



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 562/16

vom

30. August 2017

in der Umgangssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 242 E, 1684 Abs. 3 Satz 6, 1789 Satz 1, 1915 Abs. 1 Satz 1;

FamFG §§ 168 Abs. 1, 277

- a) Ein im Vergütungsfestsetzungsverfahren festzusetzender Vergütungsanspruch des Umgangspflegers setzt voraus, dass dieser vor der Aufnahme seiner Tätigkeiten wirksam nach §§ 1915 Abs. 1 Satz 1, 1789 Satz 1 BGB bestellt wurde.
- b) Ohne eine förmliche Bestellung kann der Umgangspfleger im Vergütungsfestsetzungsverfahren Ersatz von Aufwendungen und eine Vergütung auch dann nicht verlangen, wenn er bereits zuvor auf Veranlassung des Gerichts tätig geworden ist.

BGH, Beschluss vom 30. August 2017 - XII ZB 562/16 - OLG Frankfurt am Main
AG Wetzlar

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 30. August 2017 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richter Dr. Günter, Dr. Botur und Guhling und die Richterin Dr. Krüger

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des weiteren Beteiligten zu 1 wird der Beschluss des 4. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 1. November 2016 aufgehoben, soweit dem Vergütungsantrag der weiteren Beteiligten zu 2 stattgegeben wurde.

Auf die Beschwerde des weiteren Beteiligten zu 1 wird der Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Wetzlar vom 24. Februar 2016 aufgehoben und der Vergütungsantrag der weiteren Beteiligten zu 2 vom 9. Dezember 2015 insgesamt zurückgewiesen.

Das Verfahren der Rechtsbeschwerde ist gerichtskostenfrei.

Beschwerdewert: 492 €

Gründe:

I.

- 1 Die Rechtsbeschwerde betrifft die Frage, ob dem ausgewählten, aber noch nicht förmlich bestellten Umgangspfleger ein Vergütungsanspruch zusteht.

2 Mit Beschluss vom 31. Juli 2015 richtete das Amtsgericht eine zunächst bis zum 31. Dezember 2015 befristete Umgangspflegschaft ein, wählte die Beteiligte zu 2 als Umgangspflegerin aus und stellte fest, dass die Umgangspflegerin ihr Amt berufsmäßig führt. Zudem bewilligte das Amtsgericht der Umgangspflegerin am gleichen Tag Akteneinsicht und wies diese telefonisch an, den Umgang des betroffenen Kindes mit seinem Vater zu begleiten. Mit Beschluss vom 4. Dezember 2015 wurde die Umgangspflegschaft bis zum 30. April 2016 verlängert. Eine förmliche Bestellung der Umgangspflegerin erfolgte erst am 24. Februar 2016.

3 Auf Antrag der Umgangspflegerin hat das Amtsgericht für den Zeitraum vom 4. August bis zum 28. November 2015 die Zahlung einer Vergütung aus der Staatskasse in Höhe von 849,80 € festgesetzt. Auf die Beschwerde der Staatskasse hat das Oberlandesgericht die zu erstattende Vergütung auf 492,25 € festgesetzt und den weitergehenden Antrag der Umgangspflegerin abgewiesen.

4 Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Staatskasse, die eine vollständige Abweisung des Vergütungsantrags der Umgangspflegerin begehrt.

II.

5 Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Abweisung des Vergütungsantrags der Umgangspflegerin.

6 1. Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

7 Der Umgangspflegerin sei nur teilweise eine Vergütung zu zahlen, weil ein uneingeschränkter Vergütungsanspruch mangels förmlicher Bestellung noch nicht bestanden habe. Die Bestellung eines Vormunds oder Umgangspfleger im Minderjährigenrecht erfolge in einem mehrstufigen Verfahren, wobei nach der Entscheidung über die Einrichtung einer Pflegschaft und der Auswahl des Pflegers erst die Bestellung mittels Hoheitsakts konstitutive Wirkung dahingehend entfalte, dass die zuvor ausgewählte Person die zu übernehmenden Aufgaben übertragen sowie entsprechende Vertretungsmacht erhalte. Auch der Vergütungsanspruch des Vormunds oder Pflegers entstehe grundsätzlich erst mit seiner Bestellung. An der förmlichen Verpflichtung fehle es für die hier relevante Zeit, da die Bestellung der Umgangspflegerin erst am 24. Februar 2016 vorgenommen worden sei. Bis zu diesem Tag habe die Umgangspflegerin keine Rechte und Pflichten im Innen- und Außenverhältnis gehabt. Daran ändere auch die grundsätzlich gegenteilige Handhabung des Familiengerichts nichts.

