

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 Auskunftspflicht 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 materielle 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) Betreuten 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 privatrechtliche 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.

oder von Amts wegen (§ 1908b BGB). Die Entlassung kann der Betreute, aber auch der Betreuer beantragen.

a) Entlassung auf Antrag der betreuten Person

Der Betreute kann den Antrag stellen, dass ihm anstelle der bisher als Betreuer tätigen Person eine andere, von ihm vorgeschlagene Person bestellt wird (§ 1908b Abs. 3 BGB). Das Gericht kann die Entlassung aber nur beschließen, wenn der Betreute eine gleich geeignete Person vorschlägt, die zur Übernahme bereit ist. Die vorgeschlagene Person ist dann zum Betreuer zu bestellen. Es kommt also auf mehr als lediglich einen Personalvorschlag an. Die betreffende Person muss i.S.d. § 1897 Abs. 1 BGB geeignet sein, in dem gerichtlich bestimmten Aufgabenkreis die Angelegenheiten des Betreuten rechtlich zu besorgen und ihn in dem hierfür erforderlichen Umfang persönlich zu betreuen.

Ist die entlassene Person mit der Entlassung nicht einverstanden, kann sie (sofortige) Beschwerde einlegen (§ 69g Abs. 4 FGG). Wird auf die Beschwerde hin die Entlassungsentscheidung aufgehoben, ist der bisherige Betreuer wieder im Amt und ist der neue Betreuer zu entlassen. Dieses Verfahren beruht darauf, dass die Bestellungsentscheidung mit der Bekanntgabe an den Betreuer wirksam wurde (§ 69a Abs. 3 S. 1 FGG), mithin also keine Lücke in der gesetzlichen Vertretung des Betreuten eintreten konnte und sollte.

b) Entlassung auf Antrag des Vereins

Beantragt der Betreuungsverein, dessen Mitarbeiterin oder Mitarbeiter gem. § 1897 Abs. 2 BGB zum Vereinsbetreuer bestellt worden war, deren/dessen Entlassung, ist die betreffende Person zu entlassen (§ 1908b Abs. 4 S. 1 BGB). Für einen solchen Antrag des Vereins kann es unterschiedliche Gründe geben. Der Verein kann die betreffende Person für eine andere Aufgabe vorgesehen oder sich von ihr getrennt haben, so dass sie nicht mehr Mitarbeiterin des Vereins ist und die Voraussetzungen einer Vereinsbetreuerbestellung nicht mehr erfüllt. Die Konstellation, dass das Beschäftigungsverhältnis gelöst worden ist, hat für den Verein meist die Konsequenz, dass das Gericht mit Einverständnis (oder sogar auf Antrag) des bisherigen Vereinsbetreuers ausspricht, dieser führe künftig die Betreuung als Privatperson weiter (§ 1908b Abs. 4 S. 2 BGB). Entsprechendes gilt im Falle einer Behördenbetreuerbestellung (vgl. § 1897 Abs. 2 S. 2, § 1908b Abs. 4 S. 3 BGB). Diese Regelung ist, wie die Erfahrungen seit der Einführung der Vorschrift zeigen, deshalb nicht unproblematisch, weil einerseits der Verein Gründe für die Trennung von der Mitarbeiterin/dem Mitarbeiter haben kann, die in der Führung der Betreuung oder dem Verhalten innerhalb der Kollegenschaft begründet sind, das Gericht derartige Informationen aber nicht verwerten kann, wenn sie nicht auf rechtmäßige Weise erworben worden sind. Im Übrigen muss es sich auf Grund seiner eigenen Aufsichts- und Kontrollpflicht ein Bild von der Betreuungsqualität machen, was zu dem des Vereins Differenzen aufweisen kann. Zur Frage der Weisungs(un-)abhängigkeit von Vereinsbetreuern von ihren Vereinen siehe *Bienwald*, Betreuungsrecht, 3. Aufl., § 1897 Rn 45; vgl. auch *MünchKomm/Schwab*, BGB, 4. Aufl., § 1897 Rn 11).

c) Entlassung auf Antrag des Betreuers bei unzumutbaren Veränderungen (§ 1908b Abs. 2 BGB)

