

um dessen Nachlass es geht, nach dem entscheidenden Datum verstorben ist.

Ein beim Tode seiner Mutter minderjähriges Kind, für das der Vater den Nachlass verwaltet hat, kann, so das *OLG Koblenz*,¹⁵³ auch mehr als zwanzig Jahre nach Volljährigkeit noch seinen um-

fassenden **gesetzlichen Auskunftsanspruch gegen den vermögensverwaltenden Vater aus § 1640 BGB** geltend machen.

153 *OLG Koblenz*, Beschluss v. 26.11.2013 – 11 UF 451/13 –, BeckRS 2013, 21343 = ZEV 2014, 118 [L.S.].

Die Auswahl eines Vormunds/Pflegers durch das Familiengericht – materiell-rechtliche Vorgaben

Von Prof. Dr. *BIRGIT HOFFMANN*, Mannheim

In jüngster Zeit haben sich eine Anzahl an Entscheidungen des BGH und verschiedener OLG¹ mit materiell- und verfahrensrechtlichen Fragen der Auswahl eines Vormunds bzw. Pflegers für ein Kind oder einen Jugendlichen befasst. Die Entscheidungen sind Anlass für einen Blick auf die materiell-rechtlichen Vorgaben für die Auswahlentscheidung des Familiengerichts in § 1779 Abs. 2 BGB.²

I. Vorbemerkungen

Gegenstand der Erörterung ist zum einen die Regelung in § 1779 Abs. 2 S. 1 BGB, nach der das Familiengericht eine Person auswählen soll, die nach ihren persönlichen Verhältnissen und ihrer Vermögenslage sowie nach den sonstigen Umständen zur Führung der Vormundschaft geeignet ist, sowie zum anderen die Vorgabe für die Auswahl unter mehreren geeigneten Personen in § 1779 Abs. 2 S. 2 BGB, nach der bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Personen der mutmaßliche Wille der Eltern, die persönlichen Bindungen des Kindes oder Jugendlichen, die Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit diesem sowie dessen religiöses Bekenntnis zu berücksichtigen sind. Im Beitrag wird vorausgesetzt, dass das Familiengericht nach § 1779 Abs. 1 BGB eine Auswahlentscheidung zu treffen hat, demnach keine Konstellation vorliegt, in der das Familiengericht eine durch die Eltern bzw. einen Elternteil benannte Person, §§ 1776 ff. BGB, zu bestellen hat.

Da die Regelungen für die Auswahl eines Vormunds nach § 1915 Abs. 1 S. 1 BGB auf Ergänzungspflegschaften entsprechend anzuwenden sind, wird der Begriff gesetzlicher Vertreter verwendet, wenn sich die Rechtslage hinsichtlich der Auswahl eines Vormunds bzw. eines Pflegers nicht unterscheidet. Die Begriffe Vormund bzw. Pfleger werden nur verwandt, wenn einer Regelung ausschließlich Bedeutung für die Auswahl eines Vormunds bzw. Pflegers zukommt. Kind im Sinne des Beitrags ist jeder noch minderjährige Mensch, demnach auch ein Jugendlicher.

II. Eignung für das Amt

1. Eignung für die konkrete gesetzliche Vertretung

Die Eignung einer Person ist Dreh- und Angelpunkt der familiengerichtlichen Auswahlentscheidung. Als unbestimmter Rechtsbegriff unterliegt die Eignung einer Person der vollen richterlichen Überprüfung in der Beschwerdeinstanz.³ Die Eignung ist bezogen auf die Aufgaben zu prüfen, die im Rahmen der gesetzlichen Vertretung eines bestimmten Kindes anstehen. Das Familiengericht hat festzustellen, ob eine natürliche Person, ein Vormundschaftsverein oder das Jugendamt – Letztere durch

Delegation an entsprechend qualifizierte Fachkräfte – die Erziehung dieses Kindes sicherstellen kann, ausreichende Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt, um dieses Kind in den anstehenden Angelegenheiten zu vertreten, und das Entwickeln einer persönlichen Beziehung zu diesem Kind sowie die Fähigkeit, es zu fördern und seine Entwicklung zu unterstützen, anzunehmen sind.

In die Prüfung ist einzubeziehen, dass ein gesetzlicher Vertreter einen Anspruch auf Beratung und Unterstützung gegenüber Familiengericht, § 1837 Abs. 1 BGB, und Jugendamt, § 53 Abs. 2 SGBVIII, hat. Die Erforderlichkeit des Einholens ergänzenden, fachlichen Rats führt daher regelmäßig nicht dazu, dass Ungeeignetheit anzunehmen ist oder dass für die betreffende Angelegenheit ein Ergänzungspfleger nach § 1909 BGB wegen Verhinderung zu bestellen wäre.⁴ Zudem hat das Familiengericht von Amts wegen zu prüfen, ob die fehlende Eignung einer natürlichen Person, eines Vereins oder des Jugendamts in einem Teilbereich die Anordnung einer Mitvormundschaft mit unterschiedlichen Wirkungskreisen erforderlich macht und infolgedessen zwei Vormünder auszuwählen sind.⁵ De lege ferenda sollten nach hier vertretener Ansicht nicht nur benannte Vormünder, sondern alle ehrenamtlich tätigen gesetzlichen Vertreter die Möglichkeit erhalten, für das Geltendmachen von Unterhaltsansprüchen und/oder die Feststellung der Vaterschaft eine Beistandschaft zu beantragen, § 1713 Abs. 1 S. 3 BGB.

2. Eignung einer natürlichen Person

a) Gesetzliche Vorgaben für die Prüfung der Eignung

Nach § 1779 Abs. 2 S. 1 BGB soll das Familiengericht eine Person auswählen, die nach ihren persönlichen Verhältnissen und ihrer Vermögenslage sowie nach den sonstigen Umständen zur

1 Vgl. etwa *OLG Hamburg*, FamRZ 2014, 954; *OLG Frankfurt*, Beschluss v. 19.2.2014 – 6 UF 28/14 –, FamRZ 2014, 1128 [LSe]; *OLG Saarbrücken*, FamRZ 2014, 401; *BGH*, FamRZ 2013, 1380; *OLG Karlsruhe*, FamRZ 2014, 404.

