



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 100/11

vom

6. Juli 2011

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

FamFG § 63 Abs. 1, § 64 Abs. 1; ZPO § 621e Abs. 1, 3, § 517

Hat das Familiengericht seinen Beschluss in einer Umgangsrechtssache inhaltlich statt auf das gemäß Art. 111 FGG-RG fortgeltende frühere Recht fehlerhaft auf das neue Verfahrensrecht gestützt, wird die Beschwerdefrist nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung auch durch die Einlegung einer Beschwerde beim Amtsgericht gewahrt (im Anschluss an den Senatsbeschluss vom 6. April 2011 - XII ZB 553/10 - FamRZ 2011, 966).

BGH, Beschluss vom 6. Juli 2011 - XII ZB 100/11 - OLG Schleswig
AG Schwarzenbek

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 6. Juli 2011 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, die Richterin Weber-Monecke und die Richter Dose, Schilling und Dr. Günter

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des 2. Senats für Familiensachen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 1. Februar 2011 aufgehoben, soweit er die Versagung der Wiedereinsetzung und die Verwerfung der Beschwerde betrifft.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Beschwerdewert: 3.000 €

Gründe:

I.

- 1 Die Beteiligte zu 1 wendet sich mit der Rechtsbeschwerde gegen die Zurückweisung ihres Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die damit einhergehende Verwerfung ihrer Beschwerde.

- 2 Die Eltern streiten um das Umgangsrecht des Beteiligten zu 2 (im Folgenden: Vater) mit ihrem im Oktober 2008 geborenen Kind. Die Beteiligte zu 1 (im Folgenden: Mutter) und der Vater des betroffenen Kindes waren seit August 2008 verheiratet, trennten sich im Januar 2009 und wurden im Oktober 2010 geschieden.
- 3 Mit einem am 20. Februar 2009 beim Amtsgericht eingegangenen Schriftsatz beantragte der Vater eine gerichtliche Regelung seines Umgangsrechts. Mit Beschluss vom 8. September 2009 bestellte das Amtsgericht den Beteiligten zu 3 zum Verfahrenspfleger. Mit Schriftsatz vom 9. Dezember 2009 rügte dieser, dass eine Beiordnung als Verfahrensbeistand nach neuem Verfahrensrecht geboten gewesen sei und bat um eine Änderung des Beschlusses. Das Amtsgericht wies ihn mit Verfügung vom 11. Dezember 2009 darauf hin, dass wegen der Einleitung des Verfahrens im Februar 2009 weiterhin das frühere Verfahrensrecht anwendbar sei. Dieser Hinweis wurde den übrigen Beteiligten nicht übersandt.
- 4 Mit Beschluss vom 5. Oktober 2010 hat das Amtsgericht der Antragsgegnerin das Aufenthaltsbestimmungsrecht für den Bereich des Umgangsrechts des Kindes mit dem Vater entzogen, insoweit eine Umgangspflegschaft angeordnet und die Beteiligte zu 4 zur Umgangspflegerin bestellt. Für den Fall einer verweigerten Herausgabe des Kindes an die Umgangspflegerin wurde zum Vollzug des Beschlusses das Betreten und Durchsuchen der Wohnung genehmigt. In dem Beschluss ist der Beteiligte zu 3 als "Verfahrensbeistand" bezeichnet. Die Durchsuchungsanordnung wurde auf § 91 FamFG, die Kostenentscheidung auf die §§ 80, 81 FamFG und die Festsetzung des Verfahrenswertes auf § 45 FamGKG gestützt. Der Beschluss endet mit einer Rechtsbehelfsbelehrung, die darauf hinweist, dass die nach § 58 Abs. 1 FamFG zulässige Beschwerde gemäß § 64 Abs. 1 FamFG beim Amtsgericht einzulegen sei.

5 Der Beschluss wurde der Mutter am 13. Oktober 2010 zugestellt. Mit einem am Montag, dem 15. November 2010 per Telefax beim Amtsgericht eingegangenen Schriftsatz hat die Mutter Beschwerde gegen den Beschluss eingelegt und diese zugleich begründet. Der Schriftsatz wurde an das Oberlandesgericht weitergeleitet und ging dort am 19. November 2010 ein. Nachdem ihr die für das Beschwerdeverfahren beantragte Prozesskostenhilfe mit einem am 10. Januar 2011 zugestellten Beschluss versagt worden war, legte die Mutter mit einem am 24. Januar 2011 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz ergänzend "Berufung" ein, beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und begründete die "Berufung" und den Wiedereinsetzungsantrag.

