

Göttinger Juristische Schriften

Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp,
Eva Schumann, Barbara Veit (Hg.)

Die große Vormundschaftsreform

16. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2018



Universitätsverlag Göttingen

Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp, Eva Schumann, Barbara Veit (Hg.)
Die große Vormundschaftsreform

Dieses Werk ist lizenziert unter einer
[Creative Commons](#)
[Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen](#)
[4.0 International Lizenz.](#)



erschienen als Band 23 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“
im Universitätsverlag Göttingen 2019

Dagmar Coester-Waltjen,
Volker Lipp,
Eva Schumann,
Barbara Veit (Hg.)

Die große Vormundschaftsreform

16. Göttinger Workshop zum
Familienrecht 2018

Göttinger Juristische Schriften,
Band 23



Universitätsverlag Göttingen
2019

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Kontakt

Prof. Dr. Barbara Veit

E-Mail: sekretariat.veil@jura.uni-goettingen.de

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<https://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar.
Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Lisa Metz, Franziska Thanel

© 2019 Universitätsverlag Göttingen

<https://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-414-7

DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2019-1169>

e-ISSN: 2512-6849

Danksagung

Für die finanzielle Unterstützung des Workshops und der vorliegenden Publikation danken wir dem Bundesministerium der Justiz, der Stiftung zum Wohl des Pflegekindees sowie dem Bundesanzeiger Verlag.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| <i>Barbara Veit</i> Einleitung | 5 |
| <i>Thomas Meyer</i> Eckpunkte der großen Reform zur Personensorge | 9 |
| <i>Dieter Schwab</i> Die Gesamtverantwortung des Vormunds für den Mündel bei gleichzeitiger Aufgabenspaltung | 17 |
| <i>Helga Oberloskamp</i> Neue Personensorge und ihre Herausforderungen für die Kinder- und Jugendhilfe | 35 |
| <i>Werner Dürbeck</i> Neue Personensorge und ihre Herausforderungen für die Familiengerichte | 47 |
| <i>Heike Wunderlich</i> Eckpunkte der großen Reform zur Vermögenssorge | 65 |
| <i>Tobias Fröschle</i> Die Pflicht zur wirtschaftlichen Vermögensverwaltung – alter Wein in neuen Schläuchen oder gelungene Entbürokratisierung? | 77 |
| <i>Dagmar Zorn</i> Genehmigungspflichten und Genehmigungsverfahren – die §§ 1812, 1813 BGB in neuem Gewand? | 95 |

Einleitung

Barbara Veit

Dieser Band vereinigt die Referate des 16. Göttinger Workshops zum Familienrecht, der die aktuelle Diskussion um die Reform des Vormundschaftsrechts aufgegriffen hat. Das Vormundschaftsrecht war bereits Gegenstand unseres neunten Workshops zum Familienrecht im Jahr 2010. Damals stand die sog. kleine Reform des Vormundschaftsrechts im Fokus, die zwar nur sechs kleine Vorschriften umfasste, aber schon zu einem grundlegenden Umdenken und zu Umstrukturierungen vor allem in den Jugendämtern führte.¹ In einem zweiten Schritt sollte, wie bereits damals angekündigt, „eine grundlegende Modernisierung des [gesamten] Vormundschaftsrechts“ vorgenommen werden, um dieses „an die geänderten Rechts- und Lebensverhältnisse [anzupassen]“.²

Dieser Mammutaufgabe – allein im BGB sind 96 Vorschriften davon betroffen – hat sich das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) in den Folgejahren mit Unterstützung einer Expertengruppe gestellt. Auf der Basis eines Eckpunktepapiers, das die Grundlinien der großen Reform skizzierte,³ wurde 2016 der damalige Stand der Arbeiten in Form eines ersten Diskussionsteilentwurfs⁴ der Fachöffentlichkeit zur Verfügung gestellt und seit dem 7.9.2018 liegt nun ein

¹ Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts BGBl. I 2011 S. 1306.

² Generelles Ziel der Reform s. BT-Drucks. (Plenarprotokoll) 17/71, S. 7750 (D); s. auch BT-Drucks. (Plenarprotokoll) 17/105, S. 12067 (D) ff. der 105. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 14.4.2011 (zweite und dritte Lesung, in der der Bundestag den Gesetzentwurf der Bundesregierung in der Fassung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses angenommen hat).

³ ZKJ 2015, 145.

⁴ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 18.08.2016, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_Eckpunkte_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt aufgerufen am 26.04.2019).

zweiter Diskussionsteilentwurf⁵ vor, der eine Novellierung des gesamten Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts enthält. Da die Vorschriften zur Vermögenssorge ins Betreuungsrecht verschoben werden, umfasst dieser auch das gesamte Betreuungsrecht.⁶ Der ganze Entwurf umfasst 256 Seiten, davon sind 71 Seiten reiner Gesetzestext.

Dieser Vorschlag stellt zwar keinen Referentenentwurf dar, da noch Änderungen im SGB VIII sowie dem Verfahrensrecht ausstehen. Aber er kann dennoch schon jetzt als ein „Meilenstein“ eingeordnet werden, handelt es sich doch erstmals um den Versuch einer umfassenden Reform eines Rechtsgebiets, das seit 1900 zwar vielfältige Änderungen erfahren hat,⁷ in seiner Grundstruktur aber seit mehr als 100 Jahren – trotz wiederholt geforderter Änderungen – unverändert geblieben ist. Worum geht es bei dieser Reform?

Sind die Eltern nicht bereit und/oder in der Lage, ihr aus Art. 6 Abs. 2 GG folgendes Erziehungsrecht zum Wohl des Kindes wahrzunehmen, und besteht keine Möglichkeit, die Verantwortung einem Elternteil allein zu belassen, ist der Staat aufgrund seines Wächteramtes (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) als „Ausfallbürge“⁸ gefordert, die Pflege und Erziehung des Minderjährigen einschließlich seiner Vertretung anderweitig sicherzustellen.⁹ Diese Sicherstellung erfolgt durch Anordnung einer Vormundschaft für das betroffene Kind, die Auswahl und Bestellung eines Vormunds, der dann anstelle der Eltern die volle Sorgeverantwortung für das Kind übernimmt. Das Gesetz setzt, um eine möglichst persönliche und individuelle Betreuung des Kindes wie in seiner Herkunftsfamilie zu gewährleisten, auf die Vormundschaft durch eine natürliche Person (sog. Einzelvormund), die für den Mündel ähnlich sorgt wie Eltern für ihr Kind,¹⁰ also idealiter das Kind selbst pflegt und erzieht.

Zu diesem Idealbild passt die Realität schon lange nicht mehr. Schätzungen zufolge standen Ende 2014 ca. 88.000 Minderjährige unter Vormundschaft und Pflegschaft.¹¹ 84 % dieser Vormundschaften wurden vom Jugendamt geführt, sodass der

⁵ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 07.09.2018, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf;jsessionid=2A9F5222308CC915D45BA6C778B44248.2_cid334?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt aufgerufen am 26.04.2019); im Folgenden zitiert als „2. Diskussionsteilentwurf“.

⁶ Hinzu kommen Neuvorschläge zum Vergütungsrecht im VBVG, s. 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 5), S. 61 ff.

⁷ Überblick bei Schwab, in: Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löbnig (Hrsg.), Vormundschaft in Europa, 2016, S. 38 ff.

⁸ Jestaedt, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), 2. Familienrechtliches Forum Göttingen 2012, S. 13, 21.

⁹ Diese Pflicht ergibt sich auch aus der rechts- und sozialstaatlichen Verpflichtung des Staates (Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 GG), die Menschenwürde und die Grundrechte eines Menschen zu schützen (Staudinger/Veit, BGB [2014], Vor §§ 1773 ff. Rn. 1).

¹⁰ Reichstagsprotokolle 1920 Aktenstück Nr. 1666 S. 1253 (zum Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Reichsjugendwohlfahrtsgesetz); s. auch BVerfGE 54, 251, 269.

¹¹ Zu den Zahlen näher Veit, FamRZ 2016, 2045, 2046 Fn. 25; s. weiter Oberloskamp, in: Oberloskamp, Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 53 ff.

statistische Regelfall die Amtsvormundschaft bzw. -pflegschaft darstellt.¹² Anders als im Idealfall der Sorge durch eine Einzelperson, die das Kind selbst pflegt oder erzieht oder bei Fremdpflege hierzu jederzeit bereit oder in der Lage wäre, ist diese Möglichkeit beim Jugendamt als Vormund von vornherein versperrt. Der mit der Führung der Vormundschaft betraute Mitarbeiter des Jugendamtes erzieht nicht das Kind, sondern sorgt für seine Pflege und Erziehung durch Pflegeeltern bzw. eine Heimeinrichtung. Bis 2011 stand bei der Amtsvormundschaft die anonymisierte Verwaltung im Vordergrund, sprich der mit der Führung der Vormundschaft betraute Mitarbeiter sicherte zwar Fachlichkeit i.S. eines professionellen Handelns, aber nicht die Fachlichkeit i.S. eines persönlichen und umfassenden Eingehens auf den Mündel, die gerade Einzelvormünder auszeichnet.¹³ Es musste erst zu den traurigen Misshandlungs- und Todesfällen von unter Amtsvormundschaft stehenden Kindern kommen, bevor der Gesetzgeber begann, erste Schwachstellen im Bereich der Personensorge zu beseitigen. Mit der sog. großen Reform¹⁴ soll nun die 2011 bereits begonnene Verbesserung der Personensorge sowie eine Modernisierung der Vermögenssorge vorgenommen werden.

Einen Überblick über die geplanten Neuerungen im Bereich der Personen- und Vermögenssorge geben die Beiträge von *Meyer* und *Wunderlich*.

Schwab setzt sich in seinem Beitrag näher mit dem Grundsatz der Gesamtverantwortung des Vormunds auseinander, auf dem der gesamte Diskussionsteilentwurf basiert.¹⁵ Schon beim letzten Workshop übte er Kritik an den mit der kleinen Reform geschaffenen Neuregelungen (§§ 1793 Abs. 1a, 1800 S. 2 BGB), da diese zu stark dem alten Idealbild einer vollen Gesamtverantwortung aller Vormünder verhaftet blieben und forderte eine grundlegende Neustrukturierung der Personensorge, ausgehend von der tatsächlich gelebten Sorgeverantwortung, die in den meisten Fällen zwischen Vormund und tatsächlich pflegender Person (Pflegefamilie oder Heim) aufgespalten ist.¹⁶ Seine Reformvorschläge stießen aber in der Praxis und Literatur überwiegend auf Ablehnung und sind nun auch in der Begründung des zweiten Entwurfs ausdrücklich abgelehnt worden.¹⁷ Vielmehr spricht sich dieser für die Beibehaltung der Gesamtverantwortung aller Vormünder unabhängig davon aus, ob diese den Mündel selbst pflegen und erziehen; zugleich wird versucht, die Rechtsstellung der tatsächlich pflegenden Person zu stärken. Ob und inwieweit dieses neue Konzept aus seiner Sicht dogmatisch stimmig ist, verrät *Schwab* in seinem Beitrag.

¹² *Oberloskamp*, FamRZ 1988, 7; *dies*, in: Oberloskamp (Fn. 11), § 1 Rn. 51 ff.; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 70 Rn. 18–20; *Gojowczyk*, Rpfleger 2013, 1, 2; *Wiesner/Walther*, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 55 Rn. 63; *Erman/Schulte-Bunert*, BGB, 15. Aufl. 2017, Vor §§ 1773 ff. Rn. 5.

¹³ OLG Nürnberg FamRZ 2012, 1959, 1960; zu dieser Unterscheidung *Oberloskamp*, FamRZ 1988, 7, 21.

¹⁴ *Veit*, FamRZ 2019, 337 f.

¹⁵ Näher 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 5), S. 78.

¹⁶ *Schwab*, in: *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit* (Hrsg.), 9. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2010, 2011, S. 30, 32 ff.

¹⁷ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 5), S. 78.

Oberloskamp setzt sich ebenfalls – und zwar aus der Perspektive der Kinder- und Jugendhilfe – kritisch mit dem neuen Konzept der Personensorge auseinander und hinterfragt u.a., ob es der neu geschaffenen Rechtsfiguren der Pflegeperson als Pfleger (§ 1778 BGB-E) und des zusätzlichen Pflegers (§ 1777 BGB-E) überhaupt bedarf.

Je stärker die Sorgeverantwortung auf mehrere Schultern verteilt wird und etwa die Pflegeperson in die Sorgeverantwortung neben dem Vormund eingebunden wird, desto größer ist das Konfliktpotential. Umso stärker sind dann die Gerichte gefordert, sei es in ihrer Kontrollfunktion oder als Streitschlichter bzw. -entscheider. Ob und inwieweit der Entwurf für diese Probleme tragfähige Lösungen bereitstellt, ist Gegenstand des Beitrags von *Dürbeck*.

Aus dem großen Komplex der Vermögenssorge nimmt der Beitrag von *Frösche* die zentrale Pflicht des Vormunds zur wirtschaftlichen Vermögensverwaltung (s. § 1811 S. 2 BGB) in den Blick und fragt, ob und inwieweit der Entwurf diese Pflicht und hierauf aufbauende weitere Pflichten (etwa diejenige zur mündelsicheren Anlage von Mündelgeld) dogmatisch stimmig ausgestaltet und es den Entwurfsfassern gelungen ist, das selbst gesteckte Ziel zu erreichen, die Vermögenssorge zu entbürokratisieren und zu modernisieren.¹⁸

Der Beitrag von *Zorn* beschäftigt sich mit den Möglichkeiten und Grenzen des Vormunds, über Geldforderungen und Wertpapiere des Mündels zu verfügen (§§ 1812, 1813 BGB), etwa Forderungen abzutreten, Geld entgegenzunehmen, Konten aufzulösen usw. Dabei geht es nicht nur um die Herausarbeitung der einzelnen Neuerungen des Entwurfs, sondern auch deren kritische Bewertung mit Blick auf die Bedürfnisse der Rechtspraxis.

Insgesamt lag der Veranstaltung damit ein umfangreiches Themenspektrum zugrunde, das in erster Linie den Referenten einiges abverlangte, da ihnen der Entwurf erst wenige Wochen vor dem Workshop zur Verfügung gestellt werden konnte und sie diesen daher in relativ kurzer Zeit einer kritischen Analyse unterwerfen mussten. Dass wir an dem Tag so intensiv in interdisziplinärer Runde diskutieren konnten, verdanken wir in erster Linie ihnen, aber auch den zahlreichen Teilnehmern aus unterschiedlichsten Disziplinen und Professionen. Dank gebührt den Referenten auch für ihre Beiträge in diesem Band. Für die großzügige Förderung danken wir dem BMJV, der Stiftung zum Wohl des Pflegekindes und dem Bundesanzeiger Verlag, ohne deren Förderung die Tagung nicht möglich gewesen wäre. Nicht zuletzt danke ich den Mitarbeitern meines Lehrstuhls, ohne die weder der Workshop noch dieses Buch möglich gewesen wären.

¹⁸ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 5), S. 86.

Eckpunkte der großen Reform zur Personensorge

Thomas Meyer

| | | |
|------|---|-----------|
| I. | <i>Der Reformprozess bis zum zweiten Diskussionsteilentwurf vom 3. September 2018.....</i> | <i>10</i> |
| 1. | Anlass der Reform | 10 |
| 2. | Die Eckpunkte vom 13.10.2014 | 11 |
| 3. | Der erste Diskussionsteilentwurf vom 18. August 2016 | 11 |
| II. | <i>Wichtige Punkte aus dem zweiten Diskussionsteilentwurf vom 3. September 2018.....</i> | <i>12</i> |
| 1. | Der vorläufige Vormund, § 1782 BGB-E..... | 12 |
| 2. | Vormundschaftsverein, Vereinsvormund und Vergütung | 13 |
| 3. | Verbesserung der Rechtsstellung der Pflegeperson | 13 |
| a) | Allgemeine Zusammenarbeit von Vormund und Pflegeperson | 14 |
| b) | Entscheidungsbefugnis der Pflegeperson in Angelegenheiten des täglichen Lebens bei längerem Pflegeverhältnis (§ 1798 BGB-E) | 14 |
| c) | Die Pflegeperson als Pfleger nach § 1778 BGB-E..... | 15 |
| 4. | Rückgriff beim Mündel | 15 |
| 5. | Die Neustrukturierung der Vermögenssorge | 16 |
| III. | <i>Weiteres Vorgehen</i> | <i>16</i> |

I. Der Reformprozess bis zum zweiten Diskussionsteilentwurf vom 3. September 2018

1. Anlass der Reform

Das Vormundschaftsrecht stammt in weiten Teilen noch aus der Entstehungszeit des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Das BGB ist am 1. Januar 1900 in Kraft getreten. In mehr als 100 Jahren hat sich aber die gesellschaftliche Realität in der Vormundschaft grundlegend verändert. Das Leben ist anders als es der Gesetzgeber des ausgehenden 19. Jahrhunderts regelte:

- Ein Vormund wird meistens nicht aus dem Grund bestellt, dass die Eltern des Kindes verstorben sind, sondern weil den Eltern das Sorgerecht entzogen wurde.
- In ca. 80 % der Fälle wird das Jugendamt zum Amtsvormund bestellt; der ehrenamtliche Einzelvormund ist die Ausnahme.
- Die Entscheidungen des Vormunds betreffen schwerpunktmäßig die Personensorge. Der Mündel hat in aller Regel kein Vermögen. Dennoch wird die Vermögenssorge im Gesetz aus historischen Gründen sehr detailliert geregelt.

Diesen Realitäten wird das Vormundschaftsrecht in seiner gegenwärtigen Form nicht hinreichend gerecht. Fragen nach Erziehungszielen oder Grundsätzen für die Führung der Vormundschaft lässt das Gesetz unbeantwortet, während es gleichzeitig detailliert besondere Vermögensanlageformen regelt, die noch dazu auf dem Kapitalmarkt heute nicht mehr üblich sind. Man denke dabei nur an die Anlage in Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen (vgl. § 1814 S. 2 BGB). Auch die mündelsichere Anlage in Forderungen, für die eine sichere Hypothek an einem inländischen Grundstück besteht (§ 1807 Abs. 1 Nr. 1 BGB), ist unüblich.

Darüber hinaus haben sich in der Vormundschaftspraxis in den vergangenen Jahren Defizite herausgestellt. Mehrere tragische Todesfälle von Kindern, die unter Vormundschaft standen, waren trauriger Anlass, die Begleitumstände genau zu untersuchen und Schlussfolgerungen für eine Qualitätsverbesserung in der Vormundschaft zu ziehen.

Mit dem Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 29. Juni 2011 hat der Gesetzgeber den persönlichen Kontakt zwischen Vormund und Mündel gestärkt. Bis dahin war ein Amtsvormund durchschnittlich für 60 bis 120 Mündel verantwortlich. Mit der Fallzahlbegrenzung in der Amtsvormundschaft auf 50 Vormundschaften und dem neuen § 1793 Abs. 1a BGB, der dem Vormund den monatlichen persönlichen Kontakt zu seinem Mündel vorschreibt, soll ein Vertrauensverhältnis zwischen Vormund und Mündel aufgebaut und dauerhaft gefördert werden.

Diese Änderung sollte aber nur ein erster Schritt sein. Die Aufgaben all derjenigen, die in der Praxis mit Vormundschaften beschäftigt sind, und der vom Gesetz vorgegebene Rahmen passen nur unzureichend zusammen. Das gilt für die Personensorge und die Vermögenssorge des Vormunds, aber auch für die Ausgestaltung der Amtsvormundschaft. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat aus dem Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD für die 18. und 19. Legislaturperiode einen entsprechenden Auftrag. Dort heißt es: „Wir werden das Vormundschaftsrecht modernisieren.“

Seit April 2013 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz intensiv mit einer Expertengruppe diskutiert, wo im Einzelnen Reformbedarf besteht und vor allem wie die Probleme gelöst werden könnten. Das Ergebnis waren die ersten Eckpunkte.

2. Die Eckpunkte vom 13.10.2014

Die Eckpunkte enthielten folgende wesentliche tragende Grundzüge für eine Vormundschaftsrechtsreform:

- Stärkung der Personensorge des Vormunds
- Stärkung der personellen Ressourcen in der Vormundschaft
- Qualitätsverbesserung in der Amtsvormundschaft
- Modernisierung und Entbürokratisierung der Vermögenssorge des Vormunds
- Vereinfachung des Gesetzesaufbaus im Vormundschafts-, Betreuungs- und Pflegschaftsrecht

Die Eckpunkte wurden mit dem ersten Diskussionsteilentwurf vom 16. August 2016 teilweise umgesetzt.

3. Der erste Diskussionsteilentwurf vom 18. August 2016¹

Der erste Diskussionsteilentwurf enthielt die wesentlichen Grundlagen der eigentlichen Vormundschaftsrechtsreform, nämlich Regelungsvorschläge zur Begründung, zur Führung und zum Ende der Vormundschaft.

Im Einzelnen ist die Stärkung der Personensorge hervorzuheben. Damit soll zum einen die Subjektstellung des Mündels mit einem Katalog von Rechten (§ 1789 BGB-E) verdeutlicht werden. Der Katalog der Mündelrechte korrespondiert mit den Pflichten des Vormunds bei der Amtsführung (§ 1791 BGB-E). Zum anderen soll damit also die Verantwortung des Vormunds für die Erziehung des Mündels hervorgehoben werden.

¹ Überblick hierzu *Veit/Marchblewski*, FamRZ 2017, 779 ff.

Die Personensorge des Vormundes wird nach dem Vorschlag des Diskussionsentwurfes ausdrücklich im Vormundschaftsrecht geregelt (§ 1790 BGB-E). Nach geltendem Recht ergeben sich die Rechte und Pflichten von Mündel und Vormund nur indirekt durch Verweisungen auf das Kindschaftsrecht.

II. Wichtige Punkte aus dem zweiten Diskussionsentwurf² vom 3. September 2018

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat die Stellungnahmen insbesondere der Länder und Verbände zum ersten Diskussionsentwurf³ ausgewertet und die bereits vorhandenen Vorschriften überarbeitet. Hervorzuheben sind hier folgende Vorschläge:

1. Der vorläufige Vormund, § 1782 BGB-E

Mit der Reform sollen geeignete Rahmenbedingungen geschaffen werden, um bei der Auswahl des Vormunds besser auf die Bedürfnisse des Mündels eingehen zu können. Die Auswahlkriterien, an denen sich das Familiengericht zu orientieren hat, finden sich in § 1779 BGB-E. Der am besten geeignete Vormund ist auszuwählen, falls die Eltern keinen Vormund benannt haben. Dabei ist der Wille des Mündels, seine familiären Beziehungen, seine persönlichen Bindungen, sein religiöses Bekenntnis und sein kultureller Hintergrund zu berücksichtigen. Auch der wirkliche oder mutmaßliche Wille der Eltern und die Lebensumstände des Mündels sind in Betracht zu ziehen.

Um den am besten geeigneten Vormund für den Mündel zu finden, soll das Familiengericht zunächst einen vorläufigen Vormund gemäß § 1782 BGB-E bestellen, wenn die Ermittlungen im Hinblick auf den geeigneten Vormund noch nicht abgeschlossen sind. Als vorläufiger Vormund kommen sowohl das Jugendamt als Amtsvormund oder ein Vormundschaftsverein in Betracht. Mit diesem Vorschlag soll der verbreiteten Praxis, mehr oder weniger ungeprüft das Jugendamt als Amtsvormund zu bestellen, entgegengewirkt werden. Dem Familiengericht soll die Möglichkeit gegeben werden, unter Mithilfe des Jugendamtes möglichst einen geeigneten ehrenamtlichen Vormund zu finden und zu bestellen. Für diese Suche hat das Familiengericht grundsätzlich drei Monate Zeit, danach soll es einen „endgültigen“ Vormund bestimmen. Diese Frist kann um weitere drei Monate verlängert werden.

² Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 07.09.2018, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf;jsessionid=2A9F5222308CC915D45BA6C778B44248.2_cid334?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt aufgerufen am 26.04.2019).

³ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 18.08.2016, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_Eckpunkte_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt aufgerufen am 26.04.2019).

Findet sich kein besonders geeigneter Vormund, so kann auch das Jugendamt als Amtsvormund oder ein Mitarbeiter eines Vormundschaftsvereins als Vereinsvormund bestellt werden.

2. Vormundschaftsverein, Vereinsvormund und Vergütung

Im Gegensatz zum geltenden Recht (vgl. § 1791a BGB) kann der Vormundschaftsverein nur noch als vorläufiger Vormund bestellt werden, § 1775 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E. Dies dient der weiteren Personalisierung der Vormundschaft. Mit Ausnahme des Jugendamtes darf nur eine vom Familiengericht selbst ausgewählte Person als Vormund bestellt werden. Dem Vormundschaftsverein als vorläufiger Vormund wird abweichend vom geltenden Recht (§ 1836 Abs. 3 BGB) eine Vergütung zugebilligt, § 3b Abs. 1 S. 2 VBVG-E.

Um die Entwicklung in der Rechtsprechung umzusetzen, schlägt der Entwurf den persönlich vom Gericht bestellten Vereinsvormund vor (§ 1775 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E). Der Entwurf folgt damit dem geltenden Betreuungsrecht, das mit dem vom Gericht ausgesuchten Vereinsbetreuer statt der Bestellung des Betreuungsvereins durchaus positive Erfahrungen gemacht hat. Dem Vormundschaftsverein, bei dem der Vereinsvormund beschäftigt ist, steht ein Vergütungsanspruch zu. Damit setzt der Entwurf in § 3b Abs. 1 S. 1 VBVG-E die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁴ und der vorangegangenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁵ um.

3. Verbesserung der Rechtsstellung der Pflegeperson

Die Vorschläge des Entwurfs zur Rechtsstellung der Pflegepersonen in der Vormundschaft haben zwei Ausgangspunkte.

Erster Ausgangspunkt:

In der Rechtswirklichkeit leben Mündel in der Regel nicht beim Vormund – schon gar nicht beim Amtsvormund –, sondern in einer Pflegefamilie und dort häufig in Dauerpflege. Die Pflegefamilie erzieht, pflegt und beaufsichtigt den Mündel. Die Pflegefamilie hat den intensivsten Kontakt zum Mündel und kennt dessen Bedürfnisse am besten. In vielen Fällen ist eine Rückkehr des Mündels zu seinen Eltern wegen deren dauernder Unfähigkeit zur Erziehung und Pflege des Mündels ausgeschlossen. Das geltende Vormundschaftsrecht berücksichtigt das nicht ausreichend. Der Entwurf will diesen tatsächlichen Umständen Rechnung tragen. Warum allerdings Pflegefamilien bei Dauerpflegeverhältnissen nicht die Vormundschaft selbst übernehmen oder das Pflegekind adoptieren (vgl. § 33 SGB VIII, nach dem dem

⁴ BGH v. 25.05.2011 – XII ZB 625/10, juris Rn. 24 ff., FamRZ 2011, 1394, 1396 f.

⁵ BVerfG v. 11.11.1999 – 1 BvR 122/94, juris Rn. 14, FamRZ 2000, 414 f.

Dauerpflegling eine auf Dauer angelegte Lebensform zu bieten ist) bleibt offen und wird vom Entwurf nicht entschieden.

Zweiter Ausgangspunkt:

Die tragischen Fälle, in denen Mündel trotz Vormundschaft zu Schaden gekommen sind, haben gezeigt, dass die Zersplitterung von Zuständigkeiten gefährlich ist. Sie kann dazu führen, dass sich jeder Beteiligte auf den jeweils anderen verlässt. Im Ergebnis kümmert sich niemand und das Kind kommt zu Schaden. Deshalb soll immer klar sein, dass der Vormund auch noch eine Gesamtverantwortung für das Kind trägt, wenn es neben ihm andere sorgeverpflichtete Personen gibt.

Die Einbeziehung der Pflegeperson erfolgt in mehreren Stufen:

a) Allgemeine Zusammenarbeit von Vormund und Pflegeperson

Der Vormund hat auf die Belange der Pflegeperson Rücksicht zu nehmen (§ 1797 Abs. 1 S. 1 BGB-E). Gegen diese Verpflichtung verstößt der Vormund, wenn er z.B. ständig unangemeldet in der Pflegefamilie erscheint, um zu kontrollieren, ob sein Mündel um 22:00 Uhr schläft. Bei Entscheidungen in der Personensorge soll der Vormund die Auffassung der Pflegeperson einbeziehen (§ 1797 Abs. 1 S. 2 BGB-E). Die Pflegeperson kann durch den täglichen Kontakt mit dem Mündel häufig gut einschätzen, welche Maßnahmen dem Mündel dienen. Diese Erkenntnisquelle soll in jedem Fall genutzt werden.

Weiterhin sind Vormund und Pflegeperson zur gegenseitigen Information und zur Zusammenarbeit im Interesse des Mündels verpflichtet (§§ 1797 Abs. 2, 1793 Abs. 2 BGB-E). Vernünftige Entscheidungen zum Wohle des Mündels können Vormund und Pflegeperson nur treffen, wenn sie auf der einen Seite informiert sind und auf der anderen Seite nicht gegeneinander arbeiten.

b) Entscheidungsbefugnis der Pflegeperson in Angelegenheiten des täglichen Lebens bei längerem Pflegeverhältnis (§ 1798 BGB-E)

Die vorgeschlagene Regelung entspricht dem geltenden § 1688 Abs. 1 S. 1 BGB im Verhältnis der Eltern zu den Pflegeeltern. Die Pflegeperson handelt als Vertreter des Vormundes. Damit wird einerseits der Vormund von Alltagsgeschäften entlastet, andererseits wird die Rechtsstellung der Pflegeeltern auch ohne eine ausdrückliche Vollmachterteilung durch den Vormund gestärkt. Der Vormund kann die Befugnisse einschränken oder ausschließen, § 1798 Abs. 3 BGB-E.

Der Vorschlag sollte in der Praxis keine Probleme aufwerfen, da § 1688 BGB bereits jetzt entsprechend angewandt wird.

c) Die Pflegeperson als Pfleger nach § 1778 BGB-E

Eine zusätzliche und weitergehende Möglichkeit zur Betonung der tatsächlichen Rolle der Pflegeperson in der Rechtswirklichkeit folgt aus dem Vorschlag, die Pflegeperson zu einem Pfleger mit eigenen und nicht nur vom Vormund abgeleiteten Rechten zu bestellen. Bei diesem in § 1778 BGB-E vorgeschlagenen Modell soll die Pflegeperson grundsätzlich allein entscheiden. Sie ist dann ein Pfleger entsprechend dem Ergänzungspfleger gemäß § 1909 BGB. Im Entwurf findet sich die Rechtsstellung des Pflegers in § 1810 BGB-E; für diesen Ergänzungspfleger gilt gemäß § 1813 BGB-E das Vormundschaftsrecht.

In jedem Fall bleiben Vormund und Pfleger zu gegenseitiger Information und Zusammenarbeit im Interesse des Mündels verpflichtet, § 1793 Abs. 2 BGB-E.

Um die Gesamtverantwortung des Vormundes für den Mündel aufrechtzuerhalten, werden Sorgeangelegenheiten von erheblicher Bedeutung für den Mündel der Pflegeperson und dem Vormund nur gemeinsam übertragen, § 1778 Abs. 2 BGB-E. In diesen Fällen entscheiden sie in gegenseitigem Einvernehmen, § 1793 Abs. 4 BGB-E. Können sie sich nicht einigen, entscheidet das Gericht in der Sache, § 1794 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E. Das Gericht überträgt nicht etwa die Entscheidungsbefugnis einem der Beteiligten.

Um einer Zersplitterung der Sorgebefugnisse entgegenzuwirken, ist eine Einschränkung vorgesehen. Die Pflegeperson darf nicht zum Pfleger nach § 1778 BGB-E bestellt werden, wenn – wie häufig – das Familiengericht den Eltern die Sorge nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vollständig, sondern nur teilweise entzogen hat und deshalb kein Vormund, sondern ein Ergänzungspfleger für das Kind tätig wird. Die gleiche Einschränkung gilt, wenn neben dem Vormund schon ein zusätzlicher Pfleger nach § 1777 BGB-E bestellt wurde, vgl. § 1778 Abs. 4 S. 2 BGB-E. Der Entwurf will vermeiden, dass zu viele Personen Verantwortung für den Mündel tragen, nämlich im Falle des § 1778 BGB-E neben den Eltern mit ihrer „Restsorge“ und dem Ergänzungspfleger auch noch die Pflegeperson als Pfleger oder der zusätzliche Pfleger nach § 1777 BGB-E.

4. Rückgriff beim Mündel

Nach geltendem Recht muss der Mündel die Kosten der Vormundschaft selbst tragen (vgl. § 1835 BGB). An diesem Grundsatz will der Entwurf nichts ändern, § 1809 BGB-E, § 1 Abs. 3 VBVG.

Bei Mittellosigkeit des Mündels tritt die Staatskasse ein (vgl. § 1835 Abs. 4 BGB). Die Staatskasse kann gemäß § 1836e BGB Rückgriff beim Mündel nehmen. Es wird als unbefriedigend empfunden, wenn der gerade volljährig gewordene Mündel aus seinem ersten Einkommen die Kosten seiner Vormundschaft ersetzen muss. Deshalb schlägt der Entwurf vor, den Rückgriff der Staatskasse auf den Mündel auszuschließen. Dazu wird in der Verweisungskette des § 1809 Abs. 1 BGB-E die Rück-

griffsvorschrift des § 1880 BGB-E ausgenommen. Der erwachsen gewordene Mündel kann daher nicht in Anspruch genommen werden, selbst wenn er als Sportler oder Künstler ein erhebliches Einkommen erzielt.

5. Die Neustrukturierung der Vermögenssorge

Da bei der Neukonzeption der Vormundschaft in Abkehr vom geltenden Recht der Schwerpunkt nicht mehr auf der Vermögenssorge, sondern auf der Personensorge liegt, wird die Vermögenssorge in das Betreuungsrecht, und zwar in die §§ 1837–1860 BGB-E verlagert. Im Betreuungsrecht spielt die Vermögenssorge für die Betreuten eine wichtige Rolle, während sie in der Vormundschaft bei den meist mittellosen Mündeln von deutlich untergeordneter Bedeutung ist. Wesentliche Grundsätze der „neuen“ Vermögenssorge sind die Umstellung auf weitestgehend bargeldlose Verwaltung (vgl. § 1842 BGB-E), die Verwaltung von Wertpapieren möglichst im Depot (vgl. § 1844 BGB-E) und der Verzicht auf die regelmäßig zulässigen mündelsicheren Anlagen gemäß § 1807 BGB zugunsten der verzinslichen Anlage auf einem Konto bei einem Kreditinstitut (vgl. § 1843 Abs. 2 BGB-E).

III. Weiteres Vorgehen

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz wird zunächst die Stellungnahmen der Länder und Verbände sowie die Ergebnisse verschiedenster Veranstaltungen zum zweiten Diskusstextentwurf auswerten. Der Entwurf wird entsprechend überarbeitet. Im Entwurf fehlen auch noch die unbedingt erforderlichen Folgeänderungen im FamFG sowie im SGB VIII. Weitere Folgeänderungen sind nicht zuletzt im BGB notwendig.

Derzeit läuft im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz ein umfangreiches Diskussionsverfahren zur Verbesserung der Qualität in der rechtlichen Betreuung. Soweit sich aus diesem Diskussionsprozess konkrete Änderungsvorschläge für das Betreuungsrecht ergeben, müssen diese mit dem Projekt „Vormundschaftsrechtsreform“ angemessen verzahnt werden. Es ist der Praxis nicht zuzumuten, im Vormundschafts- und Betreuungsrecht zwei Änderungen hintereinander zu verarbeiten.

Die Gesamtverantwortung des Vormunds für den Mündel bei gleichzeitiger Aufgabenspaltung

Dieter Schwab

| | | |
|------|--|----|
| I. | Von der „Gesamtverantwortung“ zur „Mitverantwortung“ | 18 |
| II. | Die strategische Gesamtverantwortung des Vormunds nach dem Entwurf 2016 | 20 |
| 1. | Alleinsorge des Pflegers mit „Berücksichtigungspflicht“ | 20 |
| 2. | Probleme..... | 21 |
| a) | Was bedeutet „berücksichtigen“?..... | 21 |
| b) | Die Durchsetzung der „Berücksichtigung“ | 22 |
| III. | Die neue Fassung des § 1778 BGB nach dem Entwurf 2018 | 23 |
| 1. | Das Mitsorgerecht | 23 |
| 2. | Vorteile und Probleme | 25 |
| a) | Gegenstand der Übertragung..... | 25 |
| b) | Die Entscheidung des Gerichts..... | 26 |
| 3. | Doppelte Zuständigkeit für die Alltagsorge? | 27 |
| IV. | Die Zusatzpflegschaft – ein Rest von „strategischer Gesamtverantwortung“ | 29 |
| 1. | Von der „Berücksichtigung“ zur „Einbeziehung“ | 29 |
| 2. | Meinungsverschiedenheiten – was entscheidet das Gericht? | 31 |
| V. | Fazit..... | 32 |

I. Von der „Gesamtverantwortung“ zur „Mitverantwortung“

Worüber ich sprechen sollte, hieß ursprünglich „Strategische Gesamtverantwortung bei gleichzeitiger Aufgabenspaltung – ein dogmatisches Novum“. Der Terminus „strategische Gesamtverantwortung“ war der Begründung zum ersten Diskussionsentwurf zur Reform des Vormundschaftsrechts entnommen, den das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz am 18. August 2016 der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hatte.¹ Im zweiten Diskussionsentwurf vom September 2018² ist die „Strategie“ aus dem Text des Ministeriums verschwunden und auch der damit korrespondierende Normvorschlag völlig verändert.

Die schon angestellten Recherchen zum Gebrauch des Strategiebegriffs im Recht waren damit nicht mehr aktuell. Das war schade, denn die Karriere, die Strategie – einst ein militärischer Begriff (griechisch *strategos* = Feldherr) – in neuerer Zeit erfahren hat, wäre ein reizvolles Thema gewesen. Offenkundig breitet sich der Terminus heute geradezu rasant aus, im politischen Dialekt, in der Werbesprache und auch in Rechtsdokumenten. „Strategisch“ denken und handeln wird modisch. Ein juristisches Buch, das in den Titel die Strategie einflacht (z.B. statt Kindeswohl „Strategien des Kindeswohls“) scheint sich von vornherein größere Absatzchancen zu sichern. Nun also ist die Strategie im Diskussionsentwurf weg und die „Gesamtverantwortung“ wird in der neuen Entwurfsbegründung überwiegend als „Mitverantwortung“ wiedergegeben.³ Die Terminologie ist verändert, das Problem geblieben.

Worum geht es? Ein Vormund ersetzt die nicht vorhandenen oder nicht einsatzfähigen Eltern eines minderjährigen Kindes. Daher sind Funktion und Rechtsstellung des Vormunds der elterlichen Sorge nachgebildet: Dem Gegenüber und Miteinander von Kind und Eltern entspricht dasjenige von Kind und Vormund. Dieser „pflegt und erzieht“ den Mündel (wie die Entwürfe noch immer sagen)⁴ wie sonst die Eltern das Kind, mit dem Unterschied, dass der Vormund dem Kind nicht unterhaltspflichtig ist und vom Staat etwas strenger beaufsichtigt wird. Im Übrigen besteht Parallelität.

