



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 31/13

vom

26. Juni 2013

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1776, 1777, 1778, 2247, 2250; FamFG § 59; RPfIG § 11

- a) Das Recht der Großeltern auf Beachtung ihrer nahen Verwandtenstellung bei der Auswahl des Vormunds umfasst grundsätzlich nicht die Beschwerdeberechtigung nach § 59 Abs. 1 FamFG (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 2. Februar 2011 - XII ZB 241/09 - FamRZ 2011, 552).
- b) Die Großeltern sind jedoch befugt, gegen die Entscheidung des Rechtspflegers Erinnerung einzulegen, so dass dieser ihr entweder abzuhelpen oder die Erinnerung dem Richter vorzulegen hat.

BGH, Beschluss vom 26. Juni 2013 - XII ZB 31/13 - OLG Düsseldorf
AG Düsseldorf

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. Juni 2013 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richterin Weber-Monecke und die Richter Dr. Klinkhammer, Schilling und Dr. Nedden-Boeger

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Betroffenen wird der Beschluss des 1. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 27. Dezember 2012 aufgehoben.

Die Sache wird zur weiteren Behandlung als Rechtspflegererinerung an das Amtsgericht Düsseldorf verwiesen, dem auch die Entscheidung über eine Erstattung der außergerichtlichen Kosten in den Rechtsmittelverfahren aufgegeben wird.

Beschwerdewert: 3.000 €

Gründe:

I.

- 1 Die Antragsteller sind die Großeltern mütterlicherseits des im Juli 2002 geborenen Kindes Collin. Sie begehren die Vormundschaft für ihn. Die Mutter des Kindes, die alleinsorgeberechtigt war, verstarb im Oktober 2010. Der Vater lebt in einer Betreuungseinrichtung; Kontakt zum Kind besteht nicht.
- 2 Auf Anregung des Jugendamtes wurde der Sozialdienst Katholischer Frauen und Männer e.V. (im Folgenden: Sozialdienst) im Wege der einstweiligen Anordnung zum Vormund für das Kind bestellt.

3 Die Großeltern hatten bereits zuvor u.a. beantragt, sie als Vormund für das Kind einzusetzen. Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Auf die Beschwerde der Großeltern hat das Oberlandesgericht den amtsgerichtlichen Beschluss abgeändert und mit Wirkung ab dem 1. Februar 2013 die - in Polen lebenden - Großeltern zum Vormund für das Kind bestellt. Hiergegen wendet sich das vom Sozialdienst vertretene Kind mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

4 Der Senat hat mit Beschluss vom 30. Januar 2013 die Vollziehung des angefochtenen Beschlusses ausgesetzt.

II.

5 Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Die Beschwerde zum Oberlandesgericht war unzulässig. Stattdessen hätte die Rechtspflegerin die Beschwerde als Erinnerung behandeln und bei Nichtabhilfe dem Richter am Amtsgericht zur Entscheidung vorlegen müssen.

6 1. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerdeberechtigung wie folgt begründet:

7 Die aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG abgeleiteten Verfassungsgrundsätze, wonach die aus Eltern und Kind bestehende Familiengemeinschaft als eigenständig und selbstverantwortlich zu respektieren sei sowie die Eltern bei der Verantwortung für ihr Kind Vorrang hätten, geböten eine bevorzugte Berücksichtigung der Familienangehörigen bei der Auswahl von Pflegern und Vormündern. Daraus folge nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings nicht, dass nahe Verwandte ein eigenes Beschwerderecht hätten, wenn sie bei der Auswahl als Vormund oder Pfleger nicht berücksichtigt würden. Et-

