

Für das Nachschlagewerk ;
Nicht für die Amtliche Sammlung ;

2545 069

20

Gesetz: FGG §§ 21. 29

Rechtssatz: Die Beschwerde in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann nicht zur Niederschrift des Amtsrichters eingelegt werden (ebenso RGZ 110, 311).

Aktenzeichen: IV ZB 17/57

Beschl. des BGH v. 12. April 1957 OLG Düsseldorf

IV ZB 17/51
(3 W 361/56)

B e s c h l u ß

In der Hausratsauseinanderetzungssache

des Bergmanns Theodor L. [REDACTED] in D. [REDACTED] Ha. [REDACTED],
F. [REDACTED]straße [REDACTED],

Antragstellers und Beschwerdegegners,
- Verfahrensbevollmächtigte; Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
[REDACTED] in [REDACTED] -

g e g e n

Frau Elfriede W. [REDACTED] geb. Has. [REDACTED] geschiedene
L. [REDACTED] in D. [REDACTED]-Ha. [REDACTED], F. [REDACTED]straße [REDACTED],

Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin,

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die weitere Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluß der 5. Zivilkammer des Landgerichts in Duisburg vom 27. Oktober 1956 und den Vorlagebeschluß des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 22. Dezember 1956 in der Sitzung vom 12. April 1957 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Schmidt und der Bundesrichter Ascher, Dr. v. Werner, Wüstenberg und Wilden

beschlossen:

Die weitere Beschwerde wird als unzulässig verworfen.

G r ü n d e :

I.

Die Ehe der Beteiligten ist aus überwiegendem Verschulden der Antragsgegnerin rechtskräftig geschieden.

Auf Antrag des Ehemanns hat das Amtsgericht in Duisburg-Hamborn durch Beschluß vom 12. September 1956 die Rechtsverhältnisse der Beteiligten hinsichtlich der ehelichen Wohnung geregelt und den Hausrat unter die Beteiligten verteilt. Mit der hiergegen eingelegten Beschwerde hat die Antragsgegnerin beantragt, den Beschluß des Amtsgerichts dahin zu ändern, daß ihr eine Frisiertoilette, ein elektrischer Küchenherd und ein Plattenspieler zugeteilt werde. Die Beschwerde ist durch Beschluß des Landgerichts vom 27. Oktober 1956 zurückgewiesen worden. Der Beschluß ist dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin am 13. November 1956 zum Zwecke der Zustellung behändigt worden. Gegen diesen Beschluß hat die Antragstellerin zunächst mit einer an das Landgericht in Duisburg gerichteten von ihr selbst unterzeichneten Beschwerdeschrift sofortige weitere Beschwerde eingelegt. Diese Beschwerdeschrift ist am 23. November 1956 bei dem Landgericht eingegangen. In einem Schreiben des Vorsitzenden des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 27. November 1956 wurde die Beschwerdeführerin belehrt, die Beschwerde entspreche nicht der gesetzlichen Vorschrift und müsse entweder durch eine von einem Rechtsanwalt unterzeichnete Beschwerdeschrift oder zu Protokoll "eines der mit dem Verfahren befaßten Gerichte, hier also des Amtsgerichts in Duisburg-Hamborn, des Landgerichts in Duisburg oder des Oberlandesgerichts in Düsseldorf" eingelegt werden. Die Beschwerdeführerin richtete darauf eine Eingabe an das Oberlandesgericht, die dieses als Gesuch um Beiordnung eines Rechtsanwalts als Armenanwalt auffasste. Das Oberlandesgericht lehnte das Gesuch durch Beschluß vom 8. Dezember 1956 mit der Begründung ab, die weitere Beschwerde könne zur Niederschrift der "Geschäftsstelle des Amtsgerichts Duisburg-Hamborn, des Landgerichts in Duisburg und des Oberlandesgerichts" eingelegt werden. Zugleich wurden die Akten unter Hinweis auf den erwähnten



Beschluß von dem Oberlandesgericht an das Amtsgericht in Duisburg-Hamborn übersandt mit dem Ersuchen, eine geeignete Erklärung der Beschwerdeführerin entgegenzunehmen. Die Beschwerdeführerin wurde zu diesem Zweck vor das Amtsgericht geladen, sie hat die weitere Beschwerde zur Niederschrift des Amtsgerichts in Duisburg-Hamborn vom 13. Dezember 1956 in Gegenwart des Assessors G. als Richter und der Justizangestellten H. als Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt und erklärt, daß sie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantrage. Die Niederschrift ist von der Beschwerdeführerin und den bei der Niederschrift mitwirkenden Gerichtspersonen unterzeichnet worden.

