

zu besserer Einsicht zu bringen: Die Obliegenheit der Eltern zur beiderseitigen Loyalität sei sanktioniert, nämlich durch § 1687 Abs. 2 und § 1684 Abs. 3 BGB⁴⁴.

Im Übrigen wird darauf vertraut, dass die ernstliche Ermahnung der Eltern durch das Gericht ihre Wirkung tun werde: „Der Senat ruft – bezüglich aller drei Kinder – beide Elternteile dazu auf, sich motivieren zu lassen, die Elternschaft in einem friedlichen und verantwortlichen Nebeneinander zu handhaben.“⁴⁵ Auch chronische Streithähne werden auf diese Weise (formal) beruhigt. „Allerdings hat die Mutter vorgetragen, ihre Entscheidungen in solchen (alltäglichen) Angelegenheiten würden vom Vater nicht akzeptiert und ständig hinterfragt. Träfe dieses zu, so könnte ein gemeinsames Sorgerecht nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten funktionieren. Der Senat ist aber davon überzeugt, dass solche Schwierigkeiten in Zukunft nicht mehr auftreten. Der Vater hat diesbezüglich zu Protokoll erklärt, er verpflichte sich ausdrücklich, ab sofort sämtliche Alltagsentscheidungen der Mutter in Kindesangelegenheiten widerspruchsfrei zu akzeptieren, diese auch nicht über D zu hinterfragen oder das Kind bzw. die Mutter mit abweichenden Auffassungen zu konfrontieren. Der Senat ist davon überzeugt, dass der Vater sich an diese Zusage halten wird, zumal ihm klar gemacht worden ist, dass widrigenfalls die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge ernsthaft zu prüfen sein wird.“⁴⁶ Auch § 1627 Abs. 2 BGB rufe die Eltern ausdrücklich auf, sich bei Meinungsverschiedenheiten zu einigen⁴⁷, eine Vorschrift, die Eltern ständig vor Augen steht.

Gerichte, die ihren eigenen pädagogischen Fähigkeiten, dem Beratungsangebot der Jugendhilfe und/oder der Kompromissbereitschaft der meist ja nicht erst seit der Trennung erbittert streitenden Eltern nicht blind vertrauen, suchen andere Wege, um zu einer Entscheidung über den Antrag auf Übertragung der Alleinsorge zu gelangen.

Konsens besteht im Wesentlichen wohl darin, dass die vom Bundesverfassungsgericht in der schon zitierten Entscheidung an der auch zitierten Stelle formulierten Vorgaben noch immer die maßgeblichen Kriterien für die Belassung der gemeinsamen Sorge sind, nämlich:

- uneingeschränkte Erziehungseignung beider Eltern
- Kooperationsbereitschaft und Kooperationsfähigkeit der Eltern
- keine Gründe für eine Alleinsorge⁴⁸.

Gründe für die Übertragung der alleinigen Sorge auf den antragstellenden Elternteil sind also dann gegeben, wenn diese drei Kriterien nicht erfüllt sind, wobei es offenbar auch im Einzelfall unterschiedlich ist, ob allein das Defizit in einem Bereich für die Aufhebung der gemeinsamen Sorge als ausreichend angesehen wird.

Vor einer Übertragung des Sorgerechts auf den ASt muss also zunächst geprüft werden, ob

a) die Aufhebung der gemeinsamen Sorge dem Kindeswohl entspricht.

Wenn dies zu bejahen ist, ist zu fragen, ob

b) die Übertragung der elterlichen Sorge auf den ASt dem Kindeswohl am besten entspricht.

Hierfür gelten die auch früher bereits bemühten Abwägungsgesichtspunkte, also Bindungen des Kindes an Eltern, Geschwister⁴⁹, Umfeld, Kontinuitätsgesichtspunkte, Erziehungsfähigkeit, Bindungstoleranz⁵⁰ des antragstellenden Elternteils, der Wille des Kindes⁵¹.

In den entsprechenden Entscheidungen wird wesentlich auf den Streit der Eltern abgestellt. Sind die Streitigkeiten der Eltern von einem solchen Maß an Feindseligkeiten geprägt, dass die Kinder zwangsläufig emotional in diese Streitigkeiten einbezogen und damit Loyalitätskonflikten ausgesetzt werden, dann erfordert das Wohl der Kinder eine Aufhebung der Alleinsorge.

Letztlich ist das Ergebnis beider Entscheidungsstrategien gleich: Die alleinige elterliche Sorge ist die Belohnung für

Kompromissunfähigkeit, wobei die Verhältnismäßigkeitsverfechter noch die Schikane eingebaut haben, dass man den Streit auch über die Beratungsphase retten muss.

