

Der Verfahrenspfleger in Betreuungssachen in Theorie und Praxis

Diplomarbeit

an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege (FH),

Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen

Fachbereich Rechtspflege

vorgelegt von Vicky Hamann

aus Colditz

Meißen, 27. Mai 2019

Gliederung/ Inhaltsverzeichnis

A. Ziel der Diplomarbeit	1
B. Zweck der Verfahrenspflegschaft	2
C. Rechtstellung des Verfahrenspflegers	3
I. Allgemeines	3
II. Die Entwicklung der Rechtstellung des Verfahrenspflegers in der Vergangenheit	4
III. Die Rechtstellung des Verfahrenspflegers heute	5
IV. Die Unabhängigkeit vom Betroffenen im Verfahren	6
V. Die Unabhängigkeit vom Betreuungsgericht im Verfahren	8
VI. Theorie und Praxis im Vergleich	9
D. Die Aufgaben des Verfahrenspflegers	10
I. Die Wahrnehmung der Interessen	10
II. Die Helferfunktion	14
III. Der Verfahrenspfleger als Ermittler	15
IV. Theorie und Praxis im Vergleich	15
1. Allgemeines	15
2. Der Werdenfelser Weg	17
E. Die Anhörung des Betroffenen	19
F. Die Erforderlichkeit als Voraussetzung für die Bestellung	21
I. Allgemeines	21
II. Zwingende Erforderlichkeit	22
III. Regelmäßige Erforderlichkeit gemäß § 276 FamFG	23
1. Allgemeines	23
2. Absehen von der persönlichen Anhörung	23
3. Bestellung eines Betreuers für alle Angelegenheiten bzw. Aufgabenkreiserweiterung hierauf	24
4. Absehen von der Bestellung	25
IV. Fälle mit notwendiger Erforderlichkeitsprüfung	27
V. Ausnahmefall – keine Bestellung trotz vorliegender Voraussetzungen	28
G. Formales Verfahren	29
I. Zuständigkeit	29
II. Auswahl der Person des Verfahrenspflegers	30
1. Geeignetheit/ Anforderungen/ Qualifikation	30
2. Vorzug des ehrenamtlichen Verfahrenspflegers	31
III. Entscheidung	33

IV.	Beginn des Amtes	34
V.	Die Anfechtbarkeit der Entscheidung	34
	1. Rechtsmittel gegen die Bestellung	34
	2. Rechtsmittel bei rechtswidriger Nichtbestellung oder Aufhebung	36
VI.	Beendigung des Amtes	36
H.	Der Verfahrenspfleger im Verfahren der einstweiligen Anordnung nach § 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 FamFG	38
I.	Der Verfahrenspfleger in den weiteren Instanzen	40
J.	Fazit	41

A. Ziel der Diplomarbeit

Die Bestellung eines Verfahrenspflegers gehört zum täglichen Geschäft an einem Betreuungsgericht. Bereits im Jahr 2010 berichtete Horst Deinert, ein Diplom-Verwaltungswirt und Diplom-Sozialarbeiter, in seinem Aufsatz „Betreuungszahlen 2010“¹ sowohl über die steigende Zahl der Betreuungen im Bundesgebiet, als auch über die immer zahlreicheren Verfahrenspflegschaften. In 2010 wurden insgesamt 129.491 Verfahrenspfleger bestellt. Im Jahr 2013 konnten sogar über 137.000 Verfahrenspflegschaften verzeichnet werden.² Und obwohl auf Grund der Umstellung zur B-Statistik nur vereinzelte Angaben aus den Ländern geliefert werden konnten, liegt die Zahl der Verfahrenspflegschaften für das Jahr 2016 bei 129.676.³

Diese Zahlen zeigen deutlich die hohe Relevanz der Verfahrenspflegschaft im Betreuungsverfahren. Man sollte meinen, dass das Rechtsinstitut des Verfahrenspflegers folglich ein offenes Buch für jeden im Betreuungsverfahren tätig werdenden Juristen sein sollte.

Doch dass bei all der vermeintlichen Routine in der Praxis immer noch zahlreiche Ungereimtheiten und Unsicherheiten explizit im Vergleich zur Theorie und den dazugehörigen Gesetznormen bestehen, soll diese Diplomarbeit verdeutlichen. Es gilt dabei zu untersuchen, wie eindeutig das Gesetz und die Rechtsprechung sich eigentlich zu den verschiedenen Problemen in der Verfahrenspflegschaft äußern und wie viel Spielraum sich die Praxis im Gegensatz dazu jedoch tatsächlich gibt.

Ziel der Arbeit soll letztlich sein, herauszufinden, wie groß die Lücken zwischen Theorie und Praxis wirklich sind und ob diese gegebenenfalls geschlossen oder zumindest verkleinert werden könnten.

¹ Deinert, BtPrax 6/2011, 248.

² Deinert, BtPrax 6/2014, 256.

³ Deinert, BtPrax 1/2018, 14.

B. Zweck der Verfahrenspflegschaft

Der Grund für die Bestellung eines Verfahrenspflegers in einem Betreuungsverfahren ist tief im Grundgesetz (GG) verwurzelt. Der Artikel 103 Abs. 1 GG sagt: Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör. Folglich hat man in einem gerichtlichen Verfahren immer das Recht, angehört zu werden, wenn man an dem Verfahren beteiligt ist.

Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) ist derjenige, dessen Recht durch das Verfahren unmittelbar betroffen wird, immer zu beteiligen. Er ist ein sogenannter Muss-Beteiligter. Diesen Muss-Beteiligten ist folglich immer rechtliches Gehör zu gewähren.

Im Betreuungsverfahren ist der bzw. die Betroffene (im nachfolgenden immer abgekürzt mit *der* Betroffene) ein Muss-Beteiligter, da sich gegen ihn das gesamte Verfahren richtet. Sowohl die Anordnung einer Betreuung, als auch die zu Unrecht erfolgte Nichtanordnung beeinträchtigen den Betroffenen in seinen Rechten. Daraus folgt, dass vor allem der Betroffene im Betreuungsverfahren ein Recht auf rechtliches Gehör hat und entsprechend vor jeder Entscheidung anzuhören ist.

Gemäß § 1896 Abs. 1 S.1 BGB kann für einen Volljährigen, der auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann, ein Betreuer bestellt werden. Der Betreuung liegt damit immer eine medizinische Indikation zugrunde. Eine solche oben genannte Behinderung oder Erkrankung muss nicht zwangsläufig dazu führen, dass der Betroffene nicht in der Lage ist, die rechtlichen Konsequenzen einer Entscheidung nachzuvollziehen. Dies ist jedoch oftmals der Fall. Zudem haben vor allem Komapatienten nicht einmal mehr die Möglichkeit, sich überhaupt in irgendeiner Form zu äußern. In solchen Fällen ist es daher sehr problematisch, den Betroffenen anzuhören. Hier kommt sodann der Verfahrenspfleger zum Einsatz. Er soll die Interessen des Betroffenen, welcher hierzu selbst nicht in der Lage ist, wahrnehmen. Die Verfahrenspflegschaft ist damit eine Brücke, welche bereits vor der Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 2009 mit dem §67 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) gebaut wurde, um die Kluft zwischen dem Grundrecht auf rechtliches Gehör und der auf der medizinischen Indikation basierenden Unfähigkeit, dieses Recht wahrzunehmen, zu überwinden.

C. Rechtstellung des Verfahrenspflegers

I. Allgemeines

Welche Rechtstellung der Verfahrenspfleger einnimmt, war lange Zeit sehr umstritten. Rechtsprechungen zu diesem Thema schafften oft mehr Verwirrungen, als Klarheit, sodass auch in der Praxis viel Unsicherheit bezüglich dieses Themas herrschte.

Die ersten Anhaltspunkte für die Rolle des Verfahrenspflegers im Betreuungsverfahren sind in erster Linie natürlich direkt im Gesetz zu suchen. Die zentrale Norm für den Verfahrenspfleger ist § 276 FamFG. Doch auch der § 274 FamFG ist bei der Betrachtung der Rechtstellung des Verfahrenspflegers von großer Bedeutung, da er aufzählt, welche Personen in einem Betreuungsverfahren zu beteiligen sind. Gemäß Absatz 2 wird bei der Bestellung eines Verfahrenspflegers auch dieser als Beteiligter zum Verfahren hinzugezogen. Fraglich ist jedoch, ob hier auch die Vorschriften der Pflegschaft aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch vorrangig ins Auge zu fassen sind. Dies kann jedoch verneint werden. Obwohl vor allem § 277 FamFG, der die Vergütung und den Aufwandsersatz des Verfahrenspflegers regelt, vereinzelt auf Vorschriften aus dem BGB verweist, sind die Normen des FamFG gegenüber denen im BGB *lex specialis*.

Wie oben bereits kurz angedeutet, ist der Betroffene gemäß § 275 FamFG unabhängig von seiner Geschäftsfähigkeit immer verfahrensfähig. Unter Verfahrensfähigkeit versteht man die Fähigkeit des Betroffenen, das eigene Recht auf rechtliches Gehör ausreichend wahrzunehmen, Verfahrensanträge zu stellen und Rechtsmittel einzulegen, folglich also die relevanten Verfahrenshandlungen auszuführen.⁴ Direkt darauf folgt der § 276 FamFG, der unter anderem die Voraussetzung für die Bestellung eines Verfahrenspflegers enthält. Maßgeblich für die Anordnung einer Verfahrenspflegschaft ist, dass der Betroffene seine eigenen Interessen im Verfahren, also seine Verfahrensfähigkeit, zwar rein rechtlich ausüben dürfte, dies jedoch tatsächlich nicht kann. Auf Grund der Gesetzessystematik wird damit deutlich, dass der Verfahrenspfleger hier keineswegs materiellrechtlich, sondern vielmehr nur innerhalb der Möglichkeiten der Verfahrensfähigkeit für den Betroffenen tätig

⁴ Vgl. Harm, RPfleger 2016, 385.

werden kann. In seinem Aufsatz schließt Dipl.-Rechtspfleger Uwe Harm⁵ die Wahrnehmung von Rechten gegenüber Dritten daher richtigerweise vollständig aus, da die Geltendmachung von Verfahrensrechten nur gegenüber dem Gericht erfolgen kann. Damit steht zumindest fest, dass der Verfahrenspfleger außerhalb des Verfahrens nicht für den Betroffenen tätig werden kann. Welche Stellung der Verfahrenspfleger explizit im Verfahren einnimmt, bleibt jedoch weiterhin fraglich.

II. Die Entwicklung der Rechtstellung des Verfahrenspflegers in der Vergangenheit

Bezüglich dieser Frage gab es in der Vergangenheit große Meinungsverschiedenheiten und zudem starke Motivschwankungen des Gesetzgebers, was die korrekte Rechtsfindung erschwerte. Bevor das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit reformiert wurde, sollte der Verfahrenspfleger laut den Vorstellungen des Gesetzgebers ein gesetzlicher Vertreter für den Betroffenen sein. Allerdings durfte der Betroffene durch ihn auch nicht entmachtet werden. Harm fasste dies wie folgt sehr treffend in seinem Aufsatz⁶ zusammen: *„Er sollte sich schützend vor und rechtlich neben den Betroffenen stellen.“* Um diese Rechtstellung zu verändern, nahm das Bundesjustizministerium erstmals bei der Begründung ihres Entwurfes zu § 274 FamFG Anlauf. Dort wurde ausgeführt, dass der Verfahrenspfleger als Beteiligter nun nicht mehr gesetzlicher Vertreter, sondern Pfleger eigener Art ist.⁷ In die spätere Bundesdrucksache, wurden diese Ausführungen jedoch nicht mehr aufgenommen und man kehrte zu der altbekannten Rechtstellung des Verfahrenspflegers als Vertreter zurück: *„Die Stellung des Verfahrenspflegers entspricht auch im Übrigen der bisher im Rahmen des FGG geltenden.“*⁸ Im Folgenden wird dann noch einmal auf die Begründung des Gesetzes in der Bundesdrucksache 11/4528 verwiesen. In der Begründung zu § 67 FGG wurde der Verfahrenspfleger dort wie ein Betreuer für die verfahrensrechtlichen Angelegenheiten des Betroffenen dargestellt. Nur auf Grund von drei dort aufgeführten Unterschieden zum Betreuer wurde überhaupt der Begriff Pfleger und nicht der Begriff „Betreuer für das Verfahren“ gewählt.⁹ Mit dieser

⁵ Harm, a.a.O.

⁶ Harm, RPfleger 2016, 387.

⁷ Harm, a.a.O.

⁸ Bt-Drucksache 16/6308 S. 265.

⁹ Bt-Drucksache 11/4528 S. 171.

zusätzlichen Verweisung wurde umso deutlicher, dass an der alten Rechtstellung festgehalten werden sollte.

In den ersten Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (01.09.2009) blieb es in der Rechtsprechung bezüglich der Rechtstellung des Verfahrenspflegers eher ruhig. Dies änderte sich jedoch schlagartig mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22.05.2013¹⁰. In diesem Beschluss verneint das Bundesverfassungsgericht eindeutig unter Punkt II. der Gründe die Stellung des Verfahrenspflegers als gesetzlichen Vertreter. Diese Stellung soll allein der Betreuer inne haben. Das Bundesverfassungsgericht schloss sich damit mehreren Kommentatoren in der Literatur an¹¹ und ermöglichte endlich eine größtenteils einheitliche Rechtsauffassung zur Rechtstellung des Verfahrenspflegers. In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des BGH vom 22.08.2012¹² zu nennen. In diesem Beschluss spricht der BGH dem Verfahrenspfleger das Recht ab, für den Betroffenen die Einrede der Verjährung im Verfahren über die Rückforderung der aus der Staatskasse gezahlten Vergütung bzw. des Aufwandsersatzes des Betreuers gemäß § 1836 e BGB zu erheben. Auf Grund der materiellrechtlichen Wirkung dieser Einrede kann diese laut BGH nur durch den Schuldner oder dessen gesetzlichen Vertreter erhoben werden. In der Begründung wird weiterhin ausgeführt, dass der Verfahrenspfleger keinesfalls ein gesetzlicher Vertreter ist und grenzt diesen vom Betreuer noch einmal eindeutig ab. Diese beiden obergerichtlichen Entscheidungen ermöglichten nun die Entwicklung einer einheitlichen Rechtsauffassung bezüglich der Rechtstellung des Verfahrenspflegers, welche bis heute gilt.

III. Die Rechtstellung des Verfahrenspflegers heute

Fraglich ist nun jedoch, welche Rolle der Verfahrenspfleger dann einnimmt, wenn er im Verfahren nicht als gesetzlicher Vertreter für den Betroffenen handelt. Wie bereits oben erläutert, ist er auf Grund des § 274 Abs. 2 FamFG in jedem Fall Beteiligter kraft Amtes.¹³ Folglich stehen ihm alle Rechte im Verfahren zu, die auch andere Beteiligte haben. Dazu zählt zum einen das Recht auf Akteneinsicht nach § 13 FamFG. Diesem Recht wird in der Praxis meist durch die

¹⁰ BVerfG, NJW 2013, 2658; FamRZ 2013, 1715.

¹¹ z.B. Keidel/*Budde*, § 276 FamFG Rn.26.

