
Datum: 14.11.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 WF 238/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:1114.2WF238.13.00

Vorinstanz: Amtsgericht Bottrop, 19 F 447/13
Schlagworte: Beiordnung eines Rechtsanwalts im Verfahren betr.das Ruhen der elterlichen Sorge
Normen: §§ 78 Abs. 2 FamFG, 1674 BGB
Leitsätze:
Wird das Ruhen der elterlichen Sorge des Kindesvaters, der "untergetaucht" sein soll, beantragt, ist der Kindesmutter im Rahmen der beantragten Verfahrenskosten-hilfe gem. § 78 Abs. 2 FamFG ein Rechtsanwalt beizuordnen, da das Merkmal der "tatsächlichen Verhinderung" im Sinne des § 1674 BGB mit erheblichen Unsicherheiten sowohl hinsichtlich der tatsächlichen Grundlagen wie auch der rechtlichen Würdigung behaftet ist.

Tenor:
Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 07.07.2011 wird der Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht - Bottrop vom 14.10.2013 abgeändert.
Der Antragstellerin wird Herr Rechtsanwalt X aus Bottrop beigeordnet.

I.	2
Die Antragstellerin und der Antragsgegner sind die leiblichen Eltern des Kindes T B, geboren am ##.##.#### (im Folgenden: das Kind). Die Beteiligten sind seit 2004 geschieden. Der Antragsgegner lebte längere Zeit in N. Er heiratete erneut und ist leiblicher Vater von weiteren Kindern.	3
Der Antragsgegner stellte Mitte 2012 Unterhaltszahlungen für das gemeinsame Kind ein und verzog nach Mutmaßung der Antragstellerin von N nach Kairo. Kontakt zwischen dem Antragsgegner und dem gemeinsamen Kind bestand nur noch mittelbar und brach Ende März 2013 völlig ab. Nach Behauptung der Antragstellerin sei der Antragsgegner nunmehr untergetaucht.	4
Die Antragstellerin hat die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe unter Beiordnung ihres Verfahrensbevollmächtigten für den Antrag beantragt, das Ruhen der elterlichen Sorge des Antragsgegners hinsichtlich des Kindes anzuordnen.	5
Mit Beschluss vom 14.10.2013 hat das Amtsgericht – Familiengericht – Bottrop der Antragstellerin Verfahrenskostenhilfe bewilligt und den Antrag auf Beiordnung eines Rechtsanwalts zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass im Verfahren zur Ruhefeststellung die anwaltliche Vertretung weder vorgeschrieben noch wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage erforderlich sei. Es habe eines Antrages unter Schilderung des vorliegenden Sachverhaltes bedurft, der auch über die Rechtsantragstelle beim Amtsgericht gestellt werden könne.	6
Gegen diesen Beschluss richtet sich die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde, soweit die Beiordnung ihres Verfahrensbevollmächtigten zurückgewiesen worden ist. Sie rügt, dass ihr Verfahrensbevollmächtigter vor nicht allzu langer Zeit nahezu parallel zwei Anträge auf Ruhen des Sorgerechts zu bearbeiten gehabt habe, die den identischen Sachverhalt betroffen hätten. Beide beteiligten Amtsgerichte hätten nach deutlichem Zeitablauf von 5 bzw. 7 Monaten mitgeteilt, dass Bedenken gegen die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe bestünden. Erst durch die Inanspruchnahme und Einschaltung des Verfahrensbevollmächtigten sei dieses Verfahren gefördert worden. Der Senat habe seinerzeit die Beiordnung in dem Verfahren II-2 WF 213/11 ausgesprochen. Insofern habe ihr Verfahrensbevollmächtigter es für richtig gehalten, den Antrag nicht selbst zu stellen, sondern über ihren Verfahrensbevollmächtigten.	7
Das Amtsgericht – Familiengericht – Bottrop hat mit weiterem Beschluss vom 29.10.2013 der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Ergänzend hat es ausgeführt, dass mit der Beschwerde neue Gesichtspunkte nicht vorgetragen worden seien. Nach Ingangsetzung des Verfahrens erfolge die Amtsermittlung durch das Gericht. Das Rechtsverfolgungsziel sei durch die unmittelbare Inanspruchnahme des Familiengerichts zu erreichen gewesen.	8
II.	9
Die gemäß den §§ 76 Abs. 1 FamFG, 127 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 ZPO zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache Erfolg.	10
1.	11
	12