Zynismus beiseite: Beide Richtungen haben keine Lösung für das schwerwiegendste Problem, das aus dem anhaltenen Elternstreit resultiert: nämlich die Loyalitätskonflikte, in die manche Eltern ihre Kinder bringen. Wer auf Beratung setzt, hat immerhin die Möglichkeit im Auge, dass die Eltern dazulernen. Er nimmt hin, dass das Kind in dieser Zeit in der Zerreißprobe gehalten wird. Maßstäbe dafür, wie lange und wie intensiv letztlich das Kind noch dem Streit der Eltern ausgesetzt werden soll, bis diese gelernt haben, ihren Streit nicht über das Kind zu lösen, werden jedoch nicht entwickelt. Außer Appellen an die Eltern, die weiterhin beide Sorgerechtsinhaber sind, gibt es, bei Licht besehen, kein wirksames juristisches Instrumentarium. Die Legitimität der Verfahrensverzögerung ergibt sich allein aus der Qualität der Beratung, die jedoch unbekannt ist.

Die Sorgerechtsentscheider geben sich der Hoffnung hin, dass mit der gerichtlichen Entscheidung der Streit der Eltern aufhören wird. Das stimmt insofern, als dann die Auseinandersetzung um das Sorgerecht entfällt, die ja viele ohnehin streitende Elternpaare gern als zusätzliches Schlachtfeld einbeziehen. Damit sind aber die übrigen Konflikte nicht bereinigt, sondern bestenfalls – mangels Abstimmungsdruck – abgewürgt.

44 Weisbrodt, Gemeinsame Sorge in der Rechtsprechung der Obergerichte, Kind-Prax 2001, 8 f., 11.

45 OLG Zweibrücken, 5. FamS, FamRZ 2001, 184 f.

46 OLG Hamm FamRZ 1999, 1597.

47 OLG Bamberg FamRZ 1999, 1005.

48 Oelkers, Gründe für die Sorgerechtsübertragung auf einen Elternteil, FPR 1999, 132 ff., 135.

49 OLG Hamm FamRZ 1999, 38 f.: Geschwistertrennung soll vermieden werden; OLG Hamm FamRZ 1999, 1599: Geschwistertrennung ist hinzunehmen, weil 4-jähriges Kind noch von Mutter gehätschelt werden muss und der Vater nicht in gleicher Weise dazu in der Lage ist; OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 184 f.: Geschwisterbindung wegen des großen Altersunterschieds der Kinder kein vorrangiges Entscheidungskriterium; OLG Hamm FamRZ 2000, 1039 f.; OLG Naumburg FamRZ 2000, 1595: sachverständig festgestellte, innige und enge Geschwisterbindung ausschlaggebendes Kriterium für die Sorgerechtsübertragung.

50 OLG Hamm FamRZ 2000, 1039 f.

51 KG FamRZ 1999, 616 f. (Kinder 14 und 12 Jahre alt); OLG Hamm FamRZ 1999, 1599 (Kind: 4 Jahre alt).

Zur Praxis der Verfahrenspflegschaft nach § 50 FGG

VRiOLG Dr. Harald Oelkers, Rostock

Vorbemerkungen

Dem Verfahrenspfleger ist im Vorfeld seiner Einführung mit großer Skepsis, teilweise sogar mit Ablehnung begegnet¹ worden. Familienrichter wiesen darauf hin, dass der Amtsermittlungsgrundsatz zum Schutze des Kindes völlig ausreichend sei. In der Anwaltschaft meinte man, in Sorge- und Umgangsrechtsfällen sei der Anwalt nicht nur Parteivertreter, sondern zugleich auch ein dem Kindeswohl verpflichtetes Rechtspflegeorgan. Der Gesetzgeber hat sich zu Recht über die geäußerten Bedenken hinweggesetzt. Die Praxis zeigt, dass der Verfahrenspfleger als Mittler des Kindes erforderlich ist. Ähnlich wie seinerzeit beim gemeinsa-

1 Vgl. z. B. m. w. N. Will, ZfJ 1998, 1; Dormann/Spangenberg, FamRZ 1999, 1294, 1295.

men Sorgerecht² ist auch hier – aus der Sicht des Rechtsmittelgerichts – festzustellen, dass der Verfahrenspfleger von einigen Gerichten durchaus angenommen wird. Andere scheinen sich dieser Hilfe gar nicht bzw. in einem sehr geringen Umfang zu bedienen.

Ordnet das Gericht eine Verfahrenspflegschaft für das Kind durch Beschluss an, muss der dort genannte Verfahrenspfleger das Amt nicht annehmen. Schon im Hinblick auf die geringe Vergütung (siehe unter 8.) kann man ihm die Ablehnung nicht verdenken. Die Ablehnung wird mit der einfachen Beschwerde geltend gemacht, § 1898 Abs. 2 BGB analog³. Um solche Fälle zu vermeiden, hat der frühere Präsident der Rechtsanwaltskammer Mecklenburg-Vorpommern, Herr Rechtsanwalt *Schümann*, auf Anregung des Verfassers die Anwaltschaft befragt, wer zur Übernahme von Verfahrenspflegschaften bereit sei. Es haben sich bisher 46 Anwältinnen und Anwälte gemeldet. Sie stehen, in einer Liste zusammengefasst, den Gerichten des Landes zur Verfügung.