II.

1.) Das Oberlandesgericht möchte der Beschwerdeführerin die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für die Versäumung der Frist für die weitere Beschwerde bewilligen und in der Sache selbst entscheiden. Es sieht sich daran jedoch gehindert durch den Beschluß des IV. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 19. März 1925 (RGZ 110, 311), in dem das Reichsgericht sich dahin ausgesprochen hat, daß die Beschwerde und die weitere Beschwerde in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zu Protokoll des Amtsrichters eingelegt werden können. Das Oberlandesgericht will in dieser Frage einen abweichenden Standpunkt einnehmen und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof gemäß § 28 Abs 2 FGG zur Entscheidung vorgelegt.

2.) Die Voraussetzungen des § 28 Abs 2 FGG für die Vorlage der Sache an den Bundesgerichtshof sind erfüllt.

Zwar unterscheidet sich, wie auch das vorlegende Oberlandesgericht nicht verkennt, der Sachverhalt des vorliegenden Falles von dem in der vom Reichsgericht entschiedenen Sache dadurch, daß in der letzteren das Protokoll über die Einlegung der weiteren Beschwerde nur von einem Amtsrichter ohne Zuziehung eines Gerichtsschreibers (Urkundsbeamten) aufgenommen worden war, während im vorliegenden Fall eine Justizangestellte als Urkundsbeamter mitgewirkt hat. Mit Recht entnimmt aber das Oberlandesgericht aus den Gründen der erwähnten Entscheidung, das Reichsgericht habe zum Ausdruck gebracht, daß nach seiner Rechtsauffassung die Vorschrift des § 21 Abs 2 FGG bewußt auf eine Scheidung der Zuständigkeit des Urkundsbeamten gegenüber dem Richter abziele, und daß der Gerichtsschreiber (jetzt: der Urkundsbeamte) nicht bloß als Gehilfe des Richters tätig werden dürfe, daß ihm vielmehr die Entgegennahme der Beschwerdeerklärung in ausschließlicher und selbständiger Weise übertragen worden sei. Hieraus ist mit dem vorlegenden Gericht zu entnehmen, daß das Reichsgericht auch eine Beschwerde zu Protokoll des Richters und des Gerichtsschreibers nicht als der Formvorschrift des § 21 Abs 2 FGG entsprechend ansehen würde. Dies ist in Fällen wie dem vorliegenden um so mehr anzunehmen, als bei der Niederschrift als Urkundsbeamter nicht ein Beamter des gehobenen Dienstes, denen nach feststehender Verwaltungspraxis die Entgegennahme von Anträgen und Beschwerden bei dem Amtsgericht übertragen wird, sondern eine Justizangestellte mitgewirkt hat. Das Protokoll über die Beschwerde läßt ohne weiteres erkennen, daß es von einer rechtskundigen Person abgefaßt ist. Daraus muß entnommen werden, daß die Niederschrift von dem Richter diktiert worden ist. Die Justizangestellte H. ist danach in der Sache nur als Schreibhilfe tätig geworden. Von einer selbständigen Mitwirkung bei der Niederschrift kann nicht die Rede sein, wie sie in ständiger Rechtspre-

chung auch des Reichsgerichts (RGZ 101, 426) verlangt wird. Deshalb kann die Niederschrift über die Erklärung der weiteren sofortigen Beschwerde wenigstens im vorliegenden Fall nicht anders gewertet werden als ein Protokoll, das der Richter ohne Mitwirkung eines Urkundsbeamten selbst niedergeschrieben hat. Der Bundesgerichtshof ist daher zur Entscheidung in der Sache berufen (§ 28 Abs 3 FGG).

III.