¹ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 18.08.2016, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_Eckpunkte_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt aufgerufen am 26.04.2019); im Folgenden zitiert als „1. Diskussionsentwurf“, siehe dort S. 20; zur Reform *Veit*, FamRZ 2016, 2045; *Veit/Marblewski*, FamRZ 2017, 779.

² Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 07.09.2018, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf?jsessionid=2A9F5222308CC915D45BA6C778B44248.2_cid334?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt aufgerufen am 26.04.2019); im Folgenden zitiert als „2. Diskussionsentwurf“; dazu: *Veit*, FamRZ 2019, 337.

³ 2. Diskussionsentwurf (Fn. 2), S. 116 und öfter.

⁴ Vgl. etwa § 1796 Abs. 1 BGB-E: 1. Diskussionsentwurf (Fn. 1), S. 11; 2. Diskussionsentwurf (Fn. 2), S. 17.

Deshalb umschrieben die Schöpfer des BGB die Grundpflichten des Vormunds mit denselben Worten wie diejenigen der Eltern⁵ und sorgten zudem durch die berühmten Querverweisungen für weitgehenden Gleichklang. Freilich entsprach die Vorstellung, dass der Vormund elterngleich das Kind „pflegt und erzieht“, schon um 1900 nicht mehr ganz der Realität und entfernte sich von ihr im Laufe der Zeit mit großen Schritten. Heute, da etwa 80 Prozent der Vormundschaften durch die Jugendämter geführt werden,⁶ tritt an die Stelle des Gegenübers von Kind und Vormund eine Begegnung des Kindes mit einer komplexen Personenmehrheit, um nicht zu sagen: mit einer bürokratischen Struktur, die hier näher zu beschreiben dem Tragen von Eulen nach Göttingen gleich käme.

Die Diskrepanz zwischen der juristischen Konstruktion und der Realität ist der berechtigte Anlass zu den aktuellen Reformbestrebungen, zu dem die Göttinger Symposien wichtige Anstöße geleistet haben.⁷ Ziel ist es unter anderem, das Auseinanderfallen von *tatsächlicher* Sorge für ein Kind und *rechtlicher* Kompetenz zu überwinden.

Einiges in dieser Richtung ist schon durch die Reform des Vormundschaftsrechts im Jahre 2011 geschehen,⁸ die darauf abzielte, den persönlichen Einsatz des Vormunds für das Kind zu steigern, unter anderem durch die Pflicht zu fortlaufendem persönlichen Kontakt (§ 1793 Abs. 1a BGB). Nun sieht man aber ein, dass auch mit einem Monatstreffen nicht das geleistet werden kann, was man „Pflege und Erziehung des Kindes“ nennt und so wird nach weiteren Strukturveränderungen gesucht.

Diese laufen auf eine ständige Zusammenarbeit von Vormund und faktischer Pflegeperson hinaus, die es auch ermöglicht, der Pflegeperson eine stärkere *Rechtsstellung* als bisher zuzuweisen. Das ist die Grundidee der beiden genannten Teilentwürfe: Die vormundschaftlichen Aufgaben sollen in geeigneten Fällen zwischen dem Vormund und der Pflegeperson so aufgeteilt werden können, dass auch die Pflegeperson an der Rechtsstellung des Vormunds Anteil hat. Das soll aber so geschehen, dass bei einer Disharmonie zwischen Vormund und Pflegeperson dem Vormund doch eine gewisse Führungsrolle verbleibt. Wie dies rechtstechnisch bewerkstelligt werden kann, ist der zentrale Differenzpunkt der beiden Entwürfe.

⁵ Identisch bereits die Umschreibung der Rechtsstellung des Vaters und des Vormunds in §§ 1627 und 1793 BGB ursprünglicher Fassung.

⁶ So die Angabe im 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 2), S. 72.

⁷ Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), 9. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2010, 2011.

⁸ Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 29. Juni 2011 (BGBl. I S. 1306).

II. Die strategische Gesamtverantwortung des Vormunds nach dem Entwurf 2016

1. Alleinsorge des Pflegers mit „Berücksichtigungspflicht“

Der erste Diskussionsteilentwurf versuchte, das Zusammenwirken von Vormund und Pflegeperson mit einer Konstruktion zu koordinieren, die, wie gesagt, als „strategische Gesamtverantwortung des Vormunds“ bezeichnet wurde. Dieser Begriff steht im Kontext mit drei vorgeschlagenen Regelungen.

- (a) Es soll – nach beiden Entwürfen – die Verpflichtung von Vormund und Pflegeperson festgelegt werden, sich gegenseitig zu informieren und im Interesse des Mündels zusammenzuarbeiten. Diese Pflicht wird zunächst für den Fall formuliert, dass die Pflegeperson die Stellung eines (rechtlichen) Pflegers erhält,⁹ dann aber im Zusammenhang mit der Personensorge für alle Pflegepersonen gleich welcher Rechtsstellung.¹⁰ Bei diesen Pflichten begegnen sich Vormund und Pflegeperson auf Augenhöhe: Auch der Vormund ist der Pflegeperson gegenüber zur Information und Kooperation verpflichtet.
- (b) Die zweite Neuerung, über die sich die beiden Entwürfe gleichfalls einig sind, besteht in der Einführung einer Vertretungsmacht der Pflegeperson im Rahmen der Personensorge in Angelegenheiten des täglichen Lebens, wenn das Kind „für längere Zeit“ bei ihr lebt.¹¹ Die Regelung ist dem § 1688 BGB nachgebildet, allerdings enger gefasst (nur für Personensorge, keine Kompetenzen nach dem Vorbild des § 1688 Abs. 1 S. 2 BGB). Der Vorschlag ist nicht sensationell: Eine entsprechende Ermächtigung hatte die Literatur bereits aus einer analogen Anwendung des § 1688 BGB auf die Vormundschaft hergeleitet.¹²
- (c) Den dritten Regelungsvorschlag betreffend ergibt sich zwischen dem ersten und dem zweiten Diskussionsteilentwurf eine bemerkenswerte Differenz. Beide Normvorschläge¹³ knüpfen an § 1630 Abs. 3 BGB an, wonach mit Zustimmung der Eltern bestimmte Sorgeangelegenheiten auf die Pflegeperson übertragen werden können; die Pflegeperson erhält dann insoweit die Stellung eines (rechtlichen) Pflegers. Das Sorgerecht wird dann

⁹ § 1793 Abs. 2 S. 1 BGB-E (1. Diskussionsteilentwurf [Fn. 1]); § 1793 Abs. 2 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

¹⁰ § 1797 Abs. 2 BGB-E (1. und 2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 1 f.]).

¹¹ § 1798 BGB-E (1. und 2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 1 f.]).

¹² *Salgo*, FamRZ 1999, 337, 344.

¹³ § 1778 BGB-E (1. und 2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 1 f.]).

geteilt: In dem übertragenen Bereich ist die Pflegeperson sorgeberechtigt, der Rest bleibt beim Vormund.

Nun schien es den Verfassern der Entwürfe indes als riskant, die Regelung des § 1630 Abs. 3 BGB unverändert auf die Vormundschaft zu übertragen. Soll wirklich, wenn den Pflegeeltern die „Gesundheits Sorge“ übertragen wird, der Vormund auf diesen Gebieten gar nichts mehr zu sagen haben? In diesem Zusammenhang scheint es eine Rolle zu spielen, dass „der Vormund“ in den meisten Fällen das Jugendamt ist. Sollen wirklich Sorgeangelegenheiten dergestalt aus der Verantwortung des Amtsvormunds ausgegliedert werden können, dass die Pflegeperson auch ohne und gegen die professionelle Kompetenz des Amtes schalten und walten kann? Muss nicht der Vormund letztverantwortlich für die *gesamte* Sorge bleiben?

Solche Erwägungen führten im *ersten Entwurf* zu einer Konstruktion, die dem Vormund trotz Aufspaltung der Zuständigkeiten einen gewissen Einfluss auch auf die Sorge im abgetrennten Bereich sichern sollte. Das ist des Pudels Kern der „strategischen Gesamtverantwortung“: Der Pflegeperson wird in einem Teilbereich die alleinige Sorge und gesetzliche Vertretung übertragen, sie soll aber trotzdem verpflichtet sein, bei ihren Entscheidungen „die Auffassung des Vormunds zu berücksichtigen“.¹⁴ Die Berücksichtigungspflicht sollte nicht unmittelbar im Außenverhältnis wirken. Sie sollte aber die Gefahr eines Auseinanderdriftens der Fürsorgetätigkeiten von Vormund und Pflegeperson bannen; trotz der alleinigen Kompetenz der zum Pfleger avancierten Pflegeperson für ihren Sorgebereich sollte der Vormund, wenn er in einer Sache anderer Meinung war, eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen können.¹⁵

2. Probleme

a) Was bedeutet „berücksichtigen“?

Das interessante Konstrukt des ersten Entwurfs hatte offenkundige Schwachstellen.

Zunächst: Was bedeutet es, die Auffassung eines anderen zu „berücksichtigen“? In den Rechtsvorschriften finden wir – wenn wir in der Datenbank „juris“ danach fahnden – die Termini „berücksichtigen“/„Berücksichtigung“ über 170.000 Mal, dabei offenkundig in unterschiedlichen Bedeutungen. Die Aussage, bei Gewährung einer Sozialleistung seien bestimmte Zeiten der Kindererziehung zu berücksichtigen, steht für ein striktes Gebot: Da ist kein Spielraum für die bewilligende Behörde, diese Zeit anzurechnen oder nicht. Anders, wenn vorgeschrieben wird, bei einer Entscheidung seien bestimmte Gegebenheiten, Interessen oder Werte zu berücksichtigen – das ist die häufigste Art der Verwendung dieser Vokabel. Was ist nach unseren Gesetzen nicht alles „zu berücksichtigen“: „das Kindeswohl“, „die aktuelle

¹⁴ § 1793 Abs. 2 S. 2 BGB-E (1. Diskussionsteilentwurf [Fn. 1]).

¹⁵ § 1794 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E (1. Diskussionsteilentwurf [Fn. 1]).

Sicherheitslage“, „Nachhaltigkeitsaspekte“, „technische Entwicklungen“, „ökologische Gesichtspunkte“ und, wenn dem Gesetzgeber gar nichts mehr einfällt, „alle Umstände des Einzelfalls“. Bei dieser Verwendung will das Berücksichtigungsgebot nur sicherstellen, dass der genannte Aspekt bei der Entscheidungsfindung mitbedacht wird – bei offenem Ausgang der Abwägung mit anderen Gesichtspunkten.

Der erste Diskussionsteilentwurf bietet eine dritte Bedeutungsvariante: Die zur Entscheidung berufene Person oder Organisation soll nicht einen abstrakten Sachzusammenhang oder Wertbegriff, sondern die *konkrete Auffassung einer anderen Person* „berücksichtigen“. Was bedeutet das? Art. 23 Abs. 5 GG wartet für das Verhältnis von Bundesregierung und Bundesrat mit der feinen Unterscheidung zwischen „berücksichtigen“ und „maßgeblich berücksichtigen“ auf. „Maßgeblich berücksichtigen“ drückt eine gewisse Verbindlichkeit der Auffassung des anderen aus, während der schlichten „Berücksichtigung“ dieses imperative Element fehlt. Die Aussage, die Auffassung des anderen sei zu berücksichtigen, gebietet also nicht, ihr im Regelfall zu folgen, aber wohl, sie zur Kenntnis zu nehmen, zu reflektieren und zu gewichten.

b) Die Durchsetzung der „Berücksichtigung“

Für die Verfasser des ersten Diskussionsteilentwurfs stellte sich die Frage, wie diese Berücksichtigungspflicht sanktioniert werden sollte. Schon der Tatbestand der Pflichtverletzung ist in diesem Fall schwer zu erfassen. Wann würde der Pfleger, der die Auffassung des Vormunds berücksichtigen soll, pflichtwidrig handeln? Sicher, wenn er sich weigern würde, die Auffassung des Vormunds zur Kenntnis zu nehmen oder wenn er sie erkennbar ungeprüft und ohne Gründe ablehnen würde. Wie aber wenn er sie geprüft und für nicht stichhaltig befunden hätte – unter welchem Gesichtspunkt könnte ihm dann noch eine „Nichtberücksichtigung“ angelastet werden?

Und wie könnte das vom Vormund angerufene Gericht die vom Pfleger versäumte Berücksichtigung erzwingen? Müsste es dem Pfleger auferlegen, erneut zu entscheiden und dabei die Auffassung des Vormunds in irgendeiner Weise in die Erwägungen einfließen zu lassen? Oder entscheidet das Gericht bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Vormund und Pfleger *in der Sache selbst*?

Bei diesen schwierigen Fragen blieb der erste Diskussionsteilentwurf recht unklar. Nach dem vorgeschlagenen Normtext soll bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Vormund und Pfleger das Familiengericht entscheiden, das dann einem von ihnen die Entscheidungsbefugnis übertragen kann.¹⁶ Der Begründung ist jedoch zu entnehmen, dass diese Lösung nur für den Fall gedacht war, dass die betreffende Angelegenheit in den Zuständigkeitsbereich beider Fürsorger – Vormund und Pfleger – fällt.¹⁷ Das ist aber nun gerade *nicht* der Fall der „strategischen Gesamtverant-

¹⁶ § 1794 Abs. 1 Nr. 3; Abs. 2 S. 2 BGB-E (1. Diskussionsteilentwurf [Fn. 1]).

¹⁷ 1. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 53.

wortung“: Diese betrifft den Fall, dass der Pfleger im Bereich seiner Alleinzuständigkeit handelt und trotzdem die Auffassung des Vormunds berücksichtigen soll. Für diese Konstellation meint die Begründung recht unbestimmt, der Vormund sei gehalten, die erforderlichen aufsichtlichen Maßnahmen bei Gericht anzuregen.¹⁸ Dabei bleibt unerwähnt, dass eine Intervention des Gerichts nach richtiger Auffassung an Voraussetzungen – Verstoß gegen Gesetz oder richterliche Anordnung, Gefährdung wichtiger Kinderinteressen – gebunden ist.¹⁹ Eine klare Ordnung für das Zusammenwirken von Pfleger und Vormund im Rahmen der „strategischen Gesamtverantwortung“ ergibt sich aus all dem nicht.

III. Die neue Fassung des § 1778 BGB nach dem Entwurf 2018

1. Das Mitsorgerecht

Vielleicht haben solche Erwägungen die Verfasser des Entwurfs bewogen, von der Konstruktion der „strategischen Verantwortung des Vormunds“ Abschied zu nehmen und eine andere Lösung zu suchen. Diese sieht wie folgt aus: Unverändert bleibt die Festlegung einer gegenseitigen Informations- und Kooperationspflicht zwischen Vormund und Pflegeperson, desgleichen die gesetzliche Vertretungsmacht der Pflegeperson für Angelegenheiten des täglichen Lebens (oben II. 1. (a), (b)).

Nach wie vor ist auch vorgesehen, dass auf die Pflegeperson Sorgeangelegenheiten übertragen werden können. Das ist sogar zur Pflicht gesteigert. Das Gericht „kann“ nun nicht bloß Sorgeangelegenheiten „übertragen“, sondern es „überträgt“ sie, wenn die Voraussetzungen gegeben sind²⁰ – der Entwurf benutzt also den berühmten imperativen Indikativ.

Diese Übertragung hat aber indes andere Wirkungen als im ersten Entwurf. Sie führt *nicht generell* dazu, dass die übertragene Angelegenheit aus dem Sorgebereich des Vormunds ausgegliedert und dem Pfleger zugeordnet ist. Vielmehr wird unterschieden:

- Sorgeangelegenheiten, deren Regelung für den Mündel von erheblicher Bedeutung ist, können der Pflegeperson nur mit dem Vormund gemeinsam übertragen werden;²¹

¹⁸ 1. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 53.

¹⁹ Zu dieser im Einzelnen streitigen Frage Staudinger/*Veit*, BGB (2014), § 1837 Rn. 30 ff.; MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, 7. Aufl. 2017, § 1837 Rn. 13 ff.; Palandt/*Götz*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 1837 Rn. 8.

²⁰ § 1778 Abs. 1 S. 1 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

²¹ § 1778 Abs. 2 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

- die Übertragung anderer Angelegenheiten, etwa solcher des täglichen Lebens, führt hingegen zu einer alleinigen Zuständigkeit der Pflegeperson (sofern im Gerichtsbeschluss nicht anders verlautbart).

Im Ganzen gesehen kann die Übertragung von Sorgeangelegenheiten an die Pflegeperson also zu einer Dreiteilung des Sorgerechts führen: Angelegenheiten, in denen allein die Pflegeperson entscheidet, solche, in denen Pflegeperson und Vormund gemeinsam zuständig sind, und schließlich solche, in denen der Vormund allein das Sorgerecht ausübt.

Damit entfällt in der Vorstellung der Entwurfsverfasser das Bedürfnis für die Festlegung einer „strategischen Gesamtverantwortung“ des Vormunds und somit die Pflicht der Pflegeperson, bei ihren Entscheidungen die Auffassung des Vormunds zu berücksichtigen.²² Denn in wichtigen Dingen kann die Pflegeperson allein ohnehin nicht handeln, wie auch umgekehrt: Vormund und Pflegeperson entscheiden in den Angelegenheiten gemeinsamer Sorge von erheblicher Bedeutung in gegenseitigem Einvernehmen.²³ Bei minder wichtigen Angelegenheiten erscheint die „strategische Gesamtverantwortung“ des Vormunds offenkundig überflüssig.

In der Gesamtkonzeption ist auffällig, dass die Figur der gemeinschaftlichen Vormundschaft mehrerer Personen an sich auf wenig Gegenliebe stößt – nur Ehegatten, aber nicht einmal mehr Lebenspartner sollen Mitvormünder sein können.²⁴ Umso erstaunlicher erscheint, dass im gleichen Atemzug eine gemeinsame Sorge von Vormund und Pfleger favorisiert wird.

In den übertragenen Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung ist logischerweise auch die Vertretung nach außen gemeinschaftlich, nur Vormund und Pfleger zusammen sind „der gesetzliche Vertreter“. Ich denke, das ist so gewollt. Zwar heißt es generell, der Vormund vertrete den Mündel,²⁵ doch verweist der Entwurf bei der Übertragung von Sorgeangelegenheiten auf die Regelung der Ergänzungspflegschaft,²⁶ wo nach wie vor das Vertretungsrecht des Pflegers festgeschrieben bleibt.²⁷ Bei Meinungsverschiedenheiten muss – wie bei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern – auf Antrag das Gericht entscheiden.²⁸

Dabei gibt es kein „Prae“ für den Vormund, der Pfleger begegnet ihm auf Augenhöhe. In Angelegenheiten der Personensorge könnte man im Entwurf sogar eine gewisse Favorisierung der Auffassungen der Pflegeperson erkennen. So heißt es im

²² Der entsprechende Satz in § 1793 Abs. 2 BGB entfällt im 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 2).

²³ § 1793 Abs. 4 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

²⁴ § 1776 Abs. 1 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]); die hier nicht genannten eingetragenen Lebenspartner sollen in einem weiteren Bereinigungsgesetz gleichgestellt werden.

²⁵ § 1790 Abs. 1 S. 2 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

²⁶ § 1778 Abs. 4 S. 2 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

²⁷ § 1810 Abs. 1 S. 2 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

²⁸ § 1794 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

zweiten Entwurf nun, der Vormund solle die Auffassung der Pflegeperson bei Entscheidungen auf diesem Feld „einbeziehen“;²⁹ hieß es im ersten Entwurf noch „berücksichtigen“.³⁰ Eine umgekehrte Pflicht für die Pflegeperson, die Auffassung des Vormunds einzubeziehen, ist nicht formuliert; offenbar zielt die Vorschrift auf die Fälle, in denen die Pflegeperson ohnehin kein Mitentscheidungsrecht hat. Welcher Unterschied zwischen „berücksichtigen“ und „einbeziehen“ bestehen kann, soll uns unter IV. beschäftigen.

2. Vorteile und Probleme

Ist die gemeinsame Sorge die ideale Lösung eines zwischen Vormund und Pflegeperson geteilten Sorgerechts? Ein Vorteil liegt auf der Hand: Vormund und Pfleger werden praktisch zu einer ständigen Kooperation genötigt. Wenn sie die gesetzliche Konstruktion nicht durch Untervollmachten unterlaufen, müssen sie sich beständig informieren und beraten. Denn Entscheidungen für Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung stellen sich im Leben des sich entwickelnden Kindes fortlaufend neu. Indes wirft auch die Lösung des zweiten Entwurfs Fragen auf.

a) *Gegenstand der Übertragung*

Die Übertragung eines bestimmten zusammenhängenden Sorgebereichs auf die Pflegeperson (z.B. der Gesundheitsorge, der Schulangelegenheiten, der Personensorge allgemein) entfaltet nach dem Konzept des zweiten Entwurfs, wie dargestellt, eine zwiespältige Rechtswirkung: Soweit es dabei um Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung geht, entsteht ein gemeinsames Sorgerecht von Pfleger und Vormund, im Übrigen aber das alleinige Sorgerecht des Pflegers.

Zunächst kann man die Frage stellen, ob – wenn der Entwurf Gesetz wird – die Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung als solche im Gerichtsbeschluss ausdrücklich umschrieben sein müssen, damit die Reichweite der Übertragung klar ist. Angenommen, mit dem Beschluss werden „Schulangelegenheiten“ auf die Pflegeperson übertragen. Hat das zur Folge, dass damit im weiteren Vollzug die Schulangelegenheiten von erheblicher Bedeutung eo ipso in die gemeinsame Kompetenz, die unwichtigeren Angelegenheiten in die alleinige des Pflegers fallen? Oder müssen die Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung als solche benannt und damit ausdrücklich der Mitverantwortung beider Fürsorger zugewiesen werden? Muss sich also aus dem Übertragungsbeschluss einigermaßen klar für Dritte ergeben, wo die Alleinsorge der Pflegeperson aufhört und die Mitsorge des Vormunds beginnt, oder ist es den Beteiligten und Dritten überlassen, diese Subsumption fallweise selbst vorzunehmen – auf die Gefahr hin, dass später ein Gericht anders entscheidet?

²⁹ § 1797 Abs. 1 S. 2 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

³⁰ § 1797 Abs. 1 S. 2 BGB-E (1. Diskussionsteilentwurf [Fn. 1]).

Die zwiespältige Sorgeübertragung könnte zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit besonders im Bereich der gesetzlichen Vertretung führen. Der Arzt, der sich irrtümlich auf die Vertretungsmacht des für das Kind einwilligenden Fürsorgers verlässt, begeht mit der medizinischen Behandlung möglicherweise eine Persönlichkeitsrechts- und eine Körperverletzung. Die Probleme des gutgläubigen Handelns auf diesem Feld – wie überhaupt bei der gesetzlichen Vertretung – können schwerlich als gelöst betrachtet werden.³¹

Ob es bei der vorgeschlagenen Lösung gelingt, die Bereiche klar voneinander abzugrenzen, erscheint zweifelhaft. Es genügt, die Kommentare zum Unterschied zwischen Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung und Angelegenheiten des täglichen Lebens nachzulesen,³² um die Unsicherheiten zu ermessen. Man wird entgegenen: Bei getrenntlebenden Eltern haben wir die Abgrenzungsprobleme doch auch! Es ist aber doch ein Unterschied, ob man eine solche Konstruktion als Folge fortbestehender gemeinsamer Elternverantwortung in Kauf nimmt oder ohne zwingenden Grund auf neue Konstellationen überträgt.

b) *Die Entscheidung des Gerichts*

Nach dem Entwurf entscheidet das Familiengericht auf Antrag über die in einer Sorgeangelegenheit bestehenden Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Vormund und der Pflegeperson, der Sorgeangelegenheiten übertragen sind.³³ Auch hier bestehen Unklarheiten.

Zunächst erweckt der Wortlaut den Eindruck, als sei das Gericht zur Entscheidung bei *jeglicher* Meinungsverschiedenheit zwischen Vormund und Pfleger in Sorgeangelegenheiten zur Entscheidung berufen. Diese Auffassung würde vernachlässigen, dass – sofern nicht anders bestimmt – die Pflegeperson für die übertragene Angelegenheit *allein* zuständig ist, wenn ihre Regelung für den Mündel *nicht von erheblicher Bedeutung* ist. Ist die Pflegeperson für eine Angelegenheit des täglichen Lebens allein zuständig, so ist es nicht angemessen, dem Vormund die Befugnis einzuräumen, die Sache jederzeit zum Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung zu machen. Hier muss der Vormund darauf beschränkt bleiben, eine gerichtliche Intervention anzuregen, wenn wichtige Kindesinteressen durch die Pflegeperson vernachlässigt oder gefährdet werden. Das Ausgleichsregime „gerichtliche Entscheidung bei Meinungsverschiedenheiten“ ist folglich auf den Fall beschränkt, dass die Differenzen im Bereich der gemeinsamen Sorge auftreten.

Weiterhin ist danach zu fragen, *was* das Gericht bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Vormund und Pfleger in einer Angelegenheit von erheblicher Bedeutung entscheiden und *nach welchen Kriterien* es judizieren soll.

³¹ Für Einwilligungen in medizinische Behandlungen BGH NJW 1988, 2946.

³² Vgl. Staudinger/*Salgo*, BGB (Fn. 19), § 1687 Rn. 27 ff.; § 1688 Rn. 21 ff.; MüKoBGB/*Hennemann* (Fn. 19), § 1687 Rn. 5 f.

³³ § 1794 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

Nach dem Vorbild des § 1628 BGB bei Elternstreit hätte das Gericht die konträren Standpunkte zu prüfen und einem der Fürsorger zur alleinigen Entscheidung zuzuweisen. So war es im *ersten Entwurf* auch vorgesehen.³⁴ Im *zweiten Entwurf* ist dieser Entscheidungsmodus aber entfallen, es heißt nur noch: „Das Familiengericht entscheidet [...]“.³⁵ Aber was? Entscheidet es für die eine oder die andere der differierenden Meinungen oder entscheidet es in der Sache nach eigener Einschätzung des Kindeswohls selbst?

Die Entwurfsbegründung sagt, das Gericht „soll in der Sache entscheiden und die Entscheidungsbefugnis nicht etwa einem Beteiligten übertragen“.³⁶ Übernimmt also das Gericht selbst die Funktion der Fürsorger und entscheidet an ihrer Stelle? Angenommen, die Meinungsverschiedenheit betrifft eine Operation des Kindes, die der Vormund für nötig hält, der Pfleger nicht. Weist dann das Gericht, das die Meinung des Vormunds billigt, den Pfleger an, in die Operation einzuwilligen? Oder ersetzt es die Einwilligung des sich sträubenden Pflegers? Oder kann es selbst im Namen des Kindes die Einwilligung erklären? Und kann es sich auch für eine alternative Behandlung entscheiden, die bei den Fürsorgern gar nicht zur Diskussion stand?

Solche Fragen sollten im weiteren Verlauf des Reformprozesses noch überlegt werden. In diesem Zusammenhang wäre auch auf die Regelung der Haftungsfragen hinzuweisen. Wer steht dafür ein, wenn, veranlasst durch die Intervention des Gerichts, etwas schief läuft? Überhaupt könnte den Haftungsfragen im weiteren Reformprozess noch einige Aufmerksamkeit geschenkt werden. Schon beim ersten Entwurf war nicht recht verständlich, warum dem Vormund die „letzte Gesamtverantwortung“ für eine Entscheidung nur deshalb aufgebürdet werden sollte, weil seine Auffassung zu „berücksichtigen“ war.³⁷

3. Doppelte Zuständigkeit für die Alltagssorge?

Dem Normvorschlag im zweiten Diskussionsteilentwurf mangelt es am Mut, den Pflegepersonen eine wirklich selbständige Stellung einzuräumen. Das zeigt sich auch im Zusammenhang mit den Kompetenzen der Pflegeperson in Angelegenheiten des täglichen Lebens.

Wie dargestellt, führt die Übertragung von Sorgeangelegenheiten auf die Pflegeperson nach dem zweiten Entwurf zu einer gemeinschaftlichen Mitsorge mit dem Vormund in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung und zur alleinigen Sorge der Pflegeperson in Angelegenheiten des täglichen Lebens. Man könnte also sagen:

³⁴ § 1794 Abs. 2 S. 2 BGB-E (1. Diskussionsteilentwurf [Fn. 1]).

³⁵ § 1794 Abs. 1 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

³⁶ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 2), S. 138.

³⁷ 1. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 52: „letztendliche Sorgeverantwortung“; im Rahmen des § 1777 BGB-E auch noch 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 2), S. 111.

Immerhin ist die Pflegeperson, der ein Sorgebereich übertragen ist, in den Angelegenheiten des Alltags selbständig.

Dieser Vorteil relativiert sich aber aufgrund des im gleichen Entwurf gemachten Vorschlags, schon kraft Gesetzes *jeder Pflegeperson* für Alltagsangelegenheiten in der *Personensorge* die Zuständigkeit einzuräumen, vorausgesetzt, dass das Kind für längere Zeit bei ihr lebt.³⁸ Unter gleicher Voraussetzung besteht die Notkompetenz bei „Gefahr im Verzug“.³⁹ Durch die gerichtliche „Übertragung“ erhält die Pflegeperson in täglichen Angelegenheiten der Personensorge also nur eine Kompetenz, die sie kraft Gesetzes bereits innehat. Das mindert die Bedeutung der Übertragung von Sorgeangelegenheiten durch gerichtlichen Beschluss.

Gewiss bleiben Unterschiede zwischen der *gesetzlichen* und der *gerichtlich zugewiesenen* Zuständigkeit. Die Alltagskompetenz kraft Übertragung ist in dreierlei Hinsicht stärker als die kraft Gesetzes.

- (a) Die gesetzliche Entscheidungsbefugnis soll der Vormund kraft eigener Entscheidungsbefugnis einschränken oder ausschließen können, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist.⁴⁰ Hingegen kann die übertragene Entscheidungsbefugnis nur durch das Gericht selbst aus bestimmten Gründen aufgehoben werden.⁴¹
- (b) Der zweite Unterschied liegt in der Vertretung: Im Bereich der übertragenen Zuständigkeit vertritt, soweit es um Alltagsangelegenheiten geht, der Pfleger das Kind unmittelbar. Im Bereich der gesetzlichen Sorgebefugnis vertritt die Pflegeperson nicht das Kind unmittelbar, sondern den Vormund.⁴² Das kann im Einzelfall von Bedeutung sein, z.B. in den Fällen, in denen der Vormund etwa nach §§ 1795, 181 BGB von der Vertretung ausgeschlossen ist. Bei der gesetzlichen Untervertretung trifft der Ausschluss dann auch die Pflegeperson, im Fall der Sorgeübertragung hingegen nicht, da die Pflegeperson durch Gerichtsbeschluss ein eigenständiges Vertretungsrecht erhalten hat. In der Praxis dürften derartige feine Unterschiede jedoch keine allzu große Rolle spielen.
- (c) Schließlich könnte man einen Unterschied daran festmachen, dass die gerichtliche Übertragung von Sorgeangelegenheiten den Vormund aus diesem Bereich verdrängt, die gesetzliche Zuständigkeit hingegen nicht. Denn § 1798 BGB-E sagt nicht, dass im letzteren Fall die Pflegeperson allein – unter Ausschluss des Vormunds – in Alltagssachen entscheidungsberechtigt sei oder ob der Vormund zusätzlich dafür kompetent bleibt. Gegen

³⁸ § 1798 Abs. 1 S. 1 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

³⁹ § 1798 Abs. 1 S. 2 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]) i.V.m. § 1629 Abs. 1 S. 4 BGB.

⁴⁰ § 1798 Abs. 3 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

⁴¹ § 1778 Abs. 4 S. 1 i.V.m. § 1777 Abs. 2 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

⁴² § 1798 Abs. 1 S. 1 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

Letzteres spricht der Normvorschlag, der Vormund könne die gesetzliche Vertretung in Alltagsangelegenheiten und auch die Notfallzuständigkeit einschränken oder ausschließen, „wenn dies zum Wohl der Mündels erforderlich ist“.⁴³ Das spricht dafür, dass der Vormund sich keineswegs nach Belieben in die Alltagsorge soll einmischen können, sondern zunächst durch eine aus dem Kindeswohl begründete Erklärung die Kompetenz der Pflegeperson entsprechend beenden muss.⁴⁴

Wie immer man zu diesen Fragen steht: Die Unterschiede zwischen der *gesetzlichen* und der *gerichtlich übertragenen* Kompetenz der Pflegeperson in persönlichen Angelegenheiten des täglichen Lebens sind mehr juristisch-dogmatischer als praktischer Art. Schwerlich wird man sagen können, dass die Pflegeperson durch Übertragung gemäß § 1778 BGB-E auf diesem Felde qualitativ viel hinzugewinnt.

Man könnte schließlich auf die Idee kommen, dass im Übertragungsfalle die *gerichtlich* angeordnete Zuständigkeit der Pflegeperson im Alltagsbereich die zugleich begründete *gesetzliche* Sorgeberechtigung der Pflegeperson verdrängen würde. Bei § 1630 Abs. 3 BGB, wo eine ähnliche Lage in Bezug auf § 1688 BGB entstehen kann, wird das Problem ansatzweise diskutiert,⁴⁵ es scheint aber praktisch nicht akut zu sein. Es könnte nicht schaden, wenn im weiteren Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten auch die doppelte rechtliche Grundlage der Alltagskompetenz von Pflegepersonen einer kritischen Überprüfung zugeführt würde.

IV. Die Zusatzpflegschaft – ein Rest von „strategischer Gesamtverantwortung“

1. Von der „Berücksichtigung“ zur „Einbeziehung“

Die Entwürfe enthalten noch eine zweite Rechtsfigur, bei der es zu einer Aufgabenteilung zwischen Vormund und einem Pfleger kommen soll, nämlich den „zusätzlichen Pfleger“.⁴⁶ Man stellt sich Fälle vor, in denen ein ehrenamtlicher Vormund an sich zur Verfügung steht und willig ist, aber nicht für alle Felder der Vormundschaft geeignet erscheint. Daran soll seine Berufung nicht scheitern, wenn das Manko durch Bestellung eines speziellen zusätzlichen Pflegers ausgeglichen werden kann. Die Entwurfsbegründung nennt das Beispiel der Großmutter des Kindes, die als

⁴³ § 1798 Abs. 3 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

⁴⁴ Bei der parallel laufenden Regelung in §1688 Abs. 3 S. 2 BGB bleiben gleichfalls Unklarheiten, vgl. MüKoBGB/Huber (Fn. 19), § 1688 Rn. 2, 9 (Intern bleiben die Entscheidungen den Sorgerechtsinhabern vorbehalten; der Sorgerechtsinhaber bleibt „stets“ vorrangig entscheidungsbefugt).

⁴⁵ Nach MüKoBGB/Huber (Fn. 19), § 1688 Rn. 10 verliert die Pflegeperson durch eine gerichtliche Übertragung von Sorgeangelegenheiten nach § 1630 Abs. 3 BGB ihre gesetzlichen Befugnisse aus § 1688 BGB im übertragenen Bereich; eine Begründung hierzu gibt der Autor nicht.

⁴⁶ § 1777 BGB-E (1. und 2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 1 f.]).

Vormund durchaus geeignet wäre, aber wegen der persönlichen Nähe Schwierigkeiten hätte, den Umgang des Kindes mit den Eltern zu regeln.⁴⁷ Auch von Zusatzpflegern für die Beantragung von Sozialleistungen und sonstigen Verwaltungsverfahren ist die Rede.⁴⁸ Man kann sich auch ein großes Mündelvermögen vorstellen, mit dessen Verwaltung ein ehrenamtlicher Vormund überfordert wäre.

Bei der Grundkonstruktion des zusätzlichen Pflegers stimmen beide Entwürfe überein. Der Wirkungsbereich des Zusatzpflegers wird aus der Zuständigkeit des Vormunds herausgenommen, der Pfleger ist also in den ihm zugewiesenen Angelegenheiten an sich allein sorgeberechtigt.⁴⁹ Folglich stellt sich auch hier die Frage nach den Einflussmöglichkeiten des Vormunds im übertragenen Bereich.

Der *erste Entwurf* hat diese Frage mit der beschriebenen „strategischen Gesamtverantwortung“ des Vormunds gelöst. Der Zusatzpfleger sollte bei seinen Entscheidungen die Auffassung des Vormunds berücksichtigen,⁵⁰ es ergaben sich also die erörterten Fragen (oben II. 2.). Der *zweite Entwurf* behält diese Konstruktion im Grunde bei, allerdings mit interessanten Veränderungen. Die Vokabel „berücksichtigen“ ist durch das Wort „einbeziehen“ ersetzt.⁵¹ Und das schwächere „soll“ weicht dem strikteren „hat zu“: Der Pfleger *hat* bei seinen Entscheidungen die Auffassung des Vormunds *einzu beziehen*.⁵²

Die Veränderungen im Imperativ zielen zweifellos auf eine stärkere Stellung des Vormunds – es wird der Eindruck vermieden, als sei das Gebot der „Einbeziehung“ eine bloße Sollvorschrift. Aber was bedeutet es, wenn die Auffassungen des Vormunds nicht mehr zu „berücksichtigen“, sondern „einzu beziehen“ sind?

Die Verwendung der Wörter „einbeziehen“/„Einbeziehung“ in den deutschen Gesetzen geht gleichfalls in die Zehntausende. Die Bedeutungsvarianten sind ganz ähnlich wie beim „berücksichtigen“.

- Entweder es wird ein Sachverhalt ganz einfach hinzugerechnet; „einbeziehen“ steht für „einschließlich“, so wenn nach Bremer Recht die Leichenschau in der Regel an der vollständig entkleideten Leiche unter Einbeziehung aller Körperregionen, insbesondere auch des Rückens und der behaarten Kopfhaut, durchzuführen ist.⁵³
- Oder die Einbeziehungs pflicht bezieht sich auf bestimmte Sachverhalte, Aspekte, Werte, die bei einer Entscheidung mitbedacht werden sollen, z.B. wissenschaftliche Erkenntnisse.

⁴⁷ 1. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 30; 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 2), S. 110.

⁴⁸ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 2), S. 110.

⁴⁹ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 2), S. 111, 116.

⁵⁰ § 1793 Abs. 2 S. 2 BGB-E (1. Diskussionsteilentwurf [Fn. 1]).

⁵¹ § 1793 Abs. 2 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

⁵² § 1793 Abs. 3 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

⁵³ Bremer Gesetz über das Leichenwesen vom 16. Mai 1917 (BremGBl. S. 210), § 8.

