220 Abs. 1, Abs. 3 FamFG) ist und als solche ohne anwaltliche Vertretung erfolgen kann, ändert hieran nichts. Hierbei handelt es sich lediglich - wie bei jeder Anhörung - um eine Erklärung tatsächlichen Inhalts, nicht aber um eine Prozessklärung.

- 18 bb) Auch § 569 Abs. 3 Nr. 3 ZPO ermöglicht nicht die Einlegung der Beschwerde zu Protokoll der Geschäftsstelle und damit ohne Anwaltszwang. Die Regelung betrifft nur am Verfahren nicht beteiligte Dritte (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 28. März 2023 – 6 WF 27/23 –, Rn. 10 f., juris; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 12. Januar 2017 – 15 WF 243/16 –, Rn. 6, juris). Zu einer entsprechenden Anwendung auf Verfahrensbeteiligte in Folgesachen zwingt auch nicht, dass gegen sie ähnlich wie gegen nicht erschienene Zeugen ein Ordnungsgeld nach § 33 Abs. 3 FamFG festgesetzt und dieses unmittelbar nach den §§ 567 ff. ZPO angefochten werden kann. Eine unterschiedliche Behandlung von Verfahrensbeteiligten und Dritten begegnet für sich genommen keinen Bedenken. Sie beruht darauf, dass Dritte nicht gezwungen sein sollen, nur für das Rechtsmittel einen Anwalt zu beauftragen, während für Ehegatten in der Folgesache ohnehin Anwaltszwang gilt und hiervon nur einzelne Erklärungen ausgenommen sind.
- 19 Der Senat verkennt nicht, dass immerhin ein Widerspruch zur Behandlung der Ehegatten in der Ehesache besteht. Dort kann das Ordnungsgeld nach den §§ 141 Abs. 3 ZPO, 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG „wie gegen einen im Vernehmungstermin nicht erschienenen Zeugen“ festgesetzt und dieses dann eben auch wie von einem Zeugen nach § 380 Abs. 3 ZPO - und damit wegen des „Umwegs“ über die Zeugenvorschriften entsprechend § 569 Abs. 3 Nr. 3 ZPO ohne Anwalt (dazu OLG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss vom 6. Juli 2012 – 14 WF 72/12 –, Rn. 6, juris m.w.N.; Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 35. Auflage 2024, § 141 ZPO, Rn. 15) - angefochten werden. Weshalb aber der Ehegatte in der Ehesache das Ordnungsgeld ohne Anwalt anfechten können soll, in einem (ggf. abgetrennten) Versorgungsausgleichsverfahren nach den §§ 114 Abs. 1, 137 Abs. 5 Satz 1 FamFG aber nicht, begegnet unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung (Art. 3 GG) grundlegenden Bedenken. Dieser Gesichtspunkt umfasst auch die Anfechtung eines dem Ordnungsgeld (wegen Nichterscheinens) vergleichbaren Zwangsgelds (wegen Nichtmitwirkung). Für eine verfassungskonforme Auslegung des § 569 Abs. 3 Nr. 3 ZPO ist indes angesichts des klaren Wortlauts kein Raum, für eine Analogie fehlt es an einer Lücke. Im Übrigen begegnet unter systematischen Gesichtspunkten nicht der Anwaltszwang in der Folgesache, sondern eher die Befreiung vom Anwaltszwang für die Ordnungsmittelbeschwerde in der Ehesache Bedenken.
- 20 2. Weil die Beschwerde bereits unzulässig ist, hat der Senat nicht zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Festsetzung der Zwangsmittel vorgelegen haben und noch vorliegen. Unabhängig davon ist ein Zwangsmittel durch das Amtsgericht nicht mehr zu vollziehen, wenn die geschuldete Mitwirkungshandlung zuvor erbracht ist. Kommt der Antragsgegner seiner Mitwirkungspflicht allerdings erst nach, nachdem das Zwangsgeld vollstreckt wurde, ist es endgültig verloren (vgl. BGH, Beschluss vom 6. September 2017 – XII ZB 42/17 –, Rn. 21 - 23, juris).
- 21 3. Von der Erhebung von Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sieht der Senat nach § 20 FamGKG ab, weil die Rechtsbehelfsbelehrung des angefochtenen Beschlusses nicht auf den Anwaltszwang hingewiesen hat.
- 22 4. Der Senat lässt die Rechtsbeschwerde zu, weil das Erfordernis des Anwaltszwangs in der obergerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt wird und deshalb zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwer-

degerichts erforderlich ist (§§ 574 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 3 S. 1 ZPO, 35 Abs. 5 FamFG).