Es kann zweifelhaft sein, ob mit dem vorliegenden Oberlandesgericht anzunehmen ist, die Frist zur Einlegung der sofortigen weiteren Beschwerde (§ 29 FGG; § 14 der 6. DVO z EheG (Haustratsverordnung) vom 21. Oktober 1944; § 30 der VO des Zentrajustizamts für die Britische Zone zur Ausführung des Ehegesetzes vom 12. Juli 1948 - VOBlBZ S 210 -) sei bereits abgelaufen. Da gegen Beschlüsse des Amtsgerichts in Haustratssachen nach § 14 HaustratsVO die sofortige Beschwerde gegeben ist, ist auch die weitere Beschwerde eine sofortige (§ 29 Abs 2 FGG). Nach § 16 Abs 2 FGG ist eine Verfügung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn sie nicht einem Anwesenden zu Protokoll bekanntgemacht wird, den Beteiligten durch Zustellung nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Zustellung von Amts wegen (§§ 208 ff ZPO) zu eröffnen. Im vorliegenden Fall ist die Zustellung des Beschlusses des Landgerichts an den Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin erfolgt. Dieser hat über die Zustellung nach § 212a ZPO ein Empfangsbekenntnis erteilt, das gemäß dieser Vorschrift von ihm zwar unterzeichnet, nicht aber mit dem Datum der Zustellung versehen worden ist. Der durch Stempelaufdruck auf dem Empfangsbekenntnis befindliche Vermerk "Zugestellt von Amts wegen am 13. No-

vember 1956" ist offensichtlich von der Geschäftsstelle des Landgerichts auf das Empfangsbekenntnis gesetzt. (Der gleiche Stempelaufdruck befindet sich auf der Empfangsbescheinigung der Bevollmächtigten des Antragstellers.). Damit ist aber der Form des § 212a ZPO nicht genügt, die Datierung muß durch den Empfänger erfolgen. Der Stempelaufdruck, bei dem nicht ersichtlich ist, ob er vor oder nach der Zustellung auf die Urkunde gesetzt ist, wird auch nicht durch die Unterschrift des Rechtsanwalts Schmitz gedeckt, er befindet sich darunter. Es erhebt sich die Frage, ob dieser Formmangel der Wirksamkeit der Zustellung nicht entgegensteht, weil zur Wirksamkeit der Zustellung die in der Zivilprozeßordnung vorgeschriebene Beurkundung erforderlich ist (BGHZ 8, 314). Es läßt sich die Auffassung vertreten, daß dieser Mangel auch nicht dadurch geheilt ist, daß der Beschluß des Landgerichts nachweislich in den Besitz der Beschwerdeführerin gelangt ist (§§ 187 Satz 1, 208 ZPO). Nach § 187 Satz 2 ZPO wird der Zustellungsmangel nach Satz 1 dieser Vorschrift nicht geheilt, wenn durch die Zustellung eine Notfrist in Lauf gesetzt werden soll. Allerdings ist die Beschwerdefrist nach dem Gesetz in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Notfrist, denn nach § 223 Abs 3 ZPO sind Notfristen nur diejenigen Fristen, die in der Zivilprozeßordnung als solche bezeichnet sind. Eine entsprechende Vorschrift fehlt in dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Wie der Bundesgerichtshof in dem in einer Landwirtschaftssache ergangenen Beschluß vom 16. Februar 1954 - V BLW 89/53 (LM Nr 3 zu § 176 ZPO) ausgesprochen hat, dienen die Fristen des FGG denselben Zwecken wie die Notfrist für die sofortige Beschwerde nach § 577 ZPO. Der Zustellung komme, wie der Bundesgerichtshof ausführt, dasselbe Gewicht zu wie der Zustellung nach dieser Vorschrift. Das erfordere aber, daß auch im landwirtschaft-

lichen Verfahren der Beginn einer Rechtsmittelfrist von der Zustellung abhängen. Ob diese Erwägungen nicht nur in Landwirtschaftssachen sondern in allen Fällen zutreffen, in denen nach den Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch die Bekanntmachung der richterlichen Verfügung eine Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels in Lauf gesetzt wird, braucht jedoch hier nicht entschieden zu werden, da es für die hier zu treffende Entscheidung nicht darauf ankommt. Die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde hängt nämlich auch davon ab, ob das von dem Richter des Amtsgerichts in Duisburg-Hamborn unter Mitwirkung eines Urkundsbeamten am 13. Dezember 1956 aufgenommene Protokoll den gesetzlichen Formvorschriften entspricht. Dies ist aber zu verneinen.

IV.