- Oder aber es sollen an einer Entscheidung Personen in dem Sinne beteiligt werden, dass ihre Meinung zwar nicht ausschlaggebend ist, aber mit überlegt werden soll; die betreffende Person oder Organisation soll eine Chance zum Einfluss erhalten, so wenn nach Hamburger Recht bei Planung und Gestaltung des Jugendstrafvollzugs die Personensorgeberechtigten „einzubeziehen“ sind.⁵⁴

Das Einbeziehen im zweiten Entwurf dürfte die letztgenannte Bedeutung haben, also im Grunde eine Ähnliche wie das vormalige „berücksichtigen“. Die Begründung spricht davon, dass der Vormund informiert sein und sich ein eigenes Urteil aus der Perspektive des Mündels bilden solle, der Pfleger habe dann seinerseits bei seiner Entscheidung die Einschätzung („Urteil“) des Vormunds mit abzuwägen.⁵⁵ Die Vertretung nach außen soll in dem übertragenen Bereich beim Pfleger bleiben, im Streitfall soll auf Antrag das Familiengericht entscheiden.⁵⁶

2. Meinungsverschiedenheiten – was entscheidet das Gericht?

Damit sind wir hier aber bei den gleichen Problemen wie bei der eingangs behandelten Berücksichtigungspflicht. Das Gericht entscheidet bei Meinungsverschiedenheiten mehrerer Fürsorger in einer Angelegenheit, die an sich einem allein zugewiesen ist. Was kann es entscheiden? Auch beim Zusatzpfleger kennt der zweite Entwurf nicht mehr die Möglichkeit, die Entscheidungsbefugnis auf einen der beteiligten Fürsorger zu übertragen.⁵⁷

Welchen Inhalt sonst kann die gerichtliche Entscheidung haben, wenn der Vormund mangelnde Einbeziehung seiner Auffassung geltend macht? Die Entwurfsbegründung meint, der Vormund könne bei Entscheidungen des Pflegers, die dem Kindeswohl abträglich sind, eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen.⁵⁸ Ist demnach Streitpunkt also nicht die unzureichende „Einbeziehung“ des Vormunds, sondern die sachliche Vertretbarkeit der Pflegerentscheidung selbst? Gerät durch den Dissens zwischen Vormund und Pfleger das Gericht selbst in die Rolle des Fürsorgers?

In der Sache kann man fragen, ob es wirklich sinnvoll ist, dem ehrenamtlichen Vormund eine Mitwirkung an einer Angelegenheit des Kindes zu sichern, nachdem

⁵⁴ Hamburgisches Jugendstrafvollzugsgesetz vom 14. Juli 2009 (HambGVBl. S. 257, 280), § 103 Abs. 3: „Die Personensorgeberechtigten sind in die Planung und Gestaltung des Vollzuges einzubeziehen, soweit dies möglich ist und die Erziehung hierdurch nicht beeinträchtigt wird.“

⁵⁵ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 2), S. 111.

⁵⁶ § 1794 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E (2. Diskussionsteilentwurf [Fn. 2]).

⁵⁷ Wegfall des § 1794 Abs. 2 S. 2 im 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 2).

⁵⁸ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 2), S. 111; an anderer Stelle ist davon die Rede, dass der Vormund Aufsichtsmaßnahmen des Gerichts anregen kann, wenn der Pfleger zum Wohl des Mündels gebotene Anträge nicht stellt oder sonstige Maßnahmen unterlässt.

man ihn bewusst von diesem Aufgabengebiet ferngehalten hat. Und wie ist bei alledem begreiflich, dass nach der Begründung zum zweiten Entwurf auch bei der Tätigkeit eines Zusatzpflegers „die Gesamtverantwortung für den Mündel letztlich beim Vormund“ liegen soll?⁵⁹

V. Fazit

Die Entwürfe sind vom Bestreben gekennzeichnet, im Bereich der Vormundschaft den realen Pflegepersonen eine stärkere Rechtsstellung und einen erweiterten Handlungsspielraum zu verschaffen. Das ist ein begrüßenswertes Ziel, seine normtechnische Verwirklichung erweist sich indes als schwierig.

Die vorliegenden Entwürfe sind von einem gewissen Misstrauen gegenüber der Tätigkeit der Pflegepersonen geprägt. Es scheint den Verfassern riskant, wesentliche Teile der Fürsorge einem Pfleger zur wirklich selbständigen Erledigung zu überlassen. Beim *Zusatzpfleger* sollen bloße Meinungsverschiedenheiten den Weg zur gerichtlichen Intervention öffnen. Die *Pflegschaft der Pflegepersonen* ist nach dem zweiten Entwurf von vornherein nur als gemeinsame Sorge mit dem Vormund möglich; die Pflegeperson ist auf die alleinige Sorge in Alltagsangelegenheiten beschränkt, die sie im Bereich der Personensorge kraft Gesetzes ohnehin schon hätte.

Bei alledem erzeugen die vorgeschlagen Konstruktionen Rechtsunsicherheiten. Könnte man nicht einfach den Weg zur Selbständigkeit der Pfleger zu Ende gehen und die Struktur des § 1630 Abs. 3 BGB übernehmen: selbständige Sorge des Pflegers auf seinem Gebiet, keine Gesamtverantwortung des Vormunds, keine Berücksichtigungs- und Einbeziehungsgebote, kein gemeinsames Sorgerecht von Vormund und Pfleger, wohl aber gegenseitige Pflicht zur Information und Kooperation? Wäre diese Lösung nicht einfacher und klarer?

Die Begründung zum zweiten Entwurf lehnt sie mit der Erwägung ab, der Vormund als ein vom Staat eingesetzter Amtsträger müsse in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung die Verantwortung behalten.⁶⁰ Ich bin mir nicht sicher, ob das Argument trägt. Denn derselbe Staat, der den Vormund betraut, setzt ja auch den Pfleger ein und beaufsichtigt ihn nach denselben Regeln. Es gibt keine unterschiedliche Wertigkeit des Vormundsamts und des Pflegeramts, beides sind Zweckkonstruktionen der Fürsorge für Kinder nach demselben Muster.

Dass Vormund und Pfleger, wenn sie nebeneinander zur Sorge berufen sind, eine Verantwortung auch für diejenigen Felder haben, die an sich nicht zu ihrem Sorgebereich gehören, ergibt sich daraus, dass das Leben des Kindes eine Einheit bildet, in der alles mit allem zusammenhängt. Dieser Gesamtverantwortung ist Genüge getan, wenn Vormund wie Pfleger das Gericht und die Behörden informieren, sobald der Verdacht entsteht, dass im jeweils anderen Zuständigkeitsbereich etwas

⁵⁹ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 2), S. 111.

⁶⁰ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 2), S. 115.

schief läuft. Es ist nicht anders als bei der parallelen Kindessorge durch Eltern und Pfleger.

Nach wie vor besteht das Bedürfnis für eine familienrechtlich abgesicherte Pflegeelternschaft diesseits der alle Bande durchschneidenden Adoption. Die Reform des Vormundschaftsrechts könnte dem Rechnung tragen.

Neue Personensorge und ihre Herausforderung für die Kinder- und Jugendhilfe

Helga Oberloskamp

| | | |
|-------|---|----|
| I. | <i>Gegenstand meines Beitrags</i> | 36 |
| II. | <i>Künftige Typen von Rechtsfürsorge für Minderjährige, §§ 1775–1782 BGB-E</i> | 37 |
| 1. | Ehrenamtlicher Einzelvormund..... | 37 |
| 2. | Mitvormund (§ 1776 Abs. 1 BGB-E)..... | 38 |
| 3. | Ehrenamtlicher Einzelvormund plus „zusätzlicher Pfleger“ (Vorschlag: einfacher „Zusatzpfleger“) (§ 1777 BGB-E)..... | 38 |
| 4. | Vormund plus Übertragung einzelner Sorgeangelegenheiten oder einer bestimmten Art von Sorgeangelegenheiten auf die Pflegeperson als Pfleger (§ 1778 BGB-E)..... | 39 |
| 5. | Vormund plus Handlungsbefugnis der Pflegeperson (§ 1798 BGB-E)..... | 39 |
| 6. | Berufs- und Vereinsvormund (§ 1781 BGB-E)..... | 39 |
| 7. | Amtsvormund (§ 1781 BGB-E)..... | 40 |
| 8. | Vorläufiger Vormund (§ 1782 BGB-E)..... | 40 |
| III. | <i>Rechte und Pflichten von Kind und Vormund, §§ 1789–1792, 1795 BGB-E</i> | 41 |
| IV. | <i>Zusammenwirken von Vormund und den am rechtlichen oder tatsächlichen Netz Beteiligten, §§ 1777, 1778, 1793–1794 BGB-E</i> | 41 |
| V. | <i>Kontrolle der verschiedenen der Vormundschaft zuarbeitenden Personen und Instanzen</i> .. | 42 |
| VI. | <i>Entscheidung im Falle von Dissens</i> | 42 |
| VII. | <i>Grenzen von Zusatzpflegschaft und Pflegschaft einer Pflegeperson</i> | 44 |
| VIII. | <i>Hilfe für junge Volljährige – Fortgesetzte rechtliche Sorge</i> | 45 |
| IX. | <i>Resümee</i> | 46 |

I. Gegenstand meines Beitrags

Seit Anfang September liegt der zweite Diskussionsteilentwurf zur Reform des Vormundschaftsrechts¹ vor. Mit seinen 117 Papierseiten braucht man eine ganze Weile, bis man die Auswirkungen auf alle betroffenen Rechtsgebiete halbwegs bedacht hat und einzuschätzen in der Lage ist. Da meine Zeit ab dem 6.10.2018 leider schon definitiv für andere unaufschiebbare Verpflichtungen verplant war, konnte ich das, was ich eigentlich vorhatte – nämlich mich mit Mitarbeitern der Amtsvormundschaft/Amtspflegschaft des Jugendamtes Bonn eingehend zu unterhalten – nur bruchstückhaft umsetzen. Ich hoffe, dass mein Beitrag es unter diesen Umständen zumindest schafft, das Gespräch ein wenig in Gang zu setzen.

Vorwegschicken will ich, dass ich den *Leiter der Abteilung Amtsvormundschaft/Amtspflegschaft* gefragt habe, was er gegenwärtig als das größte Problem in der Amtsvormundschaft/Amtspflegschaft ansehe. Die Antwort war sehr überraschend für mich.

Der Leiter meinte, es sei kaum noch erträglich und hinnehmbar, wie oft junge Menschen, die in Heimen leben müssten, die Heime wechselten. Die jungen Leute dürften heutzutage grundsätzlich Heime wählen und in andere ziehen. Dieser Vorgang werde wie eine Castingshow durchgeführt. Wenn irgendwo ein Platz frei sei, könnten sich die jungen Menschen bewerben und präsentieren und würden wie ein Gewinner ausgewählt. Nachher stelle sich aber oft heraus, dass sie gar nicht in das pädagogische Konzept dieses Heims passten. Oft würde ihnen dann nahe gelegt, das Heim wieder zu verlassen. Mit derartigen Wechseln seien endlose Schwierigkeiten verknüpft.

Ein Problem in Pflegefamilien sei, dass diese oft Kinder aufnahmen, weil sie eigentlich eine Adoption wollten, aber kein Adoptivkind fänden. Man könnte sagen, dass es verkappte Adoptionen seien. Diese Familien drängten oft darauf, alle rechtlichen Möglichkeiten in Anspruch zu nehmen, die das Kind zu „ihrem“ Kind machten. Dazu gehörten vorrangig die Übernahme der Vormundschaft und die Namenserteilung. Diese „falsche“ Motivation führe trotz aller Verantwortungsübernahme oft zum Scheitern der Pflegekindschaft. Die Pflegeeltern stünden dann vor einem Scherbenhaufen, obwohl sie dem Kind – wie sie selber formulieren – doch so viel Liebe gegeben hätten.

¹ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 07.09.2018, abrufbar unter https://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf?jsessionid=2A9F5222308CC915D45BA6C778B44248.2_cid334?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt aufgerufen am 26.04.2019); im Folgenden „2. Diskussionsteilentwurf“.

II. Künftige Typen von Rechtsfürsorge für Minderjährige, §§ 1775–1782 BGB-E

Zunächst sei kurz zusammengefasst, welche Arten von Vormundschaft es künftig geben soll und in welcher Beziehung sie zueinander stehen. *Im bisher geltenden Recht* haben wir drei Arten, die in vorgegebenem Rang zueinander stehen: an erster Stelle die ehrenamtliche Einzelvormundschaft, sodann die professionelle Einzelvormundschaft, die Vereinsvormundschaft, betrieben von einem Mitarbeiter oder einem Mitglied des Vereins, und schließlich die Amtsvormundschaft. Das *neue Recht* (§ 1775 BGB-E) soll zwar nominell auch über diese Vormundschaften verfügen, aber in leicht anderer Beziehung zueinander. An absolut vorrangiger Stelle soll der ehrenamtliche Einzelvormund stehen (§ 1780 Abs. 2 BGB-E), nachrangig, und hier auf gleicher Ebene (§ 1781 BGB-E), der professionelle Einzelvormund, der Vereinsvormund, geführt von einem einzelnen Mitarbeiter des Vereins, und schließlich weiterhin das Jugendamt als Amtsvormund. Diese vier Typen von Vormundschaften werde ich nachfolgend unter einigen ausgewählten Gesichtspunkten beleuchten. Darauf hingewiesen sei aber ausdrücklich, dass begrüßenswerter Weise auf Seiten des Mündels bei allen Arten von Vormundschaften bestimmte Gegebenheiten zu berücksichtigen sind, die bisher nicht ausdrücklich im Gesetz standen (u.a. kultureller Hintergrund, Lebensumstände, der wirkliche Wille der Eltern [§ 1779 Abs. 2 BGB-E]).

1. Ehrenamtlicher Einzelvormund

Nach § 1780 Abs. 1 BGB-E muss die Person des Einzelvormunds bestimmte Eigenschaften und Verhältnisse aufweisen, damit das Mündelwohl gewährleistet sein kann. Ohne hier auf alle nunmehr ausdrücklich aufgezählten Aspekte eingehen zu können, lässt sich feststellen, dass der Gesetzentwurf deutlicher und differenzierter Gesichtspunkte aufzählt, die auf der Seite des Vormunds eine Rolle spielen können (u.a. Kenntnisse und Erfahrungen, persönliche Eigenschaften, Fähigkeit und Bereitschaft zur Kooperation).

Wie schon gesagt und sich aus § 1780 Abs. 2 BGB-E ergibt, hat der ehrenamtliche Einzelvormund absoluten Vorrang vor allen anderen potenziellen Vormündern. Aus diesem Grunde wird sich das Jugendamt gem. § 53 Abs. 1 SGB VIII im Rahmen seiner Vorschlagspflicht gegenüber dem Familiengericht viel stärker als bisher der Gewinnung und Schulung von Ehrenamtlichen zuwenden müssen, um immer jemanden als Empfehlung zur Verfügung zu haben. Rein theoretisch ist dies keine neue Aufgabe. Aber viele, man kann sogar sagen die meisten, Jugendämter haben diese Aufgabe bisher nicht besonders ernst genommen. Schablonenartig wurde nach Eingriffen iSd § 1666 BGB oder sonstigen Sorgerechtsregelungen, die die Anordnung einer Vormundschaft erforderten, das Jugendamt als Vormund vorgeschlagen, wenn kein Angehöriger zur Verfügung stand oder von den Eltern berufen wurde.

Vorbildlich mit einem anderen Vorgehen ist seit vielen Jahren das Jugendamt Gütersloh, indem es in der Abteilung „Vormundschaft/Pflegschaft“ nur einen einzigen Sozialarbeiter gab, dessen einzige Aufgabe darin bestand, bei Bürgern das Interesse für die Arbeit als Vormund zu wecken, diese zu schulen und bei der Stange zu halten, bis sie zum Einsatz kommen konnten, um für den Mündel dann den richtigen Vormund zu finden (wie bei der Adoption und der Pflegestellenvermittlung das sog. matching). Der Vormund selbst führte in Gütersloh keine einzige Vormundschaft. Und das Programm funktionierte eindrucksvoll! Ich selbst habe nach Kennenlernen dieser Art des Vorgehens im Rahmen einer Abschlussarbeit im Masterstudium Sozialarbeit ein Schulungsprogramm entwickeln lassen. Dieses war hervorragend, ist aber bedauerlicherweise in der Praxis überhaupt nicht zur Anwendung gekommen, weil die altgedienten Mitarbeiter in den Abteilungen Amtsvormundschaft/Amtspflegschaft keine Notwendigkeit dafür sahen und den eigenen Ast, auf dem sie saßen, nicht absägen wollten. Um es den Jugendämtern jedenfalls schwerer zu machen, in ihrem alten „Strickmuster“ zu verharren, schlage ich vor, § 53 Abs. 1 SGB VIII folgendermaßen zu fassen: „Das Jugendamt hat als Vormund und Pfleger geeignete Einzelpersonen zu gewinnen, zu schulen und dem Familiengericht vorrangig diese vorzuschlagen.“

Das Jugendamt Bonn hat vor ca. zwei Jahren mit dem Gewinnen und Schulen von ehrenamtlich Tätigen begonnen. Anlass waren die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge, die offensichtlich bei ehrenamtlichen Einzelvormündern, die oft besser in der Gesellschaft vernetzt waren als die Amtsvormünder, besser aufgehoben waren als bei den Amtsvormündern.

2. Mitvormund (§ 1776 Abs. 1 BGB-E)

Die generelle Möglichkeit einer Mitvormundschaft soll nach dem Entwurf nicht mehr bestehen.² Damit wird der Grundsatz bekräftigt, dass die Verantwortung für den Mündel grundsätzlich ungeteilt bei einer einzigen Person liegen soll. Der einzige Fall, der nach künftigem Recht möglich sein soll, ist die gemeinsame Vormundschaft von Ehegatten und Lebenspartnern.

3. Ehrenamtlicher Einzelvormund plus „zusätzlicher Pfleger“ (Vorschlag: einfacher „Zusatzpfleger“) (§ 1777 BGB-E)

Diese Konstruktion soll nur für den ehrenamtlichen Vormund möglich sein. Vom Berufsvormund wird erwartet, dass er alle Aufgaben allein erfüllen kann, weil seine Eignung mit der Berufung als Vormund abschließend geprüft worden ist. In der Begründung werden als Beispiele, warum ein Zusatzpfleger bei einem Einzelvormund möglich sein kann, u.a. Fälle wie der aufgeführt, dass der ältere Bruder des Mündels, der die Vormundschaft führt, sich nicht imstande sieht, gegenüber den

² 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 113.

Eltern des Mündels – die auch seine Eltern sind – Unterhaltsansprüche oder eine Umgangsregelung gerichtlich durchzusetzen.³

4. Vormund plus Übertragung einzelner Sorgeangelegenheiten oder einer bestimmten Art von Sorgeangelegenheiten auf die Pflegeperson als Pfleger (§ 1778 BGB-E)

Diese Vorschrift ist eine Nachbildung des § 1630 Abs. 3 BGB und soll für das Kind gelten, das in einer Pflegefamilie lebt und unter einer beliebigen Vormundschaft steht. Die Angelegenheiten können ebenfalls beliebiger Natur sein. Voraussetzung ist allerdings, dass der Mündel schon seit längerer Zeit bei dieser Pflegeperson lebt oder bereits bei Begründung des Pflegeverhältnisses eine persönliche Bindung zu der Pflegeperson hatte. Die Pflegeperson wird dann eigenverantwortlicher Pfleger im Bereich dieser Angelegenheiten. Soll es sich allerdings um Sorgeangelegenheiten handeln, deren Regelung für den Mündel von *erheblicher* Bedeutung ist, so ist nur die gemeinsame Übertragung auf Vormund und Pfleger möglich (§ 1778 Abs. 2 BGB-E).

5. Vormund plus Handlungsbefugnis der Pflegeperson (§ 1798 BGB-E)

Neben der Konstellation, dass einer Person Sorgeangelegenheiten förmlich vom Familiengericht übertragen werden und sie dadurch zum Ergänzungspfleger wird (§ 1778 BGB-E), gibt es auch die, dass der Pflegeperson nichts förmlich übertragen wird, sie aber trotzdem entscheidungsbefugt ist (Nachbildung des geltenden § 1688 BGB). Das ist der Fall, wenn der Mündel schon für längere Zeit bei der Pflegeperson lebt (vgl. § 1798 Abs. 1 BGB-E; die Konstellation, dass bereits eine persönliche Bindung zwischen Mündel und Pflegeperson besteht, soll hier offenbar nicht reichen). Hierdurch wird die Pflegeperson nicht zum Sorgerechtsinhaber für das Kind, sondern zum Vertreter des Vormunds. Jedoch kann der Vormund die Rechtsmacht des Pflegers einschränken oder sogar ausschließen (Abs. 3).

6. Berufs- und Vereinsvormund (§ 1781 BGB-E)

Bei dieser Kategorie kann es sich sowohl um einen professionellen Einzelvormund (freiberuflicher Sozialarbeiter, Rechtsanwalt, Pädagoge usw.) als auch um den Angestellten eines Vereins handeln. Bei beiden Typen soll die Anzahl und der Umfang der bereits geführten Vormundschaften und Pflegschaften eine Rolle spielen (§ 1781 Abs. 1 BGB-E), ohne dass konkrete Zahlen genannt werden. Dies scheint insbesondere beim Berufsvormund nicht unproblematisch zu sein, weil für diesen die Führung von Vormundschaften dem Broterwerb dient und daher die Tendenz vorhan-

³ Vgl. 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 80, 110.

den sein dürfte, so viele Fälle wie möglich zu übernehmen. Hier sollte das Familiengericht, wenn schon keine Fallzahl im Gesetz steht, sehr genau hinschauen und insbesondere auch andere parallel ausgeübte Funktionen wie Verfahrensbeistand, rechtlicher Betreuer und Verfahrenspfleger einbeziehen, wobei es bei letzteren wiederum darauf ankommen dürfte, ob es sich eher um eine vorübergehende oder um eine Daueraufgabe handelt.

7. Amtsvormund (§ 1781 BGB-E)

An der Struktur der bewährten Amtspflegschaft soll nichts verändert werden. Für den Amtsvormund enthält das SGB VIII in § 55 Abs. 2 S. 4 die Höchstzahl von 50 Vormundschaften oder Pflegschaften. Diese Zahl wird von vielen Jugendämtern inzwischen unterschritten, was zeigt, dass 50 immer noch viel zu viel sind.⁴ Im Übrigen soll das Jugendamt dem Familiengericht „vorab“, d.h. wohl vor der eigentlichen Bestellung des Jugendamtes, die beauftragte Person mitteilen (§ 1781 Abs. 2 BGB-E). Die Jugendämter finden diesen Zeitpunkt zu früh und überflüssig.⁵ Was für eine Bedeutung diese Benennung hat, ist unklar. Aus Abs. 4 von § 56 SGB VIII folgt immer noch, dass das Jugendamt jährlich zu prüfen hat, ob die Bestellung einer Einzelperson oder des Mitarbeiters eines Vereins anstelle des Jugendamts im Interesse des Minderjährigen erforderlich ist. Aus dieser Vorschrift ergibt sich eindeutig, dass das Jugendamt subsidiär zu bestellen ist. Alle denkbaren Einzelpersonen (Ehrenamtler, selbstständiger Profi oder Angestellter eines Vereins) haben Vorrang vor dem Jugendamt als Amtsvormund, wenn sie genauso geeignet sind wie das Jugendamt. Bei dem Jugendamt wird die Eignung immer unterstellt. Und im Übrigen ist das Jugendamt, auch wenn es Beschränkungen hinsichtlich der Zahl gibt, quasi das „Netz im Zirkus“; wenn keine geeignete Einzelperson vorhanden ist, wird das Jugendamt die Vormundschaft übernehmen, egal ob es genug Personal hat und ob dieses für den jeweiligen Fall geeignet ist. Die Feststellung, dass nicht genug Personal da ist, wird zu einer Überlastungsanzeige des einzelnen Vormunds führen und kann dann möglicherweise die Notwendigkeit offenbaren, dass die Kommune zusätzliches Personal einstellen muss.

8. Vorläufiger Vormund (§ 1782 BGB-E)

Wenn zum Zeitpunkt der Anordnung der Vormundschaft die erforderlichen Ermittlungen noch nicht abgeschlossen sind, hat das Familiengericht das Jugendamt oder mit dessen Zustimmung einen Verein zum vorläufigen Vormund zu bestellen. In

⁴ Joos, JAmt 2014, 6, 7.

⁵ DIJuF, Stellungnahme v. 21.12.2018 zum 2. Diskussionsteilentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, abrufbar unter https://www.dijuf.de/tl_files/downloads/2019/DIJuF-Stellungnahme_Vormundschaft_Reform_v._21.12.2018.pdf (zuletzt aufgerufen am 26.04.2019), S. 5.

beiden Fällen ist dem Gericht der Name des die Vormundschaft vorläufig Führenden bekannt zu geben (§ 1782 Abs. 1 S. 2 BGB-E). Diese Vorschrift ist formal neu, faktisch entspricht sie aber vielfach dem, was die Jugendämter sowieso praktizieren. Dort, wo bereits regelmäßig mit ehrenamtlichen Vormündern gearbeitet wird, ist es üblich, diesen die Vormundschaften erst zu übergeben, wenn die größten Probleme des Mündels aus dem Weg geräumt sind. Die neue Vorschrift würde vor allem in Erinnerung rufen, dass nicht einfach das Jugendamt als Vormund vorgeschlagen werden darf, sondern dass das Jugendamt lediglich die professionelle Brücke zu einer nicht behördlichen Vormundschaft darstellt.

III. Rechte und Pflichten von Kind und Vormund, §§ 1789–1792, 1795 BGB-E

Auch wenn das bisher geltende Recht die Akteure der Rechtsbeziehung nicht ohne Rechte und Pflichten ließ, fordert die Praxis schon seit längerem, die zahlreichen, nur schwer lesbaren Verweise auf das Recht der elterlichen Sorge (z.B. § 1793 BGB) und auf das Betreuungsrecht durch eine ausformulierte und auch dem Laien (z.B. dem ehrenamtlichen Vormund) verständliche Beschreibung der Rechtsstellung von jungem Menschen und Vormund zu ersetzen. Dies geschieht nunmehr mit den §§ 1789–1792 BGB-E. Besonders lobt die Praxis, dass die Unabhängigkeit des Vormunds unmissverständlich klargestellt wird (§ 1791 Abs. 1 BGB-E),⁶ sodass Interessen der Vereine oder Jugendämter (z.B. fehlende materielle oder personelle Ressourcen) beim Handeln des Vormunds keine Rolle spielen dürfen.

IV. Zusammenwirken von Vormund und den am rechtlichen oder tatsächlichen Netz Beteiligten, §§ 1777, 1778, 1793–1794 BGB-E

Der Gesetzentwurf führt an verschiedenen Stellen aus, wie die, die die Sorge für das Kind ausüben, im Interesse des Kindes miteinander umzugehen haben. Zumindest ist sichtbar, dass deutlich mehr Wert auf Kooperation und Austausch gelegt wird als im alten Recht.

Wenn es einen Zusatzpfleger (§ 1777 BGB-E) gibt, so sind Vormund und Pfleger zur gegenseitigen Information und Zusammenarbeit verpflichtet (§§ 1797 Abs. 2, 1793 Abs. 2 BGB-E). Dies gilt gem. § 1813 Abs. 1 BGB-E für alle Arten der Pflegschaften entsprechend.

Besonders herausgehoben wird der Fall, dass eine Pflegeperson oder Pflegeeltern zum Pfleger bestellt sind (§ 1777 BGB-E) und etwas entscheiden wollen. Sie haben dann die Auffassung des Vormunds einzubeziehen (§ 1793 Abs. 3 BGB-E).

⁶ DIJuF (Fn. 5), S. 6.

Handelt es sich um eine Angelegenheit, in der ihnen die Sorge gemeinsam mit dem Vormund zusteht (Sorgeangelegenheiten, deren Regelung für den Mündel von erheblicher Bedeutung ist), haben sie in gegenseitigem Einvernehmen zu entscheiden (§ 1793 Abs. 4 BGB-E).

V. Kontrolle der verschiedenen der Vormundschaft zuarbeitenden Personen und Instanzen

Das Recht der Vormundschaft und Pflegschaft ist so konzipiert, dass Vormünder und Pfleger nicht absolute Herrscher in kleinen Königreichen sind, sondern vielfach kontrolliert werden. Dies geschieht ausschließlich im Interesse der Kinder. So ist das Familiengericht dafür zuständig, den Vormund auszuwählen und zu bestellen (§ 1779 BGB-E) und auch während der Vormundschaft im Blick zu haben, wie es dem Kind geht und ob der Vormund pflichtgemäß arbeitet (§§ 1803 f. BGB-E). Einmal im Jahr hat der Vormund einen Bericht beim Familiengericht abzuliefern (§ 1804 Abs. 1 BGB-E – „jährlichen Bericht des Vormunds“). Zu den Gegenständen des Berichts sagt das Gesetz nichts. Sie sind also dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts überlassen. Wesentlicher Gegenstand der Kontrolle im Rahmen der Personensorge dürfte u.a. der persönliche Kontakt zwischen Vormund und Mündel sein, der sich vor allem auf Pflege und Erziehung des Mündels bezieht.

Ist zusätzlich ein Pfleger vom Familiengericht bestellt, sei es neben dem ehrenamtlichen Vormund (§ 1777 BGB-E) oder sei es als Pfleger für eine übertragene Sorgeangelegenheit (§ 1778 BGB-E), so unterstehen auch diese der Kontrolle des Familiengerichts (§§ 1777 Abs. 3 S. 1, 1778 Abs. 4 S. 2, 1813 Abs. 1, 1803, 1863 BGB-E).

VI. Entscheidung im Falle von Dissens

Wenn mehrere Personen an einer gemeinsamen Aufgabe beteiligt sind, kann es immer zu Auseinandersetzungen und einem Patt hinsichtlich der Entscheidung kommen. Das ist in der Vormundschaft nicht anders. Hier stellt sich dann die Frage, wie die Angelegenheit (im Interesse des Kindes) zu lösen ist.

Sind ein Zusatzpfleger (§ 1777 BGB-E) und der Vormund verschiedener Meinung, so entscheidet – nach entsprechenden Kooperationsbemühungen – der Pfleger in seinem Wirkungskreis alleine (auch wenn in § 1794 Abs. 1 Nr. 3 der § 1777 BGB-E steht; siehe § 1630 Abs. 1 BGB entsprechend). Der Vormund hätte die Möglichkeit, die Pflegschaft gerichtlich aufheben zu lassen (§ 1777 Abs. 2 BGB-E) und zu diesem Zwecke vorzubringen, dass die Pflegschaft dem Wohl des Mündels widerspricht (Abs. 2 S. 1 Nr. 1) oder dass ein wichtiger Grund (Abs. 2 S. 2) vorliegt.

Kommt es bei einer *Pflegschaft der Pflegeeltern* (§ 1778 BGB-E) zu Dissens mit dem Vormund, so ist erheblich, ob es eine „normale“ Angelegenheit (= *Alltagsangelegenheit*

iSv Abs. 1) oder eine „Angelegenheit“ ist, „deren Regelung für den Mündel von erheblicher Bedeutung“ ist (Abs. 2). Handelt es sich um eine „normale“ Angelegenheit, so entscheidet der Pfleger alleine⁷ (entsprechend § 1630 Abs. 1 BGB).

Ist es jedoch eine Pflugschaft, die eine „Angelegenheit von erheblicher Bedeutung“ zum Gegenstand hat, so soll diese von Pfleger und Vormund gemeinsam ausgeübt werden (§ 1778 Abs. 2 BGB-E). In der Praxis dürfte es dann so ablaufen, dass die Pflegeperson, die normalerweise „dichter an der Angelegenheit dran“ ist, alleine versuchen wird zu entscheiden, jedoch der Vormund protestiert und – nach vergeblichen Schlichtungsbemühungen – das Gericht anruft und bittet, in seinem Sinne zu entscheiden. Nach § 1794 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E würde das Gericht zuerst darüber befinden, ob es tatsächlich eine „Angelegenheit von erheblicher Bedeutung“ ist, und bejahendenfalls beide Meinungen abwägen und „der besseren“ den Vorzug geben.

Gegen eine derartige Lösung wendet sich vehement das „Bundesforum Vormundschaft und Pflugschaft“:⁸

- Die Faustregel, die ansonsten im Familienrecht gilt, ist, dass bei einem Streit zwischen Elternteilen einem von beiden nur das „letzte Wort“ zugeteilt werden kann (vgl. § 1628 BGB); streitet jedoch ein Elternteil mit einer externen Person (Pfleger), dann kann das Gericht in der Sache selbst entscheiden (vgl. § 1630 Abs. 2 BGB). Die Antwort, dass ein offensichtlicher Streit von niemandem, auch vom Gericht nicht, geschlichtet werden kann, gibt es nur bei nicht wichtigen Angelegenheiten (im Umkehrschluss aus § 1628 BGB folgend). Das bedeutet auf § 1794 BGB-E bezogen, dass die Lösung des Gesetzentwurfs systemkonform ist. Ob sie auch dem Kindeswohl dient, ist eine andere Frage. Die nötige Begründung im Gesetzentwurf ist sehr dünn und nicht überzeugend.⁹ Der Respekt vor der selbständigen Amtsführung des Vormunds (die im Übrigen auch der Pfleger für sich in Anspruch nehmen kann) kann es nicht verhindern, außenstehende Institutionen (Familiengericht) entscheiden zu lassen, wenn andernfalls das Kind Schaden nehmen würde.
- Das Bundesforum plädiert offenbar für eine „Lösung“, die das Gericht nicht als Streitschlichter zulässt.¹⁰ Es sei ausreichend, dass § 1793 Abs. 3 BGB-E Vormünder und Pfleger zur gegenseitigen Information und Zusammenarbeit im Interesse des Mündels verpflichtet und dass der Pfleger nach § 1777 BGB-E die Auffassung des Vormundes einzubeziehen habe.

⁷ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 114.

⁸ Bundesforum Vormundschaft und Pflugschaft, Stellungnahme zum Zweiten Diskussionsteilentwurf vom 03.09.2018 des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz v. 4.1.2019, abrufbar unter http://www.igfh.de/cms/sites/default/files/Bundesforum_Vormundschaft_Stellungnahme_Vormundschaftsreform_12122018_0.pdf (zuletzt aufgerufen am 26.04.2019), S. 5.

⁹ Vgl. 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 139.

¹⁰ Bundesforum Vormundschaft und Pflugschaft (Fn. 8), S. 7.

Aber dann solle der Pfleger die einzige Instanz sein, die zu entscheiden befugt ist. Allerdings solle der Gesetzgeber noch einmal unterstreichen, dass der Pfleger ohne intensiven Austausch nicht entscheiden dürfe.

- Im Gegensatz zur Gesetzesbegründung ist dieser Standpunkt deutlich gehaltvoller und auch nachvollziehbar. Ich möchte mich ihm anschließen. Mein Ausgangspunkt ist, dass dieser Streit wirklich nur selten auftauchen wird. Da es sich bei ihm um Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung handelt, ist davon auszugehen, dass Vormund und Pfleger grundsätzlich mit großem Verantwortungsbewusstsein handeln, Misstrauen des Gesetzes überflüssig ist und infolgedessen die Entscheidung der beiden „Fürsorger“ nicht von dem „primitiven“ Wunsch getragen ist, „gewinnen“ zu wollen. Da trotzdem ein Rest an Misstrauen bleiben kann, sollte der Gesetzgeber etwa in § 1793 Abs. 4 BGB-E einfügen, dass der nach § 1778 bestellte Pfleger vor Entscheidung in einer wichtigen Angelegenheit neben Austausch mit dem Vormund auch den Rat einer fachkundigen Person einholen soll („Vorbild“: § 1631a S. 2 BGB). Wenn jetzt der Vormund immer noch Zweifel am Handeln des Pflegers hat, kann er die Aufhebung der Pflegschaft gem. §§ 1778 Abs. 4 S. 1, 1777 Abs. 2 BGB-E entsprechend beantragen.

VII. Grenzen von Zusatzpflegschaft und Pflegschaft einer Pflegeperson

Sowohl § 1777 Abs. 3 S. 2 BGB-E als auch § 1778 Abs. 4 S. 2 BGB-E enthalten den Satz: Neben einem Pfleger nach § 1810 BGB-E (= Ergänzungspfleger) oder § 1778 bzw. 1777 BGB-E kann die Pflegeperson nicht zum Pfleger bestellt werden.

Damit will der Gesetzgeber erreichen, dass von dem Prinzip, das er selbst eingeführt hat, nicht wieder abgewichen werden kann. Es sollen nämlich höchstens zwei Personen oder Institutionen, vertreten durch eine Person, an der elterlichen Sorge beteiligt sein. Es wird befürchtet, dass sich aufgrund einer weiteren Aufspaltung der elterlichen Sorge die möglichen Differenzen zwischen den Sorgeberechtigten vervielfachen. Auch ein Kind hat im Höchstfall zwei Elternteile, die für es Verantwortung tragen.

Wenn also die Eltern oder Vormund an der Besorgung einer Angelegenheit des Kindes verhindert sind und deshalb ein Ergänzungspfleger bestellt wird (§ 1810 BGB-E), ist es nicht möglich, außerdem einen Pfleger nach § 1777 oder § 1778 BGB-E einzusetzen.

VIII. Hilfe für junge Volljährige – Fortgesetzte rechtliche Sorge

Wie allgemein bekannt, können – theoretisch – volljährig gewordene junge Menschen in der *Jugendhilfe* noch über den 18. Geburtstag hinaus fast dieselben Hilfen wie Minderjährige erhalten. Voraussetzung dafür ist, dass „die Hilfe aufgrund der individuellen Situation des jungen Erwachsenen notwendig ist“ (§ 41 Abs. 1 S. 1 SGB VIII). Dies lässt sich leider vielfältig interpretieren, am günstigsten für die Jugendämter, wenn sie nicht für die Unterkunft der jungen Erwachsenen aufkommen müssen. Jedenfalls ist mit der Hilfe für junge Volljährige nur Beratung und Hilfe, nicht jedoch Vertretung verbunden.

Ich habe mich gefragt, ob nicht auch im *Zivilrecht* Sonderformen des rechtlichen Kümmerens notwendig sind, um den im Alltag anzutreffenden Phänomenen gerecht zu werden. Müsste nicht in Gesellschaft und Recht flexibler reagiert werden können?

In Deutschland wird in Fachkreisen in letzter Zeit viel von den sog. „Careleavern“ gesprochen. Das sind junge Menschen aus Pflegefamilien und Heimen, die formal 18 Jahre alt und damit volljährig geworden sind, aber ganz normalen rechtlichen Vorgängen des Alltags weiterhin nicht gewachsen sind. Sie sind besonders schlimm dran, wenn sie keine Eltern, sonstige Verwandte oder Freunde haben, die bereit sind, sie zu unterstützen und dazu beizutragen, dass das Ziel von „Eigenverantwortlichkeit und Gemeinschaftsfähigkeit“ (§ 1 Abs. 1 SGB VIII) doch noch, wenn auch mit Verzögerung, erreicht wird. In Heimen können sie mit Erreichen der Volljährigkeit nur selten bleiben.¹¹ In Pflegefamilien eher, aber oft nur dann, wenn die Pflegefamilien es sich leisten können, obwohl sie kein Pflegegeld mehr erhalten. So hilflos können natürlich auch junge Menschen sein, die noch in ihren Elternhäusern leben. Aber diese haben meistens noch Familienmitglieder, die ihnen das selbstständig Werden erleichtern. Oft haben die über 18-Jährigen selbst die Einsicht, dass sie gesellschaftlich noch nicht voll mithalten können und dass sie eine rechtliche Hilfe brauchen können. Aber das Recht verweigert sich ihnen. Der Versuch, ihnen rechtliche Betreuer zu bestellen, muss scheitern, weil die Voraussetzungen des § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB ersichtlich nicht erfüllt sind.