1. Anregung für eine Bestellung

Die Bestellung eines „Anwalts des Kindes“ im Rahmen von Sorge- und Umgangsrechtsverfahren ist seit 1. 7. 1998 in § 50 FGG gesetzlich vorgesehen. Eines Antrages bedarf es nicht, da das Familiengericht von Amts wegen prüfen muss, ob ein Anwendungsfall des § 50 FGG gegeben ist. Es genügt daher ein Hinweis auf einen bestehenden Interessenkonflikt zwischen den Parteien, um das Gericht dazu zu veranlassen, sich Gedanken über die Bestellung eines Verfahrenspflegers zu machen. Das Familiengericht muss auch dann den Verfahrenspfleger von Amts wegen bestellen, § 50 Abs. 2 FGG.

Bei der Prüfung der Frage, ob ein Fall des § 50 FGG gegeben ist, wird das Familiengericht den Schutz des Kindes besonders im Auge haben müssen. Dies gilt umso mehr, als das BVerfG⁴ die Bedeutung des Verfahrenspflegers als Institution zum Schutz der Stellung des Kindes hervorgehoben hat. Das Amtsermittlungsprinzip ersetzt den Verfahrenspfleger als reinen Interessenvertreter des Kindes nicht, da das Familiengericht sich nicht zu einem solchen machen darf. Es muss auch die Interessen der beteiligten Eltern berücksichtigen. Letztlich wird man deshalb künftig ohne einen Verfahrenspfleger streitige Sorge- und Umgangsrechtsverfahren kaum durchführen dürfen⁵.

2. Zeitpunkt der Bestellung

Das Gericht wird die Bestellung des Pflegers in der Regel von der Verfahrenssituation abhängig machen. Vor einer Pflegerbestellung wird es Anfangsermittlungen tätigen, also z. B. das Kind selbst anhören und sich ein Bild von den übrigen Beteiligten machen. Mit einer solchen Vorprüfung können unnötige Bestellungen vermieden werden⁶. Der Verfahrenspfleger muss aber so rechtzeitig bestellt werden, dass er Zeit für eigene Ermittlungen (Durchsicht der Akten, Besuche beim Kind etc.) hat und selbstverständlich noch vor der Endentscheidung des Gerichts angehört werden kann.

3. Interessenkonflikt

§ 50 Abs. 2 S. 1 FGG normiert die Pflicht des Gerichts zur Pflegerbestellung in bestimmten Fällen⁷. Nach § 50 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FGG besteht diese schon dann, wenn zu befürchten ist, dass die Interessen der Eltern in einen Konflikt zu denen ihrer Kinder geraten können⁸. Dies ergibt sich aus der verfassungsrechtlichen Verankerung des Kindeswohls in Art. 6 II und Art. 2 I GG in Verbindung mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör, Art. 103 I GG. Es reicht aus, dass ein Interessengegensatz in Betracht kommt. Dieser muss nicht bereits bestehen oder sicher vorhersehbar sein⁹.

Ein Interessengegensatz ist gegeben, wenn eine Frontstellung zwischen den Kindern einerseits und den Eltern andererseits festzustellen ist. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn sich der Sorgerechtsinhaber nicht in der gebotenen Weise um eine im Interesse des Kindeswohls liegende einvernehmliche Lösung des Konflikts mit dem anderen Elternteil bemüht. Für einen Interessengegensatz spricht, dass ein Elternteil den Verhandlungsterminen ohne ausreichende Entschuldigung fernbleibt und kein Verständnis für die von dem Kind geäußerten Wünsche aufbringt¹⁰. Gleiches gilt, wenn das Interesse des einen Elternteils nur auf Kosten des anderen durchgesetzt werden kann¹¹. Widerstreitende Anträge der Eltern allein begründen jedoch noch keinen erheblichen Interessengegensatz¹².

4. Absehen von einer Verfahrenspflegerbestellung

Bringt das Kind im Rahmen der Begutachtung durch einen Sachverständigen und bei seiner richterlichen Anhörung seine Wünsche unmissverständlich und unbeeinflusst zum Ausdruck, kann von der Bestellung eines Verfahrenspflegers abgesehen werden¹³. Wenn einer der Beteiligten dieses vorher beantragt hat, muss das Gericht seine Entscheidung, einen Verfahrenspfleger nicht zu bestellen, begründen¹⁴. Die Entscheidung zur Pflegerbestellung bedarf aber grundsätzlich keiner Begründung¹⁵, es sei denn, es handelt sich um einen Fall des § 50 Abs. 2 S. 2 FGG. Die fehlende Begründung stellt in diesen Fällen einen Verfahrensmangel dar, der analog zu § 539 ZPO zur Aufhebung der Entscheidung führen kann.

