

BUNDESGERICHTSHOF

IVb ZB 127/85

BESCHLUSS

in der Familiensache

betreffend die Regelung der elterlichen Sorge für
Rainer S[REDACTED], geboren am [REDACTED] 1979

Beteiligte:

1) Mutter: Irene S[REDACTED], L[REDACTED]straße [REDACTED], Lu[REDACTED]

Antragstellerin und
Beschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

2) Vater: Alois S[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED], La[REDACTED]/I[REDACTED]

Antragsgegner und
Beschwerdegegner,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch
den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter
Dr. Blumenröhr, Dr. Krohn, Dr. Macke und Dr. Zysk

am 17. September 1986
beschlossen:

- I. Der Antragstellerin wird als Beschwerde-
führerin mit Wirkung ab 19. März 1986 für
das Verfahren vor dem Bundesgerichtshof
Prozeßkostenhilfe bewilligt und Rechts-
anwalt Dr. Röhricht beigeordnet.

Dem Antragsgegner wird als Beschwerdegegner
mit Wirkung ab 2. Juli 1986 für das
Verfahren der weiteren Beschwerde Prozeß-
kostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt
Aderhold beigeordnet.

- II. Die Hauptsache ist erledigt.

Die Gerichtskosten des Verfahrens der
weiteren Beschwerde tragen beide
Parteien je zur Hälfte.

Außergerichtliche Kosten werden nicht
erstattet.

G r ü n d e

I.

Das Amtsgericht hat die elterliche Sorge für das eheliche Kind Rainer S. gemäß § 1672 BGB dem Vater übertragen. Hiergegen hat die Mutter durch eine beim Oberlandesgericht nicht zugelassene Rechtsanwältin Beschwerde eingelegt. Das Oberlandesgericht hat das Rechtsmittel als unzulässig verworfen, weil dem Anwaltszwang nicht genügt sei.

Nach Zustellung dieser Entscheidung am 12. November 1985 hat die Mutter durch einen am 10. Dezember 1985 beim Bayerischen Obersten Landesgericht (BayObLG) eingegangenen Schriftsatz Prozeßkostenhilfe für die Einlegung der weiteren Beschwerde beantragt. Das BayObLG hat dem Antrag durch Beschluß vom 21. Januar 1986 entsprochen. Die weitere Beschwerde wurde sodann am 6. Februar 1986 eingelegt, verbunden mit einem Wiedereinsetzungsantrag hinsichtlich der Versäumung der Einlegungsfrist. Das BayObLG hat am 18. Februar 1986 beschlossen, daß der Bundesgerichtshof für die Entscheidung zuständig sei.

Zwischenzeitlich hat die Mutter ihre Erstbeschwerde durch beim Oberlandesgericht zugelassene Rechtsanwälte wiederholt. In der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht vom 12. Februar 1986 haben die Eltern folgende Vereinbarung geschlossen:

"I. Der Antragstellerin steht ein Recht zum Umgang mit dem Sohn Rainer, geboren am [REDACTED] 1979 in folgender Form zu:

Die Antragstellerin hat an jedem dritten Samstag ab 9.00 Uhr vormittags bis zum folgenden Sonntag 17.00 Uhr, erstmals am 15. Februar 1986, ein Umgangsrecht.



Darüberhinaus hat die Antragstellerin in den Weihnachts-, Oster- und Pfingstferien je eine Woche nach Vereinbarung sowie in den Sommerferien zwei Wochen ebenfalls nach Vereinbarung ein Umgangsrecht.

- II. Damit ist auch das Verfahren beim Amtsgericht La[REDACTED]/I[REDACTED], betreffend die Regelung des Umgangs (F 220/85 ?) erledigt.
- III. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens und des Verfahrens betreffend den Umgang werden gegeneinander aufgehoben."

Im Anschluß daran hat die Mutter ihre Beschwerde zurückgenommen. Im Verfahren der weiteren Beschwerde hat sie die Hauptsache für erledigt erklärt und beantragt, die Kosten der weiteren Beschwerde dem Vater aufzuerlegen.

II.

