



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XII ZB 124/12

vom

29. Mai 2013

in der Kindschaftssache

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 29. Mai 2013 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richterin Weber-Monecke und die Richter Dr. Klinkhammer, Dr. Nedden-Boeger und Dr. Botur

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 6. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Hamm vom 13. Februar 2012 wird verworfen, soweit sie sich dagegen richtet, dass dem Mündel Verfahrenskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren versagt worden ist.

Im Übrigen wird die Rechtsbeschwerde zurückgewiesen.

Das Verfahren der Rechtsbeschwerde ist gerichtsgebührenfrei.

Gründe:

I.

- 1 Das Verfahren betrifft die Bestellung eines Ergänzungspflegers für einen unbegleiteten minderjährigen Flüchtling.
- 2 Der am 31. Mai 1995 geborene Mündel ist afghanischer Staatsangehöriger, der als unbegleiteter Flüchtling in das Bundesgebiet eingereist ist. Mit Beschluss vom 19. August 2011 wurde das Ruhen der elterlichen Sorge festgestellt; gleichzeitig wurde für den Betroffenen eine Vormundschaft eingerichtet und der weitere Beteiligte zum Vormund bestellt.

3 Ein von dem Mündel bei seiner Einreise gestellter Asylantrag wurde vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge am 9. März 2011 abgelehnt. Vor dem Verwaltungsgericht machte der Mündel daraufhin ein Verfahren anhängig, mit dem er sein Asylbegehren weiterverfolgte. Im Laufe dieses Verfahrens hob das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge seinen Ablehnungsbescheid vom 9. März 2011 wieder auf, weil der von dem Mündel bei der Einreise gestellte Asylantrag unwirksam gewesen sei.

4 Am 23. November 2011 beantragte der Vormund für seinen Mündel, Rechtsanwalt W. zum Ergänzungspfleger zu bestimmen. Zur Begründung führte der Vormund insbesondere an, dass durch die Aufhebung des ursprünglichen Ablehnungsbescheides eine komplizierte Rechtslage entstanden sei, die in Bezug auf das weitere Vorgehen des Mündels im anhängigen Asylverfahren schwierige rechtliche Abwägungen erforderten. Diesen Antrag hat das Amtsgericht durch Beschluss vom 28. November 2011 abgelehnt. Die dagegen gerichtete Beschwerde und den Antrag des Mündels auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

5 Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Vormunds und des Mündels, mit dem sie ihre Begehren weiterverfolgen, eine Ergänzungspflegschaft für den Mündel einzurichten und ihm für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren Verfahrenskostenhilfe zu bewilligen.

## II.

6 1. Die Rechtsbeschwerde ist unstatthaft, soweit sie sich gegen die Versagung der Verfahrenskostenhilfe für das Verfahren der Erstbeschwerde richtet.

- 7 a) Wird dem Beschwerdeführer in Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch das Oberlandesgericht die nachgesuchte Verfahrenskostenhilfe für den zweiten Rechtszug versagt, findet hiergegen nicht die sofortige Beschwerde, sondern nur die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof statt, was deren Zulassung durch das Beschwerdegericht voraussetzt (vgl. Keidel/Zimmermann FamFG 17. Aufl. § 76 Rn. 59). An einer solchen Zulassung fehlt es hier.
- 8 b) Das Beschwerdegericht kann eine nach § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO oder nach § 70 Abs. 1 FamFG auszusprechende Zulassung der Rechtsbeschwerde auf tatsächlich und rechtlich selbständige Teile seiner Entscheidung beschränken. Die Beschränkung muss nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht im Tenor des Beschlusses angeordnet sein, sondern kann sich auch aus den Entscheidungsgründen ergeben, sofern sich die Beschränkung eindeutig daraus entnehmen lässt (vgl. BGH Beschluss vom 12. April 2011 - II ZB 14/10 - NJW 2011, 2371 Rn. 5).
- 9 Danach erstreckt sich die Zulassungsentscheidung des Beschwerdegerichts unter den hier obwaltenden Umständen erkennbar nur auf die Entscheidung in der Hauptsache, aber nicht auf die Nebenentscheidung zur Verfahrenskostenhilfe. Dies erschließt sich - neben dem Aufbau der Gründe in der Beschwerdeentscheidung - vor allem daraus, dass das Beschwerdegericht die Zulassungsentscheidung nur auf § 70 FamFG und nicht (auch) auf § 76 Abs. 2 FamFG i.V.m. § 574 ZPO gestützt hat und das Beschwerdegericht zudem die Rechtsbeschwerde gegen seine Entscheidung zur Verfahrenskostenhilfe wegen der hier allein entscheidungserheblichen Frage nach den Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung überhaupt nicht hätte zulassen dürfen (vgl. zuletzt Senatsbeschluss vom 8. Mai 2013 - XII ZB 624/12 - zur Veröffentlichung bestimmt).

