

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

GVG § 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 3; BGB §§ 1634, 1666;
ZPO 621 e Abs. 2 Satz 1

1. Die Regelung des Umgangs des nicht sorgeberechtigten Elternteils mit dem ehelichen Kind ist Familiensache auch dann, wenn die Personensorge durch Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 BGB beiden - nicht getrennt lebenden - Elternteilen entzogen und einem Pfleger übertragen worden ist (Bestätigung des Senatsbeschlusses vom 29. April 1981 - IVb ZB 698/80 - FamRZ 1981, 659).
2. Hat in einer Familiensache über die Beschwerde fälschlich das Landgericht entschieden, weil es das Verfahren als Vormundschaftssache beurteilt hat, ist die weitere Beschwerde zum Oberlandesgericht ohne Zulassung statthaft.

BGH, Beschl.v. 16. September 1983 - IVb ZB 75/83 - KG Berlin
LG u. AG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IVb ZB 75/83

BESCHLUSS

in der Familiensache

betreffend den persönlichen Umgang der Eltern mit der am
[REDACTED] ehelich geborenen

Christine K [REDACTED], wohnhaft bei den
Pflegeeltern,

an der beteiligt sind:

Mutter: Brigitte K [REDACTED] geb. M [REDACTED], D [REDACTED]-
straße [REDACTED], B [REDACTED],

Vater: Bodo K [REDACTED], z.Zt. S [REDACTED]straße [REDACTED],
B [REDACTED],

Beschwerdegegner,

- Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED] -

Sorgereichtspfleger:

Jugendamt K [REDACTED],
Amtsvormundschaft, Y [REDACTED],
B [REDACTED],
GeschZ.: Jug [REDACTED] -

Beschwerdeführer,

Pflegeeltern:

Helmut und Philomena G [REDACTED],
V [REDACTED] Gasse [REDACTED], D [REDACTED]

0002-67332

- 2 -

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

am 16. September 1983
beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde des Pflegers wird
der Beschluß der Zivilkammer 83 des Landgerichts
Berlin vom 14. Januar 1983 aufgehoben.

Das Verfahren wird zur Entscheidung über die
Beschwerde der Eltern gegen den Beschluß des
Amtsgerichts Tempelhof-Kreuzberg vom 27. August 1982
an den für Familiensachen zuständigen Beschwerde-
senat des Kammergerichts verwiesen.

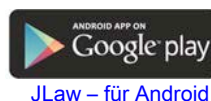
G r ü n d e :

I.

Die Eltern der am [REDACTED] ehelich geborenen
Christine K. sind alkoholkrank; das Vormundschaftsgericht
hat ihnen gemäß § 1666 BGB das Personensorgerecht entzogen
und es dem Jugendamt K.v.B. als Pfleger übertragen. Seit
November 1978 lebt das Kind bei auswärtigen Pflegeeltern,
wobei der Pfleger zeitweilig ermächtigt war, den Eltern
den Aufenthaltsort des Kindes zu verschweigen und ihnen
den persönlichen Umgang zu verweigern. Beginnend mit dem
1. Mai 1981 ist den Eltern sodann gestattet worden, mit



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



dem Kind jeden dritten Monat für jeweils sechs Stunden zusammen zu sein.

Nachdem der Vater wegen eines im März 1981 begangenen Bankraubs in Haft gekommen war, hat das Vormundschaftsgericht durch Beschluß vom 27. August 1982 die Eltern bis auf weiteres von jedem Umgang mit dem Kinde ausgeschlossen. Auf die Beschwerde der Eltern hat das Landgericht diese Entscheidung aufgehoben und den Eltern für den 15. Mai 1983 und für den 16. Oktober 1983 ein Umgangsrecht eingeräumt. Hiergegen hat der Pfleger weitere Beschwerde eingelegt, mit der er die Wiederherstellung des Beschlusses des Amtsgerichts erstrebt.