1.) In dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt für die in dem Verfahren von den Beteiligten gestellten Anträge und von ihnen abzugebenden Erklärungen der Grundsatz der Formfreiheit. In § 11 FGG ist bestimmt, daß Anträge und Erklärungen zum Protokoll der Geschäftsstelle des zuständigen Gerichts oder der Geschäftsstelle eines Amtsgerichts erfolgen können. Wie in der Rechtsprechung und dem Schrifttum allgemein anerkannt ist, bedeutet diese Vorschrift nicht, daß solche Erklärungen und Anträge in dieser Form abgegeben werden müssen. Dies anzunehmen verbietet schon der Gebrauch des Wortes "können". Daraus wird gefolgert, daß grundsätzlich Anträge und Erklärungen auch vom Richter entgegengenommen werden können, der nach Belieben über die Erklärung eine Niederschrift allein

oder unter Mitwirkung eines Urkundsbeamten (vgl z.B. Art 2 PreußFGG) darüber fertigen kann. Diese Rechtsauffassung ist schon bei den Beratungen der Reichstagskommission über den Regierungsentwurf zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geäußert worden. Damals wurde von Seiten der Bundesratsvertreter erklärt, es sei selbstverständlich, daß Anträge und Erklärungen bei dem zuständigen Amtsrichter in j e d e r F o r m v o r g e b r a c h t werden dürfen, s o w e i t i m G e s e t z n i c h t s a n d e r s b e s t i m m t s e i (KommBer S 11 bei Höhn, Mat.z.d. Reichsjustizgesetzen Bd VII). Einhelligkeit besteht jedoch darüber, daß für Beschwerden im Gesetz eine besondere Form vorgeschrieben ist. § 21 FGG Abs 2 FGG bestimmt für alle Beschwerden, daß die Einlegung durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder durch Erklärung zum Protokoll der Geschäftsstelle desjenigen Gerichts e r f o l g t , dessen Verfügung angefochten wird, oder zu Protokoll der Geschäftsstelle des Beschwerdegerichts. Die Formerfordernisse werden durch § 29 FGG für die weitere Beschwerde noch verschärft. Erfolgt die Einlegung durch Einreichung einer Beschwerdeschrift, so muß diese entweder von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein, es sei denn, daß sie von einer Behörde oder einem Notar, der in der Angelegenheit für den Beschwerdeführer einen Antrag bei dem Gericht erster Instanz gestellt hat, herrührt (§ 29 Abs 2 S 2 und 3 FGG).

2.) Die Tragweite der Vorschrift des § 21 Abs 2 FGG ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum umstritten. Das Reichsgericht hat in der bereits erwähnten Entscheidung und das Kammergericht in seit 1900 ständiger Rechtsprechung (KGJ 20, 143) die Auffassung vertreten, daß eine Beschwerde nicht zu Protokoll des Amtsrichters erklärt werden könne. Das war auch ursprünglich die Meinung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (BayOBLG 5,

510; 9, 409; 12, 635). Erst in dem in JFG 1, 15 abgedruckten Beschluß hat es sich auf den Standpunkt gestellt, die Beschwerde könne auch zur Niederschrift des Amtsrichters erklärt werden. Im Schrifttum ist die Ansicht des Reichsgerichts bis auf wenige abweichende Ansichten in der älteren Literatur fast einstimmig gebilligt worden; sie wird auch in den jetzt führenden Erläuterungsbüchern von Schlegelberger FGG 7. Aufl § 29 Anm 6 S 323 und von Keidel FGG 6. Aufl § 29 Anm 5 S 313 geteilt. Außerdem ist der Beschluß des Reichsgerichts von Josef in JW 1925, 1375 zustimmend besprochen worden (vgl außerdem noch Unger ZZP 38, 510 f). Über den Fall, daß der Amtsrichter unter Mitwirkung eines Gerichtsschreibers (Urkundsbeamten) die Niederschrift über die Beschwerde aufgenommen hat, liegen Entscheidungen des Reichs- und des Kammergerichts nicht vor. Das Oberlandesgericht in München hat in einem in JFG 14, 68 abgedruckten Beschluß die Entscheidung dahingestellt gelassen, da es in dem ihm damals unterbreiteten Fall darauf entscheidend nicht ankam. Im Schrifttum haben sich für die Zulässigkeit der Beschwerde in diesem Fall u.a. Josef in ZBlFG 11, 610 (612) sowie das Bayerische Oberste Landesgericht in BayObLG 21, 60 ausgesprochen, ebenso OLG Rostock in Rspr 14, 150. Dagegen sind Schlegelberger aaO und Unger aaO auch in diesen Fällen der Ansicht, der erstere allerdings mit gewissen Einschränkungen, daß die zu Protokoll des Richters und des Urkundsbeamten eingelegte Beschwerde der gesetzlich vorgeschriebenen Form entbehre, während hier Keidel aaO auf einem gegenteiligen Standpunkt steht. Nicht unerwähnt bleiben mag, daß dieselbe Streitfrage auch bezüglich des dem § 21 Abs 2 FGG entsprechenden § 569 Abs 2 S 2 ZPO besteht, der ebenfalls die Einlegung der Beschwerde zu Protokoll der Geschäftsstelle zuläßt. Während das Reichsgericht in GruchBeitr 38, 175, das OLG Dresden in JW 1933, 552 Nr 51