10                   2. Soweit die Rechtsbeschwerde zulässig ist, hat sie in der Sache keinen  
Erfolg.

11                   a) Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie  
folgt begründet:

12                   § 1909 Abs. 1 BGB setze neben der tatsächlichen oder rechtlichen Ver-  
hinderung des gesetzlichen Vertreters ein gegenwärtiges konkretes Bedürfnis  
für die Anordnung einer Pflegschaft voraus. Dieses Bedürfnis fehle immer dann,  
wenn der Minderjährige in der zu erledigenden Angelegenheit selbst handlungs-  
fähig sei. Hinsichtlich der Wahrnehmung seiner Rechte im Asyl- und Aufent-  
haltsverfahren sei der 16-jährige Mündel selbst handlungsfähig. Dies ergebe  
sich aus § 12 Abs. 1 Ziff. 2 VwVfG, § 12 Abs. 1 AsylVfG und § 80 Aufenthaltsg,  
wonach ein Ausländer, der das 16. Lebensjahr vollendet habe, alle Verfahrens-  
handlungen in verwaltungsgerichtlichen Verfahren wie ein volljähriger Flüchtling  
selbst vornehmen könne, sofern er - wofür im vorliegenden Fall keine Anhalts-  
punkte bestünden - nicht geschäftsunfähig oder betreuungsbedürftig sei. In ei-  
nem solchen Fall bestehe ein Bedürfnis für die Bestellung eines Ergänzungsp-  
flegers gerade nicht. Es sei im Übrigen der Rechtsprechung des Oberlandes-  
gerichts Karlsruhe (OLG Karlsruhe FamRZ 2011, 740) zu folgen, wonach auch  
Art. 22 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des  
Kindes (BGBl. 1992 II, S. 121; UN-Kinderrechtskonvention, im Folgenden: UN-  
KRK) die Bestellung eines Ergänzungspflegers für bereits 16 Jahre alte Flücht-  
linge nicht gebiete.

13                   b) Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde im Ergebnis ohne Erfolg.

14                   Die Besorgung der ausländer- und asylrechtlichen Angelegenheiten des  
Mündels gehört als Teil der Personensorge zum Aufgabengebiet des bestellten  
Vormunds. Wer unter Vormundschaft steht, erhält nach § 1909 Abs. 1 Satz 1

BGB für Angelegenheiten, an denen der Vormund verhindert ist, einen Pfleger. Die Bestellung eines Ergänzungspflegers nach dieser Vorschrift setzt neben einer tatsächlichen oder rechtlichen Verhinderung des Vormundes ein Bedürfnis für die Anordnung der Pflegschaft voraus, das durch einen gegenwärtigen konkreten Anlass begründet sein muss (BGHZ 65, 93, 95 = NJW 1976, 49). Der Vormund ist im vorliegenden Fall weder aus rechtlichen noch aus tatsächlichen Gründen daran gehindert, den Mündel in ausländer- und asylrechtlichen Angelegenheiten zu vertreten.