Die neue Vergütungsregelung für Berufsbetreuer kann den Wunsch des Betreuers auf Entlassung rechtfertigen.⁴

d) Entlassungen von Amts wegen

(1) Die ursprünglich nur vorhanden gewesene Regelung des § 1908b Abs. 1 BGB, wonach das Vormundschaftsgericht den Betreuer zu entlassen hat, wenn seine Eignung, die An-

gelegenheit des Betreuten zu besorgen, nicht mehr gewährleistet ist oder ein anderer wichtiger Grund vorliegt, ist durch das Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften (Betreuungsrechtsänderungsgesetz – BtÄndG) v. 25.6.1998 (BGBl. I 1580) erweitert worden. Das Gericht soll, konsequent nach der ebenfalls durch das BtÄndG eingeführten Regelung des § 1897 Abs. 6 S. 1 BGB, den nach dieser Vorschrift bestellten (vergütungsberechtigten) Betreuer entlassen, wenn der Betreute durch eine oder mehrere andere Personen außerhalb einer Berufsausübung betreut werden kann. Grund der Entlassungsentscheidung ist lediglich die Tatsache, dass eine unentgeltlich tätige Person zur Verfügung steht. Mängel in der Führung der Betreuung durch die bisherige Betreuerperson werden nicht vorausgesetzt. Auch kommt es nicht auf das Einverständnis der bisher tätig gewesenen Person mit ihrer Entlassung an.

§ 1908b Abs. 1 S. 2 BGB stellt nicht ausdrücklich auf die Eignung der Nachfolgeperson ab. Dieses Erfordernis der Bestellung ergibt sich bereits aus der allgemeinen Bestellungs Vorschrift des § 1897 Abs. 1 BGB.

Die Entlassungsbestimmung des § 1908b Abs. 1 S. 2 BGB betrifft nicht nur so genannte freiberuflich tätige Betreuerpersonen, sondern auch die bei Vereinen oder Behörden tätigen Vereins- oder Behördenbetreuer, für die der jeweilige Anstellungsträger Vergütungen geltend macht. Zwar wird bei diesen Personen deren berufsmäßige Führung der Betreuung für die Zwecke der Vergütung nicht ausdrücklich festgestellt (§§ 1836 Abs. 1 S. 2 bis 4, 1908i Abs. 1 S. 1 BGB); die Anwendung der Vorschrift entspricht aber dem Sinn der Regelung, die Kosten der Betreuung (der öffentlichen Hand) einzudämmen.

(2) Das Gericht hat den Betreuer zu entlassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 1908b Abs. 1 S. 1 BGB). Als ein wichtiger Grund wird namentlich genannt: die Eignung des Betreuers, die Angelegenheiten des Betreuten zu besorgen, sei nicht mehr gewährleistet. Hierbei handelt es sich um die eine der beiden für die Bestellung zum Betreuer maßgebenden Eignungsmerkmale (§ 1897 Abs. 1 BGB). Wäre der Betreuer nicht mehr in der Lage, den Betreuten „in dem hierfür (d.h. für die Besorgung der Angelegenheiten) erforderlichen Umfang persönlich zu betreuen“, läge ein anderer wichtiger Grund für die Entlassung vor. Das Gericht entscheidet von Amts wegen. Anregungen (Anstöße) können dazu von der betreuten Person, aus dem familiären oder sozialen Umfeld kommen. Ausgeschlossen ist nicht, dass der Betreuer eine „Selbstanzeige“ macht.

Das Betreuungsrecht wurde gegenüber den im Vormundschaftsrecht geregelten Entlassungsgründen allgemeiner gefasst. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs des BtG⁵ „genügt jeder Grund, der den Betreuer ungeeignet i.S.d. § 1897 E macht, um seine Entlassung herbeizuführen. In der Regel liegen die Ursachen hierfür in der Person oder in den Verhältnissen des Betreuers, also etwa wenn der Betreuer den ihm zugewiesenen Aufgabenkreis einer Vermögensverwaltung infolge mangelnder Sachkenntnis nur unzulänglich und unter Gefährdung der Interessen des Betreuten bewältigen kann, wenn er den nötigen Einsatz vermissen lässt und seine Untätigkeit dem Betreuten schadet, ebenso, wenn er, ohne dafür verantwortlich zu sein, die Angelegenheiten des Betreuten infolge längerer Krankheit oder Abwesenheit nicht oder nicht ordnungsgemäß besorgen kann. Eine konkrete Schädigung braucht dabei noch nicht eingetreten zu sein. Ein Entlassungsgrund ist auch der Eintritt der Voraussetzungen des § 1897 Abs. 3 E. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob der Betreuer auch subjektiv ungeeignet ist, da § 1897 Abs. 3 E eine objektive Unvereinbarkeitsregelung enthält. Die Ursachen für eine mangelnde

