

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO §§ 321, 546, 621 e

- a) Das Gesetz zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen vom 8. Juli 1975 (BGBl I 1863) hat nichts daran geändert, daß eine im Berufungsurteil unterbliebene Zulassung der Revision nicht durch ein Ergänzungsurteil nachgeholt werden kann (Weiterführung von BGHZ 44, 395).
- b) Auch die in einer Beschwerdeentscheidung nach § 621 e ZPO unterbliebene Zulassung der weiteren Beschwerde kann nicht durch eine ergänzende Entscheidung nachgeholt werden.

BGH, Beschl.v. 4. März 1981 - IVb ZB 552/80 OLG Düsseldorf
AG Neuss

BUNDESGERICHTSHOF

IV b ZB 552/80

BESCHLUSS

in der Familiensache

betreffend die Regelung der elterlichen Sorge für die
Kinder

1. Rita V [REDACTED], geboren am 12. April 1966,
2. Maria V [REDACTED], geboren am 7. Oktober 1967,
3. Adriano V [REDACTED], geboren am 3. August 1969,

alle wohnhaft K [REDACTED] Straße 102, D [REDACTED],

Vater: Orfemio Venturi Degli E [REDACTED], Via P [REDACTED] 3,
C [REDACTED], Italien

Beschwerdeführer,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Mutter: Katharina Venturi Degli E [REDACTED], K [REDACTED] Straße 102,
D [REDACTED],

Beschwerdegegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV b - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
am 4. März 1981 durch die Richter Lohmann, Portmann,
Dr. Seidl, Dr. Blumenröhr und Dr. Krohn

beschlossen:

Die weitere Beschwerde des Vaters gegen den
Beschluß des 5. Senats für Familiensachen
des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. Mai
1979 wird als unzulässig verworfen.

Der Vater hat der Mutter die notwendigen aus-
sergerichtlichen Kosten des Verfahrens über
die weitere Beschwerde zu erstatten.

Gerichtskosten werden nicht erhoben.

Beschwerdewert: 10 000 DM.

G r ü n d e :

I.

1. Das Verfahren betrifft drei minderjährige Kinder,
die neben drei weiteren Kindern der Ehe eines italieni-
schen Staatsangehörigen mit einer deutschen Frau entstam-
men. Die Eltern hatten seit Dezember 1976 in Italien ge-
trennt gelebt, wobei sich sämtliche sechs Kinder bei der
Mutter befanden. Am 25. Juli 1977 ist die Mutter unter



Mitnahme der genannten drei Kinder ohne Einverständnis des Vaters in die Bundesrepublik verzogen.

Das Jugendgericht Bologna hat am 26. Januar 1978 entschieden, daß dem Vater einstweilen sämtliche Kinder anvertraut werden und die Mutter die bei ihr befindlichen drei Kinder dem Vater zurückzugeben habe.

Im vorliegenden Verfahren hat die Mutter beantragt, ihr die elterliche Gewalt über die bei ihr befindlichen Kinder zu übertragen; der Vater hat unter Berufung auf die Entscheidung des Jugendgerichts Bologna beantragt, die Mutter zur Herausgabe der Kinder an ihn zu verpflichten.

Das Amtsgericht hat die internationale Zuständigkeit für eine sachliche Entscheidung über den Antrag der Mutter verneint und dem Antrag des Vaters stattgegeben. Auf die Beschwerde der Mutter hat das Oberlandesgericht den Beschluß aufgehoben und die Sache an das Amtsgericht zurückverwiesen.

2. Der Beschluß des Oberlandesgerichts enthielt keinen Ausspruch über die Zulassung der weiteren Beschwerde. Nach Mitteilung des Beschlusses beantragte der Vater innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 321 Abs. 2 ZPO beim Oberlandesgericht, im Wege der Ergänzung des Beschlusses die weitere Beschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zuzulassen. Das Oberlandesgericht hat diesem Antrag entsprochen. Der Vater hat daraufhin weitere Beschwerde eingelegt, mit der er die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung erstrebt.