was anderes gelte allerdings, wenn der sorgeberechtigte Elternteil gemäß §§ 1778, 1777 BGB vor seinem Tod durch letztwillige Verfügung eine Person als Vormund benannt habe. Die benannte Person erlange dadurch ein eigenes Recht, das mit der Beschwerde geltend gemacht werden könne, wenn sie bei der Auswahl übergangen werde (§ 1778 BGB). Die Verfassungsgrundsätze zum Schutz der Familiengemeinschaft und der Elternverantwortung führten dazu, dass auch dann, wenn der sorgeberechtigte Elternteil unmissverständlich für den Fall seines Todes eine bestimmte Person als Vormund für das minderjährige Kind wünsche, ohne dass die Form einer letztwilligen Verfügung gewahrt sei, die Auswahlentscheidung durch die vom Elternteil bestimmte Person mit der Beschwerde angefochten werden könne. Dies gelte jedenfalls dann, wenn es sich bei der bestimmten Person um einen näheren Verwandten handle. Dieser könne sich insoweit auf ein von dem Elternteil abgeleitetes Recht berufen. Dem stehe auch nicht die vom Gesetzgeber getroffene Grundentscheidung zu einer Einschränkung der Beschwerdeberechtigung durch die Gesetzesänderung seit 1998 entgegen. Das Ziel, den Kreis der Beschwerdeberechtigten überschaubar zu halten, werde durch Einbeziehung der vom Sorgeberechtigten bestimmten Person nicht infrage gestellt.

8 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

9 Die Großeltern sind entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts nicht zur Beschwerde berechtigt.

10 Die Beschwerdeberechtigung ist in § 59 FamFG geregelt. Nach Absatz 1 steht die Beschwerde demjenigen zu, der durch den Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Gemäß Absatz 2 steht die Beschwerde nur dem Antragsteller zu, wenn ein Beschluss nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist.

- 11 a) Allein der Umstand, dass die Großeltern beim Amtsgericht die Übertragung der Vormundschaft beantragt haben und dieser Antrag zurückgewiesen worden ist, begründet die Beschwerdeberechtigung im Sinne des § 59 FamFG nicht. Zum einen sind die Voraussetzungen des § 59 Abs. 2 FamFG nicht erfüllt, weil der Beschluss über die Vormundschaft nicht auf Antrag, sondern gemäß § 1774 Satz 1 BGB von Amts wegen erlassen wird; der "Antrag" der Großeltern ist deshalb als Anregung zu verstehen. Im Übrigen normiert Absatz 2 keine selbständige Beschwerdeberechtigung, sondern beschränkt das in Absatz 1 generell, das heißt sowohl für Amts- wie für Antragsverfahren, geregelte Beschwerderecht. Deshalb begründet die Zurückweisung des Antrags für sich allein noch kein Beschwerderecht (BGH Beschluss vom 1. März 2011 - II ZB 6/10 - NJW 2011, 1809 Rn. 9; OLG Frankfurt MDR 2012, 1466, 1467). Der dadurch formell beschwerte Antragsteller ist nur dann beschwerdeberechtigt, wenn er zugleich materiell beschwert, also durch die erstinstanzliche Entscheidung in einem subjektiven Recht beeinträchtigt ist (Keidel/Meyer-Holz FamFG 17. Aufl. § 59 Rn. 39; Zöller/Feskorn ZPO 29. Aufl. § 59 FamFG Rn. 9 f.; vgl. auch OLG Frankfurt MDR 2012, 1466, 1467).
- 12 b) Dass die Antragsteller die Großeltern des betroffenen Kindes sind und ein berechtigtes Interesse an der Entscheidung haben, begründet für sich genommen keine Beschwerdeberechtigung i.S.d. § 59 FamFG.
- 13 aa) Die Großeltern haben allerdings ein Recht auf Beachtung ihrer nahen Verwandtenstellung bei der Auswahl des Vormunds (BVerfG FamRZ 2009, 291 Rn. 35). Dieses Recht leitet das Bundesverfassungsgericht aus der staatlichen Schutzpflicht für die aus Eltern und Kindern bestehende Familiengemeinschaft (Art. 6 Abs. 1 GG), aus dem Vorrang der Eltern bei der Verantwortung für das Kind (Art. 6 Abs. 2 GG) sowie aus dem von Art. 8 EMRK gewährleisteten Familienleben ab (vgl. BVerfG FamRZ 2009, 291 Rn. 21 f.). Dem hat der Gesetzge-

ber mit dem sog. Verwandtenprivileg aus § 1779 Abs. 2 Satz 2 BGB Rechnung getragen, wonach bei der Auswahl des Vormunds namentlich die Verwandtschaft mit dem Mündel zu berücksichtigen ist.