4 BayObLGZ 2001 Nr. 32 = FamRZ 2002, 195, 196 = JurBüro 2001, 600.

5 BT-Drucks 11/4528, 152 f.

Eignung können aber auch in der Person des Betreuten selbst liegen, etwa wenn er – ohne dass ihm der Betreuer hierzu Veranlassung gegeben hätte – eine unüberwindliche Abneigung gegen ihn gefasst hat, so dass eine persönliche Betreuung i.S.d. § 1897 Abs. 1 E nicht mehr möglich ist.“

Das Gericht solle aber hier⁶ nicht jeder Laune des Betreuten nachgeben, sondern einen Betreuerwechsel nur dann vornehmen, wenn es das einzige Mittel ist, dem Wohl des Betreuten zu entsprechen. Auch in den übrigen Fällen soll das Gericht nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zunächst die ihm zu Gebote stehenden Mittel der Aufsicht und des Weisungsrechts über die Tätigkeit des Betreuers nutzen (vgl. § 1837 i.V.m. § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB), bevor es den Betreuer entlässt. Auch eine teilweise Entlassung wird für möglich erachtet, indem dem Betreuer ein bestimmter Teil seiner Aufgaben entzogen und hierfür ein weiterer Betreuer bestellt wird. Als Beispiel dafür dient die Konstellation, dass ein Ehegatte oder naher Verwandter für die „persönliche Betreuung“ besonders geeignet ist, für die Vermögenssorge aber nicht die nötigen Kenntnisse aufweist oder in einen Interessenwiderstreit gerät.

Der uneingeschränkte Hinweis auf § 1837 (i.V.m. § 1908i Abs. 1 S. 1) BGB bedarf der Ergänzung. Nach Abs. 2 der Vorschrift ist zwar das Vormundschaftsgericht verpflichtet, über die gesamte Tätigkeit des Vormunds (Pfleger, § 1915 I, Betreuers, § 1908i Abs. 1 S. 1) die Aufsicht zu führen; die Verpflichtung zum Einschreiten durch geeignete Gebote oder Verbote setzt jedoch Pflichtwidrigkeiten voraus, entweder bereits begangene oder ernstlich bevorstehende, wobei eine Pflichtwidrigkeit in einem Tun oder auch in einem Unterlassen eines gebotenen Tuns bestehen kann. Wie das Beispiel des § 1897 Abs. 3 BGB (Unvereinbarkeit von „Mitarbeiter“-status mit Betreuerstatus) zeigt, können Entlassungsgründe in Form mangelnder Eignung eingetreten sein, die nicht als Pflichtwidrigkeiten zu qualifizieren sind. Zeigt sich der Betreuer bestimmten mit der Führung der Betreuung notwendig verbundenen Anforderungen nicht gewachsen, müssen nicht zugleich bereits Pflichtwidrigkeiten begangen worden sein. Objektiv fehlerhafte Entscheidungen sind nicht zwangsläufig Pflichtverstöße; sie können jedoch einen Mangel an Eignung offenbaren (Beispiele lassen sich im Bereich der Vermögenssorge finden – „verunglückte“ Grundstücksgeschäfte oder Geldanlagen, Inanspruchnahme mangelhafter Beratung).

Weil zwischen § 1837 Abs. 2 und 3 (i.V.m. § 1908i Abs. 1 S. 1) BGB und § 1908b Abs. 1 BGB Unterschiede bestehen, ist auch der in der Einzelbegründung des RegEntw zu § 1908b – E7 enthaltene Hinweis für das weitere Vorgehen nicht von § 1837 BGB automatisch nach § 1908b BGB zu übernehmen. Während § 1837 Abs. 2 BGB als vorbeugende oder nachträgliche Maßnahmen Ge- oder Verbote, nicht aber die Entlassung des Vormunds vorsieht (die Befugnis dazu enthält § 1886 BGB), bestimmt § 1908b BGB lediglich, unter welchen Voraussetzungen ein Betreuer zu entlassen ist. Der Wortlaut des Absatzes 1 (hat zu entlassen) lässt im Übrigen keine Wahl, wenn die Bewertung der Tatsachen ergibt, dass die Eignung des Betreuers nicht (mehr) gegeben ist oder ein anderer wichtiger Grund vorliegt. Für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist insofern kein Raum, als es eine relative Ungeeignetheit als Betreuer nicht gibt, bei der ein anderes milderes Mittel als die Entlassung in Betracht käme. Entweder ist jemand – u.U. teilweise – geeignet, dann bleibt er (insoweit) im Amt oder er ist – auch teilweise – ungeeignet, dann ist er (insoweit) zu entlassen. Denn nur wer geeignet ist, kommt für die Bestellung als Betreuer in Betracht (§ 1897 Abs. 1 BGB).