II.

Die weitere Beschwerde ist nicht statthaft, weil sie vom Oberlandesgericht im angefochtenen Beschluß nicht zugelassen worden ist. Die unterbliebene Zulassung konnte nicht nach dem Erlaß der Beschwerdeentscheidung durch einen ergänzenden Beschluß nachgeholt werden.

1. Das Verfahren hat in vollem Umfang Familiensachen zum Gegenstand. Die Verfahrensart ist unabhängig vom Auslandsbezug der Sache nach deutschem Recht als der *lex fori* zu beurteilen. Danach fällt die von der Mutter aufgrund des Getrenntlebens der Eltern beantragte Regelung der elterlichen Sorge, für die nach §§ 1671 Abs. 1, 1672 BGB - sowohl in der bis zum 31. Dezember 1979 geltenden Fassung als auch nach der Neufassung dieser Vorschriften - das Familiengericht zuständig ist, unter § 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GVG und § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Das Begehren des Vaters, die Mutter zur Herausgabe der Kinder zu verpflichten, fällt unter § 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GVG und § 621 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dieses Begehren auf die Erlangung eines originären Herausgabetitels gerichtet ist oder ob es sich um einen Antrag auf Vollstreckbarerklärung der Entscheidung des Jugendgerichts Bologna (vgl. dazu BGHZ 67, 255) handelt. Auch im letzteren Falle würde eine Familiensache vorliegen (BGH NJW 1980, 2025 (L)).

Die Statthaftigkeit der weiteren Beschwerde hängt daher gemäß § 621 e Abs. 2 Satz 1 ZPO von der Zulassung des Rechtsmittels durch das Oberlandesgericht ab.

2. Die Zulassung der weiteren Beschwerde muß nach § 621 e Abs. 2 Satz 1 ZPO in dem Beschluß ausgesprochen werden, mit dem das Oberlandesgericht über die (Erst-)Beschwerde entscheidet.

a) Der Gesetzgeber ist damit hinsichtlich der Form der Rechtsmittelzulassung bei der weiteren Beschwerde in Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 621 a Abs. 1 ZPO) einem Regelungsprinzip gefolgt, das auch für die Revision in zivilprozessualen Familiensachen (§ 621 d Abs. 1 Halbs. 1 ZPO) und allgemeinen Zivilsachen (§ 546 Abs. 1 Satz 1 ZPO) gilt und ebenso in den Rechtsmittelzulassungsvorschriften anderer Verfahrensordnungen zum Ausdruck kommt (vgl. § 72 ArbGG; §§ 150, 160 SGG).

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist zu derartigen Vorschriften einhellig die Auffassung vertreten worden, daß eine in der anzufechtenden Entscheidung unterbliebene Rechtsmittelzulassung nicht durch eine ergänzende Entscheidung nachgeholt werden kann (zu § 546 ZPO: BGHZ 20, 188, 189; 44, 395; zu § 72 ArbGG: BAG 3, 21; 9, 205; BAG AP ZPO § 319 Nr. 3, 13 und § 321 Nr. 2; BAG SAE 1974, 57; zu §§ 150, 160 SGG: BSG AP SGG § 140 Nr. 1, 2; ebenso auch schon die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts zu entsprechenden Zulassungsregelungen, vgl. die Nachweise in BGHZ 44, 395, 397 f.). Im Schrifttum, in dem die Meinungen schon früher geteilt waren (Nachweise in BGHZ 44, 395, 398 f.), hat diese Rechtsprechung zum Teil Widerspruch gefunden (Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO 39. Aufl. § 546 Anm. 2 C b; Krämer, FamRZ 1980, 971, 974 f.; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO 19. Aufl. § 321 Anm. I 3; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 20. Aufl.

