

4. Einkünfte aus unzumutbarer Arbeit

Sehr umstritten ist, wie überobligatorische Einkünfte zu behandeln sind.

Zunächst ist im Einzelfall zu klären, ob überhaupt von einer überobligatorischen Tätigkeit auszugehen ist.

Soweit ein Ehepartner vor oder nach der Trennung neben der Betreuung der Kinder im Einverständnis mit dem anderen einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist, wird man schon nicht von einer überobligatorischen Tätigkeit sprechen können, da die Ehepartner den Umfang ihrer Erwerbstätigkeit autonom bestimmen und ihr Ertrag die ehelichen Lebensverhältnisse bestimmt hat. Es kommt nicht auf die „objektive“ Zumutbarkeit an, da dies der freien Entscheidung der Partner über die Ehegestaltung zuwiderliefe.

Soweit nach der Trennung ein Ehepartner neben der Kinderbetreuung ohne Einverständnis des Ehepartners eine Erwerbstätigkeit aufnimmt, hat der Ertrag die ehelichen Lebensverhältnisse nicht geprägt, andererseits wird ein fehlendes Einverständnis nur selten zu bejahen sein, da sich die finanziellen Verhältnisse dadurch verbessern. Bei einem – auch stillschweigenden – Einverständnis des anderen Partners wird nicht von einer Unzumutbarkeit der Arbeit auszugehen sein.

Soweit nach der Scheidung eine nach diesen Maßstäben unzumutbare Arbeit aufgenommen wird, hat deren Ertrag die ehelichen Lebensverhältnisse nicht geprägt, allerdings wird der Ertrag (mehr und mehr) zum Surrogat, sobald die Arbeit zumutbar wird und dann an die Stelle der bisherigen Haushaltstätigkeit tritt. Es ist zweifelhaft, ob man zur Vermeidung einer Schlechterstellung des überobligatorisch Arbeitenden nicht die Differenzmethode anwenden muss, weil die Berufsarbeit auch dann ein Surrogat der Familienarbeit ist, wenn sie „noch“ unzumutbar ist. Zu einer praktischen Gleichbehandlung kann man kommen, wenn man für die Zeit der vollen oder teilweisen Unzumutbarkeit § 1577 Abs. 2 BGB so anwendet, dass ein entsprechend größerer Teil des Einkommens unberücksichtigt bleibt.¹³

IV. Unterhaltsrechtliche Auswirkungen auf die Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten

1. Erwerbsobliegenheit im Geringverdienerbereich

Die Erwerbsobliegenheit eines kinderbetreuenden Ehegatten ist in Nr.17.1 des einheitlichen Leitlinienstrukturschemas geregelt. In den einzelnen Leitlinien ist die Formulierung noch unterschiedlich. Die meisten Leitlinien¹⁴ gehen davon aus, dass ab Beginn der dritten Grundschulklasse eine Teilerwerbsobliegenheit besteht, andere¹⁵ gehen von einer Teilerwerbsobliegenheit erst ab der Beendigung der Grundschule aus. Den Beginn der Vollerwerbsobliegenheit setzen einige Leitlinien¹⁶ mit der Vollendung des 15. Lebensjahrs des jüngsten Kindes an, andere¹⁷ erst mit der Vollendung des 16. Lebensjahrs.

Teilerwerbsobliegenheit heißt weder grundsätzlich Tätigkeit nur im Geringverdienerbereich, noch heißt es stets eine Halbtagserwerbstätigkeit.

Häufig beruft sich ein(e) Unterhaltsberechtigte(r) darauf, eine solche Tätigkeit nicht finden zu können. Durch die Neuregelung im Geringverdienerbereich sind die Möglichkeiten jedoch deutlich größer geworden. Es muss im Einzelnen dargetan werden, dass auch eine Tätigkeit im Geringverdienerbereich nicht zu finden ist.

2. Überobligatorische Tätigkeit

Für den Berechtigten gelten die gleichen Maßstäbe wie für den Unterhaltsverpflichteten. Ob die Einkünfte aus unzumutbarer Tätigkeit stammen, ist zunächst zu prüfen. Ist das zu bejahen, kommt § 1577 Abs. 2 BGB zur Anwendung.

3. Berücksichtigung der Zusatzbeträge

Der Unterhaltsberechtigte, der im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung Einkünfte hat, kann den Teil, den er für die freiwillige Aufstockung seiner Rentenbeiträge anlegt, von seinem Einkommen abziehen. Insoweit gilt nichts anderes als für den Unterhaltsverpflichteten.¹⁸

13 So OLG Köln, Urt. v.17.7.2003, – 14 UF 6/03 –.

14 Süddeutsche Leitlinien Nr. 17.1, FamRZ 2003, 910, 912; KG-Leitlinien Nr. 17.1; Bremer Leitlinien 17.1; Frankfurter Leitlinien 17.1; Hamburger Leitlinien Nr. 17.1, jeweils NJW 2003, Beil. zu Heft 32.

15 Naumburger Leitlinien Nr. 17.1; Celler Leitlinien Nr. 17.1.

16 Süddeutsche Leitlinien Nr. 17.1; ebenso Frankfurter Leitlinien Nr. 17.1 und Hamburger Leitlinien Nr. 17.1.

17 Düsseldorf Leitlinien Nr. 17.1; ebenso Kölner Leitlinien Nr. 17.1 und Hammer Leitlinien Nr. 17.1.

18 Seier, ZFE 2003, 136.

Auskunftsansprüche pro und kontra

Weshalb die Auskunftsansprüche im Familien- und Erbrecht unzulänglich sind

Rechtsanwältin und Senatorin a.D. *Dr. Lore Maria Peschel-Gutzeit*, Berlin

Einleitung

Auskünfte sind nötig, oft unerlässlich, um Ansprüche beschreiben, beziffern und geltend machen zu können. Sie dienen darüber hinaus der Information über die eigene Lebenssituation. Und um sich gegen Ansprüche Dritter verteidigen zu können, braucht man häufig zunächst Auskunft, kurz: Überall dort, wo dem einen die nötige Kenntnis fehlt, die der andere geben kann, bestehen Auskunftspflichten und Auskunftsrechte, oft ergänzt durch Rechenschafts-, Verzeichnis- und Vorlegungspflichten.

A. Auskunftsansprüche im Familienrecht¹

Im Familienrecht sind kodifizierte Auskunftsansprüche gesetzeshistorisch relativ jung; die Rechtsprechung erkennt sie dagegen seit langem an.

I. Auskunftsansprüche rund um die Geburt

Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit seiner Geburt, § 1 BGB. Deshalb soll auch hier, bei der Untersuchung familienrechtlicher Auskunftsansprüche, mit der Entstehung des Menschen begonnen werden. Bereits hier gibt es Fragen, die nach Antwort, also Auskunft heischen. So verbergen sich hinter der vergleichsweise „harmlosen“ Vorschrift des § 1589 BGB (über die Entstehung von Verwandtschaft) gleich zwei brisante, existenzielle Fragen: Stammt der soeben geborene Mensch von dem Mann ab, den das Gesetz als Vater ansieht? § 1592 BGB sagt lapidar,

1 Weiterführende Literatur: *Arens/Spieker*, Die Maßgeblichkeit steuerlicher Unterlagen und steuerlicher Ansätze für familienrechtliche Ansprüche, FamRZ 1985, 121; *Brüne*, Informationspflichten im Unterhaltsrecht, FamRZ 1983, 657; *Budde*, Zur Auskunftsklage beim Unterhaltsanspruch volljähriger Kinder, FuR 2000, 11; *Büttner*, Durchsetzung von Auskunfts- und Rechnungslegungstiteln, FamRZ 1992, 629; *Fischer-Winkelmann/Maier*, Unterhaltsrechtliche Einkommensberechnung bei Selbständigen: Informationspflichten versus Informationsbedarf, FuR 1992, 14; *Gießler*, Neuerungen im Unterhaltsverfahrensrecht, FPR 1998, 173; *Hoppenz*, Die unterhaltsrechtliche Pflicht zu ungefragter Information, FamRZ 1989, 337; *Kleffmann*, Der unterhaltsrechtliche Auskunfts- und Beleganspruch, FuR 1999, 403; *Künkel*, Ausgewählte Probleme des neuen Kindesunterhaltsgesetzes, FPR 1998, 167; *Mutschler*, Anm. zu einer Entscheidung des LG Düsseldorf, FamRZ 1976, 219; *Nickl*, Wertungsdivergenzen zwischen Steuer- und Unterhaltsrecht, NJW 1986, 2544; *van Els*, Vorläufige Auskunft im Unterhaltsprozeß, FamRZ 1995, 650.