5. Auswahl des Pflegers

Die Auswahl des Pflegers steht im Ermessen des Gerichts¹⁶. In Betracht kommen insbesondere die Berufsgruppen der Sozialarbeiter, Sozialpädagogen, Kinderpsychologen oder der Geistlichen¹⁷. Soweit es schwerpunktmäßig auf die Sachkunde auf dem Gebiet des materiellen und des formellen Rechts ankommt, wird das Gericht einen Rechtsanwalt als Verfahrenspfleger zu bestellen haben. Die Verfahrenspflegschaft ist aber keine anwaltspezifische oder dem Anwaltsberuf vorbehaltene Tätigkeit¹⁸. In Erwägung zu ziehen sind deshalb auch engagierte Laien, wie Verwandte des

2 Das war ein Ergebnis der rechtstatsächlichen Untersuchung zum gemeinsamen Sorgerecht, vgl. *Oelkers, H./Kasten/Oelkers, A.*, FamRZ 1994, 1080, 1083.

3 *Zimmermann*, FPR 2000, 234.

4 FamRZ 1999, 85, 87 = NJW 1999, 631.

5 A. A.: OLG Frankfurt FamRZ 1999, 1293, 1294 = DAVorm 1999, 784 m. Anm. *Dormann/Spangenberg*, FamRZ 1999, 1294 f. und *Weyhardt*, FamRZ 2000, 844; OLG Düsseldorf FamRZ 2000, 1298 = NJW 2000, 1274 = DAVorm 2000, 75 = NJWE-FER 2000, 145 = FF 2000, 27 = Kind-Prax 2000, 27 u. 132.

6 Vgl. OLG Dresden FamRZ 2000, 1296, 1297 re.Sp.; OLG Naumburg FamRZ 2001, 170, 171 = NJW-RR 2000, 1532, 1533.

7 Zu § 50 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 FGG siehe *Heilmann*, Kind-Prax 2000, 79.

8 BVerfG FamRZ 1999, 85, 87 = NJW 1999, 631, 633; OLG Rostock ZfJ 1999, 307; OLG Hamm FamRZ 1999, 41, 42; a. A.: OLG Düsseldorf FF 2000, 27, 28: Erforderlich ist eine Pflegerbestellung erst, wenn eine Frontstellung zwischen Kind und Eltern festzustellen ist; **ebenso** OLG Frankfurt FamRZ 1999, 1293, 1294.

9 OLG München FamRZ 1999, 667; einschränkend OLG Frankfurt FamRZ 1999, 1293, 1294 = DAVorm 1999, 784.

10 Vgl. OLG Hamm FamRZ 1999, 41, 42; zur Verfahrenspflegerbestellung siehe auch AG Zossen DAVorm 1999, 143.

11 Vgl. BayObLG FamRZ 1999, 737, 738.

12 OLG Köln FamRZ 2000, 487 = FuR 2000, 298, 300 = FF 1999, 145 = Kind-Prax 2000, 131; OLG Düsseldorf FamRZ 2000, 1298 = NJW 2000, 1274 = DAVorm 2000, 75 = NJWE-FER 2000, 145 = FF 2000, 27 = Kind-Prax 2000, 27 u. 132.

13 *Keidel/Kuntze/Winkler/Engelhardt*, Rn. 15 zu § 50 FGG.

14 OLG Saarbrücken DAVorm 2000, 689, 691.

15 OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 1296 = FF 2000, 99 = DAVorm 2000, 351 ff.; a. A.: OLG Köln FamRZ 2000, 487 = FuR 2000, 298, 299 = FF 1999, 145 = Kind-Prax 2000, 131.

16 BVerfG Rpfleger 2001, 23, 24 = JurBüro 2001, 43; *Balloff*, FPR 1999, 221.

17 Zur Qualifikation siehe *Peters/Schmke*, Kind-Prax 1999, 143, 147.

18 BVerfG Rpfleger 2001, 23 = JurBüro 2001, 43.

Kindes¹⁹. Der Vorteil bei nahen Angehörigen liegt darin, dass sie das Vertrauen des Kindes genießen. Nachteilig ist aber, dass eine Parteinahme für einen Elternteil nicht auszuschließen ist²⁰.

Das Jugendamt wird regelmäßig nicht geeignet sein²¹. Hier droht ein Rollenkonflikt²², weil das Jugendamt in seiner vorgerichtlichen Tätigkeit häufig die gesamte Familie unterstützt, im anschließenden familiengerichtlichen Verfahren aber einseitig für das Wohl des Kindes Partei nehmen soll. Auch wer sich bereits seit mehreren Jahren erfolglos mit den Problemen des Kindes beschäftigt hat, kann nicht zum Verfahrenspfleger bestellt werden²³.