Die Mutter hat die weitere Beschwerde zulässig beim BayObLG eingelegt (§ 7 Abs. 6 EGZPO). Zwar hat sie die Monatsfrist ab Zustellung der Beschwerdeentscheidung (§§ 621 e Abs. 3, 516 ZPO) nicht eingehalten, doch war sie daran durch ihre Mittellosigkeit gehindert und hat nach Bewilligung von Prozeßkostenhilfe durch das BayObLG rechtzeitig um Wiedereinsetzung nachgesucht; diese ist ihr zu gewähren (§ 233 ZPO).

Nachfolgend hat sich die Hauptsache erledigt, was der Senat von Amts wegen zu beachten hat (vgl. Keidel/Kuntze/

Winkler FGG 11. Aufl. § 27 Rdnr. 55). Aus der vor dem Oberlandesgericht am 12. Februar 1986 geschlossenen Elternvereinbarung und der anschließenden Zurücknahme der wiederholten Beschwerde durch die Mutter (zur Zulässigkeit der Wiederholung eines Rechtsmittels nach Verwerfung vgl. Zöller/Schneider ZPO 14. Aufl. § 519 b Rdnr. 30 m.w.N.) ergibt sich nämlich, daß sich die Mutter für die Dauer des Getrenntlebens mit einem großzügigen Umgangsrecht (§ 1634 BGB) zufrieden gegeben und die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater hingenommen hat. Dies ist hinsichtlich der Sorgerechtsregelung gemäß § 1672 BGB als Verzicht auf das Beschwerderecht als solches zu werten (vgl. BayObLGZ 1964, 448, 450). Damit ist der Verfahrensgegenstand entfallen. Das Verfahren kann nicht etwa mit dem Ziel fortgesetzt werden, die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Beschlusses festzustellen (vgl. Jansen FGG 2. Aufl. § 19 Rdnr. 37). Die Mutter hat mit Schriftsatz vom 14. Juli 1986 die weitere Beschwerde zu Recht auf den Kostenpunkt beschränkt (vgl. Senatsbeschuß vom 25. November 1981 - IVb ZB 756/81 - FamRZ 1982, 156, 157 = NJW 1982, 2505, 2506 m.w.N.).

Soweit Gerichtskosten angefallen sind, ist darüber analog § 91 a ZPO nach billigem Ermessen zu entscheiden. Für die Erstattung außergerichtlicher Kosten ergibt sich das gleiche aus § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG (vgl. BGHZ 66, 297, 300; Keidel/Kuntze/Winkler aaO § 13 a Rndr. 48). Der Billigkeit entspricht zunächst, es hinsichtlich der Kosten der ersten und zweiten Instanz bei der Regelung von Ziff. III der Elternvereinbarung zu belassen, so daß ein Ausspruch hierüber sich erübrigt (vgl. auch Jansen aaO

§ 13 a Rdnr. 21). Was die Kosten der weiteren Beschwerde betrifft, ist zugunsten der Mutter zu berücksichtigen, daß ihr Rechtsmittel ohne das erledigende Ereignis zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses geführt hätte, da ein Anwaltszwang für die Beschwerde in selbständigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht besteht (vgl. Senatsbeschlüsse vom 31. März 1982 - IVb ZB 743/81 - FamRZ 1982, 586 und vom 11. Juni 1986 - IVb ZB 128/85 - nicht veröffentlicht). Andererseits ist das erledigende Ereignis auf ein Einlenken der Mutter und die Zurücknahme der wiederholten Beschwerde zurückzuführen; weiter ist in familienrechtlichen Streitigkeiten allgemein Zurückhaltung bei der Auferlegung von Kosten auf eine Partei geboten (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler aaO § 13 a Rdnr. 44 m.w.N.). Dem Senat erscheint es insgesamt angemessen, daß insoweit die Gerichtskosten geteilt und außergerichtliche Kosten nicht erstattet werden.

III.

Die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozeßkostenhilfe liegen bei beiden Parteien vor. Beim Vater war gemäß § 119 Satz 2 ZPO die Erfolgsaussicht für das Verfahren der weiteren Beschwerde nicht zu prüfen, bei der Mutter war insoweit die Erfolgsaussicht gegeben. Der Senat hat daher den Gesuchen beider Parteien auf Prozeßkostenhilfe für die dritte Instanz stattgegeben, soweit darüber nicht schon durch den Beschluß des BayObLG vom 21. Januar 1986 entschieden worden ist.

Lohmann

Blumenröhr

Krohn

Macke

Zysk