„Vater eines Kindes ist der Mann, der ...“. Vielleicht stammt das Kind von einem anderen Mann oder ist es künstlich erzeugt? Das Kind hat Anspruch, seine Abstammung zu erfahren. Zwar hat der Gesetzgeber des Kindschaftsrechtsreformgesetzes es trotz entsprechender Anregung des Bundesrates² abgelehnt, das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung³ ausdrücklich zu regeln. Aber dennoch ist dieses Recht unumstritten.⁴ Die höchstrichterliche Rechtsprechung leitet dieses Recht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG her. Als Individualisierungsmerkmal gehöre die Abstammung zur Persönlichkeit und die Kenntnis der Herkunft biete dem Einzelnen, unabhängig vom Ausmaß wirtschaftlicher Ergebnisse, wichtige Anknüpfungspunkte für das Verständnis und die Entfaltung der eigenen Individualität. Dabei muss freilich das Interesse des Kindes an Kenntnis seiner eigenen Abstammung mit dem Recht der Mutter auf Achtung ihrer Privat- und Intimsphäre gegeneinander abgewogen werden.⁵ Und auch der Mann, den das Gesetz als Vater ansieht, hat Interesse, § 1599 BGB, und deshalb den Anspruch, § 1600 BGB, zu erfahren, ob er der wirkliche oder aber nur der Scheinvater ist. Dieser Anspruch wird bei bestehender Ehe aus § 1353 BGB hergeleitet, nach rechtskräftiger Scheidung oder bei Eltern, die nie miteinander verheiratet waren, wird einerseits § 242 BGB und andererseits § 826 BGB als Anspruchsgrundlage herangezogen.⁶ Der Scheinvater seinerseits hat gegen das Kind, für das er Unterhalt gezahlt hat, Anspruch auf Auskunft über den wirklichen Vater.⁷ Und auch die Mutter kann Interesse haben, die Person des Vaters zu erfahren. Zwar steht ihre Mutterschaft fest, § 1591 BGB. Ihr Interesse an Kenntnis des Vaters kann bestehen, wenn das Kind im Wege der Vergewaltigung oder im Zustand der Bewusstlosigkeit der Mutter gezeugt worden ist. Ist das Kind im Konsens der beiden Eltern durch Samenspende eines Dritten künstlich gezeugt worden, können Vater und Mutter die Abstammung nicht mehr anfechten, haben also auch keinen Anspruch, den Samenspender zu erfahren, wohl aber das Kind, § 1600 BGB; dieses hat also insoweit einen Auskunftsanspruch.

II. Auskunftsansprüche im Unterhaltsrecht

1. § 1605 BGB

Sowie das Kind heranwächst, benötigt es zum Leben Unterhalt. Diesen schulden beide Eltern, sie haften grundsätzlich anteilig, § 1606 Abs. 3 1 BGB. Wegen dieser anteiligen Haftung kann ein Elternteil vom anderen über dessen Einkommens- und Vermögensverhältnisse Auskunft verlangen. Dies gilt selbst bei dem Unterhaltsanspruch minderjähriger Kinder. Denn sogar die Verpflichtung zur so genannten „verschärften“ Haftung gegenüber Minderjährigen und ihnen gleichgestellten Volljährigen tritt nicht ein, wenn ein anderer unterhaltspflichtiger und leistungsfähiger Verwandter vorhanden ist, § 1603 Abs. 2 3 BGB. Das kann auch der andere Elternteil sein. Und auch Geschwister untereinander benötigen Auskunft über Einkommen und Vermögen des anderen, etwa wenn es um den immer relevanter werdenden Elternunterhalt geht. § 1606 Abs. 3 1 BGB, der die anteilige Haftung der gleich nahen Verwandten regelt, beinhaltet diese Auskunftsspflicht. Dies hat soeben der BGH entschieden⁸ und hinzugefügt, ein direkter Auskunftsanspruch gegen den Ehegatten des Geschwisters scheidet aus, weil dieser auch nicht für den Elternunterhalt in Anspruch genommen werden könne.

Die grundlegende Auskunftsnorm für alle diese Unterhaltsbeziehungen ist § 1605 BGB. Sie regelt nicht nur, dass Verwandte einander Auskunft schulden, sondern auch wie, auf welche Weise und wie oft diese Auskunft zu erteilen ist. Auf diese Vorschrift wird an vielen Stellen im Gesetz ver-

wiesen, auf sie wird im weiteren Fortgang dieser Überlegungen noch im Einzelnen einzugehen sein.

2. § 1610a BGB

Auch § 1610a BGB, eine Sondervorschrift für Aufwendungen infolge von Körper- und Gesundheitsschäden, enthält eine solche Auskunftspflicht: Werden für solche Aufwendungen Sozialleistungen in Anspruch genommen, so wird vermutet, dass die Kosten der Aufwendungen diesen Leistungen entsprechen. Deshalb muss der Empfänger der Sozialleistungen, der Unterhalt verlangt, über sie Auskunft geben.

3. § 1613 BGB

§ 1613 BGB, der den Unterhaltsanspruch für die Vergangenheit regelt, nennt seit dem In-Kraft-Treten des Kindesunterhaltsgesetzes am 1. Juli 1998⁹ in Absatz 1 als Einsatzzeitpunkt für rückwärtigen Unterhalt nicht etwa nur Verzug oder Rechtshängigkeit, der Berechtigte kann seither Erfüllung für die Vergangenheit von dem Zeitpunkt an verlangen, zu welchem er den Verpflichteten aufgefordert hatte, über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse Auskunft zu geben. Dieses mahnungsgleiche Auskunftsverlangen bewirkt, dass der Unterhalt vom Ersten des Monats an geschuldet wird, in dem die Auskunft verlangt worden ist.

III. Auskunft bei Eheschließung

Unser Beispielkind wird erwachsen, es heiratet oder geht eine Partnerschaft ein. Falls es eine Ehe schließt, gilt für das Verhältnis der Ehegatten zueinander die Grundnorm des § 1353 Abs. 1 2 BGB: Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet und tragen füreinander Verantwortung. Hieraus folgt u.a. die Verpflichtung zur Auskunft über die finanzielle Lage, freilich nur in groben Zügen.¹⁰ Da unsere Eheleute keinen Güterstand vereinbart haben, leben sie im Zustand des gesetzlichen Güterstandes, also der Zugewinnngemeinschaft. Unser Ehemann soll vorsichtig sein: Er möchte ein Verzeichnis des Anfangsvermögens und kann verlangen, dass seine Ehefrau daran mitwirkt, § 1377 Abs. 2 BGB. Auch ihn selbst trifft eine eigene Offenbarungspflicht, also schuldet er Auskunft. Er hat seiner Ehefrau die ihm zur Verfügung stehenden Daten und Unterlagen seines Vermögens zur Kenntnis zu bringen.¹¹ Und haben unsere Eheleute Gütergemeinschaft vereinbart, so hat der verwaltende Ehegatte dem anderen auf Verlangen Auskunft über den Stand seiner Verwaltung zu erteilen, § 1435 BGB.

IV. Auskunft bei elterlicher Sorge

Unserem Beispielsehepaar wird ein gemeinsames Kind geboren. Beide Eltern erwerben mit der Geburt des Kindes automatisch die gemeinsame elterliche Sorge und damit auch die Vermögenssorge. Erbt nun ihr Kind von dritter Seite etwas oder wird ihm etwas geschenkt oder auf Grund einer Unterhaltsabfindung bezahlt, so sind die Eltern grundsätzlich verpflichtet, ein Vermögensverzeichnis anzulegen und

2 BT-Drucks 13/4899, 147.

3 Vgl. u.a. Giesen, JZ 1989, 364; Elisabeth Koch, FamRZ 1990, 569; Weber, FamRZ 1996, 1254; Mansees, NJW 1988, 2984; Deichfuß, NJW 1988, 113.

4 BVerfG, NJW 1988, 3010 = FamRZ 1989, 147 sowie BVerfGE 79, 256 = FamRZ 1989, 255 = NJW 1989, 891.

5 BVerfGE 96, 56 = NJW 1997, 1769 = FamRZ 1997, 869.

6 Zu Letzterem OLG Oldenburg FamRZ 1994, 651.

7 OLG Köln FamRZ 2002, 1214.

8 Urt. v. 8.5.2003 – XII ZR 229/00.

9 BGBI I 1998, 666.

10 Bamberger/Roth/Lohmann, § 1353 Rn 21; Staudinger/Hübner/Voppel (2000), Rn 97; BGH NJW 1986, 1870, 1872; OLG Karlsruhe FamRZ 1990, 161.

11 Staudinger/Thiele (2000), § 1377 Rn 5.

dem Familiengericht einzureichen, § 1640 BGB. In dieser Verzeichnispflicht steckt eine Auskunftspflicht, die die Eltern gegenüber dem Familiengericht haben und die sie in schriftlicher Form (Verzeichnis) zu erfüllen haben. Hat in unserem Beispielfall der Erblasser die elterliche Vermögensverwaltung in Bezug auf dasjenige Vermögen, das er dem Kind zugewendet hat, ausgeschlossen, § 1638 BGB, so soll den Eltern auch kein Anspruch auf Auskunft über Art und Bestand des Zugewendeten gegen den dann notwendig bestellten Ergänzungspfleger zustehen.¹²

V. Auskunft bei Trennung

Die Ehe unserer Beispielfamilie erweist sich als konfliktträchtig, man trennt sich. Es entstehen Unterhaltsansprüche gem. § 1361 BGB und damit auch Ansprüche, über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des anderen Ehegatten Auskunft zu erhalten: § 1361 Abs. 4 4 BGB verweist direkt auf § 1605 BGB, der entsprechend anzuwenden ist. Übrigens verweist § 1361 BGB auch auf § 1613 Abs. 1 BGB, so dass die Aufforderung zur Auskunft auch hier der Mahnung gleichkommt. Und auch das gemeinsame Kind hat nun eigene Unterhaltsansprüche, derentwegen es Auskunft nach § 1605 BGB verlangen kann.

Wegen der Trennung kann gem. § 1361a BGB auch Hausrat herausverlangt und dessen Teilung verlangt werden, die Hausratsverordnung findet sinngemäß Anwendung, § 18a HausratsVO. Auskunft über den Bestand des Hausrats kann jedenfalls der Ehegatte verlangen, der ohne Verschulden keine Kenntnis über Art und Umfang des Hausrates hat, etwa bei längerer Strafhaft¹³ oder, der häufigere Fall, falls ein Ehegatte dem anderen den Zutritt verweigert und dieser keine genaue Erinnerung an das Vorhandene hat.¹⁴ Gegründet wird dieser Anspruch auf § 242 BGB, worauf noch weiter unten einzugehen sein wird.