(dagegen Kaufmann ebenda) und Rosenberg Lehrb ZP 7 Aufl § 61 Seite 270 für § 569 Abs 2 ZPO die strenge Auffassung vertreten, haben die Oberlandesgerichte in Kassel (Rspr 29, 136) und in Stuttgart (SeuffArch 404, 113) und das OLG in Köln (LeipzZ 1928, 1643) sowie Stein-Jonas ZPO 18. Aufl § 159 Bem I C) sich in den Fällen des § 569 Abs 2 ZPO für eine weitherzigere Auslegung dieser Vorschrift entschieden.

3.) Weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte der §§ 21 und 29 FGG geben einen sicheren Anhaltspunkt für die Tragweite dieser Vorschriften, also, was hier allein in Betracht kommt, dafür, ob die in § 21 Abs 2 FGG vorgeschriebene Form auch dadurch erfüllt wird, daß der Richter mit oder ohne Zuziehung eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle die Beschwerdeerklärung zu Protokoll nimmt. Nicht unbeachtet wird in diesem Zusammenhang bleiben dürfen, daß § 21 FGG bestimmt, daß die Einlegung der Beschwerde durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder durch Erklärung zum Protokoll der Geschäftsstelle **e r f o l g t**, nicht aber **e r f o l g e n k a n n**, wie in § 11 FGG für Anträge und Erklärungen grundsätzlich ausgesprochen wird. Diese Fassung des Gesetzes kann dafür sprechen, daß der Gesetzgeber in der Form des Protokolls der Geschäftsstelle ein Wesensmerkmal einer formgerechten Beschwerdeeinlegung sieht. Sie kann aber nicht allein entscheidend sein. Auch die Entstehungsgeschichte ist wenig ergiebig. Das Reichsgericht hat in dem Beschluß vom 19. März 1925 (RGZ 110, 311) darauf hingewiesen, daß nach einer Bemerkung in der Denkschrift zum FGG (Seite 39) gesagt werde, die Vorschriften über die Beschwerdeeinlegung seien den Bestimmungen des § 73 GBO nachgebildet, verweist aber selbst darauf, daß nach der angezogenen Vorschrift der Grundbuchordnung die Beschwerde sowohl zu Protokoll des Richters als des Grundbuchführers er-

folgen kann und daß dieser Unterschied gegenüber der in § 21 Abs 2 FGG getroffenen Regelung dem Gesetzgeber nicht entgangen sein könne, ohne daß allerdings ein Grund für die unterschiedliche Behandlung ersichtlich sei.

Man wird daher davon auszugehen haben, daß § 21 Abs 2 FGG mit der bis zum Inkrafttreten des FGG für die preußischen Gerichte maßgebenden Vorschrift des § 53 PreußAGzGVG im wesentlichen übereinstimmt und sich nur dadurch unterscheidet, daß nach preußischem Recht Beschwerdeführer, die die Fähigkeit zum Richteramt besaßen, berechtigt waren, die von ihnen in eigenen Angelegenheiten eingelegte Beschwerdeschrift selbst zu unterzeichnen. Zur Entstehung des § 53 aaO führt der in KGJ 8, 3 abgedruckte Beschluß des Kammergerichts, der übrigens für das preußische Recht die Niederschrift des Richters für zulässig hält, aus, diese ergebe, daß bei Erlaß des Gesetzes zwei Ziele verfolgt worden seien: einmal die Beteiligten vor den Gefahren und Schäden zu schützen, die die Formlosigkeit der Beschwerde im Gefolge haben könne, und ferner: von dem "Oberlandesgericht in Berlin" den übergroßen Eingang von unbrauchbaren Beschwerden fernzuhalten. Dieser Zweck liegt, auch wenn er sich nicht aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 53 Abs 2 PreußAGzGVG ergäbe, so in der Natur der Sache, daß er auch der Vorschrift des § 21 Abs 2 und der des § 29 FGG zugrundeliegen wird. Eine gewisse Stütze erfährt diese Auffassung noch dadurch, daß bei den Beratungen zum FGG ein Bundesratsvertreter bei den Erörterungen zu § 11 des Gesetzes darauf hingewiesen hat, der Entwurf gehe davon aus, daß der Gerichtsschreiber die Stellung eines Beistandes der weniger geschäftsgewandten Personen habe, ähnlich der eines Rechtsanwalts (KommBer S 12). Wenn nach dem Willen

