BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 232/09

vom

23. Juni 2010

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja
FamFG § 78 Abs. 2

a) Ist eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht vorgeschrieben, ist dem Beteiligten im Rahmen der bewilligten Verfahrenskostenhilfe ein Rechtsanwalt beizuordnen, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage erforderlich ist. Entscheidend ist dabei, ob ein bemittelter Rechtssuchender in der Lage des Unbemittelten vernünftigerweise einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hätte.

b) Die gebotene einzelfallbezogene Prüfung lässt eine Herausbildung von Regeln, nach denen der mittellosen Partei für bestimmte Verfahren immer oder grundsätzlich ein Rechtsanwalt beizuordnen ist, regelmäßig nicht zu. Ein Regel-Ausnahme-Verhältnis ist nach der gebotenen individuellen Bemessung deswegen nicht mit dem Gesetz vereinbar.

c) Das Verfahren kann sich für einen Beteiligten auch allein wegen einer schwierigen Sachlage oder allein wegen einer schwierigen Rechtslage so kompliziert darstellen, dass auch ein bemittelter Beteiligter einen Rechtsanwalt hinzuziehen würde. Jeder der genannten Umstände kann also die Beiordnung eines Rechtsanwalts erforderlich machen.

d) Die Erforderlichkeit zur Beiordnung eines Rechtsanwalts beurteilt sich auch nach den subjektiven Fähigkeiten des betroffenen Beteiligten.

e) Auch wenn der Grundsatz der Waffengleichheit kein allein entscheidender Gesichtspunkt für die Beiordnung eines Rechtsanwalts im Rahmen der Verfahrenskostenhilfe mehr ist, kann der Umstand der anwaltlichen Vertretung anderer Beteiligter ein Kriterium für die Erforderlichkeit zur Beiordnung eines Rechtsanwalts wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage sein.

BGH, Beschluss vom 23. Juni 2010 - XII ZB 232/09 - OLG Düsseldorf
AG Oberhausen

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 23. Juni 2010 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, die Richterin Weber-Monecke und die Richter Dose, Dr. Klinkhammer und Dr. Günter

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des 8. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. Dezember 2009 aufgehoben.

Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Amtsgerichts Oberhausen vom 5. November 2009 abgeändert. Dem Antragsteller wird im Rahmen der für das erstinstanzliche Verfahren bewilligten Verfahrenskostenhilfe Rechtsanwalt G. M. in O. beigeordnet.

Die Entscheidung ergeht gerichtsgebührenfrei. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

Streitwert: 3.000 €

Gründe:

I.

1 Der Beteiligte zu 1 (im Folgenden: Vater) und die Beteiligte zu 2 (im Folgenden: Mutter) sind geschiedene Eheleute. Sie streiten um das Umgangsrecht des Vaters mit ihren im Februar 1999 und Mai 2000 geborenen Kindern.

2 In einem gerichtlichen Vergleich vom 17. April 2009 hatten die Eltern ein Umgangsrecht des Vaters mit den beiden Kindern im zweiwöchigen Turnus - jeweils von freitags 16 Uhr bis sonntags 16 Uhr - vereinbart. Die Besuchszeiten konnten tagsüber auch in Anwesenheit der Lebensgefährtin des Vaters verbracht werden, während die Übernachtungen ohne die Lebensgefährtin in der Wohnung des Vaters stattfinden sollten. Nach Abschluss des Vergleichs zog der Vater mit seiner Lebensgefährtin zusammen. Er begehrt nunmehr Abänderung des Vergleichs und ein Umgangsrecht, das sich vierzehntägig auf jeweils samstags und sonntags von 10 bis 18 Uhr erstreckt.

3 Das Amtsgericht hat dem Vater ratenfreie Verfahrenskostenhilfe bewilligt, den Antrag auf Beiordnung eines Rechtsanwalts aber abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde des Vaters gegen die Abweisung seines Antrags auf Beiordnung eines Rechtsanwalts zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Rechtsbeschwerde des Vaters.

II.