Mit der Trennung entstehen auch besondere Rechte in Bezug auf die gemeinsame elterliche Sorge. Die Eltern haben gegeneinander Auskunftsrechte, § 1686 BGB. Bei berechtigtem Interesse kann jeder Elternteil vom anderen Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes verlangen, soweit dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht.

VI. Auskunft bei Scheidung und Wiederheirat

Das Unglück nimmt seinen Lauf, es kommt zur Scheidung der Ehe mit den sich aus dem Gesetz ergebenden Folgen für den Unterhalt, den Zugewinn oder die Gütergemeinschaft sowie für den Versorgungsausgleich:

1. Unterhalt

Für den nachehelichen Unterhalt regelt § 1580 BGB die beiderseitige Auskunftspflicht über Einkünfte und Vermögen; § 1605 BGB wird entsprechend angewendet. Interessanterweise gilt für den nachehelichen Unterhalt nicht § 1613 Abs. 1 BGB. Vielmehr bleibt es bei § 1585b BGB, den das Kindesunterhaltsgesetz unverändert belassen hat.

2. Güterrecht

Für den Ausgleich des Zugewinns enthält § 1379 BGB die Pflicht jedes Ehegatten, nach der Beendigung des Güterstandes den anderen über den Bestand seines Endvermögens Auskunft zu erteilen. Diese Pflicht beginnt bereits mit der Einreichung des Scheidungsantrages, dies korrespondiert mit der Vorschrift des § 1384 BGB, dem Berechnungszeitpunkt für den Zugewinn.¹⁵

Bestand zwischen den Eheleuten Gütergemeinschaft, so kommt es anlässlich der Scheidung zur Auseinandersetzung, § 1478 BGB. Endet die Gütergemeinschaft dagegen durch Tod eines Ehegatten, so besteht mit den Abkömmlingen grundsätzlich fortgesetzte Gütergemeinschaft, die mit der

Wiederheirat des überlebenden Ehegatten oder der Begründung einer Lebenspartnerschaft endet, § 1493 BGB. In diesem Fall muss der überlebende Ehegatte dem Vormundschaftsgericht ein Verzeichnis des Gesamtgutes einreichen, es besteht also Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht.

Eine ähnliche Verzeichnispflicht besteht noch in einem anderen Falle: Will einer der geschiedenen Eheleute, dem die Vermögenssorge für das Kind zusteht, wieder heiraten, so muss er dies dem Familiengericht anzeigen und auf seine Kosten ein Verzeichnis des Kindesvermögens erstellen und einreichen, § 1683 Abs. 1 BGB. Diese Pflicht trifft auch Eltern, die nie miteinander verheiratet waren, vorausgesetzt, der Vermögenssorger will eine Dritte oder einen Dritten heiraten, § 1683 Abs. 1 BGB.

3. Versorgungsausgleich

Zu den Scheidungsfolgen gehört auch der Versorgungsausgleich: Auch hier hat das Gesetz einen bunten Strauß von Auskunftsrechten und -pflichten geschaffen. So kann das Gericht die Auskünfte der Versorgungsträger einholen, §§ 53b Abs. 2 FGG, §§ 6, 11 Abs. 2 VAHRG; die Offenlegung dieser Daten ist zulässig, § 74 Nr. 1b SGB X. Für das Splitting und Quasi-Splitting gem. § 1587b BGB gilt § 1580 BGB entsprechend, d.h. die Ehegatten sind einander verpflichtet, Auskunft über die von ihnen erworbenen Anwartschaften zu erteilen. Da § 1580 BGB seinerseits auf § 1605 BGB verweist, gilt dieser auch im Versorgungsausgleich. Für den verlängerten schuldrechtlichen Versorgungsausgleich bestimmt § 3a VIII VAHRG, dass der Berechtigte und die Witwe oder der Witwer des zur Zahlung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs Verpflichteten einander und dem verpflichteten Versorgungsträger die Auskünfte schulden, die zur Feststellung eines Anspruchs nach § 3a VAHRG erforderlich sind. Auch die Versorgungsträger schulden einander, dem Berechtigten und Witwe oder Witwer, diese Auskünfte und auch hier ist § 1605 BGB entsprechend anzuwenden. § 11 Abs. 2 VAHRG regelt das Auskunftsrecht des Familiengerichts und die Pflicht der Beteiligten, diesem Ersuchen Folge zu leisten.

VII. Auskunft nicht miteinander verheirateter Eltern

Waren die Eltern unseres Kindes nie miteinander verheiratet, so hat die mit dem Vater nicht verheiratete Mutter einen zeitlich beschränkten Unterhaltsanspruch, § 1615l BGB, und in diesem Zusammenhang auch Anspruch auf Auskunft gegen den Vater, §§ 1615l Abs. 3 1, 1605 BGB. Umgekehrt kann den Anspruch auf Betreuungsunterhalt auch der Vater gegen die Mutter geltend machen, auch dann gilt die Auskunftspflicht, § 1605 BGB entsprechend, § 1615l Abs. 4 2 BGB. Übrigens hat auch hier das Auskunftsverlangen die mahnende Wirkung, § 1613 Abs. 1 BGB, der in Bezug genommen wird.

Um die Auskunftspflichten im Unterhaltsrecht abzuschließen, darf der neu eingeführte, seit dem 1.7.1998 geltende § 643 ZPO nicht unerwähnt bleiben. Er gewährt dem Familiengericht gegenüber den Parteien wie gegenüber Behörden und zum Teil sogar gegenüber dem Finanzamt das Auskunftsrecht bei allen Unterhaltsstreitigkeiten, die auf gesetzlicher Unterhaltspflicht beruhen.

VIII. Auskunft bei Vormundschaft

Im Rahmen der familienrechtlichen Auskunftspflichten und -ansprüche muss noch das Recht der Vormundschaft er-

¹² LG Bonn FamRZ 1995, 1433.

¹³ KG FamRZ 1982, 68.

¹⁴ OLG Frankfurt FamRZ 1988, 645; *Bamberger/Roth/Neumann*, § 1361 BGB Rn 14.

¹⁵ *Erman/Heckelmann*, § 1379 Rn 2 BGB.

wähnt werden: Selbstverständlich treffen den Vormund Auskunftspflichten, §§ 1799 Abs. 1, 1802, 1839, 1891 Abs. 2 BGB. Hat das Gericht dem Minderjährigen einen Gegenvormund bestellt, was es tun soll, wenn mit der Vormundschaft eine erhebliche Vermögensverwaltung verbunden ist, § 1792 Abs. 2 BGB, so hat der Gegenvormund den Vormund zu überwachen und gegebenenfalls das Vormundschaftsgericht über Pflichtwidrigkeiten des Vormunds zu unterrichten, § 1799 Abs. 1 BGB. In diesem Zusammenhang hat der Vormund dem Gegenvormund über die Führung der Vormundschaft Auskunft zu erteilen und Einsicht in die entsprechenden Unterlagen zu gewähren, § 1799 Abs. 2 BGB. Nach § 1802 BGB schuldet der Vormund dem Vormundschaftsgericht ein Vermögensverzeichnis und nach § 1839 BGB schulden Vormund und Gegenvormund dem Vormundschaftsgericht auf Verlangen jederzeit Auskunft, sowohl über die Führung der Vormundschaft als auch über die persönlichen Verhältnisse des Mündels. Über die Führung der Gegenvormundschaft hat der Gegenvormund auf Verlangen Auskunft zu erteilen, § 1891 Abs. 2 BGB.

B. Auskunftsansprüche im Erbrecht

Im Erbrecht ist der Kreis der Auskunftsrechte und Auskunftspflichten nicht kleiner, in mindestens 20 Fällen kann diese Auskunft verlangt werden:

- § 2003 Abs. 2 BGB Inventaraufnahme: Der Erbe ist verpflichtet, dem Nachlassgericht oder der vom Gericht beauftragten Stelle die erforderlichen Auskünfte zu erteilen.
- § 2011 Abs. 2 BGB Ist der Fiskus gesetzlicher Erbe, so schuldet er den Nachlassgläubigern Auskunft über den Bestand des Nachlasses.
- § 2012 Abs. 2 BGB Dieselbe Pflicht trifft den Nachlasspfleger und den Nachlassverwalter.
- § 2027 BGB Wer die Erbschaft besitzt, ohne Erbe zu sein, oder wer aus dem Nachlass etwas entnommen hat, muss dem Erben über Bestand und Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft erteilen.
- § 2028 BGB Den Hausgenossen des Erblassers trifft eine erhöhte Auskunftspflicht nicht nur über den Verbleib von Erbschaftsgegenständen, sondern auch darüber, welche erbschaftlichen Geschäfte er geführt hat.
- § 2038 BGB Bei einer Erbengemeinschaft ist jeder Miterbe dem anderen im Rahmen der Verwaltung zur Auskunft verpflichtet.
- § 2057 BGB Das gilt auch für ausgleichspflichtige Zuwendungen zu Lebzeiten des Erblassers.
- § 2113 BGB Der Vorerbe darf über bestimmte Gegenstände nicht verfügen, z.B. über Grundstücke.
- § 2121 BGB Auf Verlangen des Nacherben hat der Vorerbe ein Verzeichnis der Erbschaftsgegenstände zu erstellen und muss Auskunft über den Bestand der Erbschaft erteilen, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass der Vorerbe durch seine Verwaltung die Rechte des Nacherben erheblich verletzt.
- § 2174 BGB Der Vermächtnisnehmer hat das Recht, vom Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern. Er kann dafür Auskunft

über den Bestand der Erbschaft verlangen, wenn die Durchsetzung des Vermächtnisanspruchs diese Kenntnis erfordert.