6. Stellung und Aufgaben des Pflegers im Verfahren

Der Verfahrenspfleger tritt im Rahmen seines gerichtlichen Auftrags an die Stelle der Eltern. Durch die Bestellung eines Verfahrenspflegers wird also das Recht der Personensorge eingeschränkt, und zwar in die Vertretungsbefugnis der Eltern²⁴. Der Verfahrenspfleger nimmt die Rolle eines gesetzlichen Vertreters ein²⁵. Er ist also formell Beteiligter des Verfahrens²⁶. Schriftsätze, Gutachten etc. sind ihm zugänglich zu machen. Um die Kindesinteressen umfassend in das Verfahren einzubringen, hat er die Gerichtsakten einzusehen, das betroffene Kind sowie u. U. auch einmal die Eltern und sonstige Personen aufzusuchen bzw. zu hören²⁷. Das Gesetz weist dem Verfahrenspfleger aber weder eine Vermittlungs- noch eine fachliche Beratungsfunktion zu²⁸. Der Verfahrenspfleger nimmt an den Anhörungen bei Gericht teil²⁹. Seine Aufgabe ist es dort, den Willen des Kindes und die dafür vorherrschenden Gründe einzubringen. Dazu muss er das Ergebnis seiner Ermittlungen verständlich formulieren, eben den Kindeswillen „übersetzen“³⁰.

Das Anwesenheitsrecht des Verfahrenspflegers gilt auch für eine im Beisein eines Sachverständigen durchgeführte persönliche Anhörung des Kindes. Der Verfahrenspfleger darf hier nicht von der Anhörung ausgeschlossen werden³¹.

Dem Verfahrenspfleger obliegt nicht die Suche nach der dem Kindeswohl objektiv am besten dienenden Entscheidung³². Dies zu tun, ist Aufgabe des Gerichts. Der Verfahrenspfleger soll vielmehr dem Gericht die – subjektiven – Wünsche des Kindes soweit wie möglich nahe bringen³³. Seine Aufgabenstellung im Verfahren ist vergleichbar mit der eines Rechtsanwaltes³⁴. Das folgt auch aus § 50 Abs. 3 FGG. Nach dieser Norm soll die Bestellung eines Verfahrenspflegers unterbleiben, wenn das Kind von einem Rechtsanwalt oder einem anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten angemessen vertreten werden kann³⁵.

7. Verfahrensrechtliches zur Pflegerbestellung

Ist in einem erstinstanzlichen Verfahren eine Verfahrenspflegerbestellung erfolgt, gilt diese auch für jede weitere Instanz. Sie erfolgt anders als nach § 67 Abs. 2 FGG nicht für jeden Rechtszug gesondert³⁶. § 50 Abs. 4 FGG stellt vielmehr auf die formelle Rechtskraft der Entscheidung ab. Daher kann der Verfahrenspfleger zu Gunsten des Kindes ein Rechtsmittel einlegen und das Rechtsmittelverfahren auch durchführen, es sei denn, die Verfahrenspflegerbestellung wird nach § 50 Abs. 3 FGG aufgehoben.

Im Beschwerdeverfahren kann die Bestellung nur durch den Senat, nicht aber durch den Vorsitzenden oder den Berichterstatter erfolgen³⁷. Es bedarf also eines Senatsbeschlusses. Die Bestellung eines Verfahrenspflegers für das Kind gem. § 50 FGG in einem Sorgerechtsverfahren kann von einem sorgeberechtigten Elternteil mit der unbefristeten Beschwerde, §§ 19 ff. FGG, angefochten werden³⁸. Es handelt sich zwar um eine das Verfahren fördernde Zwischenentscheidung, die regelmäßig nicht anfechtbar ist³⁹. Stellt die Zwischenentscheidung aber – wie hier – einen nicht unerheblichen

Eingriff in die Rechte des Sorgeberechtigten dar⁴⁰, ist eine einfache Beschwerde nach § 19 FGG zulässig⁴¹.

8. Vergütung des Pflegers⁴²

Der Verfahrenspfleger erhält eine Vergütung aus der Staatskasse, § 67 Abs. 3 FGG, §§ 1835 Abs. 1, 1836 Abs. 2 BGB, § 1 BVormVG. Er ist wie ein Vormund zu entschädigen, § 50 Abs. 5 FGG. Da es sich um Auslagen des Gerichts handelt, kann die Entschädigung von den Beteiligten zurückgefordert werden, es sei denn, diesen ist Prozesskostenhilfe bewilligt worden⁴³.

Vergütet werden nur Tätigkeiten, die auch in den Aufgabenbereich des Verfahrenspflegers fallen, also für die subjektive Interessenvertretung des Kindes notwendig sind⁴⁴. Eine nach Abschluss des Verfahrens vom Verfahrenspfleger entfaltete Tätigkeit ist ebenso wenig zu vergüten⁴⁵ wie eine vor der Bestellung⁴⁶.