4 Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 1 FamFG statthaft, weil das Beschwerdegericht sie wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen hat. Daran ist der Senat gemäß § 70 Abs. 2 Satz 2 FamFG gebunden. Die Rechtsbeschwerde ist auch im Übrigen zulässig und begründet.

5 1. In Familiensachen, die weder Ehesachen noch Familienstreitsachen sind (vgl. §§ 112 f. FamFG), ergibt sich ein Anspruch auf Verfahrenskostenhilfe aus den §§ 76 ff. FamFG. § 76 Abs. 1 FamFG ordnet die entsprechende Anwendung der Vorschriften der Zivilprozessordnung über die Prozesskostenhilfe

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

an, soweit in den nachfolgenden Vorschriften nichts Abweichendes bestimmt ist.

6 a) Die Voraussetzungen der Beiordnung eines Rechtsanwalts im Rahmen einer bewilligten Verfahrenskostenhilfe sind in § 78 FamFG gesondert geregelt. Die Vorschrift unterscheidet ausdrücklich zwischen Verfahren mit Anwaltszwang (§ 78 Abs. 1 FamFG) und Verfahren, in denen eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht vorgeschrieben ist (§ 78 Abs. 2 FamFG). Nur wenn die Vertretung durch einen Rechtsanwalt vorgeschrieben ist, wird dem Beteiligten nach § 78 Abs. 1 FamFG stets ein zur Vertretung bereiter Rechtsanwalt seiner Wahl beigeordnet. Ist eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt hingegen nicht vorgeschrieben, wird dem Beteiligten auf seinen Antrag ein zur Vertretung bereiter Rechtsanwalt seiner Wahl nach § 78 Abs. 2 FamFG nur beigeordnet, "wenn wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint". Für die regelmäßig nicht streng kontradiktorisch geprägten Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat die Vorschrift die Regelung in § 121 Abs. 2 2. Alt. ZPO, wonach in Zivilsachen die Beiordnung eines Anwalts geboten ist, wenn auch ein anderer Beteiligter anwaltlich vertreten ist, ausdrücklich nicht übernommen (BT-Drucks. 16/6308 S. 214).

7 b) Nach § 114 Abs. 1 FamFG müssen sich die Ehegatten in Ehe- und Folgesachen sowie die Beteiligten in selbständigen Familienstreitsachen durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. In den übrigen Familiensachen ist die Vertretung durch einen Rechtsanwalt vor dem Familiengericht und dem Oberlandesgericht nicht zwingend vorgeschrieben. Auch in Kindschaftssachen, zu denen nach § 151 Nr. 2 FamFG Verfahren über das Umgangsrecht zählen, richtet sich die Beiordnung eines Rechtsanwalts also nach § 78 Abs. 2 FamFG.

8 2. Unter welchen Voraussetzungen nach § 78 Abs. 2 FamFG wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich ist, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

9 a) Teilweise wird unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung ein sehr enger Maßstab für die Beiordnung eines Rechtsanwalts nach § 78 Abs. 2 FamFG vertreten. Die Beiordnung richte sich nach der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage, sei also allein nach objektiven Kriterien zu beurteilen. Auch die Schwere des Eingriffs in die Rechte eines Beteiligten erfülle die Voraussetzungen für die Beiordnung eines Rechtsanwalts im Rahmen einer bewilligten Verfahrenskostenhilfe regelmäßig nicht. Unzureichende persönliche Fähigkeiten des Antragstellers könnten eine Beiordnung nicht begründen. Ob der Antragsteller in rechtlichen Angelegenheiten unbewandert sei, sei angesichts der bestehenden Amtsermittlungspflicht ohne Belang (KG Berlin - 19 WF 136/09 - veröffentlicht bei juris; Götsche FamRZ 2009, 383, 386 f.; Prütting/Helms/Stößer FamFG § 78 Rdn. 3 f.; Horndasch/Viefhues/Götsche FamFG § 78 Rdn. 26 ff., 33; Thomas/Putzo/Reichold ZPO 30. Aufl. § 78 FamFG Rdn. 3).