6 Das Oberlandesgericht hat den Antrag der Mutter auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Beschwerdefrist zurückgewiesen und ihre Beschwerde als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Mutter.

II.

7 Für das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch das bis Ende August 2009 geltende Prozessrecht anwendbar, weil der Rechtsstreit vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 3. November 2010 - XII ZB 197/10 - FamRZ 2011, 100).

8 1. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 621e Abs. 3 Satz 2, 522 Abs. 1 Satz 4, 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthaft. Sie ist auch zulässig, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

9 Das Beschwerdegericht hat durch seine Entscheidung das Verfahrensgrundrecht der Mutter auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip) verletzt, welches es den Gerichten verbietet, den Parteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise zu erschweren (Senatsbeschluss vom 2. April 2008 - XII ZB 189/07 - FamRZ 2008, 1338 Rn. 8 mwN).

10 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

11 a) Auch wenn die Mutter die nach dem hier anwendbaren früheren Recht geltende Frist zur Einlegung der Beschwerde beim Beschwerdegericht versäumt hat, darf ihr dies nach den Grundsätzen der Meistbegünstigung nicht zum Nachteil gereichen.

12 Das Meistbegünstigungsprinzip greift zunächst in Fällen, in denen das Gericht eine der Form nach unrichtige Entscheidung gewählt hat. Dann steht den Parteien dasjenige Rechtsmittel zu, welches nach Art der ergangenen Entscheidung statthaft ist. Daneben bleibt das Rechtsmittel zulässig, das bei einer in der richtigen Form getroffenen Entscheidung gegeben gewesen wäre (BGHZ 152, 213 = NJW-RR 2003, 277 Rn. 46). Das Meistbegünstigungsprinzip stellt damit eine Ausprägung der verfassungsrechtlichen Grundsätze der allgemeinen Gleichheit vor dem Gesetz und des Vertrauensschutzes dar. Über die Fälle inkorrektur Entscheidung hinaus kommt es daher immer dann zur Anwendung, wenn für den Rechtsmittelführer eine Unsicherheit, das einzulegende Rechtsmittel betreffend, besteht, sofern diese auf einem Fehler oder einer Unklarheit der anzufechtenden Entscheidung beruht (BGHZ 152, 213 = NJW-RR 2003, 277 Rn. 46 und BGH Beschluss vom 21. Oktober 1993 - V ZB 45/93 - WM 1994, 180).

- 13 Ebenso findet der Grundsatz der Meistbegünstigung Anwendung, wenn das Gericht nach dem von ihm angewandten Verfahrensrecht die Entscheidungsart zwar zutreffend gewählt, inhaltlich aber falsches Verfahrensrecht angewandt hat. Denn auch in diesen Fällen ist das Vertrauen der Beteiligten auf die Richtigkeit der gewählten Entscheidungs- bzw. Verfahrensform schutzwürdig (Senatsbeschluss vom 6. April 2011 - XII ZB 553/10 - FamRZ 2011, 966 Rn. 13).
- 14 b) Gemessen an diesen Anforderungen hätte das Beschwerdegericht das Rechtsmittel der Mutter nicht als unzulässig verwerfen dürfen. Denn gegen den Beschluss des Amtsgerichts war nach dem Meistbegünstigungsprinzip auch die Beschwerde nach neuem Verfahrensrecht gemäß den §§ 58 ff. FamFG statthaft, die gemäß §§ 63 Abs. 1, 64 Abs. 1 FamFG binnen einer Frist von einem Monat bei dem Gericht einzulegen ist, dessen Beschluss angefochten wird.
- 15 Zutreffend hatte das Amtsgericht allerdings durch Beschluss entschieden, weil über Anträge zur Regelung des Umgangs mit einem Kind auch nach früherem Verfahrensrecht im Beschlusswege zu entscheiden war (vgl. jetzt § 38 Abs. 1 FamFG). Gleichwohl liegt der Entscheidung neues Verfahrensrecht zugrunde, wie sich aus ihrem Inhalt ergibt. Zwar hatte das Amtsgericht den Beteiligten zu 4 (im Folgenden: Verfahrenspfleger) zuvor darauf hingewiesen, dass weiterhin altes Verfahrensrecht anwendbar sei und es deswegen bei der Bestellung als Verfahrenspfleger (nicht Verfahrensbeistand) verbleibe. In seiner späteren Entscheidung vom 5. Oktober 2010 hat es diese Rechtsauffassung allerdings nicht umgesetzt, sondern den Verfahrenspfleger als Verfahrensbeistand bezeichnet und auch alle übrigen verfahrensrechtlichen Entscheidungen auf Vorschriften des FamFG gestützt. Zudem hat es dem Beschluss eine Rechtsmittelbelehrung beigefügt, die erst nach neuem Verfahrensrecht (vgl. § 39

