



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 46/13

vom

12. Februar 2014

in der Kindschaftssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1836, 1915

Die nachträgliche rückwirkende Feststellung, dass ein Ergänzungspfleger die Pflegschaft berufsmäßig führt, kann auch in Altfällen, in denen das Bestellungsverfahren vor dem 1. September 2009 eingeleitet worden ist, nur im Bestellungsverfahren selbst und nicht im Vergütungsfestsetzungsverfahren getroffen werden (im Anschluss an Senatsbeschlüsse vom 8. Januar 2014 - XII ZB 354/13 - juris und vom 9. November 2005 - XII ZB 49/01 - FamRZ 2006, 111).

BGH, Beschluss vom 12. Februar 2014 - XII ZB 46/13 - OLG Frankfurt am Main  
AG Offenbach

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 12. Februar 2014 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Schilling, Dr. Günter, Dr. Nedden-Boeger und Dr. Botur

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der weiteren Beteiligten zu 3 (Staatskasse) wird der Beschluss des 5. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 10. Januar 2013 aufgehoben.

Die Beschwerden der weiteren Beteiligten zu 2 gegen die Beschlüsse des Amtsgerichts - Familiengericht - Offenbach am Main vom 16. Juni 2011 in der Form des Abhilfebeschlusses vom 14. September 2011 werden mit der folgenden klarstellenden Maßgabe zurückgewiesen:

Die der weiteren Beteiligten zu 2 aus der Staatskasse zu erstattenden Ansprüche für ihre Tätigkeit als Ergänzungspflegerin werden unter Zurückweisung ihrer weitergehenden Vergütungsanträge vom 8. September 2009, 7. Dezember 2009, 16. Februar 2010 und 14. April 2010 auf 199,92 € festgesetzt. Der Vergütungsantrag vom 11. Oktober 2010 wird zurückgewiesen.

Die Rechtsmittelverfahren sind gerichtsgebührenfrei. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

Gründe:

I.

1 Das Verfahren betrifft die Festsetzung der Vergütung für die anwaltliche Ergänzungspflegerin eines unbegleitet eingereisten minderjährigen Flüchtlings.

2 Die 2004 geborene Betroffene reiste im Jahr 2009 ohne ihre Eltern aus Eritrea in die Bundesrepublik Deutschland ein und wurde von dem Jugendamt der Stadt G., ihrem späteren Amtsvormund, in Obhut genommen. Durch Beschluss vom 14. August 2009 richtete das Amtsgericht eine Ergänzungspflegschaft mit dem Aufgabenkreis "Vertretung in asyl- und ausländerrechtlichen Angelegenheiten" ein und bestellte die Beteiligte zu 2 - eine Rechtsanwältin - zur Ergänzungspflegerin. Die Feststellung einer berufsmäßigen Führung der Pflegschaft wurde nicht getroffen.

3 Zwischen dem 8. September 2009 und dem 14. April 2010 reichte die Ergänzungspflegerin für ihre Tätigkeit im Rahmen der Pflegschaft insgesamt vier Einzelabrechnungen nach Stundenaufwand über insgesamt 594,32 € bei dem Amtsgericht ein, die allesamt im Verwaltungswege zur Auszahlung kamen. Als die Ergänzungspflegerin am 11. Oktober 2010 eine weitere Abrechnung über 219,81 € einreichte, beantragte der Bezirksrevisor die förmliche Festsetzung der Vergütung unter Beschränkung auf die Gebührensätze der Beratungshilfe.

4 Das Amtsgericht hat diesem Begehren entsprochen. Auf die ersten vier Vergütungsanträge der Ergänzungspflegerin zwischen dem 8. September 2009 und dem 14. April 2010 hat es eine Vergütung von 99,96 € festgesetzt; die weitergehenden Vergütungsanträge hat es zurückgewiesen und eine Rückforderung des überzahlten Betrages von 494,36 € angekündigt. Ferner hat es durch

gesonderten Beschluss den Vergütungsantrag vom 11. Oktober 2010 zurückgewiesen. Den dagegen gerichteten Beschwerden der Ergänzungspflegerin hat das Amtsgericht bezüglich des ersten Beschlusses teilweise abgeholfen und eine weitere Vergütung von nochmals 99,96 € festgesetzt, wodurch sich die angekündigte Rückforderung auf 394,40 € ermäßigte.