- 15           aa) Indessen entspricht es einer verbreiteten und auf einen Aufsatz von Habicht aus dem Jahre 1898 (Gruchot 42, 413, 434) zurückgehenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass bereits das auf fehlender Geschäftsgewandtheit oder mangelnder Sachkunde beruhende Unvermögen des Vormundes, eine Angelegenheit des Mündels angemessen wahrzunehmen, eine Verhinderung tatsächlicher Art im Sinne von § 1909 Abs. 1 BGB begründen kann (BayObLGZ 1976, 214, 217; BayObLG FamRZ 1977, 664, 668 f.; OLG Frankfurt DAVorm 2000, 485, 487; Palandt/Götz BGB 72. Aufl. § 1909 Rn. 7; BeckOK BGB/Bettin [Stand: 1. Februar 2013] § 1909 Rn. 7; Erman/Roth BGB 13. Aufl. § 1909 Rn. 9; grundsätzlich zustimmend auch Soergel/Zimmermann BGB 13. Aufl. § 1909 Rn. 4). Daraus wird hergeleitet, dass einem unbegleiteten minderjährigen Flüchtling für die Besorgung seiner asyl- und ausländerrechtlichen Rechtsangelegenheiten schon wegen fehlender (einschlägiger) juristischer Sachkunde seines Vormundes beim Bestehen eines Fürsorgebedürfnisses ein entsprechend spezialisierter Rechtsanwalt als Ergänzungspfleger für diesen Aufgabenkreis beigegeben werden könne (vgl. OLG Frankfurt DAVorm 2000, 485, 487; AG Gießen FamRZ 2010, 1027 f.; zustimmend Palandt/Götz BGB 72. Aufl. § 1909 Rn. 7; Peter JAmt 2003, 557, 558; Löhr ZAR 2010, 378, 380 f.).

16 bb) Dem vermag der Senat nicht beizutreten.

17 (1) Bereits gegen den rechtlichen Ausgangspunkt, wonach eine Verhinderung im Sinne von § 1909 Abs. 1 BGB schon dann anzunehmen sei, wenn Eltern oder Vormund zwar tatsächlich und rechtlich zum Handeln in der Lage sind, jedoch nach dem Stand ihrer Einsicht, Erfahrung oder Geschäftsgewandtheit für bestimmte Angelegenheiten keine geeigneten Sachwalter ihrer Kinder oder Mündel zu sein scheinen, werden mit Recht grundsätzliche Bedenken geltend gemacht (vgl. LG Berlin FamRZ 1991, 1097 f.; Gernhuber/Coester-Waltjen Familienrecht 6. Aufl. § 75 Rn. 32; MünchKommBGB/Schwab 6. Aufl. § 1909 Rn. 14; Oberloskamp Vormundschaft, Pflegschaft und Beistand für Minderjährige 3. Aufl. § 10 Rn. 17; Rohde in Hoppenz Familiensachen 9. Aufl. § 1909 Rn. 5; jurisPK-BGB/Locher [Bearbeitungsstand: Oktober 2012] § 1909 Rn. 61).

18 Die Ergänzungspflegschaft ist ein an sich klar konturiertes Rechtsinstitut (vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen Familienrecht 6. Aufl. § 75 Rn. 32), welches die bei der Vertretung des Minderjährigen entstehenden Lücken bei der Besorgung solcher Angelegenheiten schließt, in denen Eltern oder Vormund ihr Vertretungsrecht nicht ausüben können oder dürfen. Diese Fälle ergeben sich aus dem Gesetz. Bei bestehender Vormundschaft kommt die Ergänzungspflegschaft daher grundsätzlich nur dann und nur insoweit in Betracht, als der Vormund von der Vertretung seines Mündels kraft Gesetzes ausgeschlossen (vgl. §§ 1795 Abs. 1, 1795 Abs. 2 i.V.m. 181 BGB) oder durch eine familiengerichtliche Entscheidung (vgl. §§ 1796 Abs. 1, 1801, 1837 Abs. 4 i.V.m. 1666, 1666 a BGB) in seiner Vertretungsmacht beschränkt worden ist. Nach § 1837 Abs. 4 i.V.m. §§ 1666, 1666 a BGB sind auch diejenigen Fälle zu beurteilen, in denen sich der Vormund aus tatsächlichen Gründen als ungeeignet für die Besorgung bestimmter Angelegenheiten des Mündels erweist; ohne eine entsprechende

