
Datum: 10.12.2009
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 8. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: II-8 WF 211/09
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2009:1210.II8WF211.09.00

Leitsätze:

1. In selbständigen Sorge- und Umgangsrechtssachen (§ 151 Nr. 1 und 2 FamFG) lässt sich dem Gesetz ein Regel-/Ausnahmeverhältnis für die Beordnung eines Rechtsanwalts nicht entnehmen (wie BGH FamRZ 2009, 857 f.).

2. Für die Beordnung nach § 78 Abs. 2 FamFG reicht es aus, dass die Sach- oder die Rechtslage Schwierigkeiten aufweist.

Tenor:

Die sofortige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Oberhausen vom 05.11.2009 wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

I. 1

In der vorliegenden Sache, die durch Schriftsatz vom 25.09.2009 eingeleitet worden ist, streiten die Kindeseltern um die Ausgestaltung des Umgangsrechts. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die Frage, ob dem Antragsteller für diese Angelegenheit ein Rechtsanwalt beizuordnen ist. 2

Aus der geschiedenen Ehe der Parteien stammen die Kinder C. und J., die im Februar 1999 bzw. im Mai 2000 geboren wurden und bei der Antragsgegnerin leben. In einem vorangegangenen Verfahren (Amtsgericht Oberhausen 55 F 324/09) verständigten sich die Beteiligten darauf, dass der Antragsteller beide Kinder alle 14 Tage – jeweils von freitags (16.00 Uhr) bis sonntags (16.00 Uhr) – zu sich nehmen darf. Die Kindeseltern waren sich darüber einig, dass die Besuchszeiten tagsüber auch mit der Freundin des Antragstellers, Frau S., verbracht werden konnten, dass "die Übernachtung (gemeint: der Kinder) jedoch ohne Frau S. in der Wohnung des Kindesvaters stattfindet" (vgl. Ziffer 3 des Vergleichs von 17.04.2009). Nachdem der Kindesvater mit seiner neuen Partnerin zusammengezogen war, hat er am 25.09.2009 eine Abänderung dieser Vereinbarung dahin **beantragt**,

dass er die Kinder an jedem zweiten Wochenende von samstags 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr und sonntags von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr zu sich nimmt. 4

Durch den angefochtenen Beschluss hat die Amtsrichterin dem Kindesvater Verfahrenskostenhilfe bewilligt, die beantragte Beiordnung eines Rechtsanwalts aber abgelehnt. Gegen diesen Teil der Entscheidung richtet sich die fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde des Kindesvaters, der das Familiengericht nicht abgeholfen hat. 5

II. 6

Das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg. 7

Das Amtsgericht hat die Beiordnung zu Recht versagt. 8

1. Das Verfahren richtet sich im vorliegenden Fall nach dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), das zum 01.09.2009 in Kraft getreten ist und das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) abgelöst hat. Damit haben sich auch die Voraussetzungen für die Beiordnung eines Verfahrensbevollmächtigten geändert. Nach wie vor wird danach unterschieden, ob eine Vertretung durch Anwälte vorgeschrieben ist oder nicht. In den Angelegenheiten, in denen Anwaltszwang herrscht, ist dem jeweiligen Beteiligten grundsätzlich ein Rechtsanwalt seiner Wahl beizuordnen, §§ 78 Abs. 1 FamFG, 121 Abs. 1 ZPO. Ist dagegen eine Vertretung durch Anwälte nicht vorgeschrieben, ist eine zusätzliche Prüfung vorzunehmen. Während früher nach §§ 14 FGG, 114 f., 121 Abs. 2 ZPO für eine Beiordnung genügte, dass "die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint oder der Gegner durch einen Rechtsanwalt vertreten ist", ist jetzt nach § 78 Abs. 2 FamFG eine Beiordnung nur auszusprechen "wenn wegen der Schwierigkeiten der Sach- und Rechtslage die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint". Damit hat der Gesetzgeber die Anforderungen in den selbständigen Besuchs- und Sorgerechtsverfahren erhöht. Sie zählen nicht zu den sog. Familienstreitsachen und unterliegen folglich nicht dem Anwaltszwang, vgl. § 114 Abs. 1 i. V. m. §§ 111 Nr. 2, 151 Nr. 1 und 2 FamFG. 9

Unter der Geltung des alten Prozessrechts konnten die Parteien eines Sorgerechtsverfahrens im Allgemeinen mit einer Beiordnung rechnen (vgl. die Nachweise bei Zöller ZPO 27. Aufl. § 121 Rn 7). Auch für Umgangsrechtsverfahren wurde im Schrifttum die Auffassung vertreten, dass wegen der besonderen Bedeutung und Auswirkung auf die Lebensumstände der Betroffenen "in aller Regel" die Beiordnung erforderlich sei (Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe 4. Aufl. Rn 555 m. w. N.). Allerdings hat der Bundesgerichtshof am 18.02.2009 entschieden, dass es eine derartige Regel nicht gebe und stattdessen im Einzelfall zu prüfen sei, ob das Besuchsrechtsverfahren rechtlich und tatsächlich schwierig sei (FamRZ 2009, 857 f. = NJW-RR 2009, 794 f.); geboten sei eine 10

konkrete, an den objektiven wie subjektiven Gegebenheiten des jeweiligen Falles orientierte Bewertung (Rn 11 zu XII ZB 137/08).

Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 78 Abs. 2 FamFG gebieten es nach Auffassung des Senats, die zum FGG ergangene Rechtsprechung zu modifizieren. Indem das Gesetz auf die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage abstellt, zwingt es dazu, zwischen schwierigen und einfachen Fällen zu unterscheiden. Es lässt sich nicht leugnen, dass es auch im Bereich der Kindschaftssachen Fälle gibt, die eindeutig sind. Keineswegs kann aus dem Rang dieser Rechte und ihrer Verbürgung durch höherrangige Normen (Art. 6 GG, 8 EMRK) auf die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage bei der verfahrensrechtlichen Wahrnehmung geschlossen werden. Ebenso wenig geht es an, aus dem Eingriff in diese Rechte und der verfassungsrechtlichen Dimension dieses Eingriffs eine schwierige Sach- und Rechtslage abzuleiten (BGH a. a. O. Rn 10). 11

In ersten Veröffentlichungen zum FamFG wird ein Regel-Ausnahme-Verhältnis vorgeschlagen, wobei die Autoren von gegensätzlichen Annahmen ausgehen. So soll die Beiordnung nur noch in Ausnahmefällen (so Götsche FamRZ 2009, 383/386) oder wie bisher im Regelfall (so z. B. Musielak/Borth FamFG § 78 Rn 4 und Geißler im Handbuch des Fachanwalts Familienrecht Rn XVI 222) vorzunehmen sein. Aus Sicht des Senats ist dieser Weg nicht gangbar. Das Gesetz erfordert die Feststellung, dass die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint, weil die Sach- und Rechtslage schwierig ist. Diese Feststellung lässt sich nicht generell, sondern nur nach einer Abwägung im Einzelfall treffen. Allerdings ist Verfahrenskostenhilfe für eine beabsichtigte Rechtsverfolgung oder -verteidigung zu bewilligen und deswegen nach einer Prognose, also ohne eingehende Ermittlungen, zu gewähren. Das kommt unter anderem in der Formulierung "erforderlich erscheint" zum Ausdruck. 12

Im Übrigen ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Entscheidend ist nicht der Kenntnisstand eines erfahrenen Familienrichters, sondern die Perspektive eines juristischen Laien, der ohne besondere Vorkenntnisse um Rechtsschutz nachsucht und sich unter Umständen nach Trennung oder Scheidung in einer schwierigen Lebensphase befindet. Außerdem muss es nach dem Verständnis des Senats ausreichen, dass die Sach- oder die Rechtslage schwierig ist (ebenso Schürmann FamRB 2009, 58/60; Thomas/Putzo/ Reichold ZPO 30. Aufl. § 78 FamFG Rn 3). Denn die Schwierigkeiten liegen in Kindschaftssachen weit häufiger auf tatsächlichem als auf rechtlichem Gebiet. Wollte man nebeneinander tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten verlangen, wäre eine Beiordnung in vielen Fällen ausgeschlossen. Dass dies mit der Gesetzesänderung beabsichtigt gewesen wäre, lässt sich der Begründung (BT DrS 16/6308 S. 213 f.) nicht entnehmen. Sie geht auf die Frage, ob der Fall sowohl tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten aufweisen muss oder ob es genügt, dass er in einer Richtung Probleme aufwirft, nicht ein. Die sorgfältige Feststellung der relevanten Fakten ist aber Voraussetzung für eine sachgerechte Entscheidung und deshalb auch verfassungsrechtlich geboten. Eine Partei, die das Verfahren auf eigene Kosten betreiben muss, würde bei einer komplizierten Sachlage kaum auf anwaltliche Unterstützung verzichten. Dann wäre aber die Chancengleichheit verletzt, wenn dem hilfebedürftigen Beteiligten zugemutet würde, das Verfahren ohne juristischen Beistand zu betreiben. Dass das Familiengericht den Sachverhalt von Amts wegen ermitteln muss, steht dieser Einschätzung nicht entgegen. Denn das Gericht kann seiner Pflicht nur genügen, wenn es von den Beteiligten, wie es ihnen durch § 27 FamFG vorgegeben wird, Hinweise auf relevante Tatsachen erhält. Unabhängig davon können oftmals aus tatsächlichen Schwierigkeiten rechtliche Probleme verfahrens- oder materiell-rechtlicher Natur erwachsen. In diesen Fällen sind die Voraussetzungen des § 78 Abs. 2 FamFG ohnehin erfüllt, und die 13

Vertretung durch einen Rechtsanwalt "erscheint" erforderlich.