¹² BGH NJW 2012, 3509.

¹³ Fröschle/*Guckes/Jox/Kuhrke/Fischer*, §276 FamFG Rn. 43.

Übersendung von Kopien der für die Entscheidung relevanten Dokumente oder sogar der gesamten Akte an den Verfahrenspfleger entsprochen. Zudem hat der Verfahrenspfleger als Beteiligter auch nach § 27 FamFG eine Mitwirkungspflicht.¹⁴ Besonders hervorzuheben ist des Weiteren das eigene Recht des Verfahrenspflegers auf rechtliches Gehör. Das Betreuungsgericht hat ihn folglich genauso vor Entscheidungen des Gerichts anzuhören, wie den Betroffenen selbst. Eine persönliche Anhörung des Verfahrenspflegers erfolgt in der Praxis oft nur dann, wenn der Verfahrenspfleger bei der persönlichen Anhörung des Betroffenen dabei ist und sich im Anschluss direkt selbst zum Verfahrensgegenstand äußern kann. In den sonstigen Fällen erfolgt in der Praxis meist eine schriftliche Anhörung. Der Verfahrenspfleger erhält schriftlich die Aufforderung, binnen einer bestimmten Frist Stellung zum jeweiligen Sachverhalt zu nehmen. Die Anhörung des Verfahrenspflegers ersetzt jedoch keinesfalls die Anhörung des Betroffenen selbst.

Den obigen Ausführungen zufolge stellt sich der Verfahrenspfleger als selbstständiger Beteiligter mit eigenen Verfahrensrechten zu dem Betroffenen auf dessen verfahrensrechtliche Position, verdrängt ihn dabei jedoch wegen dessen fortwährender Verfahrensfähigkeit nicht. Führt der Verfahrenspfleger also eine Verfahrenshandlung aus, so macht er ein fremdes Verfahrensrecht im eigenen Namen geltend. Es handelt sich bei der Verfahrenspflegschaft also um eine Art Verfahrensstandschaft. Der Betroffene ist folglich berechtigt, gleichzeitig seine Verfahrensrechte auch selbst auszuüben, also beispielsweise ein Rechtsmittel einzulegen. Die Einlegung eines Rechtsmittels durch den Verfahrenspfleger im Namen des Betroffenen wäre demnach nicht zulässig¹⁵, da dies wiederum eine Form der Vertretung wäre und der Verfahrenspfleger selbst die Möglichkeit hat, Rechtsmittel einzulegen. Die Rechte des Verfahrenspflegers sind jedoch auf die des Betroffenen begrenzt. Hat der Betroffene zum Beispiel kein Rechtsschutzinteresse und kann deswegen keine Beschwerde einlegen, so bleibt dies auch dem Verfahrenspfleger verwehrt.

IV. Die Unabhängigkeit vom Betroffenen im Verfahren

Zusammengefasst stehen der Verfahrenspfleger und der Betroffene also nebeneinander und abgesehen von der Deckelung der Verfahrensrechte auf die des Betroffenen auch völlig unabhängig voneinander im Verfahren. Bereits in der

¹⁴ Vgl. Bt-Drucksache 16/6308 S. 265 zu §274 Abs. 2 FamFG

¹⁵ Fröschle/Guckles/Jox/Kuhrke/Fischer, §276 FamFG Rn. 43.

Begründung zum Gesetzesentwurf des Betreuungsgesetzes im Jahre 1989¹⁶ wird diese Unabhängigkeit deutlich. Der Verfahrenspfleger hat zwar im Interesse des Betroffenen zu handeln, ist jedoch nicht an dessen Weisungen gebunden. Dies unterscheidet den Verfahrenspfleger maßgeblich vom Betreuer oder einem Verfahrensbevollmächtigten. Für den Betreuer steht der Wille des Betroffenen gemäß § 1901 Abs. 3 BGB an oberster Stelle. Diesem Willen hat er zu entsprechen, solange dies dem Wohle des Betroffenen nicht zuwider läuft und die Befolgung des Willens dem Betreuer auch zumutbar ist. Der Verfahrensbevollmächtigte schließt mit dem Betroffenen einen Geschäftsbesorgungsvertrag nach §§ 611, 675 BGB ab und ist auf dessen Grundlage an die Weisungen seines Mandanten gebunden. Er kann diesen zwar beraten und ihm seine Möglichkeiten aufzeigen, letztendlich ist der Verfahrensbevollmächtigte jedoch angehalten, die subjektiven Interessen seines Mandanten im Verfahren darzulegen und durchzusetzen. Der Verfahrenspfleger hingegen muss diesen Willensvorrang nicht beachten. Für ihn stehen die objektiven Interessen des Betroffenen an oberster Stelle (dazu Punkt E.). Das bedeutet, dass es in einem Verfahren durchaus zu sich widersprechenden Erklärungen oder Verfahrenshandlungen kommen kann. Diese sind sodann auch einzeln zu betrachten und zu bewerten.¹⁷ Am Beispiel der Stellung bzw. Rücknahme von Anträgen oder der Einlegung von Rechtsmitteln ist die Eigenständigkeit der beiden Beteiligten besonders gut nachvollziehbar. Stellt der Betroffene einen Antrag im Verfahren, kann dieser durch den Verfahrenspfleger nicht ohne Weiteres wieder zurück genommen werden. Dies ist nur möglich, wenn der Betroffene hierzu seine Zustimmung erteilt.¹⁸ Bei der Einlegung von Rechtsmitteln verhält es sich ähnlich. Wie oben bereits angedeutet, kann der eine im Namen des anderen keine Entscheidung anfechten. Des Weiteren hat ein Rechtsmittelverzicht, welcher von dem Betroffenen erklärt wurde, keine Wirkung für den Verfahrenspfleger. Dieser kann weiterhin Rechtsmittel einlegen. Umgekehrt gilt natürlich das Gleiche. In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des OLG Hamm vom 13.03.2006¹⁹ von Bedeutung. In diesem Beschluss wurde die sofortige weitere Beschwerde (nach der FGG-Reform nun Rechtsbeschwerde § 70 FamFG), welche durch den Betroffenen eingelegt wurde, als unzulässig verworfen, da die ursprüngliche Beschwerde gegen die erstinstanzliche Entscheidung nur von dem Verfahrenspfleger eingelegt worden

¹⁶ Bt-Drucksache 11/4528, 171.

¹⁷ Dodegge/Roth Teil A, Rn. 142.

¹⁸ BGH BtPrax 2003, 266.

¹⁹ OLG Hamm BtPrax 2006, 190.

war. Die Entscheidung des Landgerichts kann in diesem Fall also nur von demjenigen angefochten werden, der auch bereits Rechtsmittel gegen die erstinstanzliche Entscheidung des Amtsgerichts eingelegt hatte.

Diese selbstständige Position, die der Verfahrenspfleger im Verfahren einnimmt, hat zur Folge, dass die Verfahrenshandlungen des Gerichts in jedem Fall sowohl gegenüber dem Betroffenen, als auch gegenüber dem Verfahrenspfleger vorgenommen werden müssen. Stellungnahmen vom Betreuer, Ladungen zu Terminen oder Sachverständigengutachten sind demzufolge sowohl dem Verfahrenspfleger, als auch dem Betroffenen zu übersenden.²⁰ Auch gerichtliche Entscheidungen müssen an beide bekannt gegeben werden. Eine Zustellung an den Verfahrenspfleger kann nicht gleichzeitig als Zustellung an den Betroffenen gewertet werden. Diesbezüglich sollte auch beachtet werden, dass die Rechtsmittelfristen auf Grund der jeweiligen Zustellung an beide für diese gesondert laufen.²¹ Sollte die Rechtsmittelfrist für den Betroffenen abgelaufen sein, so kann der Verfahrenspfleger weiterhin Rechtsmittel einlegen, wenn er die Bekanntgabe der Entscheidung an ihn später erfolgt und seine Frist noch läuft.

V. Die Unabhängigkeit vom Betreuungsgericht im Verfahren

Darüber hinaus genießt der Verfahrenspfleger nicht nur die Unabhängigkeit vom Betroffenen, sondern hat vor allem im Vergleich zu dem gesetzlichen Betreuer eine Sonderstellung gegenüber dem Betreuungsgericht. Die Tätigkeit des Betreuers wird stets durch das Gericht kontrolliert und geprüft, da es gemäß §§ 1908 i. V. m. 1837 BGB eine gesetzliche Aufsichtspflicht hat. Für Pfleger gilt dies ebenso über die Verweisungsvorschrift des § 1915 BGB. Allerdings können diese beiden Vorschriften bei der Betrachtung der Verfahrenspflegschaft nicht angewendet werden²², da es sich hierbei um eine Pflegschaft eigener Art handelt, die eben gerade nicht wie bei den materiellrechtlichen Pflegschaften des BGB eine gesetzliche Vertretung impliziert. Demnach soll der Verfahrenspfleger also unabhängig von Weisungen des Gerichts sein und im Verfahren frei agieren können, ohne unter der Aufsicht des Betreuungsgerichts zu stehen.

²⁰ Keidel/Budde, § 276 FamFG Rn. 27.

²¹ BGH FamRZ 2011, 1049; BayObLG FamRZ 2000, 1445; OLG Hamm BtPrax 2006, 190.

²² Keidel/Budde, § 276 FamFG Rn. 27.

VI. Theorie und Praxis im Vergleich

Fraglich ist hier, wie groß der Unterschied zwischen der Theorie und der Praxis ist. Dass der Verfahrenspfleger nach der „neuen“ Rechtsprechung nicht mehr gesetzlicher Vertreter sein soll, ist grundsätzlich bekannt und wird in der Praxis auch größtenteils so umgesetzt.

Die Wahrung der unabhängigen Stellung des Verfahrenspflegers im Verfahren wird von den Praktikern ernst genommen. So wird grundsätzlich jede Entscheidung sowohl dem Betroffenen, als auch dem Verfahrenspfleger bekannt gegeben, wenn er in diesem Teil des Verfahrens tätig geworden ist. Auch die Gewährung des eigenen rechtlichen Gehörs wird in der Praxis sehr groß geschrieben. Ist ein Verfahrenspfleger bestellt, wird dieser auch bezüglich des jeweiligen Verfahrensgegenstandes angehört. Dabei rückt die Anhörung des Betroffenen jedoch immer mehr in den Hintergrund. So wird in vielen Fällen nur noch dem Verfahrenspfleger die Möglichkeit gegeben, eine schriftliche Stellungnahme abzugeben, auf die sich bei der endgültigen Entscheidung überwiegend gestützt und verlassen wird. Dies wird vor allem in Verfahren deutlich, in denen der Betreuer Geld in einer bestimmten Form anlegen, eine besondere Versicherung oder ein nicht alltägliches Rechtsgeschäft abschließen möchte und dies der betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Die Untersuchung auf eventuelle Nachteile für den Betroffenen wird dann meist auf den Verfahrenspfleger abgewälzt, sodass dieser oftmals gar nicht, wie vom Gesetz eigentlich gewollt, als Sprachrohr für den Betroffenen fungiert, sondern eher die Position des „Vorprüfers“ für das Betreuungsgericht einnimmt. Dass der Verfahrenspfleger nicht an Weisungen des Gerichts gebunden ist und auch nicht dessen Aufsicht unterliegt, wird dabei weder vom Gericht selbst noch vom Verfahrenspfleger tatsächlich wahrgenommen.

Letztlich muss man wohl feststellen, dass die Rechtstellung des Verfahrenspflegers in der Praxis zum Teil von der theoretischen abweicht. Die einheitliche Basis wird ausschließlich durch die Ablehnung der Vertreterstellung gebildet. Wie genau die Rechtstellung in der Praxis allerdings bewertet wird, variiert wohl von Fall zu Fall, je nachdem welche Funktion vom Gericht benötigt wird.

D. Die Aufgaben des Verfahrenspflegers

I. Die Wahrnehmung der Interessen

Die Aufgaben des Verfahrenspflegers sind genauso strittig, wie seine Rechtstellung. Laut § 276 Abs. 1 FamFG ist der Verfahrenspfleger für die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen zuständig. Fraglich ist hier jedoch, welche Interessen damit genau gemeint sind. Dazu gibt es verschiedenste Meinungen.

Die erste Ansicht basiert auf mehreren oberlandesgerichtlichen Entscheidungen zum Verfahrensbeistand in Familiensachen²³. Sie besagt, dass der Verfahrenspfleger ausschließlich den Wünschen des Betroffenen zu entsprechen hat. Untermuert wurden diese Rechtsprechungen mit dem § 50 Abs. 3 FGG, welcher das Pendant zu § 70b Abs. 3 FGG (heute in § 276 Abs. 4 FamFG) in Familiensachen darstellte. Die Bestellung eines Verfahrenspflegers soll danach unterbleiben, wenn ein Prozessbevollmächtigter den Betroffenen im Verfahren vertritt (siehe dazu Punkt. F. V). Dies ist soweit nachvollziehbar, da der Prozessbevollmächtigte ausschließlich nach dem Willen seines Mandanten handelt. Wenn dieser also den Verfahrenspfleger mit der Wahrnehmung der subjektiven Interessen „ersetzt“, sollte der Verfahrenspfleger wohl auch nur diese Funktion inne haben. Allerdings kann dieses Argument mit der Rechtstellung des Verfahrenspflegers wieder ausgehebelt werden. Während der Prozessbevollmächtigte den Betroffenen im Verfahren vertritt, macht der Verfahrenspfleger, wie oben bereits erläutert, fremde Rechte im eigenen Namen geltend und ist somit kein Vertreter des Betroffenen. Aus einer solch unterschiedlichen Rechtstellung können daher nicht die gleichen Aufgaben und Funktionen resultieren.

Laut einer weiteren Ansicht sind die subjektiven Interessen des Betroffenen für den Verfahrenspfleger nicht von großer Bedeutung, da er ausschließlich die objektiven Interessen des Betroffenen wahrzunehmen hat.²⁴ Um sich zu dieser Ansicht differenziert äußern zu können, ist zu untersuchen, was unter den sogenannten objektiven Interessen verstanden wird.

Zu den objektiven Interessen zählen alle Rechte, die einer Person in unserem Rechtssystem zustehen. Das sind also in erster Linie die Grundrechte (z.B.

²³ Vgl. z.B. OLG Dresden FamRZ 2003, 877; OLG Brandenburg FamRZ 2004, 817.

²⁴ BGH BtPrax 2003, 266 ; Keidel/*Budde* §276 FamFG Rn.27.