§ 546 Rdn. 13; Walter, Neuer Prozeß in Familiensachen S. 148 und FamRZ 1979, 663, 673; Zöllner/Wolfsteiner, ZPO 12. Aufl. § 546 Anm. 4; zustimmend dagegen u.a.: Lässig, Die fehlerhafte Rechtsmittelzulassung und ihre Verbindlichkeit für das Rechtsmittelgericht S. 66 ff.; Prütting, Die Zulassung der Revision S. 268; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 12. Aufl. § 143 I 3 a = S. 813; Thomas/Putzo, ZPO 11. Aufl. § 321 Anm. 4 d und § 546 Anm. 5 a; Weyreuther, Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde Rdn. 174; Wieczorek, ZPO 2. Aufl. § 321 Anm. B II b 3; Zöllner/Vollkommer, aaO § 321 Anm. III). Für die Revisionszulassung nach § 546 ZPO ist geltend gemacht worden, daß die angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes durch die Neufassung des § 546 ZPO nach dem Gesetz zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen vom 8. Juli 1975 (BGBl I 1863) überholt sei (Baumbach/Lauterbach/Albers und Zöllner/Wolfsteiner aaO). In der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte wird dagegen auch nach der Neufassung des § 546 ZPO eine Nachholung der Rechtsmittelzulassung durch Ergänzungsentscheidung nicht für zulässig erachtet (Nachweise bei Krämer aaO S. 974).

Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob im Hinblick auf die Neufassung des § 546 ZPO die Rechtsmittelzulassung im Wege einer Ergänzungsentscheidung analog § 321 ZPO nachgeholt werden kann, bisher in mehreren Entscheidungen offengelassen (BGH FamRZ 1979, 220 = NJW 1979, 550, 551; FamRZ 1980, 233 = NJW 1980, 785; BGHZ 76, 305, 311). Sie ist nunmehr zu entscheiden. Die Änderung der Form der Revisionszulassung im Zivilprozeß würde sich auch auf die Form der Zulassung der weiteren Beschwerde in Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die der Gesetzgeber in Anlehnung

an die revisionsrechtliche Regelung ausgestaltet hat, auswirken.

Entgegen der in einem Teil des Schrifttums vertretenen Auffassung hat das Gesetz zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen vom 8. Juli 1975 die Rechtslage in Bezug auf die Form der Rechtsmittelzulassung nicht geändert. Das Gesetz hat zwar den Zugang zum Revisionsgericht insoweit grundlegend umgestaltet, als es eine aus Zulassungs- und Annahmerevision kombinierte Zugangsregelung geschaffen hat; auch ist der Ermessensspielraum, der dem Berufungsgericht für die Zulassung der Revision in Sachen von grundsätzlicher Bedeutung nach § 546 Abs. 2 Satz 1 ZPO a.F. eingeräumt war, beseitigt worden (vgl. im einzelnen Vogel, NJW 1975, 1297). Die Zulassung muß jedoch nach wie vor im Berufungsurteil ausgesprochen werden (§ 546 Abs. 1 Satz 1 ZPO n.F.). Die Neuregelung hat auch nichts daran geändert, daß die Zulassung der Revision ausdrücklich ausgesprochen werden muß und das Fehlen des Zulassungsausspruchs die Unstatthaftigkeit der Revision unabhängig davon zur Folge hat, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen der Zulassung ausreichend geprüft und zu Recht verneint hat (vgl. BGHZ 44, 395, 397; BGH FamRZ 1980, 233, 234 = NJW 1980, 785, 786 m.w.N.). Die analoge Anwendung des § 321 ZPO hat der Gesetzgeber in der Neufassung des § 546 ZPO nicht vorgeschrieben, obwohl er dazu angesichts der gefestigten, eine Nachhol- der Rechtsmittelzulassung ablehnenden Rechtsprechung Anlaß gehabt hätte, wenn er die Rechtslage insoweit hätte ändern wollen (vgl. BGHZ 44, 395, 397). Aus der Neufassung des § 546 Abs. 2 ZPO kann entgegen der Auffassung von Baumbach/Lauterbach/Albers aaO für die Zulässigkeit einer Nachholung der Revisionszulassung nichts entnommen werden. Die

