

Konkludente Bestellung eines Verfahrensbeistandes

Orientierungssatz

1. Auch wenn die Bestellung eines Verfahrensbeistands aus Gründen der Rechtsklarheit besser förmlich erfolgen sollte, ist eine konkludente Bestellung durch das Gericht möglich. Erforderlich dafür ist, dass das Gericht dem Verfahrensbeistand eine Einflussnahme auf das Verfahren ermöglichen will und dies zumindest konkludent zum Ausdruck bringt (vgl. zur konkludenten Hinzuziehung eines Kann-Beteiligten im Betreuungsrecht BGH, Beschluss vom 13.03.2019 - XII ZB 523/18, FamRZ 2019, 915, Rn.7).

2. Eine nach Verfahrensabschluss erfolgte förmliche Bestellung entfaltet keine Wirkungen, ebenso wenig wie der Aufgabenkreis des Verfahrensbeistands nach Verfahrensabschluss noch erweitert werden kann (Anschluss an OLG München, Beschluss vom 19.08.2015 - 11 WF 1028/15, FamRZ 2016, 160; OLG Oldenburg, Beschluss vom 21.04.2015 - 4 WF 30/15, MDR 2016, 774, Rn. 6).

3. Wenn zum Zeitpunkt der konkludenten Bestellung keine anderen Anhaltspunkte erkennbar sind, richtet sich die Höhe der Vergütung des Verfahrensbeistands nach dem originären Aufgabenkreis des § 158 Abs. 7 S. 2 FamFG.

Verfahrensgang

vorgehend AG Hanau, 30. Juni 2020, 64 F 1459/19 EASO, Beschluss

Tenor

Auf die Beschwerde vom 10.07.2020 wird der Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Hanau vom 30.06.2020 - unter der Zurückweisung der Beschwerde im Übrigen - wie folgt abgeändert:

Aufgrund seines Antrags vom 13.04.2020 wird der zu erstattende Anspruch des Verfahrensbeistandes, Herrn X, für seine Tätigkeit aus der Staatskasse auf

1.400,- Euro

festgesetzt. Im Übrigen wird der Vergütungsantrag vom 13.04.2020 zurückgewiesen.

Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden nicht erhoben. Außergerichtliche Auslagen werden nicht erstattet.

Der Wert des Beschwerdegegenstands wird auf 2.200,- Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Der Verfahrensbeistand wurde in dem Hauptsacheverfahren zur elterlichen Sorge für alle vier Kinder mit erweitertem Aufgabenkreis zum Verfahrensbeistand bestellt, wobei seine Berufsmäßigkeit festgestellt wurde. In diesem Hauptsacheverfahren fand am 13.09.2019 mit den Kindeseltern, dem Jugendamt und dem Verfahrensbeistand ein Erörterungstermin statt. In dem Termin wurde der Erlass einer einstweiligen Anordnung erörtert. Das Amtsgericht kündigte im Rahmen dieser Erörterung an, dass ein EASO-Verfahren eröffnet werde und welche konkrete einstweilige Regelung beabsichtigt ist. Mit dem Protokoll des Termins wurde eine neue EASO-Akte angelegt. Am Schluss der Sitzung verkündete das Gericht einen Beschluss im EASO-Verfahren mit der angekündigten einstweiligen Regelung. Im Rubrum der Entscheidung ist der Verfahrensbeistand nicht ausgeführt. Dieser Beschluss vom 13.09.2019 wurde am 14.10.2019 auch dem Verfahrensbeistand zugestellt. Mit Beschluss vom 17.10.2019 bestellte das Amtsgericht den Verfahrensbeistand im EASO-Verfahren zu dem Verfahrensbeistand aller vier Kinder mit erweitertem Aufgabenkreis und stellte die Berufsmäßigkeit des Tätigwerdens fest.

Mit Schriftsatz vom 13.04.2020 beantragte der Verfahrensbeistand die Festsetzung der Vergütung in Höhe von 2.200,- Euro.

Die Bezirksrevisorin erhob mit Schriftsatz vom 23.04.2020 Einwendungen gegen die Festsetzung, weil die Bestellung erst nach Erlass des EA-Beschlusses erfolgte und keine Tätigkeiten des Verfahrensbeistands im vorliegenden Verfahren erkennbar seien.

Der Verfahrensbeistand teilte mit Schriftsatz vom 28.05.2020 mit, dass terminsvorbereitend mit den Kindern und den Eltern auch über den Erlass einer möglichen einstweiligen Anordnung gesprochen worden sei und der Beschluss selbst auch besprochen worden sei.

Die Bezirksrevisorin entgegnete, dass die Tätigkeit nicht mehr erfolgen könne, wenn das Verfahren bereits abgeschlossen sei.