Recht auf Freiheit, Recht auf Selbstbestimmung) und die Verfahrensrechte (z.B. rechtliches Gehör), aber auch die Privatrechte, welche sich beispielsweise aus einer Vertragsgestaltung ergeben.²⁵ Objektive Interessen existieren also gleichermaßen für jeden, jedoch völlig losgelöst von einem bestimmten Subjekt und dessen Wünschen und Vorstellungen. Es geht bei den objektiven Interessen also nicht darum, was eine bestimmte Person tatsächlich möchte, sondern was ein gesunder, klar denkender Erwachsener wollen würde. Diese Ansicht lässt sich nur unter Einbeziehung des Gesetzes und der dazugehörigen Gesetzesbegründung gut vertreten.²⁶ Danach hat der Verfahrenspfleger zwar den Willen des Betroffenen zu beachten, soll aber nur dessen objektive Interessen wahrnehmen. Der Verfahrenspfleger sollte demnach also eine gewisse Rangfolge der verschiedenen Interessen einhalten. Nach dieser Rangfolge soll der Verfahrenspfleger also die objektiven Interessen ganz vorrangig vertreten und die Wünsche des Betroffenen hinten anstellen. Im Gegensatz dazu steht für den Betreuer der Wille des Betroffenen an oberster Stelle. Die objektiven Interessen hingegen stehen noch hinter dem früheren Wunsch und dem mutmaßlichen Willen an letzter Stelle. Diese Meinung erscheint unter Betrachtung der verschiedenen Rechtstellungen deutlich ergiebiger, als die erste.

Dafür spricht zudem auch, dass diese Meinung direkt von der Intention des Gesetzgebers abgeleitet wurde und der Verfahrenspfleger nicht an die Weisungen des Betroffenen gebunden sein soll.

Allerdings gilt seit dem 26.03.2009 die UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) für Deutschland, die wiederum neue Aspekte in diesen Meinungsstreit einführt. Gemäß Art. 12 Abs. 4 UN-BRK sollen entsprechende Sicherungen vorgenommen werden, um Missbräuche bei der Ausübung von Rechts – und Handlungsfähigkeit betreffende Maßnahmen zu verhindern. Diese Sicherungen sollen mehrere Kriterien erfüllen, unter anderem auch die Achtung der Rechte, des Willens und der Präferenzen des Betroffenen gleichermaßen. Hieraus ergibt sich, dass zwischen diesen 3 Werten keine Rangfolge herrschen soll. Die objektiven Interessen (= Rechte) stehen damit auf gleicher Ebene mit dem Willen und den Präferenzen (= erkennbare oder ermittelbare Vorlieben)²⁷. Da die UN-BRK den Rang eines Bundesgesetzes hat, sollte man diesen Aspekt bei der Betrachtung der Aufgaben des Verfahrenspflegers auf keinen Fall außer Acht lassen, sodass man sich eventuell sogar der dritten Ansicht annähert. Diese

²⁵ Harm, Verfahrenspflegschaft in Betreuungs- und Unterbringungssachen, S. 20.

²⁶ BT-Drucksache 16/6308, S. 265.

²⁷ Harm, Verfahrenspflegschaft in Betreuungs – und Unterbringungssachen, S. 21.

besagt, dass der Verfahrenspfleger sowohl objektive, als auch subjektive Interessen des Betroffenen gleichermaßen wahrzunehmen hat.

Es ist also wie bei der Rechtstellung des Verfahrenspflegers auch hier eher schwierig, eine eindeutige Antwort auf die Frage zu geben, wenn nur das Gesetz, dessen Begründung und die damit einhergehende Intention des Gesetzgebers betrachtet wird.

Es ist daher auch zu untersuchen, welche Entscheidungen hierzu in der Rechtsprechung getroffen wurden. Zum einen ist hier die BGH – Entscheidung vom 22.07.2009²⁸ von Bedeutung. Diese Entscheidung hat jedoch den Meinungsstreit wohl mehr gefördert, als Klarheit verschafft. Demnach ist der Verfahrenspfleger auch für die Wahrnehmung der objektiven Interessen nicht mehr zuständig, wenn ein Betreuer bereits bestellt ist und dessen Aufgabenkreise den jeweiligen Verfahrensgegenstand beinhalten. Folglich würde sich die Funktion des Verfahrenspflegers auf die des Vermittlers und Sprachrohrs beschränken. Diese Entscheidung nimmt dem Verfahrenspfleger einen Großteil seiner Befugnisse, was jedoch keinesfalls den Gesetzesmotiven entspricht. Des Weiteren würde das dann nicht nur einzelne Verfahren betreffen, da der Betreuer vor allem in den Genehmigungsverfahren bereits mit dem benötigten Aufgabenkreis betraut ist. Dieser könnte sonst schließlich gar keinen Antrag auf betreuungsgerichtliche Genehmigung stellen. Der Verfahrenspfleger könnte seiner dem Gesetz entsprechenden Aufgabe also nur noch in den Verfahren nachkommen, in denen noch gar kein Betreuer bestellt wurde oder in denen ein Betreuerwechsel stattfinden soll. Dies kann nicht richtig sein. Vertretbar erscheint hier allenfalls, dass die Wahrnehmung der objektiven Interessen des Betroffenen nur dann nicht durch den Verfahrenspfleger wahrgenommen werden müssen, wenn dies bereits durch den Betreuer geschehen ist. Das bloße Innehaben des entsprechenden Aufgabenkreises durch den Betreuer sollte dafür jedoch nicht ausreichen, da der Schutzzweck der Verfahrenspflegschaft so umgangen wird. Hat ein Betreuer in einem Verfahren den benötigten Aufgabekreis inne, nimmt die objektiven Interessen des Betroffenen aber nicht ausreichend wahr, wären dem Verfahrenspfleger laut dieser Rechtsprechung trotzdem die Hände gebunden. Im Ergebnis hilft dies dem Betroffenen, der seine Rechte selbst nicht im erforderlichen Umfang vertreten kann, nicht weiter. Die Verfahrenspflegschaft, welche für eine „Waffengleichheit im Verfahren“ sorgen soll, läuft damit teilweise ins Leere. Allerdings brachte die Entscheidung auch einige neue Aspekte mit

²⁸ BGH, BtPrax 2009, 290.

sich. So schrieb der BGH dem Verfahrenspfleger die Aufgabe zu, den Willen des Betroffenen zu ermitteln und auch ins Verfahren einzubringen. Mit dem Willen ist damit nicht nur der tatsächliche Wille, sondern auch der mutmaßliche gemeint. Zusammenfassend kann man also sagen, dass diese Rechtsprechung auf der einen Seite die Aufgaben des Verfahrenspflegers im Rahmen der Interessenwahrnehmung deutlich kürzt, diese andererseits aber durch den Ermittlungsauftrag auch erweitert. Diese Erweiterung könnte man zwar auch zur allgemeinen Helferfunktion des Verfahrenspflegers zählen, allerdings wurde dies nie eindeutig so manifestiert.

Auch in anderen Entscheidungen wird sich weniger damit befasst, welche Interessen der Verfahrenspfleger tatsächlich wahrzunehmen hat, sondern vielmehr nur auf die Verwirklichung des rechtlichen Gehörs und die Vermittlung des Betroffenenwillens gegenüber dem Gericht verwiesen.²⁹

Nach Untersuchung aller drei Ansichten im Zusammenhang mit der bestehenden Rechtsprechung kann hier zusammenfassend gesagt werden, dass die Aufgabe des Verfahrenspflegers zwar die Wahrnehmung der objektiven Interessen ist, der Wille des Betroffenen aber auf Grund der UN-Behindertenrechtskonvention auch eine wichtige Rolle spielen sollte. Das bedeutet jedoch nicht, dass er auch gleichsam die subjektiven Interessen zu vertreten hat, so wie es einige Kommentatoren vertreten. Diese Aufgabe sollte, wie bereits oben erläutert, der Betreuer wahrnehmen.

An einem Beispiel aus der Praxis ist diese Differenzierung gut erkennbar:

Der Betreuer beantragt eine betreuungsgerichtliche Genehmigung für den Abschluss einer Sterbegeldversicherung gemäß §§ 1908 i.V.m. 1806, 1811 BGB, da es sich hierbei um eine andersartige Geldanlage handelt. Der Betroffene hat dem Betreuer gegenüber geäußert, dass er den Abschluss dieses Rechtsgeschäfts wünscht, was für diesen das wichtigste Kriterium ist. Der Betroffene ist jedoch nicht in erforderlichem Maße in der Lage, das Wesen einer Sterbegeldversicherung zu verstehen und zu erkennen, dass dies eventuell Nachteile für ihn mit sich bringen kann. Es wird daraufhin ein Verfahrenspfleger bestellt, welcher nach einem Gespräch mit dem Betroffenen und einer Prüfung des Angebots der Sterbegeldversicherung eine Stellungnahme zur Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung abgibt. In dieser Stellungnahme erläutert der Verfahrenspfleger unter anderem, dass die Versicherung keinen direkten Nutzen für den Betroffenen hat, sondern eigentlich nur die Erben vor der

²⁹ Vgl. z.B. BGH, FamRZ 2011, 1577.

Übernahme der Beerdigungskosten bewahrt. Des Weiteren müsste der Betroffene recht alt werden, was im Zusammenhang mit seiner Krankheit jedoch eher unwahrscheinlich ist, damit die Versicherung auch gegenüber ihm vorteilig wirkt. Der Verfahrenspfleger betrachtet das Rechtsgeschäft damit vorerst aus einer sehr neutralen Sicht. Des Weiteren berichtet der Verfahrenspfleger jedoch auch von seinem Gespräch mit dem Betroffenen, in dem er ihn über die Nachteile dieser Versicherung aufgeklärt hat und übermittelt dem Gericht sodann, dass der Betroffene trotzdem weiterhin den Abschluss dieser Versicherung wünscht, da er seine Erben nicht belasten möchte. Der Verfahrenspfleger hat im Dialog mit dem Betreuten zuerst dessen Willen ermittelt und diesen anschließend dem Gericht übermittelt. Er hat folglich sowohl die objektiven Interessen (hier zum Beispiel das rechtliche Gehör) wahrgenommen, als auch die Absichten des Betreuten in das Verfahren eingebracht. Diese Vorgehensweise erscheint sowohl gesetzesnah, als auch praktikabel und entspricht hier wohl am ehesten der zweiten Ansicht, da der Verfahrenspfleger dem Willen des Betroffenen zwar große Bedeutung zukommen lassen soll, an diesen letztendlich jedoch nicht gebunden ist.

II. Die Helferfunktion

Der Verfahrenspfleger hat allerdings nicht nur die Interessen des Betroffenen zu vertreten, sondern soll dem Betroffenen auch helfen, das Verfahren und seine eigenen Rechte besser zu verstehen. Er soll dem Betroffenen beispielsweise den Verfahrensgegenstand, um den es geht, erklären, ihn wie im oben genannten Beispiel über die Vor – und Nachteile eines Rechtsgeschäfts aufklären.³⁰ Er soll den Betroffenen des Weiteren dabei unterstützen, seinen Willen kund zu tun bzw. diesen direkt selbst ins Verfahren einbringen, sodass das Gericht vor einer Entscheidung auch davon Kenntnis erlangt. Letztlich gehört es auch zu den „Helferaufgaben“ des Verfahrenspflegers, dem Betroffenen die gefallene Entscheidung des Gerichts zu „übersetzen“³¹, ihm also den Ausgang des Verfahrens zu veranschaulichen und ihm gegebenenfalls die Möglichkeiten aufzuzeigen, die der Betroffene hat, um sich dagegen zur Wehr zu setzen.

³⁰ Harm, RPflegler 2016, 387.

³¹ Harm, a.a.O.

III. Der Verfahrenspfleger als Ermittler

Nicht zuletzt ist der Verfahrenspfleger auch eine Art Ermittler. Damit er den Willen des Betroffenen in das Verfahren einbringen kann, muss er über diesen zuallererst Kenntnis erlangen. Dies erfolgt, soweit es möglich ist, zumeist durch ein persönliches Gespräch mit dem Betroffenen oder dessen Angehörigen.³² Ist der Betroffene in der Lage, sich in irgendeiner Form zu äußern und kann den Verfahrensgegenstand, um den es geht, ansatzweise verstehen, so ist die Ermittlung des tatsächlichen Willens relativ problemlos möglich.

Schwieriger ist es jedoch, wenn der Betroffene im Koma liegt oder sich auf Grund einer sonstigen Erkrankung oder Behinderung nicht artikulieren kann. Gemäß dem bereits oben angesprochenen BGH -Urteil³³ hat der Verfahrenspfleger dann „in angemessenem Rahmen – Möglichkeiten zu nutzen, den tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Betreuten anderweitig zu erkunden.“ Zu diesen anderweitigen Möglichkeiten gehören beispielsweise Gespräche mit nahen Angehörigen des Betroffenen, die eventuell Aussagen über dessen frühere Wünsche und Ansichten treffen können. Auch ein intensives Aktenstudium könnte in derartigen Fällen Anhaltspunkte bieten (z.B. Protokolle aus früheren Anhörungen). Damit kann der Verfahrenspfleger im besten Fall zumindest in Erfahrung bringen, wie sich der Betroffene im Verfahren möglicherweise positionieren würde, wenn er sich äußern könnte. Sind die Ermittlungen abgeschlossen, sind die Ergebnisse durch Übermittlung dieser an das Betreuungsgericht in das Verfahren einzubringen. Da Verfahrenspfleger nicht an Weisungen des Gerichts gebunden sind, haben sie im Gegensatz zum Betreuer zwar keine Berichtspflicht, nehmen jedoch in der Praxis üblicherweise schriftlich durch eine kurze Berichterstattung Stellung zum Verfahrensgegenstand und erläutern in diesem sogleich auch die Ansichten des Betroffenen.

IV. Theorie und Praxis im Vergleich

1. Allgemeines

Die Aufgaben, die der Verfahrenspfleger in der Praxis erhält, unterscheiden sich teilweise sehr stark von denen, die eigentlich durch das Gesetz, die Literatur und die Rechtsprechung festgeschrieben werden. Beispielsweise sollte der Verfahrenspfleger dem Betroffenen am Ende des Verfahrens die vom Gericht

³² Fröschle/Guckles/Jox/Kuhrke/Fischer, § 276 FamFG Rn.53.

³³ BGH BtPrax 2009, 290.

getroffene Entscheidung vermitteln und erklären.³⁴ Dies ist in der Praxis wohl eher selten der Fall. Dort ist für die Verfahrenspfleger die Tätigkeit gedanklich meist mit der Einreichung der Stellungnahme beendet. Entsprechend ist es auch eher ungewöhnlich, dass man in der Praxis einem Rechtsmittel begegnet, welches durch den Verfahrenspfleger eingelegt wurde, obwohl dies, wie oben erläutert, durchaus möglich wäre.

Dementgegen gibt es jedoch noch mehr Fälle, in denen der Verfahrenspfleger Aufgaben auf Geheiß des Betreuungsgerichts erledigt, welche er laut Gesetz gar nicht übernehmen müsste. So erwartet das Gericht vom Verfahrenspfleger in Genehmigungsverfahren zum Beispiel des Öfteren eine materiellrechtliche Vorprüfung des jeweiligen Vertrags, der genehmigt werden soll, obwohl der Verfahrenspfleger „kein Institut des materiellen Rechts“ ist.³⁵ Dieser Umstand könnte ein weiterer Grund für die häufige Bestellung von Rechtsanwälten als Verfahrenspfleger sein. Laut dem Gesetz ist die zentrale Aufgabe des Verfahrenspflegers allerdings die Interessenwahrnehmung. Das bedeutet, dass dieser in einem Genehmigungsverfahren ausschließlich die Genehmigungsfähigkeit zu prüfen hat.³⁶ Ob ein etwaiger Vertrag überhaupt wirksam ist, muss der Verfahrenspfleger in der Theorie überhaupt nicht prüfen. Viele Verfahrenspfleger tun es in der Praxis aber trotzdem.