10 b) Eine andere Auffassung knüpft an die Rechtsprechung des Senats zur Prozesskostenhilfe in früheren Kindschaftssachen (jetzt Abstammungssachen) an (vgl. Senatsbeschlüsse vom 11. September 2007 - XII ZB 27/07 - FamRZ 2007, 1968 Tz. 7 ff. und vom 2. Juni 2010 - XII ZB 60/09 - zur Veröffentlichung bestimmt; OLG Frankfurt NJW 2007, 230 f.). Wegen der besonderen Bedeutung sei auch in Kindschaftssachen nach neuem Recht grundsätzlich die Beiordnung eines Rechtsanwalts erforderlich (OLG Schleswig FamRZ 2010, 826, 827; Bork/Jacoby/Schwab/Müther FamFG § 78 Rdn. 4).

11 c) Die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur beurteilt die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage im Sinne von § 78 Abs. 2 FamFG nicht allein nach objektiven Kriterien, sondern berücksichtigt daneben auch subjektive Umstände. Zu berücksichtigen sei auch die Fähigkeit der Beteiligten, sich mündlich oder schriftlich auszudrücken. Nur dies genüge dem aus dem Sozialstaats- und Rechtsstaatsprinzip folgenden Gebot der Gleichstellung von Bemittelten und Unbemittelten zur Verwirklichung eines effektiven Rechtsschutzes. Unter Berücksichtigung des Einzelfalles sei deswegen auch auf der Grundlage der gesetzlichen Neuregelung durch das FamFG von Bedeutung, in wieweit ein Beteiligter subjektiv in der Lage sei, seine Rechte und Interessen im Verfahren durchzusetzen, insbesondere, ob er in der Lage sei, sich mündlich und schriftlich auszudrücken (OLG Bremen - 4 WF 47/10 - veröffentlicht bei juris; OLG Hamburg - 10 WF 91/09 - veröffentlicht bei juris; OLG Hamburg - 12 WF 254/09 - veröffentlicht bei juris; OLG Zweibrücken NJW 2010, 1212, 1213; OLG Celle FamRZ 2010, 582; OLG Zweibrücken FamRZ 2010, 579, 580; Bahrenfuss/Wittenstein FamFG § 78 Rdn. 5 f.; Keidel/Zimmermann FamFG § 78 Rdn. 4; FamVerf/Gutjahr 2. Aufl. § 2 Rdn. 72 ff.; Musielak/Borth FamFG § 78 Rdn. 4).

12 3. Der Senat schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an.

13 a) Der Wortlaut des § 78 Abs. 2 FamFG spricht allerdings dafür, die Erforderlichkeit der Anwaltsbeiordnung nach objektiven Kriterien zu bemessen. Darauf stellt ausdrücklich auch die Gesetzesbegründung ab (BT-Drucks. 16/6308 S. 213 f.).

14 aa) Bei der gebotenen objektiven Bemessung der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage ist nach § 78 Abs. 2 FamFG nicht nur auf die Ermittlung der tatsächlichen Umstände, sondern auch auf die rechtliche Einordnung abzu-

stellen. Freilich kann sich das Verfahren für einen Beteiligten allein wegen einer schwierigen Sachlage oder allein wegen einer schwierigen Rechtslage so kompliziert darstellen, dass auch ein bemittelter Beteiligter einen Rechtsanwalt hinzuziehen würde. Anderes lässt sich auch der Gesetzesbegründung nicht entnehmen (vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 213 f.). Jeder der genannten Umstände, die Schwierigkeit der Sachlage oder die Schwierigkeit der Rechtslage, kann also für sich allein die Beiordnung eines Rechtsanwalts im Rahmen der bewilligten Verfahrenskostenhilfe erforderlich machen (OLG Düsseldorf FamRZ 2010, 580, 581; Schürmann FamRB 2009, 58, 60; Thomas/Putzo/Reichold ZPO 30. Aufl. § 78 FamFG Rdn. 3).