FamFG) vorgeschrieben ist. Auch der Inhalt der Rechtsmittelbelehrung, nämlich dass gegen die Entscheidung gemäß § 58 Abs. 1 FamFG eine Beschwerde zulässig und diese gemäß § 64 Abs. 1 FamFG beim Amtsgericht einzulegen sei, spricht eindeutig für die Anwendung des neuen Verfahrensrechts. Unabhängig von der Beschlussform handelt es sich inhaltlich mithin um eine Entscheidung auf der Grundlage des neuen Verfahrensrechts. Das Vertrauen der Mutter auf die Richtigkeit des gewählten Verfahrensrechts ist deswegen nach der Rechtsprechung des Senats schutzwürdig.

16 Die Anforderungen an eine zulässige Beschwerde nach neuem Verfahrensrecht sind hier gewahrt. Der Beschluss des Amtsgerichts war der Mutter am 13. Oktober 2010 zugestellt worden. Am 15. November 2010 (einem Montag) ist ihre begründete Beschwerde beim Amtsgericht eingegangen. Damit ist die Beschwerdefrist der §§ 63 Abs. 1, 64 Abs. 1 FamFG gewahrt.

17 3. Weil die Beschwerde der Mutter nach dem Meistbegünstigungsgrundsatz zulässig ist, kommt es auf das Vorliegen einer schuldlosen Fristversäumung als Voraussetzung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht an (vgl. insoweit Senatsbeschluss vom 3. November 2010 - XII ZB 197/10 - FamRZ 2011, 100 Rn. 9 f.; Senatsurteile vom 25. November 2009 - XII ZR 8/08 - FamRZ 2010, 192 Rn. 5 und BGHZ 184, 13 = FamRZ 2010, 357 Rn. 7; BGH Beschluss vom 1. März 2010 - II ZB 1/10 - FamRZ 2010, 639).

18 4. Gemäß § 621e Abs. 2 iVm § 577 Abs. 4 ZPO ist der angefochtene Beschluss im ausgesprochenen Umfang aufzuheben und die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen.

19 Der Grundsatz der Meistbegünstigung führt allerdings nicht dazu, dass das Rechtsmittel auf dem vom erstinstanzlichen Gericht eingeschlagenen falschen Weg fortgeführt werden müsste; vielmehr hat das Rechtsmittelgericht

das Verfahren so weiter zu betreiben, wie dies im Falle einer formell richtigen Entscheidung durch die Vorinstanz und dem danach gegebenen Rechtsmittel geschehen wäre (Senatsbeschlüsse vom 6. April 2011 - XII ZB 553/10 - FamRZ 2011, 966 Rn. 12 und vom 17. Dezember 2008 - XII ZB 125/06 - MDR 2009, 1000 Rn. 28). Das Beschwerdegericht wird das Verfahren deswegen nach dem bis Ende August 2009 geltenden Verfahrensrecht fortzuführen haben.

Hahne

Weber-Monecke

Dose

Schilling

Günter

Vorinstanzen:

AG Schwarzenbek, Entscheidung vom 05.10.2010 - 22 F 132/09 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 01.02.2011 - 10 UF 254/10 -