Der „wichtige Grund“ als Entlassungsvoraussetzung (dessen eines Beispiel die Ungeeignetheit des Betreuers ist) ist ein Rechtsbegriff, der weitestgehend der Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht unterliegt. Seine Anwendung

setzt eine genaue, durch Tatsachen gestützte vollständige Abwägung der beteiligten Interessen voraus. Zu berücksichtigen ist, dass im Vordergrund des Betreuungsrechts das Wohl der/des Betroffenen steht und dass auch und vor allen Dingen sein Wille (unabhängig von der Geschäftsfähigkeit) auch für die Auswahl der/des Betreuers den Ausschlag gegeben und zu geben hat. Nach Auffassung des BayObLG⁸ kann deshalb ein Betreuer erst entlassen werden, wenn es dem Wohl des Betreuten mehr als unerheblich schaden würde, wenn er im Amt bliebe. Allerdings lässt sich diese Einschränkung auch nur aus dem Einzelfall heraus verstehen.

(3) Beispiele aus der Rechtsprechung der letzten Jahre:

Eine Teilentlassung des Betreuers für den Bereich der Vermögenssorge kommt in Betracht, wenn er der ihm obliegenden Verpflichtung zur Rechnungslegung selbst nach Verhängung von Zwangsgeld nur zögerlich nachkommt und außerdem neben Nachlässigkeiten im Umgang mit hohen Geldbeträgen des Betreuten noch Interessenkollisionen in Vermögensangelegenheiten gegeben sind (Abschluss eines Mietvertrages zwischen Betreuer und Betreutem);⁹

Spannungen zwischen Betreuer und Betreutem brauchen kein wichtiger Grund zu sein.¹⁰ Sie sind bei der Durchführung der Vermögenssorge für ein Betreuungsverhältnis nicht untypisch, sondern liegen in der Natur der Sache.¹¹ Das Gefühl, durch die Betreuung auch persönlich eingeengt zu sein, ist dem Institut der Betreuung immanent und deshalb noch kein Grund zur Entlassung des Betreuers;¹²

Nichterfüllung der bei Bestellung des Betreuers (noch) positiven Eignungsprognose und die Erfolglosigkeit, Fehlleistungen mit aufsichts- und weisungsrechtlichen Mitteln zu beseitigen, rechtfertigen die Entlassung;¹³

tief greifende Zerwürfnisse zwischen „Sonderbetreuer“ und Hauptbetreuer (Eltern des Betroffenen), wobei für die Entlassungsentscheidung auch die Prüfung einzubeziehen ist, ob in Anbetracht des Grundsatzes der Einzelbetreuung (§ 1897 Abs. 1 BGB) noch Gründe für eine Betreuermehrheit (§ 1899 Abs. 1 BGB) bestehen;¹⁴

Überforderung mit der rechtlichen Beurteilung von Verträgen, Missverstehen eindeutiger gerichtlicher Hinweise und Unfähigkeit zur Erstellung eines aussagekräftigen Vermögensverzeichnisses;¹⁵

die Eignung zum Betreuer ist nicht mehr gewährleistet, wenn konkrete Umstände es nahe legen, dass er nicht wilens oder nicht in der Lage ist, den ihm übertragenen Aufgabenkreis zum Wohl des Betreuten wahrzunehmen. In diesem Fall hindern ein entgegenstehender Wille des Betreuten oder verwandtschaftliche oder sonstige persönliche Bindungen die Entlassung des Betreuers nicht;¹⁶

kann der Betreuer nicht sicherstellen, dass der Betroffene vor körperlichen Übergriffen des Ehepartners des Betreuers geschützt ist, liegt ein Grund zur Entlassung vor;¹⁷

steht nunmehr ein naher Verwandter als Betreuer zur Verfügung, führt dies nur dann als „anderer wichtiger Grund“ zur Entlassung des bisherigen Betreuers, wenn die Betreuung durch den nahen Verwandten bei Berücksichtigung aller Umstände dem Wohl des Betreuten erheblich besser entspricht. Im Vordergrund stehen auch insoweit die Wünsche des Betreuten.¹⁸