Beim Kammergericht ist der mit der Sache befaßte, für Vormundschaftssachen zuständige Beschwerdesenat der Auffassung, daß das vorliegende Verfahren keine Familiensache ist. An einer entsprechenden sachlichen Entscheidung sieht er sich durch den Beschluß des erkennenden Senats vom 29. April 1981 - IVb ZB 698/80 - (veröffentlicht in FamRZ 1981, 659) gehindert, wonach Verfahren über die Regelung des Umgangs des nicht sorgeberechtigten Elternteils mit dem Kind Familiensachen sind, auch wenn die Personensorge durch eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 BGB entzogen worden ist. Er hat deshalb die Sache gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

II.

1. Die Vorlage ist zulässig. Das Kammergericht will bei der Auslegung der §§ 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GVG, 1634

Abs. 2 BGB von der genannten, auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung des Senats abweichen. Seine Beurteilung, daß es für die Entscheidung auf diese Frage ankommt, ist bindend (BGHZ 7, 339, 341 und ständige Rechtsprechung).

2. Der Senat hält auch nach erneuter Überprüfung an seiner im Beschluß vom 29. April 1981 vertretenen Rechtsauffassung fest.

a) Die Meinungen im Schrifttum über diese Frage sind nach wie vor geteilt. Neben den bereits im Beschluß vom 29. April 1981 mitgeteilten Stimmen teilen nunmehr den Standpunkt des Senats: BayObLG FamRZ 1982, 958, 959; Palandt/Diederichsen BGB 42. Aufl. § 1634 Anm. 4 a; Thomas/Putzo ZPO 12. Aufl. § 621 Anm. 2 b; Kissel GVG § 23 b Rdn. 59; Bumiller/Winkler FGG 3. Aufl. § 64 k Anm. 1 a; Schellhammer Zivilprozeß S. 861. Als Vertreter der Gegenmeinung sind zwischenzeitlich hinzugetreten: Soergel/Lange BGB 11. Aufl. § 1634 Rdn. 32; MünchKomm/Hinz Erg.Bd. § 1634 Rdn. 5; Rolland 1. EheRG 2. Aufl. § 1634 Rdn. 26; Bassenge/Herbst FGG 3. Aufl. § 64 k Anm. II 2 b BGB; Schlüter/König FamRZ 1982, 1159, 1160 f.

b) In dem der Entscheidung vom 29. April 1981 zugrundeliegenden Fall war die elterliche Gewalt für das gemeinschaftliche Kind dem Vater, der die Mutter getötet hatte, gemäß § 1666 BGB entzogen und einem Pfleger übertragen worden. Der Senat ist davon ausgegangen, daß die familiengerichtliche Zuständigkeit für die Umgangsregelung des nicht sorgeberechtigten Vaters mit seinem Kind (§ 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GVG i.V. mit § 1634 Abs. 2 BGB) ohne Rücksicht darauf bestand, daß das Verfahren seinen Ursprung nicht in einer Ehescheidung

hatte, vielmehr eine andere Ursache zugrundelag. Denn die gesetzliche Regelung stellt nicht auf den Grund für den Verlust der Personensorge ab. Im vorliegenden Fall ist beiden - nicht getrennt lebenden - Elternteilen gemäß § 1666 BGB das Personensorgerecht entzogen und einem Pfleger übertragen worden. Auch insoweit gilt, daß sich in der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung kein Anhalt für eine Einschränkung der Zuständigkeit des Familiengerichts zugunsten des bei der Sorgerechtsentziehung tätig gewesenen Vormundschaftsgerichts findet.

Wie den Materialien zum 1. EheRG zu entnehmen ist, wollte der Gesetzgeber möglichst lückenlos die nach § 1634 BGB zu treffenden Umgangsregelungen nebst den entsprechenden Änderungsverfahren (§ 1696 BGB) dem Familiengericht zuweisen. Das sollte sogar für die entsprechende Anwendung des § 1634 BGB gelten, wobei der Fall genannt wird, daß beide Ehegatten sorgeberechtigt sind, aber getrennt leben oder geschieden sind. Nicht hingegen sollten Umgangsregelungen zugunsten des nichtehelichen Vaters nach § 1711 BGB erfaßt werden (vgl. BT-Drucks. 7/650 S. 188).