Des Weiteren erhalten Verfahrenspfleger in der Realität oft weitergehende Ermittlungsaufträge und werden damit statt zum Helfer des Betroffenen eher zum „langen Arm“ des Gerichts. Ein Beispiel aus der Praxis verdeutlicht dies. Bei der Prüfung des jährlichen Betreuerberichts stellt der Rechtspfleger fest, dass der Betreuer (Vater des Betroffenen) monatlich sehr hohe Beträge Bargeld vom Konto des Betroffenen abhebt. Auf Nachfrage erklärt der Betreuer, dass dies auf Wunsch seines Sohnes so geschehe und dieses Geld zudem angespart wird. In diesem Fall bestellte der Rechtspfleger einen Verfahrenspfleger, der überprüfen sollte, ob diese Aussagen tatsächlich der Wahrheit entsprechen. Hier ist nicht nur die Erforderlichkeit eines Verfahrenspflegers an sich fraglich, sondern auch die gestellte Aufgabe völlig außerhalb des gesetzlichen Rahmens.

³⁴ Fröschle/Guckes/Jox/Kuhrke/Fischer, § 276 FamFG Rn. 57.

³⁵ Bienwald, Rpfleger 2012, 309.

³⁶ Harm, RpfStud 2013, 114.

2. Der Werdenfelser Weg

Auf Grund von auftretenden Problemen in der Praxis entwickelte sich außerhalb des Gesetzes und der Rechtsprechung eine Methode, welche völlig neue Anforderungen an den Verfahrenspfleger stellte und dessen Aufgaben über den Rahmen des Gesetzes hinaus erweiterte. Der Ansatz des sogenannten „Werdenfelser Wegs“ wurde von dem Diplom-Sozialpädagogen Josef Wassermann und dem Richter Dr. Sebastian Kirsch im Jahr 2007 in Garmisch-Partenkirchen entwickelt. Maßgeblich hierfür war die rechtliche Unsicherheit für Pflegeeinrichtungen bei der Nichtergreifung von freiheitsentziehenden Maßnahmen.

In Betreuungsverfahren sind Anträge auf betreuungsgerichtliche Genehmigungen von freiheitsentziehenden Maßnahmen zur Vermeidung von Stürzen und Verletzungen (z.B. Bettgitter, Sitzgurte, Hand- und Fußfesseln) bekanntlich keine Seltenheit. Allerdings sind entsprechende Pflege- und Altenheime infolge des Grundrechts auf Freiheit nach Artikel 2 GG gehalten, solche Maßnahmen wirklich nur dann zu ergreifen, wenn es keine anderen Möglichkeiten gibt. Verletzt sich aber dann doch ein Bewohner einer Pflegeeinrichtung bei einem Sturz, der zum Beispiel mit Hilfe eines Sitzgurtes hätte vermieden werden können, so entsteht ein ernstes Haftungsproblem für diese Einrichtung. In der Vergangenheit versuchten Krankenkassen bereits in derartigen Fällen Regress zu nehmen.³⁷ Das Pflegepersonal steht damit sehr verunsichert zwischen der Vermeidung von Freiheitsentzug und Verletzungsgefahr. Eine rechtliche Absicherung durch das Betreuungsgericht ist in diesem Fall schwierig, da die Nichtergreifung von freiheitsentziehenden Maßnahmen nicht gerichtlich genehmigt werden kann. Aus dieser Unsicherheit heraus wurden immer öfter Anträge auf Genehmigung derartiger Maßnahmen gestellt und sodann Verfahrenspfleger bestellt, welche selbst hauptberuflich einen Pflegeberuf ausübten, die Problematik dementsprechend kannten und mit möglichen Vermeidungsstrategien diesbezüglich vertraut waren. Die vorrangige Aufgabe dieser Verfahrenspfleger besteht dann darin, die betroffenen Pflegeheime in den konkreten Problemfällen zu beraten und mit ihnen Alternativlösungen fernab von Bettgitter und Fixiergurt zu eruieren. Wurde eine andere Option gefunden, um Stürze zu verhindern oder die Folgen eines Sturzes zu mindern (beispielsweise durch besondere Signalsysteme, Niederflurbetten oder auch Sturzmatten), so stellt der Verfahrenspfleger diese in seiner Stellungnahme vor und rät dem

³⁷ Harm, Verfahrenspflegschaft in Betreuungs- und Unterbringungssachen, S. 31.

Betreuungsgericht, die betreuungsgerichtliche Genehmigung nicht zu erteilen. Der Richter wird auf Grund der bestehenden Alternative zur freiheitsentziehenden Maßnahme seine Genehmigung folglich durch gerichtlichen Beschluss verweigern. Im Ergebnis werden die Grundrechte des Betroffenen damit nicht eingeschränkt, er wird trotzdem vor gesundheitlichen Risiken bewahrt und die Pflegeeinrichtung ist auf Grund der richterlichen Entscheidung rechtlich abgesichert, falls es doch zu derartigen Verletzungen kommen sollte. Im Grund erscheint diese Praxismethode also für alle Beteiligten nur vorteilhaft zu sein. So praktikabel diese Lösung auch ist, überschreitet sie jedoch auch die Grenzen des Gesetzes. Der Verfahrenspfleger nimmt in diesen Fällen zwar durchaus die objektiven Rechte des Betroffenen, hier vorrangig das Grundrecht nach Artikel 2 GG, wahr, agiert dabei jedoch eher wie ein Sachverständiger.³⁸ Er muss die Einrichtung und deren Möglichkeiten analysieren, sich ein Bild von dem Betroffenen und dessen körperlichen Zustand und den damit einhergehenden Problemen machen und dann entsprechende mögliche Vorgehensweisen aufzeigen. Er berät im Verfahren sowohl die Pflegeeinrichtung, als auch das Gericht. Diese anspruchsvolle Aufgabe übersteigt nicht nur seine eigentliche Funktion als Helfer und Sprachrohr, sondern erfordert auch besondere Kenntnisse. Ein Rechtsanwalt, der in der Praxis gern als Verfahrenspfleger bestellt wird (siehe dazu Punkt G II. 2.), erkennt zwar vielleicht mögliche Gefahrenquellen (z.B. unebene Böden, Teppiche, kleine Stufen) und kann deren Beseitigung anregen, aber die effektivsten Maßnahmen und Hilfsmittel sind eben oftmals nur denen bekannt, die auch schon damit gearbeitet und einen gewissen Wissensschatz im Bereich der Pflege haben. Allerdings besteht bezüglich der Qualifikation dieser besonderen Verfahrenspfleger keine Einheitlichkeit in der Praxis. Ob eine Ausbildung im Pflegebereich Grundvoraussetzung ist, variiert von Gericht zu Gericht.³⁹

Wie bereits erläutert, sprengt der „Werdenfelser Weg“ zwar teilweise die Grenzen des Gesetzes bezüglich der primären Aufgaben des Verfahrenspflegers, letztlich muss ihm jedoch seine Praktikabilität zu Gute gehalten werden. Zudem wird diese Methode stetig weiter entwickelt und vereinzelt auch besser an das Gesetz angepasst.⁴⁰ Laut Aussage der Entwickler verbreitet sich diese Verfahrensweise

³⁸ Harm, RPfl Studienhefte 2013, S. 113.

³⁹ Leitlinie FEM, Evidenzbasierte Praxisleitlinie 2015, S.50.

⁴⁰ Harm, Verfahrenspflegschaft in Betreuungs- und Unterbringungssachen, 32.

nicht nur in Bayern, sondern mittlerweile bundesweit.⁴¹ In Sachsen ist der „Werdenfelser Weg“ jedoch nicht besonders verbreitet.

E. Die Anhörung des Betroffenen

Die Bestellung eines Verfahrenspflegers macht die Anhörung des Betroffenen keinesfalls obsolet. Der Betroffene ist Muss-Beteiligter nach § 274 Abs. 1 Nr. 1 FamFG. Ihm ist folglich vor jeder gerichtlichen Endentscheidung rechtliches Gehör zu gewähren. Die persönliche Anhörung vor der Bestellung eines Betreuers und vor der Anordnung eines Einwilligungsvorbehaltes gemäß § 278 Abs.1 FamFG ist für den Entscheider Pflicht. Von ihr kann nur unter erschwerten Bedingungen auf Grundlage eines ärztlichen Gutachtens gemäß § 278 Abs. 4 i.V.m. 34 Abs. 2 FamFG abgesehen werden. Doch auch in anderen Fällen ist das Absehen von der persönlichen Anhörung nur möglich, wenn für den Betroffenen bei Durchführung der persönlichen Anhörung erhebliche Nachteile für die Gesundheit zu befürchten sind oder es dem Betroffenen offensichtlich nicht möglich ist, seinen Willen kund zu tun, §34 Abs. 2 FamFG. Dies zeigt deutlich, welche Wichtigkeit der persönlichen Anhörung im Gesetz zugesprochen wird.

Ist in einem Betreuungsverfahren ein Verfahrenspfleger bestellt worden, gelten für das Gericht bei der Anberaumung und der Durchführung einer persönlichen Anhörung noch einmal besondere Pflichten im Bezug auf den Verfahrenspfleger. Diesem muss bei persönlicher Anhörung des Betroffenen die Möglichkeit gegeben werden, bei der Anhörung dabei zu sein, da ihm „*Gelegenheit zur Mitwirkung am Verfahren einzuräumen*“⁴² ist. Das Gericht hat folglich nicht nur den Betroffenen, sondern auch den Verfahrenspfleger gesondert zu laden. Unterbleibt die Ladung des Verfahrenspflegers, so ist das Verfahren fehlerhaft und die Endentscheidung ist anfechtbar, da dem Betroffenen das rechtliche Gehör nicht in ausreichender Form gewährt worden ist. Gleiches gilt, wenn der Verfahrenspfleger zu kurzfristig geladen wurde und deshalb nicht zur persönlichen Anhörung des Betroffenen erscheinen konnte. Stellt der Verfahrenspfleger einen Antrag auf Verlegung des Termins, kann das Gericht diesen nur ablehnen, wenn triftige Gründe vorliegen.⁴³

⁴¹ Kirsch/Wassermann, Werdenfelser Weg – Das Original, <https://www.werdenfelser-weg-original.de/idee/regionale-verbretung/>.

⁴² Firsching/Dodegge Rn. 417.

⁴³ BayObLG RPfeger 2002, 24.

Anders ist die Sache zu bewerten, wenn das Gericht die Erforderlichkeit einer Verfahrenspflegschaft vor der Anhörung des Betroffenen nicht erkennen konnte. Diese Problematik ist durchaus praxisrelevant, da sich der Gesundheitszustand einer Person auf Grund von Krankheiten mitunter sehr schnell verschlechtern kann (z.B. Demenz oder sonstige psychisch bedingte Erkrankungen) oder in der Akte keine ausreichenden Angaben zum Gesundheitszustand des Betroffenen gemacht wurden. Dann kann es durchaus passieren, dass erst bei der Anhörung des Betroffenen, deutlich wird, dass er seine Verfahrensfähigkeit nicht im erforderlichen Maße ausüben kann. In solchen Fällen ist dann nicht nur die Bestellung des Verfahrenspflegers sofort nachzuholen, sondern auch auf Verlangen desselbigen die Anhörung des Betroffenen in Anwesenheit des Verfahrenspflegers zu wiederholen.⁴⁴ Wird eine erneute Anhörung durch den Verfahrenspflegers nicht verlangt, kann das Gericht von dieser absehen, wenn es ausführlich begründet, weshalb vor der Anhörung keine Anhaltspunkte für die Bestellung eines Verfahrenspflegers gesehen wurden.⁴⁵

Fraglich ist nun, wie gesetzesstreu diese Regelungen, unterstützt von der Rechtsprechung, in der Praxis tatsächlich umgesetzt werden. Bei der Untersuchung dieser Frage sollte man die verschiedenen Verfahren, in denen ein Verfahrenspfleger zum Einsatz kommen kann, differenziert betrachten. Vor allem in Verfahren, in denen erst über die Anordnung einer Betreuung oder auch die Unterbringung des Betroffenen entschieden werden soll, sind für die oben genannte Problematik anfällig, da man zu diesem Zeitpunkt wohl noch die wenigsten Informationen über den Betroffenen hat. Bezüglich der sofortigen Nachholung der Verfahrenspflegerbestellung wird es in der Praxis wohl keine Probleme geben. Allerdings wird der Verfahrenspfleger doch eher selten die Wiederholung der Anhörung verlangen, sodass grundsätzlich, wie oben geschildert, eine ausführliche Begründung durch das Gericht erfolgen müsste. Eine solche Begründung erfolgt jedoch wohl in den seltensten Fällen. Wird die Erforderlichkeit der Verfahrenspflegschaft vom zuständigen Richter allerdings rechtzeitig vor Anhörung erkannt, so findet man, genau wie es das Gesetz und die Rechtsprechung vorsieht, in den Anhörungsprotokollen regelmäßig den Verfahrenspfleger als anwesende Person. Hier sind Theorie und Praxis also weitestgehend kongruent.

Betrachtet man jedoch beispielsweise die in der Betreuung typischen Genehmigungsverfahren, ergibt sich die Problematik einer ohne den

⁴⁴ BGH FamRZ 2018, 705.

⁴⁵ BGH, a.a.O.

Verfahrenspfleger durchgeführten Anhörung des Betroffenen oftmals überhaupt nicht. In der Praxis wird häufig nach dem Prinzip „entweder Anhörung des Betroffenen oder Bestellung eines Verfahrenspflegers“ vorgegangen. Wird also ein Verfahrenspfleger bestellt, kommt es in den häufigsten Fällen gar nicht erst zu einer Anhörung des Betroffenen. Dies wird dann meist damit begründet, dass § 299 S. 1 FamFG nur eine Soll-Vorschrift ist und von der Anhörung nach § 34 Abs. 2 FamFG abgesehen werden kann. Ist jedoch zu prüfen, ob eine Genehmigung nach § 1907 Abs. 1 und 3 BGB erteilt werden kann, besteht hier keine „so einfache Möglichkeit“, sich der Pflicht zur persönlichen Anhörung des Betroffenen zu entziehen. In diesen gesetzlich strengeren Fällen wird jedoch auch in der Praxis auf die Anwesenheit des Verfahrenspflegers bei der Anhörung geachtet.

Zusammenfassend kann zu den obigen Ausführungen also gesagt werden, dass sich in der Praxis im Wesentlichen an das Gesetz gehalten wird, wenn es darum geht, einen bestellten Verfahrenspfleger zur persönlichen Anhörung des Betroffenen hinzuzuziehen. Allerdings wird die Anhörung des Betroffenen an sich in der Praxis oftmals auf die leichte Schulter genommen.

