

Nr.823 OLG Bamberg GG Art.2, Art.20 III;BGB § 1666; FGG § 19
(7. ZS - FamS- Beschluss v. 20. 2. 2003 - 7 WF 35/03)

1. In einem Amtsverfahren nach § 1666 BGB kommt die Untätigkeit des Familiengerichts der Einstellung des Verfahrens gleich.
2. Gegen gerichtliche Untätigkeit des Instanzgerichts ist die Beschwerde nach § 19 FGG statthaft.
3. Die Statthaftigkeit der Untätigkeitsbeschwerde ergibt sich auch, wenn durch das Verfahren Tatsachen geschaffen werden, die wiederum Einfluss auf das Verfahren nehmen (vgl. *BVerfG, FamRZ 2001,753*).
4. Eine Gegenvorstellung, die gegen einen Beschluss erhoben wird, durch den eine Untätigkeitsbeschwerde zurückgewiesen worden ist, ist als Untätigkeitsbeschwerde umzudeuten, wenn die fortgesetzte Untätigkeit des Instanzgerichts gerügt wird.

Gründe:

I.

Der Ast. ist der Vater des 1993 geb. S. Er hat am 2. 2. 1995 die Mutter des Kindes geheiratet. Aus ihrer ersten Ehe hat diese einen 1988 geb. Sohn P. Mit Urteil v. 29. 4. 2002 hat das AmtsG die Ehe des Ast. mit der Mutter des Kindes geschieden. Die gegen dieses Urteil vom Ast. eingelegte Berufung hat der *Senat* mit Beschluss v. 12. 9. 2002 zurückgewiesen. Der Ast. hat mit Schreiben v. 23. 7. 2000 angeregt, ein Verfahren nach § 1666 BGB hinsichtlich der Kinder P. und S. einzuleiten. Begründet hat er dies im Wesentlichen damit, dass die Kinder von dem früheren Lebensgefährten der Mutter misshandelt würden. Mit Schreiben v. 31. 5. 2002 hat er das angeregte Verfahren auf seinen Sohn S. beschränkt. Mit Schriftsatz v. 22. 7. 2002 hat der Ast. Eine Untätigkeitsbeschwerde erhoben, die der *Senat* mit Beschluss v. 5. 9. 2002 zurückgewiesen hat. Gegen diesen Beschluss hat der Ast. Gegenvorstellung erhoben.

II.

Die Gegenvorstellung des Ast. v. 27. 1. 2003 ist als **neue Untätigkeitsbeschwerde** zu werten, weil in ihr auch die Untätigkeit des AmtsG nach Erlass des Beschlusses v. 5. 9. 2002 beanstandet wird.

1. Diese Beschwerde ist zulässig.
In einem **Amtsverfahren**, wie es hier vorliegt (§ 1666 BGB; der Antrag des Ast. v. 23. 7. 2000 stellt nur eine Anregung dar, von Amts wegen tätig zu werden), kommt die Untätigkeit eines Gerichts der **Einstellung** des Verfahrens gleich. Sie muss deshalb wie diese anfechtbar sein (*Keidel/Kuntze/Winkler/Kahl*, FGG, 15. Aufl., § 19 Nr. 8). Außerdem wird dem Ast. Durch eine Untätigkeit des Gerichts die Möglichkeit genommen, eine

formelle Entscheidung mit der Beschwerde anzufechten und in der nächsten Instanz überprüfen zu lassen (siehe *BVerfG, FamRZ 2001,753 = NJW 2001,961*).

2. Die Beschwerde ist auch begründet.
Das AmtsG - FamG - hat (auch) nach Erlass des Beschlusses v. 5. 9. 2002 und der Rückkunft der Akten keine verfahrensfördernden Maßnahmen ergriffen. Es hat lediglich dem Verfahrensbevollmächtigten des Ast. Akteneinsicht gewährt. Den Bericht des Landratsamts - Kreisjugendamts - v. 8. 7. 2002, der bereits am 9.7.2002 beim AmtsG eingegangen war, aber erst nach dem Beschluss v. 5. 9. 2002 zu den Akten genommen worden ist, hat es nicht an die Verfahrensbeteiligten zu etwaigen Stellungnahmen weitergeleitet. Die Anfragen der Staatsanwaltschaft und deren Bitte um Übermittlung der Akten hat es nicht beantwortet. Deshalb war das AmtsG **anzuweisen**, dem Verfahren Fortgang zu geben.
Eine weitergehende Anweisung, wie sie vom Ast. Beantragt worden ist, kommt nicht in Betracht. Welche Beweise das AmtsG erhebt, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen (§ 12 FGG; *Kahl*, a. a. O., § 12 Rz. 195). Soweit Anhörungspflichten bestehen (§§ 50a bis 50c FGG), kann es entscheiden, ob im vorliegenden Verfahren eine mündliche Anhörung ausnahmsweise entbehrlich ist, weil die betreffenden Personen bereits in einem anderen Verfahren ausreichend mündlich angehört worden sind und die dortigen Anhörungen auch im vorliegenden Verfahren verwertet werden können, weil die für das vorliegende Verfahren bedeutsamen Probleme dort angesprochen worden sind.
(Mitgeteilt von RA K. Petzel, Frankfurt)

Anmerkung:

Der Streitfall betraf u. a. Kindesentfremdung. Das Kindesrecht auf Umgang (§ 1684 I BGB) ist bei richterlicher Untätigkeit besonders verletztlich.
Die O. a. Rechtsprechung des *BVerfG* beginnt sich durchzusetzen. Allerdings erscheint die noch ausdrücklich erfolgte Umdeutung von gerichtlicher Untätigkeit in eine Verfahrenseinstellung und damit in eine insoweit beschwerende Entscheidung entbehrlich und zweifelhaft. Die Umdeutung ist wegen höherrangiger Rechtsgrundsätze, wonach beim Handeln das Tun dem pflichtwidrigen Unterlassen gleichsteht, entbehrlich. Was nämlich für jedermann gilt, gilt auch für Gerichtspersonen. Nunmehr sollten z. B. solche Argumente: Das Rechtsmittelsystem der ZPO setze eine positive Entscheidung voraus bzw. Art. 19 IV GG gewähre nur Schutz durch und nicht gegen den Richter (so früher *BVerfGE* 11, 265; 15, 280) aus der Mode kommen. Schließlich braucht die Untätigkeitsbeschwerde kein Sonderfall der außerordentlichen Beschwerde mehr zu sein (vgl. dagegen noch Zöller/Gummer, ZPO, 23. Aufl., § 567 Rz. 21b).

Rechtsanwalt Knud Petzel, Frankfurt/M.