2 In einem weiteren Beitrag wird ein Blick auf das Auswahlverfahren geworfen werden.

3 *Hamdan*, in: *Viefhues* (Hg.), *Juris Praxiskommentar BGB – Familienrecht*, 6. Aufl., § 1779 Rz. 8.

4 *BGH*, FamRZ 2013, 1206 (Vertretung in Asylverfahren); *OLG Karlsruhe*, FamRZ 2012, 1955 (Vertretung in Asylverfahren); *OLG Brandenburg*, FamRZ 2011, 742 (Geltendmachen von Ersatzansprüchen nach Tod der Kindsmutter).

5 *OLG Frankfurt*, Beschluss v. 19.2.2014 – 6 UF 28/14 –, FamRZ 2014, 1128 [LSe]; *OLG Frankfurt*, Beschluss v. 28.1.2014 – 6 UF 289/13 –, FamRZ 2014, 1129 [LSe] (Mitvormundschaft des Jugendamts und einer Rechtsanwältin, Letztere als Vormund für ausländer- und asylrechtliche Angelegenheiten); vgl. auch *Bienwald*, FamRZ 2013, 1209.

Führung der Vormundschaft geeignet ist. Die Vorgaben beziehen sich auf die Eignung einer natürlichen Person. Unerheblich ist, ob die Person das Amt ehrenamtlich, als Vereinsvormund, also als persönlich zum Vormund bestellter Mitarbeiter eines Vormundschaffsvereins,⁶ oder als Berufsvormund führen würde.

b) Persönliche Verhältnisse

Zu den persönlichen Verhältnissen zählen etwa die gesundheitliche Verfassung, das Alter, die berufliche Bildung und die persönlichen Lebensumstände einer Person. Im Idealfall lassen Gesundheitszustand und Alter erwarten, dass das Amt über den gesamten Zeitraum übernommen werden kann, für den die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Vertretung anzunehmen ist. Im Einzelfall können andere Gesichtspunkte in einem Umfang für eine Person sprechen, dass die Wahrscheinlichkeit einer allein zeitlich begrenzten Wahrnehmung des Amtes in der Gesamtabwägung hintersteht.

Die Lebensumstände müssen den erforderlichen Kontakt, demnach grundsätzlich einen monatlichen Kontakt, § 1793 Abs. 1a BGB, in Krisenzeiten auch einen häufigeren Kontakt, mit dem Kind ermöglichen. Bei einem Berufsvormund oder einem Vereinsvormund hat das Familiengericht daher festzustellen, wie viele Fälle die Person führt. Dabei sind andere berufliche Tätigkeiten – das Wahrnehmen von Querschnittsaufgaben, das Führen von Betreuungen etc. – zu berücksichtigen. Ein Vereins- oder Berufsvormund ist verpflichtet, sich analog § 1897 Abs. 8 BGB zu den von ihm geführten gesetzlichen Vertretungen zu erklären. Eine Eignung ist analog der Regelung in § 55 Abs. 2 S. 4 SGBVIII regelmäßig nicht mehr anzunehmen, wenn ausgehend von einer Vollzeitbeschäftigung mehr als 50 und bei gleichzeitiger Wahrnehmung anderer Aufgaben entsprechend weniger gesetzliche Vertretungen geführt werden.

Das Familiengericht hat eine Anfrage beim Bundeszentralregister zu machen. Ergibt die Anfrage die Eintragung einer Vorstrafe, kommt es auf den Tatbestand, der der Verurteilung zugrunde liegt, auf die konkreten Umstände der Tat und die im Rahmen der Vormundschaft anstehenden Aufgaben an, ob infolge der Verurteilung von der Ungeeignetheit einer Person auszugehen ist.

Das Geschlecht einer Person kann von Bedeutung sein, wenn ein Kind Gewalt oder sexuellen Missbrauch durch eine weibliche oder männliche Person erfahren musste.⁷ Für eine männliche Person kann sprechen, dass ein Kind überwiegend mit weiblichen Bezugspersonen aufwächst.⁸

Die Konfession oder Weltanschauung bzw. die Konfessionslosigkeit einer Person kann zu prüfen sein, wenn erkennbar ist, dass die Eltern sich eine Erziehung des Kindes in einem bestimmten Bekenntnis bzw. ohne Bekenntnis wünschen. Die Zugehörigkeit zu einer religiösen Gemeinschaft oder Weltanschauung, die bestimmte ärztliche Maßnahmen ablehnt, führt nur zur Ungeeignetheit, wenn es zu den abgelehnten Maßnahmen keine Alternativen gibt und anzunehmen ist, dass eine Entscheidung über deren Durchführung in naher Zukunft erforderlich sein wird.

c) Wirtschaftliche Verhältnisse

Die Sicherung des Lebensunterhalts primär durch Sozialleistungen nach SGBII oder SGBXII oder allgemein schwierige wirtschaftliche Verhältnisse führen nicht per se zur Ungeeignetheit einer Person. Das Familiengericht ist befugt, aber nicht verpflichtet, Auskunft aus dem Schuldnerverzeichnis anzufordern.⁹ Bei Hinweisen auf eine mögliche Insolvenz bzw. auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung ist es Bestandteil der Amts-

ermittlungspflicht, Einsicht in das Schuldnerverzeichnis zu nehmen oder die Bonität der Person auf andere Weise zu prüfen.

Unterbleiben Feststellungen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen, obgleich es Anlass zu deren Prüfung gab, erfolgt daher in Unkenntnis dieser Umstände eine Bestellung als gesetzlicher Vertreter und erleidet das Kind einen Schaden, kommen Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Amtspflichten, § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 GG, in Betracht.¹⁰

d) Sonstige Umstände

Die Generalklausel „sonstige Umstände“ ermöglicht eine auf den Einzelfall bezogene Berücksichtigung jedweder anderer Umstände, etwa des Verhaltens gegenüber Dritten wie den Eltern des Kindes, die Fähigkeit und Bereitschaft zur Kooperation mit Familiengericht, Schule, Jugendamt und/oder anderen im Einzelfall in die Erziehung eingebundenen Institutionen und Personen, denkbare Interessenkonflikte, das bisherige Verhalten gegenüber dem Kind etc. Ein Interessenkonflikt steht etwa der Auswahl des Geschäftsführers einer Einrichtung, die Müttern anbietet, ihre neugeborenen Kinder bei ihr abzugeben und dabei deren Anonymität zu wahren, als Vormund des abgegebenen Kindes entgegen.¹¹ Hat eine Person in der Vergangenheit ihr obliegende Pflichten gegenüber dem Kind oder dessen Interessen verletzt, wird die Person regelmäßig, jedoch nicht ausnahmslos, ungeeignet sein.

