

des Testators Niedergeschriebene im Rechtssinne Entwurf oder endgültige Willenserklärung gewesen ist, bedeutungslos werden.

Zur Frage der Vernehmung der Beschwerdeführerin ist darauf hinzuweisen, daß nach der Auffassung des Senats auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit die eidliche Vernehmung des unmittelbar Beteiligten nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Das FGG regelt die Beweiserhebung in den §§ 12 und 15. Nach § 12 hat das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. In § 15 werden die Vorschriften der ZPO über den Zeugenbeweis, den Beweis durch Sachverständige und das Verfahren bei der Abnahme von Eiden für im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend anwendbar erklärt. Dem Wortlaut nach haben also in diesem Verfahren von den Verfahrensvorschriften im zweiten Buch der ZPO (1. Abschnitt) nur die Titel 7, 8 und 11 Geltung, nicht also die §§ 445 ff. (Titel 10). Der Senat ist aber der Auffassung, daß bei der Auslegung und Anwendung des FGG, das aus dem Jahre 1898 stammt, nicht die seitdem zu verzeichnende Weiterentwicklung des Zivilprozeßrechts außer Acht gelassen werden darf. Selbstverständlich werden Besonderheiten, die wesensmäßig im nichtstreitigen Verfahren begründet sind, der dem Wortlaut des FGG gegenüber erweiterten Anwendung zivilprozessualer Vorschriften auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vielfach entgegenstehen. Doch erscheint es geboten, immer wieder zu prüfen, inwieweit es noch gerechtfertigt ist, die auf die ZPO verweisenden Vorschriften des FGG nach dem Stand des Zivilprozeßrechts von 1898 ausulegen und anzuwenden. In seiner in der Neuen Justiz 1947 S. 161 abgedruckten Entscheidung hat der Senat den § 357 ZPO (Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme) für im Erbscheinverfahren anwendbar erklärt, obwohl im § 15 FGG der Titel 5 des zweiten Buchs, Abschnitt I der ZPO nicht miterwähnt ist (im Ergebnis zustimmend Fenner a. a. O. S. 162, 163). Im Hinblick auf den vorliegenden Fall führt die Prüfung der Frage, ob auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit — zunächst, soweit es sich speziell um das Erbscheinverfahren handelt — die eidliche Vernehmung der unmittelbar Beteiligten zulässig ist, zu ihrer Bejahung. Der zehnte Titel des bezeichneten Abschnitts der ZPO (§§ 445 ff.) beruht auf der Zivilprozeßnovelle von 1933 (vgl. das Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27. Oktober 1933 — RGBl. I 780 — und die Neufassung der ZPO — RGBl. I 821) und diese Novelle wiederum auf dem Entwurf von 1931. Es hat sich damals um eine grundlegende und ausgesprochen gesunde Fortentwicklung des Rechts gehandelt, um die in der Wissenschaft bereits lange Zeit lebhaft gekämpft worden war. Die Abschaffung des althergebrachten Parteieides als eines unendlich verwickelt und formalistisch geregelten und in der praktischen Wirkung geradezu verderblichen Beweismittels und die Einführung der Parteivernehmung entsprach schließlich einem fast allgemein geäußerten Wunsch. Diese ist in jeder Hinsicht reines Beweismittel (vgl. Gaupp-Stedn-Jonas: Kommentar zur ZPO 16. Auflage unter II vor § 445). Alle einem solchen fremden Elemente sind weggefallen. Wenn somit der Parteivernehmung im Sinne der §§ 445 ff. ZPO n. F. eine wesensmäßige Beziehung zu dem streitigen Charakter des Zivilprozesses durchaus fehlt, bestehen nach der Auffassung des Senats keine Bedenken dagegen, sie in uneidlicher und in eidlicher Form auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit jedenfalls dann anzuwenden, wenn Vorschriften des materiellen Rechts strenge Anforderungen an die beweismäßige Tatsachenfeststellung enthalten, wie es in den §§ 2358, 2359 BGB hinsichtlich der Erbscheinerteilung der Fall ist. Es sind Fälle denkbar — möglicherweise gehört der vorliegende dazu —, in denen die letzte Klarheit nur durch die Vernehmung und eventuell die eidliche Vernehmung des Antragstellers oder Antragsgegners selbst geschaffen werden kann. Die Auffassung von Schlegelberger (Kommentar zum FGG 6. Auflage Bd. 1 S. 172 Note 23 zu § 12, S. 207 Note 27 zu § 15), der die eidliche Parteivernehmung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit für nicht zulässig hält, kann somit Gel-

tung nicht mehr beanspruchen. Als das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit erlassen wurde, kannte das deutsche Zivilprozeßrecht wohl den Parteieid alter Form, der freilich für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wesensmäßig nicht in Frage kam, nicht aber die Parteivernehmung als reines Beweismittel. Mit ihrer Einführung ist eine Rechtsveränderung eingetreten, die wie ausgeführt, auch für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit grundsätzliche Bedeutung hat.