15 bb) Den Grundsatz der "Waffengleichheit" hat der Gesetzgeber allerdings bewusst nicht aus § 121 Abs. 2 2. Alt. ZPO in die gesetzliche Neuregelung des § 78 Abs. 2 FamFG übernommen, weil die §§ 76 ff. FamFG nicht für streitige Ehesachen und Familienstreitsachen gelten (BT-Drucks. 16/6308 S. 214; OLG Celle NdsRpfl 2010, 171; FamVerf/Gutjahr 2. Aufl. § 2 Rdn. 73; Bahrenfuss/Wittenstein FamFG § 78 Rdn. 7; Horndasch/Viefhues/Götsche § 78 Rdn. 31 f.). In den verbleibenden Familiensachen sei das Gericht aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes nach § 26 FamFG ohnehin zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung verpflichtet. Dies gelte auch in Fällen, in denen die Beteiligten entgegen gesetzte Ziele verfolgen, wie etwa in Umgangsverfahren (BT-Drucks. 16/6308 S. 214). Nach diesem Willen des Gesetzgebers kann im familiengerichtlichen Amtsermittlungsverfahren nicht - wie im Zivilprozess - stets vom Grundsatz notwendiger Waffengleichheit ausgegangen werden. Auch wenn andere Beteiligte anwaltlich vertreten sind, führt dies nicht notwendig zur Beiordnung eines Rechtsanwalts im Rahmen der bewilligten Verfahrenskostenhilfe.

16 Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht bereits wiederholt darauf hingewiesen, dass ein pauschaliertes Abstellen auf den Amtsermittlungsgrundsatz gegen das Prinzip der Rechtsschutzgleichheit verstößt (BVerfG NZS 2002, 420; NJW-RR 2007, 1713, 1714 und Beschluss vom 6. Mai 2009 - 1 BvR 439/08 - veröffentlicht bei juris Tz. 20). Auch die Rolle eines Beteiligten im familiengerichtlichen Amtsverfahren kann nicht darauf reduziert werden, einerseits Sachanträge zu stellen, um im Folgenden mangels eigener Fähigkeiten zur Verfahrensgestaltung Objekt des Verfahrens zu sein. Als Verfahrenssubjekt mit persönlichen Rechten und Pflichten werden die beteiligten Eltern weder durch den Amtsermittlungsgrundsatz ihrer Mitwirkungs- und Verfahrensförderungsmöglichkeit enthoben, noch durch einen Verfahrensbeistand der betroffenen Kinder ausreichend vertreten. Denn die Eltern verfolgen mit ihren Anträgen auch eigene Rechte von Verfassungsrang (vgl. auch OLG Zweibrücken NJW 2010, 1212, 1213).

17 Selbst wenn der Grundsatz der Waffengleichheit nach dem Willen des Gesetzgebers kein allein entscheidender Gesichtspunkt für die Beiordnung eines Rechtsanwalts sein soll, kann der Umstand der anwaltlichen Vertretung anderer Beteiligter gleichwohl ein Kriterium für die Erforderlichkeit zur Beiordnung eines Rechtsanwalts wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage sein (OLG Bremen - 4 WF 47/10 - veröffentlicht bei juris; OLG Celle MDR 2010, 392; Keidel/Zimmermann FamFG 16. Aufl. § 78 Rdn. 17).

18 cc) Die Erforderlichkeit der anwaltlichen Vertretung beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalles. Die gebotene einzelfallbezogene Prüfung lässt eine Herausbildung von Regeln, nach denen der mittellosen Partei für bestimmte Verfahren immer oder grundsätzlich ein Rechtsanwalt beizuordnen ist, nur in engen Grenzen zu.