Sorgerechtsbeschränkung durch gerichtliche Entscheidung ist für die Anordnung einer Pflegschaft wegen persönlicher Unzulänglichkeit des Vormunds grundsätzlich kein Raum (MünchKommBGB/Schwab 6. Aufl. § 1909 Rn. 14; vgl. auch Staudinger/Bienwald BGB [2012] § 1909 Rn. 29). Wäre es anders, müsste das Familiengericht bei fehlender Sachkunde oder Geschäftsgewandtheit des Sorgeberechtigten in sehr vielen Fällen nicht nur als berechtigt, sondern sogar als verpflichtet angesehen werden, durch die Anordnung einer Pflegschaft in deren gesetzliche Vertretungsmacht bezüglich bestimmter Angelegenheiten einzugreifen (§ 1794 BGB), ohne dass die Voraussetzungen der §§ 1666, 1666 a BGB vorliegen müssten (zutreffend Oberloskamp Vormundschaft, Pflegschaft und Beistand für Minderjährige 3. Aufl. § 10 Rn. 17).

- 19 (2) Verfügt der Vormund, dessen generelle Eignung nicht in Frage steht, nicht über die zur sachgerechten Besorgung einzelner Geschäfte des Mündels erforderliche Sachkunde, ist es seine Sache, diesen Mangel an Eignung in eigener Verantwortung durch Inanspruchnahme fachspezifischer Hilfen auszugleichen. Bei fehlender juristischer Sachkunde muss sich der Vormund daher um geeignete Rechtsberatung und im gerichtlichen Verfahren um eine anwaltliche Vertretung für seinen Mündel bemühen (vgl. OLG Brandenburg ZKJ 2011, 139, 140; OLG Karlsruhe FamRZ 2012, 1955, 1957; Oberloskamp Vormundschaft, Pflegschaft und Beistand für Minderjährige 3. Aufl. § 10 Rn. 17; Gernhuber/Coester-Waltjen Familienrecht 6. Aufl. § 75 Rn. 32). Etwas anderes lässt sich auch nicht daraus herleiten, dass der Vormund im Falle der Bevollmächtigung eines Rechtsanwaltes zur näheren Instruktion und Überwachung des Rechtsanwaltes verpflichtet bleibt und insoweit auch weiterhin einem Haftungsrisiko ausgesetzt ist. Unabhängig davon, dass nach Aktenlage durchaus davon auszugehen sein dürfte, dass der Vormund über Rechtskenntnisse im Asyl- und Ausländerrecht verfügt, können komplizierte Rechtsangelegenheiten des Mündels für einen Vormund nicht nur auf dem Gebiet des Asyl- und Ausländer-

rechts, sondern in vielfältiger Weise auch auf anderen Rechtsgebieten zu besorgen sein. Es entspricht indessen dem Wesen der Vormundschaft, dass der Vormund seinen Mündel erforderlichenfalls auch bei schwierigen Geschäften oder Geschäftskomplexen zu vertreten hat. Dies schließt es im Falle der Bevollmächtigung eines Rechtsanwaltes notwendigerweise ein, dass der Vormund auf der Grundlage der von dem Rechtsanwalt erteilten Beratung und Belehrung für seinen Mündel Entscheidungen zu treffen und den Bevollmächtigten entsprechend zu instruieren hat. Weder dieser Umstand noch das allgemeine Haftungsrisiko, welches der Vormund bei einer schuldhaften (§ 1833 Abs. 1 Satz 1 BGB) Verletzung seiner Pflicht zur treuen und gewissenhaften Führung der Vormundschaft ausgesetzt ist, können es deshalb rechtfertigen, den Vormund aus seiner Verantwortung für den Mündel zu entlassen (vgl. OLG Brandenburg ZKJ 2011, 139, 140).

20            Stehen der Inanspruchnahme rechtlichen Beistands die finanziellen Verhältnisse des Mündels entgegen, ist dieser Mangel durch Beratungshilfe und im gerichtlichen Verfahren durch Prozess- bzw. Verfahrenskostenhilfe zu beheben (Oberloskamp Vormundschaft, Pflegschaft und Beistand für Minderjährige 3. Aufl. § 10 Rn. 17). Die Pflegschaft ist demgegenüber kein Instrument, um einem unbemittelten Kind aus öffentlichen Kassen Sozialleistungen zu gewähren, auf die ein mittelloses Kind ohne Einrichtung einer Pflegschaft keinen Anspruch hätte; dies gilt auch für Sozialleistungen im Bereich der Rechtspflege (vgl. Senatsbeschluss vom 20. Dezember 2006 - XII ZB 118/03 - FamRZ 2007, 381, 383 zum Betreuungsrecht).