6 So BT-Drucks 11/4528, 153.

7 BT-Drucks 11/4528, 153.

8 FamRZ 1994, 1353.

9 OLG Zweibrücken FGPrax 1998, 57.

10 BayObLG FamRZ 1999, 1170.

11 BayObLG BtPrax 1994, 136, 137 = FamRZ 1994, 1135 (LS).

12 BayObLG, a.a.O.

13 BayObLG FamRZ 1999, 1168; FamRZ, BtPrax 1997, 239.

14 BayObLG FamRZ 1999, 1168.

15 BayObLG FamRZ 2000, 514 = NJWE-FER 2000, 11.

16 BayObLG FamRZ 2000, 1183 (LS).

17 BayObLG FamRZ 2000, 1456 = BtPrax 2000, 123 = NJWE-FER 2000, 180.

18 BayObLGZ 2000, 128 = FamRZ 2000, 1457 = BtPrax 2000, 213 = NJW-RR 2000, 1318.

Vgl. außerdem *Staudinger/Bienwald*, 13. Bearb. 1999, § 1908b Rn 13; sowie die Erläuterungen zu § 1908b bei MünchKomm/Schwab, BGB, 4. Aufl., sowie *Damrau/Zimmermann*, Betreuungsrecht (3. Aufl.).

(4) Für die Personalentscheidung maßgebende Gesichtspunkte, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben und auch für die Entlassungsentscheidung von Bedeutung sind:

- Wohl der/des Betroffenen/Betreuten (§§ 1901 Abs. 2, 1908b Abs. 4 S. 2 BGB);
- Wille/Wünsche der/des Betroffenen/Betreuten (§§ 1897 Abs. 4 BGB, 69c FGG);
- (Un-)Geeignetheit zur Sachbewältigung in personenbezogener Amtsführung (§§ 1897 Abs. 1, 1908b Abs. 1 BGB);
- Bindungen zu Angehörigen (§ 1897 Abs. 5 BGB);
- mögliche Interessenkollisionen (§ 1897 Abs. 5 BGB);
- Bestellungsverbote (§ 1897 Abs. 3 BGB);
- Vorrang natürlicher Person(en) vor Institution (§§ 1897 Abs. 1, 1900, 1908b Abs. 5 BGB);
- Vorrang sog. ehrenamtlicher (d.h. grundsätzlich unentgeltlicher) vor berufsmäßig (mit Anspruch auf Vergütung) geführter Betreuung (§§ 1897 Abs. 6, 1908b Abs. 1 S. 2 BGB);
- Zumutbarkeit für die Betreuerperson (§§ 1898 Abs. 1, 1908 Abs. 2 BGB);
- Aufgabenteilung (§ 1899 Abs. 1 BGB).

Aus dem Grundsatz der persönlichen Betreuung (§ 1897 Abs. 1 BGB; s. dazu *Bienwald*, Betreuungsrecht, 3. Aufl., § 1897 Rn 26, und den dort abgedruckten Wortlaut aus der BT. – Drucks. 11/4528.68) sind abzuleiten:

- Vertrauensverhältnis
- Personelle Kontinuität

(5) Die Entlassungsvorschrift gilt für alle Betreuer, seien es natürliche Personen oder Institutionen (s. Abs. 5), seien es unterschiedliche Funktionen (Gegenbetreuer, Ergänzungsbetreuer, Sterilisationsbetreuer), ehrenamtlich oder berufsmäßig tätige Personen.

4. Entlassung eines Vormunds oder Pflegers

Soweit ich sehe, hat die Frage geringe praktische Bedeutung, so dass hier nur auf die Entlassungsvorschriften der §§ 1886, 1887, 1915 Abs. 1 BGB hingewiesen und auf die einschlägigen Kommentare verwiesen wird.

5. Entlassung eines Verfahrenspflegers

a) Die Vorschriften über die Bestellung eines Pflegers für das Verfahren regeln, abgesehen von der eingangs erwähnten Subsidiarität, wann die Bestellung endet, wenn sie nicht vorher aufgehoben wird. Die Aufhebung vor der Endigung meint offensichtlich den Fall, dass dem Gericht die Vertretung des Kindes oder des Betroffenen durch einen Rechtsanwalt oder einen anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten bekannt wird und die Aufrechterhaltung der Verfahrenspflegschaft sich aus diesem Grunde erübrigt. Die vorzeitige Aufhebung der Verfahrenspflegschaft kommt aber auch dann in Betracht, wenn sich herausstellt, dass das Kind oder der Betroffene zur Wahrnehmung seiner Interessen den Verfahrenspfleger nicht mehr benötigt, weil er dazu selbst in der Lage ist.