Auch das Umgangsrecht von - nicht getrennt lebenden - Eltern, denen das Personensorgerecht gemäß § 1666 BGB entzogen worden ist, richtet sich materiell-rechtlich nach § 1634 BGB (vgl. etwa MünchKomm/Hinz § 1634 Rdn. 3 m.w.N.). Die Vorschrift kann gegenüber § 1666 BGB als *lex specialis* angesehen werden (vgl. Schlüter/König aaO; s.a. BGHZ 51, 219). Deswegen ist es irreführend, in diesen Fällen in der Umgangsregelung eine "Folgemaßnahme" oder gar "Nebenentscheidung" des bei der Sorgerechtsentziehung tätigen Vormundschaftsgerichts zu sehen; es handelt sich vielmehr

um eine neue, selbständig zu beurteilende Angelegenheit. Soweit im Vorfeld einer beantragten Sorgerechtsentziehung Maßnahmen getroffen werden, die die persönlichen Kontakte der betroffenen Eltern mit ehelichen Kindern einschränken, handelt es sich nicht um die Regelung des Umgangsrechts im technischen Sinn (Rolland aaO § 1632 Rdn. 32 a), wie auch nicht bei der Ermöglichung von Kontakten mit Dritten, etwa den Großeltern (dazu vgl. BayObLG DAVorm. 1979, 768). Die Einordnung auch dieser Fälle unter § 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GVG erscheint zweifelhaft (dafür Kissel aaO und OLG Frankfurt FamRZ 1980, 826; dagegen OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 479; OLG Frankfurt FamRZ 1979, 1061; OLG Oldenburg FamRZ 1979, 1038), kann aber hier dahinstehen.

c) In Fällen der vorliegenden Art wird gegen die Einordnung als Familiensache eingewandt, der Gesetzgeber habe dem Familienrichter nur Verfahren zuweisen wollen, die auf den Personenkreis der Ehegatten und ihrer ehelichen Kinder beschränkt seien (so etwa Zöller/Philippi ZPO 13. Aufl. § 621 Anm. III 5). Ähnlich argumentiert das vorlegende Gericht: Der Gebrauch des bestimmten Artikels in § 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GVG (Regelung des Umgangs des nicht sorgeberechtigten Elternteils) deute darauf hin, daß der nicht sorgeberechtigte Elternteil dem sorgeberechtigten anderen Elternteil gegenübergestellt werde. Damit komme die Absicht des Gesetzgebers zum Ausdruck, dem Familiengericht in persönlicher Hinsicht nur solche Verfahren zuzuweisen, an denen - vom Sonderfall des § 1671 Abs. 5 BGB abgesehen - Ehegatten und ihre ehelichen Kinder beteiligt seien, nicht aber solche, die keinen unmittelbaren Zusammenhang mit einer Ehesache oder der Auflösung einer Ehe hätten.