Analog § 1897 Abs. 3 BGB ist wegen möglicher Interessenkonflikte als ungeeignet anzusehen, wer zu einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung, in welcher das Kind oder der Jugendliche untergebracht ist, in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer anderen engen Beziehung steht.¹² Die Auswahl von Pflegeeltern steht jedoch nicht entgegen, dass diese dann befugt sind, Hilfen zur Erziehung in Form der Unterbringung in der eigenen Pflegefamilie nach §§ 27, 33 SGBVIII zu beanspruchen.¹³

Die Weigerung, eine gesetzliche Vertretung zu übernehmen, führt nicht per se zur Nichteignung. Meist wird ein Familiengericht eine Person jedoch nicht gegen deren ausdrücklichen Willen auswählen.¹⁴ Bei der Auswahl eines Vereinsvormunds ist zu beachten, dass die Bestellung eines Vereinsvormunds dessen Einwilligung und die des Vereins voraussetzt.¹⁵

3. Eignung eines Vormundschaffsvereins

Nach § 1791a Abs. 1 S. 1 BGB kann zum Vormund ein rechtsfähiger Verein, ein sogenannter Vormundschaffsverein, bestellt werden. Die Auswahl und Bestellung eines Vereins¹⁶ ist

6 Zum Vereinsvormund Hoffmann, JAmt 2013, 554.

7 Infolgedessen kann eine nicht geschlechtsneutrale Stellenausschreibung zulässig sein: LAG Hannover, JAmt 2012, 428.

8 OLG Karlsruhe, FamRZ 2013, 1665: Pflegefamilie zweier Lebenspartnerinnen und Kontakt allein zur leiblichen Mutter.

9 LG Freiburg, FamRZ 2007, 2104, m. Anm. Bienwald.

10 LG Freiburg, FamRZ 2007, 2104, m. Anm. Bienwald.

11 OLG Hamburg, FamRZ 2014, 954.

12 Staudinger/Veit, BGB, 2014, § 1779 Rz. 17.

13 Staudinger/Veit [Fn. 12], § 1779 Rz. 19.

14 Staudinger/Veit [Fn. 12], § 1779 Rz. 11.

15 Hoffmann, JAmt 2013, 554.

16 In der Praxis werden aufgrund der Rechtsprechung des BGH zur Vergütung, vgl. FamRZ 2013, 946, sowie BGH, FamRZ 2011, 1394, mehrheitlich Mitarbeiter eines Vereins persönlich als Vereinsvormund bestellt.

von Auswahl und Bestellung des Mitarbeiters eines Vereins als Person, als sogenannter Vereinsvormund,¹⁷ zu unterscheiden.

Rechtsfähigkeit eines Vereins ist auch Voraussetzung für die Anerkennung als Vormundschaftsverein durch das zuständige Landesjugendamt. Die Voraussetzungen für eine Anerkennung werden in § 54 SGBVIII normiert. Es besteht ein Rechtsanspruch auf das Erteilen einer Erlaubnis, wenn ein rechtsfähiger Verein die genannten Voraussetzungen gewährleistet. Die bundeseinheitlichen Voraussetzungen können durch weitere, landesrechtliche Voraussetzungen ergänzt werden, § 54 Abs. 4 S. 2 SGBVIII. Die Erlaubnis gilt für das Land, in dem der Verein seinen Sitz hat, § 54 Abs. 4 S. 1 SGBVIII.

Erwägt das Familiengericht die Auswahl eines Vormundschaftsvereins, hat es sich allein mit der Eignung des Vereins als Vormund – bezogen auf die konkrete gesetzliche Vertretung – zu befassen, sich die Anerkennung durch das Landesjugendamt nachweisen zu lassen und zu berücksichtigen, dass die Bestellung eines Vereins nach § 1791b Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB dessen Einwilligung voraussetzt. Das Familiengericht ist nicht berechtigt zu bestimmen, welcher Mitarbeiter oder welches Mitglied eines Vereins das Amt des Vereins als Vormund wahrnimmt.¹⁸ Dies ist dem Familiengericht nur möglich, wenn es den Mitarbeiter eines Vereins persönlich als Vereinsvormund auswählt und bestellt.

Der Verein selbst hat sich bei seiner Entscheidung, welcher Mitarbeiter die Aufgaben des Vereins wahrnimmt, an den Kriterien des § 1779 BGB und der Vorgabe in § 1791a Abs. 3 Hs. 2 BGB zu orientieren, nach der ein Verein eine Person, die das Kind in einem Heim des Vereins als Erzieher betreut, nicht mit der Wahrnehmung der Aufgaben der gesetzlichen Vertretung betrauen darf. Die Entscheidung des Vereins unterliegt der familiengerichtlichen Aufsicht¹⁹ nach § 1837 BGB.

4. Eignung des Jugendamts

Auch das zuständige Jugendamt kann ungeeignet sein, etwa da Interessenkonflikte zwischen dem Jugendamt als gesetzlichem Vertreter des Kindes und dem örtlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe als Sozialleistungsträger, der Ausländerbehörde etc. bestehen, da das Verhältnis zwischen den Eltern oder einem Elternteil und dem Jugendamt so konfliktbeladen ist, dass sich dies negativ auf das Wohl des Kindes auswirkt oder auswirken könnte, oder da das Jugendamt in der Vergangenheit Entscheidungen getroffen hat, die nicht durchgängig zum Wohl des Kindes waren.²⁰ Sind Gegenstand einer gesetzlichen Vertretung insbesondere Angelegenheiten der Vermögenssorge, ist zu bedenken, dass sich die Fachkräfte des Jugendamts insbesondere durch ihre sozialpädagogische Kompetenz auszeichnen.²¹ In bestimmten Konstellationen kann das zuständige Jugendamt besonders geeignet sein. Dies wird in der Rechtsprechung etwa bezogen auf die Anordnung einer Vormundschaft für einen minderjährigen unbegleiteten Flüchtling nach einer Inobhutnahme aufgrund der sozialpädagogischen Ausbildung der Fachkräfte des Jugendamts angenommen – auch im Vergleich zu einem Mehr an juristischer Kompetenz eines Rechtsanwalts.²²