F. Die Erforderlichkeit als Voraussetzung für die Bestellung

I. Allgemeines

Gemäß § 276 Abs. 1 S. 1 FamFG hat das Gericht dem Betroffenen einen Verfahrenspfleger zu bestellen, wenn dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist. Aus dieser Norm geht damit hervor, dass das Gericht vor der Bestellung des Verfahrenspflegers zu prüfen hat, ob diese Verfahrenshandlung auch tatsächlich notwendig ist. Die Erforderlichkeit wird durch zwei Faktoren maßgeblich beeinflusst, einerseits dem Grad der Erkrankung und andererseits der Wichtigkeit des Verfahrensgegenstandes.⁴⁶

Abgesehen von den Verfahren in denen die Erforderlichkeit aktiv geprüft werden muss, gibt es weiterhin auch Fälle, für die das Gesetz im § 276 FamFG Regelbeispiele aufzeigt oder in denen das Gesetz sogar die Bestellung eines Verfahrenspflegers ausdrücklich vorschreibt. Bei Letzterem besteht nicht die Möglichkeit, auf die Verfahrenspflegschaft zu verzichten. Die Erforderlichkeit wird

⁴⁶ BGH BtPrax 2014, 32.

hier unwiderlegbar bejaht und die Bestellung eines Verfahrenspflegers ist damit für den Entscheider im Verfahren zwingend.

II. Zwingende Erforderlichkeit

Wie oben bereits angedeutet, gibt es Fälle, in denen der zuständige Richter keine andere Wahl hat, als einen Verfahrenspfleger zu bestellen, da dies ausdrücklich im Gesetz so vorgeschrieben wird. Auch der Umstand, dass ein Betroffener sich im Verfahren einbringlich äußern und seine Rechte im ausreichenden Maße wahrnehmen kann, tut hier nichts zur Sache. Ein Verzicht auf die Verfahrenspflegschaft ist nicht möglich.

Ein Verfahrenspfleger ist demnach zum einen immer dann zu bestellen, wenn Gegenstand des Verfahrens die betreuungsgerichtliche Genehmigung der Einwilligung des Betreuers in die Sterilisation des Betroffenen nach § 1905 BGB ist, § 297 Abs. 5 FamFG. Hierbei handelt es sich um ein Verfahren, welches sehr schwerwiegende Folgen mit sich bringen kann, weshalb die Voraussetzungen auch genauestens geprüft werden müssen. Die Einwilligung des Betreuers in die Sterilisation kann nur genehmigt werden, wenn der Betroffene nicht einwilligungsfähig ist und dies auch bleibt. Zudem dürfte die Sterilisation dem Willen des Betroffenen nicht widersprechen. Außerdem müsste ohne diesen ärztlichen Eingriff die akute Gefahr bestehen, dass die betroffene Person in naher Zukunft schwanger wird und damit drastische gesundheitliche Risiken einhergehen. Des Weiteren dürften keine anderen, erfolgsversprechenden Möglichkeiten zur Vermeidung dieser Umstände existieren. Es müsste folglich (vorwiegend auch durch den Verfahrenspfleger) geprüft werden, ob es vielleicht anderweitige, mildere Verhütungsmethoden gibt, welche unter Betrachtung der körperlichen und geistigen Möglichkeiten des Betroffenen den gleichen Effekt erzielen. Der Verfahrenspfleger muss aufgrund der erheblichen Folgen sehr genau untersuchen, ob alle Voraussetzungen tatsächlich vorliegen. Hier ist vor allem der persönliche Kontakt zum Betroffenen von großer Bedeutung.⁴⁷

Laut § 1899 Abs. 2 BGB ist in diesem Verfahren immer ein besonderer Betreuer zu bestellen. Ist der Verfahrensgegenstand vorerst nur die Bestellung eines solchen Betreuers und wird dieses Verfahren nicht mit dem Genehmigungsverfahren verbunden, so „gilt § 297 Abs. 5 FamFG noch nicht“.⁴⁸

⁴⁷ Harm, Verfahrenspflegschaft in Betreuungs- und Unterbringungssachen, S. 81.

⁴⁸ Fröschle/Guckles/Jox/Kuhrke/Fischer, § 276 FamFG Rn. 12.

Für das bloße Bestellungsverfahren des besonderen Betreuers ist der Zwang zur Verfahrenspflegschaft folglich nicht relevant.

Der zweite Verfahrensgegenstand, der die Bestellung eines Verfahrenspflegers ausdrücklich fordert, ist die betreuungsgerichtliche Genehmigung der Nichteinwilligung oder des Widerrufs der Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff gemäß § 1904 Abs. 2 BGB. Die jeweilige medizinische Maßnahme müsste aus ärztlicher Sicht erforderlich sein. Eine weitere Voraussetzung ist die drohende Gefahr von schweren und länger anhaltenden gesundheitlichen Schäden bis hin zum Tod bei Abbruch der Behandlung oder bei Verzicht auf die jeweilige Untersuchung oder Behandlung. Verankert ist die zwingende Erforderlichkeit im § 298 Abs. 2 FamFG. Dieser Absatz 2 wurde erst mit dem 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz, welches am 01.09.2009 in Kraft trat, in das Gesetz eingefügt, da es im Vorfeld auf Grund der fehlenden Regelungen zu viele Unsicherheiten gab.⁴⁹

Der Verfahrenspfleger muss hier äußerst genau und kritisch den Willen des Betroffenen ermitteln. Hierbei können wieder frühere Aussagen oder sogar eine Patientenverfügung helfen. Außerdem kann der Verfahrenspfleger die Anhörung eines nahen Angehörigen des Betroffenen vom Gericht verlangen.⁵⁰

III. Regelmäßige Erforderlichkeit gemäß § 276 FamFG

1. Allgemeines

Gemäß § 276 Abs.1 S.2 FamFG gibt es des Weiteren 2 Fälle, in denen das Gesetz die Bestellung eines Verfahrenspflegers zwar grundsätzlich vorsieht, worauf jedoch unter bestimmten Bedingungen im Einzelfall verzichtet werden kann. Es handelt sich hierbei um Regelbeispiele.⁵¹

2. Absehen von der persönlichen Anhörung

Das erste Regelbeispiel ist gegeben, wenn das Gericht nach §§ 278 Abs.4 i.V.m. 34 Abs. 2 FamFG von der persönlichen Anhörung des Betroffenen absehen möchte, da dieser nicht ansprechbar, also nicht anhörungsfähig ist⁵² oder infolge einer Anhörung erhebliche Nachteile für dessen Gesundheit zu besorgen wären. Diese Voraussetzung liegt wohl in den seltensten Fällen tatsächlich vor. Hinzu

⁴⁹ Harm, Verfahrenspflegschaft in Betreuungs – und Unterbringungssachen, S. 64.

⁵⁰ Harm, a.a.O.

⁵¹ Fröschle/Guckes/Jox/Kuhrke/Fischer § 276 FamFG, Rn. 13, Keidel/Budde § 276 FamFG, Rn. 5.

⁵² Keidel/Budde, § 276 FamFG Rn. 6.

kommt, dass dieses Regelbeispiel nur für Verfahren in Frage kommt, für die § 278 FamFG auch gilt. Gemäß § 278 Abs.1 S.1 FamFG zählt darunter beispielsweise das Verfahren zur Bestellung eines Betreuers oder zur Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts. Andere Anhörungspflichten, wie zum Beispiel § 299 S.2 FamFG stehen nicht im Zusammenhang mit § 278 FamFG. Verzichtet das Gericht in solch einem Fall auf die Anhörung, so ist nur § 34 Abs.2 FamFG ohne die Verweisung im § 278 FamFG anzuwenden. Daraus folgt, dass in diesem Fall weder ein ärztliches Gutachten der Entscheidung zugrunde gelegt, noch ein Verfahrenspfleger bestellt werden muss. Natürlich ist das Gericht dann trotzdem gehalten, die Voraussetzungen für die Anordnung einer Verfahrenspflegschaft zu prüfen, nur das Regelbeispiel gilt hier dann nicht.

Des Weiteren ist zu beachten, dass es nicht darauf ankommt, ob letztlich von der Anhörung abgesehen wurde. Der Verfahrenspfleger ist bereits zu bestellen, wenn das Gericht das Absehen von der Anhörung in Erwägung zieht. Der Verfahrenspfleger hat in diesen Verfahren deshalb vor allem zu untersuchen, ob die Bedingungen für das Absehen tatsächlich vorliegen. Stellt der Verfahrenspfleger fest, dass dies nicht der Fall ist, so hat er in seiner Funktion als „Wahrnehmer der objektiven Interessen“ darauf zu drängen, dass die Anhörung des Betroffenen stattfindet.⁵³

3. Bestellung eines Betreuers für alle Angelegenheiten bzw. Aufgabenkreiserweiterung hierauf

Gemäß § 276 Abs. 1 S.2 Nr. 2 FamFG ist ein Verfahrenspfleger zu bestellen, wenn ein Betreuer bestellt und mit allen Angelegenheiten betraut werden soll, eine Aufgabenkreiserweiterung auf alle Angelegenheiten angedacht ist oder die Regelüberprüfung der umfassenden Betreuung stattfindet (Letzteres resultiert aus der Verweisung des § 295 Abs. 1 S.1 FamFG in die Vorschriften für die erstmalige Anordnung.). Darunter zählt jedoch nicht nur der Fall, in dem der Passus „alle Angelegenheiten“ wortwörtlich in den Beschluss aufgenommen wird. Die Vorschrift ist auch dann anzuwenden, wenn nur einzelne Angelegenheiten aufgezählt werden, diese in Summe aber alle wesentlichen Bereiche des Lebens abdecken. Vorrangig gehören zu diesen besonders wichtigen Aufgabenkreisen die Vermögenssorge, die Gesundheitssorge, die Aufenthaltsbestimmung und natürlich die Wohnungsangelegenheiten. Sollten dem Betroffenen einige wenige Lebensbereiche zur selbstständigen Wahrnehmung erhalten bleiben, besteht trotz allem die Pflicht zur Verfahrenspflegerbestellung, wenn die

⁵³ Fröschle/Guckles/Jox/Kuhrke/Fischer, § 276 FamFG Rn. 21.

uneingeschränkte Handlungsfähigkeit in diesen Bereichen dem Betroffenen „in seiner konkreten Lebenssituation keinen nennenswerten eigenverantwortlichen Handlungsspielraum belassen“.⁵⁴ Kann der Betroffene also zumindest noch seine Post selbst öffnen und verwalten, wird ihm diese Befugnis wohl kaum die Möglichkeit geben, sich frei in seinem Leben zu entfalten, wenn er in allen anderen Bereichen durch seinen Betreuer vertreten wird. Folglich soll die Verfahrenspflegerpflicht also nicht durch Weglassen von eher unbedeutenden, kleinen Aufgabenkreisen umgangen werden können.

Des Weiteren ist hier zu beachten, dass es nicht darauf ankommt, für welche Aufgabenkreise der Betreuer letzten Endes tatsächlich bestellt wird, sondern nur, ob eine umfassende Betreuung in allen Bereichen vorher zumindest in Betracht gezogen und die gerichtlichen Ermittlungen entsprechend weit gefasst wurden.⁵⁵ Es genügt hierbei sogar schon, wenn der Sachverständige für das ärztliche Gutachten in einem entsprechend umfangreichen Rahmen beauftragt wurde.⁵⁶

Laut BGH kann auf die Bestellung eines Verfahrenspflegers auch dann nicht verzichtet werden, wenn die Bestellung eines Betreuers für alle Angelegenheiten dem natürlichen Willen des Betroffenen entspricht.⁵⁷

4. Absehen von der Bestellung

Die beiden oben erläuterten Regelbeispiele verpflichten das Gericht zur Anordnung einer Verfahrenspflegschaft. Gemäß § 276 Abs. 2 FamFG wird diese Pflicht jedoch ausgehebelt, wenn ein Interesse des Betroffenen an der Bestellung eines Verfahrenspflegers offensichtlich nicht besteht. Diese Voraussetzung erscheint im ersten Moment eher unwahrscheinlich. Vor allem in Fällen, in denen der Betroffene sich auf Grund seiner Erkrankung/Behinderung nicht oder nicht adäquat äußern kann, ist fraglich, inwiefern das nicht bestehende Interesse an einer Verfahrenspflegschaft für das Gericht offensichtlich sein soll. Allerdings soll diese Norm laut der Gesetzesbegründung genau für die Fälle gelten, in denen der Betroffene zum Beispiel im Koma liegt und sich überhaupt nicht artikulieren kann. Bei der Einführung des 1. BtÄndG wurde § 67 Abs. 1 S. 3 FGG direkt so ins FamFG übernommen.⁵⁸ In der dazugehörigen Begründung wird sodann argumentiert, dass bei dieser Art von Betroffenen die Bestellung eines

⁵⁴ BGH BtPrax 2011, 257.

⁵⁵ BGH BtPrax 2014, 75.

⁵⁶ OLG Zweibrücken FamRZ 2003, 1126.

⁵⁷ BGH BtPrax, 2013, 251.

⁵⁸ BT-Drucksache 16/6308, 266.

Verfahrenspflegers auf Grund fehlender Alternativen zur Betreuung nur formalen Charakter hätte. Der Verfahrenspfleger könnte allenfalls fiktiv das rechtliche Gehör des Betroffenen bezüglich der Auswahl des Betreuers wahrnehmen, da dieser sich auch gegenüber dem Verfahrenspfleger nicht äußern könnte. Zudem könnte hierzu „die Betreuungsbehörde umfassend berichten“.⁵⁹

Diese Ansicht spricht jedoch völlig gegen den Charakter der Verfahrenspflegschaft. Gerade in diesen Situationen sollte doch ein Verfahrenspfleger den Betroffenen im Verfahren unterstützen und seine Rechte wahrnehmen. Schließlich hat auch der Komapatient weiterhin Anspruch auf rechtliches Gehör.

In der Praxis ist die Problematik des § 276 Abs. 2 S.1 FamFG bezüglich des 1. Regelbeispiels eher selten von Bedeutung, da in den Fällen des § 278 FamFG wohl immer entweder eine persönliche Anhörung stattfindet oder ein Verfahrenspfleger hinzugezogen wird. Grund dafür könnte unter anderem auch § 276 Abs. 2 S. 2 FamFG sein, welcher die Begründung der Nichtbestellung verlangt. Wie oben bereits erläutert, dürfte es dem Entscheider in einer solchen Situation eher schwer fallen, seine Entscheidung sinnvoll zu begründen. Schließlich müsste für das Gericht dafür offensichtlich sein, dass ein Betroffener, der nicht angehört werden kann, kein Interesse an einem Verfahrenspfleger hat, welcher ihn in seiner Position stärken und seine Rechte wahrnehmen würde, da er dies selbst aus gesundheitlichen Gründen nicht kann. Im Gegensatz dazu ist es deutlich unkomplizierter, einfach den Betroffenen anzuhören oder ihm eben einen Verfahrenspfleger zu Seite zu stellen.

Bezüglich des zweiten Regelbeispiels könnte es in der Praxis jedoch deutlich häufiger zu Abweichungen vom Gesetz kommen. In den seltensten Fällen wird eine Betreuung wortwörtlich „für alle Angelegenheiten“ angeordnet. Der Fall, dass einzelne Aufgabenkreise insgesamt den Großteil aller Lebensbereiche abdecken, kommt jedoch viel häufiger vor. Hier kann es durchaus vorkommen, dass kein Verfahrenspfleger bestellt wird, obwohl dies streng nach dem Gesetz erforderlich wäre. Grund dafür könnten zum Beispiel verschiedene Rechtsauffassungen bezüglich des Begriffs „alle Angelegenheiten“ sein. Ist man sich als Entscheider über die Pflicht der Anordnung einer Verfahrenspflegschaft infolge dessen nicht bewusst, wird man die Nichtbestellung wohl kaum begründen, sodass sich der Fehler weiter durch das Verfahren zieht und die Endentscheidung letztlich anfechtbar ist.