- § 2218 Abs. 2 BGB Der Testamentsvollstrecker schuldet dem Erben jährliche Rechnungslegung, das beinhaltet einen verschärften Auskunftsanspruch. Außerdem haftet er wie ein Beauftragter; § 666 findet Anwendung, der Auskunfts- und Rechenschaftspflicht des Beauftragten normiert.
- § 2287 BGB Der aus einem Erbvertrag Begünstigte (Vertragserbe) kann, falls der Erblasser einem Dritten etwas in Benachteiligungsabsicht geschenkt hat, von dem Schenkungsempfänger Herausgabe verlangen. Hierfür hat er einen auf § 242 BGB gestützten vorbereitenden Anspruch auf Auskunft, wenn es ihm unmöglich ist, die notwendigen Informationen über eine etwaige Schenkung selbst zu beschaffen.¹⁶
- § 2314 BGB Der Erbe schuldet dem Pflichtteilsberechtigten Auskunft über den Bestand des Nachlasses.
- § 2315 BGB Seinerseits schuldet der Pflichtteilsberechtigten Auskunft über Vorempfänge, die ihm mit der Anrechnungsbestimmung zugewendet waren.
- § 2327 BGB
- § 2362 Abs. 2 BGB Derjenige, dem ein unrichtiger Erbschein erteilt ist, muss dem wirklichen Erben über Bestand der Erbschaft und den Verbleib von Erbschaftsgegenständen Auskunft erteilen.

Die erbrechtlichen Auskunftsansprüche richten sich – der Natur der Sache entsprechend – ausschließlich auf Informationen über vorhandenes oder verschwundenes Vermögen eines Nachlasses, auf Geschäfte, die der Nichterbe oder der (Vor-)Erbe unter Überschreitung seiner Handlungsmacht geführt hat. Den Besitzer eines unrichtigen Erbscheins trifft diese Pflicht ebenso wie den Pflichtteilsberechtigten z.B. in Bezug auf anrechenbare Vorempfänge, den Erben über den Bestand des Nachlasses und zurechenbares Vermögen usw. Diese Auskünfte werden von demjenigen geschuldet, der sie geben kann, weil er der Sache näher ist, weil nur er die nötigen Kenntnisse hat oder jedenfalls, weil er sie sich leichter verschaffen kann als der Auskunft Begehrende. Dies ist der Grundgedanke aller Auskunfts- und Rechenschaftspflichten. Er gilt für materielle wie immaterielle Auskunftsansprüche.

C. Historische Entstehung und Fortentwicklung von Auskunftsansprüchen

Die immateriellen Auskunftsansprüche sind rechtshistorisch sehr jung, die meisten sind noch nicht einmal kodifiziert, sondern von der Rechtsprechung entwickelt. Das gilt auch für die zahlenmäßig gänzlich überwiegenden materiellen Auskunftsansprüche, auch sie werden seit langem bejaht, also von der Rechtsordnung als vorhanden betrachtet, und demgemäß wird deren Erfüllung gefordert und geleistet. Aber im Gesetz findet man sie, wenn überhaupt, erst seit relativ kurzer Zeit. Dies ist deswegen von besonderem Gewicht und Interesse, weil diese Entwicklung zugleich Wege

¹⁶ BGHZ 97, 188.

dort aufzeigt, wo die vorhandenen Auskunftsansprüche nicht ausreichen, wo diese entweder erweitert oder künftig überhaupt erst geschaffen werden müssen.

I. § 1605 BGB

Bei der Zusammenstellung der familienrechtlichen materiellen Auskunftsansprüche wurde deutlich, dass vor allem **eine** Vorschrift immer wieder zitiert, herangezogen und für entsprechend anwendbar erklärt worden ist: § 1605 BGB. Diese Vorschrift lautet:

Absatz 1:

„Verwandte in gerader Linie sind einander verpflichtet, auf Verlangen über ihre Einkünfte und ihr Vermögen Auskunft zu erteilen, soweit dies zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs oder einer Unterhaltsverpflichtung erforderlich ist. Über die Höhe der Einkünfte sind auf Verlangen Belege, insbesondere Bescheinigungen des Arbeitgebers vorzulegen. Die §§ 260, 261 sind entsprechend anzuwenden.“

Absatz 2:

„Vor Ablauf von 2 Jahren kann Auskunft erneut nur verlangt werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der zur Auskunft Verpflichtete später wesentlich höhere Einkünfte oder weiteres Vermögen erworben hat.“

Bei In-Kraft-Treten des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 1.1.1900 war § 1605 BGB gänzlich anders besetzt: Ursprünglich regelte dieser Paragraph die Unterhaltspflicht eines minderjährigen Kindes gegenüber seinen Verwandten. Hing seine Leistungsfähigkeit insoweit von dem Einsatz seines eigenen Vermögens ab, so hatte die an sich daran bestehende elterliche Nutznießung zurückzustehen, mit anderen Worten, das Kind musste sein Vermögen zum Unterhalt seiner Verwandten einsetzen ohne Rücksicht auf das Nutzungsrecht seiner Eltern. Diese Vorschrift wurde durch Art. 1 Nr. 18 des Gleichberechtigungsgesetzes von 1957, in Kraft seit dem 1.7.1958,¹⁷ aufgehoben. Die so entstandene Leerstelle blieb im Gesetz für eine Dauer von 20 Jahren offen. Erst durch Art. 1 Nr. 21 des ersten Eherechtsreformgesetzes von 1976, in Kraft seit dem 1.7.1977,¹⁸ wurde sie mit dem vorgenannten Auskunftsanspruch gefüllt, dessen Wortlaut seit dem 1.7.1977 unverändert ist. Das Kindesunterhaltsgesetz v. 6.4.1998, in Kraft seit dem 1.7.1998,¹⁹ hat per 1.7.1998 für alle Unterhaltsansprüche prozessuale Auskunftsrechte des Familiengerichts und Pflichten gegenüber dem Familiengericht hinzugefügt, § 643 ZPO.

Schon vor dem 1.7.1977 waren unterhaltsrechtliche Auskunftsansprüche in Rechtsprechung und Lehre fast durchgehend allgemein anerkannt.²⁰ Schon das Reichsgericht hatte die Formel entwickelt, ein materiell-rechtlicher Nebenanspruch auf Auskunft könne aus allen Rechtsverhältnissen entstehen, deren Wesen es mit sich bringe, dass der Berechtigte über Bestehen und Umfang seines Rechts in entschuldbarer Weise im Ungewissen sei, der Verpflichtete dagegen in der Lage sei, unschwer Auskunft zu erteilen. Das Reichsgericht hat diese Nebenpflicht aus § 242 BGB hergeleitet.²¹ Der BGH ist dieser Rechtsprechung alsbald, nämlich schon 1953, gefolgt.²² Rechtsprechung und Lehre haben dabei das Rechtsverhältnis weit gefasst und nicht etwa konkrete Verpflichtungen, sondern z.B. im Unterhaltsrecht das zugrunde liegende familienrechtliche Verhältnis (Ehe, Verwandtschaft) ausreichen lassen. Naturgemäß richtete sich dieser aus dem Schuldrecht hergeleitete Auskunftsanspruch nur gegen den anderen an diesem Rechtsverhältnis Beteiligten, nicht gegen Dritte wie Arbeitgeber, Bank, Finanzamt.

Schon diese von der Rechtsprechung entwickelten Auskunftsbeziehungen hatten mit den Problemen zu kämpfen, die bis heute anhalten: Im Unterhaltsrecht war und ist die Erreichung des Unterhaltszwecks – jederzeitige gerechte Verteilung der vorhandenen Mittel unter allen Beteiligten nach Maßgabe der gesetzlichen Voraussetzungen – oberstes

Ziel. Aber das Auskunftsinteresse des Berechtigten und das Geheimhaltungsinteresse des Verpflichteten, die als grundsätzlich gleichwertig angesehen werden, standen und stehen im Widerspruch zueinander.²³ Hier galt es abzuwägen. Freilich hat der BGH schon früh einen Schuldner selbst dann für auskunftspflichtig gehalten, wenn dieser sich dabei einer strafbaren Handlung bezichtigen musste.²⁴ Dennoch wurde auf das Schutzbedürfnis des Verpflichteten besonderes Gewicht gelegt: So durfte schon damals die Auskunft nicht übermäßig häufig oder gar schikanös verlangt werden. Und stets war ein Auskunftsbegehren erforderlich, also ein Aktivwerden dessen, der etwas erfahren wollte. Eine Pflicht zur **unaufgeforderten** Offenlegung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse wurde strikt abgelehnt.²⁵ Und auch schon damals, in unkodifizierter Zeit, musste der Auskunftsverpflichtete eine geordnete, aus sich heraus verständliche, nachprüfbare Zusammenstellung aller Arbeits- und Vermögens-einkünfte liefern und auf Verlangen Belege, insbesondere Verdienstbescheinigungen vorlegen. Freiberufler und Gewerbetreibende mussten Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen und Einkommensteuerbelege vorlegen. Diese über Jahrzehnte feststehende Rechtsprechung und Lehre hat das erste Eherechtsreformgesetz per 1.7.1977 sodann nachvollzogen, indem es erstmals im Unterhaltsrecht Auskunfts Pflichten, hauptsächlich in § 1605 BGB, normierte, eine Vorschrift, auf die gleichzeitig in allen relevanten Unterhaltsrechtsverhältnissen Bezug genommen wurde. Auch wurde die zusätzliche Pflicht zur Vorlage von Belegen statuiert, § 1605 Abs. 1 2 BGB, um so die Wirksamkeit des Auskunftsanspruchs zu verstärken.