Während die Bestellung des Pflegers für das Verfahren für das Kind gem. § 50 FGG und die für das Kind und den Betroffenen in Unterbringungssachen gem. § 70 FGG mit der Rechtskraft der das Verfahren abschließenden Entscheidung oder mit dem sonstigen Abschluss des Verfahrens (Beispiel: Erledigung durch Tod des Betroffenen) endet (§§ 50 Abs. 4, 70b Abs. 4 FGG), wird der Pfleger für das Verfahren in Betreuungssachen nur für einen Rechtszug bestellt mit der Maßgabe, dass seine Bestellung auch noch die Einlegung und Begründung eines Rechtsmittels erfasst (§ 67 Abs. 2 FGG).

b) Eine vorzeitige Entlassung aus dem Amt – aus wichtigem Grund – sehen alle drei Vorschriften nicht vor. Auch diverse andere Fragen und Sachverhalte der Verfahrenspflegschaft sind nicht ausdrücklich geregelt. Gerichte haben sich mit dem Problem, soweit aus veröffentlichten Entscheidungen zu schließen ist, noch nicht beschäftigt. Ob auf das Rechtsinstitut der Verfahrenspflegschaft ergänzend die Vorschriften des materiellen Pflegschaftsrechts (§§ 1909 ff., 1915 Abs. 1 BGB) und damit die des Vormundschaftsrechts Anwendung finden (können), ist umstritten und wird überwiegend abgelehnt. Der erste Eindruck spricht sicherlich dagegen, hält man sich vor Augen, dass der Gesetzgeber des BtÄndG ausdrücklich nur auf die Vergütungs- und Aufwendungsersatzregelungen des Betreuungs- und des Vormundschaftsrechts verwiesen hat. Die Möglichkeit des Rückgriffs auf bereits bestehende Regelungen war ihm mithin bewusst; trotzdem hat er weiter gehend als geschehen keinen Gebrauch davon gemacht.

Da der Verfahrenspfleger nach den Bestimmungen des Auftragsrechts Vorschuss und Ersatz seiner Aufwendungen beanspruchen kann, liegt es nicht fern, im Auftragsrecht nach den dort bestehenden Verfahren der Trennung Ausschau zu halten. § 671 BGB (bisheriger Fassung) kennt ein Widerrufsrecht; die Vorschrift räumt dem Auftraggeber das Recht ein, die Beziehung einseitig zu lösen, weil der Auftrag auf einem persönlichen Vertrauensverhältnis beruht.¹⁹ Eine Anleihe bei dieser Vorschrift leidet allerdings darunter, dass die Geschäftsbesorgung im Interesse des Auftraggebers geschieht, der Verfahrenspfleger dagegen vom Gericht zur Wahrnehmung der Interessen des Kindes bzw. Betroffenen bestellt wird.

Obwohl die Bestellung eines Verfahrenspflegers zur Wahrnehmung der Interessen der jeweils in Betracht kommenden schutzbedürftigen Person vorgenommen wird, liegt sie auch im Interesse des Gerichts, das einen (schweren) Verfahrensfehler begehen würde, würde es die im einzelnen Fall erforderliche Bestellung des Verfahrenspflegers unterlassen. Das Gericht hat zwar keine Kontroll- und Weisungsbefugnisse gegenüber dem Verfahrenspfleger.²⁰ Soweit es aber die Rechtmäßigkeit des Verfahrens berührt und das Gericht feststellt, dass die Interessenwahrnehmung nicht erreicht wird, hat das Gericht den bisherigen Pfleger für das Verfahren zu entpflichten und eine andere Person (ggf. Institution, freilich umstr.) zu bestellen. Würde es nicht darauf achten, dass die Interessenwahrnehmung stattfindet (unabhängig von deren Inhalt), würde das Gericht einen Verfahrensmangel und die Aufhebung seiner Entscheidung allein aus diesem Grunde riskieren. Eines Antrags bedarf es nicht. Das Gericht hat von Amts wegen darauf zu achten, dass das Verfahren eingehalten wird und die dafür notwendigen Handlungen vorgenommen werden.