⁵⁹ BT-Drucksache 13/7158, 36.

IV. Fälle mit notwendiger Erforderlichkeitsprüfung

Liegt im Verfahren weder ein gesetzlicher Fall der unwiderlegbaren, zwingenden Erforderlichkeit, noch eines der gesetzlichen Regelbeispiele vor, so muss die Erforderlichkeit einer Verfahrenspflegschaft aktiv vom Entscheider geprüft werden. Wie unter Punkt F.I. bereits angedeutet, müssen die Bedeutung des Verfahrensgegenstandes und der Grad der Erkrankung des Betroffenen in die Entscheidungsfindung einbezogen werden.⁶⁰ Das Gericht hat dabei „von Fall zu Fall“ unter Beachtung dieser beiden Faktoren zu entscheiden.⁶¹

Wie genau die Prüfung der Erforderlichkeit zu erfolgen hat, ist im Gesetz nicht explizit aufgeführt. Vor allem die Feststellung, inwieweit der Betroffene tatsächlich anhörfähig ist, könnte hier problematisch sein.

In der Praxis werden Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit einer Verfahrenspflegschaft wohl vorrangig in dem medizinischen Gutachten, welches gemäß § 280 FamFG einzuholen ist, gesucht. Rechtspfleger wiederum können in auch auf frühere Anhörungsprotokolle des Richters zurückgreifen. Je nachdem wie ausführlich diese Protokolle geführt wurden, können daraus bereits Erkenntnisse über den gesundheitlichen Zustand des Betroffenen, dessen Fähigkeit, sich zu artikulieren und Dinge zu verstehen, gewonnen werden. Wurde zuvor zum Beispiel ein Demenzpatient angehört, der schon in dieser Anhörung keine klaren Sätze mehr formulieren und Fragen nicht verstehen konnte oder wohnte diesem Termin bereits ein Verfahrenspfleger bei, so ist anzunehmen, dass auch zum jetzigen Zeitpunkt die Bestellung eines Verfahrenspflegers notwendig ist. Kann jedoch trotz der intensiven Aktenrecherche nicht eindeutig festgestellt werden, ob die Erforderlichkeit vorliegt, so wird in der Praxis im Zweifel immer ein Verfahrenspfleger bestellt, was zu der großen Menge an Verfahrenspflegschaften führt.

Es kann jedoch gesagt werden, dass ein Verfahrenspfleger bereits immer dann zu bestellen ist, wenn der Betroffene einen Teil seiner Verfahrensfähigkeit nicht wahrnehmen kann, also zum Beispiel dann, *„wenn der Betroffene schwer ansprechbar ist, sich zur beabsichtigten Betreuerbestellung bzw. der Betreuerauswahl nicht äußern kann“*⁶² oder der Betroffene schon zu einer freien Willensbildung nicht mehr fähig ist.

⁶⁰ BGH BtPrax 2014, 32.

⁶¹ Fröschle/Guckes/Jox/Kuhrke/Fischer § 276 FamFG, Rn.22, OLG Köln FamRZ 2003, 171.

⁶² Keidel/Budde, § 276 FamFG Rn. 3; BGH BtPrax 2013, 205.

V. Ausnahmefall – keine Bestellung trotz vorliegender Voraussetzungen

Obwohl in einem Betreuungsverfahren alle Voraussetzungen für eine Verfahrenspflegschaft vorliegen, ist ausnahmsweise gemäß § 276 Abs. 4 FamFG kein Verfahrenspfleger zu bestellen, wenn der Betroffene bereits durch einen Rechtsanwalt oder einen anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten vertreten wird. Sollte der Betroffene sich erst im Laufe des Verfahrens für einen Verfahrensbevollmächtigten entscheiden, ist ein bereits bestellter Verfahrenspfleger zu entlassen und die Verfahrenspflegschaft ist aufzuheben. Die Bevollmächtigung eines Verfahrensbevollmächtigten ist für den Betroffenen unproblematisch möglich, da er in jedem Fall gemäß § 275 FamFG verfahrensfähig ist.⁶³ Der Betroffene hat damit die Möglichkeit, „sich selbst zu helfen“, wenn er allein nicht in der Lage ist, seine Rechte im Verfahren in ausreichender Form wahrzunehmen. Nutzt er diese Möglichkeit und wird sodann von einer geeigneten Person vertreten, ist die Erforderlichkeit für eine Verfahrenspflegschaft nicht mehr gegeben.

Allerdings handelt es sich bei dieser Vorschrift, nicht unbegründet, nur um eine Soll-Vorschrift. Denn in bestimmten Fällen, soll das Betreuungsgericht trotz der Existenz eines Verfahrensbevollmächtigten die Option haben, zusätzlich einen Verfahrenspfleger zu bestellen. Diese Möglichkeit sollte zum Beispiel dann genutzt werden, wenn der Verfahrensbevollmächtigte zur Vertretung des Betroffenen gar nicht geeignet ist. Bei Rechtsanwälten liegt die Geeignetheit wohl im Regelfall vor. Ist jedoch eine sonstige Person Verfahrensbevollmächtigter, sollte die Geeignetheit hierzu vom Gericht genauer geprüft werden. Ein Verfahrenspfleger ist des Weiteren auch dann zu bestellen, wenn die Verfahrensvollmacht nicht ausreichend nachgewiesen wurde oder „*der Verfahrensbevollmächtigte zugleich – oder ausschließlich die Interessen eines anderen Beteiligten verfolgt*“.⁶⁴ Hier sind die gleichen Maßstäbe wie bei der Auswahl eines Verfahrenspflegers selbst anzusetzen (siehe G. II. 1.). Erhält das Betreuungsgericht Kenntnis von derartigen Interessenkonflikten des Verfahrensbevollmächtigten, so ist die Bestellung eines Verfahrenspflegers sofort nachzuholen. Gleiches gilt im Übrigen auch dann, wenn der Verfahrensbevollmächtigte auf Grund fehlender Vertretungsbefugnis gemäß § 10

⁶³ Fröschle/Guckles/Jox/Kuhrke/Fischer § 276 FamFG, Rn.28.

⁶⁴ KG FGPrax 2004, 117.

Abs. 2 FamFG durch das Gericht nach § 10 Abs. 3 FamFG zurückgewiesen wird.⁶⁵

Ein Sonderfall des § 276 Abs. IV FamFG ist die Vertretung durch einen beigeordneten Rechtsanwalt im Rahmen der Verfahrenskostenhilfe. Liegen die Voraussetzungen für Verfahrenskostenhilfe gemäß §§ 76, 78 Abs. 2 FamFG vor, hat der Betroffene folglich Anspruch auf entsprechende Bewilligung und Beiordnung eines Rechtsanwalts. Dies erscheint aus Sicht der Staatskasse natürlich eher nachteilig, da diese die deutlich höheren Kosten für den beigeordneten Rechtsanwalt vorerst übernehmen muss. Allerdings kann dies kein Grund für die Versagung der Verfahrenskostenhilfe sein, vor allem da die Verfahrenspflegschaft nicht die günstigere Variante zur Beiordnung darstellt. Bereits die jeweiligen Rechtsstellungen unterscheiden sich hier deutlich. Während der beigeordnete Rechtsanwalt einzig und allein die Interessen des Betroffenen wahrnimmt und diesem direkt als Vertreter zugeordnet ist, nimmt der Verfahrenspfleger eine eigene Stellung im Verfahren ein und hat, wie unter Punkt D. bereits erläutert, vor allem die objektiven Interessen des Betroffenen zu vertreten.⁶⁶

In diesem Punkt weisen Praxis und Theorie keine auffälligen Unterschiede auf. Allerdings wird in der Praxis auch eher selten ein Prozessbevollmächtigter vom Betroffenen in das Verfahren eingeführt. Dies fordert rein praktisch zumindest eine gewisse Kenntnis über die eigenen Möglichkeiten und Rechte und auch eine entsprechende körperliche Fähigkeit, sodass diese Option für viele „typische“ betreute Personen gar nicht in Frage kommt (z.B. Komapatienten oder stark geistig Behinderte). In Fällen, in denen der Betroffene jedoch tatsächlich durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt im Verfahren vertreten wird, halten sich auch die Praktiker nah am Gesetz. Es wird sodann also nur im Ausnahmefall (wie oben erläutert) ein Verfahrenspfleger bestellt.

G. Formales Verfahren

I. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit für die Bestellung eines Verfahrenspflegers im Betreuungsverfahren richtet sich nach dem jeweiligen Verfahrensgegenstand. Ist im vorliegenden Verfahren überhaupt erst eine Betreuung anzuordnen und ein Betreuer zu bestellen, so ist der Richter auch für die Bestellung des

⁶⁵ Fröschle/Guckes/Jox/Kuhrke/Fischer § 276 FamFG, Rn. 29.

⁶⁶ Keidel/Budde § 276 FamFG, Rn. 14.

Verfahrenspflegers zuständig. Auch die Verfahrenspflegerbestellung bei Genehmigungsverfahren, welche mit freiheitsentziehenden Maßnahmen oder schweren ärztlichen Eingriffen verbunden sind, ist Richterzuständigkeit.

Der Rechtspfleger ist für die Bestellung des Verfahrenspflegers in den Fällen zuständig, in denen er im Allgemeinen dann auch für die Endentscheidung zuständig ist. Diese Zuständigkeit wird durch §§ 3 Nr. 2 b, 15 RPfIG abschließend geregelt. So kann der Rechtspfleger zum Beispiel in Genehmigungsverfahren, die das Vermögen des Betroffenen betreffen oder auch im Verfahren der Vergütungsfestsetzung des Betreuers die Verfahrenspflegschaft anordnen.

II. Auswahl der Person des Verfahrenspflegers

1. Geeignetheit/ Anforderungen/ Qualifikation

In der für die Verfahrenspflegschaft zentralen Norm im FamFG finden sich keine eindeutigen Angaben zur Geeignetheit eines Verfahrenspflegers. Besondere Eigenschaften oder Qualifikationen, die ein Verfahrenspfleger haben sollte, sind dort nicht definiert. Das Gericht muss daher im „*pflichtgemäßen Ermessen*“ über die Person des Verfahrenspflegers entscheiden.⁶⁷ Sowohl in der Theorie, als auch in der Praxis werden jedoch die gleichen Maßstäbe gesetzt, wie bei der Auswahl eines Betreuers nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Es könnte also grundsätzlich erst einmal jede natürliche Person als Verfahrenspfleger bestellt werden, so wie es § 1897 Abs. 1 S. 1 BGB auch für die Bestellung eines Betreuers regelt. Dies schließt eine Verfahrenspflegschaft durch eine juristische Person auf den ersten Blick aus. Des Weiteren sind weder Minderjährige, noch Geschäftsunfähige oder Personen, welche selbst unter Betreuung stehen, zur Bekleidung des Amtes als Betreuer oder Verfahrenspfleger geeignet.⁶⁸ Fraglich wäre an dieser Stelle nun, ob auch Mitarbeiter von Betreuungsvereinen oder auch Betreuungsvereine selbst zum Verfahrenspfleger bestellt werden können. Bei dem Vereinsmitarbeiter als natürliche Person scheint dies unzweifelhaft der Fall zu sein. Ob der Verein selbst jedoch Verfahrenspfleger sein kann, war vor der Reform des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit sehr umstritten, da dieser aufgrund der Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuches eine juristische Person ist. Dieser Meinungsstreit wurde jedoch alsbald mit dem FamFG aus dem Weg geschafft.

⁶⁷ Keidel/ Budde, § 276 Rn. 16.

⁶⁸ Dodegge / Roth, Teil A, Rn. 141.

Gemäß § 277 Abs. 1 S. 3 FamFG kann ein Verein nun zweifelsfrei als Verfahrenspfleger eingesetzt werden. Er bekommt jedoch keinen Aufwendungsersatz. Gleiches gilt sowohl für eine Behörde als Verfahrenspfleger, als auch nach § 277 Abs. 4 S. 3 FamFG für einen Mitarbeiter der Betreuungsbehörde. Laut Keidel/Budde sollte auf die Bestellung der Betreuungsbehörde oder ihrer Mitarbeiter allerdings verzichtet werden, „um auch nur den Anschein zu vermeiden, dass die Wahrnehmung der Aufgaben des Verfahrenspflegers nicht mit der gebotenen Neutralität erfolgt.“⁶⁹ Nicht zuletzt sollte natürlich auch darauf geachtet werden, dass der Verfahrenspfleger keine eigenen Interessen in dem Verfahren verfolgt, in dem er tätig werden soll. Im Hinblick auf diese möglichen Interessensgegensätze ist die Bestellung des Betreuers zum Verfahrenspfleger völlig ausgeschlossen.⁷⁰

2. Vorzug des ehrenamtlichen Verfahrenspflegers

Sollten bei der Auswahl einer geeigneten Person nach Prüfung der unter Punkt 1 genannten Kriterien und Anforderungen mehrere Personen als Verfahrenspfleger zur Auswahl stehen, ist in der Theorie einem ehrenamtlichen Verfahrenspfleger grundsätzlich nach § 276 Abs. 3 FamFG der Vortritt zu lassen. Diese Norm bildet damit im FamFG das Pendant zum § 1897 Abs. 6 BGB, welcher das Gleiche für die Auswahl eines Betreuers regelt. Des Weiteren sollte vor allem dann bevorzugt ein naher Angehöriger des Betreuten zum ehrenamtlichen Verfahrenspfleger bestellt werden, wenn es in dem Verfahren darum geht, „zwischen dem Gericht und Betroffenen zu vermitteln“⁷¹ und keine juristischen, psychiatrischen, pädagogischen oder psychologischen Sonderkenntnisse erforderlich sind.⁷²

In diesem Punkt gibt es jedoch große Unterschiede zwischen dem geschriebenen Gesetz und der gängigen Praxis. In den Jahren 2013 – 2015 waren die Verfahrenspfleger in ca. 64 % der Fälle Anwälte. Die verbleibenden etwa 36 % der Verfahrenspfleger übten hingegen andere Berufe aus.⁷³ Allerdings verband all diese Verfahrenspfleger, welche im Jahr 2016 bestellt wurden, eine Gemeinsamkeit: die Berufsmäßigkeit. Ehrenamtliche Verfahrenspfleger wurden in der Statistik nicht einmal erfasst. Dies zeigt deutlich, wie wenig sich die

⁶⁹ Keidel/ Budde, § 276, Rn. 18.

⁷⁰ BayObLG, B.v. 27.01.1994, 3Z BR 303/93, FamRZ 1994, 780.

⁷¹ Dodegge/ Roth, Teil A, Rn. 141

⁷² Firsching/Dodegge Rn. 417

⁷³ Deinert, BtPrax 6/2016, 218.

Praktiker an den Grundsatz „Ehrenamt vor Berufsmäßigkeit“ halten und wie oft tatsächlich berufsmäßige Verfahrenspfleger bestellt werden.

