

BUNDESGERICHTSHOF

9

IVb ZB 14/86

BESCHLUSS

in der Vormundschaftssache

betreffend den Umgang der am [REDACTED] 1978 nichtehelich
geborenen Kristin K [REDACTED], Im R [REDACTED], N [REDACTED],
mit ihrem Vater,

Beteiligte:

1. Mutter: Ingeborg K [REDACTED],
Im R [REDACTED], N [REDACTED],

Antragsgegnerin und
Beschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED], v. [REDACTED] und [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED] -

2. Vater: Hans-Ulrich P [REDACTED],
D [REDACTED], B [REDACTED] G [REDACTED],

Antragsteller und
Beschwerdegegner,

3. Jugendamt des Landkreises C [REDACTED],
T [REDACTED], Ge [REDACTED], C [REDACTED]
zu [REDACTED] (4)

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

am 16. April 1986
beschlossen:

Die weitere Beschwerde der Mutter gegen
den Beschluß der 5. Zivilkammer des Land-
gerichts Lüneburg vom 25. November 1985
wird als unzulässig verworfen.

Die Mutter hat dem Vater die im Verfahren
der weiteren Beschwerde entstandenen außer-
gerichtlichen Kosten zu erstatten.

Beschwerdewert: 5.000 DM.

G r ü n d e

A.

I. Das Vormundschaftsgericht hat mit Beschluß vom 18. September 1984 den Umgang des Vaters mit seinem nichtehelichen Kind Kristin dahin geregelt, daß der Vater das Kind jeweils am zweiten Donnerstag jeden Monats nachmittags zwischen 13.30 Uhr und 19.00 Uhr zu sich nehmen kann. Gegen diesen Beschluß hat der Vater Beschwerde eingelegt. Mit einem gesonderten Schriftsatz vom 9. Januar 1985 - eingegangen am 16. Januar 1985 - hat er die Beschwerde begründet und die Regelung des Vormundschaftsgerichts als zu eng gerügt. Dieser Schriftsatz ist der Mutter zunächst nicht zur Kenntnis gebracht worden.

- 3 -

Das Landgericht hat ein Sachverständigengutachten eingeholt, das unter dem 21. August 1985 erstattet wurde. Das Gutachten wurde den Eltern am 10. Oktober 1985 "zur Stellungnahme binnen drei Wochen" übersandt.

Auf die am 23. Oktober 1985 angebrachte Bitte der inzwischen von der Mutter bestellten Verfahrensbevollmächtigten, ihnen die Beschwerdebegründung zuzuleiten, "um prüfen zu können, ob eine Stellungnahme zu dem Gutachten... abgegeben werden soll", hat das Landgericht diesen am 8. November 1985 die Verfahrensakten zusammen mit einer inzwischen eingegangenen Stellungnahme des Vaters zu dem Gutachten zugeleitet.

Mit Beschluß vom 25. November 1985 hat das Landgericht auf die Beschwerde das Umgangsrecht dahin geregelt, daß der Vater das Kind nach näherer Maßgabe an zwei Wochenenden monatlich, am zweiten Weihnachts-, Oster- und Pfingstfeiertag sowie zwei Wochen in den Sommerferien zu sich nehmen kann.

Hiergegen hat die Mutter weitere Beschwerde eingelegt. Sie hält diese trotz § 63 a FGG für zulässig, da die angefochtene Entscheidung darauf beruhe, daß ihr zur Beschwerdebegründung des Vaters das rechtliche Gehör nicht gewährt worden sei.

II. Das Oberlandesgericht hält eine Auslegung des § 63 a FGG dahin für geboten, daß die weitere Beschwerde statthaft sei, wenn einem Elternteil durch Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in der letzten Tatsacheninstanz die



Gelegenheit zu Tatsachenvortrag erheblich beschnitten worden sei. Es nimmt an, daß der Anspruch der Mutter auf rechtliches Gehör verletzt worden sei. Erst mit Zugang der Beschwerdebegründung des Vaters - nicht vor Samstag, dem 9. November 1985 - sei sie in der Lage gewesen, zur Beschwerde und zu dem Sachverständigengutachten sachgerecht Stellung zu nehmen. Die der Mutter zur Stellungnahme gesetzte Frist von drei Wochen habe daher nicht vor dem 9. November 1985 zu laufen begonnen und nicht vor dem 2. Dezember 1985 geendet. Der Beschluß des Landgerichts vom 25. November 1985 beruhe auf der Verletzung des rechtlichen Gehörs. Es sei nicht auszuschließen, daß das Landgericht aufgrund der beabsichtigten Ausführungen der Mutter, die sie in der weiteren Beschwerde nunmehr dargelegt habe und die nicht von vornherein als unerheblich erschienen, über die Umgangsregelung anders entschieden hätte.