8 Von dieser Grundannahme sei vorliegend allerdings eine Abweichung zuzulassen, da die Umgangspflegerin vom 5. August 2015 bis zum 28. November 2015 Vorbereitungs- und Ausführungstätigkeiten entfaltet habe. Eine Vergütung komme für solche vorbereitenden Tätigkeiten vor der Bestellung in Betracht, die auf Grund einer Anweisung des Gerichts erfolgten und einen Nutzen für die Führung der Vormundschaft oder Pflegschaft besäßen. Eine solche Anweisung an die Umgangspflegerin sei in der Übersendung der Verfahrensakte zur Einsichtnahme zeitgleich mit dem Bestellungsbeschluss zu sehen. Die Umgangspflegerin habe sich aufgefordert fühlen dürfen, sich den Inhalt dieser Akte zur Vorbereitung auf ihre Tätigkeit als später zu bestellende Pflegerin zu erarbeiten. Gleiches gelte für den Vorstellungsbuch bei der Mutter des Kindes, zumal es auch hierfür keiner besonderen, erst durch die Bestellung zu vermittelnden Rechte der Pflegerin bedurft habe. Aus der zum Betreuungsrecht ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 2. März 2016 (XII ZB

196/13) sei nicht herzuleiten, dass vor der Einsetzung eines Betreuers, Vormunds oder Pflegers in keinem Fall Vergütungsansprüche entstehen könnten.

9 2. Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

10 a) Zutreffend hat das Oberlandesgericht allerdings angenommen, dass im vorliegenden Fall ein Anspruch der Umgangspflegerin auf Vergütung nach § 1684 Abs. 3 Satz 6 BGB i.V.m. § 277 Abs. 2 Satz 2 FamFG, §§ 1, 2 und 3 Abs. 1 VBVG und Ersatz ihrer Aufwendungen nach § 1684 Abs. 3 Satz 6 BGB i.V.m. § 277 Abs. 1 Satz 1 FamFG, § 1835 Abs. 1 BGB ausscheidet, weil die Umgangspflegerin erst nach dem für das vorliegende Vergütungsfestsetzungsverfahren maßgeblichen Abrechnungszeitraum wirksam bestellt wurde.

11 Die Bestellung eines Umgangspflegers erfolgt in einem mehrstufigen Verfahren, bei dem die Entscheidungen des Familiengerichts über die Einrichtung einer Umgangspflegschaft (§ 1684 Abs. 3 Satz 3 BGB) sowie die Auswahl einer Pflegeperson (§§ 1915 Abs. 1 Satz 1, 1779 BGB) dem Akt der förmlichen Bestellung des Umgangspflegers gemäß §§ 1915 Abs. 1 Satz 1, 1789 Satz 1 BGB vorausgehen. Dabei hat der Hoheitsakt der Verpflichtung des Ausgewählten in dessen persönlicher Anwesenheit durch das Familiengericht konstitutiven Charakter (MünchKommBGB/Spickhoff 7. Aufl. § 1789 Rn. 2; BeckOGK BGB/Hoffmann [Stand: 1. Juni 2017] § 1789 Rn. 4 f.; HK-BGB/Kemper 9. Aufl. § 1789 Rn. 4). Erst mit der Bestellung des Pflegers nach § 1915 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 1789 Satz 1 BGB entstehen die Rechte und Pflichten aus der Pflegschaft und damit auch die mit einer berufsmäßig geführten Pflegschaft verbundenen Vergütungsansprüche (OLG Saarbrücken FamRZ 2012, 888, 889; Staudinger/Veit [2014] BGB § 1789 Rn. 17; HK-BGB/Kemper 9. Aufl. § 1789 Rn. 3). Dies gilt auch für den Umgangspfleger, da der Gesetzgeber die Um-

gangspflegschaft ausdrücklich den Vorschriften über die Pflegschaft unterstellen wollte (vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 346).

12 b) Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Auffassung des Oberlandesgerichts, dass sich ein Anspruch des noch nicht bestellten Umgangspflegers auf Vergütung von Vorbereitungs- und Ausführungstätigkeiten aus Gründen des Vertrauensschutzes (§ 242 BGB) ergeben kann.

13 Die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen einem Umgangspfleger für die Zeit vor seiner förmlichen Bestellung nach Treu und Glauben ein Vergütungsanspruch zusteht, ist allerdings umstritten.

14 aa) Eine Auffassung verneint in diesem Fall einen Vergütungsanspruch des Umgangspflegers, weil erst durch die förmliche Bestellung eine Pflegschaft mit Rechten und Pflichten im Außenverhältnis entstehe und der Pfleger vor der förmlichen Bestellung seine Tätigkeit nicht aufnehmen dürfe. Für einen Vergütungsanspruch fehle es daher an einer gesetzlichen Grundlage (vgl. Staudinger/ Veit [2014] BGB § 1789 Rn. 17; HK-BGB/Kemper 9. Aufl. § 1789 Rn. 3; Palandt/Götz BGB 76. Aufl. § 1789 Rn. 2; Zachey FamRZ 2010, 474; noch zu der vor dem 1. September 2009 geltenden Rechtslage OLG Brandenburg FamRZ 2008, 1478, 1479).