19 KG FamRZ 2000, 1300 = NJW-RR 2001, 73, 74 = Kind-Prax 2000, 194; BT-Drucks. 13/4899, S. 130.

20 *Schlegel*, ZfJ 1999, 383, 387.

21 OLG Naumburg FamRZ 2000, 300 = DAVorm 1999, 713; *Schlegel*, ZfJ 1999, 383, 387.

22 So *Fricke*, ZfJ 1999, 51, 53.

23 OLG Naumburg FamRZ 2000, 300 = DAVorm 1999, 713.

24 *Borth*, Kind-Prax 2000, 48, 49.

25 BVerfG FamRZ 2000, 1280 = Rpfleger 2001, 23, 24 = JurBüro 2001, 43 = Kind-Prax 2000, 190; *Kunkel*, FPR 2000, 111.

26 OLG Dresden FamRZ 2000, 1296, 1297; vgl. auch KG FamRZ 2000, 1300 = NJW-RR 2001, 73 = Kind-Prax 2000, 194; a. A.: OLG Brandenburg FamRZ 2000, 1295, 1296 = DAVorm 2000, 350 = FF 2000, 99.

27 Diese besonderen Umstände müssen dann aber konkret vorgetragen werden; vgl. auch *Söpfer*, FPR 2001, 269.

28 OLG Braunschweig JurBüro 2001, 207, 208; OLG Frankfurt FamRZ 1999, 1293, 1294.

29 KG FamRZ 2000, 1300 = NJW-RR 2001, 73 = Kind-Prax 2000, 194; *Balloff*, FPR 1999, 221; v. *Bracken*, Kind-Prax 1999, 183, 185.

30 Das OLG Braunschweig spricht davon, der Verfahrenspfleger habe das „Sprachrohr“ des Kindes zu sein, JurBüro 2001, 692, 693.

31 OLG Bremen FamRZ 2000, 1298.

32 KG FamRZ 2000, 1300 = NJW-RR 2001, 73 = Kind-Prax 2000, 194; OLG Schleswig OLG Report 2000, 177 ff.; *Kunkel*, Kind-Prax 2000, 139.

33 OLG Brandenburg FamRZ 2001, 692; OLG Frankfurt FamRZ 1999, 1293 f., krit. dazu *Borth*, Kind-Prax 2000, 48, 51; OLG Schleswig OLG Report 2000, 177 ff.; v. *Bracken*, Kind-Prax 1999, 183 ff.

34 BVerfG FamRZ 2000, 1280 = Rpfleger 2001, 23, 24 = JurBüro 2001, 43 = Kind-Prax 2000, 190.

35 KG FamRZ 2000, 1300 = NJW-RR 2001, 73, 74 = Kind-Prax 2000, 194; OLG Köln FamRZ 2000, 635 = NJW-RR 2000, 374 = Kind-Prax 2000, 63.

36 So z. B. noch OLG Hamburg FamRZ 1999, 248, 249.

37 BayObLG FamRZ 1999, 874, 875.

38 KG – 13. ZS, FamRZ 2000, 1298; OLG Köln FamRZ 2000, 487 = FuR 2000, 298, 299 = FF 1999, 145 = Kind-Prax 2000, 131; OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 1296 = DAVorm 2000, 351 = FF 2000, 99; OLG Dresden FamRZ 2000, 1296; OLG Düsseldorf MDR 2001, 157; FamRZ 2000, 1298 = NJW 2000, 1274 = DAVorm 2000, 75 = NJWE-FER 2000, 145 = FF 2000, 27 = Kind-Prax 2000, 27 u. 132; OLG Frankfurt FamRZ 1999, 1293, 1294; OLG München FamRZ 1999, 667; OLG Hamm FamRZ 1999, 41; OLG Rostock ZfJ 1999, 307; *Motzer* FamRZ 1999, 1101, 1106; *Schwab/Maurer*, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl. 2000, I Rn. 417 (S. 186); a. A.: KG – 19. ZS, FamRZ 2000, 1299 = Kind-Prax 2000, 130; OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 170; OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 1428; OLG Brandenburg DAVorm 2000, 350 = FF 2000, 99; OLG Naumburg FamRZ 2001, 170 = NJW-RR 2000, 1532, 1533 = MDR 2000, 1322 m. Anm. *Marquardt*; OLG Düsseldorf FamRZ 2000, 249; OLG Celle FamRZ 1999, 1589 = NJW 2000, 1273 = NJWE-FER 2000, 174 = Kind-Prax 1999, 172; vgl. auch OLG Hamburg FamRZ 2001, 34 für ein Beschwerderecht nach § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG.