Gem. § 78 Abs. 2 FamFG wird dem Beteiligten dann, wenn - wie im vorliegenden Verfahren - eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht vorgeschrieben ist, auf seinen Antrag ein Rechtsanwalt beigeordnet, wenn wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint.

2. 13

Bei der gebotenen objektiven Bemessung der Schwierigkeit kann jeder der genannten Umstände, d. h. sowohl die Schwierigkeit der Rechtslage als auch die Schwierigkeit der Sachlage für sich allein die Beiordnung eines Rechtsanwalts im Rahmen der bewilligten Verfahrenskostenhilfe erforderlich machen. Entscheidend ist dabei, ob ein bemittelter Rechtssuchender in der Lage eines Unbemittelten vernünftigerweise einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hätte (vgl. BGH, Beschluss vom 23.06.2010 - XII ZB 232/09 - FamRZ 2010, 1427). Dabei sind als Abwägungskriterien auch die subjektiven Fähigkeiten des betroffenen Beteiligten zu berücksichtigen, insbesondere seine Fähigkeit, sich mündlich oder schriftlich auszudrücken (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 07.05.2010 - 10 WF 78/10 - SchlHA 2011, 205). 14

a) 15

Ob die Beiordnung im Sinne von § 78 Abs. 2 FamFG erforderlich erscheint, hängt also davon ab, ob ein Bemittelter in der Lage des Unbemittelten vernünftigerweise einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hätte (vgl. BGH, Beschluss vom 23.06.2010 - XII ZB 232/09 - FamRZ 2010, 1427; OLG Dresden, Beschluss vom 16.06.2010 - 20 WF 460/10 - FamRZ 2010, 2006). Auch ein bemittelter Verfahrensbeteiligter beurteilt die Notwendigkeit zur Beauftragung eines Rechtsanwalts unter Berücksichtigung seiner eigenen subjektiven Fähigkeiten und damit danach, ob er nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten in der Lage ist, zu den verfahrensgegenständlichen Streitfragen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ohne anwaltliche Unterstützung sachgerecht Stellung zu nehmen (vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 16.06.2010 - 20 WF 460/10 - FamRZ 2010, 2006). 16

b) 17

Vorliegend ist das Merkmal der „tatsächlichen Verhinderung“ im Sinne des § 1674 BGB ist mit erheblichen Unsicherheiten sowohl hinsichtlich der tatsächlichen Grundlagen wie auch der rechtlichen Würdigung behaftet, so dass eine Beiordnung erforderlich erscheint (vgl. Senat, Beschluss vom 27. März 2012 – II-2 WF 213/11 – FamRZ 2012, 1657). 18

aa) 19

Anders als etwa die allein deklaratorisch wirkende Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge bei rechtlichem Hindernis nach § 1673 Abs. 1 BGB (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 30.11.2007 – 10 WF 204/07 – FamRZ 2008, 1090), tritt bei einer tatsächlichen Verhinderung erst mit der gerichtlichen Feststellung der Verhinderung das Ruhen der elterlichen Sorge nach § 1674 Abs. 1 BGB ein. Diese Feststellung dient der Rechtsklarheit, indem sie in den Fällen länger dauernder Verhinderung ein Ruhen des Sorgerechts kraft familiengerichtlicher Feststellung ermöglicht, wodurch der Rechtsverkehr im Hinblick auf die Anwendung des § 1678 BGB von den Unsicherheiten befreit wird, die mit dem Tatbestandsmerkmal der tatsächlich Verhinderung verbunden sind. 20