Ich meine, dass es für solche jungen Menschen eine Art „verlängerte Vormundschaft“ oder neutraler (also auch für Kinder, die zuvor unter elterlicher Sorge standen) „fortgesetzte oder verlängerte rechtliche Sorge“ geben sollte, bei der der junge Mensch in wichtigen Angelegenheiten (z.B. Abschluss eines Ausbildungsvertrages) zusammen mit einem gesetzlichen Vertreter einwilligen müsste. Selbstverständlich sollte die Einrichtung einer solcher verlängerten rechtlichen Sorge/Vormundschaft nur mit Einwilligung des jungen Menschen möglich sein. Ähnlich wie in der Betreuung müssten bei der Bestellung eines solchen Sorgeberechtigten Wirkungskreise benannt werden, in denen der Sorgeberechtigte zusammen mit ihnen handeln könnte.

¹¹ Frankfurter Kommentar SGB VIII/*Tammen*, 8. Aufl. 2019, § 41 Rn. 13: Entscheidend ist, ob die geleistete Hilfe für die Fortführung des Verselbständigungsprozesses geeignet und notwendig ist.

Ohne dass der junge Mensch dadurch an Kompetenzen verlöre, könnte er bei entsprechender Einsicht natürlich auch alleine handeln. Auch das Umgekehrte – ein Einwilligungsvorbehalt – wäre denkbar.

Vorstellbare Wirkungskreise wären insbesondere: Schulanmeldungen, Abschluss von Ausbildungsverträgen, Anträge bei Jobcenter, Arbeitsagentur, BAföG-Amt, „Hartz IV“; Geltendmachen von Ansprüchen auf wirtschaftliche Jugendhilfe, Unterhalt, Kindergeld, Wohngeld, Waisenrenten; Abschluss von Mietverträgen, Kreditverträgen; Krankenversicherung u.v.a.m. *Astrid Staudinger* zählt in ihrem Aufsatz zahlreiche Facetten des rechtlich Notwendigen auf.¹²

Organisatorisch ließen sich derartige Vorschriften problemlos als „Titel 5 Fortgesetzte rechtliche Sorge“ in Anschluss an § 1889 BGB-E einfügen.

IX. Resümee

Alles in allem erfüllt der Entwurf – wenn man nicht einen totalen Systemwechsel erwartet¹³ – überwiegend die Erwartungen an den Gesetzgeber bezüglich eines zeitgemäßen Gesetzes, das auf den Fundamenten des Vorgängers aufbaut, ohne die ganze Praxis auf den Kopf zu stellen. Ob es dann so lange wie der Vorgänger Bestand haben wird, ist damit nicht gesagt.

¹² *Staudinger*, frühe Kindheit 2015, 44, 48 ff.

¹³ *Schwab*, in: *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit* (Hrsg.), 9. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2010, 2011, S. 29 ff.

Neue Personensorge und ihre Herausforderungen für die Familiengerichte¹

Werner Dürbeck

| | | |
|-------|---|----|
| I. | <i>Einleitung</i> | 48 |
| II. | <i>Allgemeine Zielsetzungen des Entwurfs</i> | 48 |
| III. | <i>Rechtstatsächlicher Rahmen in der Gerichtspraxis</i> | 49 |
| 1. | Fallgruppen der bestellten Vormundschaft/Pflegschaft | 49 |
| 2. | Gründe der Dominanz der Amtsvormundschaft | 50 |
| IV. | <i>Verfahrensrechtliche Einordnung von Vormundschaft/Pflegschaft</i> | 52 |
| V. | <i>Die Auswahl des Vormunds</i> | 53 |
| 1. | Vormundstypen | 53 |
| 2. | Auswahlkriterien | 54 |
| 3. | Verfahrensrechtliche Vorgaben und Auswirkungen auf das familiengerichtliche Verfahren | 55 |
| VI. | <i>Problemlösung durch den vorläufigen Vormund (§ 1782 BGB-E)?</i> | 56 |
| 1. | Zuständigkeit bei Anfechtung der erstinstanzlichen Entscheidung | 56 |
| 2. | Verfassungsmäßigkeit von § 1782 BGB-E | 57 |
| 3. | Verhältnis zur einstweiligen Anordnung nach §§ 49 ff. FamFG | 57 |
| VII. | <i>Aufteilung der Sorgeverantwortung durch die Beteiligung von Dritten</i> | 58 |
| 1. | Der zusätzliche Pfleger nach § 1777 BGB-E | 58 |
| 2. | Sorgerechtskompetenzen von Pflegepersonen | 60 |
| VIII. | <i>Aufsicht</i> | 62 |
| IX. | <i>Fazit</i> | 63 |

¹ Der Beitrag ist in dieser Form bereits in der ZKJ 2019, 208 ff. erschienen.

I. Einleitung

Das gegenwärtige Vormundschaftsrecht stammt im Wesentlichen noch aus dem 19. Jahrhundert. Es wurde zwar seitdem zahlreichen Reformen unterzogen, diese betrafen aber im Wesentlichen Einzelfragen² und eine grundlegende Überarbeitung und Modernisierung ist bis heute ausgeblieben. Bereits in der letzten Legislaturperiode hat das BMJV am 13.10.2014 zunächst ein Eckpunktepapier für die weitere Reform des Vormundschaftsrechts³ vorgelegt, welches am 26.10.2016 in einen (ersten) Diskussteilentwurf zur Reform des Vormundschaftsrechts⁴ mündete. Das rechtswissenschaftliche Schrifttum hat dieser Entwurf in der Folgezeit erstaunlich wenig beschäftigt.⁵ Am 6.9.2018 folgte schließlich ein zweiter Diskussteilentwurf,⁶ der nunmehr der Praxis und den Verbänden zur Stellungnahme vorgelegt wurde und wohl noch in dieser Legislaturperiode zu einem Gesetzentwurf der Bundesregierung führen soll. Berücksichtigt sind in dem vorliegenden Entwurf bislang lediglich beabsichtigte Änderungen des BGB und notwendige Vorschläge für Folgeänderungen. Ergänzungen des FamFG, RechtspflegerG und SGB VIII stehen noch aus. Die folgenden Ausführungen sollen sich mit den Herausforderungen der geplanten Reform des Vormundschaftsrechts für die Praxis der Familiengerichte beschäftigen.

II. Allgemeine Zielsetzungen des Entwurfs

Die beabsichtigte Neustrukturierung der Gesetzesnormen im Bereich des Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts im BGB wird auch den Familiengerichten bei der Rechtsanwendung zu Gute kommen. Sinnvoll ist es in diesem Zusammenhang etwa, bei den Vorschriften der Pflegschaft (§§ 1909 ff. BGB) künftig danach zu differenzieren, ob diese einen Bezug zu einem minderjährigen Kind haben oder nicht, und erstere Regelungen gesetzessystematisch unmittelbar im Anschluss an die Vorschriften der Vormundschaft und nicht – wie bisher – hinter die Normen des Betreuungsrechts zu stellen. Aus Sicht der Familiengerichte begrüßenswert ist auch die inhaltliche Zielsetzung des Diskussteilentwurfs, künftig die Subjektstellung des Mündels und die Stärkung seiner materiellen und formellen Rechte in das Zentrum

² Zur Entwicklung vgl. Staudinger/*Veit*, BGB (2014), Vor §§ 1773 ff. Rn. 31 ff.

³ BMJV, ZKJ 2015, 145.

⁴ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 18.08.2016, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_Eckpunkte_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt aufgerufen am 26.04.2019).

⁵ Nur *Veit/Marchlenski*, FamRZ 2017, 779 haben dazu ausführlicher Stellung bezogen.

⁶ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 07.09.2018, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf?jsessionid=2A9F5222308CC915D45BA6C778B44248.2_cid334?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt aufgerufen am 26.04.2019); im Folgenden zitiert als „2. Diskussteilentwurf“.

des neuen Rechts zu stellen, wie dies vor allem durch §§ 1789 ff. BGB des Entwurfs gewährleistet wird. Ebenso konsequent ist es, angesichts der herausragenden Bedeutung der Amtsvormundschaft in der Rechtspraxis, den Subsidiaritätsgrundsatz des § 1791b Abs. 1 S. 1 BGB insoweit aufzugeben. Dass der Entwurf entgegen den Forderungen des Schrifttums⁷ nach einer den sozialen Rahmenbedingungen entsprechenden Organisationsvormundschaft am Grundsatz der umfassenden Verantwortung des Einzelvormunds im Sinne der – durch §§ 1777, 1778, 1798 BGB-E aufgeweichten – Einheitssorge festhält, ist aus Sicht der gerichtlichen Praxis nicht zu beanstanden.

III. Rechtstatsächlicher Rahmen in der Gerichtspraxis

1. Fallgruppen der bestellten Vormundschaft/Pflegschaft

Der vorliegende Entwurf stellt ausdrücklich fest,⁸ dass in der heutigen Praxis der Vormundschaft nicht der dem Gesetzgeber von 1900 als Regelfall geltende Mündel im Vordergrund steht, der infolge des Todes seiner Eltern bei seinen Verwandten lebt, sondern Kinder, deren Eltern wegen einer Gefährdung ihres Wohls das Sorgerecht nach § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB entzogen werden musste und die in Pflegefamilien oder Heimen oder sonstigen betreuten Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe leben. In diesen Fällen des vorangegangenen Sorgerechtsentzugs gemäß § 1666 BGB werden in der Praxis in etwa 50 % der Fälle – mit zunehmender Tendenz – statt eines Vormunds ein Ergänzungspfleger bestellt.⁹

Die zweite in der gerichtlichen Praxis der bestellten Vormundschaft bedeutsame Fallgruppe sind unbegleitet eingereiste minderjährige Ausländer.¹⁰ Auch wenn unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Begründung des Diskussionsteilentwurfs nicht erwähnt werden, waren nach der amtlichen Statistik¹¹ im Jahr 2017 noch ca. 11.000 Fälle von Inobhutnahmen nach § 42 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII zu verzeichnen, in denen es wohl in der absoluten Mehrheit der Fälle zur Bestellung eines Vormunds

⁷ Schwab, in: Coester-Waltjen/Schumann/Lipp/Veit (Hrsg.), 9. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2010, 2011, S. 29, 32 f.; ders., in: Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig (Hrsg.), Vormundschaft in Europa, 2016, S. 15, 25; Veit, FamRZ 2016, 2045, 2050 f.

⁸ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 6), S. 73, 83.

⁹ Destatis, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe – Pflegschaften, Vormundschaften, Beistandschaften, Pflegeerlaubnis, Sorgerechtsentzug, Sorgeerklärungen, 2017, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kinderhilfe-Jugendhilfe/Publikationen/Downloads-Kinder-und-Jugendhilfe/pflege-vormund-beistandschaft-pflegeerlaubnis-5225202177004.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt aufgerufen am 18.04.2019), S. 13 Tab. 4.

¹⁰ Vgl. dazu ausführlich Dürbeck, FamRZ 2018, 553 ff.

¹¹ Destatis, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe – Vorläufige Schutzmaßnahmen, 2017, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kinderhilfe-Jugendhilfe/Publikationen/Downloads-Kinder-und-Jugendhilfe/vorlaeufige-schutzmassnahmen-5225203177004.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt aufgerufen am 18.04.2019), S. 6.

gekommen sein muss, weil das Ruhen der elterlichen Sorge nach § 1674 BGB anzuordnen war. Andere Fälle der Bestellung von Vormündern, etwa infolge des Todes der Eltern oder sonstiger Fälle des Ruhens der elterlichen Sorge nach §§ 1673 ff. BGB, sind in der Gerichtspraxis dagegen die extreme Ausnahme.

2. Gründe der Dominanz der Amtsvormundschaft

Soweit in der Begründung des Teilentwurfs darauf hingewiesen wird, dass in der Praxis die Amtsvormundschaft mit einem Anteil von 80–84 %, trotz ihrer gegenwärtigen Subsidiarität, dominieren würde, so ist dies sicher zutreffend, im Gerichtsbezirk des Verfassers dieses Beitrages dürfte der Anteil sogar noch deutlich höher sein.

Gründe hierfür sind vor allem das Fehlen von Vormundschaftsvereinen in vielen Regionen, da sich die schwerpunktmäßig von den Kirchen getragenen Vereine überwiegend in Bayern und Nordrhein-Westfalen befinden.¹² Auch stellt sich die Frage, ob die Bestellung eines Vormundschaftsvereins oder des betreffenden Vereinsmitarbeiters gegenüber der Amtsvormundschaft des Jugendamts zu nennenswerten Unterschieden führt, liegt doch die Fallzahl dort bei einer Vollzeitkraft auch im Bereich von bis zu 40 Vormundschaften.¹³

In Bezug auf die in Frage kommenden sonstigen Berufsvormünder, wie z.B. Rechtsanwälte oder Sozialarbeiter, ist in der Praxis häufig eine mangelnde Bereitschaft an der Wahrnehmung von Vormundschaften zu konstatieren. Ursache hierfür sind häufig der hohe Zeitaufwand der Tätigkeit und die große Verantwortung für die betreffenden Kinder gegenüber einer offenkundig nicht hinreichenden Vergütung der Tätigkeit.

Soweit der Gesetzgeber mit der Reform des Vormundschaftsrechts beabsichtigt, künftig mehr ehrenamtlich tätige natürliche Personen bei der Vormundschafts- bzw. Pflegschaftsauswahl zu berücksichtigen, dürfte dies schwer zu realisieren sein. Zu den Personen, die Vormundschaften oder Pflegschaften ehrenamtlich ausüben können, gehören zunächst Verwandte des Mündels, welche im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG vorrangig zu berücksichtigen sein sollen,¹⁴ soweit sie für das Amt geeignet sind. An der Eignung für das Amt fehlt es aber den Verwandten des Kindes, wie Großeltern oder den Geschwistern der Eltern, regelmäßig in den Fällen von § 1666 BGB, weil diese oftmals nicht dazu in der Lage sind, sich von den Eltern der Kinder und deren Versagen bzw. Fehlverhalten abzugrenzen.¹⁵ Soweit Angehörige von unbeglei-

¹² *Elmayer/Kauermann-Walter*, JAmt 2016, 116.

¹³ *Elmayer/Kauermann-Walter*, JAmt 2016, 116, 117.

¹⁴ BVerfG FamRZ 2009, 291; ZKJ 2015, 70; *Britz*, JZ 2014, 1069; zu Recht kritisch *Heilmann*, FamRZ 2015, 92.

¹⁵ Zu einem solchen Fall vgl. die jüngste Entscheidung des OLG Düsseldorf v. 20.11.2018 – 8 UF 187/17.

teten minderjährigen Flüchtlingen in der Vergangenheit vereinzelt bei der Vormundschaftsauswahl berücksichtigt worden sind,¹⁶ hat sich dies nach Berichten der Jugendämter und des Bundesfachverbandes für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge (BUMF) nicht bewährt, da auch hier wegen der Vielzahl von zu regelnden Angelegenheiten meist eine professionelle Wahrnehmung der Aufgaben der Vormundschaft erforderlich ist.¹⁷ Soweit der Entwurf insbesondere darauf abzielt, für die Übernahme der Vormundschaft engagierte Bürger zu gewinnen, die aus staatsbürgerlichem Pflichtbewusstsein die Aufgabe übernehmen wollen,¹⁸ ist es zunächst zutreffend, dass solche Personen regelmäßig in der Praxis nicht durch die Jugendämter im Rahmen ihrer Berichte nach § 53 Abs. 1 SGB VIII vorgeschlagen werden. Andererseits ist der Erziehungs- und Pflegebedarf von Kindern, die nach § 1666 BGB von ihren rechtlichen Eltern getrennt werden mussten, in der Praxis so hoch, dass eine Wahrnehmung der Personensorge durch nicht professionelle Vormünder häufig kaum denkbar erscheint. Betroffene Kinder sind oft traumatisiert oder haben bereits infolge von elterlichem Fehlverhalten oder Vernachlässigungen Schäden in ihrer Persönlichkeitsentwicklung erlitten. Sie bedürfen häufig besonderer therapeutischer Begleitung und spezieller, auf sie abgestimmter, Schulformen. Auch das Verhältnis zu den Herkunftseltern, vor allem im Hinblick auf das elterliche Umgangsrecht und häufige Verfahren in Bezug auf die Rückübertragung des Sorgerechts nach § 1696 Abs. 2 BGB, überfordert im Regelfall ehrenamtlich tätige Vormünder und verlangt spezielle Erfahrungen und Kenntnisse in diesem Bereich. In Bezug auf unbegleitete minderjährige Flüchtlinge sind vor allem Fragen der Sicherung des Aufenthalts, der Berufsausbildung, des Familiennachzugs und zum Teil auch die Bewältigung von traumatischen Erfahrungen zu nennen, die ebenfalls häufig spezielle Kenntnisse und Erfahrungen von Vormündern verlangen. Dass die insoweit bei ehrenamtlich tätigen Vormündern vorhandenen Defizite durch Beratung und Unterstützung durch die Jugendämter – wie dies § 53 Abs. 2 SGB VIII durchaus vorsieht – kompensiert werden können,¹⁹ dürfte eher skeptisch zu beurteilen sein.

Bei Pflegepersonen der Kinder ist dagegen zu konstatieren, dass diese zwar aufgrund ihrer Nähe zu den bei ihnen lebenden Kindern wie kaum ein anderer als Vormünder prädestiniert sind und auch Art. 6 Abs. 1 GG, der auch die Pflegefamilie schützt,²⁰ für ihre Auswahl spricht. Sie können die Bedürfnisse der Kinder wie kaum eine andere Bezugsperson beurteilen. Auch werden sie von den Familiengerichten²¹

¹⁶ Etwa OLG Hamm MDR 2017, 948; vgl. dazu auch DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2016, 195.

¹⁷ Vgl. Schwarz, in: Oberloskamp, Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, 4. Aufl. 2017, § 9 Rn. 32 f.; Dürbeck, FamRZ 2018, 553, 559.

¹⁸ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 6), S. 72.

¹⁹ So Veit, FamRZ 2012, 1841, 1847; Zenz, DAVorm 2000, 365, 372.

²⁰ BVerfG FamRZ 1989, 31.

²¹ OLG Rostock ZKJ 2016, 365; OLG Brandenburg FamRZ 2014, 1863; OLG Stuttgart FamRZ 2013, 1318; OLG Nürnberg FamRZ 2012, 1959; Heilmann/Dürbeck, Praxiskommentar Kindschaftsrecht, 2015, § 1779 BGB Rn. 11; aus erzieherischer Hinsicht vgl. Simon, JAmt 2014, 610, 613 f.

zu Recht als Vormünder bestimmt, soweit sie nicht, z.B. wegen fehlender Bindungstoleranz oder Kooperationsfähigkeit als ungeeignet erscheinen. Gleichwohl drängt sich dieser Personenkreis nach den Erfahrungen in der Praxis häufig nicht in das Amt des Vormunds der von ihnen betreuten Kinder, weil wegen der regelmäßigen Konflikte mit den Herkunftseltern (Umgang, Rückkehroption) es aus ihrer Sicht sinnvoll erscheint, dass ein Amtsvormund quasi als „Puffer“ zwischen ihnen und den Herkunftseltern fungiert.

IV. Verfahrensrechtliche Einordnung von Vormundschaft/Pflegschaft

Verfahren betreffend die Anordnung von Vormundschaft und die Auswahl und Bestellung des Vormunds sind rechtlich selbständige Kindschaftssachen nach § 151 Nr. 4 und 5 FamFG, die abzugrenzen sind von den Sorgerechtsverfahren nach § 151 Nr. 1 FamFG (insbes. §§ 1666, 1674 BGB), die ihnen im Regelfall vorausgehen. Wird in einem Sorgerechtsverfahren den Eltern das Sorgerecht nach § 1666 BGB entzogen und zugleich ein Vormund für das Kind bestimmt, so handelt es sich hierbei in formeller Hinsicht um die Verbindung zweier an sich selbständiger Verfahren nach § 20 FamFG. Vor der Entscheidung des BVerfG vom 22.9.2014²² war es durchaus nicht unüblich, dass Familienrichter sich darauf beschränkten, die Vormundschaft nach § 1774 BGB anzuordnen und die Auswahl des Vormunds – jedenfalls bei Kindern mit deutscher Staatsangehörigkeit (vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 10 RpfLG) – dem funktionell nach § 3 Nr. 2 a) RpfLG zuständigen Rechtspflegern zu überlassen. In der vorbezeichneten Entscheidung des BVerfG²³ hat dieses aber verlangt, dass im Verfahren nach § 1666 BGB auch der Vormund vom Richter zu bestimmen sei, weil es Fälle gäbe, in denen ein Sorgerechtsentzug nur dann verhältnismäßig sei, wenn im Interesse des Mündels eine bestimmte Person als Vormund, wie etwa insbesondere ein Verwandter, ausgewählt werden würde. Die danach notwendige Verbindung von Sorge- und Vormundschaftsverfahren in den Fällen von § 1666 BGB impliziert aber gleichwohl, dass das Familiengericht erst dann Ermittlungen zur Auswahl des Vormunds aufnehmen kann, wenn es zur Auffassung gelangt ist, dass eine Kindeswohlgefährdung gegeben ist und dieser durch einen Entzug des Sorgerechts zu begegnen sein kann.

Dass der Gesetzgeber im Übrigen auch in Bezug auf die funktionelle Zuständigkeit im Bereich der Vormundschaft/Pflegschaft Änderungen vornehmen sollte, zeigt sich anschaulich in den Fällen unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge. So ist nach § 3 Nr. 2 a) RpfLG zunächst der Rechtspfleger für das Sorgerechtsverfahren nach § 151 Nr. 1 FamFG zuständig. Hat er das Ruhen der elterlichen Sorge festgestellt, bestimmt § 14 Abs. 1 Nr. 10 RpfLG, dass der Richter für die Anordnung der

²² BVerfG FamRZ 2015, 208.

²³ BVerfG (Fn. 22).

Vormundschaft (§ 1674 BGB) zuständig ist, während für die Auswahl (§ 1779 BGB) und die Bestellung (§ 1789 BGB) wiederum der Rechtspfleger zuständig ist. In nur einem Teil der Familiengerichte wird diesem „Zuständigkeitschaos“²⁴ dadurch begegnet, dass gemäß § 6 RpfLG der Richter wegen Sachzusammenhangs auch das Sorgerechts- und das Auswahlverfahren an sich zieht. In vielen anderen Gerichten bearbeiten Rechtspfleger das Sorgerechtsverfahren und Richter das Vormundchaftsverfahren – im Einklang mit dem Gesetz – getrennt voneinander, was zu erheblichen personellen oder kostenmäßigen Mehrbelastungen führt. Auch müsste bei einer Aufteilung der Zuständigkeit das betreffende Kind zweifach angehört werden und die in der Praxis sehr schwierige Frage der Altersfeststellung²⁵ von den Rechtspflegern aufgeklärt werden, was aber nicht der Fall ist. Diesen Problemen kann nur dadurch begegnet werden, dass jedenfalls Verfahren nach § 1674 BGB und die Auswahl des Vormunds (§ 1779 BGB) generell dem Richter zugewiesen werden müssten.

V. Die Auswahl des Vormunds

1. Vormundstypen

Der Entwurf fasst die in Betracht kommenden Vormünder zunächst übersichtlich in § 1775 BGB-E BGB zusammen. Zu begrüßen ist dabei, dass künftig nicht mehr der Verein als endgültiger Vormund bestellt werden kann, sondern der betreffende Mitarbeiter des Vereins unmittelbar zu bestellen ist. Damit erfolgt ein Gleichlauf mit der Rechtsprechung des BGH, wonach bei der Bestellung eines Vereinsmitarbeiters – im Gegensatz zur Bestellung des Vereins selbst – auch ein Vergütungsanspruch gegenüber der Justizkasse zur Entstehung gelangen soll.²⁶ Auch wird dadurch das gesetzgeberische Leitbild verwirklicht, dass die Vormundschaft wenn möglich in personalisierter Form geführt werden soll. Dass eine solche Individualisierung des Vormunds bei der Amtsvormundschaft nicht realisiert werden kann, hat staatsorganisationsrechtliche Gründe im Hinblick auf das kommunale Selbstverwaltungsrecht.²⁷

²⁴ Zu Recht kritisch Heilmann/Heilmann (Fn. 21), § 14 RpfLG Rn. 22.

²⁵ Vgl. dazu Dürbeck, FamRZ 2018, 553, 556 f.

²⁶ BGH FamRZ 2011, 1394; JAmt 2013, 291; Hoffmann, JAmt 2013, 554.

²⁷ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 6), S. 108.

2. Auswahlkriterien

Die materiellen Auswahlkriterien finden sich in §§ 1779, 1780 BGB-E BGB und sind eigentlich in der Reihenfolge vertauscht. Die Eignungskriterien sind zunächst in § 1780 BGB-E BGB genannt (Kenntnisse, Erfahrungen, persönliche Eigenschaften und Verhältnisse, Vermögenslage, Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft) und beziehen sich ausschließlich auf natürliche Personen, weil der Entwurf – der Rechtsprechung des BGH folgend²⁸ – davon ausgeht, dass das Jugendamt kraft seines gesetzlichen Auftrages immer die erforderliche Eignung besitzt.²⁹ Sodann bestimmt § 1779 Abs. 2 BGB-E die vom Familiengericht zu beachtenden Auswahlkriterien, wobei im Hinblick auf die gegenwärtige Fassung von § 1779 Abs. 2 BGB nunmehr ausdrücklich der Wille des Mündels, sein kultureller Hintergrund, der wirkliche Wille der Eltern und die Lebensumstände des Mündels genannt werden. § 1780 Abs. 1 BGB-E verlangt sodann, dass der am besten geeignete Vormund auszuwählen ist. Der vormalige Subsidiaritätsgrundsatz zugunsten der ehrenamtlichen Einzelvormundschaft findet sich nur noch in § 1780 Abs. 2 BGB-E wieder und bezieht sich nach dem Wortlaut der Norm nicht auf das Jugendamt. Damit will der Entwurf die Möglichkeit eröffnen, dass in Fällen, in denen eine professionelle Wahrnehmung der Vormundschaft erforderlich ist, das Jugendamt wegen seiner besseren Eignung einem ehrenamtlichen Einzelvormund vorzuziehen sein kann.³⁰ Eine Subsidiarität unter den in § 1781 BGB-E zusammengefassten Berufsvormündern sieht der Entwurf nicht vor, was zu Folgeänderungen im SGB VIII (insbes. § 56 Abs. 4 SGB VIII bzgl. der Vereinsvormundschaft) wird führen müssen. Der in § 1779 BGB-E angeblich aufgegebenen Grundsatz der Subsidiarität der Amtsvormundschaft wird aber im Entwurf nicht durchgängig beachtet. So finden sich bei der Frage der Entlassung bzw. Auswechslung des Vormunds in § 1805 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 BGB-E weiterhin Regelungen, die eine subsidiäre Stellung des Jugendamts als Amtsvormund beinhalten. Mit dem Grundsatz der Auswahl des am besten geeigneten Vormunds ist dies aber kaum in Einklang zu bringen.

Eine sicher berechtigte Stärkung der Einzelvormundschaft erreicht der Entwurf durch die beabsichtigte Reduzierung der Mitvormundschaft auf Ehegatten (§ 1776 BGB-E).

²⁸ Zuletzt BGH FamRZ 2017, 1938.

²⁹ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 6), S. 120.

³⁰ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 6), S. 118 f.

3. Verfahrensrechtliche Vorgaben und Auswirkungen auf das familiengerichtliche Verfahren

Zu begrüßen ist, dass im künftigen Recht die Bestellung des Vormunds iSd § 1789 BGB kein konstitutives Element mehr des Wirksamwerdens der Vormundschaft bzw. Pflegschaft sein soll,³¹ was insbesondere Streitfragen³² um die Vergütung von Tätigkeiten der Berufsvormünder, die vor der Bestellung bereits angefallen ist, entbehrlich machen wird. Konsequenz ist es insoweit, die Bestellung von Vormündern und Pflegern künftig im FamFG zu regeln. Der Gesetzgeber sollte jedoch in der Zukunft darauf verzichten, eine Bestellung auch von Berufsvormündern weiterhin vorzusehen und sollte diese stattdessen auf ehrenamtliche Einzelvormünder beschränken.

Die Absicht des Gesetzgebers, künftig das Auswahlverfahren auszuweiten, wird zu erheblichen Verzögerungen – insbesondere der Verfahren nach § 1666 BGB – führen. Ursächlich hierfür werden insbesondere sein:

- In Verfahren nach § 1666 BGB wird häufig eine zweimalige Anhörung des Kindes im Hinblick auf die Vormundschaftsauswahl erforderlich sein.
- Notwendigkeit des Abwartens auf einen Bericht des Jugendamts zu seinen Anstrengungen bei der Gewinnung von ehrenamtlichen Einzelvormündern, zumal der Gesetzgeber beabsichtigt, die Berichtspflicht des Jugendamts nach § 53 SGB VIII auszuweiten.³³
- Notwendigkeit der Benennung der Person des Mitarbeiters des Jugendamts oder Vereins vor der Endentscheidung (§ 1781 Abs. 1 und 2 BGB-E). Da auch innerhalb des Jugendamts bei der Auswahl des zuständigen Mitarbeiters iSd § 55 Abs. 2 SGB VIII durch eine Verweisung im SGB VIII auf § 1780 Abs. 1 BGB-E die dort genannten Eignungskriterien zu beachten sein werden, wird künftig vor der Bestimmung des Vormunds das Ergebnis des jugendamtinternen Auswahlverfahrens abgewartet werden müssen.
- Benennung von Anzahl und Umfang bereits geführter Ämter durch den Vereinsvormund und sonstige Berufsvormünder (§ 1781 Abs. 1 BGB-E).
- Bei Eingang der erforderlichen Mitteilungen wird den Verfahrensbeteiligten vor einer abschließenden Gerichtsentscheidung zudem rechtliches Gehör zu gewähren sein.

Als Folge der Ausweitung des Auswahlverfahrens wird es gerade in Verfahren nach § 1666 BGB zu erheblichen Verzögerungen und zu einem Konflikt mit dem Beschleunigungsgebot nach § 155 Abs. 1 FamFG kommen.

³¹ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 6), S. 107.

³² Vgl. zuletzt BGH FamRZ 2018, 513.

³³ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 6), S. 122 f.

Auch wird die Ausweitung des Auswahlverfahrens bedingen, dass in Verfahren nach § 1666 BGB künftig ein richterlicher Hinweis zu erteilen sein wird, dass nach Abschluss der Ermittlungen zum Sorgerechtsentzug nunmehr ein Vormundschaftsverfahren nach § 151 Nr. 4 FamFG eingeleitet wird, was noch häufiger zu Befangenheitsanträgen in den oft hochkonflikthaft geführten Sorgerechtsverfahren führen wird.

VI. Problemlösung durch den vorläufigen Vormund (§ 1782 BGB-E)?

Der Diskussionsteilentwurf geht wohl zu Unrecht davon aus, dass die durch die Ausweitung des Auswahlverfahrens entstehenden Probleme, insbesondere das der Verfahrensverzögerung, durch die neue Rechtsfigur des *vorläufigen Vormunds* (§ 1782 BGB-E) gelöst werden können. Nach dieser Regelung soll künftig bei noch nicht beendeten Ermittlungen zur Auswahl des Vormunds oder bei sonstigen vorläufigen Hindernissen das Jugendamt oder der Vormundschaftsverein als zunächst vorläufiger Vormund bestellt werden und der endgültige Vormund erst binnen eines Zeitraums von drei Monaten ausgewählt werden, wobei die Frist einmal um drei Monate verlängerbar sein soll. Intension soll es dabei sein, der verbreiteten Praxis der Familiengerichte, ohne weitere Ermittlungen vorschnell das Jugendamt als Amtsvormund zu bestimmen, entgegen zu treten und auch dem Jugendamt mehr Zeit zu verschaffen, geeignete ehrenamtliche Einzelvormünder zu „rekrutieren“ und sie dem Familiengericht vorzuschlagen.³⁴

Hierbei sind aber folgende Probleme nicht erkannt worden:

1. Zuständigkeit bei Anfechtung der erstinstanzlichen Entscheidung

Würde gegen eine Entscheidung nach § 1666 BGB, in der ein vorläufiger Vormund bestimmt worden ist, Beschwerde nach §§ 58 ff. FamFG eingelegt, so stellt sich die Frage, welches Gericht nunmehr für die Bestimmung des endgültigen Vormunds zuständig sein wird. Der gegenwärtige Entwurf lässt diese Frage offen. Würde die endgültige Auswahl des Vormunds vom Amtsgericht zu klären sein, müsste das Oberlandesgericht vor einer Entscheidung über die Beschwerde zunächst die Entscheidung des Amtsgerichts abwarten oder sich bei Entscheidungsreife selbst mit der Bestimmung eines vorläufigen Vormunds begnügen müssen. Würde dagegen mit der Beschwerde aufgrund deren Devolutiveffekt auch die Frage der Bestimmung des endgültigen Vormunds auf das Beschwerdegericht übergehen, würde nunmehr das Oberlandesgericht erstmalig mit der Auswahl des endgültigen Vormunds befasst

³⁴ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 6), S. 123.

sein. Dann wäre ggf. binnen der vom Gesetzgeber gesetzten Frist von drei Monaten zunächst der endgültige Vormund auszuwählen, bevor überhaupt eine Entscheidung über die Voraussetzungen des Sorgerechtsentzugs nach § 1666 BGB getroffen werden könnte. Auch wäre zu befürchten, dass bei einer Zuständigkeit des Beschwerdegerichts kaum mehr ein Amtsgericht von der Bestimmung eines vorläufigen Vormunds absehen würde. Die Regelung des vorläufigen Vormunds sollte daher dahin modifiziert werden, dass ein endgültiger Vormund erst binnen drei Monaten ab Rechtskraft der Entscheidung über die Anordnung der Vormundschaft zu bestimmen ist.

2. Verfassungsmäßigkeit von § 1782 BGB-E

Nicht bedacht haben die Verfasser des Entwurfs wohl auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben bei der Auswahl des Vormunds. Da wie bereits oben erwähnt das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 22.9.2014³⁵ verlangt hat, dass im Verfahren nach § 1666 BGB auch der Vormund zeitgleich vom Richter zu bestimmen sei, weil es nach seiner Ansicht Fälle gäbe, in denen ein Sorgerechtsentzug nur dann verhältnismäßig sei, wenn im Interesse des Mündels eine bestimmte Person als Vormund, wie etwa ein Verwandter, ausgewählt werden würde. Mit dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe lässt sich aber das Rechtsinstitut des vorläufigen Vormunds kaum in Einklang bringen, zumal bei Nichtanfechtung der Sorgerechtsentscheidung diese in Rechtskraft erwachsen würde, ohne dass die Vormundauswahl als Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung des Sorgerechtsentzugs eingeflossen wäre.

3. Verhältnis zur einstweiligen Anordnung nach §§ 49 ff. FamFG

Ein weiteres Problem ergibt sich in Bezug auf den vorläufigen Vormund deshalb, weil auch das gegenwärtige Recht nach §§ 49 ff. FamFG die Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft im Wege einstweiliger Anordnung vorsieht. Das Verhältnis des vorläufigen Vormunds iSd § 1782 BGB-E zum vorläufig nach § 49 Abs. 1 FamFG bestimmten Vormund lässt der Entwurf offen und es lässt sich auch insoweit keine stimmige Erklärung dazu finden. Kommt es im Rahmen eines einstweiligen Anordnungsverfahrens nach § 1666 BGB zu einem vorläufigen Sorgerechtsentzug und wird ein vorläufiger Vormund iSd § 1782 BGB-E bestimmt, so müsste nach § 1782 Abs. 2 BGB-E der endgültige Vormund binnen der dort gesetzten Dreimonatsfrist ausgewählt werden, obwohl vor Abschluss des Hauptverfahrens nach § 1666 BGB noch gar nicht feststeht, ob es zu einem endgültigen Sorgerechtsentzug kommt. Unter Umständen wären im Rahmen des einstweiligen Anordnungsverfahrens aufwändige Ermittlungen zu tätigen, um im Umfeld des Mündels geeignete Vormünder zu finden. Solche Ermittlungen sind aber dem auf eine summarische

³⁵ BVerfG FamRZ 2015, 208.

Prüfung der Rechtsfragen angelegten einstweiligen Anordnungsverfahren fremd und auch das BVerfG hat insoweit seine für das Eilverfahren nach § 1666 BGB verschärfte Rechtsprechung inzwischen aufgegeben.³⁶ Es erscheint daher kaum umsetzbar, § 1782 Abs. 2 BGB-E in Verfahren der einstweiligen Anordnung anzuwenden. Da aber in den überwiegenden Fällen zu § 1666 BGB in der Praxis ein Sorge-rechtsentzug mit der vorläufigen Bestimmung eines Vormunds im Wege einstweiliger Anordnung vorausgeht, würde § 1782 BGB-E in den Hauptsacheverfahren leerlaufen.

VII. Aufteilung der Sorgeverantwortung durch die Beteiligung von Dritten

1. Der zusätzliche Pfleger nach § 1777 BGB-E

Ogleich der Entwurf mit der Abschaffung der Mitvormundschaft iSd § 1775 S. 2 BGB die Einzelvormundschaft stärken will, eröffnet § 1777 BGB-E nunmehr die Möglichkeit, einen sog. zusätzlichen Pfleger (iSd heutigen § 1909 BGB) aus Gründen der Kindeswohldienlichkeit für Teilbereiche der elterlichen Sorge zu bestimmen. Nach der Entwurfsbegründung soll dies den Vorrang der Einzelvormundschaft stärken und verhindern, dass ein ehrenamtlicher Vormund – der wegen familiärer oder sonstiger persönlicher Verbundenheit mit dem Mündel in besonderem Maße geeignet erscheint – nur deshalb als ungeeignet gelten könnte, weil er Probleme mit der Erledigung einzelner Angelegenheiten hat (vgl. § 1780 Abs. 2 S. 2 BGB-E).³⁷ Solche Probleme sollen nach der Entwurfsbegründung Fälle von mangelnden Kenntnissen und Interessenskollisionen sein. Damit stellt die Regelung einen Einschnitt in das bisherige System der Vormundschaft dar, weil Fälle mangelnder Kompetenz oder Befangenheit unterhalb der Schwelle von §§ 1795, 1796 BGB nach gegenwärtiger Rechtslage keinen Fall der Anordnung einer Ergänzungspflegschaft nach § 1909 BGB darstellen.³⁸

Die in der Entwurfsbegründung genannten Anwendungsfälle für den zusätzlichen Pfleger erscheinen aber wenig überzeugend. Für den *Kindesunterhalt* wird ein zusätzlicher Pfleger schon deshalb im Regelfall nicht zu bestellen sein, da sich die betreffenden Kinder oftmals in jugendhilferechtlichen Maßnahmen nach §§ 33, 34 SGB VIII befinden und insoweit der Bedarf des Kindes vom Träger der Jugendhilfe zu decken ist, weshalb die Kostenerstattungsregeln nach §§ 39, 91 ff. SGB VIII die gesetzlichen Barunterhaltungspflichten verdrängen. Sollte ein zusätzlicher Pfleger in

³⁶ BVerfG ZKJ 2018, 312: keine Pflicht zur Einholung von Sachverständigengutachten und ärztlichen Stellungnahmen im Verfahren der einstweiligen Anordnung; anders noch BVerfG ZKJ 2014, 281.