19 Zwar hat der Senat zum früheren Recht entschieden, dass im Vaterschaftsfeststellungsverfahren jedenfalls dann, wenn die Parteien entgegengesetzte Ziele verfolgen, bereits die existenzielle Bedeutung der Sache die Beiordnung eines Rechtsanwalts nahelegen kann (Senatsbeschlüsse vom 11. September 2007 - XII ZB 27/07 - FamRZ 2007, 1968 und vom 2. Juni 2010 - XII ZB 60/09 - zur Veröffentlichung bestimmt). Diese Rechtsprechung kann - entgegen der abweichenden Auffassung - auf das neue Verfahrensrecht nach dem FamFG allerdings nicht in gleicher Weise übertragen werden. Denn die Schwere des Eingriffs in die Rechte eines Beteiligten soll nach der Gesetzesbegründung die Voraussetzungen für die Beiordnung eines Rechtsanwalts im Rahmen der bewilligten Verfahrenskostenhilfe nicht mehr erfüllen (BT-Drucks. 16/6308 S. 2214). Ob ein vom allgemeinen Zivilprozess und auch vom Familienverfahren stark abweichendes Verfahren eine besonders schwierige Rechtslage begründen kann (vgl. zu § 121 Abs. 2 ZPO Senatsbeschlüsse vom 11. September 2007 - XII ZB 27/07 - FamRZ 2007, 1968 und vom 2. Juni 2010 - XII ZB 60/09 - zur Veröffentlichung bestimmt), kann hier dahinstehen.

20 Denn mit den für und gegen alle wirkenden Statussachen sind die Kindschaftssachen und insbesondere die Umgangsrechtsverfahren nicht vergleichbar. Zwar werden auch bei Umgangsrechtsstreitigkeiten Grundrechtspositionen der Eltern und des Kindes berührt, und der Umgangsberechtigung kann im Einzelfall existenzielle Bedeutung für einen der Beteiligten zukommen. Die Schwere des Eingriffs soll nach der gesetzlichen Neuregelung allerdings kein Kriterium für eine Anwaltsbeiordnung bilden. Sie rechtfertigt auch nicht den Schluss, dass sich ein bemittelter Rechtssuchender bei Umgangsstreitigkeiten vernünftigerweise stets oder doch nahezu ausnahmslos anwaltlichen Beistands versichert hätte. Daraus lässt sich weder generell noch als Regel herleiten, dass Umgangsstreitigkeiten besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art mit sich bringen und deshalb ausnahmslos oder doch im Regelfall die Beiord-

nung eines Rechtsanwalts erfordern. Ein Regel-Ausnahme-Verhältnis ist nach der gebotenen individuellen Bemessung deswegen nicht mit dem Gesetz vereinbar (Senatsbeschluss vom 18. Februar 2009 - XII ZB 137/08 - FamRZ 2009, 857 Tz. 10; OLG Düsseldorf FamRZ 2010, 580, 581).

21 b) Neben den objektiven Umständen sind bei der Bemessung der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage i.S. von § 78 Abs. 2 FamFG aber auch subjektive Umstände des betreffenden Beteiligten zu berücksichtigen. Zwar nennt die Gesetzesbegründung solche subjektiven Kriterien für die Beurteilung der Erforderlichkeit einer Anwaltsbeiordnung nicht ausdrücklich; sie schließt diese aber auch nicht aus (BT-Drucks. 16/6308 S. 213 f.).

22 aa) Die Vorschrift des § 121 Abs. 2 ZPO, die in den bis August 2009 eingeleiteten Verfahren (vgl. insoweit Art. 111 FGG-RG) auch Rechtsgrundlage für die Anwaltsbeiordnung in Familiensachen ist, sieht in Verfahren ohne Anwaltszwang eine Beiordnung vor, wenn die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint. Die danach notwendige Einzelfallprüfung setzt nach ständiger Rechtsprechung des Senats eine konkrete, an den objektiven wie subjektiven Gegebenheiten des konkreten Falles orientierte Notwendigkeitsprüfung voraus (Senatsbeschluss vom 18. Februar 2009 - XII ZB 137/08 - FamRZ 2009, 857 Tz. 11). Maßgebend sind daher neben Umfang und Schwierigkeit der Rechtssache auch die Fähigkeit des Beteiligten, sich mündlich oder schriftlich auszudrücken (Senatsbeschluss vom 18. Februar 2009 - XII ZB 137/08 - FamRZ 2009, 857 Tz. 9).