Mit dem angefochtenen Beschluss setzte das Amtsgericht die Vergütung wie beantragt fest und bezog sich auf die vorgetragene Tätigkeiten des Verfahrensbeistands im EA-Verfahren.

Der Beschluss wurde der Bezirksrevisorin am 06.07.2020 zugestellt.

Mit der am 16.07.2020 beim Amtsgericht eingegangenen Beschwerde wiederholt und vertieft die Bezirksrevisorin ihren Vortrag, dass der Verfahrensbeistand vorliegend keine Tätigkeiten nach Erlass des Beschlusses zur Verfahrensbeistandschaft entfaltet habe und beantragt,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und den Antrag zurückzuweisen.

Das Amtsgericht half der Beschwerde nicht ab und legte die Sache dem Senat zur Entscheidung vor.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, §§ 58 ff. FamFG, insbesondere ist der Beschwerdewert nach § 61 FamFG erreicht.

Die Beschwerde hat in der Sache teilweise Erfolg. Die Angriffe der Bezirksrevisorin verkennen, dass der Verfahrensbeistand bereits vor dem förmlichen Beschluss vom 17.10.2019 konkludent zum Verfahrensbeistand für das Verfahren bestellt worden war, aber nur mit originärem Aufgabenkreis.

Die Festsetzung der Vergütung des berufsmäßigen Verfahrensbeistands ist nach §§ 158 Abs. 7 S. 6, 168 Abs. 1 S. 1 FamFG durch Beschluss festzusetzen, wenn - wie vorliegend aufgrund der Angriffe der Bezirksrevisorin - die Auszahlung der Vergütung nicht ohne besondere vorherige Festsetzung nach §§ 158 Abs. 7 S. 6, 168 Abs. 1 S. 4 FamFG erfolgt.

Voraussetzung für die Festsetzung der Vergütung ist, dass die antragstellende Person wirksam zum berufsmäßigen Verfahrensbeistand bestellt wurde. Die Vergütung wird sodann fällig, wenn die bestellte Person in irgendeiner Weise im Kindesinteresse tätig geworden ist (BGH, Beschluss vom 27.11.2013 - XII ZB 682/12, FamRZ 2014, 373, Rn. 17; BGH, Beschluss vom 01.08.2012 - XII ZB 456/11, FamRZ 2012, 1630, Rn. 18; BGH, Beschluss vom 19.01.2011 - XII ZB 400/10, FamRZ 2011, 558, Rn. 7; BGH, Beschluss vom 15.09.2010 - XII ZB 268/10, FamRZ 2010, 1896, Rn. 30).

Zwar erfolgt die Bestellung eines Verfahrensbeistands in der Regel durch gerichtlichen Beschluss. Ein solcher Beschluss ist aus Gründen der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit auch zu empfehlen. Denn (erst) durch die Bestellung erhält der Verfahrensbeistand die Rolle eines Beteiligten des Verfahrens, § 158 Abs. 3 S. 2 FamFG mit den entsprechenden Rechten und Pflichten eines Beteiligten (vgl. dazu Köhler in: Heilmann, Praxiskommentar Kindschaftsrecht, 2. Auflage 2020, § 7 FamFG Rn. 2). Die Höhe der Vergütung gemäß § 158 Abs. 7 FamFG hängt davon ab, ob der Verfahrensbeistand nach der Bestellung das Amt berufsmäßig führt und er so nach Fallpauschalen abrechnet (§ 158 Abs. 7 S. 2, S. 3 FamFG) oder ob er es nicht berufsmäßig führt und die tatsächlichen Aufwendungen ersetzt bekommt (§§ 158 Abs. 7 S. 1, 277 Abs. 1 FamFG, 1835 Abs. 1, Abs. 2 BGB). Schließlich ist an den Beststellungsakt die Frage geknüpft, ob der erweiterte Aufgabenkreis gemäß § 158 Abs. 4 S. 3 FamFG angeordnet wurde und der berufsmäßige

Verfahrensbeistand deswegen die erhöhte Vergütung nach § 158 Abs. 7 S. 3 verlangen kann oder ob dies - wie im gesetzlichen Regelfall - nicht geschehen ist und der Verfahrensbeistand nur die Regelvergütung nach § 158 Abs. 7 S. 2 FamFG verlangen kann.