- 14 bb) Der Senat hat bereits zu § 20 Abs. 1 FGG, der § 59 Abs. 1 FamFG entspricht, entschieden, dass die Großeltern in Verfahren, die die Bestellung eines Vormunds oder eines Pflegers für ihr Enkelkind zum Gegenstand haben, grundsätzlich nicht beschwerdeberechtigt sind (Senatsbeschluss vom 2. Februar 2011 - XII ZB 241/09 - FamRZ 2011, 552). Danach begründet das berechnigte Interesse der Großeltern an einer Entscheidung für sich genommen kein subjektives Recht, aus dem sich ihre Beschwerdeberechtigung ergeben könnte (vgl. Senatsbeschluss vom 2. Februar 2011 - XII ZB 241/09 - FamRZ 2011, 552 Rn. 9). Die früher bestehenden erweiterten Beschwerdeberechtigungen (vgl. § 57 Abs. 1 Nr. 8 und Nr. 9 FGG) sind bewusst erheblich eingeschränkt worden und teilweise gegenstandslos geworden (vgl. §§ 57 Abs. 2, 64 Abs. 3 Satz 3 FGG), um den Kreis der Beschwerdeberechnigten überschaubar zu halten und um die formelle Rechtskraft von mit befristeten Rechtsmitteln anfechtbaren Endentscheidungen nicht zu gefährden (Senatsbeschluss vom 2. Februar 2011 - XII ZB 241/09 - FamRZ 2011, 552 Rn. 10).
- 15 cc) Dementsprechend fehlt es den Großeltern für eine Beschwerde nach dem hier maßgeblichen § 59 Abs. 1 FamFG regelmäßig an der erforderlichen Beschwerdeberechtigung (OLG Frankfurt MDR 2012, 1466, 1467; OLG Hamm NJW-RR 2011, 585; BeckOK-BGB/Bettin Stand 1. Mai 2013 § 1779 Rn. 7; aA MünchKommBGB/Wagenitz 6. Aufl. § 1779 Rn. 22).
- 16 Dies ergibt sich aus einer systematischen Auslegung der Vorschrift. Ebenso wie §§ 1915 Abs. 1 Satz 1, 1779 Abs. 2 Satz 2 BGB für die Vormund- bzw. Pflegerbestellung für Minderjährige erfordert § 1897 Abs. 5 BGB bei der

Betreuerauswahl für Volljährige eine Berücksichtigung der verwandtschaftlichen Bindungen. Einem bestimmten Kreis von Verwandten eröffnet § 303 Abs. 2 Nr. 1 FamFG ein Beschwerderecht gegen die Betreuerwahl; entsprechendes gilt im Recht der Unterbringungssachen (§ 335 Abs. 1 FamFG) und der Freiheitsentziehungssachen (§ 429 Abs. 2 FamFG). Der ausdrücklichen Erweiterung des Kreises der Beschwerdeberechtigten durch den Gesetzgeber hätte es nicht bedurft, wenn sich die Beschwerdeberechtigung der Verwandten bereits aus einem aus § 1897 Abs. 5 BGB abgeleiteten Recht ergäbe. Entsprechendes muss dann im Rahmen der Vormund- bzw. Pflegerauswahl gelten, für die das Verfahrensrecht keine § 303 Abs. 2 Nr. 1 FamFG entsprechende Beschwerdeberechtigung Verwandter des betroffenen Kindes vorsieht (vgl. OLG Frankfurt MDR 2012, 1466, 1467).

17 c) Eine Beschwerdeberechtigung ergibt sich entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung auch nicht aus dem - nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts - von der Mutter schriftlich geäußerten Wunsch, dass sich nach ihrem Tod die Großeltern um das Kind kümmern und das Sorgerecht ausüben sollten.

18 aa) Dabei kann dahinstehen, ob eine Benennung der Großeltern seitens des Sorgerechtsinhabers in der Form der §§ 1776, 1777 BGB ein subjektives Recht i.S.d. § 59 Abs. 1 FamFG zu begründen vermag. Denn jedenfalls sind die formalen Anforderungen an ein solches Benennungsrecht - wie das Beschwerdegericht selbst feststellt - nicht erfüllt.