Diese Bedenken können letztlich nicht durchgreifen. Der Gesetzgeber verfolgte allerdings unter anderem das Ziel, den Kreis der Beteiligten am familiengerichtlichen Verfahren in der genannten Weise zu beschränken (BT-Drucks. 7/650 S. 188). Eine Ausnahme machten indessen von Anfang an die güterrechtlichen Streitigkeiten (§ 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 9 GVG), die nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes Familiensachen sind, auch wenn Dritte beteiligt sind. Als weitere Ausnahme muß - jedenfalls seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18. Juli 1979 (SorgeRG-BGBI. I 1061) - das Verfahren zur Umgangsregelung angesehen werden, da § 1634 Abs. 2 Satz 1 BGB in einer Weise geändert worden ist, daß das Familiengericht das Umgangsrecht auch mit Wirkung gegen jeden Dritten regeln kann. Selbst wenn es sich um den Normalfall der Umgangsregelung nach Scheidung der Eltern handelt, ist dadurch der Kreis der Beteiligten um Pflegepersonen erweitert, in deren Obhut der sorgeberechtigte Elternteil das Kind gegeben hat (vgl. § 50 c FGG und BT-Drucks. 8/2788 S. 55). Daß ein bestellter Sorgerechtpfleger den Kreis der Beteiligten erweitert, ergab sich schon immer in den Fällen des § 1671 Abs. 5 BGB, in denen der Zusammenhang mit einer Ehesache gegeben ist. Die Folgerungen, die das vorlegende Gericht aus dem Gebrauch des bestimmten Artikels in § 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GVG herleitet, sind demgegenüber nicht zwingend. Die Fassung des Gesetzes bringt nicht zum Ausdruck, daß der Gesetzgeber einen Zusammenhang des Verfahrens mit einer Ehesache oder wenigstens einer Ehekrise fordert. Wenn in den Fällen der vorliegenden Art beiden Elternteilen ein Umgangsrecht nach § 1634 BGB zusteht, kann es sich ergeben, daß für beide auch eine gesonderte Regelung und ein gesondertes Tätigwerden des Familiengerichts notwendig wird (vgl. dazu

BayOBLG FamRZ 1964, 27). Der Gesetzgeber mag den Normalfall einer vorgängigen Sorgerechtsregelung nach § 1671 Abs. 1 BGB im Auge gehabt haben; die gefundene Formulierung läßt sich aber auch auf diese besondere Konstellation beziehen.

d) Die Konkurrenz von Familiengericht und Vormundschaftsgericht in Sorgerechtsangelegenheiten nach geltendem Recht wird als problematisch angesehen (vgl. dazu etwa Bosch FamRZ 1977, 824 und 1980, 9 ff.; Schwab Handbuch des Scheidungsrechts Rdn. 223; Schlüter/König aaO) und hat in der Praxis nicht selten zu Kompetenzschwierigkeiten geführt (vgl. etwa die Senatsbeschlüsse BGHZ 78, 108, 113 und vom 4. August 1981 - IVb ARZ 54/81 - FamRZ 1981, 1048). Vom Gesetzgeber ist dies nicht übersehen worden, wie aus dem Bericht des Rechtsausschusses zum SorgeRG hervorgeht (BT-Drucks. 8/2788). Dort heißt es zu dem Fall des neuen § 1632 Abs. 3 BGB auf S. 52:

Die unterschiedliche Zuständigkeit für die Entscheidung über die Herausgabe eines Kindes, je nachdem, ob der Streit zwischen Eltern und einem Dritten oder zwischen den Elternteilen besteht, ist nach Ansicht des Rechtsausschusses keine Ideallösung, läßt sich aber nicht vermeiden; denn bevor dem Familiengericht über § 621 Abs. 1 ZPO hinaus weitere Zuständigkeiten übertragen werden können, müssen die Erfahrungen einer mehrjährigen Praxis abgewartet werden. Auf der anderen Seite ist in Betracht zu ziehen, daß es nach dem geltenden Recht bereits möglich ist, dem Familienrichter außer Familiensachen auch Vormundschaftssachen zuzuweisen (§ 23 c GVG).

In dem hier gegebenen Fall, daß das Vormundschaftsgericht das Personensorgerecht entzogen hat, für die Umgangsregelung aber das Familiengericht zuständig ist,

wird eine einschränkende Auslegung des § 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GVG im Wege der sogenannten teleologischen Reduktion gefordert, weil sonst eine sinnwidrige Spaltung der Kompetenzen in sachlich zusammengehörigen Angelegenheiten vorliege (vgl. insbesondere Gernhuber Familienrecht 3. Aufl. § 53 III 13 S. 837; Soergel/Lange aaO; Schlüter/König aaO). Halte man das Familiengericht für zuständig, müsse dieses vor seiner Entscheidung Ermittlungen durchführen, auf die das Vormundschaftsgericht weitgehend verzichten könnte, weil es aufgrund des vorangegangenen Sorgerechtsverfahrens mit dem Sachverhalt bereits vertraut sei. Im Vorlagebeschluß wird in diesem Zusammenhang mit Recht auf dadurch eintretende Verzögerungen in der Rechtsgewährung hingewiesen und darauf, daß der Rechtszug für die schwerwiegende Maßnahme der Sorgerechtsentziehung beim OLG endet, während für die Umgangsregelung ggf. der Zugang zum Bundesgerichtshof eröffnet ist.