Hier erfolgte durch das Amtsgericht auch eine förmliche Bestellung durch den Beschluss vom 17.10.2019. Jedoch erfolgte diese erst mehrere Wochen nach der Entscheidung in der Sache. Mit dem Erlass der Entscheidung war das Verfahren der einstweiligen Anordnung beendet. Genauso wenig wie eine Bestellung eines Verfahrensbeistands rückwirkend möglich ist (OLG München, Beschluss vom 19.08.2015 - 11 WF 1028/15, FamRZ 2016, 160), kann eine Bestellung nach Abschluss des Verfahrens noch Wirkung entfalten oder der Aufgabenkreis des Verfahrensbeistands nach Abschluss des Verfahrens noch erweitert werden (OLG Oldenburg, Beschluss vom 21.04.2015 - 4 WF 30/15, MDR 2016, 774, Rn. 6; Lorenz in: Zöller, ZPO, 33. Auflage 2020, § 158 FamFG Rn. 3).

Jedoch erfolgte mit der Erörterung des Erlasses der einstweiligen Anordnung und der Zustellung des Beschlusses an den Verfahrensbeistand eine konkludente Bestellung des Verfahrensbeistands als berufsmäßigem Verfahrensbeistand mit originärem Aufgabenkreis.

Auch unter Berücksichtigung der Wirkungen der Bestellung des Verfahrensbeistands bedarf diese keiner besonderen Form, sondern sie kann auch konkludent erfolgen (OLG Brandenburg, Beschluss vom 08.08.2018 - 13 WF 125/18, FamRZ 2018, 1855; OLG Schleswig, Beschluss vom 19.04.2016 - 15 WF 170/15, FamRZ 2016, 1695; OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.11.2014 - 7 UF 1819/13, ZKJ 2015, 77; Hammer in: Prütting/Helms, FamFG, 4. Auflage 2018, § 158 Rn. 30; Engelhardt in: Keidel, FamFG, 20. Auflage 2020, § 158 Rn. 36; Borth/Grandel in: Musielak/Borth, FamFG, 6. Auflage 2018, § 158 Rn. 12; Schlünder in: BeckOK FamFG, 35. Edition, Stand 01.07.2020, § 158 Rn. 32; Lorenz in: Zöller, ZPO, 33. Auflage 2020, § 158 FamFG Rn. 3; Ziegler in: Schulte-Bunert/Weinreich, Kommentar des FamFG, 6. Auflage 2020, § 158 Rn. 24; so auch zum vergleichbaren Verfahrenspfleger nach § 276 FamFG: Günter in: BeckOK FamFG, 35. Edition, Stand 01.07.2020, § 276 Rn. 18; ohne eigene inhaltliche Positionierung: Schumann in: MüKo FamFG, 3. Auflage 2018, § 158 Rn. 21; Keuter in: Heilmann, Praxiskommentar Kindschaftsrecht, § 158 FamFG Rn. 26; a.A. nur in Ausnahmefällen: OLG München, Beschluss vom 19.08.2015 - 11 WF 1028/15, FamR 2016, 160; a.A. stets förmlicher Beschluss nötig: Bumiller in: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Auflage 2019, § 158 Rn. 15; Kemper in: Saenger, ZPO, 8. Auflage 2019, § 158 FamFG Rn. 13; Dürbeck in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, Stand 22.07.2020, § 1684 Rn. 426).

Es ist allgemein anerkannt, dass die Hinzuziehung von Beteiligten auch konkludent erfolgen kann, etwa durch das Übersenden von Schriftstücken oder die Ladung zu Terminen (so auch die Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 3 S. 2 FamFG, BT-Drs. 16/6308, S. 179; BGH, Beschluss vom 28.09.2016 - XII ZB 251/16, FamRZ 2017, 50, Rn. 14 zur Hinzuziehung des Jugendamts als Beteiligter nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG; BGH, Beschluss vom 09.04.2014 - XII ZB 595/13, FamRZ 2014, 1099, Rn. 11 zu § 303 Abs. 2 Nr. 1 FamFG).

Für das Betreuungsverfahren hat der BGH (Beschluss vom 13.03.2019 - XII ZB 523/18, FamRZ 2019, 915, Rn. 7 f.) dabei für die konkludente Beteiligung ausgeführt:

„die Nichterwähnung im Entscheidungsrubrum [steht] einer tatsächlichen Hinzuziehung nicht entgegen... Andererseits genügt die bloße Bekanntgabe der die Instanz abschließenden Entscheidung für eine Beteiligung ...nicht. Denn eine Beteiligung setzt notwendigerweise die Möglichkeit voraus, dass die beteiligte Person - in welcher Art und Weise auch immer - auf das Verfahren in derselben Instanz Einfluss nehmen kann... Erforderlich ist mithin, dass das Gericht dem Beteiligten eine solche Einflussnahme ermöglichen will und dies zumindest konkludent zum Ausdruck bringt. Es bedarf daher immer eines vom Gericht gewollten Hinzuziehungsaktes, unabhängig davon, ob es sich um einen Muss-Beteiligten im Sinne von § 271 Abs. 1 FamFG oder ... um einen Kann-Beteiligten nach § 274 Abs. 4 FamFG handelt.“

Für Kindschaftssachen und den Verfahrensbeistand als Beteiligtem kraft gerichtlicher Bestellung gelten diese Ausführungen entsprechend.