bb) 21

22

Ein tatsächliches Ausübungshindernis ist nur dann anzunehmen, wenn der wesentliche Teil der Sorgerechtsverantwortung nicht mehr von dem Elternteil selbst ausgeübt werden kann (vgl. Senat, Beschluss vom 27. März 2012 – II-2 WF 213/11 – FamRZ 2012, 1657). Hieraus folgt, dass eine bloße physische Abwesenheit nicht ausreicht, wenn der vermeintlich verhinderte Elternteil, etwa durch den anderen Elternteil oder Hilfskräfte, das Kind versorgt weiß und auch aus der Ferne Einfluss auf die Ausübung der elterlichen Sorge nehmen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 06.10.2004 – XII ZB 80/04 – FamRZ 2005, 29; Senat, Beschluss vom 27. März 2012 – II-2 WF 213/11 – FamRZ 2012, 1657). Die mit dem behaupteten Untertauchen des Antragsgegners verbundenen Behinderungen in der Ausübung des Sorgerechts erlaubt damit für sich isoliert betrachtet noch nicht die Annahme einer tatsächlichen Verhinderung, da eine Kontakt- und Einflussnahme durch den Antragsgegner nach wie vor nicht ausgeschlossen ist (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 13.02.1996 - 15 W 434/95 - FamRZ 1996, 1029; OLG Naumburg, Beschluss vom 17.02.2003 - 8 UF 189/02 - FamRZ 2003, 1947; OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.09.2001 - 5 WF 137/01 - OLGR 2002, 6; vgl. auch zur Untersuchungshaft OLG Köln, Beschluss vom 01.06.1977 - 16 Wx 51/77, 16 Wx 60/77 - FamRZ 1978, 623). Insofern kann das Untertauchen im Ausland geeignet sein, die tatsächliche Verhinderung an der Ausübung der Personensorge zu begründen. Zwingend ist dies nicht. Hinzukommen muss, dass aufgrund des Untertauchens die Kommunikationsmöglichkeiten, die unabdingbare Voraussetzung für die Möglichkeit der Ausübung des elterlichen Sorgerechts sind, nicht in ausreichendem Maße gegeben sind (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 21.05.2008 - 9 UF 53/08 - FamRZ 2009, 237). Indes hängt gerade letzteres allein vom Willensentschluss des Antragsgegners ab.

Dass diese Umstände im Zeitpunkt der Antragstellung derart offensichtlich vorgelegen hätten, 23
dass ein vernünftig und wirtschaftlich denkender Rechtssuchender ohne anwaltliche Hilfe den Antrag unmittelbar beim Amtsgericht gestellt hätte, ist nicht erkennbar. Zwar war der Antragstellerin der Umstand des Untertauchens bereits im Zeitpunkt der Antragstellung bekannt. Auch, dass der Antragsgegner sich im Ausland aufhalten soll, sei ihr nach eigenem Vortrag bekannt gewesen. Ob allerdings ausreichende Kommunikationsmöglichkeiten und ein entsprechender Kontaktwille des Antragsgegners gegeben waren, konnte sie hingegen nur mutmaßen. Denn allein aus dem vergangenen Kontaktabbruch konnte nicht ohne weiteres auf eine unterlassene Kontaktaufnahme in der Zukunft geschlossen werden, zumal der Antragsgegner auch andere Kinder und eine neue Ehefrau hat und trotz des Umzuges ins Ausland zunächst Kontakt gehalten worden ist. Damit aber war unklar, ob ein Kontakt zukünftig tatsächlich ausgeschlossen ist oder allein ein solcher Kontakt möglich ist, der keine hinreichende Gewähr für die Ausübung der elterlichen Sorge bietet. Ob der Antragsteller weiterhin untergetaucht bleibt, ist zweifelhaft, so dass unklar ist, ob im Zeitpunkt der Antragstellung eine noch weiterhin dauernde und damit längere Verhinderung angenommen werden konnte.

III. 24

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, §§ 127 Abs. 4 ZPO, 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG. 25