Zu beachten ist, dass dann, wenn das nach § 87c Abs. 3 SGBVIII zuständige Jugendamt weniger geeignet ist als ein Vormundschaftsverein, ein Vereinsvormund oder ein Berufsvormund, nicht im Anschluss zu prüfen ist, ob ein anderes Jugendamt geeignet wäre. Das Familiengericht hat eine Auswahl zwischen dem nach § 87c Abs. 3 SGBVIII zuständigen Jugendamt, einem Vormundschaftsverein, einem Vereinsvormund oder einem Berufsvormund zu treffen. Unter „dem Jugendamt“ ist al-

lein das nach § 87c Abs. 3 S. 1 SGBVIII zuständige Jugendamt zu verstehen. Das Familiengericht ist bei seiner Auswahlentscheidung an die Regelungen im SGBVIII gebunden, kann nicht – auch nicht aus Gründen des Kindeswohls²³ – ein anderes Jugendamt zum Vormund bestellen. Ist das zuständige Jugendamt ungeeignet, ist ein Verein, ein Vereinsvormund oder ein Berufsvormund zu bestellen. Zuständig ist nach § 87c Abs. 3 S. 1 SGBVIII das Jugendamt, in dessen Bereich das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Fehlt ein gewöhnlicher Aufenthalt, richtet sich die Zuständigkeit nach dem tatsächlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt der Bestellung, § 87c Abs. 3 S. 2 SGBVIII.

Wechselt ein Kind nach der Bestellung des zuständigen Jugendamts seinen gewöhnlichen Aufenthalt, ist Folgendes zu beachten: Das zum gesetzlichen Vertreter bestellte Jugendamt hat nach § 87c Abs. 3 S. 3 SGBVIII beim Familiengericht zwingend einen Antrag auf seine Entlassung zu stellen.²⁴ Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Jugendamt, das eine gesetzliche Vertretung kraft Gesetzes führt, nach § 43 Abs. 1 JWG bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts die Weiterführung der Vertretung durch das Jugendamt am neuen gewöhnlichen Aufenthalt nur zu beantragen hatte, wenn es das Wohl des Kindes erforderte. Die Regelung fand entsprechende Anwendung auf ein Jugendamt als gesetzlicher Vertreter qua familiengerichtlicher Bestellung.²⁵ Es ist nicht davon auszugehen, dass das Kindeswohl als Maßstab für die Zuständigkeit eines Jugendamts bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts aufgegeben werden sollte.²⁶ Die Regelung in § 87c Abs. 3 S. 3 SGBVIII ist daher so auszulegen, dass nicht das Jugendamt am neuen gewöhnlichen Aufenthaltsort zuständig wird, sondern das Jugendamt des bisherigen gewöhnlichen Aufenthaltsort zuständig bleibt, wenn dies dem Kindeswohl entspricht.²⁷ Letztlich ermöglicht der Antrag des Jugendamts demnach eine Prüfung der Erforderlichkeit des Wechsels des Amtes wahrnehmenden Jugendamts durch das Familiengericht.

Das Familiengericht hat sich allein mit der Eignung des zuständigen Jugendamts zu befassen. Das Familiengericht ist nicht berechtigt zu bestimmen, auf welche Fachkraft das Amt delegiert wird, § 55 Abs. 2 S. 1 SGBVIII, und nicht verpflichtet festzustellen, ob das Jugendamt in der Lage ist, die Fallzahl 50 einzuhalten, § 55 Abs. 2 S. 4 SGBVIII.²⁸ Das zuständige Jugendamt hat eine Infrastruktur vorzuhalten, die seine Auswahl durch das Familiengericht ermöglicht, § 79 SGBVIII. Die Bestellung des zuständigen Jugendamts setzt dessen Einwilligung nicht voraus.²⁹

17 Zum Vereinsvormund *Hoffmann*, JAmt 2013, 554.

18 Mehr Einfluss des Familiengerichts halten *Veit/Salgo*, ZKJ 2011, 82, für erforderlich.

19 Hierzu *Gojowczyk*, Rpfleger 2013, 1; *Hoffmann*, JAmt 2011, 299.

20 *OLG Hamm*, Beschluss v. 26.6.2012 – II-2 UF 135/10 –, juris.

21 *OLG Frankfurt*, JAmt 2012, 426 = FamRZ 2013, 478.

22 *OLG Karlsruhe*, FamRZ 2012, 1955 (Berufsvormund im Verhältnis zum Jugendamt bei minderjährigem unbegleiteten Flüchtling).

23 A.A. *MünchKomm/Wagenitz*, BGB, 6. Aufl., § 1791b Rz. 9.

24 *Mrozynski*, SGB VIII, 5. Aufl., § 87c Rz. 5; *Kunkel/Kunkel*, SGB VIII, 5. Aufl., § 87c Rz. 22; a. A. *Eschelbach/Schindler*, in: Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl., § 87c Rz. 11: bereits keine Verpflichtung zum Stellen eines Antrags, wenn einer Entlassung Kindeswohlgesichtspunkte entgegenstehen.

25 Frankfurter Kommentar zum JWG, 4. Aufl. 1988, § 43 Rz. 1.

26 Ähnlich *Oberloskamp/Kunkel*, Vormundschaft, 3. Aufl., § 17 Rz. 5.

27 *OLG Zweibrücken*, FamRZ 2002, 1064.

28 Mehr Einfluss des Familiengerichts halten *Veit/Salgo*, ZKJ 2011, 82, für erforderlich.

29 *OLG Frankfurt*, FamRZ 2011, 1671.

Wird das Jugendamt ausgewählt, hat es sich bei der Delegation des Amtes an den Kriterien des § 1779 BGB zu orientieren. Die Entscheidung unterliegt der familiengerichtlichen Aufsicht³⁰ nach § 1837 BGB.