Festsetzung des Werts der Beschwer im Berufungsurteil ist zur Klärung der Zulassungsbedürftigkeit der Revision im Zeitpunkt des Urteilserlasses gerade deshalb für geboten erachtet worden, weil die Zulassung bereits im Urteil ausgesprochen werden muß (Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages, BT-Drucks. 7/3596 S. 6/7; Vogel, NJW 1975, 1297, 1301). In der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung war im übrigen ausdrücklich daran festgehalten worden, daß im Interesse der Rechtsmittelklarheit, insbesondere der Voraussehbarkeit des Rechtsmittelzuges, schon bei Erlaß des Berufungsurteils eine Entscheidung darüber vorliegen sollte, ob die Revision statthaft ist oder nicht (BT-Drucks. 7/444 S. 20).

Soweit in einem Teil des Schrifttums im Falle der unterbliebenen Rechtsmittelzulassung die analoge Anwendung des § 321 ZPO unabhängig von der Änderung des Revisionsrechts durch das Gesetz vom 8. Juli 1975 befürwortet wird, werden dafür im wesentlichen Argumente angeführt, die in der angeführten Rechtsprechung - insbesondere auch in BGHZ 44, 395 - bereits geprüft und nicht für durchgreifend erachtet worden sind. Daran wird festgehalten. Die für eine Anwendung des § 321 ZPO angeführten Billigkeitserwägungen rechtfertigen es nicht, sich über die im Interesse der Rechtsmittelklarheit geschaffene Regelung hinwegzusetzen, wonach die Rechtsmittelzulassung in der anzufechtenden Entscheidung enthalten sein muß und nicht nachgeholt werden kann. Verfassungsrechtliche Bedenken, wie sie in jüngster Zeit insbesondere von Krämer aaO geltend gemacht worden sind, bestehen gegen die bindende und endgültige Wirkung der unterbliebenen Rechtsmittelzulassung nicht (vgl. BVerfG NJW 1981, 39, 41 m.w.N.; BGH NJW 1980, 344).

b) Das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dem die von § 621 e Abs. 2 Satz 1 ZPO erfaßten Familiensachen nach Maßgabe des § 621 a Abs. 1 ZPO unterstellt sind, enthält keine Sondervorschriften, die es in Abweichung von den für die Rechtsmittelzulassung im Zivilprozeß geltenden Grundsätzen ermöglichen würden, die in der Beschwerdeentscheidung unterbliebene Zulassung der weiteren Beschwerde in den Fällen des § 621 e Abs. 2 Satz 1 ZPO nachzuholen. Die Regelung des § 18 FGG über die Änderung gerichtlicher Entscheidungen, die nach § 621 a Abs. 1 FGG in Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit anwendbar ist, bietet hierfür keine Grundlage. Nach herrschender Rechtsauffassung gibt § 18 FGG dem Beschwerdegericht ganz allgemein nicht die Befugnis, die von ihm erlassene Beschwerdeentscheidung nachträglich abzuändern, weil es nach dem Erlaß der Entscheidung nicht mehr mit der Sache befaßt ist (Jansen, FGG 2. Aufl. § 18 Rdn. 17; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG 11. Aufl. § 18 Rdn. 8, jeweils m.w.N.). Es bedarf danach keiner Prüfung, ob der Ausspruch über die Zulassung der weiteren Beschwerde, der den sachlichen Inhalt der Entscheidung nicht berührt, seiner Natur nach überhaupt in den Regelungsbereich des § 18 FGG fallen würde.

3. Die weitere Beschwerde ist danach als unzulässig zu verwerfen.

Der Senat hat die Nichterhebung der Gerichtskosten für das Verfahren über die weitere Beschwerde angeordnet (§ 16 KostO), weil der Beschwerdeführer durch die in unzulässiger Weise nachträglich ausgesprochene Zulassung des Rechtsmittels zu dessen Einlegung veranlaßt worden ist.

Lohmann

Portmann

Seidl

Blumenröhr

Krohn