23 Diese Rechtsprechung des Senats beruht auf der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach für die Anwaltsbeiordnung im Rahmen einer bewilligten Verfahrenskostenhilfe entscheidend darauf abzustellen ist, ob ein bemittelter Rechtssuchender in der Lage des Unbemittelten ver-

nünftigerweise einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hätte. Dem aus dem Sozialstaats- und Rechtsstaatsprinzip folgenden Gebot der weitestgehenden Gleichstellung von Bemittelten und Unbemittelten trägt die Entscheidung über die Beiordnung eines Rechtsanwalts deswegen nur dann Rechnung, wenn sie auch die subjektiven Umstände des konkreten Einzelfalles einbezieht. Für die Entscheidung ist somit regelmäßig neben dem Umfang und der Schwierigkeit der konkreten Sache auch die Fähigkeit des Beteiligten maßgeblich, sich mündlich oder schriftlich auszudrücken (BVerfG NJW-RR 2007, 1713, 1714; vgl. auch BVerfGE 63, 380, 394).

24 bb) Im Hinblick auf diese eindeutige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber mit der ausdrücklichen Bezeichnung objektiver Kriterien für die Anwaltsbeiordnung (BT-Drucks. 16/6308 S. 214) die von Verfassungs wegen für eine solche Entscheidung auch vorgegebenen subjektiven Kriterien ausschließen wollte. Die Vorschrift lässt deswegen eine verfassungskonforme Auslegung in dem Sinne zu (vgl. insoweit Senatsurteil vom 24. Juni 2009 - XII ZR 161/08 - FamRZ 2009, 2744 Tz. 28 ff.), dass auch die persönlichen Fähigkeiten des Beteiligten zu berücksichtigen sind (vgl. auch OLG Rostock - 10 WF 248/09 - veröffentlicht bei juris).

25 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 (BVerfG NJW 1997, 2103, 2104; NJW-RR 2007, 1713, 1714 und Beschluss vom 6. Mai 2009 - 1 BvR 439/08 - veröffentlicht bei juris Tz. 17). Auch ein bemittelter Verfahrensbeteiligter beurteilt die Notwendigkeit zur Beauftragung eines Rechtsanwalts unter Berücksichtigung seiner eigenen subjektiven Fähigkeiten. Die Erforderlichkeit zur Beiordnung eines Rechtsanwalts im Rah-

men der bewilligten Verfahrenskostenhilfe beurteilt sich also auch nach den subjektiven Fähigkeiten des betroffenen Beteiligten (OLG Bremen - 4 WF 47/10 - veröffentlicht bei juris; OLG Hamburg - 10 WF 91/09 - veröffentlicht bei juris; OLG Hamburg - 12 WF 254/09 - veröffentlicht bei juris; OLG Zweibrücken NJW 2010, 1212, 1213; Bahrenfuss/Wittenstein FamFG § 78 Rdn. 5; Keidel/Zimmermann FamFG 16. Aufl. § 78 Rdn. 4; FamVerf/Gutjahr 2. Aufl. § 2 Rdn. 75).

26 3. Auf dieser gesetzlichen Grundlage haben die Instanzgerichte die Beiordnung eines Rechtsanwalts im Rahmen der dem Antragsteller bewilligten Verfahrenskostenhilfe zu Unrecht abgelehnt.

27 a) § 78 Abs. 2 FamFG verlangt, dass die Beiordnung eines Rechtsanwalts im Einzelfall erforderlich ist. Dies setzt eine konkrete, an den objektiven wie subjektiven Gegebenheiten des konkreten Falles orientierte Notwendigkeitsprüfung voraus. Diese dem Tatrichter vorbehaltene Prüfung wird nicht dadurch entbehrlich oder erleichtert, dass für die Erforderlichkeit der Beiordnung pauschal auf den einfachen, mittleren oder hohen Schwierigkeitsgrad einer Verfahrensart abgestellt wird. Auch lässt das Erforderlichkeitskriterium für Regel-Ausnahme-Sätze bei Kindschaftssachen schon im Hinblick auf die Vielfalt der Lebenssachverhalte keinen Raum.

28 b) Entgegen der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts ist die Sach- und Rechtslage hier bereits aus objektiver Sicht nicht einfach gelagert.