III. Auswahl für das Amt

1. Ausschluss einer Person durch die Eltern

Unabhängig von ihrer Eignung kann das Familiengericht eine Person nicht auswählen, die durch Anordnung der Eltern bzw. eines Elternteils – in Form einer letztwilligen Verfügung, §§ 1782 Abs. 1, 1777 Abs. 3 BGB – ausgeschlossen wurde. Aus der Möglichkeit, einen Vormundschaftsverein zu benennen, § 1791a Abs. 1 S. 2 BGB, ergibt sich, dass ein Elternteil einen Vormundschaftsverein auch ausschließen kann.³¹ Das zuständige Jugendamt kann nach § 1791b Abs. 1 S. 2 BGB nicht ausgeschlossen werden.

Das BGB normiert keine Gründe, aus denen das Familiengericht den Ausschluss übergehen darf. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass das Familiengericht den Ausschluss zumindest dann übergehen könne, wenn der Ausschluss mit den Kindesinteressen unvereinbar sei,³² da der Gesetzgeber lediglich formuliert habe, die ausgeschlossene Person solle nicht bestellt werden, § 1782 Abs. 1 S. 1 BGB. Zumindest sei § 1778 Abs. 1 Nr. 5 BGB analog anzuwenden, dürfe die ausgeschlossene Person demnach, wenn sie geeignet ist, ausgewählt werden, wenn ein Kind, das das 14. Lebensjahr vollendet hat, dem Ausschluss widerspreche und sich gerade die Auswahl der durch die Eltern oder einen Elternteil ausgeschlossene Person für das Amt wünsche.³³

Gegen eine analoge Anwendung der in § 1778 Abs. 1 BGB normierten Gründe spricht, dass die Ausgangslage bei einer Benennung und die bei einem Ausschluss nicht vergleichbar sind. Bei einem Ausschluss bleiben dem Familiengericht Wahlmöglichkeiten erhalten. Nach hier vertretener Ansicht ergibt sich aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Regelung für den Ausschluss einer Person bei dem Vorhandensein einer ausdrücklichen Regelung für die Benennung einer Person sowie unter Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 2 GG daher eine Bindung des Familiengerichts an einen wirksamen Ausschluss.³⁴ Unter Abwägung der ebenfalls durch das GG geschützten Persönlichkeitsrechte des Kindes gilt dies nur dann nicht, wenn sich das Kind die Auswahl gerade der ausgeschlossenen Person wünscht. Das Familiengericht hat dann die Eignung der ausgeschlossenen Person zu prüfen und bei deren Eignung im Rahmen seines Auswahlermessens den die Auswahl der Person ablehnenden Willen der Eltern angemessen zu berücksichtigen.³⁵

2. Vorrang einer geeigneten Person, die das Amt ehrenamtlich führen würde

Bei seiner Auswahlentscheidung hat das Familiengericht den durch das 2. BtÄndG³⁶ v. 21.4.2005 auch ausdrücklich normierten Vorrang des ehrenamtlichen gesetzlichen Vertreters vor Vereins- und Berufsvormündern, einem Vormundschaftsverein, § 1791a Abs. 1 S. 2 BGB, und dem Jugendamt, § 1791b Abs. 1 S. 1 BGB, zu beachten.³⁷ Denkbar ist auch eine teilweise Vertretung durch einen Berufsvormund, einen Vereinsvormund, einen Verein oder das Jugendamt und eine teilweise Vertretung durch eine ehrenamtlich tätige Person, beispielsweise eine gesetzliche Vertretung durch die Großeltern bei einer gesetzlichen Vertre-

tung des Jugendamts allein für die Aufenthaltsbestimmung und das Geltendmachen von Hilfen zur Erziehung³⁸ als Mitvormundschaft mit getrennten Wirkungskreisen.³⁹

Das Familiengericht hat von Amtes wegen⁴⁰ festzustellen, ob eine oder mehrere Personen vorhanden sind, die das Amt ehrenamtlich führen könnten. Dies setzt eine Anfrage an das Jugendamt voraus, § 1779 Abs. 1 BGB.⁴¹ Den Gründen der familiengerichtlichen Entscheidung muss zu entnehmen sein, weshalb eine ehrenamtlich tätige Person nicht ausgewählt werden konnte. Fehlen entsprechende Feststellungen in der familiengerichtlichen Entscheidung, stellt dies einen Verfahrensfehler dar, der zur Aufhebung und Zurückverweisung der Entscheidung in der Beschwerdeinstanz führt.⁴²

3. Auswahl unter geeigneten, ehrenamtlich tätigen Personen, § 1779 Abs. 2 S. 2 BGB

a) Bedeutung der in § 1779 Abs. 2 S. 2 BGB genannten Kriterien

Das Familiengericht hat unter mehreren geeigneten Personen, die das Amt ehrenamtlich führen würden, diejenige Person auszuwählen, die am besten geeignet ist. Dabei besitzt das Familiengericht ein Auswahlermessen. In der Beschwerdeinstanz ist insoweit nur zu prüfen, ob das Auswahlermessen eingehalten wurde.⁴³ Allein die Eignung einer Person unterliegt als unbestimmter Rechtsbegriff der vollen richterlichen Überprüfung.⁴⁴

Im Rahmen der Ausübung seines Ermessens sind vom Familiengericht nach § 1779 Abs. 2 S. 2 BGB der mutmaßliche Wille der Eltern, die persönlichen Bindungen des Kindes, die Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit dem Kind sowie das religiöse Bekenntnis des Kindes zu berücksichtigen. Durch letztere Verpflichtung entspricht der Gesetzgeber zugleich seinen Verpflichtungen aus Art. 2 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 GG sowie Art. 8 EMRK, Art. 7 GRCh. Zur Gewichtung der Kriterien untereinander macht der Gesetzgeber keine expliziten Vorgaben.⁴⁵ Auch wenn sich die Auswahl – und das Auswahlermessen – nicht auf eine Rechenaufgabe zwischen vor- und nachrangig zu berücksichtigenden Kriterien reduzieren lässt, kommt aufgrund des grundgesetzlichen Schutzes der Position der Eltern

30 Hierzu *Gojowczyk*, Rpfleger 2013, 1; *Hoffmann*, JAmt 2011, 299.

31 *MünchKomm/Wagenitz* [Fn. 23], § 1782 Rz. 4.