Das Oberlandesgericht möchte die Entscheidung des Landgerichts aufheben und das Verfahren an das Landgericht zurückverweisen. Es sieht sich daran jedoch durch die auf weitere Beschwerde ergangene Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 24. Mai 1972 - 15 W 172/72 - FamRZ 1972, 517 gehindert, nach welcher auch bei Verletzung des rechtlichen Gehörs die weitere Beschwerde nach § 63 a FGG nicht zulässig ist. Das Oberlandesgericht hat deshalb gemäß § 28 Abs. 2 FGG die Sache dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

B.

Die Vorlage ist zulässig.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm beruht auf der Rechtsauffassung, von der das vorlegende Oberlandesgericht abweichen möchte. Das Oberlandesgericht Hamm hat es seinerzeit unterlassen, zu prüfen, ob die bei ihm angefochtene landgerichtliche Entscheidung über den Umgang eines Vaters mit seinem nichtehelichen Kind auf der Verletzung des Anspruchs der Mutter auf rechtliches Gehör beruhe; selbst wenn dies der Fall sei, sei das Rechtsmittel der Mutter nicht zulässig.

C.

Die weitere Beschwerde der Mutter ist unzulässig.

1. Gegen Beschwerdeentscheidungen der Landgerichte in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 19 Abs. 2 FGG) ist grundsätzlich das als Rechtsbeschwerde ausgestaltete Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig (§ 27 FGG). In Verfahren, die den persönlichen Umgang des Vaters mit dem nichtehelichen Kinde zum Gegenstand haben (§ 1711 Abs. 1 BGB), ist die weitere Beschwerde jedoch ausgeschlossen (§ 63 a FGG).

2. § 63 a FGG wurde durch das Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder (NEG) mit Wirkung vom 1. Juli 1970 eingefügt und betraf seinerzeit auch Verfahren über den Umgang des nicht sorgeberechtigten ehelichen

Elternteils gemäß § 1634 BGB. Diese Verfahren wurden durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG) zu Familiensachen, in denen die weitere Beschwerde stattfindet, wenn sie von dem in zweiter Instanz entscheidenden Oberlandesgericht zugelassen ist (§§ 621 d, 621 e Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Das vorlegende Oberlandesgericht folgert hieraus, daß in Abkehr von den § 63 a FGG a.F. tragenden Erwägungen nunmehr das Bedürfnis für eine Rechtsbeschwerde in Umgangsangelegenheiten in bestimmten Fällen anerkannt sei. Da es auch zu den Aufgaben des Rechtsbeschwerdegerichts gehöre, zu prüfen, ob einem Beteiligten in der Beschwerdeinstanz ausreichend Gelegenheit zum Sachvortrag gegeben worden sei, könne erwogen werden, § 621 e Abs. 2 Satz 1 ZPO dahin auszulegen, daß die weitere Beschwerde auch bei erheblicher Verletzung des Anspruchs eines Beteiligten auf rechtliches Gehör zulässig sei. Ein gleiches müsse dann auch für § 63 a FGG gelten. Sei eine solche Auslegung denkbar, müsse sie gewählt und dürfe ein Beteiligter nicht auf die Verfassungsbeschwerde verwiesen werden.

Dem ist nicht zu folgen.