39 Vgl. z. B. BayObLG NJWE-FER 1998, 43; OLG Koblenz FamRZ 2000, 1233 = NJW-RR 2001, 4; OLG Düsseldorf NJW-RR 1993, 1256.

40 Siehe oben unter 6.

41 Vgl. z. B. BayObLG FamRZ 1987, 966 = NJW-RR 1987, 1202; OLG Koblenz FamRZ 2000, 1233 = NJW-RR 2001, 4; *Oelkers*, Sorge- und Umgangsrecht, § 8 Rn. 11 m. w. N.

42 Vgl. zur Abrechnung mit der Staatskasse auch *Zimmermann*, Die Vergütung des Verfahrenspflegers für das Kind (§ 50 FGG), FPR 2000, 232 ff.

43 Vgl. auch OLG Hamburg FamRZ 2001, 775.

44 OLG Brandenburg FamRZ 2001, 692, 693; KG FamRZ 2000, 1300 = NJW-RR 2001, 73, 74 = Kind-Prax 2000, 194; *Zimmermann*, FPR 2000, 232, 236.

45 OLG Hamburg Kind-Prax 2000, 162.

46 Vgl. BayObLG JurBüro 2001, 267.

§ 50 Abs. 5 FGG verweist auf die analog anwendbaren, in § 67 Abs. 3 FGG genannten Vorschriften des BGB. Da § 1835 Abs. 3 BGB dort nicht aufgeführt ist, erhält auch der zum Verfahrenspfleger bestellte Rechtsanwalt keine Vergütung nach der BRAGO, sondern ausschließlich nach den §§ 1835 Abs. 1, 2, 5, 1836, 1836b 1 Nr. 1 BGB⁴⁷. Diese Regelungen sind verfassungsgemäß⁴⁸.

Hinsichtlich der Höhe der Vergütung findet gem. §§ 50 Abs. 5, 67 Abs. 3 FGG der § 1 des Gesetzes über die Vergütung für Berufsvormünder entsprechende Anwendung⁴⁹. Die Sätze betragen je nach Qualifikation 45 DM bzw. 60 DM (23 EUR bzw. 31 EUR) pro Stunde jeweils zuzüglich etwaiger Umsatzsteuer⁵⁰.

Nach § 67 Abs. 5 FGG, § 1836 BGB, § 1 BVormVG ist der Vergütungssatz für die zur Führung der Pflegschaft erforderliche Zeit zu gewähren. Der Umfang der erforderlichen Zeit lässt sich gerade in Sorge- und Umgangsrechtssachen nicht abstrakt oder gar nach einer Tabelle bemessen. Entscheidend sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls⁵¹. In dem vom OLG Köln entschiedenen Fall waren es 53 Stunden.

Die Vergütung wird in den neuen Bundesländern noch immer um 10 % gekürzt⁵².

Funktionell zuständig für die Abrechnung ist der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle der jeweiligen Instanz⁵³. Begehrt der Verfahrenspfleger z. B. wegen Kürzung der von ihm geltend gemachten Beträge die gerichtliche Festsetzung, so entscheidet der Rechtspfleger der ersten Instanz, § 3 Abs. 1 Nr. 2 a RPfGG⁵⁴.

47 BVerfG FamRZ 2000, 1280 = Rpfleger 2001, 23, 24 = JurBüro 2001, 43 = Kind-Prax 2000, 190.

48 BVerfG FamRZ 2000, 1280 = Rpfleger 2001, 23 = JurBüro 2001, 43 = Kind-Prax 2000, 190; vgl. auch OLG Hamm JurBüro 2000, 147.

49 KG FamRZ 2000, 1300 = NJW-RR 2001, 73, 74 = Kind-Prax 2000, 194; OLG Köln NJW-RR 2001, 74; *Koritz*, FPR 1999, 226; das Gesetz ist abgedruckt bei *Oelkers*, Sorge- und Umgangsrecht, § 11.

50 OLG Köln NJW-RR 2001, 74, 75; OLG Koblenz FamRZ 2000, 491; *Zimmermann*, FPR 2000, 232, 236; *Motzer*, FamRZ 1999, 1101, 1106.

51 OLG Köln NJW-RR 2001, 74, 75.

52 OLG Dresden Rpfleger 2000, 16; *Zimmermann*, FPR 2000, 232, 235.

53 OLG Naumburg FamRZ 2001, 769.

54 *Keidel/Kuntze/Winkler/Engelhardt*, Rn. 30 zu § 50 FGG.

sprechung mit solchen Allgemeinplätzen umgehen kann, wird man gut daran tun, nach alternativen Lösungsmöglichkeiten zu suchen. Eine davon hat der Verfasser in letzter Zeit verschiedentlich praktiziert, nämlich die der Versteigerung.