II. Ungefragte Information

Aber im Zuge dieser großen Reformen blieb ein weiterer Anspruch, der rechtlich und sozial mindestens von vergleichbarer Relevanz ist wie § 1605 BGB, weiterhin ungeklärt und unkodifiziert. Gemeint ist die Pflicht zur **unaufgeforderten Unterrichtung**, z.B. über unterhaltsrelevante Umstände, die **nicht** Einkünfte und Vermögen betreffen (dann gilt § 1605 BGB), sondern Datenveränderungen aus dem Bereich der persönlichen Verhältnisse wie etwa Wiederheirat des Berechtigten (mit der Folge des § 1586 Abs. 1 BGB), Aufnahme einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft, die den Bedarf des Berechtigten ganz oder teilweise deckt, das Selbstständigwerden des betreuten Kindes, unabhängig von bestimmten Altersgrenzen, § 1570 BGB, Wegfall von Unterhaltsberechtigten, die Teil der früheren Unterhaltsberechnung waren, unbemerkte Arbeitsaufnahme des Unterhaltsberechtigten, kurz: alle solche Daten, bei deren Veränderung der Auskunft Begehrende keinen Anlass zum Fragen hat oder die er nicht kennen kann, etwa weil die Kontakte zwischen geschiedenen Eheleuten oder Eltern und Kindern völlig abgerissen sind.

Rechtsprechung und Lehre sind dazu übergegangen, diese Pflicht zur unaufgeforderten Information vor allem im Familienrecht zu bejahen. Die Begründung für diese Pflicht bzw. diesen Anspruch ist unterschiedlich: Zum Teil wird insoweit § 1605 BGB analog angewendet.²⁶ Zum Teil wird auf die seit dem 1.1.1980 im Gesetz befindliche gegensei-

17 BGBI I 1957, 609.

18 BGBI I 1976, 1421.

19 BGBI I 1998, 666.

20 *Mutschler* in Anm. zu einer entsprechenden Entscheidung des LG Düsseldorf v. 2.5.1975, FamRZ 1976, 219 ff. m. zahlr. Nachw.

21 Zuerst RGZ 53, 253, sodann RGZ 108, 1, 7, 127, 243; 158, 377, 379.

22 BGHZ 10, 385; 27, 204, 209; LM 2 zu § 259 BGB.

23 So schon OLG Dresden in einer Entscheidung aus dem März 1916, SeuffA 72, 17.

24 NJW 1964, 1469.

25 *Mutschler* a.a.O., 221.

26 *Rolland*, 1. EheRG, 2. Aufl., § 1580 Rn 5.

tige Beistands- und Rücksichtspflicht des § 1618a BGB abgestellt und es wird hinzugefügt, diese neue Norm sei nur Ausformung einer generellen Obliegenheit zur Achtung, zu Beistand und Rücksicht im Familienrecht, sie solle zur Ausfüllung von Lücken im Familienrecht herangezogen werden, nicht nur im Verhältnis zwischen Eltern und ehelichen Kindern. Andere wiederum greifen auf die Grundsatznorm des § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB zurück und leiten aus ihr Auskunftspflicht und Mitteilungspflichten her; überhaupt wird angenommen, in einem Unterhaltsrechtsverhältnis bestehe für die Beteiligten generell die Obliegenheit, den anderen in seinen Finanzen möglichst zu schonen.²⁷ Und schließlich wird diese Informationsobliegenheit aus § 242 BGB hergeleitet, zumal der BGH²⁸ betont hat, auch die Auskunftspflicht aus § 1605 BGB beruhe letztlich auf Treu und Glauben.²⁹ Erstmals hat der BGH 1986 die Pflicht zur ungefragten Information des Partners eines Unterhaltsrechtsverhältnisses bejaht.³⁰ Damals hatte eine geschiedene Ehefrau, die Unterhalt vom geschiedenen Ehemann erhielt, unbemerkte Arbeit aufgenommen, die ihren gesamten Bedarf deckte. Der Ehemann verlangte die geleisteten Unterhaltszahlungen zurück, der BGH bejahte diesen Anspruch aus § 826 BGB!³¹

Die Pflicht zur unaufgeforderten Information besteht dort, wo der andere Teil nicht wissen und daher nicht fragen kann. Entscheidend für die Auskunftspflicht sind Ausmaß der Veränderung und Enge der unterhaltsrechtlichen Beziehung. Je gravierender die Veränderung, desto näher liegt die Informationspflicht gegenüber dem anderen. Das gilt insbesondere dann, wenn die neuen Umstände zu grundlegender Veränderung der Unterhaltspflicht führen. Freilich muss zusätzlich die Bedeutung für die unterhaltsrechtliche Beziehung auf der Hand liegen, und zwar auch für den zur Auskunft Verpflichteten.³² Das Unterhaltsverhältnis verdichtet sich bei gerichtlichen Entscheidungen, die der Verpflichtete nicht oder nicht ohne weiteres durchbrechen kann (Rechtskraft!), es ist weniger eng, wenn der Schuldner freiwillig leistet. Die zuvor zitierten Entscheidungen machen deutlich, dass die Pflicht zur ungefragten Information für beide Seiten des Unterhaltsrechtsverhältnisses gilt, für Gläubiger wie Schuldner.³³ So müssen Einkommensverbesserungen dann angezeigt werden, wenn sie den Unterhaltsanspruch verringern (Zumutbarkeit der Arbeit) bzw. die Unterhaltspflicht wahrscheinlich erhöhen. Die Aufnahme oder Beendigung einer Ausbildung mit Vergütung muss angezeigt werden, ebenso die Überwindung von Krankheit. Stets ist aber die Evidenz für den an sich zur Auskunft Verpflichteten zusätzlich zu prüfen. So kann bei wieder erstarkender Gesundheit ein Anspruch auf Krankheitsunterhalt entfallen, wird aber gleichwohl keine Arbeit gefunden, tritt an die Stelle des § 1572 BGB möglicherweise ein Anspruch aus § 1573 BGB, so dass sich im Ergebnis an der Unterhaltspflicht nichts ändert. Die Aufnahme einer neuen Partnerschaft ist nur dann anzeigenpflichtig, wenn eine Vergütung für die Haushaltsführung gezahlt oder doch geschuldet wird.³⁴ Die Rechtsprechung leitet aus der Verletzung der Pflicht zur unaufgeforderten Information Schadensersatzansprüche her, diese aber vor allem und in erster Linie bei titulierten Ansprüchen, weniger bei freiwillig geleisteten oder vereinbarten Unterhaltszahlungen.³⁵

III. Inhalt der Auskunftspflicht

Die Auskunfts- und Belegpflicht wird auch bisweilen zusammengefasst als Informationspflicht. Die Auskunft wird geschuldet, soweit sie zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs oder einer Unterhaltspflicht **erforderlich** ist. Das Gesetz, § 1605 BGB, richtet diesen Anspruch auf die Information über Einkünfte und Vermögen. Wie diese Auskunft erteilt werden soll, ist nicht geregelt, auch nicht deren Umfang. Nach der Rechtsprechung des BGH³⁶ wird eine syste-

atische Zusammenstellung der erforderlichen Angaben geschuldet, die ohne übermäßigen Arbeitsaufwand die Berechnung des Unterhaltsanspruchs ermöglicht. Besonders problematisch ist der Inhalt der Auskunft gegenüber Selbstständigen. Denn sie müssen bei dieser Zusammenstellung die allein steuerrechtlich beachtlichen von den unterhaltsrechtlich abzugsfähigen Aufwendungen abgrenzen.³⁷

Die Belegpflicht aus § 1605 Abs. 1 2 BGB bezieht sich bei abhängig Beschäftigten vor allem auf die Bescheinigungen des Arbeitgebers. Sie nennt das Gesetz auch ausdrücklich. Bei Selbstständigen wird die Vorlage von Bilanzen nebst Gewinn- und Verlustrechnungen oder Einnahmen-Überschussrechnungen, je nach Art der Gewinnermittlung, geschuldet, daneben müssen Einkommensteuererklärungen und Einkommensteuerbelege vorgelegt werden.³⁸ Dass das nicht ausreicht, und zwar wegen der absolut unterschiedlichen Zielsetzung der Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen sowie Einnahmen-Überschussrechnungen, weisen diverse Autoren nach.³⁹

Der Inhalt der Auskunftspflicht nach § 1379 BGB unterscheidet sich von dem aus § 1605 BGB. Bei § 1379 BGB kann jeder Ehegatte verlangen, dass er bei der Aufnahme des ihm nach § 260 BGB vorzulegenden Verzeichnisses zugezogen wird und dass der Wert der Vermögensgegenstände und der Verbindlichkeiten ermittelt wird. Auch kann er verlangen, dass das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird, dies freilich auf seine Kosten, § 1379 Abs. 1 3 BGB. Geschuldet wird also die Vorlage eines einzigen Bestandsverzeichnisses i.S.v. § 260 Abs. 1 BGB, in dem die Aktiva und Passiva des Endvermögens zum maßgeblichen Stichtag, das ist bei Scheidung in der Regel § 1384 BGB, geordnet und übersichtlich zusammengestellt sind. Das gilt auch für Geld und Sparguthaben. In dem Bestandsverzeichnis sind die Vermögenswerte grundsätzlich einzeln nach Anzahl, Art und wertbildenden Faktoren aufzuführen, um so die Bewertung zu ermöglichen oder doch zu erleichtern. Vermögenswerte und Verbindlichkeiten müssen individualisiert und so bezeichnet und exakt aufgeführt werden, dass dies auch Gegenstand einer eidesstattlichen Versicherung nach § 260 Abs. 2 BGB sein kann. Belege werden nicht verlangt wer-

27 BGH FamRZ 1983, 576; Zustimmungspflicht zum sog. Realsplitting; KG FamRZ 1982, 1020 m.w.N.

28 FamRZ 1983, 473.

29 Zu allem: *Briine*, FamRZ 1983, 657; *Hoppenz*, FamRZ 1989, 337; OLG Schleswig FamRZ 1982, 1018 zu Gesundheitszustand, nämlich Fortdauer von Beschwerden, die zur Arbeitsunfähigkeit führen.