Aus der Neuregelung des Rechtsmittelzuges für Umgangsstreitigkeiten nach § 1634 BGB ergeben sich für die Zulässigkeit einer auf Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs gestützten Rechtsbeschwerde in einer Streitigkeit über den Umgang des nichtehelichen Vaters keine Folgerungen. Denn die Frage, ob eine so begründete Rechtsbeschwerde zulässig ist oder nicht, stellt sich für die nicht zugelassene

Rechtsbeschwerde (§ 621 e Abs. 2 Satz 1 ZPO) und für die ausnahmslos unzulässige (§ 63 a FGG) gleichermaßen. Angesichts der offenbaren Unterschiede in der Situation geschiedener Eltern und niemals verheiratet gewesener Eltern entbehrt es auch nicht der sachlichen Rechtfertigung, daß der Zugang zum Rechtsbeschwerdegericht verschieden geregelt ist (vgl. dazu auch BVerfG FamRZ 1981, 429, 435 f).

3. Allein maßgeblich ist sonach - ohne Rücksicht auf die Änderungen, die § 63 a FGG erfahren hat - die Frage, ob ein vom Gesetz verschlossenes Rechtsmittel dann stattfindet, wenn die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs beruht. Diese Frage, die sich nicht nur bei § 63 a FGG oder bei § 621 e Abs. 2 Satz 1 ZPO stellt, ist mit der überwiegenden Meinung in der Rechtsprechung, auch des Bundesverfassungsgerichts, und der Literatur zu verneinen (vgl. BVerfGE 28, 88, 96; 42, 243, 248 f; 49, 252, 256; 60, 96, 98; BGH Beschluß vom 1. Oktober 1985 - VI ZB 13/85 - FamRZ 1986, 150 - für § 567 ZPO; BGHZ 43, 12 - für § 100 Abs. 1 PatentG, früher § 41 p PatentG; BGH Beschlüsse vom 6. Dezember 1960 - V BLw 12/60 - LM Nr. 25 zu § 24 LwVG und vom 7. Januar 1957 - II ZB 23/57 - NJW 1957, 713 - für § 84 Abs. 1 BVFG; OLG Hamm JMB1NRW 1964, 69 - für §§ 30 b Abs. 2 Satz 2, 74 a Abs. 5 Satz 3 ZVG; KG OLGZ 1966, 122, 124 und RPfleger 1972, 153, 154 sowie OLG Hamm RPfleger 1965, 308 - für §§ 14 Abs. 3 Satz 2 und 156 Abs. 2 Satz 2 KostO; OLG Hamm FamRZ 1972, 517, 518 - für § 63 a FGG - die Vorlage veranlassende Entscheidung; Jansen FGG 2. Aufl. § 63 a Rdn. 9; § 19 Rdn. 31; § 12 Rdn. 105; Keidel/Kuntze/Winkler FGG 11. Aufl. § 63 a Rdn. 6; § 19 Rdn. 86; Fenn ZZP 1979 - 1966 -, 308, 313; Keidel, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Verfahren der freiwilligen

Gerichtsbearbeitung Diss. München 1964, S. 171, 177; a.A.: OLG Frankfurt MDR 1979, 940 - für § 46 Abs. 2 ZPO; OLG Neustadt MDR 1958, 702 - für § 47 GKG a.F., jetzt § 5 Abs. 2 Satz 7 GKG; OLG Düsseldorf RPfleger 1964, 277 - für § 14 Abs. 2 Satz 3 KostO).

Ein nach dem Gesetz nicht statthaftes Rechtsmittel wird nicht dadurch statthaft, daß es auf die Behauptung der Verletzung des rechtlichen Gehörs gestützt wird (BVerfGE 60, 96, 98 m.w.N.). Denn Art. 103 Abs. 1 GG verlangt nicht, daß gegen eine gerichtliche Entscheidung ein Rechtsmittel an ein Gericht höherer Instanz gegeben sein muß, wenn einer Partei das rechtliche Gehör versagt worden ist (vgl. Maunz/Dürig GG Art. 103 Rdn. 89). Für die Durchsetzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör steht in jedem Falle der Weg der Verfassungsbeschwerde nach § 90 BVerfGG offen. Zwar gebietet es der Grundsatz eines wirksamen Grundrechtsschutzes, daß etwaige Verstöße gegen Verfahrensgrundrechte schon im Instanzenzug der Fachgerichte beseitigt werden, wenn die Auslegung der einschlägigen Verfahrensvorschriften dies ermöglicht (vgl. BVerfGE 49, 252, 256 f; 60, 96, 99 BVerfG NJW 1983, 2492). Die eindeutige Regelung des § 63 a FG ermöglicht aber eine derartige Auslegung nicht. Die Anrufung des Gerichts der weiteren Beschwerde soll in Verfahren, die den persönlichen Umgang des Vaters mit dem nichtehelichen Kinde zum Gegenstand haben, schlechthin ausgeschlossen sein. Eine Ausnahme für Verstöße gegen Art. 103 Abs. 1 GG auch in dem