Voraussetzung ist, dass die Beteiligten noch ein Mindestmaß an Konsensfähigkeit zum Verfahrensablauf entwickeln. Wenn man ihnen Dauer und Unwägbarkeiten eines „normalen“ Hausratsteilungsverfahrens darlegt, ist aber auch dies erfahrungsgemäß kein Problem. Die Beteiligten müssen 1. eine Liste des zu verteilenden Hausrates vorlegen. Sie müssen 2. darüber einig sein, welche Gegenstände (oder Gesamtheiten von Gegenständen) in welcher Reihenfolge versteigert werden sollen. Ferner muss 3. Einigkeit darüber bestehen, dass die Hausratsteilung endgültig ist. Für den Fall, dass ein Gegenstand im Nachhinein untergeht, muss 4. dieser mit dem Betrag ersetzt werden, der in der Versteigerung geboten wurde. Schließlich muss 5. einer der Beteiligten – dies kann durchaus der Richter sein – das Verfahren leiten und Protokoll führen. Das Verfahren als solches läuft wie folgt ab:

Es wird bestimmt (ggf. gelost), wer beim ersten zu versteigernden Gegenstand ein Gebot abgibt. Hierbei sollte man sich im Vorhinein auf die Höhe eines mindestens abzugebenden Übergebotes einigen (z. B. bis 50 Euro: 5 Euro; darüber hinaus bis 500 Euro: 25 Euro etc.). Diese Grenze kann natürlich je nach Wert des Hausrates schwanken. Der, der am meisten bietet, bekommt den Gegenstand zugesprochen und zu Eigentum übertragen. Er hat einen ggf. zivilrechtlich zu verfolgenden Herausgabeanspruch. Beim nächsten Gegenstand bietet dann der andere Partner als erster usw. Zum Schluss des Verfahrens muss errechnet werden, welche Gegenstände jeder Ehegatte mit welchem Gesamtwert ersteigert hat. Bei Wertunterschieden ist ein schuldrechtlicher hälftiger Wertausgleich gegeben. Auch dieser ist ggf. zivilrechtlich zu verfolgen.

Gegen ein derartiges Verfahren könnte man einwenden, dass in vielen Fällen Eheleute darüber streiten, welche Gegenstände in ein solches Verfahren einbezogen werden sollen. Hierbei denke man nur an Sachen, die einer der Beteiligten eingebracht haben will oder für die eine Ersatzbeschaffung erfolgt sein soll. Problematisch können auch Gegenstände sein, die von den Kindern der Eheleute benutzt werden. Kann man sich nicht darauf einigen, in welcher Form diese Gegenstände in der Liste aufgenommen werden sollen, können sie ggf. „außen vor“ bleiben. Die Versteigerung kann dann als Teileinigung durchgeführt und der Rest durch das Gericht entschieden werden. Weiterhin könnte man entgegenhalten, dass durch dieses Verfahren einer der Ehepartner den anderen zur Zahlung eines in der Hausratsteilungsverordnung grundsätzlich nur in Ausnahmefällen vorgesehenen Ausgleichsbetrages zwingen könne. Dem steht aber entgegen, dass nur die Differenz der jeweils ersteigerten Gesamtbeträge ausgeglichen wird. Den Wert der Gegenstände haben aber gerade die Eheleute durch ihre eigenen Gebote vorgegeben. Jeder Ehegatte wird sich auch hüten, nur ganz wenige Gebote abzugeben. In diesem Fall kann ja der andere durch sehr geringe Gebote und damit sehr preiswert das Verfahren zu seinen Gunsten gestalten. Die Erfahrung zeigt jedenfalls, dass Eheleute mit dieser Form der Hausratsteilung sehr gut „leben“ können. Dies vor allem deswegen, weil sie durch ihre eigenen Gebote den Ausgang des Verfahrens selbst bestimmen können. Für den Verfahrensbevollmächtigten, der an der Vereinbarung über die Durchführung der Versteigerung mitgewirkt hat, hat dies bei der geringen Gebührenhöhe der Hausratsteilungsverfahren im Übrigen den Vorteil, dass auch die Vergleichsgebühr angefallen ist ...“

Hausratsteilung durch Versteigerung

Ein alternativer Lösungsweg zu einer kaum kalkulierbaren Billigkeitsrechtsprechung

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht *Dr. Walter Kogel*, Aachen

Hausratsteilungsverfahren gehören zu den beliebtesten Prozessen eines Familienrechtlers. Zeitaufwand und Emotionen der beteiligten Eheleute stehen im umgekehrten Verhältnis zum Gebührenaufkommen. Zudem lässt sich das Ergebnis eines solchen Verfahrens oftmals nur schwer voraussagen. Der Begriff der Billigkeit ist nach allen Seiten dehn- und auslegbar. Ob nun z. B. der eine oder andere Ehegatte das Schlaf- respektive das Wohnzimmer erhält oder umgekehrt, hängt vielfach nur davon ab, wer nun gerade den Antrag als erster einreicht. Aus leidvoller Erfahrung, wie die Recht-