Dies könnte zum einen daran liegen, dass es sehr wenige Personen gibt, die ehrenamtlich als Verfahrenspfleger fungieren würden und zugleich nicht zum engsten Kreis der Angehörigen des Betroffenen gehören. Vor allem Letzteres wäre in vielen Verfahren erforderlich, da es innerhalb der Familie oft zu Interessenkonflikten kommen kann, insbesondere dann, wenn der Betreuer bereits ein naher Verwandter ist. Das Betreuungsgericht ist bei der Vielzahl an Verfahren außerdem gar nicht in der Lage, sich einen für die Entscheidung ausreichenden Einblick in die Familienverhältnisse zu verschaffen, um sodann zu entscheiden, wer für die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen als Verfahrenspfleger wirklich geeignet ist.

Zudem ist die Funktion beziehungsweise die Aufgabe eines Verfahrenspflegers für eine Person ohne juristische Vorkenntnisse in diesem Bereich schwer zu verstehen. Nicht selten erkundigen sich Familienmitglieder des Betroffenen nach der Bestellung eines Verfahrenspflegers, wozu dieser in das Verfahren einbezogen wurde. Trotz entsprechenden Ausführungen zum Thema, kann der „normale“ Bürger die Rolle des Verfahrenspflegers oft nicht vollständig nachvollziehen, geschweige denn diese Rolle selbst übernehmen.

Auffallend ist bei Betrachtung der Statistik zudem der hohe Anteil von Rechtsanwälten, welche in der Praxis zum Verfahrenspfleger bestellt werden. Hierzu äußern sich Rechtsprechung und Literatur gleichermaßen. Ein Rechtsanwalt ist eigentlich nur dann als Verfahrenspfleger zu bestellen, wenn die Tätigkeiten in dem jeweiligen Verfahren besondere Rechtskenntnisse erfordert.⁷⁴ Ob eine besondere Rechtskunde in über 60 % der Fälle tatsächlich erforderlich ist, kann wohl bezweifelt werden. Allerdings erscheint es auch nachvollziehbar, dass die Praxis bei der Auswahl von Verfahrenspflegern gern immer wieder auf altbewährte und dem Gericht bekannte Rechtsanwälte zurück greift, da diese zum einen die juristischen Zusammenhänge und ihre Aufgabe als Verfahrenspfleger kennen und neutral, ohne Interessenskonflikte ihre Tätigkeit ausüben können. Des Weiteren erspart diese Verfahrensweise dem Praktiker natürlich auch eine gesonderte Geeignetheitsprüfung, da der Rechtsanwalt die Grundanforderungen eines Verfahrenspflegers erfüllt und es ihm auf Grund

⁷⁴ Keidel/ Budde, §276 FamFG, Rn. 17.

seiner juristischen Vorkenntnisse im Zweifel möglich ist, die Lage bei unerwarteten rechtlichen Schwierigkeiten richtig einzuschätzen.

Letztendlich ist die nicht ganz gesetzeskonforme Verfahrensweise der Praxis aus den oben genannten Gründen wohl zumindest nachvollziehbar. Die Bestellung eines dem Gericht unbekanntem, ehrenamtlichen Verfahrenspflegers erfordert eben eine ausführlichere Prüfung und birgt trotzdem einige Risiken, die auf Grund des fehlenden Einblicks in die Familienverhältnisse zuvor einfach nicht erkannt werden können.

III. Die Entscheidung

Ist durch den zuständigen Rechtspfleger oder Richter nunmehr eine geeignete Person ausgewählt worden, ist sodann über die Bestellung zum Verfahrenspfleger entsprechend zu entscheiden. In welcher Form diese Entscheidung verfasst werden muss, wurde im Gesetz nicht explizit geregelt. Eine besondere Form ist daher nicht erforderlich. Der Verfahrenspfleger kann folglich sogar mit einer bloßen Verfügung, einem Aktenvermerk⁷⁵ oder auch durch die Aufführung im Rubrum in einem Beschluss bestellt⁷⁶ werden. Des Weiteren kann die Bestellung auch in der Niederschrift einer Anhörung gesehen werden, wenn in dieser *„dokumentiert wird, eine Person habe als Verfahrenspfleger des Betroffenen an dem Termin teilgenommen.“*⁷⁷ Anderer Ansicht ist hier jedoch das Oberlandesgericht Naumburg⁷⁸, das in seinem Beschluss vom 06.07.2007 die Bezeichnung als Verfahrenspfleger im Anhörungsprotokoll nicht als Verfahrenspflegerbestellung akzeptierte, sondern erst den späteren Bestellungsbeschluss. Obwohl das Gesetz für diese eher strenge Sichtweise keine Anhaltspunkte bietet, ist die Bestellung des Verfahrenspflegers durch entsprechenden Beschluss in der Praxis sehr verbreitet. Dies ist vor allem bei der Bestellung eines berufsmäßigen Verfahrenspflegers auch ratsam, da die Berufsmäßigkeit gemäß §§ 277 Abs. 2 S. 1 FamFG, 1836 Abs. 1 S. 2 BGB aus vergütungsrelevanten Gründen bei der Bestellung festgestellt werden muss.⁷⁹ Zudem erleichtert ein eindeutiger Bestellungsbeschluss natürlich auch die Arbeit im Verfahren. Durch einen Beschluss ist für jeden sofort erkennbar, wer wann für welches besondere

⁷⁵ Harm, Verfahrenspflegschaft in Betreuungs- und Unterbringungssachen, S. 22.

⁷⁶ BGH BtPrax 2001,30.

⁷⁷ Keidel/Budde, § 276, Rn. 22.

⁷⁸ OLG Naumburg, FamRZ 2008, 186.

⁷⁹ Vgl. auch Fröschle/Guckes/Jox/Kuhrke/Fischer, § 276 FamFG Rn. 31.

Verfahren zum Verfahrenspfleger bestellt wurde. Bloße Aktenvermerke oder Erwähnungen in Anhörungsprotokollen könnten leicht übersehen oder, wie der Beschluss vom Oberlandesgericht Naumburg zeigt, gar nicht als wirksame Bestellung angesehen werden.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass Theorie und Praxis auch in diesem Punkt auseinander fallen. Allerdings bietet das Gesetz mit der Abwesenheit einer näheren Regelung zur Form der Bestellungsentscheidung natürlich nicht nur die Möglichkeit einer formlosen Bestellung, sondern eben auch die Bestellung durch Beschlussfassung. In der Praxis entscheidet man sich hierbei einfach meist für die praktikablere und eindeutigere Lösung.

IV. Beginn des Amtes

Für die Wirksamkeit der Bestellung kommt es nicht darauf an, ob diese nun mittels eines Aktenvermerks oder durch Beschlussfassung erfolgt. Wichtig für den Zeitpunkt des Beginns der Tätigkeit ist allein die Bekanntgabe an den bestellten Verfahrenspfleger nach § 40 Abs. 1 FamFG. Die von den Praktikern am häufigsten genutzte Methode zur Bekanntgabe der Entscheidung ist die Versendung des Beschlusses an den bestellten Verfahrenspfleger mit Empfangsbekanntnis. So kann der Zeitpunkt des Eintritts des Verfahrenspflegers in das Verfahren genau bestimmt werden. Die Kenntnis über den Anfangszeitpunkt der Verfahrenspflegschaft ist spätestens bei der Vergütung des Verfahrenspflegers von Bedeutung, da Tätigkeiten, welche vor der offiziellen Bekanntgabe ausgeführt wurden, nicht als Verfahrenspflegertätigkeiten abgerechnet werden können. Entgegen der gängigen Praxis ist jedoch auch eine (fern-)mündliche Bekanntgabe an den Verfahrenspfleger möglich.⁸⁰

V. Die Anfechtbarkeit der Entscheidung

1. Rechtsmittel gegen die Bestellung

In diesem Punkt hat der Gesetzgeber nach langjähriger Rechtsprechung nun auch im Gesetz eine eindeutige Regelung geschaffen. Laut § 276 Abs. 6 FamFG ist die Bestellung eines Verfahrenspflegers nicht selbstständig anfechtbar. Dies erscheint im ersten Moment sehr ungewöhnlich, da ein Beteiligter in einem Verfahren grundsätzlich immer die Möglichkeit haben sollte, sich gegen eine

⁸⁰ *Jurgeleit*, §276 FamFG, Rn. 10.

Entscheidung, die ihn benachteiligt, zur Wehr zu setzen. Die neue Gesetzgebung wurde damit begründet, dass die Bestellung eines Verfahrenspflegers nicht soweit in die Rechtssphäre des Betroffenen eingreift, dass in diesem Fall eine selbstständige Anfechtbarkeit notwendig wäre.⁸¹ Diese Ansicht wurde auch darauf gestützt, dass es sich bei der Bestellung eines Verfahrenspflegers nur um eine die Endentscheidung vorbereitende Zwischenentscheidung handelt. Das zentrale Rechtsmittel für Entscheidungen in Familiensachen oder Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Beschwerde nach § 58 FamFG. Im Absatz 1 dieser Norm wird jedoch bezüglich der Statthaftigkeit des Rechtsmittels eindeutig von Endentscheidungen gesprochen. Eine Zwischenentscheidung, wie die Bestellung des Verfahrenspflegers, ist folglich schon deswegen nicht mit der Beschwerde anfechtbar.

Eine absolute Unanfechtbarkeit liegt in bestimmten Fällen jedoch nicht vor. Denn gemäß § 11 Abs. 2 RPfIG kann gegen die Bestellung eines Verfahrenspflegers dann die Erinnerung eingelegt werden, wenn die Entscheidung über die Anordnung der Verfahrenspflegschaft durch den Rechtspfleger erfolgte und nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Regelungen kein anderes Rechtsmittel eingelegt werden kann. Über die Erinnerung entscheidet sodann der Richter abschließend. Die Bestellung durch den Richter ist nicht angreifbar.

Wie oben bereits kurz angedeutet, ging der Regelung des § 276 Abs. 6 FamFG bezüglich der Bestellung eines Verfahrenspflegers eine andauernde und höchstrichterliche Rechtsprechung voraus, welche die herrschende Meinung über die Unanfechtbarkeit der Bestellung eines Verfahrenspflegers vertrat.⁸² Dabei wurde vor allem argumentiert, dass der Betroffene trotz des Verfahrenspflegers weiterhin verfahrensfähig ist (früher gemäß § 66 FGG, heute gemäß § 275 FamFG) und folglich auch am Verfahren teil nehmen und sich äußern kann. Ist die Bestellung eines Verfahrenspflegers in einem Verfahren nur auf Grund einer nicht gegebenen Erforderlichkeit fehlerhaft, so liegt schlimmstenfalls ein „Zuviel an rechtlichem Gehör“ vor, was jedoch grundsätzlich unschädlich ist.⁸³ Gegner dieser Ansicht gaben jedoch zu bedenken, dass ein Verfahrenspfleger unweigerlich tiefe Einblicke in die persönlichen, gesundheitlichen und auch wirtschaftlichen Umstände des Betreuten erhält. Darin sei durchaus ein Eingriff in die persönliche Sphäre des Betroffenen zu

⁸¹ BT-Drs., 16/6308, S. 266.

⁸² BGH BtPrax 2003, 266; BayObLG FamRZ 2000, 249; OLG Frankfurt BtPrax 2001, 207; OLG Stuttgart FamRZ 2001, 39.

⁸³ Fröschle/Guckles/Jox/Kuhrke/Fischer, § 276 FamFG, Rn. 33.

sehen, was die Möglichkeit der selbstständigen Anfechtbarkeit rechtfertigen würde.⁸⁴ Der BGH entgegnete dazu, dass bereits die Einleitung des Betreuungsverfahrens, welche ebenfalls nicht anfechtbar ist, einen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre darstellt und dass die Bestellung eines Verfahrenspflegers sodann nicht mehr mit einem Einschnitt in die Rechte des Betroffenen verbunden sei.⁸⁵ Bis zur Reform des Verfahrensrechts und der damit einhergehenden Festlegung im § 276 Abs. 6 FamFG hielt sich die andere Ansicht jedoch vor allem in der Literatur hartnäckig.

Auf Grund der eindeutigen Regelung gibt es in dieser Hinsicht heute keine Uneinigkeit mehr.

2. Rechtsmittel bei rechtswidriger Nichtbestellung oder Aufhebung

Auch hier gilt der § 276 Abs. 6 FamFG, der nicht nur die Unanfechtbarkeit für die Bestellung eines Verfahrenspflegers, sondern auch für die Nichtbestellung oder Aufhebung einer bestehenden Verfahrenspflegschaft regelt. Vor dem Inkrafttreten dieser Regelung gab es bezüglich der Ablehnung bzw. Aufhebung der Verfahrenspflegschaft jedoch keine gefestigte Rechtsprechung, wie bei der Bestellung eines Verfahrenspflegers. Trotzdem hat sich der Gesetzgeber aufgrund der Gleichartigkeit dieser 3 Entscheidungsmöglichkeiten für eine einheitliche Regelung entschieden. Wie oben bereits für die Bestellung erläutert, handelt es sich auch bei der Ablehnung und der Aufhebung der Verfahrenspflegschaft um Zwischenentscheidungen. Des Weiteren kann die Gefahr eines zu weit reichenden Eingriffs in die persönliche Sphäre des Betroffenen wohl vor allem bei den beiden Negativ-Entscheidungen ausgeschlossen werden.

VI. Beendigung des Amtes

Wie unter Punkt IV. bereits festgestellt, beginnt das Amt des Verfahrenspflegers immer mit der Bekanntgabe der Entscheidung über die Bestellung an diesen. Bezüglich der Beendigung des Verfahrens gibt es jedoch verschiedene Möglichkeiten. § 276 Abs. 5 FamFG enthält drei der Möglichkeiten. Zum einen endet die Verfahrenspflegschaft mit der Rechtskraft der Endentscheidung im Verfahren. Solche Endentscheidungen können zum Beispiel die Anordnung der Betreuung und die Bestellung eines Betreuers, die Erteilung oder Versagung

⁸⁴ OLG Köln FamRZ 2000, 492.

⁸⁵ BGH BtPrax, 2003,266.

einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung oder auch die Entscheidung über eine Aufgabenkreiserweiterung oder eines Einwilligungsvorbehalts sein. Letztlich kommt es dann darauf an, für welches Verfahren der Verfahrenspfleger explizit bestellt worden ist. Da der Verfahrenspfleger befugt ist, im Verfahren Rechtsmittel einzulegen, kann die Verfahrenspflegschaft auch durch die Rücknahme des Rechtsmittels enden. Gleiches gilt für die Rücknahme eines Antrags (z.B. wenn ein Antrag auf betreuungsgerichtliche Genehmigung zurückgenommen wird und für dieses Verfahren ein Verfahrenspfleger bestellt wurde).

Die Verfahrenspflegschaft endet außerdem auch dann, wenn das Verfahren auf eine sonstige Art und Weise endet. Hierzu zählt auch der Tod des Betroffenen.