³⁷ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 6), S. 110.

³⁸ BGH JAmt 2013, 426; FamRZ 2013, 1206: jeweils zur fehlenden Eignung der Wahrnehmung ausländischer- und asylrechtlicher Belange des Mündels.

Umgangsstreitigkeiten eingesetzt werden, ergäbe sich daraus für die Praxis, dass dann eine dritte Art der Umgangspflegschaft im weiteren Sinne begründet werden würde. Das Gesetz selbst kennt bereits den in § 1684 Abs. 3 S. 3 BGB geregelten Umgangspfleger, daneben ist auch der Umgangsbestimmungspfleger nach § 1666 BGB in der Rechtsprechung anerkannt. Mit § 1777 BGB-E wäre damit die Rechtsfigur des zusätzlichen Umgangspflegers geschaffen, was der Praxis kaum vermittelbar sein dürfte. Auch ist nicht vorstellbar, dass die Bestellung eines zusätzlichen Umgangspflegers den Vormund in Bezug auf den Kindesumgang entlasten würde, weil er gleichwohl wegen der in Betracht kommenden Pflichten zur Mitwirkung am Kindesumgang nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG am gerichtlichen Umgangsverfahren zu beteiligen wäre.³⁹ Im Ergebnis wird als einzig relevante Fallgruppe für § 1777 BGB-E diejenige in Betracht kommen, wonach *unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen*, für die ein ehrenamtlicher Einzelvormund bestimmt werden soll oder bereits bestellt worden ist, für die Wahrnehmung ihrer *asyl- und ausländerrechtlichen Angelegenheiten* ein hierauf spezialisierter Rechtsanwalt zur Seite gestellt wird. Ob dies im Hinblick darauf, dass Kinder, die unter elterlicher Verantwortung stehen, eine solche Möglichkeit nicht besitzen, mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar ist, erscheint nicht zweifelsfrei, zumal entsprechende Defizite auch durch die Inanspruchnahme von anwaltlicher Beratung kompensiert werden können.⁴⁰ Gerade an diese Fallgruppe haben die Verfasser des Entwurfs wohl nicht gedacht, zumal sie durch die Streichung von § 1775 S. 2 BGB in § 1776 Abs. 1 BGB-E der Auffassung des BGH⁴¹ gefolgt sind, dass bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen kein Bedarf besteht, ihnen einen zusätzlichen Vormund oder Pfleger für die Wahrnehmung ihrer ausländerrechtlichen Belange zur Seite zu stellen.

Ohnehin wird die Möglichkeit der Bestellung eines zusätzlichen Pflegers nur für einen geringen Anteil von Vormündern in der Praxis bestehen. Der Gesetzentwurf sieht diese Möglichkeit nur für ehrenamtliche Vormünder vor und zu Recht nicht bei Berufsvormündern. Nach § 1777 Abs. 3 S. 2 BGB des Entwurfs ist der Anwendungsbereich der Vorschrift auch dann nicht eröffnet, wenn lediglich ein Ergänzungspfleger nach § 1909 BGB bestellt wurde und/oder Pflegepersonen bereits nach § 1778 BGB-E Sorgekompetenzen erhalten haben. Schließlich ist nach der Begründung des Entwurfs weiterhin Voraussetzung, dass der auszuwählende ehrenamtliche Einzelvormund „in besonderem Maße“ geeignet für das Amt sein muss, weil er über entsprechende Bindungen zu dem Mündel verfügt,⁴² was im Regelfall aber lediglich bei Verwandten oder Pflegepersonen des Kindes anzunehmen sein dürfte.

³⁹ BGH ZKJ 2017, 26; OLG Nürnberg ZKJ 2017, 33; *Dürbeck*, in: Oberloskamp (Fn. 17), § 3 Rn. 34.

⁴⁰ BGH NJW 2017, 3520.

⁴¹ BGH NJW 2017, 3520; JAmt 2013, 426; FamRZ 2013, 1206.

⁴² 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 6), S. 110 f.

Kritisch zu sehen ist auch die bei Bestellung eines zusätzlichen Pflegers in § 1793 Abs. 3 BGB-E geregelte *Mitverantwortung* des Vormunds, die nach der Entwurfsbegründung bei pflichtwidriger Wahrnehmung sogar zur Haftung des Vormunds führen soll.⁴³ Da ein zusätzlicher Pfleger nur dann zu bestellen sein wird, wenn der ehrenamtliche Einzelvormund die Kompetenz für eine bestimmte Sorgeangelegenheit nicht besitzt oder er in dieser Angelegenheit „befangen“ ist, erscheint es widersinnig, dass der zusätzliche Pfleger, wie in § 1793 Abs. 3 BGB-E vorgesehen, die Auffassung des in diesen Fragen inkompetenten oder befangenen Vormunds bei seiner Entscheidung miteinzubeziehen „hat“. Nach § 1794 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E des Entwurfs soll sogar für den inkompetenten oder befangenen Vormund die Möglichkeit bestehen, bei Meinungsverschiedenheiten mit dem zusätzlichen Pfleger eine Entscheidung des Familiengerichts herbeizuführen. Da das Familiengericht hier in der Sache selbst eine Entscheidung treffen und nicht etwa nur die Entscheidungsbefugnis auf den Vormund/Pfleger übertragen soll, stellt sich die Frage, ob das Familiengericht auch dazu berechtigt ist, eine von den Vorstellungen des zusätzlichen Pflegers *und* Vormunds abweichende Drittentscheidung zu treffen, soweit diese in Bezug auf das Kindeswohl die am besten geeignete Alternative wäre. Sinnvoller wäre es im Übrigen ohnehin, die nach § 1794 BGB-E bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Pfleger und Vormund zu treffende gerichtliche Entscheidung an § 1628 BGB auszurichten, so dass sich das Familiengericht darauf zu beschränken hätte, einen von beiden die Entscheidungsbefugnis in der betreffenden Streitfrage zu übertragen.

2. Sorgerechtskompetenzen von Pflegepersonen

In Bezug auf das Verhältnis zwischen Vormund und Pflegeperson des Kindes sind die betreffenden Regelungen in §§ 1778, 1797 und 1798 BGB des Entwurfs eher halbherzig ausgefallen und bleiben hinter den in §§ 1688, 1630 Abs. 3 BGB für das Verhältnis zwischen Eltern und Pflegepersonen geregelten vergleichbaren Bestimmungen zurück, welche nach der gegenwärtigen Rechtslage jedenfalls noch analog auf die Vormundschaft angewendet werden könnten.⁴⁴

So besteht bei den *Alltagssorgeangelegenheiten* (§ 1798 BGB-E), die wie bei § 1688 BGB den Pflegepersonen zugewiesen sind, keine Möglichkeit für die Pflegepersonen, die Beschränkung oder den Ausschluss ihrer Entscheidungsbefugnisse durch den Vormund mittels einer familiengerichtlichen Entscheidung zu verhindern. Ebenso fehlt, wie bei § 1688 Abs. 4 BGB, eine Privilegierung von solchen Pflegepersonen, zugunsten derer eine Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs. 4 BGB ergangen ist.

⁴³ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 6), S. 140.

⁴⁴ So etwa MüKoBGB/*Spickhoff*, 7. Aufl. 2017, § 1800 Rn. 9 für § 1688 BGB; ablehnend für § 1630 Abs. 3 BGB mangels Verweisung in § 1800 BGB: Staudinger/*Peschel-Gutzzeit*, BGB (2015), § 1630 Rn. 43.

In Bezug auf die Übertragung von Sorgeangelegenheiten, die für das Kind von *erheblicher Bedeutung* iSd § 1687 Abs. 1 S. 1 BGB sind, auf Pflegepersonen, sieht § 1778 BGB-E in Abweichung von § 1630 Abs. 3 BGB lediglich vor, einzelne Angelegenheiten zur gemeinsamen Ausübung durch Vormund und Pflegepersonen bei Einverständnis sowohl des Vormunds und der Pflegeperson zu übertragen. Der Aufbau von § 1778 BGB-E ist dabei missglückt, da Abs. 1 missverständlich den Eindruck erweckt, als könnten unter den dort genannten Voraussetzungen Sorgerechtskompetenzen zur alleinigen Ausübung auf die Pflegeperson übertragen werden. Dass dies tatsächlich nicht der Fall ist, erschließt sich erst aus Abs. 2. Die Regelung in § 1778 BGB-E entspricht daher in der Handhabung der gemeinsamen Wahrnehmung der Sorge durch die Eltern iSd § 1627 BGB (vgl. § 1793 Abs. 4 und 5 BGB-E) und ist – wie die Bestimmung des § 1777 BGB-E – dann nicht anzuwenden, wenn lediglich Ergänzungspflegschaft besteht oder aber bereits ein zusätzlicher Pfleger nach § 1777 BGB-E bestellt worden ist. Damit bleibt der aktuelle Entwurf auch hinter dem ersten Diskussionsteilentwurf vom 18.8.2016 zurück, der in § 1778 Abs. 1 BGB-E aF noch vorsah, Pflegepersonen Sorgeangelegenheiten von wesentlicher Bedeutung zur alleinigen Ausübung zu übertragen. Damit haben die Verfasser des Entwurfs auf die in der Literatur geübte Kritik, die noch im ersten Entwurf hervorgehobene Gesamtverantwortung des Vormunds könne dazu führen, dass der Vormund mit der Drohung von Aufsichtsmaßnahmen durch das Familiengericht die alleinige Sorgekompetenz der Pflegeperson unterwandern könnte, reagiert.⁴⁵

Da die Vorschrift ausnahmslos das Einverständnis von Vormund und Pflegeperson zur Sorgeübertragung voraussetzt, wird sie bei der Anwendung jedenfalls dann keine Probleme bereiten, wenn nicht Einwände seitens des Mündels erhoben werden (vgl. § 1778 Abs. 1 S. 2 BGB-E). Unklar ist im Übrigen, ob die Vorschrift auch Fälle der Heimerziehung des Mündels erfasst, da anders als bei § 1797 Abs. 3 BGB-E und § 1798 Abs. 2 BGB-E eine entsprechende Klarstellung fehlt.

Wie bei § 1777 BGB-E soll das Familiengericht bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Vormund und Pflegeperson nach § 1794 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E eine eigene Sachentscheidung treffen.⁴⁶ Auch hier gilt, dass eine Orientierung an § 1628 BGB (Übertragung der alleinigen Entscheidungsbefugnis auf den Vormund oder die Pflegeperson) weitaus sinnvoller wäre, weil dem Gericht häufig die Sachnähe zu der betreffenden Streitfrage fehlen dürfte und auch für eine unmittelbare Entscheidung durch das Gericht kein Bedürfnis besteht.

Zu begrüßen sind dagegen die Regelungen über die gegenseitigen Informations- und Kooperationspflichten zwischen Vormund und Pflegepersonen nach §§ 1797 Abs. 2, 1793 Abs. 2 BGB-E und die den Vormund treffende Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Belange der Pflegeperson nach § 1797 Abs. 1 BGB-E.

⁴⁵ So *Veit/Marchlenski*, FamRZ 2017, 779, 783.

⁴⁶ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 6), S. 138.

VIII. Aufsicht

Bemerkenswert aus Sicht der familiengerichtlichen Praxis sind auch die Regelungen über die Aufsicht des Vormunds in §§ 1803, 1804 BGB-E. Während die Einzelheiten der familiengerichtlichen Aufsicht durch die Verweisung von § 1803 BGB-E künftig im Betreuungsrecht (§§ 1863–1868 BGB-E) geregelt sein sollen, bestimmt § 1804 Abs. 1 BGB-E, dass das Familiengericht künftig den jährlichen Bericht des Vormunds persönlich mit dem Mündel besprechen soll, wenn dies nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist. Nach Abs. 2 der Vorschrift soll eine weitere Besprechung mit dem Mündel stattfinden, wenn der Vormund wesentliche Änderungen der persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse anzeigt. Der hiermit einhergehenden Stärkung der Verfahrensrechte des Mündels soll an dieser Stelle keinesfalls entgegengetreten werden. Hier stellt sich aber die Frage, ob die für die Aufsicht funktionell nach § 3 Nr. 2 a) RpfLG zuständigen Rechtspfleger derzeit über die notwendige Kompetenz zur persönlichen Anhörung von oftmals traumatisierten Kindern verfügen, was wohl regelmäßig nicht der Fall sein dürfte. Es wird daher eine gezielte Förderung der Aus- und Fortbildung der Rechtspfleger in Bezug auf den persönlichen Umgang mit unter Vormundschaft stehenden Kindern unumgänglich sein.

Weiterer Regelungsbedarf in Bezug auf die Aufsicht durch das Familiengericht dürfte auch bei der in § 1803 BGB-E (entspricht § 1837 Abs. 4 BGB) übernommenen Verweisung auf §§ 1666, 1666a, 1696 BGB bestehen. Dass diese Verweisung im Ergebnis nicht mit der Regelung der Entlassung des Einzelvormunds in §§ 1886 BGB, 1805 BGB-E harmonisiert, zeigte sich jüngst bei einer Entscheidung des OLG Saarbrücken, in der der Rechtspfleger den Einzelvormund im Teilbereich der Aufenthaltsbestimmung entlassen hatte.⁴⁷ So ist der Rechtspfleger zwar befugt und auch funktionell dafür zuständig, den Einzelvormund nach §§ 1886 BGB, 1805 BGB-E unter den dort genannten Voraussetzungen zu entlassen, eine Entlassung in Teilbereichen des Sorgerechts ist aber nicht gesetzlich vorgesehen.⁴⁸ Ein Entzug von Teilbereichen des Sorgerechts des Vormunds kann nur auf § 1837 Abs. 4 iVm § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB (§ 1803 BGB-E) gestützt werden. Hierfür besteht nach hM aber nach § 14 Abs. 1 RpfLG eine funktionelle Zuständigkeit des Richters.⁴⁹ Auch soll es § 1837 Abs. 4 BGB (§ 1803 BGB-E) nicht ermöglichen, das gesamte Sorgerecht zu entziehen.⁵⁰ Hieran zeigt sich, dass auch in diesem Kontext die Regelung der funktionellen Zuständigkeit misslungen ist. Es ist nicht einleuchtend, warum für die (weitergehende) Entlassung des Vormunds der Rechtspfleger zuständig sein soll, während der Entzug von Teilbereichen des Sorgerechts des Vormunds dem Richter vorbehalten sein soll. Das Problem lässt sich nur dadurch lösen, dass entweder im

⁴⁷ OLG Saarbrücken NZFam 2018, 814 m. Anm. Dürbeck.

⁴⁸ Staudinger/Veiß, BGB (Fn. 2), § 1886 Rn. 18; Palandt/Götz, BGB, 78. Aufl. 2019, § 1886 Rn. 1.

⁴⁹ MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 7. Aufl. 2017, § 1837 Rn. 28; Dürbeck, NZFam 2018, 814.

⁵⁰ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 6), S. 154; Heilmann/Dürbeck (Fn. 21), § 1837 BGB Rn. 16.

RechtspflegerG geregelt wird, dass Entscheidungen nach §§ 1837 Abs. 4, 1666 BGB nicht dem Richter zugewiesen werden, was verfassungsrechtlich wohl unbedenklich sein dürfte, da sich das Sorgerecht des Vormunds nicht aus der Verfassung ableitet. Alternativ könnte auch die Entlassung des Vormunds der Zuständigkeit des Richters vorbehalten werden. Nimmt man das BVerfG ernst, wonach die Auswahl des Vormunds in untrennbarem Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeit des Sorgerechtsentzugs steht und zeitgleich vom Richter zu treffen ist (s. VI. 2.), ist eine Zuständigkeit des Rechtspflegers für die Entlassung des Vormunds ohne gleichzeitige Überprüfung der ursprünglichen Sorgerechtsentscheidung nach § 1696 Abs. 2 BGB kaum mit dieser Rechtsprechung und damit mit Art. 6 Abs. 2 GG vereinbar.

IX. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen:

1. Das neue Recht der Personensorge des Vormunds/Pflegers wird auch den Familiengerichten und sonstigen Beteiligten die Rechtsanwendung erleichtern.
2. Die Betonung der Subjektstellung des Mündels entspricht dem besonderen Schutzbedürfnis der betroffenen Kinder.
3. Die Aufgabe der Subsidiarität der Amts- und Vereinsvormundschaft bildet die rechtstatsächliche Entwicklung ab. Auch das Prinzip der Auswahl des am besten geeigneten Vormunds dient dem Mündelwohl.
4. Der Vorrang der ehrenamtlichen Einzelvormundschaft kann allenfalls bei Pflegepersonen des Kindes in der Praxis verwirklicht werden. Diese sollten in verstärktem Maße von den Jugendämtern zur Übernahme des Amtes motiviert werden. Verwandte des Mündels und Personen, die aus ideeller staatsbürgerlicher Verantwortung für das Amt zur Verfügung stehen, sind jedenfalls in Verfahren mit vorausgegangenem Sorgerechtsentzug nach § 1666 BGB regelmäßig nicht als Vormünder geeignet.
5. Die beabsichtigte Ausweitung des Auswahlverfahrens tangiert in Verfahren nach § 1666 BGB das Beschleunigungsgebot nach § 155 FamFG, wird aber angesichts der Bedeutung der Auswahl des Vormunds hinzunehmen sein.
6. Die beabsichtigte Schaffung einer vorläufigen Vormundschaft nach § 1782 BGB-E sollte unterbleiben. Sie unterliegt nicht nur verfassungsrechtlichen Bedenken, sondern ist bei Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft im Wege einst-

weiliger Anordnung auch überflüssig. Ungeklärt ist zudem die sachliche Zuständigkeit der Handhabung von § 1782 Abs. 2 BGB-E in Fällen, in denen gegen eine Entscheidung des Amtsgerichts nach § 1666 BGB Beschwerde eingelegt wird.

7. Für die Bestellung eines zusätzlichen Pflegers nach § 1777 BGB-E bestehen kaum denkbare Anwendungsfälle. Er wird vor allem bei unbegleiteten minderjährigen Ausländern im Aufgabenkreis der Wahrnehmung asyl- und ausländerrechtlicher Mündelbelange Bedeutung finden. Im Übrigen kann ein Kompetenzmangel oder Interessenskonflikt des (ehrenamtlichen) Vormunds in einer Sorgeangelegenheit auch durch Rechtsberatung oder Rechtsvertretung kompensiert werden. Die Gesamtverantwortung des Vormunds ist im Anwendungsbereich von § 1777 BGB-E mit der Regelung von § 1793 Abs. 3 BGB-E verfehlt und das damit verbundene Haftungsrisiko dürfte eher abschreckend für Vormünder wirken.

8. § 1778 BGB-E ermöglicht bei Sorgeangelegenheiten von erheblicher Bedeutung lediglich eine Teilhabe der Pflegeperson an der gemeinsamen Ausübung des betreffenden Sorgerechts. Der Entwurf bleibt damit weit hinter dem ersten Diskussteilentwurf zur Reform des Vormundschaftsrechts zurück.

9. Soweit im Rahmen der Aufsicht durch das Familiengericht künftig regelmäßig die betroffenen Kinder persönlich anzuhören sein werden, sollten die insoweit zuständigen Rechtspfleger gezielt im Umgang mit den oft traumatisierten und besonders vulnerablen Minderjährigen aus- und fortgebildet werden.

10. Der Gesetzgeber sollte die Reform des Vormundschaftsrechts auch zum Anlass nehmen, die Aufteilung der funktionellen Zuständigkeit von Richtern und Rechtspflegern grundlegend neu zu regeln.

Eckpunkte der großen Reform zur Vermögenssorge

Heike Wunderlich

| | | |
|-----|--|----|
| I. | Reformbedarf..... | 66 |
| II. | Umsetzung..... | 67 |
| 1. | Klare Strukturen insgesamt..... | 67 |
| 2. | Klare Strukturen innerhalb der Vermögenssorge im Vormundschaftsrecht | 67 |
| a) | Vorschriften für die Verwaltung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten (§§ 1841–1849 BGB-E)..... | 68 |
| (1) | Verfügungsgeld und Anlagegeld..... | 68 |
| (2) | Wertpapiere und Kostbarkeiten..... | 70 |
| (3) | Versperrungspflicht..... | 70 |
| b) | Anzeigepflichten..... | 71 |
| (1) | Anzeigepflichten bei der Geld- und Vermögensverwaltung, § 1799 Abs. 1 i.V.m. § 1848 BGB-E | 71 |
| (2) | Anzeigepflicht für Erwerbsgeschäfte (§ 1849 BGB-E) | 72 |
| c) | Genehmigungstatbestände und Genehmigungsverfahren (§§ 1800–1801 BGB-E i.V.m. §§ 1850–1858 Abs. 2, 1859, 1860 BGB-E) | 72 |
| (1) | § 1851 BGB-E – Genehmigung bei Verfügung über Rechte und Wertpapiere..... | 72 |
| (2) | Die Neuregelungen im Bereich der anderen Genehmigungstatbestände (§§ 1800 Abs. 1 BGB-E i.V.m. §§ 1852–1856 BGB-E)..... | 74 |
| d) | Befreiungsvorschriften..... | 75 |
| e) | Pflichten des Vormunds in der Vermögenssorge und Schenkungen (§ 1799 BGB i.V.m. §§ 1837, 1838, 1840–1849 BGB-E) | 75 |
| (1) | Vermögensverzeichnis, §§ 1799 Abs. 1, 1837 BGB-E | 75 |
| (2) | Schenkungen, § 1799 Abs. 2 BGB-E..... | 76 |
| (3) | Trennungsgebot, § 1799 Abs. 1 i.V.m. § 1840 BGB-E | 76 |

I. Reformbedarf

Die Regelungen zur Vermögenssorge nehmen im geltenden Vormundschaftsrecht einen breiten Raum ein (§§ 1802–1834 BGB), der jedoch nicht der Bedeutung dieser Vorschriften für die Praxis des Vormunds entspricht. Gleichzeitig finden sich im Betreuungsrecht, dem Hauptanwendungsgebiet der Vorschriften zur Vermögenssorge, kaum eigene Vorschriften dazu. Der Rechtsanwender muss vielmehr über die schwer verständliche Vorschrift des § 1908i BGB herausfinden, welche Vorschriften aus dem Vormundschaftsrecht im Betreuungsrecht sinngemäß anzuwenden sind. Noch dazu stammen die Vorschriften über die Verwaltung des Mündelvermögens aus den Anfangszeiten des BGB. Vormünder, die das Familienvermögen des Mündels für dieses möglichst gewinnbringend verwalten, sind ebenso selten geworden wie vermögende Mündel überhaupt. Die Vorschriften zur Vermögenssorge erscheinen antiquiert, schwer verständlich und ungeordnet.

Die 2013 vom BMJ ins Leben gerufene Expertengruppe hat daher in den 2014 veröffentlichten Eckpunkten¹ als eines der Ziele einer umfassenden Reform des Vormundschaftsrechtes eine Modernisierung, Entbürokratisierung und Vereinfachung der Vorschriften zur Vermögenssorge sowie eine Verschiebung dieser Vorschriften ins Betreuungsrecht formuliert.

Folgende Ziele² einer Reform werden im Eckpunktepapier für die Vermögenssorge formuliert:

1. Modernisierung der Regelungen zur Verwaltung des für die anstehenden Ausgaben des Mündels benötigten Geldes
2. Vereinfachung der Regelungen zur Anlage des nicht für die anstehenden Ausgaben benötigten Geldes des Mündels
3. Überarbeitung der Genehmigungspflichten zum Schutz vor unberechtigten Vermögenszugriffen durch den Vormund oder Dritte
4. Überarbeitung der Genehmigungspflichten zum Schutz des Mündels vor Geschäften mit erheblicher Auswirkung
5. Effektivere Regelungen für die Entbindung des Vormunds von Pflichten bei der Vermögensverwaltung durch das Gericht
6. Abschaffung des Gegenvormunds

¹ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Eckpunkte für die weitere Reform des Vormundschaftsrechtes vom 13.10.2014, veröffentlicht auf https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_Eckpunkte_2014.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt aufgerufen am 26.04.2019), im Folgenden zitiert als „Eckpunkte“.

² Eckpunkte (Fn. 1), S. 9 ff.

Weiterhin soll die Vormundschaftsrechtsreform zum Anlass genommen werden, den Gesetzesaufbau im Vormundschafts-, Betreuungs- und Pflegschaftsrecht zu vereinfachen und übersichtlicher zu strukturieren.³

II. Umsetzung

1. Klare Strukturen insgesamt

Dem zuletzt genannten Ziel der Reform dient die Neustrukturierung der Titel „Vormundschaft“, „Pflegschaft“ und „Betreuung“. Die Titel 1 (Vormundschaft) und 3 (Betreuung) werden daher gleichermaßen in die Untertitel „Begründung der Betreuung“ bzw. „Bestellung des Betreuers“, „Führung der Vormundschaft“ bzw. „Betreuung“ (jeweils unterteilt in die Kapitel „Allgemeiner Teil“, „Personensorge“ und „Vermögenssorge“), „Fürsorge und Aufsicht des Familien- bzw. Betreuungsgerichts“, „Ende der Vormundschaft“ bzw. „Beendigung, Aufhebung oder Änderung von Betreuung und Einwilligungsvorbehalt“ sowie „Aufwendungsersatz und Vergütung“ eingeteilt. Das Pflegschaftsrecht wird in die „Pflegschaft für Minderjährige“ (§§ 1810-1813 BGB-E) und „Sonstige Pflegschaften“ (§§ 1883-1889 BGB-E) aufgeteilt. Durch die Regelung der Pflegschaft über Minderjährige nach der Vormundschaft wird die sogenannte „kleine Vormundschaft“ systematisch richtiger direkt nach der Vormundschaft geregelt.⁴

Diese neue Aufteilung bringt es aber auch mit sich, dass die Vorschriften des Betreuungsrechts durchgängig neue Paragraphenbezeichnungen erhalten. Der Rechtsanwender wird sich also neu orientieren müssen.

2. Klare Strukturen innerhalb der Vermögenssorge im Vormundschaftsrecht

Auch innerhalb der Vermögenssorge strukturiert der Entwurf die Rechte und Pflichten des Vormunds bzw. Betreuers neu. Die Ausgangsvorschriften für die Vermögenssorge im Vormundschaftsrecht finden sich in §§ 1799-1802 BGB-E. Dort sind die vormundschaftsrechtlichen Besonderheiten geregelt. Im Übrigen wird auf die entsprechenden Vorschriften im Betreuungsrecht verwiesen. Im Bereich der elterlichen Sorge sind die neugefassten §§ 1643, 1644, 1667 BGB-E analog strukturiert.

³ Siehe Eckpunkte (Fn. 1), S. 11 f.

⁴ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 07.09.2018, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf?jsessionid=2A9F5222308CC915D45BA6C778B44248.2_cid334?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt aufgerufen am 26.04.2019), S. 98, im Folgenden zitiert als „2. DTE“.

a) *Vorschriften für die Verwaltung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten*
(§§ 1841–1849 BGB-E)

Die wohl umfassendsten Neuregelungen im Bereich der Vermögenssorge sind in den §§ 1841–1849 BGB-E vorgesehen. Das System der Verwaltung von Geld und Wertpapieren wird grundlegend umgestaltet. Es bleibt zwar bei dem Grundsatz, dass der Vormund das Vermögen des Mündels grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen zu verwalten hat, wobei er an bestimmte gesetzliche Vorgaben gebunden ist. Diese Vorgaben werden aber zum Teil geändert.

(1) *Verfügungsgeld und Anlagegeld*

Geld, das für die notwendigen Ausgaben benötigt wird, hat der Vormund auf einem Girokonto (§ 1841 BGB-E) bereitzuhalten, über das dann auch der gesamte Zahlungsverkehr abzuwickeln ist (§ 1842 BGB-E). Dafür wird der Begriff „Verfügungsgeld“ neu eingefügt und legal definiert. Die Regelung ist aber nicht vollkommen neu: § 1806 Hs. 2 BGB spricht auch jetzt davon, dass Geld verzinslich anzulegen ist, wenn es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereitzuhalten ist, ohne jedoch die Begriffe Verfügungsgeld und Anlagegeld zu verwenden.

Eine Barkasse soll es künftig nicht mehr geben, um die Geldflüsse nachvollziehbarer zu machen.⁵ Allerdings darf der Vormund dem Mündel nach wie vor ein Taschengeld auszahlen (§ 1842 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E) oder auch im Geschäftsverkehr übliche Beträge bar bezahlen (§ 1842 Abs. 2 Nr. 1 BGB-E). In den Stellungnahmen und Diskussionen zum zweiten Diskusstextentwurf ist dieser Punkt von verschiedenen Akteuren der Betreuungs- und Vormundschaftspraxis angegriffen worden: Insbesondere bei einer stationären Unterbringung des Mündels oder des Betreuten in einer Einrichtung seien Heim- und Taschengeldkonten des Mündels üblich, das Taschengeld werde oft direkt vom Heim ausgezahlt. Dies wäre nach den vorgeschlagenen Neuregelungen nicht oder eben nur unter erhöhtem Aufwand (z.B. durch eine Bevollmächtigung der Einrichtung) möglich. Im Zuge des weiteren Reformprozesses sollte hier über Lockerungen nachgedacht werden.

Geld, das nicht für die laufenden Ausgaben iSd § 1841 BGB-E benötigt wird, hat der Vormund anzulegen (Anlagegeld, § 1843 BGB-E), und zwar verzinslich auf einem Anlagekonto (§ 1843 Abs. 2 BGB-E). Für Anlagegeld muss allerdings grundsätzlich gem. § 1847 Abs. 1 BGB-E eine Sperrvereinbarung getroffen werden, die wiederum zu einer Verfügungsbeschränkung führt. Da es allerdings sein kann, dass für den Mündel in Kürze eine größere Summe gebraucht wird, diese also verfügbar sein soll, regeln §§ 1841 S. 2 i.V.m § 1843 Abs. 2 BGB-E, dass Verfügungsgeld auch auf einem gesonderten Anlagekonto unversperrt bereitgehalten werden kann.

⁵ 2. DTE (Fn. 4), S. 189: „Anders als bei der Bereithaltung von Bargeld kann bei der Bereithaltung des Verfügungsgeldes als Giralgeld einem Verlust, aber auch einer Veruntreuung des Geldes leichter vorgebeugt werden.“

Welchen Teil der Geldmittel des Mündels als Mittel für laufende Ausgaben auf einem Girokonto verbleibt, ob Teile der Geldmittel als Verfügungsgeld auf einem gesonderten Anlagekonto „geparkt“ werden sollen und welcher Teil angelegt werden muss, hat der Vormund im Rahmen der Verwaltung des Mündelvermögens zu entscheiden. Erforderlichenfalls kann das Familiengericht im Wege der Aufsicht (§ 1803 i.V.m. § 1863 Abs. 2 BGB-E) den Vormund anweisen, bestimmte Beträge anzulegen.

Sämtliche Kreditinstitute, bei denen der Vormund Mündelgeld anlegt oder auch nur verwahrt, müssen gemäß § 1846 BGB-E einer für die Anlagen ausreichenden Sicherungseinrichtung angehören. Dann kann die Anlage auch bei einem ausländischen Kreditinstitut erfolgen. Die Anforderung, dass das Kreditinstitut einer ausreichenden Sicherungseinrichtung angehören muss, ist aus § 1807 Abs. 1 Nr. 5 BGB übernommen worden.⁶ Entscheidend ist, dass die Sicherungseinrichtung die gesamte Anlage absichert.⁷

Das bisherige System der §§ 1807 und 1810 BGB, nämlich die Aufzählung der sogenannten mündelsicheren Anlagen in § 1807 BGB und das Erfordernis der Genehmigung durch das Familiengericht wird im zweiten Diskussionsteilentwurf abgeschafft, ohne dass die Neuregelung, insbesondere die Abschaffung der Genehmigungen, zu einer Absenkung des Schutzniveaus führt. Denn die in § 1810 BGB geregelte Genehmigung der Anlage durch das Familiengericht ist nur als sogenannte Innengenehmigung ausgestaltet, d.h. eine ohne die Genehmigung erfolgte Anlage durch den Vormund ist gleichwohl im Außenverhältnis wirksam. Die fehlende Genehmigung führt lediglich dazu, dass das Familiengericht den Vormund im Wege der Aufsicht anhalten kann, die Anlageform und/oder -art zu ändern, dass es den Vormund entlassen kann oder sich der Vormund unter Umständen regresspflichtig macht.⁸ Dieses System der Innengenehmigung wird nun durch die – unten erörterten – Anzeigepflichten ersetzt.

Will der Vormund Anlagegeld des Mündels anders als nach § 1843 BGB-E anlegen, bedarf er jedoch gem. §§ 1800 Abs. 1, 1850 Abs. 1 BGB-E der Genehmigung des Familiengerichts. Diese wird durch das Familiengericht erteilt, wenn das Rechtsgeschäft dem Wohl des Mündels unter Berücksichtigung der Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung nicht widerspricht, § 1801 Abs. 1 BGB-E. Ohne die erforderliche Genehmigung ist der Anlagevertrag schwebend unwirksam, §§ 1801 Abs. 2, 1858 Abs. 1 BGB-E.⁹

⁶ Begründung zu § 1846 BGB-E im 2. DTE (Fn. 4), S. 199.

⁷ Die jeweiligen Sicherungsgrenzen können hier abgefragt werden: <https://einlagensicherung.de/service/kreditinstitute> (zuletzt abgerufen am 18.04.2019).

⁸ Palandt/*Götz*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 1807 Rn. 1.

⁹ Zu den weiteren Einzelheiten der Genehmigungstatbestände und des Genehmigungsverfahrens siehe unter II. 2. c) sowie in diesem Band den Beitrag von *Zorn*, Genehmigungspflichten und Genehmigungsverfahren – die §§ 1812, 1813 BGB in neuem Gewand?, S. 95 ff.

(2) Wertpapiere und Kostbarkeiten

Wertpapiere und Kostbarkeiten¹⁰ hat der Vormund sicher zu verwahren, § 1844 BGB-E. Sofern die Wertpapiere depotfähig sind, sind sie auch im Depot zu verwahren (§ 1844 Abs. 1 BGB-E), ansonsten sind sie bei einem Kreditinstitut zu hinterlegen. Die derzeitige Unterscheidung zwischen Inhaberpapieren (dann Hinterlegung, § 1814 BGB) und anderen Wertpapieren (dann ggf. Anordnung der Hinterlegung durch das Gericht, § 1818 BGB) wird aufgegeben, auch weil nicht depotfähige Wertpapiere eher selten vorkommen. Der Vormund kann also im Grundsatz davon ausgehen, dass er Wertpapiere stets im Depot zu verwahren hat.

Eine Pflicht zur Depotverwahrung oder Hinterlegung besteht gemäß § 1844 Abs. 3 BGB-E dann nicht, wenn sich die Hinterlegung nicht lohnt, wenn also nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Art der Wertpapiere eine Depotverwahrung oder eine Hinterlegung nicht geboten ist. Die Aktie des Fußballvereins in einer formschönen Urkunde muss nicht hinterlegt werden. Wenn – was sicherlich eher selten vorkommt – Wertpapiere gemäß § 1844 Abs. 4 BGB-E in Einzelschuldbuchforderungen gegen den Bund oder das Land umgeschrieben werden sollen, ist eine vorherige Verwahrung oder Hinterlegung nicht erforderlich, eine Anzeige muss aber erfolgen (§ 1848 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E).

Der Vormund kann nach den Vorschlägen des Entwurfs also stets davon ausgehen, dass das Geld immer auf ein Konto und Wertpapiere immer in ein Depot gehören.

(3) Versperrungspflicht

Geldanlagen und Depots sind gem. § 1847 BGB-E zu versperren, d.h. der Vormund muss mit dem Kreditinstitut vereinbaren, dass er über die Anlage nur mit Genehmigung des Familiengerichts verfügen kann (Sperrvermerk, vgl. § 1809 BGB).

Vom Vormund vorgefundene (unversperrte) Depots oder Anlagekonten sind gem. § 1847 Abs. 4 BGB-E nachträglich zu versperren.

Die den Vormund treffende Pflicht, Anlagekonten zu versperren, gilt natürlich nicht bei dem schon angesprochenen Fall des § 1841 S. 2 BGB-E, nämlich der Beibehaltung von Verfügungsgeld auf einem gesonderten Anlagekonto (§ 1847 Abs. 1 S. 2 BGB-E). Sinn dieser Regelung ist ja gerade, dass das Verfügungsgeld auch auf einem Anlagekonto für den mittelfristigen Bedarf unproblematisch verfügbar sein soll und dennoch – jedenfalls wenn die derzeitige Niedrigzinsphase vorbei ist – verzinst wird.

Die zwingend abzuschließende Sperrvereinbarung bewirkt, dass Verfügungen des Vormunds über die angelegten und versperrten Vermögenswerte nur mit gerichtlicher Genehmigung möglich sind (§§ 1800 Abs. 1 i.V.m. 1851 Abs. 1 Nr. 1

¹⁰ Der Begriff „Kostbarkeiten“ soll im Referentenentwurf durch „Wertgegenstände“ ersetzt werden.

Alt. 1, Abs. 3 BGB-E). Ohne eine solche Genehmigung vorgenommene Verfügungen sind unwirksam (§ 137 S. 2 BGB). Die Auszahlung der mit der Anlage erwirtschafteten Zinsen an den Betreuer unterfällt allerdings nicht der Genehmigungspflicht, was sich aus § 1851 Abs. 2 Nr. 1 d) BGB-E ergibt. Danach bedarf die Verfügung des Vormunds nämlich dann keiner Genehmigung, wenn der aus dem Recht folgende Zahlungsanspruch zu den Nutzungen des Vermögens des Betreuten gehört.

b) Anzeigepflichten

(1) Anzeigepflichten bei der Geld- und Vermögensverwaltung, § 1799 Abs. 1 i.V.m. § 1848 BGB-E

Die Vorschriften zur Geldverwaltung werden ergänzt durch die neugeschaffenen Anzeigepflichten des § 1848 BGB-E, die auf diesem Gebiet – wie oben erläutert – die bisherige Innengenehmigung des § 1810 BGB ersetzen.