30 FamRZ 1986, 450, 453 = NJW 1986, 1751.

31 Ebenso BGH FamRZ 1988, 268 = NJW 1988, 1906; FamRZ 1988, 270 = NJW 1988, 1965; FamRZ 1997, 483 = NJW 1997, 1439; OLG Köln FamRZ 1992, 469 zur Auskunftspflicht des betreuenden Elternteils.

32 OLG Oldenburg FamRZ 1996, 804; Entgegennahme von Altersruhegeld und der titulierten Unterhaltsrente durch den Berechtigten und Schweigen über die derart eingetretene wirtschaftliche Veränderung auf Seiten des Unterhaltsberechtigten, wenn der Schuldner aufgrund vorangegangenen Tuns des Gläubigers und nach der Lebenserfahrung keine Veranlassung haben musste, sich vom Fortbestand der Anspruch begründenden Umstände zu vergewissern; OLG Bremen FamRZ 2000, 256: Dort hatte ein Unterhaltspflichtiger, der aufgrund eines Titels oder außergerichtlicher Vereinbarung Unterhalt zahlte, in evident unredlicher Weise eine grundlegende Verbesserung seiner Leistungsfähigkeit verschwiegen. Auch das OLG Bremen hält ihn für schadenersatzpflichtig, in beiden Fällen folgt die Schadensersatzpflicht aus § 826 BGB. Das OLG Bremen bejaht eine Pflicht zur ungefragten Information jedenfalls bei erheblichen Einkommensveränderungen, wenn der Unterhaltsgläubiger aufgrund vorangegangenen Tuns des Schuldners Veranlassung hatte, auf den Fortbestand der Verhältnisse zu vertrauen.

33 *Hoppenz*, a.a.O., 340.

34 BGH FamRZ 1983, 146; FamRZ 1985, 273.

35 Zu Einzelheiten s. *Hoppenz* a.a.O., 341 m.w.N.

36 FamRZ 1983, 996, 998 = NJW 1983, 2243.

37 BGH FamRZ 1985, 357, 359.

38 BGH FamRZ 1982, 680; *Christian*, DAVorm 1986, 561, 570.

39 *Fischer-Winkelmann/Maier*; FuR 1992, 14, 16 ff.; *Arens/Spieker*, FamRZ 1985, 121; s. auch KG FamRZ 1997, 360; auch *Schürmann*, FamRZ 2002, 1150 zu Entnahmen.

den können, allenfalls und ausnahmsweise dann, wenn deren Vorlage nötig ist, um dem Auskunftsberechtigten die geschuldete Information über die Zusammensetzung des Endvermögens und die Wertfestsetzung zu verschaffen.⁴⁰ Anders ist es bei Unternehmen und Beteiligungen: Dort erkennt die Rechtsprechung den Anspruch auf Vorlage von Belegen und Unterlagen an.⁴¹ Entsprechend den Bewertungsgrundsätzen im Rahmen der Ertragswertmethode umfasst der Auskunftsanspruch hier bei Unternehmungen und Beteiligungen auch die Vorlage der hierfür erforderlichen Bilanzen mit Gewinn- und Verlustrechnung oder Einnahme-/Überschussrechnung nach § 4 Abs. 3 EStG über einen längeren Zeitraum, das sind mindestens 5 Jahre vor dem Stichtag.⁴² Auch bei freiberuflich Tätigen wird eine ähnliche Pflicht angenommen,⁴³ dort freilich nur für zwei Jahre.

Wie bei allen Auskunftsrechten muss eine Abwägung vorgenommen werden zwischen dem Recht des Auskunftsbegehrenden auf möglichst umfassende Information und dem Recht des Auskunftsverpflichteten auf Wahrung seiner Interessen, insbesondere seines Geheimhaltungsinteresses.

IV. Kritik und Reformvorschläge

Von vielen Seiten werden die Unzulänglichkeiten der vorhandenen Auskunftsansprüche gerügt. Die Kritik richtet sich sowohl gegen die normierten als auch gegen die nicht normierten Ansprüche:

1. Im Unterhaltsrecht

- Bei § 1605 BGB wird beanstandet, die Vorschrift sei erkennbar zu unkonkret, was die Art und Weise und den Umfang der geschuldeten Auskunft angeht. Das gilt vor allem für Selbstständige, die Rechtsprechung macht dies ebenso deutlich wie die Literatur.
- Soweit es die Pflicht zur ungefragten Information angeht, die von der Rechtsprechung entwickelt ist, wird gerügt, dass sie von der höchststrichterlichen Rechtsprechung zu eng gefasst werde, wenn angenommen werde, diese Pflicht bestehe nur in Ausnahmefällen, in denen das Schweigen über eine günstige, den Unterhaltsanspruch grundlegend ändernde Verbesserung der eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse evident unredlich sei.

Mit dieser einengenden Rechtsprechung wird der BGH den besonderen Interessen der Beteiligten in der Tat nicht gerecht. Das Unterhaltsrecht geht vom Grundsatz der Eigenverantwortung der Parteien aus. Es ist, wie dargestellt, geprägt durch das Gebot der Schonung der Interessen des anderen, darüber hinaus durch das Solidaritäts- und Loyalitätsprinzip. Dies bedeutet, dass Lücken, die durch unerkannten Eintritt anspruchsverändernder Tatsachen entstanden sind und die durch Mitwirkung des anderen Teils geschlossen werden können, durch denjenigen Teil zu schließen sind, der die Information ohne weiteres geben kann. Das Gebot der Rücksichtnahme auf die Belange des anderen wird verletzt, wenn der vereinbarte oder titulierte Unterhalt entgegengenommen wird, obwohl dem Berechtigten bewusst ist, dass die Unterhaltsregelung und Berechnung längst überholt ist. Die weitere stillschweigende Entgegennahme führt zu der grundlegenden Veränderung, die ihrerseits die Pflicht zur ungefragten Information begründet. Ihr steht auch die Auskunftssperre des § 1605 Abs. 2 BGB nicht entgegen.

Die schuldhaft unvollständige oder unrichtige bzw. unterlassene Auskunft des Unterhaltsschuldners kann einen Schadensersatzanspruch erzeugen. Zum Teil wird er aus positiver Forderungsverletzung hergeleitet, zum Teil aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 170b, 263 StGB oder aber auch aus § 826 BGB. Schließlich kann der Unterhalt auf diese Weise auch verwirkt werden, §§ 1579 Ziff. 2 und 4, 1611 BGB.

Zu erwägen wäre, den gesetzlichen Auskunftsanspruch, die Grundnorm des § 1605 BGB, entsprechend zu erweitern. Denkbar wäre folgende Formulierung:

„Absatz 3:

Der zur Auskunft Verpflichtete und der zur Auskunft Berechtigte sind verpflichtet, Umstände, die den Unterhaltsanspruch oder die Unterhaltspflicht offensichtlich in erheblicher Weise beeinflussen können, dem anderen Teil unaufgefordert und unverzüglich mitzuteilen. Wer diese Pflicht schuldhaft verletzt, schuldet dem anderen Teil Schadensersatz; dieser kann durch Heraufsetzung oder Herabsetzung des geschuldeten Unterhalts, unabhängig vom Bedarf, geltend gemacht werden.“

Bei diesem Vorschlag wird nicht verkannt, dass insbesondere die Schadensersatzpflicht sehr weit geht und das System des Unterhaltsrechts zu sprengen scheint. Und doch sollte über diese pauschalierte Schadensregelung nachgedacht werden: Schon seit In-Kraft-Treten des ersten Eherechtsreformgesetzes wird darüber diskutiert, ob es nicht ein Gebot der Gerechtigkeit wäre, demjenigen, der sich einseitig aus einer durchschnittlich verlaufenden Ehe löst und eine neue Partnerschaft beginnt, während der andere Teil sich ehgerecht verhält, eine erhöhte Unterhaltspflicht, also eine solche, die über den quotenmäßig errechneten Bedarf hinausgeht, aufzuerlegen. Eine solche „Unterhaltsstrafe“ kam vor allem ins Gespräch, als entsprechende Strafen im Rahmen von § 1579 Ziff. 6 und 7 BGB üblich wurden, allerdings nur, wenn der Unterhaltsberechtigte sich einem anderen Partner zuwandte. In den hier zu beurteilenden Fällen nun verhält sich einer der beiden Partner eines Unterhaltsverhältnisses evident, also offensichtlich unredlich, häufig geradezu betrügerisch. Warum sollte nicht der Unterhaltsberechtigte, wenn ihm der Unterhaltsverpflichtete die Verbesserung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse absichtlich verschweigt, im Wege des Schadensersatzes höheren Bedarf geltend machen dürfen? Und warum sollte nicht umgekehrt der Unterhaltsverpflichtete bei verschwiegenen Einkünften des Berechtigten dessen verbliebenen Unterhaltsrestanspruch pauschal senken dürfen?