32 *Hamdan* [Fn. 3], § 1782 Rz. 7.

33 *Staudinger/Veit* [Fn. 12], § 1782 Rz. 17; *Hamdan* [Fn. 3], § 1782 Rz. 7; *MünchKomm/Wagenitz* [Fn. 23], § 1782 Rz. 8.

34 *Fritsche*, in: *Kaiser/Schnitzler/Friederici* (Hg.), BGB, 3. Aufl. 2014, § 1782 Rz. 7.

35 *Staudinger/Veit* [Fn. 12], § 1779 Rz. 23; *MünchKomm/Wagenitz* [Fn. 23], § 1782 Rz. 8.

36 BGBl 2005 I 1073, in Kraft getreten am 1.7.2005.

37 *OLG Karlsruhe*, FamRZ 2013, 1665; *OLG Nürnberg*, FamRZ 2012, 1959; *OLG Karlsruhe*, FamRZ 2012, 1955; *OLG Celle*, FamRZ 2011, 1603 = JAmt 2011, 352.

38 *OLG Düsseldorf*, FamRZ 2010, 1683.

39 *Staudinger/Veit* [Fn. 12], § 1779 Rz. 23.

40 *OLG Hamm*, FamRZ 2010, 1684 = JAmt 2010, 256.

41 *OLG Hamm*, FamRZ 2010, 1684 = JAmt 2010, 256.

42 *OLG Hamm*, Beschluss v. 20.10.2011 – 6 UF 180/11 –, juris.

43 *BVerfG*, FamRZ 2012, 938 = JAmt 2012, 342; *OLG Bremen*, FamRZ 2013, 477; *OLG Köln*, FamRZ 2011, 1305 = JAmt 2011, 350.

44 *MünchKomm/Wagenitz* [Fn. 23], § 1779 Rz. 4.

45 *Staudinger/Veit* [Fn. 12], § 1779 Rz. 27.

und der des Kindes bei der Abwägung dem Willen der Eltern und den Bindungen des Kindes und dessen Wille besondere Bedeutung zu.⁴⁶

b) Mutmaßlicher Wille eines Elternteils

Die Pflicht zur Beachtung des mutmaßlichen Willens jedes Elternteils – auch eines nicht (mehr) zur Sorge berechtigten – im Rahmen der Abwägung entspricht der verfassungsrechtlich geschützten Stellung eines Elternteils nach Art. 6 Abs. 2 GG.⁴⁷ Der Begriff des mutmaßlichen Willens ist weit zu fassen und letztlich allein von aktuellen Willensäußerungen eines Elternteils abzugrenzen. Neben nicht ausdrücklichen, konkludenten Willensäußerungen umfasst der Begriff auch ausdrückliche Äußerungen eines Elternteils, die jedoch nicht aktuell erfolgen. Unter den Begriff des mutmaßlichen Willens sind daher auch schriftliche Äußerungen eines Elternteils vor seinem Tod zu subsumieren, die nicht in Form einer letztwilligen Verfügung niedergelegt wurden.⁴⁸

Das Familiengericht hat den mutmaßlichen Willen von Amts wegen, etwa durch Anhörung von Personen, die im Kontakt mit dem Elternteil standen, durch Einsichtnahme in Unterlagen etc. zu ermitteln. Stellt das Familiengericht fest, dass ein unterschiedlicher Wille von Vater und Mutter zu mutmaßen ist, hat das Gericht nicht analog § 1776 Abs. 2 BGB dem Willen des zuletzt verstorbenen Elternteils Vorrang vor dem Willen des anderen Elternteils zu geben, sondern diesen Umstand in seiner Abwägung angemessen zu berücksichtigen.⁴⁹ Für die Gewichtung des mutmaßlichen Willens ist ferner von Bedeutung, ob ein Elternteil (teilweise) zur elterlichen Sorge befugt ist bzw. war oder nicht.⁵⁰

Besondere Bedeutung gewinnt der mutmaßliche Wille, wenn mehrere geeignete Personen zur Auswahl stehen, die das Amt ehrenamtlich führen könnten – etwa verschiedene Geschwister eines Elternteils, die Großeltern, Verwandte oder enge Freunde der Eltern.⁵¹ So kann die Berücksichtigung des mutmaßlichen Willens zum Vorrang enger Freunde eines Elternteils vor Verwandten des Kindes führen. Voraussetzung der Beachtung des mutmaßlichen Willens ist in jedem Fall, dass er mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist.⁵²

c) Aktueller Wille eines Elternteils

Die Bedeutung des aktuellen Willens⁵³ eines Elternteils ist von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Besondere Bedeutung kommt dem Willen zu, wenn von weiteren, kontinuierlichen Kontakten zwischen jenem und dem Kind auszugehen ist oder wenn ein Ergänzungspfleger auszuwählen ist und der seinen Willen äußernde Elternteil im Übrigen weiterhin selbst zur elterlichen Sorge befugt ist. Ist ein Ergänzungspfleger wegen des Bestehens eines Interessenskonflikts nach §§ 1795 Abs. 2, 181 BGB auszuwählen, kann das Familiengericht jedoch bei fachlich gleicher Eignung die von dem Elternteil vorgeschlagene Person zugunsten eines Außenstehenden übergehen.⁵⁴ Weniger Gewicht wird dem Willen eines Elternteils beimessen sein, der nie zur elterlichen Sorge befugt gewesen ist und keinen Kontakt zum Kind pflegt. In jedem Fall müssen die Wünsche des Elternteils mit dem Wohl des Kindes vereinbar sein.⁵⁵

d) Bindungen und Wille des Kindes

Die Bindungen des Kindes und sein Wille fließen bereits in die Prüfung der Eignung einer Person ein und sind von besonderer Bedeutung für die Auswahlentscheidung. Dies verdeutlicht

§ 1778 Abs. 1 Nr. 5 BGB, nach der das Familiengericht eine wirksam benannte Person übergehen kann, wenn ein Jugendlicher, der das 14. Lebensjahr vollendet hat, ihrer Auswahl widerspricht.