des Gesetzgebers bei der Abfassung von Beschwerden die Unterrichtung eines Rechtskundigen für angebracht gehalten wird, so kann das nur in der Erwartung geschehen sein, auf diesem Wege werde durch den Einfluß eines Rechtskundigen ein Zustrom an ungeeigneten und offensichtlich unbegründeten Beschwerden von den Beschwerdegerichten ferngehalten.

Es liegt auf der Hand, daß diese Absicht auch erreicht würde, wenn die Beschwerde auch zu Protokoll des Richters erklärt würde, wie es in Grundbuchsachen ja auch möglich ist. Dieser Umstand rechtfertigt es aber nicht, sich über die ausdrückliche gesetzliche Formvorschrift hinwegzusetzen. Wie das Reichsgericht zutreffend ausführt, geht es nicht an, Formvorschriften mit der bloßen Erwägung beiseite zu schieben, daß der Zweck der Vorschrift ebensogut auf andere Weise erreicht werden kann. Das würde, wie das Reichsgericht fortführt, dazu führen, daß von Fall zu Fall geprüft werden müßte, ob unter den jeweils gegebenen Umständen der Zweck der Vorschrift ebensogut auch ohne die Einhaltung erreicht werden könnte. Mit solchen Erwägungen könnte man es auch rechtfertigen, entgegen § 29 Abs 1 S 3 FGG die Unterzeichnung einer weiteren Beschwerde durch einen Notar auch dann für ausreichend zu halten, wenn der unterzeichnende Notar für den Beschwerdeführer in den Vorinstanzen überhaupt nicht oder nur in der zweiten Instanz in der betreffenden Angelegenheit einen Antrag gestellt hat.

Der gegenteilige Standpunkt, der vom vorlegenden Gericht im Anschluß an die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (JFG 1, 25) vertreten wird, wäre nur gerechtfertigt, wenn sich aus den Vorschriften über die Organisation der Gerichte ergäbe, daß die den Ur-

kundsbeamten übertragenen Funktionen auch von den Richtern der Gerichte, bei denen die Geschäftsstellen eingerichtet sind, ausgeübt werden können. Dies entspricht aber nicht dem geltenden Gerichtsverfassungsrecht, wie auch das Reichsgericht ausgeführt hat (anders für das frühere preußische Recht KGJ 8, 3 und Josef in JW 1925, 1375 Anm). Etwas Abweichendes kann auch nicht für den Fall gelten, daß die Niederschrift von dem Richter und dem Urkundsbeamten gemeinsam aufgenommen worden ist. Damit hört sie auf, ein selbständiger Akt des Urkundsbeamten zu sein, wie sie vom Gesetz vorausgesetzt wird (vgl auch RGZ 101, 426 [428 ff]). Das muß sicher dann gelten, wenn als Urkundsbeamter kein fachlich vorgebildeter Beamter des gehobenen Dienstes mitwirkt, sondern nur ein für die Aufnahme des Sitzungsprotokolls vereidigter Justizangestellter. Er hat nicht die Stellung gegenüber der rechtssuchenden Bevölkerung, wie der Gesetzgeber bei dem Erlaß des FGG vorausgesetzt hat und wie sie z.B. auch das Bayerische Oberste Landesgericht in BayObLG 21, 60 und Josef in ZBlFG 11, 610 im Auge haben, wenn sie die Ansicht vertreten, auch bei einem solchen Protokoll übe der Gerichtsschreiber diejenige selbständige Funktion aus, die ihm nach § 21 Abs 2 FGG obliege, das vom Gerichtsschreiber mitunterzeichnete Protokoll sei zugleich ein Gerichtsschreiberprotokoll im Sinne des Gesetzes (Josef aaO S 612). Ob dies in dieser Allgemeingültigkeit richtig ist, mag dahinstehen. Diese Erwägungen greifen jedenfalls nicht Platz, wenn kein Beamter des gehobenen Dienstes, sondern ein Angestellter der Justizverwaltung bei der Abfassung lediglich als Schreibkraft mitgewirkt hat (vgl auch RGZ 101, 426). Ein der Rechtsauffassung des Reichsgerichts entgegengesetzter Standpunkt möchte allenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn ein starkes praktisches Interesse, das der Aufmerksamkeit des Gesetzgebers entgangen ist oder das sich aus nicht voraussehbaren Umständen ergeben hat, vorläge. Davon kann aber in Fällen der vorliegenden