19 (1) Nach § 1776 Abs. 1 BGB ist als Vormund berufen, wer von den Eltern des Mündels als Vormund benannt ist. Gemäß § 1777 Abs. 1 BGB können die Eltern einen Vormund benennen, wenn ihnen zur Zeit ihres Todes die Sorge für

die Person und das Vermögen des Kindes zusteht. § 1777 Abs. 3 BGB verlangt, dass der Vormund durch letztwillige Verfügung benannt wird.

20 Rechtsfolge einer wirksamen Benennung ist, dass gemäß § 1778 Abs. 1 BGB derjenige, der nach § 1776 BGB als Vormund berufen ist, nur ausnahmsweise in den Fällen des Nr. 1 bis 5 ohne seine Zustimmung übergangen werden darf. Hieraus wird in der Literatur geschlossen, dass die Benennung durch die Eltern ein eigenes subjektiv-öffentliches Recht auf Bestellung zum Vormund und damit auch eine Beschwerdebefugnis nach § 59 Abs. 1 FamFG beinhaltet (MünchKommBGB/Wagenitz 6. Aufl. § 1776 Rn. 10; s.a. Palandt/Diederichsen, BGB 71. Aufl. § 1776 Rn. 2).

21 (2) Ob dieser Auffassung zu folgen ist, kann dahinstehen. Denn Voraussetzung für eine wirksame Benennung im vorgenannten Sinne ist, dass die Form des § 1777 Abs. 3 BGB (Benennung durch letztwillige Verfügung) eingehalten ist. Das ist hier nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts aber nicht der Fall.

22 Da die Mutter die maßgebliche Erklärung nicht eigenhändig geschrieben hat, fehlt es an der Form des § 2247 Abs. 1 BGB. Ebenso wenig ist die Form eines Nottestaments gewahrt. Einschlägig wäre hier allein das "Nottestament vor drei Zeugen" i.S.d. § 2250 BGB. Hierzu hat bereits das Oberlandesgericht ausgeführt, dass dessen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Unbeschadet der - von der Rechtsbeschwerdeerwiderung verneinten - Frage, ob die Erklärung auch von allen Zeugen unterschrieben sein muss, scheidet die Wirksamkeit dieses Testaments bereits daran, dass die Großeltern selbst gemäß § 2250 Abs. 3 Satz 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 3 BeurkG als Zeugen ausscheiden.

23 bb) Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts kann ein Beschwerderecht nicht schon dann angenommen werden, wenn der sorgeberech-

tigte Elternteil unmissverständlich für den Fall seines Todes eine bestimmte Person als Vormund für das minderjährige Kind wünsche, ohne dass die Form einer letztwilligen Verfügung gewahrt ist.

24 Zwar ist auch der mutmaßliche Wille der Eltern gemäß § 1779 Abs. 2 Satz 2 BGB bei der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber hat allerdings nur dem durch letztwillige Verfügung benannten Vormund in § 1778 BGB eine privilegierte Stellung eingeräumt. Da der Gesetzgeber den Kreis der Beschwerdeberechtigten jedoch reduzieren wollte und eine Privilegierung nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen vorgesehen hat, ist eine extensive Auslegung der §§ 1776, 1777 BGB, namentlich des § 1777 Abs. 3 BGB, ausgeschlossen (vgl. auch Senatsbeschluss vom 2. Februar 2011 - XII ZB 241/09 - FamRZ 2011, 552 Rn. 17).

25 3. Gemäß § 74 Abs. 5 FamFG ist der angefochtene Beschluss aufzuheben. Allerdings kann der Senat trotz der Unzulässigkeit der Beschwerde zum Oberlandesgericht gemäß § 74 Abs. 6 FamFG keine abschließende Entscheidung treffen. Vielmehr ist die Beschwerde der Großeltern als Rechtspflegereinnerung zu behandeln und bedarf daher noch einer Entscheidung durch das Amtsgericht.