Wille und Wünschen eines Kindes kommen jedoch weit vor Vollendung des 14. Lebensjahrs Bedeutung zu: Eine gesetzliche Vertretung hat sich am Kindeswohl und an den Interessen des Kindes zu orientieren. Bestandteil von Kindeswohl und Kindesinteressen ist die Berücksichtigung der Wünsche und des Willens des Kindes, seiner wachsenden Fähigkeit und seines wachsenden Bedürfnisses zu selbstständigem verantwortungsbewussten Handeln, § 1626 Abs. 2 BGB. Nichts anderes als für die Führung des Amtes hat für die Auswahl des Amtsträgers zu gelten. Zudem lassen sich ein persönlicher Kontakt und ein Vertrauensverhältnis zu einem Kind nur schwer gegen dessen Willen aufbauen. Es bedarf daher stets – auch bei einem entsprechenden Wunsch eines Elternteils – einer besonderen Begründung, wenn eine Person ausgewählt wird, die das Kind ablehnt.

e) Verwandtschaft und Schwägerschaft mit dem Kind

Mit dem Kind verwandte oder verschwägte geeignete Personen sind bei gleicher Eignung unter Berücksichtigung des im Verhältnis zu Art. 6 Abs. 1 GG erweiterten Familienbegriffs des Art. 8 EMRK und des Art. 7 GRCh grundsätzlich vorrangig⁵⁶ vor anderen ehrenamtlich tätigen Personen und bereits aufgrund des Vorrangs des Ehrenamts vor einer Vereins-, § 1791a Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB, oder einer Amtsvormundschaft, § 1791b Abs. 1 S. 1 BGB,⁵⁷ auszuwählen. Die Verwandten des Kindes väterlicherseits stehen den Verwandten des Kindes mütterlicherseits unabhängig davon gleich, ob der Vater des Kindes jemals zur elterlichen Sorge berechtigt war oder nicht.⁵⁸

Wünschen Großeltern, andere Verwandte und/oder die Eltern eines Kindes die Übernahme der gesetzlichen Vertretung durch die Großeltern oder einen anderen Verwandten, muss sich aus den Gründen der familiengerichtlichen Entscheidung ergeben, warum deren Auswahl nicht möglich war. Von vornherein nicht vorrangig auszuwählen sind Verwandte und Verschwägte, die nicht geeignet sind, etwa da Interessenkonflikte und/oder Bedenken im Hinblick auf die Fähigkeit zur Wahrnehmung der Interessen des Kindes bestehen oder da anzunehmen ist, dass die Verwandten bzw. Verschwägerten die besonde-

46 *Fritsche* [Fn. 34], § 1779 Rz. 9.

47 *OLG Saarbrücken*, FamRZ 2014, 401 [LS.].

48 *BGH*, FamRZ 2013, 1380.

49 *A. A. MünchKomm/Wagenitz* [Fn. 23], § 1779 Rz. 7; *Staudinger/Veit* [Fn. 12], § 1779 Rz. 32.

50 *Staudinger/Veit* [Fn. 11], § 1779 Rz. 34.

51 *Fritsche* [Fn. 33], § 1779 Rz. 7.

52 *OLG Saarbrücken*, FamRZ 2014, 401 [LS.]; *OLG Düsseldorf*, FamRZ 2011, 742.

53 Anhörungspflichten ergeben sich aus § 1779 Abs. 3 S. 1 BGB und § 160 FamFG. Beide Regelungen setzen nicht voraus, dass der Elternteil zur elterlichen Sorge berechtigt ist.

54 *OLG Bremen*, FamRZ 2013, 477.

55 *OLG Saarbrücken*, FamRZ 2014, 401 [LS.]; *OLG Düsseldorf*, FamRZ 2011, 742.

56 *Staudinger/Veit* [Fn. 12], § 1779 Rz. 42.

57 *BVerfG*, FamRZ 2012, 938 = *JAmT* 2012, 342; *BGH*, FamRZ 2013, 1380; *OLG Saarbrücken*, FamRZ 2014, 401 [LS.]; *OLG Düsseldorf*, FamRZ 2010, 1683; *OLG Frankfurt*, FamRZ 2008, 1554; *OLG Hamm*, Beschluss v. 2.1.2006 – 1 UF 207/05 –, juris.

58 *Hamdan* [Fn. 3], § 1779 Rz. 13; *Palandt/Götz*, BGB, 73. Aufl., § 1779 Rz. 9.

ren Bedürfnisse eines Kindes nicht wahrnehmen können, sie Probleme des Kindes wie vorhandene psychosoziale Entwicklungsdefizite beschönigen bzw. nicht zur Kenntnis nehmen,⁵⁹ sie den besonderen erzieherischen Bedürfnissen des Kindes nicht entsprechen können⁶⁰ bzw. da eine andere Person dies deutlich besser kann.⁶¹ Ist eine mit dem Kind verwandte oder verschwägerte Person geeignet, kann das Familiengericht sie übergehen, wenn die Bindungen des Kindes und/oder der (mutmaßliche) Wille der Eltern oder andere besondere Umstände⁶² für die Auswahl einer anderen ehrenamtlich tätigen Person sprechen.

Bei der Auswahl zwischen Verwandten und Verschwägerten und Pflegeeltern in Dauerpflegeverhältnissen ist der Schutz auch der Pflegefamilie als sozialer Familie durch Art. 6 Abs. 1 GG in die Abwägung einzubeziehen. Zudem wird im Idealfall die Stellung als gesetzlicher Vertreter und als sozialer Elternteil durch ein und dieselbe Person wahrgenommen, denn so kann ein Kind erleben, dass die Person, die es im Alltag erzieht, auch rechtlich befugt ist, es zu erziehen.⁶³ Ist von einem Dauerpflegeverhältnis auszugehen, ist daher die Möglichkeit der Auswahl der Pflegeeltern stets zu prüfen.⁶⁴ Würde eine Herausnahme des Kindes aus der Pflegefamilie nicht dessen Wohl dienen,⁶⁵ setzt die Bestellung eines Verwandten/Verschwägerten die Akzeptanz des weiteren Verbleibs des Kindes in der Pflegefamilie und die Möglichkeit und Fähigkeit zur Kooperation mit den Pflegeeltern voraus.

f) Konfession des Kindes

Das religiöse Bekenntnis des Kindes ist als Auswahlkriterium auch heute nicht per se unbeachtlich.⁶⁶ Die Konfession kann – ebenso wie die Konfessionslosigkeit – ein Band zu den Eltern darstellen. Zudem kommt der Konfession – zumindest in bestimmten Regionen – Bedeutung in der alltäglichen Erziehung zu, etwa als Teilnahme des Kindes an der Vorbereitung zur Kommunion, Firmung oder Konfirmation, bei der Tätigkeit als Messdiener etc. Konfessionsgleichheit des Kindes mit seinem gesetzlichen Vertreter bzw. gemeinsame Konfessionslosigkeit kann die religiöse Erziehung bzw. Werteerziehung erleichtern. Allein eine Toleranz gegenüber Religionsausübung bzw. Konfessionslosigkeit ist keine religiöse Erziehung oder Werteerziehung.