Der Vormund hat

- die Eröffnung eines Giro- oder Anlagekontos,
- die Eröffnung und Hinterlegung in einem Wertpapierdepot und
- die fehlende Hinterlegung von Wertpapieren nach § 1844 Abs. 3 BGB-E

anzuzeigen, wobei in der Anzeige der in Abs. 2 aufgeführte Inhalt enthalten sein muss, insbesondere auch die Angabe, ob eine Sperrvereinbarung besteht (§ 1848 Abs. 2 Nr. 5 BGB-E).

Die Anzeigepflicht soll sicherstellen, dass das Familiengericht seiner ihm gemäß §§ 1803, 1863 BGB-E obliegenden Aufsichtspflicht nachkommen kann. Erlangt es z.B. Kenntnis darüber, dass nach den Lebensverhältnissen des Mündels zu viel Geld als Verfügungsgeld auf dem neu eröffneten Girokonto liegt, kann es den Vormund mittels einer Weisung nach § 1803 i.V.m. § 1863 Abs. 2 BGB-E zu einer den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Anlage des Geldes anhalten.

Nicht von der Anzeigepflicht umfasst sind die (laufenden) Geldeingänge auf den Konten. Diese werden über die Rechnungslegung und das Vermögensverzeichnis kontrolliert.

Die Anzeige hat unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) nach dem Eintritt des anzuzeigenden Umstands zu erfolgen. Sie hat aber keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes – insoweit bleibt die Rechtslage unverändert (s.o.).

(2) *Anzeigepflicht für Erwerbsgeschäfte (§ 1849 BGB-E)*

Auch die bisherige Innengenehmigung nach § 1823 BGB wird durch eine Anzeigepflicht bei Neuaufnahme eines Erwerbsgeschäfts und Aufgabe eines bestehenden Erwerbsgeschäfts ersetzt.¹¹

c) *Genehmigungstatbestände und Genehmigungsverfahren (§§ 1800–1801 BGB-E i.V.m. §§ 1850–1858 Abs. 2, 1859, 1860 BGB-E)*

Entsprechend der neuen Systematik werden auch die Genehmigungsvorschriften in das Betreuungsrecht verschoben.

Die zentrale Verweisungsnorm ist hier der § 1800 Abs. 1 BGB-E, der auf die neugefassten Genehmigungstatbestände der §§ 1850–1856 BGB-E verweist. Besonderheiten für das Vormundschaftsrecht sind in Abs. 2 geregelt.¹²

Die Genehmigungstatbestände sind im Entwurf nach Themenbereichen geordnet und teilweise neugefasst worden. Die Genehmigungspflichten im Bereich der Vermögenssorge werden von den rein personensorgerechtlichen Genehmigungspflichten (im Vormundschaftsrecht § 1796 Abs. 2 BGB-E: Ausbildungsverträge, Dienst- oder Arbeitsverträge, die den Mündel länger als ein Jahr verpflichten sollen) abgegrenzt.

(1) *§ 1851 BGB-E – Genehmigung bei Verfügung über Rechte und Wertpapiere*

§ 1851 BGB-E übernimmt das Regelungssystem der §§ 1812, 1813 BGB mit einigen Ergänzungen bzw. Klarstellungen.

Grundsätzlich bedarf eine Verfügung über versperrt angelegtes Geld oder Wertpapiere einer Genehmigung des Familiengerichts, und zwar unabhängig von der Höhe des versperrt angelegten Betrages (§ 1851 Abs. 3 S. 1 BGB-E).

Das Regel-Ausnahme-Verhältnis der §§ 1812, 1813 BGB bleibt erhalten. § 1851 Abs. 1 BGB-E enthält die Regel, dass Verfügungen und Verpflichtungen zu einer Verfügung grundsätzlich genehmigungsbedürftig sind. In Abs. 2 sind die Ausnahmen von dieser Regel und in Abs. 3 wiederum die Gegenausnahmen zu Abs. 2 geregelt.

Die Formulierung des § 1812 Abs. 1 BGB: „Recht, kraft dessen der Mündel eine Leistung verlangen kann“, wird in § 1851 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E präziser formuliert mit: „Recht, kraft dessen der Betreute eine Geldleistung oder die Leistung eines Wertpapiers verlangen kann“. Damit soll vermieden werden, dass z.B. die Annahme

¹¹ Das im Text des § 1849 BGB-E enthaltene „soll“ ist ein Redaktionsversehen – im Referentenentwurf sollte es durch ein „hat“ ersetzt werden.

¹² Der letzte Halbsatz des § 1800 Abs. 1 („soweit sich nicht aus § 1801 etwas anderes ergibt“) ist ebenfalls ein Redaktionsversehen – hier muss es analog zu § 1643 Abs. 1 BGB-E heißen „soweit sich nicht aus Absatz 2 etwas anderes ergibt“.

einer Erfüllungsleistung, wie z.B. einer Lieferung eines bestellten Bettes, genehmigungspflichtig wird.¹³

Das Genehmigungserfordernis für eine Verfügung über ein „Recht, kraft dessen der Betreute die Leistung eines Wertpapiers verlangen kann“ ergänzt Nr. 2 (Verfügung über ein Wertpapier) und führt dann z.B. zu einer Genehmigungsbedürftigkeit für die Kündigung eines Depotvertrages durch den Vormund, wenn dieser ein unversperrtes Depot vorfindet.

Abs. 1 Nr. 3 ersetzt die bisher in § 1819 BGB vorgesehene Genehmigung der Verfügung über hinterlegte Kostbarkeiten.

Der Entwurf übernimmt den weiten Verfügungsbegriff des § 1812 BGB, verzichtet aber darauf, diesen näher zu konkretisieren, da er durch die Rechtsprechung hinreichend ausgeformt ist.¹⁴

Die Ausnahmen von Abs. 1 sind in Abs. 2 geregelt. Genehmigungsfrei sind die Verfügungen über Rechte, aus denen Zahlungsansprüche bis zu 3.000 € folgen, wobei es auf den Gesamtanspruch ankommt, es sei denn, das Geld ist versperrt angelegt (§ 1851 Abs. 3 BGB-E). Die Wertgrenze des § 1851 Abs. 2 Nr. 1 a) BGB-E ist aus § 1813 Abs. 1 Nr. 2 BGB übernommen worden. Neu ist die Genehmigungsfreiheit von Verfügungen über Guthaben auf einem Girokonto oder über Verfügungsgeld auf einem gesonderten Anlagekonto unabhängig von der Höhe des Zahlungsanspruchs (§ 1851 Abs. 2 Nr. 1 b) und c)), die aus dem vorgestellten neuen System (Anlagegeld, Verfügungsgeld, Verfügungsgeld auf einem gesonderten Anlagekonto) folgt. Die Kündigung eines Girokontovertrags bleibt mithin genehmigungsfrei, denn entweder ist noch Geld vorhanden, dann ergibt sich die Genehmigungsfreiheit aus Abs. 2 Nr. 1 b), oder es besteht kein Guthaben mehr, dann handelt es sich nicht um eine genehmigungsbedürftige Verfügung nach § 1851 Abs. 1 BGB-E.

Die übrigen Fälle des Abs. 2 (Buchstaben d) und e)) entsprechen im Wesentlichen § 1813 Abs. 1 Nr. 2, 4 und 5 BGB, jedoch erweitert auf alle Verfügungen über Zahlungsansprüche.

Abs. 3 regelt die Ausnahmen von den Ausnahmen. Grundsätzlich bedarf nämlich eine Verfügung über versperrt angelegtes Geld oder versperrt verwahrte Wertpapiere einer Genehmigung des Familiengerichts, und zwar unabhängig von der Höhe des versperrt angelegten Betrages (§ 1851 Abs. 3 S. 1 BGB-E). S. 2 regelt, dass auch die Auszahlung der Zinserträge nicht genehmigungsfrei möglich ist. Hier muss bei der Sperrvereinbarung darauf geachtet werden, dass diese nicht die Zinsen erfasst, was auch nicht notwendig ist (§ 1847 Abs. 2 S. 1 BGB-E).¹⁵

¹³ Vgl. 2. DTE (Fn. 4), S. 208.

¹⁴ Vgl. 2. DTE (Fn. 4), S. 208: „Vom Verfügungsbegriff umfasst sind insbesondere Veräußerung, Erlass, Verzicht, Abtretung, Belastung, Kündigung und [...] die Annahme einer geschuldeten (Geld- oder Wertpapier-)Leistung“.

¹⁵ Vgl. 2. DTE (Fn. 4), S. 201: Zinsen sind nicht von der Sperrvereinbarung umfasst, wenn sie nach den Anlagebedingungen nicht dem Anlageguthaben anwachsen sollen.

(2) *Die Neuregelungen im Bereich der anderen Genehmigungstatbestände (§§ 1800 Abs. 1 BGB-E i.V.m. §§ 1852–1856 BGB-E)*

Die bisher in §§ 1821-1824 BGB sowie an verschiedenen Stellen im Erbrecht geregelten Genehmigungstatbestände sind in ihrer Grundstruktur, d.h. einer Aufzählung von bestimmten Gefährdungslagen für das Vermögen des Mündels, gleich geblieben, sie sind aber wie folgt nach Lebenssachverhalten geordnet und abschließend aufgezählt:

- § 1852 BGB-E: Genehmigung für Rechtsgeschäfte über Grundstücke und Schiffe
- § 1853 BGB-E: Genehmigung für nachlassrechtliche Rechtsgeschäfte
- § 1854 BGB-E: Genehmigung für handels- und gesellschaftsrechtliche Rechtsgeschäfte
- § 1855 BGB-E: Genehmigung bei Verträgen über wiederkehrende Leistungen

In § 1856 BGB-E (Genehmigung für sonstige Rechtsgeschäfte) sind diejenigen Genehmigungspflichten aufgeführt, die sich systematisch nicht eindeutig einordnen lassen.

Notwendige Anpassungen im Erbrecht sollen noch erfolgen, denn die Genehmigungstatbestände sollen im BGB nicht doppelt geregelt werden.

Neu im Bereich der Genehmigungstatbestände ist § 1852 Nr. 6 BGB-E. Genehmigungsbedürftig ist wegen der möglichen nachteiligen Folgen für den Mündel nunmehr auch ein Rechtsgeschäft, durch das der Betreute Wohnungs- oder Teileigentum erwirbt, damit sind auch entsprechende Schenkungen umfasst. Die für den Mündel besondere Gefährlichkeit der Annahme einer solchen Schenkung liegt in den Haftungsfolgen (Zahlungspflichten nach dem WEG) ohne die im Vergleich zu der Schenkung eines Grundstücks bestehende Möglichkeit der Aufgabe des Eigentums nach § 928 BGB.

Vollständig gestrichen wurde § 1824 BGB (Genehmigung für die Überlassung von Gegenständen an den Mündel) und ebenso die Parallelregelung in § 1644 BGB, weil ihr keine praktische Relevanz zukommt. Eine Rechtsänderung ist damit nicht verbunden.¹⁶

Neu geregelt wurde außerdem in § 1800 Abs. 2 BGB-E, dass Verträge, durch die der Mündel zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird und die ihn länger als ein Jahr nach dem Eintritt der Volljährigkeit binden (§ 1822 Nr. 5 BGB), dann nicht genehmigungspflichtig sind, wenn der Vertrag allein der Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse des Mündels dienen soll, wie z.B. bei Handyverträgen oder

¹⁶ Vgl. 2. DTE (Fn. 4), S. 104.

bei Mitgliedschaften im Sportverein.¹⁷ Diese Ausnahme sieht der zweite Diskussteilentwurf auch im Kindschaftsrecht (§ 1643 Abs. 4 BGB-E) vor.

d) Befreiungsvorschriften

Die Befreiungen von den Beschränkungen des Vormunds in der Vermögenssorge sind nunmehr in § 1802 BGB-E geregelt.

§ 1802 Abs. 1 BGB-E regelt die Möglichkeit der Befreiung aller Vormünder inklusive der Amtsvormünder auf Antrag durch das Familiengericht, wobei die Frage, wovon befreit werden kann, sich wiederum nach § 1862 BGB-E richtet. Im Bereich des Vormundschaftsrechts bedeutsam ist § 1862 Abs. 1 BGB-E. Danach kann das Familiengericht den Vormund von der grundsätzlichen Anlagepflicht des Anlagegeldes nach § 1843 BGB-E, den Versperrungspflichten des § 1847 BGB-E und den Genehmigungspflichten des § 1851 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 und S. 2 BGB-E ganz oder teilweise befreien, wenn das verwaltete Vermögen ohne Berücksichtigung von Immobilien und Verbindlichkeiten 6000 € nicht übersteigt.

Abs. 2 regelt, wie bisher § 1857a BGB, die gesetzliche Befreiung von Jugendamt und Vormundschaftsverein. Neu hinzugekommen ist die gesetzliche Befreiung des Vereinsvormunds. Wie bisher sind diese Vormünder von der Pflicht zur Rechnungslegung befreit, müssen aber dennoch jährlich eine Vermögensübersicht einreichen, wobei das Gericht längere Abstände anordnen kann (§ 1861 Abs. 2 S. 2 BGB-E). Unberührt bleibt auch die Pflicht zur Schlussrechnungslegung gegenüber dem Gericht (§§ 1808 i.V.m. 1873 BGB-E).

e) Pflichten des Vormunds in der Vermögenssorge und Schenkungen (§ 1799 BGB i.V.m. §§ 1837, 1838, 1840–1849 BGB-E)

(1) Vermögensverzeichnis, §§ 1799 Abs. 1, 1837 BGB-E

Der Vormund hat – insoweit anders als die Eltern¹⁸ und auch anders als der Betreuer¹⁹ – gemäß § 1799 Abs. 1 S. 2 BGB-E das bei der Anordnung der Vormundschaft vorhandene Vermögen zu verzeichnen. Er hat das Verzeichnis um das Vermögen zu ergänzen, das der Mündel später hinzu erwirbt (§ 1837 Abs. 1 S. 2 BGB-E – siehe § 1802 BGB).

Für die Vormundschaft gilt mithin, dass der Vormund auch das Vermögen aufzunehmen hat, das vor der Zustellung des Bestellungsbeschlusses an ihn und damit

¹⁷ Vgl. 2. DTE (Fn. 4), S. 103.

¹⁸ Vgl. § 1640 Abs. 1 BGB: Die Eltern haben nur das *ihrer Verwaltung* unterliegende Vermögen zu verzeichnen, welches das Kind von Todes wegen erwirbt.

¹⁹ Vgl. § 1837 Abs. 1 S. 1 BGB-E: Der Betreuer hat das Vermögen zum Zeitpunkt seiner Bestellung zu verzeichnen.

vor Wirksamwerden der Bestellung vorhanden war. Der Umfang der Inventarisierungspflicht ist gegenüber dem geltenden § 1802 BGB mithin nicht erweitert worden. Zu verzeichnen ist das vorhandene Vermögen, also nicht nur das Vermögen, das der Verwaltung des Vormunds unterliegt.

Neu ist, dass der Vormund bei der Frage, ob er nach § 1837 Abs. 2 BGB-E einen Dritten hinzuzieht, kein Ermessen mehr hat. Wenn er einschätzt, dass diese Hinzuziehung für eine ordnungsgemäße Erstellung des Verzeichnisses notwendig und mit Rücksicht auf das Vermögen des Mündels angemessen ist, hat er den Dritten hinzuzuziehen. Ebenfalls neu ist, dass das Familiengericht die Hinzuziehung der in Abs. 2 genannten Dritten schon vor Erstellung des Verzeichnisses anordnen kann und nicht erst, wenn das eingereichte Verzeichnis ungenügend ist.

(2) *Schenkungen, § 1799 Abs. 2 BGB-E*

Für Schenkungen durch den Vormund in Vertretung des Mündels bleibt es beim bisherigen Verbot des § 1804 S. 1 BGB, das in § 1799 Abs. 2 S. 1 BGB-E übernommen wurde. Ebenso bleibt es bei der engen Ausnahme des § 1804 S. 2 BGB, die durch das neu hinzugefügte Kriterium, dass die Schenkung nach den Lebensverhältnissen des Mündels als Gelegenheitsgeschenk üblich oder angemessen ist, nicht noch weiter eingeschränkt wird. Diese bereits in § 1908i Abs. 2 S. 1 BGB verwendete Formulierung soll vielmehr dazu führen, dass der Wunsch des Mündels mehr Berücksichtigung findet.²⁰

Der Spielraum für Schenkungen in Vertretung des Betreuten ist größer als im Vormundschaftsrecht, worauf in diesem Zusammenhang aber nicht weiter eingegangen werden soll.

(3) *Trennungsgebot, § 1799 Abs. 1 i.V.m. § 1840 BGB-E*

Größere Probleme bereitet die Umsetzung des § 1805 BGB im zweiten Diskussionsteilentwurf, jedoch tritt ein Großteil dieser Probleme im Betreuungsrecht auf. Für das Vormundschaftsrecht bleibt es dabei, dass der Vormund sein Vermögen getrennt von dem des Mündels zu halten hat. Die Ausnahmenvorschriften dürften in der Vormundschaft – ganz anders als im Betreuungsrecht – kaum eine Rolle spielen.

Das grundsätzliche Verbot der Verwendung des Mündelvermögens für den Vormund (§ 1805 BGB) bleibt bestehen. Sofern der ehrenamtliche Vormund z.B. ein Darlehen beim Mündel aufnehmen will, was nach § 1799 Abs. 1 i.V.m. § 1840 Abs. 3 BGB-E durch schriftliche vertragliche Vereinbarung in diesem Ausnahmefall grundsätzlich möglich ist, muss für den Mündel ein Ergänzungspfleger bestellt werden.

²⁰ Vgl. dazu Staudinger/*Veit*, BGB (2014), § 1804 Rn. 23.

Die Pflicht zur wirtschaftlichen Vermögensverwaltung – alter Wein in neuen Schläuchen oder gelungene Entbürokratisierung?

Tobias Fröschele

| | | |
|-------|---|----|
| I. | <i>Allgemeine Prinzipien der Vermögenssorge</i> | 78 |
| II. | <i>Vermögensverzeichnis</i> | 81 |
| III. | <i>Schenkungsverbot</i> | 82 |
| IV. | <i>Trennungsgebot und Verwendungsverbot</i> | 84 |
| V. | <i>Verfügungsgeld</i> | 88 |
| VI. | <i>Anlagegeld</i> | 89 |
| VII. | <i>Verfügung über Forderungen</i> | 92 |
| VIII. | <i>Wertpapiere</i> | 94 |

Der zweite Diskussionsteilentwurf zur Reform des Vormundschaftsrechts¹ sieht vor, die Verhältnisse im Vormundschaftsrecht umzukehren: War dort bisher die Personensorge nur sehr knapp, die Vermögenssorge dagegen in aller Ausführlichkeit geregelt, so soll das künftig umgekehrt sein. Der Entwurf kommt für die Vermögenssorge des Vormunds mit nur noch sechs Paragraphen aus. Alles andere soll sich aus den dort enthaltenen Verweisungen auf das Betreuungsrecht ergeben, das nun alle Details zur Vermögensverwaltung aufnehmen soll.

Ob das wirklich die bessere Aufbautechnik ist, bin ich mir nicht sicher. Ich bin mir aber ziemlich sicher, dass der Gesetzgeber davon nicht mehr abrücken wird, sodass ich das jetzt nicht weiter vertiefen will. Mein heutiger Blick gilt der Frage, was wirklich neu und wo etwas von der im Eckpunktepapier noch versprochenen² *Entbürokratisierung* zu spüren ist.

Worüber wir hier reden, ist im Übrigen kein häufiger, aber doch ein vorkommender Fall, nämlich der von *Vollwaisen reicher Leute*, die ihre Eltern verloren und deren beträchtliches Vermögen geerbt haben. Vormund wird dann meist kein Unbekannter und auch nicht das Jugendamt, sondern ein Verwandter oder Freund der Familie.

Über *Sozialwaisen* rede ich hier nicht. Das Vermögensverzeichnis wird bei ihnen dünn sein. Zu verschenken, anzulegen oder zu hinterlegen haben sie nichts. Ihren Lebensunterhalt bestreitet das Jugendamt. Vormund ist meist ebenfalls das Jugendamt, dessen Vermögenssorge durch §§ 1802 Abs. 2, 1861 BGB-E und § 56 Abs. 2, 3 SGB VIII samt einschlägiger Landesgesetze von bürokratischen Hemmnissen auf breiter Front befreit ist und wenn sich dann doch einmal ein ehrenamtlicher Vormund findet, muss er eben auf sein Recht hingewiesen werden, einen Antrag nach § 1862 Abs. 1 BGB-E zu stellen.

I. Allgemeine Prinzipien der Vermögenssorge

Die noch geltenden Vorschriften zur Vermögenssorge sind zu der Frage, was für allgemeinen Prinzipien sie gehorcht, ausgesprochen verschwiegen. Normiert ist – und auch das nur sehr indirekt – eine Pflicht zur Beachtung der „Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung“. Wir finden sie für Vormund, Pfleger und Betreuer in § 1811 S. 2 BGB und wortgleich für die Eltern in § 1642 BGB.

¹ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 07.09.2018, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf;jsessionid=2A9F5222308CC915D45BA6C778B44248.2_cid334?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt aufgerufen am 26.04.2019), im Folgenden zitiert als „2. Diskussionsteilentwurf“.

² Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Eckpunkte für die weitere Reform des Vormundschaftsrechts, ZKJ 2015, 145, 148; auch der 2. Diskussionsentwurf betont auf S. 75 noch einmal dasselbe Ziel.

Sie stammt aus dem Jahre 1923³ und betrifft dem Wortlaut nach nur Geldanlagen. Dass sich dahinter in Wahrheit ein *allgemeines Prinzip* verbirgt, wird aus der Gesetzesbegründung deutlich: Die Bindung an die Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung sollte lediglich die „erleichterte Anwendbarkeit“ von § 1811 S. 1 BGB ermöglichen, das Ermessen aber eben nicht einschränken.⁴ Folglich waren das also genau die Grundsätze, von denen der Gesetzgeber sich vorgestellt hat, dass sie die Vermögenssorge überhaupt beherrschen.

Diese Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung sind im Vormundschaftsrecht *konservativ* zu verstehen, nämlich als dem Ziel unterworfen, das Mündelvermögen zu sichern und zu erhalten. Es soll dem Kind zur Zeit seiner Volljährigkeit möglichst ungeschmälert zur freien Verfügung stehen. Das hat auch in einigen anderen Gesetzesbestimmungen Ausdruck gefunden, nämlich

- in § 1602 Abs. 2 BGB, wonach das Kind die Eltern auf Unterhalt auch in Anspruch nehmen kann, wenn es sich aus dem Stamm seines Vermögens selbst unterhalten könnte,
- in § 1822 Nr. 5 BGB, wonach der Vormund, der den Mündel für einen längeren Zeitraum als ein Jahr nach Eintritt der Volljährigkeit vertraglich binden will, dafür eine besondere Genehmigung benötigt,
- in § 92 Abs. 1a SGB VIII, wonach nur Volljährige aus ihrem Vermögen zu den Kosten von stationären Jugendhilfeleistungen herangezogen werden.

Letztlich war auch die Pflicht zur mündelsicheren Geldanlage und der Katalog des § 1807 BGB ursprünglich so zu verstehen, nur hatte er sich eben im Jahre 1923 als unzumutbar herausgestellt. Gerade die mündelsicheren Anlagen hatten sich in Krieg und Hyperinflation in Luft aufgelöst.

Ganz anders ist die Situation im Betreuungsrecht. Dort ist es schon eines der erklärten Ziele der Reform von 1992 gewesen, die Pflicht zu Erhalt und Sicherung des Betreutenvermögens derjenigen des § 1901 Abs. 2 S. 2 BGB unterzuordnen.⁵ Der Betreuer hat das Vermögen des Betreuten dazu zu verwenden, ihm ein Leben nach seinen *eigenen Wünschen und Vorstellungen* zu ermöglichen. Da die Mehrzahl der Betreuungen bis zum Tod des Betreuten andauern, wäre eine Pflicht zum Vermögenserhalt ja auch etwas, wovon nur seine Erben etwas hätten. Längst ist klar, dass der Betreuer diesen gegenüber insoweit zu nichts verpflichtet ist.⁶

³ Gesetz über die Anlegung von Mündelgeld v. 23.6.1923, RGBl. I S. 411; vorher lautete der Wortlaut dahin, dass dem Vormund nur „aus besonderen Gründen“ eine andere als mündelsichere Geldanlage gestattet werden konnte.

⁴ RT-Prot. 1920-24 Bd. 35 S. 7147.

⁵ BT-Drucks. 11/4528, S. 133.

⁶ OLG Düsseldorf OLGR Düsseldorf 2002, 104.

Der Unterschied ist allerdings gar kein grundsätzlicher. Er beruht auf der unterschiedlichen *Lebenssituation*: Während Betreuungen meistens mit dem Tod des Betreuten enden,⁷ enden Vormundschaften nur höchst selten mit dem Tod des Mündels. Dessen wirtschaftlich eigenständiges Leben beginnt meist erst, wenn die Vormundschaft endet. Dann soll ihm das Vermögen, wenn er solches bereits hat, als *Startkapital* für ein selbstbestimmtes Leben dienen. Der Betreute befindet sich dagegen schon mitten in diesem Leben.

Richtig verstanden sind die „Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung“ also nichts anderes, als die Pflicht, das Vermögen zum Zwecke der *Ermöglichung von Selbstbestimmung* zu sichern und zu erhalten. Beim Vormund ist das bislang in den Vorschriften zur Vermögenssorge nicht zum Ausdruck gekommen. Leider ändert der Entwurf hieran nichts, obwohl ja eines seiner erklärten Ziele eine stärkere Betonung der „Subjektstellung des Mündels“ ist.⁸ Das reicht freilich im geplanten Gesetzestext nicht weiter als bis zur „Achtung“ seines Willens (§ 1789 Nr. 4 BGB-E), was die Zweckbindung des Vermögens als Instrument der Selbstbestimmung m.E. nicht ausreichend deutlich macht.

§ 1799 BGB-E sollte daher eine Generalklausel vorangestellt werden, die einerseits dies unmissverständlich klarstellt, andererseits aber auch, dass das nicht so weit reichen kann wie nach § 1902 Abs. 3 S. 1 BGB beim Betreuer. Das würde es dann einfacher machen, die im Betreuungsrecht zu findenden Vorschriften für das Vormundschaftsrecht „entsprechend“, nämlich auch entsprechend der Unterschiede, anzuwenden. Das könnte für das Vormundschaftsrecht wie folgt aussehen:

§ 1798a Vermögensverwaltung durch den Vormund

Das Vermögen und die Einkünfte des Mündels sind so zu verwalten, dass sie dem Mündel ein seiner wachsenden Fähigkeit zur Selbstbestimmung entsprechendes Leben nach eigenen Wünschen und Vorstellungen ermöglichen. Soweit es hiermit vereinbar ist, hat der Vormund unter Wahrung der Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung dafür zu sorgen, dass dem Mündel sein Vermögen bei Erreichen der Volljährigkeit vollständig zur freien Verfügung steht.

Damit wäre klar, dass die Selbstbestimmung im Rahmen bereits erreichter reifer Eigenverantwortung auch schon beim Minderjährigen Vorrang vor Vermögenssicherung und Vermögenserhalt, erst recht vor der Vermögensvermehrung hat – aber eben auch nur in diesem Rahmen.

⁷ Nämlich in etwa zu 80 %; in den letzten Jahren standen – bei in etwa gleichbleibendem Bestand – ca. 200.000 Neubestellungen nur ca. 40.000 Aufhebungen gegenüber, vgl. dazu Bundesamt für Justiz, Betreuungsverfahren, Zusammenfassung der Bundesergebnisse für die Jahre 1992 bis 2016 v. 30.11.2018, abrufbar unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Betreuungsverfahren.pdf;jsessionid=F9B1719E1B1ADFF2454F46347847DD25.1_cid394?__blob=publicationFile&v=14 (zuletzt aufgerufen am 26.04.2019).

⁸ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 77.

II. Vermögensverzeichnis

Bislang enthält § 1802 Abs. 1 BGB die Pflicht des Vormunds, über das gesamte, zur Zeit der Anordnung der Vormundschaft vorhandene, Vermögen ein Verzeichnis zu entrichten. Hieran ändert der Diskussionsentwurf nichts (vgl. § 1799 Abs. 1 S. 1, 1837 Abs. 1 BGB-E iVm § 1799 Abs. 1 S. 2 BGB-E). Soweit die Begründung den *Stichtagsstreit*⁹ aufgreift¹⁰ und für entschieden hält, ist die neue Gesetzesfassung nicht klarer als die alte,¹¹ sieht man davon ab, dass die mündliche Verpflichtung des Vormunds, falls das Verfahrensrecht sie überhaupt noch vorsieht, als Stichtag nicht mehr in Frage kommt.

Unverständlich ist, weshalb der Gesetzgeber meint, in § 1837 Abs. 2 BGB-E nunmehr für bestimmte Fälle zur gesetzlichen Pflicht machen zu müssen, was in § 1802 Abs. 2 BGB als freiwillige Regelung enthalten ist. Es gibt keine Erkenntnis dahin, dass Vormünder bislang massenhaft unrichtige oder *unvollständige Vermögensverzeichnisse* eingereicht haben, nur weil sie es alleine erstellen durften. Unklar ist auch, ob das Jugendamt hier „eine zuständige Behörde“ für die Aufnahme von Vermögensverzeichnissen werden soll.¹² Falls ja, müsste das durch eine entsprechende Aufgabenzuweisung in § 53 SGB VIII ergänzt werden, denn bislang beschränkt sich die Unterstützungspflicht des Jugendamtes dem Vormund gegenüber auf die Personensorge.

Meine größeren Bedenken an § 1837 BGB-E gibt es im *Betreuungsrecht*. Auf diese will ich hier nicht eingehen. Soviel lässt sich dazu aber sagen: Der Hauptunterschied zwischen Vormund und Betreuer ist, dass dem Vormund stets die Verwaltung des gesamten Mündelvermögens obliegt. Beim Betreuer ist das dagegen vom *Aufgabenkreis* abhängig. Dieser Unterschied erfordert im Betreuungsrecht eine differenzierte Regelung, sodass mein Vorschlag dahin geht, die Regelung im Vormundschaftsrecht eigenständig zu regeln, sie knapper zu fassen und nur wegen der technischen Einzelheiten aufs Betreuungsrecht zu verweisen:

⁹ Dazu näher BeckOGK/*Fröschele*, BGB [Stand: 01.02.2019], § 1802 Rn. 18 ff.

¹⁰ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 145.

¹¹ Sie klärt nämlich ebenfalls nicht, ob es auf den Erlass oder ihr Wirksamwerden ankommt (so für das Betreuungsrecht OLG Schleswig FGPrax 2004, 238) und im letzteren Falle, wodurch die Anordnung nach § 40 Abs. 1 FamFG überhaupt wirksam werden soll, wenn nicht durch Bekanntgabe an den Vormund, sei es in eigener Person, sei es als gesetzlicher Vertreter des Mündels. Einzig sinnvoll wäre es, auf den Erlass der Entscheidung abzustellen (BeckOGK/*Fröschele*, BGB [Fn. 9], § 1802 Rn. 21). Das folgt aber aus der geplanten Gesetzesfassung so wenig wie aus der noch geltenden.

¹² Der 2. Diskussionsentwurf (Fn. 1) geht auf S. 180 davon aus, dass die Betreuungsbehörde gemeint sei; eine Blankoaufgabenzuweisung, wie § 10 BtBG sie enthält, fehlt aber im SGB VIII.

§ 1799 *Vermögensverzeichnis*

Der Vormund hat das Vermögen, das bei der Anordnung der Vormundschaft vorhanden ist oder dem Mündel später zufällt, zu verzeichnen und das Verzeichnis, nachdem er es mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit versehen hat, dem Familiengericht einzureichen. § 1837 Abs. 2 und Abs. 3 gelten entsprechend.

III. Schenkungsverbot

Merkwürdigerweise schlägt der Diskussionsentwurf vor, die Regeln zum Schenkungsverbot an einer Stelle zu ändern, an der er das nach der Begründung gar nicht will,¹³ dafür sollte er sie aber an anderer Stelle ändern, weil das Gesetz sonst gar nicht dem erklärten Willen des Gesetzgebers entspräche. Doch vergleichen wir zunächst die beiden Vorschriften:

| | |
|--|---|
| <p>§ 1804 <i>Schenkungen <u>des</u> Vormunds</i></p> <p>¹Der Vormund kann <u>nicht</u> in Vertretung des Mündels Schenkungen machen.</p> <p>²Ausgenommen sind Schenkungen, <u>durch die</u> einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.</p> | <p>§ 1799 <i>Schenkungen <u>durch den</u> Vormund</i></p> <p>(1) ...</p> <p>(2) ¹Der Vormund kann in Vertretung des Mündels <u>keine</u> Schenkungen machen.</p> <p>²Ausgenommen sind Schenkungen, <u>mit denen</u> einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird <u>und die nach seinen Lebensverhältnissen als Gelegenheitsgeschenke üblich oder angemessen sind</u>.</p> |
|--|---|

Die *Pflicht- und Anstandsschenkungen*, die § 1804 BGB erwähnt, werden in vier Vorschriften des BGB privilegiert, nämlich

- in § 1641 S. 2 BGB, der dasselbe wie § 1804 S. 2 BGB für die elterliche Sorge regelt,
- in § 534 BGB, der für sie die Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers und den Widerruf wegen groben Undanks ausschließt,

¹³ Die Definition der erlaubten Schenkungen in § 1799 Abs. 2 S. 2 BGB-E soll laut 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 148 derjenigen in § 534 BGB weiterhin entsprechen.

- in § 814 BGB, der selbst bei Nichtigkeit des Schenkungsvertrages ihre Rückforderung als ungerechtfertigte Bereicherung ausschließt.

Überall findet sich eine *einheitliche Formulierung* zu ihrer Definition. § 1799 Abs. 2 S. 2 BGB-E schränkt das nun dem Wortlaut nach ein, denn „Gelegenheitsgeschenke“ sind die Anstandsschenkungen zwar allemal, bei den Pflichtschenkungen ist das nicht ohne Weiteres gesagt. Wenn dasselbe gemeint ist, sollte man überall dasselbe schreiben, sonst besteht die Gefahr, dass die Praxis § 1799 Abs. 2 S. 2 BGB-E eben doch enger auslegt als die anderen genannten Vorschriften. Das aber hätte eine merkwürdige Konsequenz: Es könnte dazu führen, dass ein Geschenk des Vormunds zwar nach § 1799 Abs. 2 S. 1 BGB-E nichtig ist, der Mündel es wegen § 814 Alt. 2 BGB aber dennoch nicht zurückfordern könnte.

Außerdem ist der Nachsatz überdies *missverständlich*. Wenn es reicht, dass ein Gelegenheitsgeschenk üblich *oder* angemessen ist, kann der Vormund *unangemessene Geschenke* machen. Ich nehme an, das ist nicht gemeint. Dann sollte man aber auf das Wort „üblich“ ganz verzichten und überhaupt nur noch die Angemessenheit erwähnen. M.E. sollte man aber auf den gesamten Nachsatz verzichten oder ihn auch in §§ 534, 814, 1641 BGB einfügen.

Worin die Entwurfsbegründung aber irrt, ist, dass dem Mündel ein *eigener Entscheidungsspielraum* zustehe. Sie geht davon aus, wegen § 110 BGB könne der Mündel die ihm zur freien Verfügung überlassenen Mittel auch frei verschenken.¹⁴ Das wäre neu. § 110 BGB wird bislang lediglich als vorweggenommene Generalzustimmung zu den entsprechenden Bargeschäften i.S.v. § 107 BGB betrachtet. Der Vormund kann aber einem Geschäft des Mündels, das er selbst nicht vornehmen dürfte, auch nicht wirksam zustimmen. Auch der Mündel kann daher nach geltendem Recht nur Pflicht- und Anstandsschenkungen machen.¹⁵ Will man das ändern, ist eine dritte Ausnahme erforderlich. Die muss dann aber auch den Missbrauch des § 110 BGB zur Umgehung des Schenkungsverbots ausschließen. Ich würde die gesamte Norm wie folgt formulieren:

§ 1799a Schenkungen durch den Vormund

¹Der Vormund kann in Vertretung des Mündels keine Schenkungen machen.

²Ausgenommen sind Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. ³Der Mündel kann von den ihm nach § 110 BGB überlassenen Mitteln Schenkungen machen, soweit es seinem eigenen Wunsch entspricht und sein Wohl dadurch nicht gefährdet ist.

¹⁴ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 149.

¹⁵ OLG Stuttgart FamRZ 1969, 39; Staudinger/*Veit*, BGB (2014), § 1804 Rn. 12.

Es ist im Übrigen richtig, das *vom Betreuungsrecht getrennt* zu regeln, da sich dort ganz andere Fragen stellen, z.B. auch die der Behandlung von unentgeltlichen Zuwendungen, die keine Schenkungen sind (zu denen aber der Entwurf leider völlig schweigt). Die kommen bei Minderjährigen nach Abschaffung der Minderjährigenehe nicht mehr vor.

IV. Trennungsgebot und Verwendungsverbot

Hier gibt es bislang keinen Unterschied zwischen Betreuungs- und Vormundschaftsrecht und soll ihn auch künftig nicht geben. § 1805 BGB soll nun durch § 1840 BGB-E ersetzt werden, der nach § 1799 Abs. 1 S. 1 BGB-E für Vormünder entsprechend gelten soll. Dazu eine Bemerkung am Rande: Könnte man umfassende Verweisungen vielleicht in einem *Einzelparagrafen* unterbringen, damit das Zitieren *etwas* weniger umständlich ist? Es sind doch noch genügend Nummern bis 1921 frei, etwa wie folgt:

§ 1799c Geltung von betreuungsrechtlichen Vorschriften

Für die Pflichten des Vormunds in der Vermögenssorge gelten im Übrigen die §§ 1838, 1840 bis 1849 entsprechend.

Nun aber zum Trennungsgebot und Verwendungsverbot. Auch hier stelle ich die Vorschriften erst einmal gegenüber:

| | |
|--|---|
| <p>§ 1805 <i>Verwendung für den Vormund</i></p> <p>¹Der Vormund darf Vermögen des Mündels <u>weder</u> für sich <u>noch für den Gegenvormund</u> verwenden.</p> <p>²Ist das Jugendamt Vormund <u>oder Gegenvormund</u>, so ist die Anlegung von Mündelgeld gemäß § 1807 auch bei der Körperschaft zulässig, bei der das Jugendamt errichtet ist.</p> | <p>§ 1840 <u>Trennungsgebot</u>, <i>Verwendung für den Betreuer</i></p> <p>(1) ¹Der Betreuer hat das Vermögen des Betreuten getrennt von seinem Vermögen zu halten. ²Dies gilt nicht für ein bestehendes gemeinsames Girokonto des Betreuers und des Betreuten, wenn der Betreuer mit dem Betreuten in einer ehelichen Gemeinschaft lebt und das Betreuungsgericht nichts anderes anordnet.</p> <p>(2) ... [für Vormünder irrelevant]</p> <p>²Ist die zuständige Behörde zum Betreuer bestellt, so ist die Anlegung von Geld des Betreuten gemäß § 1843 auch bei der Körperschaft zulässig, bei der die Behörde errichtet ist.</p> <p>(3) ¹Der Betreuer darf das Vermögen des Betreuten nicht für sich verwenden. ²Dies gilt nicht, wenn die Betreuung nicht berufsmäßig geführt wird und schriftlich eine vertragliche Regelung über die Verwendung getroffen wurde.</p> <p>(4) Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 Satz 1 gelten nicht hinsichtlich der Haushaltsgegenstände, wenn der Betreuer mit dem Betreuten in einer ehelichen Gemeinschaft lebt oder einen gemeinsamen Haushalt führt.</p> |
|--|---|

Das Trennungsgebot, das bislang in § 1805 S. 1 BGB hineingelesen wurde,¹⁶ wird nun ausdrücklich geregelt. Streit darüber gab es zwar nie, es ist im Sinne der *Transparenz* der Normen aber sinnvoll.