Der Richter darf sich aber nicht schon dann über eine gesetzliche Regelung hinwegsetzen, wenn sie ihm reformbedürftig erscheint. Die aus einer durch vermeidbare Ermittlungstätigkeit bedingten Verfahrensverzögerung folgenden Bedenken werden schon dann ausgeräumt, wenn - wie es rechtlich möglich ist (§ 23 b Abs. 2 Satz 1 GVG) und auch praktiziert wird - dem Familienrichter erster Instanz zugleich die Vormundschaftssachen zugewiesen sind. Ist dies nicht der Fall, braucht der Familienrichter im Rahmen der Umgangsregelung jedenfalls nicht zu überprüfen, ob die Sorgerechtsentziehung durch den Vormundschaftsrichter berechtigt war oder noch ist. Die vom vorlegenden Gericht gesehene Gefahr, daß Familienrichter und Vormundschaftsrichter jeweils die Maßnahmen des anderen unterlaufen könnten, schätzt der Senat

als gering ein. Es kann andererseits nicht außer Betracht bleiben, daß die geltende Regelung die Einheitlichkeit der Rechtsprechung bei der Auslegung des § 1634 BGB fördert; sie wäre nicht in gleichem Maße gewährleistet, wenn auch das Vormundschaftsgericht und das diesem übergeordnete Landgericht - in den Fällen der Übertragung des Sorgerechts auf einen Pfleger gemäß § 1666 BGB - diese Vorschrift nachfolgend anzuwenden hätten.

3. Aus dem Vorangegangenen folgt, daß im vorliegenden Fall das Vormundschaftsgericht und das ihm übergeordnete Landgericht materiell in einer Familiensache entschieden haben. Nach dem vom Senat in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsatz der Meistbegünstigung bei der Anfechtung inkorrektur Entscheidungen (BGHZ 72, 182, 187 ff) konnten die Beschwerde und die weitere Beschwerde - letztere zum Oberlandesgericht - unbefristet eingelegt werden. Nachdem das Verfahren in Verkenennung seiner Rechtsnatur als Familiensache von einem Rechtsmittelgericht behandelt worden ist, gegen dessen Entscheidung das in Familiensachen vorgesehene Rechtsmittel nicht stattfindet, muß die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung in dem für die gewählte Verfahrensart gegebenen Rechtsmittelweg korrigiert werden können. Von dem Erfordernis der Zulassung der weiteren Beschwerde nach § 621 e Abs. 2 Satz 1 ZPO muß dabei in einem Fall der vorliegenden Art schon deswegen abgesehen werden, weil nach dem Wortlaut dieser Bestimmung das Landgericht eine solche nicht wirksam aussprechen kann. Insofern ist die Rechtslage anders als in den Fällen, in denen das zum familiengerichtlichen Rechtszug gehörige Oberlandesgericht die Revision nicht zugelassen hat, weil es den Rechtsstreit irrig nicht als Familiensache beurteilt (vgl. dazu BGHZ 76, 305, 309 ff).

Im Ergebnis muß auf die zulässige weitere Beschwerde des Pflegers die Entscheidung des Landgerichts aufgehoben werden, weil es in Familiensachen keine Entscheidungskompetenz hat. Über die Beschwerde gegen den Beschluß des Amtsgerichts hat der für Familiensachen zuständige Beschwerdesenat des Kammergerichts zu entscheiden. An diesen war das Verfahren auf den am 5. Mai 1983 gestellten Antrag des Pflegers zu verweisen (BGHZ 72, 182, 192 ff).

Lohmann

Seidl

Blumenröhr

Krohn

Zysk