21            (3) Auch im Lichte der UN-Kinderrechtskonvention ist keine andere Beurteilung geboten.

22            Dabei kann es auf sich beruhen, ob den Regelungen der UN-Kinderrechtskonvention das Gebot entnommen werden kann, dass ein mittello- ses unbegleitete Kind - neben der Bestellung eines Vormunds - im Falle seiner Beteiligung an einem Asylverfahren oder an sonstigen Verwaltungs- und Ge- richtsverfahren unentgeltlichen Zugang zu einem Rechtsbeistand erhalten soll (vgl. UN-Ausschuss für Kinderrechte, General Comment No 6 [2005], Treat- ment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, CRC/GC/2005/6 Rn. 36 und 69, veröffentlicht auf [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org); Schmah, UN-Kinderrechtskonvention Art. 22 Rn. 11; Krieger RdJB 2012, 206, 210 f.; a.A. wohl OLG Karlsruhe FamRZ 2011, 740, 742). Selbst wenn dies der Fall sein sollte, wird dieser Zugang in der Bundesrepublik Deutschland konventionskon- form durch das System der Beratungs- und Prozesskostenhilfe gewährleistet; dieses System garantiert gleichzeitig - im Einklang mit Art. 2 UN-KRK und Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 des Abkommens über die Rechtsstellung von Flücht- lingen vom 28. Juli 1951 (BGBl. 1953 II, S. 560; Genfer Flüchtlingskonvention) - auch die Gleichbehandlung von mittellosen Flüchtlingen und unbemittelten deutschen Staatsangehörigen (OLG Karlsruhe FamRZ 2012, 1955, 1958 und FamRZ 2011, 740, 742; OVG Münster EZAR-NF 95 Nr. 22). Eine darüber hin- aus gehende Forderung nach Rechtsgewährung, welche die Bestellung eines Rechtsanwalts zum Ergänzungspfleger für die Besorgung von Rechtsangele- genheiten eines unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings gebieten würde, lässt sich jedenfalls aus der UN-Kinderrechtskonvention nicht herleiten (so auch Lohr ZAR 2010, 378, 381).

23            Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 3 Abs. 1 UN-KRK, wonach bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes als vorrangi- ger Gesichtspunkt zu berücksichtigen ist. Der Gesichtspunkt des Kindeswohls kann keinen absoluten Vorrang beanspruchen (BVerwG Buchholz 402.242 § 56 AufenthG Nr. 5; OVG Lüneburg InfAuslR 2013, 19, 22), auch nicht gegenüber

der Entscheidung des Gesetzgebers, die Rechtsgleichheit von bemittelten und unbemittelten Rechtssuchenden - auch Kindern - im Rahmen der Vorschriften über die Sozialhilfe auf dem Gebiet der Rechtspflege herzustellen. Im Übrigen wird den durch Art. 3 Abs. 1 UN-KRK in den Blick genommenen Belangen des Kindeswohls in ausländer- und asylrechtlichen Verfahren bereits bei der Prüfung der Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung Rechnung zu tragen sein (OLG Karlsruhe FamRZ 2011, 740, 742).

- 24 cc) Auf die Frage, ob ein Fürsorgebedürfnis für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft für unbegleitete Flüchtlinge über 16 Jahren wegen der ihnen durch § 80 Abs. 1 AufenthaltsgG und § 12 Abs. 1 AsylVfG eingeräumten Handlungsfähigkeit im Verfahrensrecht zu verneinen ist, kommt es daher nicht an.

Dose

Weber-Monecke

Klinkhammer

Nedden-Boeger

Botur

Vorinstanzen:

AG Delbrück, Entscheidung vom 24.11.2011 - 3 F 225/11 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 13.02.2012 - II 6 WF 13/12 -