Die Beibehaltung der Ausnahme aus § 1805 S. 2 BGB in § 1840 Abs. 2 BGB-E ist m.E. unsinnig, da sie praktisch inhaltsleer ist. Sie ist auch falsch platziert, da es sich immer schon zugleich um eine *Ausnahme vom Verwendungsverbot* gehandelt hat. § 1840 Abs. 2 BGB-E würde dem Amtsvormund ja nur die Anlage von Geld in der

¹⁶ So schon Mot. IV S. 1107 und seither nie angezweifelte allg.M.; wenn sich das Trennungsgebot nicht aus § 1805 BGB ergibt, ist es demnach längst Gewohnheitsrecht geworden.

in § 1843 Abs. 2 BGB-E beschriebenen Art beim öffentlichen Träger der Jugendhilfe erlauben. § 1843 Abs. 2 BGB-E schreibt aber die Anlage bei einem Kreditinstitut vor, das die Voraussetzungen des § 1846 BGB erfüllt. Der einzige praktisch denkbare Anwendungsfall der Norm wäre damit eine Sparkasse, die vom öffentlichen Träger der Jugendhilfe *als Eigenbetrieb* geführt wird. Das gibt es nicht mehr. Die Einzahlung von Mündelgeld direkt in die Kommunalkasse¹⁷ war noch nie vorgesehen. Es ging damals tatsächlich um die noch als Eigenbetriebe geführten Sparkassen und um den Kauf von Kommunalobligationen.¹⁸ § 1840 Abs. 2 BGB-E sollte gestrichen werden. Normen, die ins Leere gehen, braucht niemand.

§ 1840 Abs. 3 S. 2 BGB-E ist der Versuch, eine fast 120 Jahre alte Streitfrage zu entscheiden, die eine unklare Stelle in den Motiven¹⁹ aufgeworfen hat und die bis heute nicht einheitlich beantwortet wird. Dort wird ausgeführt, dass § 1805 S. 1 BGB der Erfüllung eines *wirksamen Mietvertrages* zwischen Mündel und Vormund nicht entgegenstehe, wobei man ergänzen muss, dass das auch §§ 1795 Abs. 2, 181 BGB nicht tun, sind doch Erfüllungsgeschäfte dort ausdrücklich ausgenommen. Hierüber herrscht auch keinerlei Streit. Es heißt dann jedoch, dass die Norm ein Darlehen des Mündels an den Vormund ausschließe, wobei die Motive zur Begründung aber auf die Norm verweisen, die später in § 1795 BGB Gesetz geworden ist. Womöglich war also nur gemeint, dass der Vormund sich ein solches Darlehen nicht selbst gewähren, es aber durchaus auszahlen kann, wenn ein *wirksamer Darlehensvertrag* vorliegt. Streitig ist nun aber bis heute, ob es vollkommen verboten ist, dass der Vormund vom Mündel Geld als Darlehen aufnimmt²⁰ oder ob auch das möglich ist, wenn ein wirksamer Darlehensvertrag zwischen beiden existiert, wobei der Abschluss eines solchen Darlehensvertrags nicht nur die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers erfordert, sondern dieser sich den Vertrag außerdem vom Familiengericht nach § 1811 S. 1 BGB gestatten lassen muss.²¹

Die jetzt gewählte Formulierung beseitigt diesen Streit in wenig überzeugender Weise. Soll der Vormund tatsächlich die Wohnung, die er von den verstorbenen Eltern des Mündels gemietet hat, nun zurückgeben müssen, nur weil er mit ihnen keinen *schriftlichen* Mietvertrag abgeschlossen hat? Dafür fehlt im Text aber das Wort „wirksam“, aus dem sich ein eindeutiger Hinweis darauf ergäbe, dass eine Ausnahme von § 181 BGB keineswegs beabsichtigt ist.

Die wichtigste – und völlig unbestrittene – Ausnahme vom Verwendungsverbot fehlt: Eine Verwendung, die im *überwiegenden Interesse des Mündels* liegt, ist stets als

¹⁷ Die hält Staudinger/*Veit*, BGB (Fn. 15), § 1805 Rn. 17 im Anschluss an *Rauscher*, Familienrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 1220 für möglich.

¹⁸ Siehe die Begründung zu § 33 RJWG: RT-Prot. 1920-24 Bd. 23 S. 1257.

¹⁹ Mot. IV S. 1108.

²⁰ So Staudinger/*Veit*, BGB (Fn. 15), § 1805 Rn. 5; Erman/*Schulte-Bunert*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1805 Rn. 2.

²¹ So RGRK-BGB/*Dickescheid*, 12. Aufl., § 1805 Rn. 2; Jürgens/*v. Crailsheim*, Betreuungsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1805 BGB Rn. 3; jurisPK-BGB/*Lafontaine* [Stand: 13.12.2018], § 1805 Rn. 11, 15.

erlaubt angesehen worden.²² Das sollte nun, da das Verbot ausdrücklich formuliert wird, auch mit in die Norm aufgenommen werden. § 1792 BGB-E stellt ja klar, dass der Vormund den Mündel in seinen Haushalt aufnehmen kann. Er sollte diesen Haushalt auch in das Haus des Mündels verlegen dürfen. Wenn dieser gerade seine Eltern verloren hat, braucht man ihm nicht auch noch einen Umzug zuzumuten.

Ob man gemeinsamen Hausrat wirklich erwähnen muss oder ob sich das von selbst versteht, ist eine gute Frage. Wenn man ihn aber erwähnt, darf man das *Haushaltsgeld* nicht vergessen. Man stelle sich die Szene an der Supermarktkasse vor, wenn der Vormund mit dem Mündel einkaufen geht und in zwei Geldbeutel greift, um die Lebensmittel zu bezahlen!

Die Regelung lässt im Übrigen eine *Chance zur Entbürokratisierung* aus, die sich angeboten hätte: Das Trennungsgebot verbietet Vermögensgemeinschaften zwischen Mündel und Vormund. Der Vormund darf sie nicht begründen. Das ist richtig.

Solche, die *ohne sein Zutun* entstanden sind, muss er nach bislang h.M. auflösen. Gibt es eine Erben- oder Bruchteilsgemeinschaft zwischen dem Mündel und ihm, muss er also die Teilung betreiben. Selbst eine rechtsfähige Personengesellschaft soll er kündigen müssen.²³ Hierfür braucht der Mündel in der Regel einen *Ergänzungspfleger*. Was aber, wenn dieser zum Ergebnis kommt, dass die Auflösung der Gemeinschaft gar nicht im Interesse des Mündels liegt? Das sollte das Familiengericht in solchen Fällen schon vorab prüfen und die Vermögensgemeinschaft auch schlicht dulden können, wenn es eine konkrete Interessenkollision gar nicht erkennen kann. Wenn es eine erkennt, kann es wiederum genügen, dem Vormund insoweit nach §§ 1790 Abs. 2 S. 2, 1825 BGB-E die Vertretungsmacht zu entziehen.

Mein Vorschlag zur Neufassung von § 1840 BGB-E sieht daher – alles zusammengefasst – wie folgt aus:

²² RGRK-BGB/*Dickescheid* (Fn. 21), § 1805 Rn. 4; Jürgens/*v. Crailsheim* (Fn. 21), § 1805 BGB Rn. 2; jurisPK-BGB/*Lafontaine* (Fn. 21), § 1805 Rn. 8; Dodegge/Roth/*Roth*, Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrcht, 5. Aufl. 2018, Teil D Rn. 49.

²³ Staudinger/*Veit*, BGB (Fn. 15), § 1805 Rn. 10; MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, 7. Aufl. 2017, § 1805 Rn. 4; RGRK-BGB/*Dickescheid* (Fn. 21), § 1805 Rn. 4.

§ 1840 Trennungsgebot, Verwendung für den Betreuer

(1) ¹Der Betreuer hat das Vermögen des Betreuten getrennt von seinem Vermögen zu halten. ²Eine Vermögensgemeinschaft, die schon bei seiner Bestellung vorhanden ist oder die später ohne sein Zutun entsteht, muss er jedoch nur auflösen, wenn das Betreuungsgericht es anordnet.

(2) ¹Der Betreuer darf das Vermögen des Betreuten nicht für sich verwenden. ²Dies gilt nicht, soweit die Verwendung im überwiegenden Interesse des Betreuten liegt oder der Betreuer zu ihr durch einen wirksamen Vertrag berechtigt ist; § 1824 bleibt unberührt.

(3) Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 gelten nicht hinsichtlich der Haushaltsgegenstände und des zur Bestreitung der laufenden Haushaltsausgaben bereitgehaltenen Bargeldes, wenn der Betreuer mit dem Betreuten in einer ehelichen Gemeinschaft lebt oder einen gemeinsamen Haushalt mit ihm führt.

V. Verfügungsgeld

Eine begrüßenswerte Klarstellung ist, dass der Diskussionsentwurf Verfügungsgeld in § 1841 S. 1 BGB-E eigenständig definiert und den Umgang damit regelt. Der ist dann allerdings wesentlich bürokratischer als im geltenden Recht ausgestaltet. Denn während bislang klar ist, dass Verfügungsgeld in jeder zweckmäßigen Form bereitgehalten werden darf,²⁴ sieht § 1841 BGB-E nur noch zwei Möglichkeiten vor: das Guthaben auf einem Girokonto und die – allerdings dann unversperrte – Anlage in der durch §§ 1843 Abs. 2, 1846 BGB-E beschriebenen Art. Davon enthält § 1842 Abs. 2 BGB-E wohl eine Ausnahme, denn man kann nicht bar zahlen, ohne vorher Bargeld in den Händen zu halten. Der *Kontenzwang* für Verfügungsgeld ist also nicht absolut. Nur wenn das Banken hinreichend deutlich gemacht wird, werden sie Barabhebungen durch Vormünder überhaupt noch zulassen. Ich würde es vorsichtshalber ergänzen.

Die grundsätzliche Pflicht zum *bargeldlosen Zahlungsverkehr* ist sicher richtig. Das ist einfach viel besser kontrollierbar. Richtig ist es aber auch, Ausnahmen davon zuzulassen. Hier greift § 1842 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E ein wenig zu kurz. Barzahlung muss auch zulässig sein, wenn sie durch Vertrag oder Gesetz vorgeschrieben ist. Solange nur Banknoten und Münzen gesetzliche Zahlungsmittel sind, kann das auch noch, wenn auch selten, vorkommen.

Einen wichtigen Unterschied zwischen Vormundschafts- und Betreuungsrecht missachtet der Entwurf: Der *geschäftsfähige Betreute* wird durch die §§ 1840 ff. BGB-E nicht gebunden. Er kann mit allem, was er selbst besitzt, tun und lassen, was er will.

²⁴ So Mot. IV S. 1120 f. zu § 1668 BGB-aF, der später mit der Begründung gestrichen wurde, er regle lediglich eine Selbstverständlichkeit (s. dazu Prot. IV S. 8681).

Er darf bar zahlen, wo immer er möchte und er darf auch 50.000 € unter seine Matratze legen. Und selbst das, was der Betreuer angelegt hat, kann er ohne Weiteres abheben. Sperrvereinbarungen interessieren ihn ebensowenig wie die Genehmigungserfordernisse aus § 1851 BGB-E.²⁵

Beim Mündel ist das aber vollkommen anders. Die Anlagepflicht aus § 1806 BGB gilt nach ganz h.M.²⁶ auch für *angespartes Taschengeld* und was erst einmal mit Sperrvermerk versehen ist, ist für den Mündel unerreichbar, denn der Vormund kann ihm ohne Genehmigung des Familiengerichts nichts erlauben, was er selbst ohne eine solche Genehmigung nicht könnte. Wenn der Mündel sein Taschengeld nicht ausgibt, ist der Vormund bislang gehalten, es ihm wieder wegzunehmen und versperrt zu hinterlegen. So lernt man den vernünftigen Umgang mit Geld nicht. Es fehlt demnach eine dem Mündel hier mehr Freiheit gewährende Vorschrift:

§ 1799b *Taschengeld*

Für Geld, das dem Mündel in der in § 110 beschriebenen Weise zur freien Verfügung überlassen ist, gelten die §§ 1841 bis 1843 nicht.

VI. Anlagegeld

Was das der *Anlagepflicht* des § 1843 Abs. 2 BGB-E unterfallende Geld angeht, so soll die alte Unterscheidung in mündelsichere und andere Anlagen nicht etwa wegfallen. An ihre Stelle soll lediglich die Unterscheidung zwischen nur noch einer einzigen gesetzlichen und allen anderen Formen der Geldanlage treten. Gesetzlich vorgesehen ist im Entwurf nur noch die zu 100 % einlagengesicherte Einzahlung auf ein versperrtes „Anlagekonto“. Das ergibt sich aus §§ 1843 Abs. 2, 1846, 1847 Abs. 1 S. 1 BGB-E.

Was genau ein „Anlagekonto“ sein soll, wird aus dem Gesetz nicht klar. Da es aber ja einlagengesichert sein muss, kommt nur ein Konto in Frage, das als *Einlage* i.S.v. § 2 Abs. 3 EinSiG zu verstehen ist und nicht etwa zu den durch § 6 EinSiG von der Sicherung ausgenommenen Einlagen gehört. Das kann man klarer ausdrücken. Was die „ausreichende“ Einlagensicherung angeht, sollte klargestellt werden,

²⁵ Becker, FamRZ. 2014, 1090; Staudinger/*Biernwald*, BGB (2017), § 1908i Rn. 204; HK-BUR/*Deinert/Perwitz*, 7. Aufl. 2013, § 1809 BGB Rn. 12; Erman/*Roth*, BGB (Fn. 20), § 1908i Rn. 24; *Damrau/Zimmermann*, Betreuungsrecht, 4. Aufl. 2010, § 1908i BGB Rn. 13; *Jürgens/v. Crailsheim* (Fn. 21), § 1908i BGB Rn. 3; HK-BetreuungsR/*Reinhardt*, 4. Aufl. 2018, § 1908i BGB Rn. 4; aA noch LG Mönchengladbach BtPrax 1997, 203.

²⁶ BayObLGZ 1917, 124, 129; *Spanl/Imre*, Vermögensverwaltung durch Vormund und Betreuer, 3. Aufl. 2017, S. 140; *Dürbeck*, in: Oberloskamp, Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, 4. Aufl. 2017, § 10 Rn. 73; RGRK-BGB/*Dickescheid* (Fn. 21), § 1806 Rn. 4; *MüKoBGB/Kroll-Ludwigs* (Fn. 23), § 1806 Rn. 4; für teleologische Reduktion der Norm nur BeckOGK/*Fröschele*, BGB (Fn. 9), § 1806 Rn. 11.

dass sich das an §§ 5 ff. EinSiG orientieren, insbesondere dem Anleger einen *Direktanspruch gegen die Sicherungseinrichtung* gewähren muss.

Alle anderen Formen der Geldanlage sollen ohne Genehmigung des Familiengerichts *nicht wirksam* sein (§ 1850 BGB-E). Bisher ist lediglich eine Gestattung nach § 1811 S. 1 BGB einzuholen, die keinen Einfluss auf die Wirksamkeit von Anlagegeschäften hat. Dazu nun eine Gegenüberstellung:

| | |
|---|---|
| <p>§ 1807 <i>Art der Anlegung</i></p> <p>(1) Die im § 1806 vorgeschriebene Anlegung von Mündelgeld soll nur erfolgen:</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>5. ... bei einem <u>anderen</u> Kreditinstitut, das einer für die Anlage ausreichenden Sicherungseinrichtung angehört.</p> <p>(2) ...</p> <p>§ 1811 <i>Andere Anlegung</i></p> <p>¹Das Familiengericht <u>kann</u> dem Vormund eine andere Anlegung als die in § 1807 vorgeschriebene <u>gestatten</u>.</p> <p>²Die Erlaubnis soll <u>nur</u> verweigert werden, wenn die beabsichtigte Art der Anlegung nach Lage des Falles den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung zuwiderlaufen würde.</p> | <p>§ 1843 <i>Anlagepflicht</i></p> <p>(1) ...</p> <p>(2) Der Betreuer soll das Anlagegeld verzinslich auf einem Anlagekonto des Betreuten bei einem Kreditinstitut anlegen, <u>es sei denn, eine andere Anlegung ist nach den Umständen des Einzelfalls geboten</u>.</p> <p>§ 1846 <i>Voraussetzungen für das Kreditinstitut</i></p> <p>Das Kreditinstitut muss bei Anlagen nach den §§ 1841 und 1843 Absatz 2 einer für die Anlage ausreichenden Sicherungseinrichtung angehören.</p> <p>§ 1850 <i>Genehmigung einer anderen Anlegung von Geld</i></p> <p>(1) Der Betreuer <u>bedarf der Genehmigung</u> des Betreuungsgerichts, wenn er Anlagegeld anders als auf einem Anlagekonto gemäß § 1843 Absatz 2 Halbsatz 1 anlegt.</p> <p>(2) Die Genehmigung soll verweigert werden, wenn die beabsichtigte Anlegung nach Lage des Falles den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung widerspricht.</p> |
|---|---|

Hier sind nur die wichtigen Unterschiede unterstrichen hervorgehoben.

Mit „Entbürokratisierung“ hat das nichts zu tun. Es gibt hier nicht weniger als *vier Verschärfungen* der Rechtslage gegenüber dem geltenden Recht:

- Der Vormund hat *keine Auswahl* mehr zwischen mehreren gesetzlichen Anlageformen. Er kann nur noch zwischen Kreditinstituten und ihren Einlagekonditionen wählen. Die aber werden noch auf absehbare Zeit durchgängig kaum noch einen Inflationsausgleich gewähren. Wieso nicht wenigstens inländische Staatsanleihen, Pfandbriefe und Anleihen öffentlicher Sparkassen allgemein erlaubt bleiben, erschließt sich mir nicht. Sie sind nicht weniger sicher.
- Will der Vormund das Geld darum in anderer Form anlegen, so darf er das nur, wenn es nach *den Umständen des Einzelfalls geboten* ist (vgl. § 1843 Abs. 2 BGB-E). Bisher genügte es, dass es ihm gegenüber den gesetzlichen Anlageformen Vorteile bot, die die Nachteile überwogen.²⁷ Die Bezugnahme auf die Umstände des „Einzelfalls“ könnte im Übrigen sogar dahin zu deuten sein, dass *allgemeinwirtschaftliche* Überlegungen gar nicht ausreichen. Vielleicht streicht man einfach den Nebensatz und kehrt damit zu der Entbürokratisierung von 1923 zurück.
- Alle anderen Anlagegeschäfte außer der gesetzlichen Anlage sollen ohne Genehmigung *unwirksam* sein. Das engt die Möglichkeiten zusätzlich ein. Kein Wertpapierhändler der Welt lässt sich auf schwebend unwirksame Verträge ein. Vorab kann aber kein Vertrag genehmigt werden, dessen Inhalt und Vertragspartner nicht feststehen. Also müsste der Rechtspfleger dazu Preis wie Verfügbarkeit vorausahnen. Die Gestattung nach § 1811 S. 2 BGB muss so detailliert nicht sein. Da genügen Größenordnungen und eine Eingrenzung der infrage kommenden Wertpapiere.²⁸ Außerdem wäre dann klar, dass die Geldanlage von Anschaffungsgeschäften objektiv abgegrenzt werden müsste. Kunsthändler können nicht erkennen, ob ihre Kunden wertvolle Werke zur Verschönerung des Hauses oder als Geldanlage erwerben. Hinzu kommt, dass weder § 1862 Abs. 1, noch Abs. 2 BGB eine Befreiung von § 1850 BGB vorsehen. § 1862 Abs. 3 BGB tut das dann zwar, aber dessen Voraussetzungen wird kaum ein Vormund erfüllen.
- Aus § 1811 S. 2 BGB soll das Wort „nur“ verschwinden. Damit wandert womöglich auch das *Auswahlmessen* bei der Frage, *welche* abweichende Anlageform gewählt werden soll, zum Gericht, denn wenn § 1850 Abs. 3 BGB nicht die *Auswahl* zwischen verschiedenen anderen Anlageformen meint, ist er gegenstandslos. Was durch die Umstände des Falles „geboten“ ist, kann nicht zugleich den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung widersprechen.

²⁷ So schon RGZ 128, 309, wonach die Vorteile überwiegen mussten; noch großzügiger ist die neuere Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte, die nur noch verlangt, dass die anderweitige Anlage unter Abwägung aller Vor- und Nachteile richtig erscheint, OLG München NZG 2010, 1230; OLG Frankfurt NJW-RR 2002, 1660, 1661.

²⁸ LG Kempten FamRZ 2009, 724.

Sinnvollerweise sollte Folgendes geregelt werden:

§ 1843 Anlagepflicht

(1) ...

(2) Der Betreuer soll das Anlagegeld verzinslich bei einem Kreditinstitut als Einlage i.S.v. § 2 Abs. 3 EinSiG anlegen.

§ 1846 Einlagensicherung

Anlagen nach den §§ 1841 Satz 2 und 1843 Absatz 2 sind nur solche, die nach Maßgabe von §§ 1, 5 ff. EinSiG in voller Höhe abgesichert sind. *[Eventuell mit dem Zusatz: Eine andere Form der Einlagensicherung genügt auch, wenn sie dem Betreuten vergleichbare Sicherheit und einen Direktanspruch gegen die Sicherungseinrichtung gewährt.]*

§ 1850 Genehmigung einer anderen Anlegung von Geld

(1) Der Betreuer soll eine Genehmigung des Betreuungsgerichts einholen, ehe er Anlagegeld in anderer Weise als durch §§ 1843 Abs. 2, 1846 vorgeschrieben anlegt.

(2) Die Genehmigung soll nur verweigert werden, wenn die beabsichtigte Anlegung nach Lage des Falles den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung widerspricht.

Das wäre noch immer enger als bisher, aber dann wenigstens in einer halbwegs vernünftigen Weise eingengt.

VII. Verfügung über Forderungen

Was den Reformvorschlag zu §§ 1812, 1813 BGB angeht, ist dagegen erst einmal ein Lob auszusprechen: Hier wird deutlich Bürokratie abgebaut, wenngleich zum Teil unbeabsichtigt.

§ 1851 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB-E hält zwar am Grundsatz des § 1812 Abs. 1 S. 1 BGB fest, dass der Vormund über eine Forderung oder ein anderes Leistungsrecht nur mit Genehmigung des Familiengerichts verfügen kann, aber schon das Verbot ist in drei Richtungen enger:

- Es betrifft nur Rechte, die dem Mündel Zahlungsansprüche oder Ansprüche auf Lieferung von Wertpapieren gewähren.
- Es ist durch die systematische Stellung der Norm klar, dass es nur für Verfügungen gilt, die – wenigstens überwiegend – der Vermögenssorge zuzuordnen sind.

- Aus der systematischen Stellung der Norm in dem Abschnitt über die „Genehmigung von Rechtsgeschäften“ folgt zudem, dass die schlichte Annahme der Leistung keiner Genehmigung mehr bedarf, denn sie ist kein Rechtsgeschäft und es folgt auch nicht mehr aus der Ausnahmeregelung, dass sie hier als solches zu behandeln wäre. Die Vertragstheorie der Erfüllung, auf der §§ 1812, 1813 BGB noch beruhen, ist Geschichte.²⁹ § 1851 BGB-E erwähnt die Erfüllung der Forderung nicht mehr, sodass auch daraus nichts Gegenteiliges mehr abgeleitet werden kann.

Das ist alles sinnvoll, auch soweit es gar nicht beabsichtigt ist. § 1812 Abs. 1 S. 1 BGB geht noch von der *Annahme von Bargeld* als Regelfall aus. Die ist für den Mündel gefährlich, wird dem Vormund aber durch § 1842 BGB ja nun nur noch ausnahmsweise erlaubt. Man sollte sie wohl allerdings in den Katalog der anzeigepflichtigen Geschäfte aufnehmen, wenn es um mehr als eine geringfügige Summe (etwa: über 100 €) geht.

Es soll allerdings wohl dabei bleiben, dass auch die *Kündigung von Dauerschuldverhältnissen* unter § 1851 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB-E fallen wird. Sie sind zwar keine Forderungen, aber Rechte, die Forderungen erzeugen. Das ist im verbliebenen Anwendungsbereich grundsätzlich sinnvoll, denn es gilt ja nun nur noch für Dauerschuldverhältnisse, die dem Mündel einen *Zahlungsanspruch* gewähren und zur Vermögenssorge gehören. Misslich ist allerdings, dass eine Ausnahme für die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund nicht vorgesehen ist. Soll der Mündel, dessen Mieter nicht zahlt, wirklich das Genehmigungsverfahren abwarten müssen, ehe der Vormund ihm fristlos kündigen kann? Hier wäre im Rahmen des § 1851 Abs. 2 Nr. 1 BGB-E eine weitere Ausnahme angebracht. Ansonsten spricht nichts dagegen, den Katalog aus § 1813 Abs. 1 BGB im Wesentlichen in § 1851 Abs. 2 Nr. 1 BGB-E zu übernehmen, wobei das Wort „Verfügungsgeld“ in § 1851 Abs. 2 Nr. 1 c) BGB-E aber zu streichen ist. Die Bank kann das nicht unterscheiden. Auch über *pflichtwidrig unversperrtes Geld* muss der Betreuer wirksam verfügen können, sonst werden die Banken ohne Genehmigung gar keine Verfügungen zulassen.³⁰

Auch § 1851 Abs. 2 Nr. 1 a) BGB-E ist nicht etwa sinnlos, da es ja Anlageformen gibt, die weder Depots noch Bankkonten sind und die daher auch *nicht versperrt werden* können, wie z.B. ein hypothekarisch gesichertes Privatdarlehen, das bisher sogar zu den mündelsicheren Anlagen gehören kann.

²⁹ BGH NJW 2015, 2497 Rn. 13 mwNw.

³⁰ Dass das gerade der Sinn der schwer verständlichen Regelung des geltenden Rechts war, kann man übrigens in Prot. IV S. 8683 nachlesen.

VIII. Wertpapiere

Ein zweites Lob ist noch anzubringen: Die Vorschriften des Entwurfs zum Umgang mit Wertpapieren halte ich zwar für anfangs etwas schwer zu durchschauen, da sie sich gut über verschiedene Normen verteilen, inhaltlich aber für im Wesentlichen gelungen. Die *Depotpflicht* für depotfähige Wertpapiere ist überfällig. Hier sollte aber klargestellt werden, dass nur die *Sonder-* oder *Sammelverwahrung* (§§ 2, 5 DepotG) in Frage kommt, denn bei Tauschverwahrung (§ 10 DepotG) und vor allem bei unechter Verwahrung (§ 15 DepotG) verliert der Mündel das Eigentum an den deponierten Papieren und damit in der Insolvenz der Bank sein Aussonderungsrecht.

Vor allem aber bringt § 1844 Abs. 3 BGB-E hier ausnahmsweise echte Entbürokratisierung ins System: Wo immer die *Hinterlegungspflicht* des § 1844 Abs. 2 BGB-E für nicht depotfähige Wertpapiere zu weit geht, ist der Vormund nicht an sie gebunden. Den Scheck des Sozialamts wird er sicher ebenso wenig hinterlegen wie ein Verfügungsgeldspargbuch. Die *Anzeigespflicht* aus § 1848 Abs. 1 BGB sollte aber wohl auch hierfür eine Bagatellgrenze enthalten.

Was mir allerdings neu ist, ist dass Banken die *Verwahrung* von Urkunden oder Wertsachen als Dienstleistung anbieten.³¹ Zu den klassischen Bankgeschäften gehört das nicht. Das Einlegen in ein Bankschließfach fällt nicht darunter, denn das ist gerade keine Verwahrung³² und fällt folglich unter § 1844 Abs. 3 BGB-E. Statt „bei einem Kreditinstitut“ sollte in §§ 1844 Abs. 2, 1845 BGB-E daher von vornherein nur der „geeignete Verwahrer“ genannt werden. Als geeignet wäre dann nur einer anzusehen, der sowohl die notwendige Zuverlässigkeit aufweist als auch Sperrvereinbarungen anbietet. Nicht verständlich ist mir ohnehin, was der Entwurf gegen die öffentlichen Hinterlegungsstellen einzuwenden hat.

Was man aus dem Gesetz dagegen gestrost streichen kann, sind die *Einzelschuldbuchforderungen* (vgl. § 1844 Abs. 4 BGB-E). Sie können schon seit etlichen Jahren nicht mehr neu begründet werden, weil die Emissionsbedingungen zumindest des Bundes von der Möglichkeit des § 7 Abs. 1 S. 1 BSchuWG Gebrauch machen, ihre Begründung auszuschließen.³³ Im Übrigen sind sie ja Forderungen, deren Abtretung ohnehin unter § 1851 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB-E fällt. Welchen Vorteil der Mündel von der Umwandlung eines Anteils an einer Sammelschuldbuchforderung in eine Einzelschuldbuchforderung – wo sie noch möglich ist – haben soll, verstehe ich nicht. Sammelschuldbuchforderungen gelten aufgrund der Fiktion des § 6 Abs. 2 BSchuWG als Inhaberpapiere in einem Sammelbestand. Sie unterfallen daher § 5 DepotG und damit §§ 1844 Abs. 1, 1847 Abs. 1 BGB-E. Das ist sicher genug.

³¹ Der 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1) geht auf S. 194 f. jedenfalls von echter Verwahrung i.S.v. § 688 BGB aus.

³² RGZ 141, 99, 101; vielmehr bleibt der Einleger unmittelbarer Besitzer des Schließfachinhalts, vgl. BGHZ 198, 831.

³³ So § 6 Abs. 3 der Emissionsbedingungen für entsprechende Papiere des Bundes in der seit 2012 schon geltenden Fassung, Bek. des BMF v. 21.12.2012 (BAnz. AT 31.12.2012 B5).

Genehmigungspflichten und Genehmigungsverfahren – die §§ 1812, 1813 BGB in neuem Gewand?

Dagmar Zorn

| | | |
|------|---|-----|
| I. | <i>Neue Regelungen – neue Terminologie</i> | 96 |
| 1. | Einführung | 96 |
| 2. | Neue Legaldefinitionen | 96 |
| 3. | Neue Anzeigepflichten, neue Außengenehmigungspflicht | 97 |
| 4. | Neue Gesetzssystematik..... | 97 |
| II. | <i>Die Genehmigungstatbestände des § 1812 BGB und die des § 1851 BGB-E..</i> | 98 |
| 1. | Die einzelnen Genehmigungstatbestände | 98 |
| 2. | Die Entscheidungszuweisung..... | 101 |
| III. | <i>Personenbezogener Anwendungsbereich und die (gesetzlichen) Befreiungen</i> | 103 |
| 1. | Der personenbezogene Anwendungsbereich des § 1812 BGB..... | 103 |
| 2. | Der personenbezogene Anwendungsbereich des § 1851 BGB-E..... | 105 |
| IV. | <i>Ausnahmen und Rückausnahmen von der Genehmigungspflicht</i> | 108 |
| 1. | Die Ausnahmen nach geltendem Recht | 108 |
| 2. | Die Ausnahmen nach § 1851 Abs. 2 BGB-E und Rückausnahmen gem. § 1851 Abs. 3 BGB-E..... | 110 |
| V. | <i>Verfahrensrechtliche Überlegungen</i> | 112 |
| VI. | <i>Fazit: „Nur“ neues Gewand oder überzeugende inhaltliche Änderungen?</i> | 113 |
| 1. | Überzeugende Änderungen..... | 113 |
| 2. | Offene Fragen..... | 114 |

I. Neue Regelungen – neue Terminologie

1. Einführung

Im August 2018 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz als zweiten Diskussionsentwurf den (Referenten-)Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts veröffentlicht,¹ mit dem auch die beabsichtigten Änderungen im Bereich der Vermögenssorge vorgestellt wurden.

Betroffen davon sind u.a. die bisher in §§ 1812 und 1813 BGB enthaltenen Regelungen, die in einem neuen § 1851 BGB-E zusammengeführt werden sollen.

Vorgestellt werden hier sowohl die teilweise geänderte Terminologie als auch die vorgeschlagenen inhaltlichen Änderungen des materiellen Rechts. Zum Schluss wird ein Blick auf die sich daraus ergebenden notwendigen verfahrensrechtlichen Konsequenzen geworfen.

2. Neue Legaldefinitionen

In dem Entwurf enthalten sind zunächst neue Begriffsbestimmungen für einige in dem neuen § 1851 BGB-E aufgegriffenen Tatbestände: So wird das, was bisher in § 1806 BGB zusammengefasst enthalten ist, nämlich das Geld, das nicht zur Bestreitung notwendiger Ausgaben bereitzuhalten ist, als Anlagegeld (§ 1843 Abs. 1 BGB-E) und das Geld, das (auf absehbare Zeit) für Ausgaben benötigt wird, als Verfügungsgeld (§ 1841 BGB-E) bezeichnet.

Inhaltliche Änderungen in Bezug auf das, was bisher in §§ 1812, 1813 BGB geregelt war, ergeben sich daraus freilich nicht.

Inhaltlich bestimmt ist, dass Verfügungsgeld (grundsätzlich) auf einem Girokonto (§ 1842 BGB-E) bereitzuhalten und Anlagegeld (versperrt) anzulegen (§§ 1843, 1847 BGB-E) ist. Bis auf die Pflicht, bargeldlosen Zahlungsverkehr über ein Girokonto durchzuführen, ist auch das grundsätzlich nichts Neues.

In Rechtsprechung und Literatur hat sich der Begriff der „Verfügung“ als ein Rechtsgeschäft, durch das der Verfügende auf ein Recht unmittelbar einwirkt, es also entweder auf einen Dritten überträgt oder mit einem Recht belastet, das Recht aufhebt oder es sonst wie in seinem Inhalt ändert, inzwischen verfestigt. Auch einseitige Rechtsgeschäfte wie Kündigungen fallen darunter.

An diesem weiten Verfügungsbegriff hält der Diskussionsentwurf fest.

¹ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 07.09.2018, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf?jsessionid=2A9F5222308CC915D45BA6C778B44248.2_cid334?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt aufgerufen 26.04.2019); im Folgenden zitiert als „2. Diskussionsteilentwurf“.

3. Neue Anzeigepflichten, neue Außengenehmigungspflicht

Die Eröffnung eines Girokontos ist mitteilungs pflichtig (§ 1848 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E). Gleiches gilt für die Eröffnung eines Anlagekontos, eines Depots und die Hinterlegung von Wertpapieren sowie die unterbliebene Verwahrung oder Hinterlegung von Wertpapieren (§ 1848 Abs. 1 Nr. 2–3 BGB-E).

Anders als nach geltendem Recht ist gem. § 1850 BGB-E die Anlegung von Geld nur noch dann genehmigungspflichtig, wenn eine andere Art der Anlegung als auf einem Anlagekonto bei einem Kreditinstitut (§ 1843 Abs. 2 Hs. 1 BGB-E) beabsichtigt ist. Ebenfalls abweichend vom geltenden Recht wird für eine solche Anlegung eine Außengenehmigung verlangt. D.h., eine andere Art der Anlegung soll künftig nur mit rechtskräftiger Genehmigung (§ 40 Abs. 2 S. 1 FamFG, § 1858 Abs. 1 S. 2 BGB-E) wirksam vorgenommen werden können.² Dass aus dieser Änderung praktische Probleme resultieren, die sich auch auf die Rechtslage auswirken, liegt auf der Hand: Eine Vorgenehmigung wird nur erteilt, wenn alle wesentlichen Vertragsmodalitäten bekannt sind, dazu gehört selbstverständlich auch der Kaufpreis. Der kann sich aber bis zur Rechtskraft der Genehmigungsentscheidung geändert haben, was etwa in Bezug auf Aktien regelmäßig auch tatsächlich der Fall sein wird. Eine nachträgliche Genehmigung scheidet ebenfalls aus, weil kein Geschäftspartner sich auf das Risiko einlassen wird, dass eine Genehmigung nicht erteilt, oder selbst wenn sie erteilt wird, von ihr nicht Gebrauch gemacht wird.

4. Neue Gesetzssystematik

Die in den §§ 1812, 1813 BGB enthaltenen Regelungen werden aus dem Vormundschaftsrecht in die Bestimmungen des Betreuungsrechts überführt. Der neue Gesetzesaufbau führt dazu, dass die neue Regelung des § 1851 BGB-E im Betreuungsrecht direkt anwendbar ist, was auch dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen ist, da die Bestimmungen ihrem Wortlaut nach auf Betreute ausgerichtet sind. § 1851 BGB-E findet aber auch im Vormundschaftsrecht Anwendung (§ 1800 Abs. 1 BGB-E); dasselbe gilt für nach bürgerlichem Recht bestellte Pfleger (§§ 1813 Abs. 1, 1800 Abs. 1 BGB-E und § 1889 Abs. 1 BGB-E). Obwohl mir die für einen Nachlasspfleger künftig geltenden Bestimmungen nicht vorliegen, ist davon auszugehen, dass auch für den Nachlasspfleger die Regelung des § 1851 BGB-E gelten wird.

Die „Verschiebung“ der Regelungen ins Betreuungsrecht ist uneingeschränkt zu begrüßen, denn vermögensrechtliche Geschäfte haben dort eindeutig größere praktische Bedeutung als im Bereich der Vormundschaft.

² 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 205.

II. Die Genehmigungstatbestände des § 1812 BGB und die des § 1851 BGB-E

1. Die einzelnen Genehmigungstatbestände

a) Die Genehmigungstatbestände des § 1812 BGB

Momentan bestehen nach § 1812 Abs. 1 S. 1 BGB Genehmigungspflichten bei Verfügungen über

- Forderungen des Mündels,
- Rechte, kraft deren der Mündel eine Leistung verlangen kann und
- über Wertpapiere des Mündels.