Das Amtsgericht hat hier dadurch, dass es den Erlass einer konkreten Regelung einer einstweiligen Anordnung zum Sorgerecht im Termin mit dem Verfahrensbeistand erörtert und dem Verfahrensbeistand den diesbezüglichen Beschluss zugestellt hat, zum Ausdruck gebracht, dass es

dem Verfahrensbeistand eine Einflussnahme auf das Verfahren in erster Instanz ermöglichen will und den Verfahrensbeistand so bereits am 13.09.2019 konkludent zum Verfahrensbeistand bestellt. Aus den in der Person des Verfahrensbeistands liegenden Gründen ergibt sich dabei, dass diese Verfahrensbeistandsbestellung berufsmäßig erfolgte, weil gerichtsbekannt ist, dass der Verfahrensbeistand mehr als zehn Verfahrensbeistandschaften führt (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 VBVG).

Der Verfahrensbeistand wurde mit der Erörterung der einstweiligen Anordnung im Termin auch nach konkludenter Bestellung im Kindesinteresse tätig.

Die Höhe der Vergütung richtet sich dabei nach dem originären Aufgabenkreis, nicht dem erweiterten Aufgabenkreis des § 158 Abs. 4 S. 3 FamFG mit der Folge, dass der Verfahrensbeistand für jedes Kind nur 350,- Euro gemäß § 158 Abs. 7 S. 2 FamFG, nicht 550,- Euro gemäß § 158 Abs. 7 S. 3 FamFG abrechnen kann. Der originäre Aufgabenkreis ist der gesetzliche Regelfall. Im Zeitpunkt der konkludenten Bestellung gab es keine Anhaltspunkte dafür, dass das Gericht irgendwie zum Ausdruck gebracht hat, dass es dem Verfahrensbeistand weitere Aufgaben nach § 158 Abs. 4 S. 3 FamFG übertragen möchte. Wenn aber keine Anhaltspunkte für einen erweiterten Aufgabenkreis vorliegen, ist der Verfahrensbeistand bei konkludenter Bestellung nur mit dem Regelsatz für den originären Aufgabenkreis zu vergüten (Keuter, FamRZ 2018, 14, 16; OLG Brandenburg, Beschluss vom 08.08.2018 - 13 WF 125/18, FamRZ 2018, 1855; OLG Schleswig, Beschluss vom 19.04.2016 - 15 WF 170/15, FamRZ 2016, 1695; OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.11. 2014 - 7 UF 1819/13, ZKJ 2015, 77).

Auch wenn mit förmlichem Beschluss vom 17.10.2019 noch eine Bestellung mit erweitertem Aufgabenkreis erfolgte, konnte dieser gemäß § 158 Abs. 3 S. 4 FamFG nicht isoliert anfechtbare Beschluss nach Abschluss des Verfahrens keine Wirkungen mehr entfalten (OLG Oldenburg, Beschluss vom 21.04.2015 - 4 WF 30/15, MDR 2016, 774, Rn. 6; Lorenz in: Zöller, ZPO, 33. Auflage 2020, § 158 FamFG Rn. 3). Wenn man die nachträgliche Festlegung des Aufgabenkreises nach Beendigung des Verfahrens zuließe, würde dies der dem Gericht zugeordneten Kontroll- und Steuerungsfunktion zuwiderlaufen. Hinzu kommt, dass im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit für alle Beteiligten rechtzeitig feststehen muss, ob und welche Ansprüche dem Verfahrensbeistand aufgrund seiner Bestellung erwachsen und welche Lasten mit der Bestellung für die Beteiligten und die Staatskasse verbunden sind (OLG Oldenburg, a.a.O.).

Einer Nichtabhilfeentscheidung hätte es nicht bedurft, weil es im Beschwerdeverfahren bei Endentscheidungen in Familiensachen gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 FamFG - anders als bei sofortigen Beschwerden nach §§ 567 ff. ZPO - keine Abhilfemöglichkeit des Ausgangsgerichts gibt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs. 1 FamFG. Die Entscheidung über den Beschwerdewert beruht auf § 40 FamGKG.

Wegen der grundsätzlichen Frage der konkludenten Bestellung eines Verfahrensbeistands und der Höhe der Vergütung eines Verfahrensbeistands bei nachträglicher Änderung des Aufgabenkreises durch förmlichen Bestellungsakt war die Rechtsbeschwerde zuzulassen.