2. Im Güterrecht

Unzulänglichkeiten der Auskunftslage gibt es auch an anderen Stellen im Familienrecht. Besonders ins Auge springt dies im Zugewinnrecht: Wie ausgeführt, ist nach Beendigung der Zugewinngemeinschaft jeder Ehegatte verpflichtet, dem anderen über den Bestand seines Endvermögens Auskunft zu erteilen, § 1379 Abs. 1 S. 1 BGB. Dabei gilt hier als Endzeitpunkt, also als Zeitpunkt der Auskunftserteilung, die Beantragung der Scheidung, § 1379 Abs. 2 BGB. Der Sinn dieser Regelung liegt auf der Hand: Sie soll beiden Ehegatten die richtige Berechnung des Zugewinns und damit der Ausgleichsforderung ermöglichen.⁴⁴ Diese Regelung ist aber unvollständig. Denn sie bezieht sich weder auf das Anfangsvermögen noch auf die sog. illoyalen Vermögensminderungen aus § 1375 Abs. 2 BGB. Auch ist sie gegenständlich beschränkt: Sie betrifft nur den Bestand des Endvermögens i.S.v. §§ 1375, 1376 Abs. 1, 1384, 1387 BGB zum richtigen Stichtag. Danach eingetretene Veränderungen sind nicht Gegenstand der Auskunftspflicht. Interessanterweise besteht die Auskunftspflicht auch nicht im Blick auf § 1378 Abs. 2 BGB, also auf die höhenmäßige Begrenzung

⁴⁰ Staudinger/Thiele Rn 19; Bamberger/Roth/Mayer Rn 7.

⁴¹ BGH FamRZ 1980, 37; OLG Bamberg FamRZ 1980, 573.

⁴² BGHZ 75, 195, 198 = NJW 1980, 229; OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1070; OLG Naumburg FamRZ 2001, 1303, 1304.

⁴³ OLG Koblenz FamRZ 1982, 280 (Zahnarzt); OLG Hamm NJW 1983, 1914 (Rechtsanwalt).

⁴⁴ BGHZ 82, 132, 136 = NJW 1982, 176.

der Ausgleichsforderung durch den Wert des Vermögens, das bei Beendigung des Güterstandes noch vorhanden ist.⁴⁵ Da sich die Ausgleichsforderung nur durch die Saldierung von End- und Anfangsvermögen ermitteln lässt, benötigt derjenige, der Zugewinnausgleichsansprüche geltend machen will, die Kenntnis des Anfangsvermögens. Die Rechtsprechung verneint einen solchen Anspruch. Eine analoge Anwendung von § 1379 BGB auf das Anfangsvermögen wird wegen der abschließenden Regelungen in §§ 1377 und 1379 BGB abgelehnt. Ob ein Auskunftsanspruch in Bezug auf das Anfangsvermögen ausnahmsweise nach den Grundsätzen von Treu und Glauben geschuldet werden könnte, ist in Rechtsprechung und Lehre umstritten. Das OLG Schleswig⁴⁶ hält einen solchen Anspruch nicht für ausgeschlossen, wenn der Ehegatte, der Ausgleich des Zugewinns verlangt, ein berechtigtes Interesse daran hat, schon vor der Bezifferung seines zunächst unbezifferten Antrages möglichst genau zu erfahren, inwieweit das Anfangsvermögen des anderen den Zugewinnausgleichsanspruch vermindert. Da das OLG Schleswig diesen Anspruch aus § 242 BGB herleitet, verlangt es folgerichtig, dass der Berechtigte entschuldbar über das Bestehen und den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, während der Verpflichtete die Auskunft unschwer erteilen kann. Im konkreten Fall hat das OLG Schleswig eine solche Ungewissheit nicht festgestellt und hat deswegen im Ergebnis einen Auskunftsanspruch nach § 242 BGB abgelehnt.⁴⁷

Die Ablehnung eines Anspruchs aus § 242 BGB wird damit begründet, dass § 1377 Abs. 3 BGB eine Vermutung und damit eine Beweiserleichterung geschaffen habe, die in sich eine abschließende Gesetzesregelung darstelle. Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen: In kaum je einem Fall wird ein Verzeichnis über das Anfangsvermögen i.S.v. § 1377 Abs. 1 BGB hergestellt. Das liegt u.a. daran, dass die allermeisten Eheleute bei Eheschließung gar nicht wissen, dass sie damit in den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft eintreten. Die Vermutung des § 1377 Abs. 3 BGB, die darauf gerichtet ist, dass alles, was im Berechnungszeitpunkt vorhanden ist, Endvermögen darstellt, wird dadurch nicht richtiger. Es ist nicht einzusehen, warum man die Eheleute mit dieser Regelung in große und vermeidbare Beweisnot bringt. Zumindest sollte der Weg des OLG Schleswig gegangen werden, also der Weg über § 242 BGB. Dieser Weg sollte auch nicht zu sehr eingeeengt werden, mit anderen Worten, hier sollte man nicht engherzig verfahren. Den Eheleuten geschieht kein Unrecht, wenn sie verpflichtet werden, nicht nur über das Endvermögen, sondern auch über das Anfangsvermögen die Auskunft zu geben, die sie zu geben vermögen. Dies gilt um so mehr, als das Zugewinnrecht in einer Zeit geschaffen worden ist, in der von der Kodifizierung von Auskunftsansprüchen im übrigen Familienrecht noch keine Rede war. War somit der Auskunftsanspruch aus § 1379 BGB im Jahre 1957, als er geschaffen wurde, sozusagen ein kodifiziertes Novum, so gilt dies jedenfalls in Zeiten des neueren Familienrechts, also seit 1977 nicht mehr. Und die von Rechtsprechung und Lehre im Unterhaltsrecht mit Recht sehr ausgeweitete Pflicht zur unverlangten Information beruht auf der Überzeugung, dass die Eheleute einander Loyalität und Fairness schulden. Dieser Gedanke gilt aber genauso bei der Ermittlung der Zugewinnausgleichsforderung oder auch der Ausgleichspflicht und dazu ist nun einmal die Kenntnis des Anfangsvermögens erforderlich.

Auch soweit die Auskunftspflicht aus § 1379 BGB nicht auf die illoyalen Vermögensminderungen nach § 1375 Abs. 2 BGB erstreckt wird,⁴⁸ kann dem nicht zugestimmt werden. Der Auskunftsanspruch nach § 1379 BGB ist, wie die Gesetzesbegründung zum Gleichberechtigungsgesetz ergibt, dem § 2314 BGB über die Auskunftspflicht eines Erben gegenüber einem Pflichtteilsberechtigten nachgebildet.⁴⁹ Der

BGH⁵⁰ führt hierzu aus, wie der Pflichtteilsberechtigte sei der ausgleichsberechtigte Ehegatte vielfach auf eine Auskunft des anderen Teils angewiesen. Doch rechtfertige das nicht die schlichte Übernahme der Rechtsprechung zum Umfang der Auskunftspflicht des Erben nach § 2314 BGB. Denn die Sachlage sei verschieden: Die Auskunftspflicht des Erben umfasse nicht die Verschwendung oder Verschiebung von Vermögen. Der Erbe gebe Auskunft über die Handlungen eines anderen, des Erblassers. Er genüge seiner Sorgfaltspflicht, wenn er ihm bekannte oder aus dem Nachlass ersichtliche Zuwendungen des Erblassers angebe. Den geschiedenen Ehegatten treffe dagegen eine schwer eingrenzbar Auskunftspflicht. Er müsse eigenes, früheres, ihn zum Teil belastendes Tun offenbaren, und zwar ohne Beschränkung auf größere Zuwendungen oder eindeutige Fälle von Verschwendung. Denn selbst bei Pflicht- und Anstandsschenkungen könne es nicht der Beurteilung des Auskunfts-pflichtigen überlassen bleiben, ob eine solche Schenkung vorliege oder nicht. Die Offenbarung aller möglicherweise für die Beurteilung einer Vermögensminderung nach § 1375 Abs. 2 BGB bedeutsamen Umstände falle zudem gewöhnlich in eine Zeit erhöhter Spannung nach der Scheidung, trage zu ihrer Vertiefung bei und begründe die Gefahr uferloser Streitigkeiten bis hin zu Strafanzeigen. Immerhin lässt der BGH aber, anders als im Blick auf das Anfangsvermögen, in Bezug auf § 1375 Abs. 2 BGB eine Auskunftspflicht aus § 242 BGB zu. Hierzu führt er aus, den Interessen des ausgleichsberechtigten Ehegatten werde durch den Auskunftsanspruch genügt, den die Rechtsprechung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben bei den Rechtsverhältnissen angenommen habe, deren Natur es mit sich bringe, dass der Berechtigte entschuldbar über das Bestehen und den Umfang seines Rechts im Ungewissen sei, während der Verpflichtete die Auskunft unschwer erteilen könne. Freilich beschränke sich die so bejahte Auskunftspflicht auf einen bestimmten Tatbestand: Der Auskunfts-berechtigte müsse konkrete Anhaltspunkte für ein Handeln i.S.v. § 1375 Abs. 2 BGB vortragen und der Auskunftspflichtige müsse nur darüber Auskunft erteilen. Dabei überspitzt der BGH die Anforderungen an den Vortrag ausreichend konkreter Verdachtsmomente nicht, sondern überlässt die Entscheidung, ob sich ein solcher Anspruch aus § 242 BGB herleiten lasse oder nicht, der tatrichterlichen Würdigung.