26 a) Gegen Entscheidungen des Rechtspflegers, gegen die ein Rechtsmittel nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften nicht gegeben ist, findet die Erinnerung nach § 11 Abs. 2 Satz 1 RPfIG statt. Ein solches Rechtsmittel ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn es nicht statthaft oder aus anderen Gründen unzulässig ist. Über die Erinnerung entscheidet dann - im Fall der Nichtabhilfe durch den Rechtspfleger - gemäß § 11 Abs. 2 Satz 3 RPfIG der Familienrichter. Damit ist gewährleistet, dass die Entscheidung des Rechtspflegers der richterlichen Überprüfung unterzogen und insoweit der verfassungs-

rechtlichen Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) Genüge getan wird (Senatsbeschluss vom 28. Mai 2008 - XII ZB 104/06 - FamRZ 2008, 1433 Rn. 15 unter Hinweis auf BVerfGE 101, 397, 407 f.).

27 b) Über das Begehren der Großeltern hat gemäß §§ 3 Nr. 2 a, 14 RPfIG eine Rechtspflegerin entschieden. Die Beschwerde hat sie dem Oberlandesgericht vorgelegt. Da die Beschwerde zum Oberlandesgericht indes nicht zulässig ist, hätte die Rechtspflegerin selbst über die Abhilfe entscheiden und bei ihrer Ablehnung die Sache dem Amtsrichter vorlegen müssen.

28 Dem steht nicht entgegen, dass auf die Erinnerung gemäß § 11 Abs. 2 Satz 4 RPfIG im Übrigen die Vorschriften über die Beschwerde sinngemäß anzuwenden sind und damit auch eine Erinnerungsbefugnis gegeben sein muss.

29 Anders als für die Beschwerdebefugnis nach § 59 Abs. 1 FamFG reicht es für die Erinnerungsbefugnis der Großeltern aus, dass sie ein berechtigtes Interesse an der Entscheidung haben und in dem Verfahren vom Amtsgericht auch beteiligt worden sind. Denn damit die Großeltern ihr Recht auf Beachtung ihrer Verwandtenstellung effektiv geltend machen können, ist ihnen der Rechtsweg i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG zu eröffnen und damit eine Entscheidung durch den Richter zu ermöglichen. Dieser Auslegung steht das Anliegen des Gesetzgebers, die Rechtsmittel in diesem Bereich einzuschränken, nicht entgegen, weil das Erinnerungsverfahren keine weitere Instanz eröffnet.

30 Würde man in den Fällen der vorliegenden Art die Anforderungen an die Erinnerungsbefugnis mit den Anforderungen an die Beschwerdebefugnis gleichsetzen, hätte es mit der Entscheidung des Rechtspflegers sein Bewenden. Eine richterliche Entscheidung bliebe den Großeltern versagt (vgl. BVerfG FamRZ 2000, 731, 733, wonach der Rechtspfleger zwar als "Gericht", nicht aber als Richter i.S.d. Verfassung entscheidet), was angesichts ihrer Rechts-

stellung im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG nicht gerechtfertigt erscheint (vgl. auch BVerfG FamRZ 2009, 291, 294, wonach das gerichtliche Verfahren in seiner Ausgestaltung geeignet und angemessen sein muss, um der Durchsetzung der materiellen Grundrechtspositionen wirkungsvoll zu dienen).

31 Eine Verpflichtung, über die richterliche Kontrolle von Entscheidungen des Rechtspflegers nach § 11 Abs. 2 RPfIG hinaus in jedem Falle einen Rechtsmittelzug zu eröffnen, lässt sich indessen aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht herleiten und ist auch sonst von Verfassungen wegen nicht geboten (Senatsbeschluss vom 28. Mai 2008 - XII ZB 104/06 - FamRZ 2008, 1433 Rn. 15 mwN; vgl. auch BVerfG NStZ 2013, 168 Rn. 21).

Dose	Weber-Monecke	Klinkhammer
	Schilling	Nedden-Boeger

Vorinstanzen:

AG Düsseldorf, Entscheidung vom 12.04.2012 - 269 F 330/10 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 27.12.2012 - II-1 WF 116/12 -