5            Der Familiensenat bei dem Oberlandesgericht hat den weitergehenden Beschwerden in vollem Umfang entsprochen. Er hat die berufsmäßige Führung der Ergänzungspflegschaft festgestellt und die der Ergänzungspflegerin aus der Staatskasse zu gewährende Vergütung auf insgesamt 814,13 € festgesetzt. Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Staatskasse, welche mit ihrem Rechtsmittel das Ziel verfolgt, die Vergütung der Beteiligten zu 2 auf (lediglich) 199,92 € festzusetzen.

## II.

6            Die Rechtsbeschwerde ist begründet.

7            1. Zur Begründung seiner in FamRZ 2013, 894 veröffentlichten Entscheidung hat das Beschwerdegericht im Wesentlichen ausgeführt, dass der für einen unbegleiteten minderjährigen Flüchtling bestellte anwaltliche Ergänzungspfleger wählen könne, ob er für seine berufsspezifischen Dienste Aufwändungsersatz nach Maßgabe des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes verlangen oder eine Vergütung seiner Tätigkeit nach Stunden beanspruchen wolle. Der von der Ergänzungspflegerin gewählte Vergütungsanspruch sei nicht auf die Gebührensätze der Beratungshilfe beschränkt, weil sie überzeugend dargelegt habe, dass die von ihr im Rahmen der Pflegschaft entfalteten Tätigkeiten über die typischen Dienste im Rahmen eines Beratungshilfemandats hinausgegan-

gen seien. Zwar habe das Amtsgericht bei der Bestellungsentscheidung keine Feststellung zur berufsmäßigen Führung der Pflegschaft getroffen; dies könne aber noch im Festsetzungsverfahren und dort durch das Beschwerdegericht nachgeholt werden.

8            2. Dies hält rechtlicher Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Die Ergänzungspflegerin konnte nicht zwischen einer Vergütung nach Stundensätzen und einem Aufwendungsersatz nach anwaltlichem Gebührenrecht wählen. Denn es fehlt an der für den Vergütungsanspruch konstitutiven Feststellung im Bestellungsbeschluss, dass die Ergänzungspflegschaft berufsmäßig geführt wird; diese Feststellung kann entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts im Vergütungsfestsetzungsverfahren nicht mit Rückwirkung nachgeholt werden.

9            a) Nach § 1915 Abs. 1 BGB iVm § 1836 Abs. 1 Satz 1 BGB wird die Ergänzungspflegschaft unentgeltlich geführt. Sie wird ausnahmsweise entgeltlich geführt, wenn das Gericht bei der Bestellung des Ergänzungspflegers die berufsmäßige Führung der Pflegschaft feststellt (§ 1915 Abs. 1 BGB iVm § 1836 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Frage, ob der Ergänzungspfleger die Pflegschaft berufsmäßig führt, ist nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes bereits "bei der Bestellung" des Ergänzungspflegers zu klären. Dies entspricht auch der Intention des Gesetzgebers. Das Verfahren über die Festsetzung der Vergütung soll nicht mit einem Streit über die Berufsmäßigkeit der Pflegschaft belastet und die Klärung von Zweifelsfragen deshalb in das Bestellungsverfahren vorverlagert werden. Zugleich soll im Interesse der Rechtsklarheit und Kalkulierbarkeit für alle Beteiligten rechtzeitig feststehen, ob und welche Ansprüche (Vergütung oder Aufwendungsersatz) dem Ergänzungspfleger aus der Führung der Pflegschaft erwachsen können und welche Lasten daher mit der Bestellung des Ergänzungspflegers für den Pflegling oder für die Staatskasse verbunden sind.