15 bb) Eine andere Ansicht möchte einem Umgangspfleger einen Vergütungsanspruch für dessen Tätigkeit vor seiner förmlicher Bestellung aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nach § 242 BGB jedenfalls dann zubilligen, wenn die vor der Bestellung entfalteteten Tätigkeiten durch das Gericht veranlasst und in enger Abstimmung mit diesem unternommen worden sind (OLG Frankfurt [6. FamS] FamRZ 2017, 461, 462; OLG Saarbrücken FamRZ 2012, 888, 889; OLG Koblenz FamRZ 2010, 1173 f.; MünchKommBGB/Spickhoff 7. Aufl. § 1789 Rn. 13; BeckOGK BGB/Hoffmann [Stand: 1. Juni 2017] § 1789

Rn. 5; Keuter FamRZ 2010, 1955, 1958). Zur Begründung wird angeführt, es widerspreche dem Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB, wenn ein Umgangspfleger, der im Vertrauen auf eine gerichtliche Anweisung und auf der Grundlage eines wirksamen Beschlusses in einer eilbedürftigen Sache tätig geworden sei, keine Vergütung erhalten würde.

16 c) Die erstgenannte Auffassung ist zutreffend.

17 aa) Für den Vergütungsanspruch eines Betreuers, für den es vorübergehend an einer wirksamen Betreuerbestellung fehlt, hat der Senat bereits entschieden, dass auf § 242 BGB gestützte Billigkeitserwägungen keinen im Vergütungsfestsetzungsverfahren zu berücksichtigenden Anspruch zu begründen vermögen, obwohl der Grundsatz von Treu und Glauben auch in diesem Verfahren zur Anwendung gelangen kann (vgl. Senatsbeschluss vom 2. März 2016 - XII ZB 196/13 - FamRZ 2016, 1072 Rn. 10).

18 bb) Nicht anders liegen die Dinge hier.

19 (1) Zwar wird ein Umgangspfleger, der das Amt berufsmäßig führt, regelmäßig darauf vertrauen, dass er eine Vergütung erhält, wenn er auf Veranlassung des Gerichts bereits vor seiner förmlichen Bestellung tätig wird, und zwar zumeist selbst dann, wenn ihm die gesetzlichen Regelungen bekannt sind. Jedoch liefe es dem Grundsatz der Rechtssicherheit und -klarheit zuwider, würde man in diesen Fällen einen Vergütungsanspruch mit § 242 BGB begründen.

20 (2) Hinzu kommt, dass in dem Vergütungsfestsetzungsverfahren nach § 168 Abs. 1 FamFG für die Entscheidung über einen materiell-rechtlich auf § 242 BGB gestützten Zahlungsanspruch des Umgangspflegers kein Raum ist.

21 Der Gesetzgeber hat sich bei der Neugestaltung der Umgangspflegschaft durch das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in

den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl I S. 2586) durch die Verweisung in § 1684 Abs. 3 Satz 6 BGB auf § 277 FamFG dafür entschieden, den Ersatz von Aufwendungen und die Vergütung des Umgangspflegers entsprechend den Vorschriften für den Verfahrenspfleger auszurichten (vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 346). Für das Vergütungsfestsetzungsverfahren gilt somit nach § 277 Abs. 5 Satz 1 FamFG die Vorschrift des § 168 Abs. 1 FamFG entsprechend. Funktionell zuständig für das Verfahren ist daher gemäß §§ 3 Nr. 2 a, 14 RPfIG der Rechtspfleger (Prütting/Helms/Hammer FamFG 3. Aufl. § 168 Rn. 15). Dessen Kompetenz beschränkt sich indes auf die Prüfung und Entscheidung über Grund und Höhe des Vergütungsanspruchs (vgl. Senatsbeschluss vom 11. April 2012 - XII ZB 459/10 - FamRZ 2012, 1051 Rn. 18). Dem Rechtspfleger obliegt folglich nur die Prüfung, ob der Umgangspfleger im Abrechnungszeitraum wirksam bestellt war und ob die sich aus dem Vergütungsrecht ergebenden Voraussetzungen für die geltend gemachten Ansprüche erfüllt sind. Ebenso wenig wie der Rechtspfleger im Vergütungsfestsetzungsverfahren dazu berufen ist, über Einwendungen zu entscheiden, die nicht im Vergütungsrecht wurzeln (vgl. Senatsbeschlüsse vom 5. November 2014 - XII ZB 186/13 - FamRZ 2015, 248 Rn. 18 und vom 11. April 2012 - XII ZB 459/10 - FamRZ 2012, 1051 Rn. 18 f.), ist ihm in diesem Verfahren die Entscheidung darüber eröffnet, ob dem Umgangspfleger außerhalb des Vergütungsrechts Zahlungsansprüche zustehen.

22 (3) Daher kann im vorliegenden Fall auch dahinstehen, ob einem Umgangspfleger, der auf die Vergütung seiner vom Gericht angewiesenen und erwarteten Tätigkeit vertraute, ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder Amtshaftung zustehen kann.

23 cc) Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Be-

deutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen (§ 74 Abs. 7 FamFG).

Dose

Günter

Botur

Guhling

Krüger

Vorinstanzen:

AG Wetzlar, Entscheidung vom 24.02.2016 - 614 F 786/15 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 01.11.2016 - 4 WF 78/16 -