2. Nach diesen Maßstäben scheidet hier eine Beiordnung aus. Der Fall weist keinerlei besondere Schwierigkeiten auf. Das zeigt sich schon daran, dass der Kindesvater die Reduzierung eines ihm vergleichsweise bereits zugestandenen Besuchsrechts anstrebt. Bei einem derartigen Ziel sind von vornherein geringere Widerstände zu erwarten als bei der Forderung nach einer erstmaligen Festsetzung eines umstrittenen oder der Ausweitung eines bestehenden Umgangsrechts. So haben sich die Dinge in den folgenden Wochen entwickelt. Die Kindesmutter hat mit Schriftsatz vom 24.11.2009 (Gerichtsakte – abgekürzt GA – Bl. 46) – während des Beschwerdeverfahrens - mitgeteilt, dass sie mit beiden Kindern nochmals gesprochen und dabei deren Bereitschaft zu weiteren Umgangskontakten, sogar im bisherigen Umfang, erreicht habe. Sie selbst hatte sich ohnehin schon im Vergleich vom 17.04.2009 verpflichtet, Umgangskontakte zu ermöglichen. Dass sie über ihren Verfahrensbevollmächtigten mitgeteilt hatte, dass sie der Einladung des Jugendamtes zu einem Gespräch am 24.08.2009 nicht folgen könne, ließ nicht auf besondere Schwierigkeiten schließen. Denn in diesem Schreiben (GA Bl. 13) hat sie zugleich um einen Ersatztermin und um ergänzende Auskünfte gebeten. Eine endgültige Absage war damit nicht verbunden. Diese ist auch dem Bericht des Jugendamtes vom 09.11.2009 (GA Bl. 26 f.) nicht zu entnehmen. Außerdem war der Sachverhalt bereits im Vorverfahren aufbereitet und erörtert worden. Einschneidende Veränderungen hatten sich in den wenigen Monaten seit dem Abschluss jenes Verfahrens nicht ergeben. Infolgedessen erschöpft sich die Antragsbegründung in einer knappen, nicht einmal eine Seite füllenden Wiederholung der Fakten. Spätere Eingaben des Kindesvaters haben dem kaum etwas hinzugefügt. Daher ist der Aktenumfang (bislang 46 Blatt) allenfalls durchschnittlich. Schließlich verursacht die – nicht weiter konkretisierte – "Stoffwechselkrankheit im Gehirn" des Antragstellers gleichfalls keine besondere Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage. Immerhin war der Kindesvater im Stande, das Jugendamt am 16.07.2009 aufzusuchen und sein Anliegen vorzubringen. Seine Erklärungen haben Eingang in den Bericht vom 09.11.2009 gefunden. Das Gespräch hat er augenscheinlich ohne Beistand seines späteren Verfahrensbevollmächtigten geführt.

Der Hinweis auf § 266 Abs. 1 Nr. 5 FamFG geht fehl. Der Antragsteller verfolgt nicht aus dem Umgangsrecht herrührende Ansprüche, zum Beispiel eine Forderung auf Schadensersatz wegen Vereitelung seines Besuchsrechts, sondern er erstrebt eine Anpassung einer Vereinbarung nach § 1696 BGB, 166 FamFG. 15

3. Der Senat lässt die Rechtsbeschwerde zu. Die Sache hat grundsätzliche Bedeutung, § 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 FamFG. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Beiordnung in selbständigen Kindschaftssachen in Betracht kommt, stellt sich in zahlreichen Fällen. Hierzu werden in der rechtswissenschaftlichen Literatur unterschiedliche Auffassungen vertreten. Neben Stimmen, die eine restriktive Auslegung befürworten (so Götsche a.a.O.) finden sich Autoren, die für eine Fortführung der überkommenen Praxis plädieren (z. B. Musielak/Borth und Geißler a. a. O.). Eine höchstrichterliche Entscheidung ist dem Senat nicht bekannt. Der zitierte Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 18.02.2009 ist noch zum früheren Verfahrensrecht ergangen. 16

Die Rechtsbeschwerde ist gemäß §§ 71 und 10 Abs. 4 Satz 1 FamFG binnen eines Monats nach der schriftlichen Bekanntgabe (Zustellung, §§ 15 Abs. 2, 41 Abs. 1 Satz 2 FamFG) dieses Beschlusses bei dem Bundesgerichtshof (76133 Karlsruhe, Herrengasse 45 a) einzulegen und zu begründen. 17