Daraus folgt auch, dass der Feststellung der Berufsmäßigkeit für den Vergütungsanspruch eines Berufspflegers eine konstitutive Bedeutung zukommt (grundlegend Senatsbeschluss vom 9. November 2005 - XII ZB 49/01 - FamRZ 2006, 111, 114). Nach diesen Maßgaben kommt nach der Rechtsprechung des Senats eine nachträgliche Feststellung der Berufsmäßigkeit mit Rückwirkung grundsätzlich nicht in Betracht. Hierfür besteht auch kein anzuerkennendes Bedürfnis, weil sich der Ergänzungspfleger, der sich gegen die unterbliebene Feststellung der berufsmäßigen Führung einer Pflegschaft wenden will, insoweit die befristete Beschwerde (§ 58 FamFG) gegen den Bestellungsbeschluss einlegen kann. Diese ermöglicht eine Überprüfung im engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Bestellungsbeschluss und eine Rückwirkung auf den Bestellungszeitpunkt (vgl. Senatsbeschlüsse vom 8. Januar 2014 - XII ZB 354/13 - juris Rn. 15 f. mwN und vom 9. November 2006 - XII ZB 49/01 - FamRZ 2006, 111, 114).

10            b) Im vorliegenden Fall ergibt sich nichts anderes dadurch, dass der vom 14. August 2009 datierende Bestellungsbeschluss des Amtsgerichts noch unter der Geltung des bis zum 31. August 2009 gültigen Verfahrensrechts erging.

11            Zwar kann diese Entscheidung - soweit sie die unterbliebene Feststellung der Berufsmäßigkeit betrifft - mit einer unbefristeten Beschwerde nach § 19 FGG angegriffen werden, woran das zum 1. September 2009 in Kraft getretene Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-RG) und die in diesem Zusammenhang erlassenen Übergangsvorschriften (Art. 111 Abs. 1 und 2 FGG-RG) nichts geändert haben (Senatsbeschluss vom 3. November 2010 - XII ZB 197/10 - FamRZ 2011, 100 Rn. 9 ff.; BGH Beschluss vom 1. März 2010 - II ZB 1/10 - FamRZ 2010, 639 Rn. 8 ff.).

12

Indessen bleibt es nach den Maßgaben der im Jahr 2005 hierzu grundlegend ergangenen Senatsentscheidung (Senatsbeschluss vom 9. November 2005 - XII ZB 49/01 - FamRZ 2006, 111, 114) auch unter der Geltung des alten Rechtszustands dabei, dass der im Bestellungsbeschluss getroffenen oder unterbliebenen Feststellung der Berufsmäßigkeit sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht eine konstitutive Bedeutung für den Vergütungsanspruch des Ergänzungspflegers zukommt und dass die Frage nach der Berufsmäßigkeit der Führung der Ergänzungspflegschaft im eigentlichen Bestellungsverfahren zu klären ist, welches bei Einlegung entsprechender Rechtsmittel auch mehrere Instanzen umgreifen kann. Die Nachholung der im Bestellungsbeschluss unterbliebenen Feststellung nach § 1836 Abs. 1 Satz 2 BGB war schon nach altem Recht nicht Teil des Vergütungsfestsetzungsverfahrens (vgl. BayObLGZ 2001, 19, 21), sondern sie stellte die Korrektur einer fehlerhaften Bestellungsentscheidung dar, zu der nur die dafür zuständigen (Rechtsmittel-)Gerichte berufen sind (vgl. BayObLG FamRZ 2001, 1484, 1485). Auch unter der Geltung des bis zum 31. August 2009 geltenden Rechts kommt daher eine mit Rückwirkung versehene Feststellung der Berufsmäßigkeit im Vergütungsfestsetzungsverfahren nicht in Betracht, wenn diese Feststellung auf ein Rechtsmittel im Bestellungsverfahren getroffen werden kann (offengelassen in der von dem Beschwerdegericht in Bezug genommenen Entscheidung des OLG Brandenburg ZKJ 2009, 132, 133).

- 13 Im vorliegenden Fall war die Bestellung eines Ergänzungspflegers für ein unter elterlicher Sorge oder Vormundschaft stehendes Kind (§ 1909 BGB) nach dem alten Rechtszustand den Vormundschaftsgerichten zugewiesen und aus diesem Grunde keine Familiensache nach § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Mit der Entscheidung über die Beschwerde (§ 19 FGG) gegen die Bestellungsentscheidung wäre daher das Landgericht, mit der weiteren Beschwerde (§ 27 FGG) ein Zivilsenat bei dem Oberlandesgericht zu befassen.

Dose	Schilling	Günter
Nedden-Boeger		Botur

Vorinstanzen:

AG Offenbach, Entscheidung vom 16.06.2011 - 317 F 2100/10 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 10.01.2013 - 5 WF 215/11 -