§ 36 RAO.

Der Rechtsanwalt kann an der Ausfertigung eines Rechtsgestaltungsurteiles ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber seinem Mandanten nicht ausüben.

OLG Gera, Beschluß v. 20. August 1949 — 1. T. 134/49.

Durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts E. vom 11. Januar 1949 — 2. R. 368/48 — ist die Ehe des Antragstellers rechtskräftig geschieden worden. In diesem Ehrechtsstreit war Prozeßbevollmächtigter des Antragstellers Rechtsanwalt Sch.

In einer vor der Geschäftsstelle des Amtsgerichts W. am 3. Juni 1949 zu Protokoll gegebenen Erklärung hat der AntragsteUer unter Überreichung des Armenrechtszeugnisses den Antrag gestellt, ihm das Armenrecht zu bewilligen zwecks Durchführung einer Klage gegen den Rechtsanwalt Sch. in E. vor dem Amtsgericht E., mit dem Anträge,

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger Ausfertigung des Endurteils der Zivilkammer des Landgerichts E. vom 11. Januar 1949, betr. den Rechtsstreit K. gegen K. wegen Ehescheidung, sofort herauszugeben.

Zur Begründung der Klage und des Armenrechtsgesuches hat der AntragsteUer ausgeführt, daß er zur Wiederverheiratung der Urteilsausfertigung bedürfe, daß aber der Antragsgegner ihm die Herausgabe der in seinen Händen befindlichen Urteilsausfertigung verweigere, die Aushändigung vielmehr von der Zahlung der entstandenen Anwaltskosten in Höhe von 349,50 DM abhängig mache. Da er — der AntragsteUer — seit dem 15. September 1948 arbeitslos sei und lediglich eine Fürsorgeunterstützung beziehe, sei er nicht in der Lage, die Anwaltskosten zu bezahlen.

Das Amtsgericht E. hat in dem angefochtenen Beschluß vom 9. Juni 1949 das beantragte Armenrecht verweigert, weil die Klage keine Aussicht auf Erfolg biete. Denn gemäß § 36 der Rechtsanwaltsordnung habe der Anwalt ein Zurückbehaltungsrecht an den Handakten, somit auch an der Urteilsausfertigung, bis die vom Mandanten geschuldeten Gebühren bezahlt wären.

Gegen diesen Beschluß hat der AntragsteUer in einer am 22. Juni 1949 zu Protokoll der Geschäftsstelle des Amtsgerichts W. abgegebenen Erklärung

Beschwerde

ingelegt mit dem Anträge,

ihm unter Aufhebung des erwähnten Beschlusses das Armenrecht zu bewilligen.

Er vertrete den Standpunkt, daß das Scheidungsurteil, welches ein wichtiges Dokument für den Auftraggeber darstelle, nicht zu den Handakten des Rechtsanwalts gehöre. Die Ausfertigung des Urteils sei nicht dem Antragsgegner, sondern diesem nur als Vertreter des Antragstellers zugestellt worden. Schließlich habe auch an dem Inhalt des Urteils der AntragsteUer, nicht allein der Antragsgegner ein Interesse.

Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen, sie vielmehr dem Landgericht E. zur Entscheidung vorgelegt.

Die Beschwerde ist nach § 127 ZPO zulässig, auch begründet. Das Amtsgericht ist davon ausgegangen, daß die von dem Antragsteller beabsichtigte Klage gegen den Antragsgegner auf Herausgabe der Ausfertigung des Ehescheidungsurteils vom 11. Januar 1949 keine Aussicht auf Erfolg bietet, weil nach § 36 der Rechtsanwaltsordnung ein Rechtsanwalt nicht verpflichtet sei, vor Empfang seiner Auslagen und Gebühren die Handakten dem Auftraggeber herauszugeben, und weil die mit der Klage herausverlangte Urteilsausfertigung zu diesen Handakten gehöre.