Wie das gesamte Zugewinnausgleichsrecht ist auch das Auskunftsrecht relativ grobrasterig, „holzschnittartig“ ausgestaltet. Versuche, dieses seit mehr als 50 Jahren geltende Recht zu modernisieren, sind bisher ohne Erfolg geblieben. Solange an § 1379 BGB nichts geändert wird, ist die Rechtsprechung um so mehr aufgefordert, nach den Grundsätzen, die sie zu Auskunftsrechten nach § 242 BGB entwickelt hat, zu helfen, und zwar in größerem Umfang, als dies bisher geschieht. Dies gilt vor allem für die Auskunft über das Anfangsvermögen, wo bisher besondere Unbeweglichkeit herrscht. Und auch bei den Auskunfts-pflichten im Rahmen von § 1375 Abs. 2 BGB ist für Engherzigkeit kein Platz. Denn hier hat sich der zur Auskunft Verpflichtete, so jedenfalls die Annahme des Gesetzes, im Wesentlichen unredlich verhalten, so dass die Frage nach seiner Schutzwürdigkeit gestellt werden muss: Sie ist zu verneinen. Und, anders als vom BGH angenommen, könnte durchaus eine Parallele zum Pflichtteilsrecht gezogen werden: Der Pflichtteils-berechtigte ist nach § 2314 BGB bekanntlich auskunfts-

45 Staudinger/Thiele Rn 11; Bamberger/Roth/Mayer § 1379 Rn 2.

46 FamRZ 1983, 1126, 1127.

47 Grundsätzlich lehnen dies OLG Karlsruhe FamRZ 1986, 1105 sowie Staudinger/Thiele Rn 15 und Bamberger/Roth/Mayer Rn 2 ab.

48 BGHZ, 132, 135 ff. = NJW 1982, 176; Bamberger/Roth/Mayer, § 1379 Rn 2 m.w.N.

49 BR-Drucks 220/52; BT-Drucks I/3802.

50 BGHZ 82, 132, 136.

berechtigt. Nach § 2325 BGB kann er, wenn der Erblasser einem Dritten Schenkungen gemacht hat, rechnungsmäßige Ergänzung des Pflichtteils verlangen (fiktiver Nachlass). Die Rechtsprechung bejaht insoweit ebenfalls einen Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten.⁵¹ Diese Auskunftsspflicht in Bezug auf den fiktiven Nachlass bezieht sich auch auf die Person des Zuwendungsempfängers, und zwar auch jeweils jenseits der 10-Jahres-Grenze, die in § 2325 BGB ebenso wie in § 1375 BGB enthalten ist. Und auch über Pflicht- und Anstandsschenkungen ist Auskunft zu erteilen. Die Grenze ist hier die unzulässige Ausforschung. Deshalb muss der Pflichtteilsberechtigte gewisse Anhaltspunkte für das Bestehen einer unentgeltlichen Verfügung darlegen. Transponiert man diese Grundsätze auf das Zugewinnrecht, so ließen sich im Rahmen des § 1375 BGB vernünftige und gerechte Ergebnisse erzielen.

Fazit

Mit der Schaffung des § 1605 BGB ist für das gesamte Unterhaltsrecht ein großer Schritt getan. Dieser reicht aber nicht aus. Art und Umfang der geschuldeten Auskunft sind unklar und umstritten, vor allem bei Selbstständigen und Freiberuflern. Das große Gebiet der sog. ungefragten Informationspflicht sollte kodifiziert und vor allem mit Schadensersatzpflichten bewehrt werden. Im Zugewinnrecht ist der Zeitpunkt gekommen, das Anfangsvermögen in die Auskunftspflicht einzubeziehen und die Auskünfte zum Komplex des § 1375 Abs. 2 BGB analog dem Pflichtteilsrecht großzügiger zu gewähren.

51 BGHZ 55, 378, 380; Z 89, 2427 = NJW 1984, 487, 488 sowie NJW 1981, 2051.

Wie wird man einen Betreuer und ähnliche Interessenvertreter wieder los?

Prof. Dr. Werner Bienwald, Dresden

1. Vorbemerkungen

a) Diese mir gestellte Frage soll später (unten 3 ff.) anhand von Gesetz und Rechtsprechung beantwortet werden. Zuvor muss aber vorsorglich auf Folgendes hingewiesen werden: Wer sich mit dem Gedanken trägt, eine als Interessenvertreter bestellte Person loszuwerden, sollte berücksichtigen, welche Nebenfolgen die Angelegenheit hat oder haben kann. Denn es handelt sich nicht lediglich um eine rechtlich zu lösende Problematik. Zu bedenken sind auch andere Komponenten, von denen hier nur wenige beispielhaft aufgezählt werden können:

- Dauer des Verfahrens; dadurch bestehende Belastungen;
- Enttäuschungen, wenn das Ergebnis nicht erwartungsgemäß ausfällt, weil das Gericht die Sachverhalte anders wertet; Bereitschaft, Rechtsmittelverfahren durchzustehen;
- in Betracht kommende (persönliche) Anhörungen, u.U. im Beisein der betreffenden Person, deren Entlassung angestrebt wird (der Betreuer hat jedoch keinen Anspruch darauf, bei dem Gespräch zwischen Betroffenen und Gericht anwesend zu sein);¹
- mit dem Personenwechsel verbundene Belastungen;
- war die Maßnahme/das Verfahren mit der/dem Betroffenen abgestimmt?

b) Die Frage, wie man die Person loswird, erledigt sich dann und dadurch, dass die Voraussetzungen für deren Bestellung wegfallen, wenn sie nicht schon von vornherein

nicht bestanden haben. Entfallen also die Gründe für die Betreuerbestellung oder für die Bestellung des Verfahrenspflegers und wird demzufolge diese Maßnahme aufgehoben, erübrigt es sich, über das Loswerden der Person nachzudenken. Etwaige Probleme durch die Abwicklung des Amtes sind dadurch ebenso wenig ausgeschlossen wie die Prüfung, ob hinsichtlich der Amtsführung Ansprüche z.B. auf Schadensersatz geltend zu machen sind.

2. Keine gerichtliche Entlassung selbst bestellter Interessenvertreter

Obwohl dies als selbstverständlich erscheint, soll darauf eingegangen und hingewiesen werden. Denn nicht in jedem Falle lässt das geltende Recht eine privatrechtliche Alternative zu der gerichtlichen Entscheidung zu.

Sowohl das materiellrechtliche Betreuungsrecht als auch das Verfahrensrecht sehen vor, dass die gerichtliche Bestellung eines Betreuers und die eines Pflegers für das Verfahren in Betreuungssachen nur dann in Betracht kommt, wenn mangels ausreichender eigener Vorsorge der/des Betroffenen eine gerichtliche Bestellung erforderlich ist (für den Betreuer: § 1896 Abs. 2 BGB; für den Verfahrenspfleger: § 67 Abs. 1 S. 6 FGG). Der selbst gewählte und mit Vollmachten ausgestattete Bevollmächtigte unterliegt nicht der Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts; er kann vom Gericht nicht zur Verantwortung gezogen und auch nicht entlassen werden. Kann der Vollmachtgeber seine gegenüber dem Bevollmächtigten bestehenden Rechte und Ansprüche nicht (mehr) wahrnehmen, kann das Vormundschaftsgericht von Amts wegen oder auf Antrag einen Betreuer bestellen und ihm diesen Aufgabenkreis der Geltendmachung von Rechten des (dann) Betreten gegenüber seinem Bevollmächtigten übertragen (§ 1896 Abs. 3 BGB).

Sowohl die Verfahrenspflegschaft in Betreuungssachen als auch die in Unterbringungs- und in Kindschafts-/Familien-sachen sind subsidiär und kommen nur dann als gerichtliche Maßnahme in Betracht, wenn die Interessen der betroffenen (volljährigen oder minderjährigen) Person nicht, noch nicht oder nicht mehr durch einen Rechtsanwalt oder einen anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten angemessen vertreten werden (vgl. §§ 67 Abs. 1 S. 6; 70b Abs. 3; 50 Abs. 3; auch § 56f Abs. 2 S. 1 u. 2 FGG).

Hinsichtlich der Bestellung eines Kontroll-, Überwachungs- oder Vollmachtbetreuers (alle Begriffe werden für den nach § 1896 Abs. 3 BGB bestellten Betreuer benutzt) waren Gerichte bisher eher zurückhaltend.²

Die privatrechtliche Bestellung eines (unfähigen) Verfahrensbevollmächtigten kann vom Gericht nicht korrigiert werden. Auch unterliegt diese Person nicht der Kontrolle oder Weisungsbefugnis des Gerichts. Würde das Gericht zur notwendigen Wahrnehmung der Interessen der betroffenen Person einen Verfahrenspfleger bestellen, würde dadurch der Verfahrensbevollmächtigte nicht verdrängt werden.³

Zu der Vormundschaft im Minderjährigenrecht und den Pfllegschaften der §§ 1909 ff. BGB gibt es keine privatrechtlich zu organisierende Alternative. Der Grund dafür liegt darin, dass die erforderliche gesetzliche Vertretung (vgl. §§ 1793, 1915 Abs. 1 BGB) in diesen Fällen nicht durch einen Akt des Privatrechts erreicht werden kann/soll.

3. Entlassung des Betreuers

Das Betreuungsrecht sieht die Entlassung des Betreuers durch das Vormundschaftsgericht vor, und zwar auf Antrag

1 OLG Köln FamRZ 1999, 1169.

2 Näher dazu *Erman/Holzhauser*, BGB, § 1896 Rn 46 und MünchKomm/Schwab, BGB, 4. Aufl., § 1896 Rn 232 ff.

3 Vgl. zu dieser Konstellation *Bienwald*, Verfahrenspflegschaftsrecht, Rn 591 ff.