Sinne, daß nicht schon die bloße Behauptung, sondern erst die tatsächliche Verletzung des Grundrechts die dritte Instanz eröffnet, wäre mit den allgemeinen Auslegungsregeln nicht vereinbar.

4. Die Gegenmeinung verweist weiter auf den auch für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anerkannten Rechtsgrundsatz, daß eine nicht anfechtbare Entscheidung dann anfechtbar sein muß, wenn jede gesetzliche Grundlage für sie fehlt und wenn sie inhaltlich dem Gesetz fremd ist, insbesondere, wenn eine Entscheidung dieser Art oder dieses Inhaltes oder dieser Stelle oder aufgrund eines derartigen Verfahrens im Gesetz überhaupt nicht vorgesehen ist (vgl. etwa BGH, Beschluß vom 8. Oktober 1957 - V BLw 29/57 - LM Nr. 2 zu § 13 LwVG; BGHZ 28, 350; BGH, Beschlüsse vom 4. Dezember 1974 - VIII ZB 30/74 - VersR 1975, 344 und vom 1. Oktober 1985 aaO; Rosenberg/Schwab Zivilprozeß 13. Aufl. § 148 III 3 c S. 908; Jansen aaO § 19 Rdn. 31; Keidel/Kuntze/Winkler aaO § 19 Rdn. 86 m.w.N.). Sie meint, solchen Entscheidungen müßten Entscheidungen, die auf der Nichtgewährung rechtlichen Gehörs beruhen, gleichgestellt werden. Damit wird jedoch der Anwendungsbereich des angeführten Grundsatzes verlassen. Die Nichtgewährung rechtlichen Gehörs stellt sicherlich einen besonders schweren Verfahrensfehler dar. Die Schwere der Verletzung materiellen oder formellen Rechts kann jedoch schon deshalb kein Maßstab dafür sein, ob eine Entscheidung jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt und als dem Gesetz fremd anzusehen ist, weil es kaum möglich ist, zwischen schwereren und leichteren Gesetzesverletzungen eine scharfe Grenze zu ziehen (vgl. BGH, Beschluß vom 6. Dezember 1960 aaO). Die Möglichkeit, eine nach geltendem Recht unanfechtbare Entscheidung gleichwohl

mit einem Rechtsmittel anzugreifen, muß vielmehr auf wirkliche Ausnahmefälle beschränkt bleiben, in denen es darum geht, eine Entscheidung zu beseitigen, die mit der geltenden Rechtsordnung schlechthin unvereinbar ist (BGH, Beschluß vom 1. Oktober 1985 aaO). Dies ist etwa angenommen worden, als unter der Geltung des § 87 BVerwGG ein nachgeordnetes Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit einen bei ihm anhängigen Rechtsstreit an ein Verwaltungsgericht verwies, weil eine solche Entscheidung nur dem Bundesgerichtshof zustand (BGHZ 28, 349), ist aber bereits verneint worden für die Entscheidung über einen nicht gestellten Antrag, wenn die Entscheidung nur auf Antrag hätte ergehen können (BGH, Beschluß vom 8. Oktober 1957 aaO) oder für die Versagung der Prozeßkostenhilfe für den Rechtsmittelbeklagten mangels Erfolgsaussicht der Rechtsverteidigung entgegen § 119 Satz 2 ZPO (BGH, Beschluß vom 1. Oktober 1985 aaO). Die wegen

der Versagung des rechtlichen Gehörs fehlerhafte Entscheidung ist nicht dem Gesetz fremd oder mit der Rechtsordnung schlechthin unvereinbar, auch wenn sie unter Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift zustandegekommen ist (so auch OLG Hamm RPfleger 1965, 308; KG OLGZ 1966, 122; KG RPfleg 1972, 153).

Lohmann

Portmann

Blumenröhr

Krohn

Zysk