6. Verfahrensaspekte

Für die Art und Weise, in der Personalveränderungen erreicht werden sollen, ist es nicht ganz unwichtig, in wessen Namen und Interesse ein Verfahren angestrengt wird. Ich deute das hier nur mit wenigen Bemerkungen an. Als mögliche Interessenten an einem Personalwechsel kommen in Betracht: die betroffene Person selbst, im Falle von deren Heimaufenthalt das Heimpersonal, das Probleme im Umgang mit dem Betreuer hat; auch Angehörige, die den Betreuer als zu großzügig im Umgang mit dem Vermögen der betreuten Person erleben (und damit um ihr Erbe fürchten), der ihnen vielleicht unangenehme Fragen stellt nach dem Verbleib von Vermögensgegenständen u.a., können ein Interesse an der Auswechslung der Person haben. Ähnlich

¹⁹ BGH WM 1971, 956; *Staudinger/Widmann*, BGB (1995), § 671 Rn 1.

²⁰ Zu dessen Rechtsstellung näher *Bienwald*, Verfahrenspflegschaftsrecht, Rn 402 ff.; *Bauer*; in *Salgo* u.a. (Hrsg.), Verfahrenspflegschaft, Rn 129 ff.

steht es, wenn Geschwister bestellt wurden, vielleicht auf ausdrücklichen Wunsch der betroffenen Person, und die übrigen damit Probleme haben. Ähnliche Konstellationen gibt es auf der Partnerebene oder unter den mehreren Generationen. Wie weit hier erlangte Informationen sich als für das angestrebte Ziel tragfähig erweisen, dürfte nicht immer leicht und ohne übergroßen Zeitaufwand herauszufinden sein. Hinzu kommen Pauschalverdächtigungen, -verurteilungen etc., die heute zum gesellschaftlichen und politischen Alltag gehören, aber der Wahrheitsfindung nicht immer dienlich sind. Nicht immer nur werden die Alten in (schlechte) Heime abgeschoben, richtet sich Gewalt gegen sie, sind die Kinder Opfer elterlichen Terrors, sind Mädchen Opfer sexueller Übergriffe und Frauen Opfer von Gewalt. Sich hier bei allem notwendigen Engagement den Blick nicht verstellen zu lassen, scheint mir eine der in diesem Feld ganz wichtigen Aufgaben zu sein.

Standpunkte

Zur Unfehlbarkeit von Richtern

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Familienrecht
Esther Caspary, Berlin

Nachdem Rechtsanwältin Strebsam, frisch gebackene Fachanwältin für Familienrecht, kurz nach In-Kraft-Treten der ZPO-Reform zum 1.1.2002 mit viel Mühe in einer Unterhaltsangelegenheit eine Berufungsbegründung unter Beachtung der neuen strengen Ausschlussvorschriften hinsichtlich neuen Vorbringens, also der §§ 530, 531 ZPO, zusammengebastelt hatte, traf sie wenig später einen überwiegend im Zivilrecht tätigen Kollegen und erzählte diesem stolz von ihren – ihrer Meinung nach durchaus erfolgreichen – Bemühungen. Der Kollege zog jedoch nur die Augenbrauen hoch und sagte kalt: „Aber im Familienrecht gelten die neuen Vorschriften zum Berufungsrecht doch gar nicht. Lies mal die §§ 615, 621 d ZPO.“ Rechtsanwältin Strebsam erbleichte, ließ ihr Bier stehen und eilte sofort in die Kanzlei. Nach eingehender Lektüre der Reformauflage des Zöller sowie des ZAP-Ratgebers Prozessrecht von Schneider wurde ihr klar, dass der Kollege Recht hatte.

„In der Berufungsinstanz sind die §§ 530 und 531 ZPO nicht anzuwenden (§§ 615 Abs. 2, 621d Satz 2 ZPO; Rn 2). Es gelten dieselben Grundsätze wie in erster Instanz. Angriffs- und Verteidigungsmittel, die das Familiengericht mit Recht zurückgewiesen hat, können in zweiter Instanz erneut vorgebracht werden, soweit nicht § 615 Abs. 1 ZPO entgegensteht“ (Zöller/Philippi, 23. Aufl., § 615, Rn 10).