29 Zwar hatte der Vater sogar eine Reduzierung des in dem gerichtlichen Vergleich eingeräumten Umgangsrechts beantragt. Allerdings hatte die Mutter das Umgangsrecht unter Hinweis auf ein belastetes Verhältnis der Kinder zur Lebensgefährtin des Vaters völlig abgelehnt. Auch die beantragte Reduzierung des Umgangsrechts, gegenüber der nach Auffassung des Oberlandesgerichts

von vornherein geringerer Widerstand zu erwarten sei, hatte die Mutter unter Hinweis auf eine ablehnende Haltung der Kinder abgelehnt, zumal ein kurzes Umgangsrecht "nichts bringe". Ob die Ablehnung des Umgangs mit der Lebensgefährtin des Vaters auf dem Willen der Kinder beruht oder von der Mutter beeinflusst ist, haben die Instanzgerichte nicht ausreichend geklärt. Schließlich hatte die Mutter ein gemeinsames Gespräch im Jugendamt an den Nachweis des Umzugs des Vaters geknüpft und somit eine einvernehmliche Lösung verhindert. Selbst die Eignung der Wohnräume des Vaters zur Ausübung des Umgangsrechts mit Übernachtung hatte die anwaltlich vertretene Mutter in Frage gestellt.

30 Zwar hat die Mutter im Beschwerdeverfahren auf eine jetzt bestehende Bereitschaft der Kinder zu Umgangskontakten mit Übernachtungen beim Vater hingewiesen. Sie hat aber auch auf fortdauernde Auseinandersetzungen der Eltern hingewiesen, die eine einvernehmliche Regelung erschweren. Ob dies allein eine Anwaltsbeiordnung erfordert, kann hier allerdings dahinstehen.

31 c) Entscheidend für die Erforderlichkeit der Beiordnung eines Rechtsanwalts im Rahmen der bewilligten Verfahrenskostenhilfe sind hier die subjektiven Umstände beim Vater.

32 Der Vater hatte bereits zu Beginn des Verfahrens und auch gegenüber dem Jugendamt auf eine bestehende "Stoffwechselerkrankung im Gehirn" hingewiesen, die der Mutter bekannt sei. Weil der Gesundheitszustand des Vaters als subjektiver Umstand für die Entscheidung über die Beiordnung eines Rechtsanwalts nicht unerheblich ist, hätten das Amtsgericht und das Oberlandesgericht auf die ausdrücklichen Bitten des Vaters rechtliche Hinweise erteilen müssen. Denn der Vater hatte angeboten, auf einen Hinweis des Gerichts weitere Beweise - beispielsweise Atteste - vorzulegen. Dieser Hinweispflicht aus

§ 28 FamFG sind die Instanzgerichte nicht in der gebotenen Weise nachgekommen. Die Rechtsbeschwerde rügt deswegen zu Recht, dass der Vater die erst im Rechtsbeschwerdeverfahren vorgelegte ärztliche Bescheinigung zur näheren Konkretisierung seiner Erkrankung schon in erster Instanz vorgelegt hätte und der Inhalt deswegen auch jetzt noch berücksichtigt werden muss. Nach dem Inhalt der ärztlichen Bescheinigung leidet der Vater an einer Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis.

33 Im Hinblick auf diese schwere Erkrankung des Vaters und das persönlich stark belastete Verhältnis der Eltern, das zu einer Ablehnung des Umgangsrechts durch die Mutter geführt hatte, hätte das Amtsgericht dem Vater im

Rahmen der bewilligten Verfahrenskostenhilfe auch einen Rechtsanwalt beiordnen müssen. Weil insoweit nicht mehr mit weiteren Feststellungen zur Erforderlichkeit der Beiordnung eines Rechtsanwalts zu rechnen ist, kann der Senat die Entscheidung nachholen und dem Vater für die erste Instanz seinen Verfahrensbevollmächtigten beiordnen.

Hahne Weber-Monecke Dose

Klinkhammer Günter

Vorinstanzen:
AG Oberhausen, Entscheidung vom 05.11.2009 - 55 F 1272/09 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 10.12.2009 - II-8 WF 211/09 -