4. Auswahl bei Fehlen einer geeigneten Person, die ehrenamtlich tätig wäre

Nach Ansicht der neueren Rechtsprechung⁶⁷ ist eine gesetzliche Vertretung durch einen Verein nicht vorrangig vor einer durch das Jugendamt. Hingegen wird in der Literatur teilweise Subsidiarität – etwa abgeleitet aus der jährlichen Prüfungspflicht des Jugendamts nach § 56 Abs. 4 SGB VIII⁶⁸ – angenommen. Für einen Vorrang der gesetzlichen Vertretung durch einen Verein spricht nach anderer Ansicht – zumindest de lege ferenda – auch ein Vergleich mit dem Betreuungsrecht, denn nach § 1900 Abs. 4 BGB ist die Betreuungsbehörde nur zum Betreuer zu bestellen, wenn kein geeigneter Betreuungsverein zur Verfügung steht.⁶⁹

Nach hier vertretener Auffassung lässt sich aus den Regelungen im SGBVIII als Vorgabe für das Familiengericht nur entnehmen, dass es allein das nach SGBVIII zuständige Jugendamt auswählen kann. Da eine ausdrückliche Normierung des Vorrangs ehrenamtlich tätiger Personen in §§ 1791a, 1791b BGB erst im Rahmen des 2. BtÄndG⁷⁰ v. 21.4.2005 erfolgte, ist zudem von

einer abschließenden Regelung auszugehen. In Übereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung besteht daher nach hier vertretener Ansicht bei gleicher Eignung kein Rangverhältnis⁷¹ zwischen Vereinsvormündern, Berufsvormündern, Vormundschaftsvereinen und dem Jugendamt als gesetzlicher Vertreter.

Bei der Auswahl unter mehreren geeigneten, nicht ehrenamtlich tätigen Personen hat das Familiengericht bei seiner Auswahl ebenfalls die in § 1779 Abs. 2 S. 2 BGB formulierten Vorgaben für die Auswahlentscheidung zu beachten. So kann der Wille eines Elternteils gegen die Bestellung des zuständigen Jugendamts oder eines bekenntnisgebundenen Vereins⁷² oder Vereinsvormunds sprechen.

IV. Fazit

Aus den publizierten Entscheidungen der OLG und des BGH ergibt sich eine relativ einheitliche Auslegung der materiell-rechtlichen Vorgaben für die Auswahlentscheidung: Durchgängig wird vom Vorrang der ehrenamtlichen gesetzlichen Vertretung ausgegangen. Innerhalb der ehrenamtlichen Vertretung sind grundsätzlich mit dem Kind verwandte und verschwägerte Personen vorrangig auszuwählen. Dieser Vorrang relativiert sich insbesondere gegenüber Pflegeeltern in Dauerpflegeverhältnissen, auch da die Pflegefamilie sich als soziale Familie ebenfalls auf den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG berufen kann. Steht keine Person zur Verfügung, die das Amt ehrenamtlich führen würde, besteht bei gleicher Eignung nach der Rechtsprechung kein Vorrang-Nachrang-Verhältnis zwischen einem Vormundschaftsverein, einem Vereinsvormund, einem Berufsvormund oder dem zuständigen Jugendamt.

59 OLG Brandenburg, FamRZ 2013, 54.

60 OLG Saarbrücken, FamRZ 2014, 401 [LS.].

61 OLG Düsseldorf, FamRZ 2010, 1683.

62 OLG Düsseldorf, FamRZ 2010, 1683: Bestellung der Pflegemutter, nicht der Großmutter zum Vormund eines chronisch kranken Kindes mit erheblichen Entwicklungsrückständen.

63 OLG Nürnberg, FamRZ 2012, 1959; OLG Düsseldorf, FamRZ 2011, 742.

64 Salgo/Zenz, FamRZ 2009, 1378, schlagen de lege ferenda einen an bestimmte Bedingungen geknüpften gesetzlichen Vorrang von (Dauer-)Pflegeeltern vor.

65 Maßstab ist bei der Auswahlentscheidung nicht § 1632 Abs. 4 BGB.

66 Vgl. zur Bedeutung für den Gesetzgeber des BGB die Regelung in § 1801 BGB.

67 OLG Karlsruhe, FamRZ 2012, 1955; OLG Hamm, FamRZ 2012, 798; OLG Celle, FamRZ 2011, 1603 = JAmt 2011, 352.

68 Oberloskamp/Schindler [Fn. 26], § 13 Rz. 44; MünchKomm/Wagenitz [Fn. 23], § 1887 Rz. 2.

69 DIJuF-Themengutachten http://www.dijuf.de/tl_files/downloads/2011/2012/DIJuF-Themengutachten_Rechtsfragen_zu_Vereinsvormundschaften_v_20.3.12.pdf.

70 BGBl 2005 I 1073, in Kraft getreten am 1.7.2005.

71 OLG Karlsruhe, FamRZ 2012, 1955; OLG Hamm, FamRZ 2012, 798; OLG Hamm, FamRZ 2010, 1684 = JAmt 2010, 256; OLG Celle, FamRZ 2011, 1603 = JAmt 2011, 352; DIJuF-Gutachten, JAmt 2013, 36; a. A. MünchKomm/Wagenitz [Fn. 23], § 1791b Rz. 3; Palandt/Götz [Fn. 58], § 1791b Rz. 1.

72 MünchKomm/Wagenitz [Fn. 23], § 1779 Rz. 16.