Über ein Jahr später, als sich Rechtsanwältin Strebsam von diesem Tiefschlag langsam erholt hatte, ging ihr, wiederum in einer Unterhaltsangelegenheit, ein Beschluss des OLG Schleswig zu, in dem es zu ihrer großen Überraschung hieß:

„Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind nur zuzulassen, wenn sie einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist, wenn sie infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurden oder wenn sie im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht (§ 531 Abs. 2 ZPO). Werden danach zulässige neue Angriffs- und Verteidigungsmittel erst nach Ablauf der oben gesetzten Frist vorgebracht, sind sie gleichwohl nur zuzulassen, wenn ihre Zulassung nach der

freien Überzeugung des Gerichts die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt (§ 530 ZPO).“

Rechtsanwältin Strebsam war leicht irritiert, als viel beschäftigte Anwältin aber natürlich nicht in der Lage, ihren Irritationen sogleich auf den Grund zu gehen. Kurz darauf legte ihr jedoch eine Kollegin ein Urteil des Kammergerichts vor, ebenfalls in einer Unterhaltsangelegenheit. Auch in diesem las Rechtsanwältin Strebsam zu ihrem erneuten Erstaunen Folgendes:

„Ein negativer Wohnwert, der sich nach der Behauptung des Ast auf monatlich 356,04 € beläuft, ist hingegen nicht zu berücksichtigen. Mit diesem Einwand ist der Ast gem. §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO ausgeschlossen.“

Und weiter:

„Entgegen der Ansicht des Ast ist zu Lasten der AGG wegen unentgeltlichen Wohnens im Haus ihrer Mutter kein Wohnwert von 600 EUR zu berücksichtigen. Die Berücksichtigung käme nur dann in Betracht, wenn die Mutter als Zuwendende den Ast, was seine grundsätzliche Unterhaltspflicht angeht, entlasten wollte. Hierfür fehlt es indessen an jedweden Anhaltspunkten. Vielmehr hat die AGG unwidersprochen darauf hingewiesen, dass ihre Mutter ausschließlich ihre Unterstützung bezwecke. Im Übrigen ist der Ast auch mit diesem bereits in der ersten Instanz möglichen, aber unterbliebenen Einwand gem. §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen.“

Nummehr wurde Rechtsanwältin Strebsam doch nervös. Sollte sie damals etwa Zöller und Schneider falsch verstanden haben? Erneut zog sie die beiden vorgenannten Werke zu Rate. Wenig erstaunlich: Weder die Kommentierung im Zöller noch die Ausführungen von Herrn Schneider im ZAP-Ratgeber hatten sich geändert. Rechtsanwältin Strebsam hatte die entsprechenden Passagen auch nicht etwa falsch verstanden. Dazu nochmals ein Zitat aus dem Zöller:

„Die dem § 615 ZPO entsprechende Regelung des § 621d ZPO wurde erst durch die Zivilprozessreform von 2001 geschaffen. Der Grund für die ältere Regelung des § 615 ZPO liegt darin, dass der Gesetzgeber Ehesachen als nicht eilig ansieht. ... Die Verwirklichung des materiellen Rechts soll Vorrang haben vor der Verfahrensbeschleunigung. Die Zivilprozessreform dehnt diesen Grundsatz auf andere Familiensachen aus, namentlich mit Rücksicht auf die lang dauernde und existenzielle Bedeutung von Unterhaltstiteln (RegE BT-Drucks 14/4722 S. 119)“ (Zöller/Philippi, 23. Aufl., § 615 Rn 1).

Immer noch ungläubig, denn Richter sind ja eigentlich unfehlbar, entschloss sich Rechtsanwältin Strebsam, aus dem Internet die im Zöller in Bezug genommene Bundestagsdrucksache herunterzuladen. Doch auf Seite 119 stand tatsächlich:

„Der neue Inhalt des § 621d ZPO entspricht einem Anliegen der familiengerichtlichen Praxis. Den Familiengerichten ist es in den zivilprozessualen Familiensachen in einer nicht unerheblichen Zahl von Fällen im ersten Rechtszug nicht möglich, von den Parteien, obwohl das Gericht sie dazu anhält, die für eine materiell richtige Entscheidung notwendigen Informationen vollständig zu erlangen. ... Hieraus resultiert heute ein gegenüber den sonstigen Zivilsachen vergleichsweise hoher Erfolg insbesondere der unterhaltsrechtlichen Berufungen. Mit Rücksicht auf diese Besonderheit und die lang dauernde und existenzielle Bedeutung insbesondere der Unterhaltstitel sieht der Entwurf in § 621d ZPO für die zivilprozessualen Familiensachen eine der Regelung für Ehesachen in § 615 ZPO entsprechende Vorschrift vor. Nach ihr sollen nicht rechtzeitig vorgebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel abweichend von den strengeren allgemeinen Vorschriften nur dann zurückgewiesen werden können, wenn die Verspätung auf