



ANWALTSGEMEINSCHAFT DR. KOGEL
Rechtsanwälte

Augustastr. 89 · 52070 Aachen · Telefon 0241/505031 · Telefax 0241/505033 · Gerichtsfach 046
Internet: www.dr-kogel.de · Email: kanzlei@dr-kogel.de

FamRB 02, 298 f.

**PKH: Mutwille bei neuem Tatsachenvortrag in der Berufungsinstanz
OLG Frankf., Beschl. v. 17.01.2002 -1 UF 98/01-**

Das Problem:

Kann ein Berufungskläger mit neuem Vorbringen und neuen Beweismitteln PKH für ein Berufungsverfahren erlangen?

Die Entscheidung des Gerichts:

In erster Instanz waren Zeugen zu einem bestimmten Beweisthema (Einkommen des Unterhaltsgläubigers) vernommen worden. Selbst auf Befragen hatte der Schuldner keine Gegenzeugen benannt, dies vielmehr erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung getan. In zweiter Instanz wiederholte er diese Beweisantritte und begehrte PKH. Der Senat lehnte dies ab. Mit der herrschenden Meinung ist er folgender Ansicht:

Kann ein Rechtsmittel nur aufgrund neuen Vorbringens, welches auch schon in der Vorinstanz hätte geltend gemacht werden können, Aussicht auf Erfolg haben, so ist die Rechtsverfolgung in der zweiten Instanz unnötig kostspielig. Die Rechtsmittelinstanz hätte bei sorgfältiger Prozessführung vermieden werden können. Sie ist mutwillig (ebenso LG Karlsruhe, FamRZ 99, 726, 727; Zöller, ZPO 23. Aufl., § 114 Rz. 34a).

Konsequenzen für die Praxis:

Diese Entscheidung ist noch zur alten Fassung des § 528 II, III ZPO ergangen. Auch für Unterhaltsrechtsstreitigkeiten galt diese Vorschrift. Nur in Ehe- und Kindschaftssachen war § 528 ZPO nicht anwendbar (vgl. §§ 615 II, 640 ZPO). Bei § 528 I, II ZPO war alleine darauf abzustellen, ob der Berufungsrechtszug durch die Zulassung des Vorbringens verzögert würde (vgl. BGH, Urteil v. 10.07.1979 –XI ZR 223/78-, NJW 79, 2109). Dies setzte eine schwierige Schlüssigkeits- und Erheblichkeitsprüfung mit allen beweisrechtlichen Konsequenzen voraus (vgl. hierzu Zöller, 23. Aufl., § 528 Rz. 14 ZPO). In einem Unterhaltsverfahren, welches in der Berufungsinstanz mit PKH betrieben wird, kann dies dahinstehen. Ist das Beweismittel ausgeschlossen, kann die Berufung von vorneherein keinen Erfolg haben. Wäre das Beweismittel zuzulassen, würden sich die Kosten erheblich erhöhen. Das Rechtsmittelverfahren wäre mutwillig.

Seit dem 01.01.2002 hat sich die Rechtslage geändert. Für „normale“ Berufungssachen gilt die Neuregelung des § 531 ZPO. Danach sind neue Angriff- und Verteidigungsmittel bereits dann nicht mehr



ANWALTS GEMEINSCHAFT DR. KO GEL

Rechtsanwälte

zuzulassen, wenn sie in erster Instanz aufgrund einer Nachlässigkeit der Partei nicht geltend gemacht wurden.

Für Familiensachen im Sinne der §§ 621 I 4,5,8,11 ist § 621 d ZPO eingeführt worden. In Fällen des Verwandten- und Ehegattenunterhalts, der Ansprüche aus dem Güterrecht sowie gem. § 1615 m BGB ist damit verfahrensrechtlich eine Vorschrift eingeführt worden, die dem alten § 528 I, II ZPO entspricht. Für PKH-Verfahren gilt nach der Entscheidung aber auch hier: Wenn die Verteidigungsmittel erst zu spät in zweiter Instanz geltend gemacht werden, mag materiell-rechtlich die Berufung zwar Erfolg haben können. Wegen der Erhöhung der Prozesskosten müsste jedoch von einer Mutwilligkeit und damit von einer Versagung der PKH ausgegangen werden.

Ob eine derartige Rechtsprechung letztlich überzeugen kann, muss bezweifelt werden: Der armen Partei wird in derartigen Verfahren gegenüber der vermögenden praktisch der Instanzenzug abgeschnitten. Dies läuft auf eine Verletzung des Art. 3 GG hinaus. Die Rechtsprechung hat ja teilweise z.B. bei der Verfolgung von Zugewinnausgleichsansprüchen außerhalb des Verbundes gerade eine derartige „Zweiklassenjustiz“ als mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt und Mutwilligkeit verneint (vgl. OLG Bremen, Beschluss v. 30.01.1997, 5 WF 137/96 = FamRZ 98, 246).

Beraterhinweis:

Sollte sich bei einer Partei, die mit PKH den Rechtsstreit führt, das „Dilemma“ ergeben, dass ein Be-weisantritt nur verspätet erfolgen kann, sollte auf jeden Fall in erster Instanz der Weg der „Flucht in die Säumnis“ gegangen werden. Nach obiger Rechtsprechung ist die Berufung nämlich äußerst risikoreich. Befindet sich das Verfahren bereits in der Berufungsinstanz, muss der Mandant darauf hingewiesen werden, dass die Berufung allenfalls auf eigene Kosten und nicht abhängig von der PKH-Bewilligung für die II. Instanz erfolgreich durchgeführt werden kann.