Art nicht gesprochen werden, nachdem die in der Praxis etwa aufgetretenen Zweifel über den Sinn der Vorschriften der §§ 21 Abs 2 und 29 FGG durch die ständige Rechtsprechung des Kammergerichts und die Entscheidung des Reichsgerichts behoben sind und die so festgelegte Praxis zu Unzuträglichkeiten nicht geführt hat. Daß Formvorschriften stets im Einzelfall Härten mit sich führen, ist nicht in Abrede zu stellen. Das rechtfertigt es aber nicht allein, eine klare und eindeutige gesetzliche Formvorschrift beiseite zu schieben. Solche Härten können vor allem aus den folgenden Erwägungen hier nicht ins Gewicht fallen (RGZ 101, 426). Die Entgegennahme von Beschwerden zu Protokoll fällt an sich bereits aus dem Rahmen der Aufgaben des Richters (OLG Dresden in JW 1933, 552 Nr 51 in einem den § 569 Abs 3 ZPO betreffenden Fall) und gehört ihrem Wesen nach weit mehr in den Aufgabenkreis der Geschäftsstellen der Gerichte. Der Beamte der Geschäftsstelle, der nach den §§ 21 oder 29 FGG die Niederschrift über die Beschwerde oder die weitere Beschwerde aufnimmt, soll nicht mechanisch die Erklärung des Beschwerdeführers zu Papier bringen (RGZ 101, 426), sondern ihn belehren und beraten; außerdem soll er die Beschwerde in eine angemessene Form bringen. Wie bei den Gesetzesberatungen zum Ausdruck gebracht worden ist, erfüllt er dabei ähnlich einem Rechtsanwalt die Aufgabe eines Beistandes des rechtssuchenden Publikums. Eine solche Tätigkeit ist mit den eigentlichen Aufgaben eines Richters nicht vereinbar, wenn es sich um eine Sache handelt, in der er oder ein anderer Richter desselben Amtsgerichts sachentscheidend mitgewirkt hat oder z.B. im Falle der Zurückverweisung der Sache auch wieder tätig werden kann. Da er unter objektiver Abwägung der Interessen aller an der konkreten Sache Beteiligten seine Entscheidung nach bestem Wissen und Gewissen treffen soll, so

liegt es im Interesse einer sachgemäßen Behandlung, wenn sich der Richter der Niederschrift einer Beschwerdeerklärung enthält. Es entspricht nicht dem Ansehen der Rechtspflege, wenn der Richter eine Beschwerde gegen seine eigene Entscheidung aufnimmt und dabei den Beschwerdeführer noch auf die Gesichtspunkte hinweisen muß, die gegen die getroffene Entscheidung sprechen. Ebensowenig ist es angebracht, daß der Amtsrichter eine weitere Beschwerde entgegennimmt, die sich gegen eine abweichende Entscheidung des übergeordneten Landgerichts in dieser Sache richtet, wenn er, was nicht auszuschließen ist, mit der Sache nochmals, etwa infolge einer Zurückverweisung, befaßt werden könnte. Gerade diese zuletzt erörterten sachlichen Bedenken sind gewichtig und können bei der Auslegung der §§ 21 und 29 FGG nicht unberücksichtigt bleiben. Daß etwas Abweichendes da gelten muß, wo der Gesetzgeber diese Möglichkeiten in Kauf nimmt, wie bei der Grundbuchbeschwerde, ergibt sich von selbst. Der Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 110, 311 ist daher vor allem aus den zuletzt dargelegten Gründen beizutreten.

Die Beschwerde ist mithin als unzulässig zu verwerfen, ohne daß in der Sache selbst entschieden werden kann.

Schmidt

Ascher

v. Werner

Wüstenberg

Wilden