Zudem kann die Verfahrenspflegschaft auch vor der Endentscheidung im Verfahren durch das Betreuungsgericht aufgehoben werden. Die Aufhebung erfolgt immer dann, wenn die Voraussetzungen für eine Verfahrenspflegschaft weg gefallen sind. Dies könnte zum Beispiel der Fall sein, wenn vom Betroffenen ein geeigneter Verfahrensbevollmächtigter beauftragt wurde. Ein weiterer Grund für die Aufhebung könnte jedoch auch die Verbesserung des Gesundheitszustands des Betroffenen sein, so zum Beispiel das Erwachen aus dem Koma oder das Wiedererlangen des Sprachvermögens. Hier sollte die Aufhebung allerdings nur dann erfolgen, wenn der Betroffene seine Rechte tatsächlich wieder selbst wahrnehmen kann.

Ein Unterschied zur Aufhebung bildet die Entlassung wegen Ungeeignetheit des Verfahrenspflegers. In diesem Fall wird der ungeeignete Verfahrenspfleger, ohne dass die Verfahrenspflegschaft vollständig aufgehoben wird, aus seinem Amt entlassen und ein neuer Verfahrenspfleger wird bestellt.

Auch in diesem Punkt ist das Gesetz so eindeutig, dass die Handhabung in der Praxis nur in den wenigstens Fällen mit der Theorie kollidiert. In der Praxis wird die Verfahrenspflegschaft in den häufigsten Fällen wohl durch die Endentscheidung im Verfahren beendet. Eine Ausnahme bildet hier jedoch oftmals das Vergütungsfestsetzungsverfahren. Ist der Betroffene vermögend gemäß §§ 1908 i i.V.m. 1836c, 1836d BGB, so muss dieser die Vergütung des Betreuers aus dem eigenen Vermögen zahlen. Bevor das Gericht die Vergütung eines Betreuers festsetzt, hat es den Betroffenen jedoch erst zu dem entsprechenden Antrag anzuhören. Dies erfolgt in der Praxis auf Grund der Vielzahl der Vergütungsanträge in den verschiedenen Verfahren schriftlich. Sollte

sich der Betroffene hierzu nicht (adäquat) äußern können, ist natürlich auch hier ein Verfahrenspfleger zu bestellen, welcher den Vergütungsantrag und dessen Kriterien noch einmal prüft. Die Festsetzung der Vergütung ist in einem solchen Verfahren die Endentscheidung und die Verfahrenspflegschaft wäre damit beendet. Dies würde jedoch bedeuten, dass der zuständige Rechtspfleger auf Grund der vielen Verfahren und der nicht seltenen quartalsweisen Abrechnung der Betreuer „pausenlos“ neue Verfahrenspflegschaften anordnen müsste.

In der Praxis wird in diesen Verfahren jedoch nicht alle 3 Monate ein Verfahrenspfleger per Beschluss neu bestellt, sondern dieser meist ohne sonstige vorherige Verfahrenshandlungen einfach schriftlich zum aktuellen Vergütungsantrag angehört. Die Verfahrenspflegschaft wird dabei so behandelt, als würde sie solange fortwähren, bis die Betreuung irgendwann endet oder der Betreute nicht mehr vermögend ist.

H. Der Verfahrenspfleger im Verfahren der einstweiligen Anordnung nach § 300 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 FamFG

In Verfahren, in denen besondere Eile geboten ist, kann das Gericht eine einstweilige Anordnung gemäß § 300 FamFG erlassen. In einem solchen Verfahren kann sodann für den Zeitraum von bis zu 6 Monaten ein vorläufiger Betreuer bestellt oder ein vorläufiger Einwilligungsvorbehalt angeordnet werden, §§ 300 Abs.1, 301, 302 FamFG. Gemäß § 300 Abs.2 FamFG ist jedoch auch die Entlassung eines Betreuers im Eilverfahren möglich, wenn Grund zur Annahme besteht, dass die Voraussetzungen für die Entlassung vorliegen und ein schnelles Tätigwerden erforderlich ist.

Auch in solchen Fällen spielt der Verfahrenspfleger eine wichtige Rolle. Gemäß § 300 Abs.1 S.1 Nr. 3 FamFG kann eine einstweilige Anordnung grundsätzlich nur dann erfolgen, wenn bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 276 FamFG zuvor ein Verfahrenspfleger bestellt und angehört worden ist.

Eine Ausnahme hiervon bildet der § 301 FamFG, welcher dem Gericht die Möglichkeit eröffnet, die einstweilige Anordnung gegebenenfalls doch vor der Bestellung und Anhörung eines Verfahrenspflegers zu erlassen, wenn im vorliegenden Verfahren Gefahr im Verzug ist. Dies wäre der Fall, wenn dem Betroffenen infolge des Aufschubs der Betreuerbestellung (bzw. der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts oder der Betreuerentlassung) aufgrund der vorherigen Vornahme der Verfahrenshandlungen nach § 300 Abs.1 S.1 Nr. 3 FamFG erhebliche Nachteile entstehen würden. Diese besondere Dringlichkeit

muss glaubhaft gemacht werden.⁸⁶ Liegt ein Patient im Koma oder ist aus sonstigen Gründen nicht bei Bewusstsein und sein Gesundheitszustand erfordert dringend entsprechende ärztliche Maßnahmen, in die jedoch eingewilligt werden muss, dann muss das Gericht schnell handeln. Oft bleibt keine Zeit, erst noch einen Verfahrenspfleger zu bestellen und diesen anzuhören. Der Richter kann infolge des § 301 FamFG sofort durch Beschluss einen Betreuer bestellen und die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses anordnen. Der Beschluss gelangt dann in die Geschäftsstelle, wo er z.B. direkt ins Krankenhaus gefaxt werden kann.

Gemäß § 301 Abs.1 S.2 FamFG sind die Verfahrenshandlungen jedoch nur zeitlich aufgeschoben. Ein völliger Verzicht ist nicht möglich. Die Bestellung des Verfahrenspflegers und dessen Anhörung sind unverzüglich nachzuholen.⁸⁷ Beachtet das Betreuungsgericht diese strikte Nachholungspflicht nicht, so liegt ein Verfahrensfehler vor und die einstweilige Anordnung muss im Wege der Abhilfe aufgehoben werden, wenn Beschwerde gegen die Entscheidung eingelegt wurde.⁸⁸

Auch der Verfahrenspfleger muss in den Eilverfahren nach § 300 FamFG natürlich schnell reagieren. Er hat hier vor allem die Aufgabe, zu prüfen, ob alle Voraussetzungen für eine einstweilige Anordnung auch tatsächlich vorliegen, also zum Beispiel ob ein „*aussagekräftiges Zeugnis* (über den Gesundheitszustand des Betroffenen nach § 300 Abs.1 S.1 Nr.2 FamFG) *vorliegt*“.⁸⁹ Zudem sollte der Verfahrenspfleger untersuchen, ob es vielleicht Alternativen zu der einstweiligen Maßnahme gibt, die vorrangig ergriffen werden sollten. In den Verfahren, in denen die Verfahrenshandlungen nach §301 Abs. 1 S.2 FamFG erst nachgeholt werden müssen, sollte der Verfahrenspfleger neben seinen sonstigen Aufgaben vor allem darauf achten, dass die Anhörung des Betroffenen und seine eigene vom Gericht nachgeholt werden. Außerdem hat er zu überprüfen, ob tatsächlich Gefahr im Verzug war, welche den Verzicht auf die vorherige Vornahme der Verfahrenshandlungen rechtfertigte.⁹⁰

Theorie und Praxis kollidieren auch hier eher weniger. Das Gesetz regelt die Vorgehensweise bei einer einstweiligen Anordnung sehr deutlich, sodass es im formalen Verfahren kaum zu Unsicherheiten kommen kann.

⁸⁶ Fröschle/*Guckes/Jox/Kuhrke/Fischer*, § 301 FamFG, Rn. 2.

⁸⁷ OLG Zweibrücken, BtPrax 2003, 80.

⁸⁸ LG Kleve BtPrax 2014, 143.

⁸⁹ *Jurgeleit*, § 300 FamFG, Rn. 34.

⁹⁰ *Jurgeleit*, § 301 FamFG, Rn. 12.

I. Der Verfahrenspfleger in den weiteren Instanzen

Die zentralen Rechtsmittel im Betreuungsverfahren sind zum einen die Beschwerde nach § 58 FamFG, welche gegen Endentscheidungen der Amtsgerichte und Landgerichte im ersten Rechtszug eingelegt werden kann, und zum anderen die Rechtsbeschwerde gemäß § 70 FamFG, welche jedoch durch das Beschwerdegericht oder das Oberlandesgericht im ersten Rechtszug durch Beschluss zugelassen werden muss. Natürlich kann ein Verfahrenspfleger auch in den weiteren Instanzen bestellt werden.

Im Rechtsbeschwerdeverfahren ist dies jedoch auf Grund des gesetzlichen Anwaltszwanges vor dem Bundesgerichtshof, der gemäß § 133 GVG für diese Entscheidung zuständig ist, gemäß § 10 Abs. 4 FamFG nicht erforderlich. Wie unter Punkt F.V. bereits erläutert, wird ein bereits bestellter Verfahrenspfleger sogar entlassen, wenn der Betroffene von einem Prozessbevollmächtigten im Verfahren vertreten wird.

Die Verfahrenspflegerbestellung im Beschwerdeverfahren ermöglicht wiederum § 68 Abs. 3 S.1 FamFG, der auf die Vorschriften für das Verfahren im ersten Rechtszug verweist. Dies ist jedoch nur dann erforderlich, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung einer Verfahrenspflegschaft erst in der zweiten Instanz vorliegen oder das erstinstanzliche Gericht fälschlicherweise trotz vorliegender Voraussetzungen keinen Verfahrenspfleger bestellt hat.

Wurde jedoch bereits im ersten Rechtszug ein Verfahrenspfleger für den Betroffenen bestellt, so wirkt diese Bestellung auf Grund des § 276 Abs. 5 FamFG nunmehr auch für die weiteren Instanzen, da die Verfahrenspflegschaft erst mit der rechtskräftigen Endentscheidung endet (dazu Punkt G.VI.). Diese Norm wurde jedoch erst mit der Reform des FGG eingeführt. Zuvor galt hier noch § 67 Abs. 2 FGG, der für jede Instanz gesondert die Bestellung eines Verfahrenspflegers forderte. Aufgrund der nunmehr ausdrücklichen Regelung im § 276 Abs. 5 FamFG gibt es auch in diesem Punkt keine Diskrepanzen zwischen der Theorie und der Praxis.

J. Fazit

Zusammenfassend kann zum Thema Verfahrenspflegschaft wohl gesagt werden, dass es bezüglich einiger wichtiger Punkte noch sehr große Unterschiede zwischen der Theorie und der Praxis gibt. Vor allem die Aufgaben des Verfahrenspflegers weichen in der Realität oft von dem ab, was der Gesetzgeber eigentlich gewollt hat. Die Funktion des Helfers und Sprachrohrs des Betroffenen tritt dabei oft in den Hintergrund. Stattdessen wird er beauftragt, Tätigkeiten zu erledigen, die die Arbeit des Betreuungsgerichts erleichtern und dieses entlasten sollen. Dabei ist es natürlich nicht unwahrscheinlich, dass auch hin und wieder die wahre Rechtsstellung des Verfahrenspflegers außer Acht gelassen wird. Auch der im Gesetz vorgeschriebene Vorzug des ehrenamtlichen Betreuers wird, wie oben bereits erläutert, meist nicht beachtet. Diese Lücken zu schließen, wird jedoch auf Grund der hohen Belastung der Gerichte und der damit einhergehenden Suche nach praktikableren Lösungen sehr schwierig. Man sollte jedoch auch als Praktiker versuchen, das Gesetz nicht soweit zu biegen, dass man es letztendlich bricht. Hinsichtlich dieser Ungereimtheiten, wären eindeutige Aussagen im Gesetz wünschenswert.

Bezüglich anderer Punkte (z.B. Voraussetzungen, Beginn und Ende der Verfahrenspflegschaft, formales Verfahren allgemein, Verfahrenspflegschaft in weiteren Instanzen) sind Theorie und Praxis aufgrund der klaren gesetzlichen Regelungen jedoch bereits weitestgehend kongruent.

Resümierend kann wohl festgestellt werden, dass die Reform des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit im Verfahrenspflegschaftsrecht einige Verbesserungen und Klarstellungen mit sich brachte, gewisse Differenzen zwischen der Theorie und der Praxis in bestimmten Bereichen allerdings weiterhin bestehen.

Literaturverzeichnis

Dodegge, Georg/ Roth, Andreas, Systematischer Praxiskommentar
Betreuungsrecht, 5. Auflage, Köln 2018

Engelhardt, Helmut (Hrsg.)/ Sternal, Werner (Hrsg.)/ Keidel, Theodor / Budde,
Lutz, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten
der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 19. Auflage, München 2017

Firsching, Karl/ Dodegge, Georg, Familienrecht Betreuungssachen und andere
Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2. Halbband, 8. Auflage, München 2015

Fröschle, Tobias (Hrsg.)/ Guckes, Thomas / Jox, Rolf / Kührke, Neithard /
Fischer, Michael, Praxiskommentar Betreuungs- und Unterbringungsverfahren, 3.
Auflage, Köln 2014

Harm, Uwe, Verfahrenspflegschaft in Betreuungs- und Unterbringungssachen, 5.
Auflage, Köln 2018

Jurgeleit, Andreas (Hrsg.), Betreuungsrecht Handkommentar, 4. Auflage, Baden-
Baden 2018

Aufsätze:

Bienwald, Werner, Zu Auftrag und Interessenlage eines Verfahrenspflegers in
Betreuungssachen, Rpfleger 2012, 309.

Deinert, Horst, Betreuungszahlen 2016: Leider verspätet und unvollständig,
BtPrax 1/2018, 14

Deinert, Horst, Betreuungszahlen 2015, BtPrax 6/2016, 218

Deinert, Horst, Betreuungszahlen 2013, BtPrax 6/2014, 256

Deinert, Horst, Betreuungszahlen 2010, BtPrax 6/2011, 248

Harm, Uwe, Zur Abgrenzung zwischen Wahrnehmung der objektiven Interessen
und Geltendmachung materiell-rechtlicher Ansprüche durch den
Verfahrenspfleger im Betreuungsrecht, RpfliStud 2013, 113.

Harm, Uwe, Der Verfahrenspfleger-Rechtstellung und Aufgaben im Lichte der
Rechtsprechung, Rpfleger 2016, 385.

Internetfundstellen:

Köpke, Sascha/ Meyer, Gabriele; Leitlinie FEM (Vermeidung von
freiheitseinschränkenden Maßnahmen in der Altenpflege); http://www.leitlinie-fem.de/download/LL_FEM_2015_Internet_gesamt.pdf; 19.05.2019, 11:01 Uhr

Kirsch, Sebastian/ Wassermann, Josef; Werdenfelser Weg – Das Original
(Regionale Verbreitung); <https://www.werdenfelser-weg-original.de/idee/regionale-verbretung/>; 26.05.2019, 16:20 Uhr

Eidesstattliche Versicherung

Ich, Vicky Hamann, erkläre hiermit an Eides Statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe, die aus fremden Quellen direkt oder indirekt übernommenen Gedanken sind als solche kenntlich gemacht.

Die gedruckte und digitalisierte Version der Diplomarbeit sind identisch. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht.

Colditz, den 27.05.2019