Auch die Eingehung einer Verpflichtung zur Verfügung darüber ist einem Genehmigungserfordernis unterstellt, womit erreicht werden soll, dass der Schutz der Genehmigungsbedürftigkeit auch dann greift, wenn die Forderung oder das Recht des Mündels durch Zwangsvollstreckung erlischt.³ Die Zwangsvollstreckung selbst kann nicht der Genehmigungspflicht unterstellt sein, weil es sich nicht um eine Verfügung des gesetzlichen Vertreters handelt. Die Begründung des Anspruchs, derentwegen vollstreckt wird, durch Eingehung einer Verpflichtung zur Verfügung über die von der Norm erfassten Gegenstände durch den gesetzlichen Vertreter aber schon.

In Praxis und Theorie bereitet die Abgrenzung zwischen einer Verfügung über eine Forderung einerseits (§ 1812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB) und einer Verfügung über ein Recht, kraft dessen der Mündel eine Leistung verlangen kann, andererseits (§ 1812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB), Probleme.⁴

Schwerer wiegt aber, dass die Rechte, kraft deren der Mündel eine Leistung verlangen kann, nicht spezifiziert sind, sodass eine quasi uferlose Interpretation möglich ist.⁵

Der Streit über die Anwendung *dieses* Genehmigungserfordernisses⁶ soll durch die beabsichtigte Neufassung beendet werden, indem der Absicht des historischen Gesetzgebers folgend, mit der neuen Vorschrift nur noch solche Rechtsgeschäfte der Genehmigungspflicht unterstellt werden, die Rechte betreffen, kraft deren der Betreute eine *Geldleistung*, die Leistung eines Wertpapiers oder die Herausgabe von hinterlegten Kostbarkeiten verlangen kann.

³ Statt vieler Palandt/*Götz*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 1812 Rn. 9.

⁴ Das macht u.a. die Entscheidung des OLG Nürnberg FamRZ 2016, 1875 = Rpfleger 2016, 569 deutlich, in der die Kündigung eines Lebensversicherungsvertrages mit der Verfügung über eine Forderung gleichgesetzt wird, obwohl mit der Kündigung selbst gerade nicht über die Forderung, die sich aus dem Vertrag ergibt, verfügt wird.

⁵ Vgl. 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 207, 208 f.

⁶ Dazu einerseits *Damrau*, FamRZ 1984, 842, andererseits *Böttcher*, Rpfleger 1987, 485 ff.

b) *Die Genehmigungstatbestände des § 1851 Abs. 1 BGB-E*

Die neue Vorschrift sieht bei Verfügungen über

- ein Recht, kraft dessen der Betreute eine *Geldleistung* oder die Leistung eines Wertpapiers verlangen kann,
- ein Wertpapier des Betreuten,
- eine hinterlegte Kostbarkeit des Betreuten

die Genehmigung des Betreuungsgerichts vor.

Genehmigungspflichtig ist, wie im geltenden Recht auch, die Eingehung einer Verpflichtung zur Verfügung über diese Gegenstände.

| <i>Gegenüberstellung derzeitiger und beabsichtigter Regelungen</i> | |
|---|--|
| <p>§ 1812 Abs. 1 S. 1 BGB:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Verfügungen über <ul style="list-style-type: none"> • eine Forderung des <i>Mündels</i>, • ein Recht, kraft dessen das Mündel eine Leistung verlangen kann, • ein Wertpapier des Mündels ▪ Eingehung einer Verpflichtung zur Verfügung über ... ▪ subsidiär gegenüber §§ 1819–1822 BGB | <p>§ 1851 Abs. 1 BGB-E:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Verfügung über <ul style="list-style-type: none"> • ein Recht, kraft dessen der <i>Betreute</i> eine <i>Geldleistung</i> oder die Leistung eines Wertpapiers verlangen kann, • ein Wertpapier des Betreuten • eine hinterlegte Kostbarkeit des Betreuten ▪ Eingehung einer Verpflichtung zur Verfügung über ... |

Mit der Neufassung der Genehmigungstatbestände hat die Arbeitsgruppe auf die Kritik reagiert, die insbesondere gegen den Tatbestand des § 1812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB (Verfügung über ein „Recht, kraft dessen [...]“) erhoben wurde. Der Intention des historischen Gesetzgebers folgend zielt die Änderung (u.a.) darauf ab, die Genehmigungstatbestände so zu fassen, dass der Vertretene vor Veruntreuung von Geld oder Wertpapieren oder Kostbarkeiten geschützt ist.⁷ Dies umfasst aber auch Leistungen, die dogmatisch nur vertragliche Nebenleistungen sind (z.B. Rückgabe

⁷ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 207.

aus dem Verwahrungsvertrag). Aus dieser Änderung ergibt sich u.a., dass die Kündigung eines Girovertrags nicht (mehr) genehmigungsbedürftig ist, weil sich aus diesem Vertragsverhältnis allein kein Zahlungsanspruch ergibt.

Anders als bisher werden damit keine Verfügungen (und Verpflichtungen zur Verfügung) über auf andere Sach- oder Dienst- oder sonstige Leistungen gerichtete Ansprüche mehr erfasst. Damit wird die Diskussion beendet, ob z.B. auch die Kündigung eines Stromlieferungsvertrages genehmigungsbedürftig ist. Es besteht doch auch tatsächlich kein Schutzbedürfnis, wenn z.B. die Mitgliedschaft des Mündels in einem Fußballverein gekündigt werden soll, weil er zukünftig lieber Tennis spielen möchte. Der Wortlaut von § 1812 Abs. 1 BGB wird diesem Ansatz aber nicht gerecht, sodass die geplante (wörtliche) Beschränkung auf Rechte, kraft deren der Vertretene eine Geldleistung verlangen kann, unbedingt zu begrüßen ist.

Allerdings löst die beabsichtigte Änderung nicht alle mit den Genehmigungserfordernissen des § 1812 BGB zusammenhängenden Probleme. Denn die Begrenzung auf Zahlungsansprüche bedeutet, dass die Kündigung eines Mietvertrags durch den Betreuer der Genehmigung bedarf, wenn der Betreute *Vermieter* einer Sache ist, nicht aber, wenn der Betreute die Sache gemietet hat. Insoweit bleibt es zwar, wenn es sich um Wohnraum des Betreuten handelt, bei der Genehmigungspflicht des § 1907 Abs. 1 BGB bzw. neu § 1834 Abs. 1 BGB-E. Gleiches gilt z.B. für Abwesenheitspfleger, weil § 1899 Abs. 1 BGB-E auch § 1834 BGB-E erfasst.

Zu beachten ist aber, dass es für Minderjährige keine entsprechende Schutzvorschrift gibt, sodass der Vormund nach der neuen Vorschrift keine Genehmigung bräuchte, wenn er die vom Minderjährigen (etwa durch Erbfall an den Minderjährigen übergegangene) *gemietete* Wohnung kündigen will. Im Minderjährigenrecht hat eine solche Konstellation aber eine ausgesprochen geringe praktische Bedeutung, sodass m.E. die Schaffung einer dem § 1907 BGB entsprechenden Schutznorm entbehrlich ist. Die Kündigung eines Vertrags, die zur *Vermietung* einer dem Vertretenen gehörenden Sache geführt hat, ist dagegen vom Wortlaut des § 1851 BGB-E erfasst, weil daraus Zahlungsansprüche resultieren.

Der in der Begründung betonte Schutzzweck der neuen Vorschrift wirft aber beinahe zwangsläufig die Frage auf, ob auch durch die Kündigung eines Mietvertrags, aus dem sich Zahlungsansprüche des Vertretenen ergeben, eine Veruntreuung von Geldern durch den Vertreter zu befürchten sind, ob also bei der Kündigung von Verträgen, aus denen sich Zahlungsansprüche herleiten lassen, nach § 1851 BGB-E eine Genehmigung erforderlich sein soll.

Auch der Blick auf die neue Regelung des § 1852 Nr. 1 BGB-E und die dafür angeführte Begründung lässt Zweifel aufkommen, ob tatsächlich alle Verfügungen über Rechte, kraft deren der Betreute eine Geldleistung verlangen kann, unter § 1851 Abs. 1 BGB-E subsumiert werden sollen. Zum Verständnis muss hier etwas ausgeholt werden:

§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB stellt Verfügungen über Rechte des Mündels an einem Grundstück unter einen Genehmigungsvorbehalt. Zu den Rechten an einem Grundstück gehören u.a. Grundpfandrechte, die aber gem. § 1821 Abs. 2 BGB nicht

von der Genehmigungsbedürftigkeit des Abs. 1 erfasst werden. Das zu verstehen ist schon nicht ganz einfach, insbesondere dann, wenn man bedenkt, dass die Verfügung über Grundpfandrechte des Vertretenen an einem Grundstück dadurch zwar nicht nach § 1821 Abs. 1 BGB, aber doch nach § 1812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB genehmigungsbedürftig ist. Praktisch führt dieses Regelungsgefüge folglich nur dazu, dass Eltern, die für das minderjährige Kind handeln, für die Verfügung über Grundpfandrechte ihres Kindes keine gerichtliche Genehmigung brauchen, weil § 1812 BGB mangels Verweisung in § 1643 BGB – anders als § 1821 BGB – für Eltern nicht anwendbar ist.

Die Neufassung der bisher in § 1821 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB enthaltenen Regelung und die beabsichtigte Streichung der in § 1821 Abs. 2 BGB enthaltenen Bestimmung ist deshalb sehr zu begrüßen, denn dadurch wird eine zweifellos unnötig komplizierte Regelung beseitigt, für die aus meiner Sicht auch keinerlei praktisches Bedürfnis besteht. Stattdessen stellt die speziellere Norm des § 1852 Nr. 1 BGB-E Verfügungen über Grundpfandrechte des Betreuten unter einen Genehmigungsverbehalt.⁸ Auch wenn die Änderung der in § 1821 BGB enthaltenen Regelungen nicht Thema dieses Vortrags ist, soll an dieser Stelle gleichwohl die mit der Streichung von § 1821 Abs. 2 BGB verbundene Schaffung von Rechtsklarheit ausdrücklich hervorgehoben werden.

Da es sich bei Grundpfandrechten aber auch um Rechte handelt, kraft deren eine Geldleistung verlangt werden kann,⁹ könnte § 1851 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E folglich zusätzlich gelten. Wenn es sich um Hypotheken handelt, dürfte dies in jedem Fall so sein, weil die Hypothek nur zusammen mit der Forderung, die durch die Hypothek gesichert wird, abgetreten werden kann (sog. „Mitlaufgebot“, § 1153 Abs. 2 BGB). Wenn eine solche doppelte Erfassung nicht beabsichtigt ist, sollte auch in § 1851 BGB-E aufgenommen werden, dass speziellere Genehmigungstatbestände Vorrang haben. Es sei denn, es wird explizit geregelt, dass dem Normzweck der neuen Regelung entsprechend nur noch Rechtsgeschäfte der Genehmigungspflicht dieser Vorschrift unterstellt werden sollen, die dazu führen können, dass der Vormund Geld, Kostbarkeiten oder Wertpapiere tatsächlich veruntreuen kann.

2. Die Entscheidungszuweisung

a) *Rechtsfolge eines Genehmigungserfordernisses nach § 1812 BGB und das mit der unterschiedlichen verfahrensrechtlichen Einordnung zusammenhängende Wirksamwerden eines genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts*

§ 1812 Abs. 1 BGB verlangt die Genehmigung durch einen Gegenvormund, den die Praxis (entgegen § 1792 Abs. 2 BGB) aber nicht bestellt.

⁸ Der nach § 1643 Abs. 2 BGB-E nicht für Eltern gelten soll.

⁹ Zutreffend Böttcher, Rpfleger 1984, 485 ff.

Die Genehmigung des Gegenvormunds kann durch eine gerichtliche Genehmigung ersetzt werden (§ 1812 Abs. 2 BGB). Diese Norm ist aber praktisch bedeutungslos, weil es kaum Fälle gibt, in denen ein Gegenvormund bestellt ist.

In der Praxis wird es daher regelmäßig zur Entscheidung durch das Gericht kommen, weil § 1812 Abs. 3 BGB vorschreibt, dass eine familiengerichtliche Genehmigung benötigt wird, wenn kein Gegenvormund bestellt ist.

Diese Regelungssystematik führt dazu, dass – sofern ein Gegenvormund (ausnahmsweise) bestellt ist – das Handeln des Vormunds wirksam werden kann, ohne dass es auf eine Rechtskraft der Entscheidung des Gegenvormunds ankäme, denn § 40 Abs. 2 FamFG macht selbstverständlich nur gerichtliche Genehmigungsentscheidungen von der Rechtskraft abhängig. Das ist freilich angesichts der wenigen Fälle, in denen ein Gegenvormund bestellt ist, ein eher rechtstheoretisches Problem. Die gerichtliche Genehmigungsentscheidung nach § 1812 Abs. 3 BGB wird in jedem Fall erst mit Rechtskraft wirksam, § 40 Abs. 2 S. 1 FamFG.

Das neue Recht sieht die Rechtsfigur des Gegenvormunds nicht mehr vor, so dass sich damit auch das theoretische Auseinanderfallen des Wirksamwerdens von durch den Gegenvormund und dem Gericht genehmigten Rechtsgeschäften erledigt hat, weil jedes Genehmigungserfordernis nach § 1851 BGB-E dazu führt, dass eine gerichtliche Genehmigung eingeholt werden muss.

Eine Ausnahme von der gerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit gemäß § 1812 Abs. 3 BGB wird für den Fall gemacht, dass mehrere Vormünder bestellt sind, die die Vormundschaft nach § 1797 Abs. 1 BGB gemeinschaftlich führen. § 1851 BGB-E sieht eine solche Ausnahme von der Genehmigungspflicht nicht mehr vor.

§ 1812 bestimmt zudem ausdrücklich, dass die Vorschrift gegenüber den speziellen Genehmigungserfordernissen (§§ 1819–1822 BGB) subsidiär ist.

Eine entsprechende Regelung ist in der neuen Vorschrift nicht vorgesehen; eine Begründung dafür enthält der Diskussionsentwurf nicht.

b) Gerichtliche Genehmigungsentscheidung gem. § 1851 BGB-E

Infolge des Verzichts auf die Rechtsfigur des Gegenvormunds (und damit auf die des Gegenbetreuers), ist in jedem Fall eine gerichtliche Genehmigung erforderlich. Über eine von einem Betreuer benötigte Genehmigung entscheidet das Betreuungsgericht; Gleiches gilt für die von einem Abwesenheitspfleger (§ 1885 BGB-E), Pfleger für unbekannte Beteiligte (§ 1883 BGB-E) und Pfleger für gesammeltes Vermögen (§ 1884 BGB-E) erbetene Genehmigung (§ 1889 Abs. 1 BGB-E).

Da die Vorschrift auch für Vormünder und Pfleger für Minderjährige und Pfleger für ungeborene Kinder gilt (s.o.), entscheidet in diesem Fall das Familiengericht (§§ 1800 Abs. 1, 1813 Abs. 1 BGB-E).

| <i>Entscheidungszuständigkeit für die nach geltendem und nach geplanntem Recht erforderlichen Genehmigungen</i> | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> ▪ Genehmigung des Gegenvormunds (Abs. 1) ▪ (Hilfsweise) Genehmigung des Familiengerichts (Abs. 2) ▪ Genehmigung des Familiengerichts, wenn kein Gegenvormund bestellt ist (Abs. 3) <p><i>Ausnahme:</i> Wenn mehrere Vormünder die Vormundschaft gemeinschaftlich führen</p> <ul style="list-style-type: none"> • bei Betreuten gem. § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB: Betreuungsgericht • bei Pflegschaft für Minderjährige und ungeborene Kinder: Familiengericht, § 1915 Abs. 1 S. 1 BGB • bei Pflegschaften für Volljährige: Betreuungsgericht, § 1915 Abs. 1 S. 3 BGB | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Genehmigung des <i>Betreuungsgerichts</i>, ▪ bei Mündeln gem. § 1800 Abs. 1 BGB-E des <i>Familiengerichts</i>, ▪ bei Pflegschaften für Minderjährige und für ungeborene Kinder gem. § 1813 Abs. 1 BGB-E des <i>Familiengerichts</i>, ▪ bei Pflegschaften für unbekannte Beteiligte, Abwesende und für gesammeltes Vermögen des <i>Betreuungsgerichts</i>, § 1889 Abs. 1 BGB-E |

III. Personenbezogener Anwendungsbereich und die (gesetzlichen) Befreiungen

1. Der personenbezogene Anwendungsbereich des § 1812 BGB

a) Die Anwendung von § 1812 BGB

Die Vorschrift gilt (direkt) für Vormünder, entsprechend für Pfleger nach bürgerlichem Recht jeder Art (§ 1915 Abs. 1 S. 1 BGB) und gemäß § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB sinngemäß auch für Betreuer. Für Eltern ist § 1812 BGB nicht anwendbar, da § 1643 Abs. 1 BGB nicht auf § 1812 BGB verweist.

b) Gesetzliche Befreiungen

Das geltende Recht sieht aber auch eine Reihe von Personen vor, die entweder kraft Gesetzes oder durch Anordnung der Eltern, Erblasser oder Zuwender von den Genehmigungspflichten des § 1812 BGB befreit sind.

Gesetzliche Befreiungen gelten gem. §§ 1857a, 1852 Abs. 2 BGB für das Jugendamt als Vormund und den Verein, der zum Vormund oder zum Pfleger (insoweit in Verbindung mit § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB) bestellt wurde. Eine gesetzliche Befreiung für Betreuer ergibt sich aus § 1908i Abs. 2 S. 2 i.V.m. §§ 1857a, 1852 Abs. 2 BGB:

Diese besteht für Ehegatten, eingetragene Lebenspartner, Eltern und Abkömmlinge des Betreuten sowie für Behörden- und Vereinsbetreuer. Aus §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1857a, 1852 Abs. 2 BGB ergibt sich zudem, dass auch die zum Betreuer bestellte Behörde und der Betreuungsverein sog. befreite Betreuer sind.

Diese Befreiung kann, soweit es Eltern, Ehegatten, eingetragene Lebenspartner, Abkömmlinge, Behörden- und Vereinsbetreuer betrifft, aufgehoben werden, § 1908i Abs. 2 S. 2 BGB. In Bezug auf die zum Betreuer bestellte Behörde und den Verein ist eine Aufhebung der Befreiung hingegen nicht vorgesehen.

Der Übersichtlichkeit wegen soll hier auf die Möglichkeiten der Befreiung durch Eltern (§§ 1776, 1852 Abs. 2, 1855 BGB) und Erblasser oder Zuwender (§§ 1909 Abs. 1 S. 2, 1917 Abs. 2) nicht näher eingegangen werden, da solche Befreiungen in der Praxis selten sind.

| <i>Personenbezogener Anwendungsbereich, § 1812 BGB</i> | | |
|--|---|--|
| Vormund | Pfleger | Betreuer |
| <i>Ausnahme</i> | | |
| ↓ | ↓ | ↓ |
| gesetzliche Befreiung: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Jugendamt und Verein, §§ 1857a, 1852 Abs. 2 BGB ▪ bei gemeinschaftlicher Mitvormundschaft, § 1797 Abs. 1 BGB | gesetzliche Befreiung: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Jugendamt und Verein, §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1857a, 1852 Abs. 2 BGB ▪ bei gemeinschaftlicher Mitpflegschaft, §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1797 Abs. 1 BGB | gesetzliche Befreiung: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Eltern, Ehegatten, Lebenspartner/innen, Abkömmlinge, Behördenbetreuer/innen, Vereinsbetreuer/innen, § 1908i Abs. 2 S. 2 BGB ▪ Betreuungsverein und Betreuungsbehörde, §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1857a, 1852 Abs. 2 BGB ▪ bei gemeinschaftlicher Mitbetreuung, § 1899 Abs. 3 BGB |
| <ul style="list-style-type: none"> ▪ Befreiung des benannten Vormunds/der benannten Vormundin durch die Eltern, §§ 1776, 1852 Abs. 2, 1855 BGB | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Befreiung des benannten Pflegers/der benannten Pflegerin durch den Zuwender/die Zuwenderin, §§ 1909 Abs. 1 S. 2, 1917 Abs. 2, 1852 Abs. 2 BGB | |
| <ul style="list-style-type: none"> ▪ durch gerichtliche Befreiung, § 1817 BGB | <ul style="list-style-type: none"> ▪ durch gerichtliche Befreiung, §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1817 BGB | <ul style="list-style-type: none"> ▪ durch gerichtliche Befreiung, §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1817 BGB |

2. Der personenbezogene Anwendungsbereich des § 1851 BGB-E

a) Die Anwendung von § 1851 BGB-E

Die Vorschrift gilt ihrem Wortlaut nach für Betreuer, über die Verweisungen in § 1800 Abs. 1 und § 1813 Abs. 1 BGB-E auch für Vormünder und Pfleger nach bürgerlichem Recht (s.o.). Sie ist mangels Verweisung in § 1643 Abs. 1 BGB-E nicht für Eltern anwendbar.

b) Vorgesehene gesetzliche Befreiungen

Auch künftig soll es eine Reihe von Personen geben, für die § 1851 BGB-E kraft Gesetzes nicht gilt, wenn das Gericht nichts anderes bestimmt. Gemäß § 1861 Abs. 1 BGB-E gehören dazu

- Verwandte in gerader Linie,
- Geschwister,
- Ehegatten,
- Behörden- und Vereinsbetreuer und
- Betreuungsbehörde und Betreuungsverein.

Der Kreis der kraft Gesetzes befreiten Betreuer ist damit einerseits weiter, als der des geltenden Rechts, weil als Verwandte in gerader Linie (anders als bisher) auch Großeltern dazugehören und Geschwister des Betreuten befreite Betreuer sind. Der Begründung ist allerdings zu entnehmen, dass nur *vollbürtige* Geschwister befreit sein sollen.¹⁰ Eine sachliche Begründung dafür findet sich aber nicht. Da auch der Wortlaut der Bestimmung diese Beschränkung nicht erkennen lässt, sollte hier eine Klarstellung erfolgen, um Streit über die Stellung des Betreuers als befreit oder nicht befreit von vornherein auszuschließen.

Andererseits ist der Kreis der befreiten Betreuer enger, da eingetragene Lebenspartner nicht mehr dazugehören sollen. Dieser Beschränkung liegt möglicherweise die Annahme zugrunde, dass es durch die Öffnung der Ehe für alle künftig keine eingetragenen Lebenspartnerschaften mehr geben wird. Für diejenigen, die bereits in eingetragener Lebenspartnerschaft leben und diese nicht in eine Ehe umwandeln, ist der Wegfall der Regelung aber nicht nachvollziehbar. Hier sollte deshalb m.E. nachgebessert werden, wenn nicht eine „Generalklausel“ geplant ist, nach der alle für Ehegatten geltenden Regelungen auch für eingetragene Lebenspartner gelten.

Ein weiterer Unterschied zum geltenden Recht liegt darin, dass nach § 1861 Abs. 3 BGB-E die Befreiung auch in Bezug auf die Betreuungsbehörde und den Betreuungsverein aufgehoben werden kann. Ob und warum diese Änderung beabsichtigt war, lässt sich dem Diskussionsentwurf nicht entnehmen.

§ 1861 Abs. 1 BGB-E ist auch für das Jugendamt und den Vormundschaftsverein anwendbar, wenn das Jugendamt oder ein Vormundschaftsverein die Vormundschaft oder eine Pflegschaft führen, §§ 1802 Abs. 2, § 1813 Abs. 1 BGB-E. § 1861 BGB-E wird ohne Beschränkung auf einen Absatz in Bezug genommen, daraus lässt sich auch für das Jugendamt und den Vormundschaftsverein ableiten, dass die Befreiung aufgehoben werden kann.

¹⁰ 2. Diskussionsteilentwurf (Fn. 1), S. 222.

| <i>Personenbezogener Anwendungsbereich, § 1851 BGB-E</i> | | |
|---|--|--|
| Betreuer | Vormund | Pfleger |
| <i>Ausnahme</i> | | |
| ↓ | ↓ | ↓ |
| gesetzliche Befreiung: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Verwandte in gerader Linie, (vollbürtige) Geschwister, Ehegatten, Behördenbetreuer/innen, Vereinsbetreuer/innen, Betreuungsbehörde und Betreuungsverein, § 1861 Abs. 1 BGB-E | gesetzliche Befreiung: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Jugendamt, Vereinsvormund/in und Verein, §§ 1802 Abs. 2, 1861 Abs. 1 BGB-E | gesetzliche Befreiung: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Jugendamt, Vereinspfleger/in und Verein, §§ 1813 Abs. 1, 1802 Abs. 2, 1861 Abs. 1 BGB-E |
| | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Befreiung des benannten Vormunds/der benannten Vormundin durch die Eltern, §§ 1802 Abs. 3, 1783 Abs. 1 BGB-E | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Befreiung des benannten Pflegers/der benannten Pflegerin durch den Zuwender/die Zuwenderin, § 1811 Abs. 2, 1 BGB-E |
| durch gerichtliche Befreiung, § 1862 BGB-E | durch gerichtliche Befreiung, §§ 1802 Abs. 1, 1862 BGB-E | durch gerichtliche Befreiung, §§ 1813 Abs. 1, 1802 Abs. 1, 1862 BGB-E |

IV. Ausnahmen und Rückausnahmen von der Genehmigungspflicht

| <i>Ausnahmen von der Genehmigungspflicht</i> | | |
|--|---------------------------------------|--------------------------------|
| § 1812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB | § 1851 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 BGB-E | § 1851 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB-E |
| § 1813 Abs. 1 BGB | § 1851 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB-E | § 1851 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB-E |
| <i>Rückausnahmen von den Ausnahmen der Genehmigungspflicht</i> | | |
| § 1813 Abs. 2 BGB | § 1851 Abs. 3 S. 1 und 2 BGB-E | keine |

1. Die Ausnahmen nach geltendem Recht

a) *Ausnahmen gem. § 1813 Abs. 1 BGB*

Die Ausnahmen vom Genehmigungserfordernis des § 1812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB sind in § 1813 Abs. 1 BGB geregelt. Danach bedarf es nicht der Genehmigung zur Annahme einer geschuldeten Leistung, wenn

- der Leistungsgegenstand nicht in Geld oder Wertpapieren besteht (z.B. Annahme einer Warenlieferung),
- der Zahlungsanspruch nicht mehr als 3.000,- Euro beträgt (Gesamtanspruch, nicht Teilleistung),
- der Anspruch das Guthaben auf einem Girokonto oder Kontokorrentkonto zum Gegenstand hat (Alt. 1) oder
- Geld zurückgezahlt wird, das der Vormund angelegt hat (z.B. § 1811 BGB) (Alt. 2),
- der Anspruch zu den Nutzungen (§ 100 BGB) des Mündelvermögens gehört (z.B. Hypotheken- oder Sparbuchzinsen),
- der Anspruch auf Erstattung von Kündigungskosten, Kosten der Rechtsverfolgung oder
- sonstigen Nebenleistungen (z.B. Verzugszinsen) gerichtet ist.

b) Rückausnahmen gem. § 1813 Abs. 2 BGB

In § 1813 Abs. 2 BGB sind Rückausnahmen geregelt, die dazu führen, dass eine Genehmigungspflicht gem. § 1812 Abs. 1 BGB besteht.

Diese Rückausnahmen betreffen die Ausnahmen der § 1813 Abs. 1 Nr. 2 und die 2. Alt. der Nr. 3 BGB. Wenn bei der Anlegung von Geld etwas anderes bestimmt ist, d.h. – wie grundsätzlich gefordert – eine Sperrabrede getroffen wurde, ist auch bei Verfügungen über einen Zahlungsanspruch eine Genehmigung einzuholen, wenn der (Gesamt-)Anspruch geringer ist als 3.000,- Euro.

Bei z.B. auf einem Sparkonto versperret angelegtem Geld (§§ 1807 Abs. 1 Nr. 5, 1809 BGB), ist daher stets eine gerichtliche Genehmigung erforderlich, wenn von diesem Sparkonto Geld abgehoben werden soll.

Gleiches gilt, wenn der Vormund über Geld verfügen will, das er angelegt hat.

| § 1813 BGB (Ausnahmen zu § 1812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB) | | | | |
|--|--|---|--|--|
| Keine Genehmigung zur Annahme einer geschuldeten Leistung, wenn: | | | | |
| Nr. 1 | Nr. 2 | Nr. 3 | Nr. 4 | Nr. 5 |
| <p>der Leistungsgegenstand nicht in Geld oder Wertpapieren besteht (z.B. Annahme einer Warenlieferung)</p> | <p>der Zahlungsanspruch nicht mehr als 3.000,- Euro beträgt (Gesamtanspruch, nicht Teilleistung)</p> | <p>der Anspruch das Guthaben auf einem Girokonto oder Kontokorrentkonto zum Gegenstand hat (Alt. 1) oder Geld zurückgezahlt wird, das der Vormund/die Vormundin angelegt hat (z.B. § 1811 BGB) (Alt. 2)</p> | <p>der Anspruch zu den Nutzungen (§ 100 BGB) des Mündelvermögens gehört (z.B. Hypotheken- oder Sparbuchzinsen)</p> | <p>der Anspruch auf Erstattung von:</p> <ul style="list-style-type: none"> * Kündigungskosten * Kosten der Rechtsverfolgung * sonstigen Nebenleistungen (z.B. Verzugszinsen) gerichtet ist. |
| <p><u>immer genehmigungsfrei</u>, § 1813 Abs. 2 BGB findet keine Anwendung</p> | <p><u>Ausnahme</u>, § 1813 Abs. 2 BGB: Bei Anlegung etwas anderes bestimmt (§ 1809 BGB)</p> | <p><u>Ausnahme zu Alt. 2</u>: § 1813 Abs. 2 BGB: Bei Anlegung etwas anderes bestimmt (§ 1809 BGB)</p> | <p><u>immer genehmigungsfrei</u>, § 1813 Abs. 2 BGB findet keine Anwendung</p> | <p><u>immer genehmigungsfrei</u>, § 1813 Abs. 2 BGB findet keine Anwendung</p> |

2. Die Ausnahmen nach § 1851 Abs. 2 BGB-E und Rückausnahmen gem. § 1851 Abs. 3 BGB-E

a) *Ausnahmen gem. § 1851 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB-E*

§ 1851 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB-E enthält Ausnahmen vom Genehmigungserfordernis bei Verfügungen (und der Begründung einer Verpflichtung zur Verfügung) über ein Recht, kraft dessen eine Geldleistung verlangt werden kann, wenn der aus dem Recht folgende Zahlungsanspruch

- nicht mehr als 3000,- Euro beträgt (Gesamtanspruch, nicht Teilleistung),
- das Guthaben auf einem Girokonto des Betreuten betrifft,
- das Guthaben auf einem vom Betreuer für Verfügungsgeld ohne Sperrvereinbarung eröffneten Anlagekonto (§§ 1841 S. 2, 1843 Abs. 2 BGB-E) betrifft,
- zu den Nutzungen (§ 100 BGB) des Betreutenvermögens gehört (z.B. Hypotheken oder Sparbuch- und Mietzinsen),
- auf Nebenleistungen (z.B. Verzugszinsen) gerichtet ist.

b) *Rückausnahmen gem. § 1851 Abs. 3 BGB-E*

§ 1851 Abs. 3 BGB-E sieht Rückausnahmen für den Fall vor, dass über einen Zahlungsanspruch verfügt werden soll,

- der nicht mehr als 3000,- Euro beträgt,
- der das Guthaben auf einem vom Betreuer für Verfügungsgeld ohne Sperrabrede eröffneten Anlagekonto betrifft,
- zu den Nutzungen des Betreutenvermögens gehört.

Wenn bei der Anlegung oder später eine Sperrvereinbarung getroffen wurde oder über einen Zahlungsanspruch aus der Einlösung eines Wertpapiers verfügt werden soll, ist daher stets eine gerichtliche Genehmigung erforderlich. Gleiches gilt bei Verfügungen über einen Zahlungsanspruch, der zu den Nutzungen des Betreutenvermögens gehört, wenn dieser von der Sperrabrede erfasst ist (z.B. Sparbuchzinsen).

c) *Ausnahmen gem. § 1851 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB-E*

In § 1851 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB-E sind weitere Ausnahmen geregelt, die das in § 1851 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB-E bestimmte Genehmigungserfordernis betreffen.

Es bedarf demnach bei einer Verfügung über ein Wertpapier und der Eingehung einer Verpflichtung zur Verfügung über ein Wertpapier keiner gerichtlichen Genehmigung, wenn die Verfügung

- eine Nutzung des Vermögens des Betreuten (z.B. durch Einlösung von Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen),
- eine Umschreibung des Wertpapiers auf den Namen des Betreuten,
- eine Umwandlung eines Wertpapiers des Bundes oder eines Landes in eine
- Schuldbuchforderung des Bundes oder des Landes,
- eine Umwandlung einer Sammelschuldbuchforderung des Bundes oder eines Landes in eine Einzelschuldbuchforderung,

darstellt. Rückausnahmen sind nicht vorgesehen.

| § 1851 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und S. 2 BGB-E (Ausnahmen zu § 1851 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 BGB-E) | | | | |
|--|---|---|--|---|
| Keine Genehmigung bei Verfügungen über ein Recht, kraft dessen eine Geldleistung verlangt werden kann, wenn der aus dem Recht folgende Zahlungsanspruch... | | | | |
| <i>Lit. a</i> | <i>Lit. b</i> | <i>Lit. c</i> | <i>Lit. d</i> | <i>Lit. e</i> |
| ...nicht mehr als 3000,- Euro beträgt (Gesamtanspruch, nicht Teilleistung) <u>Ausnahme:</u> Abs. 3 S. 1: Wenn bei der Anlegung eine Sperrvereinbarung getroffen wurde und bei Verfügungen über einen Zahlungsanspruch aus der Einlösung eines Wertpapiers | ...das Guthaben auf einem Girokonto betrifft <u>immer genehmigungsfrei</u> | ...das Guthaben auf einem vom Betreuer für Verfügungsgeld ohne Sperrabrede eröffneten Anlagekonto betrifft <u>Ausnahme:</u> Abs. 3 S. 1: Wenn nachträglich eine Sperrvereinbarung getroffen wurde. | ...zu den Nutzungen (§ 100 BGB) des Betreutenvermögens gehört (z.B. Hypotheken- oder Sparbuchzinsen und Mietzinsen) <u>Ausnahme:</u> Abs. 3 S. 1, 2: Wenn sie von der Sperrvereinbarung erfasst sind. | ...auf Nebenleistungen (z.B. Verzugszinsen) gerichtet ist. <u>immer genehmigungsfrei</u> |

V. Verfahrensrechtliche Überlegungen

§ 299 FamFG sollte um eine Anhörungspflicht vor Entscheidungen nach § 1951 BGB-E (und solche nach § 1850 BGB-E) ergänzt werden, damit dem Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs auch in diesen Fällen entsprochen wird.

Unverändert bleibt, dass eine gerichtliche Genehmigungsentscheidung, soweit es sich um eine Außengenehmigung, also um eine Genehmigung handelt, die Wirksamkeitserfordernis für das vorgenommene Rechtsgeschäft ist, erst mit Rechtskraft wirksam wird, § 40 Abs. 2 S. 1 FamFG. Das gilt heute für gerichtliche Genehmigungsentscheidungen nach § 1812 BGB und künftig für solche nach § 1851 BGB-E. Eine Änderung ergibt sich künftig nur für Entscheidungen nach § 1850 Abs. 1 BGB-E, da eine andere Art der Anlegung – abweichend vom geltenden Recht (§ 1811 BGB) – einer Außengenehmigung bedarf.

VI. Fazit: „Nur“ neues Gewand oder überzeugende inhaltliche Änderungen?

1. Überzeugende Änderungen

Die neuen Bestimmungen sind ganz überwiegend gut gelungen und deshalb zu begrüßen. Sie tragen den praktischen Bedürfnissen Rechnung, indem sie die bei der Betreuungsführung in aller Regel viel häufiger vorkommenden Genehmigungserfordernisse ins Betreuungsrecht überführen.

Dem Willen des historischen Gesetzgebers folgend, sollen zudem künftig nur Verfügungen (und die Eingehung einer Verpflichtung zur Verfügung) einem Genehmigungserfordernis unterstellt werden, wenn diese auf Leistungen von Geld, Wertpapieren oder hinterlegten Kostbarkeiten gerichtet sind, um Veruntreuungen durch den Betreuer zu vermeiden.

Erfährt das Gericht aufgrund der zu genehmigenden Handlung davon, dass über Geld, Wertpapiere oder Kostbarkeiten durch den Betreuer verfügt wird, kann das Gericht seiner Aufsichtspflicht nachkommen und den Betreuer zu einer ordnungsgemäßen Verwendung dieser Gelder, Wertpapiere und Kostbarkeiten, d.h. zum Wohl und im Interesse des Betreuten anhalten. Die Ausnahmen von den Genehmigungserfordernissen stehen damit grundsätzlich im Einklang, sieht man einmal von der ohne gerichtliche Kontrolle möglichen Verfügung über Girokonten ab. Zu berücksichtigen ist aber insoweit auch der dahinterstehende Gedanke: Der Schutz des Betreutenvermögens darf nicht zulasten des Betreuten gehen, indem die Arbeit des Betreuers und der Umgang mit Betreutengeldern im Rechtsverkehr dadurch erschwert wird, dass der Betreuer über Verfügungsgeld nur mit Kontrolle in Form eines Genehmigungserfordernisses verfügen kann. Die Handlungsfähigkeit des Betreuers und die Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr muss in Bezug auf Verfügungsgeld deshalb trotz der möglichen Gefahren erhalten bleiben, während ein unkontrollierter Zugriff auf Anlagegeld, Wertpapiere und hinterlegte Kostbarkeiten zu verhindern ist. Ein wichtiger und m.E. richtiger Ansatz liegt auch darin, dass das neue Recht dem Betreuer auferlegt, für das Verfügungsgeld ein Girokonto einzurichten, sodass Bargeld in Händen des Betreuers die Ausnahme sein wird. Schließlich dürfte das Guthaben auf dem Girokonto des Betreuten überschaubar bleiben, weil der Betreuer auch nach künftigem Recht dazu verpflichtet ist, Anlagegeld – also das Geld, das nicht zur Bestreitung notwendiger Ausgaben bereitgehalten werden muss – verzinslich und versperrt anzulegen.

Auch gegen den Verzicht auf die Rechtsfigur des Gegenvormunds lässt sich in Bezug auf die verfahrensrechtlichen Auswirkungen nichts einwenden, weil das zu einer verfahrensrechtlichen Gleichbehandlung führen wird.

Es handelt sich folglich nicht nur um das Anlegen eines neuen Gewandes, hinter dem die altbekannten und zum Teil kontrovers diskutierten Fragen weiterhin lauern.

2. Offene Fragen

Es sollte aber auch nachgebessert werden:

Eine Schlechterstellung von Lebenspartnern ist weder hinnehmbar, noch nachvollziehbar. Nur weil es künftig keine neuen Lebenspartnerschaften mehr geben wird, darf den bestehenden Lebenspartnern ihre privilegierte Stellung als befreite Betreuer nicht genommen werden. Abgesehen davon, dass die Streichung des Lebenspartners aus dem Kreis der befreiten Betreuer möglicherweise zu einer erneuten Anrufung des Bundesverfassungsgerichts führen könnte, sollte auch sonst, anders als bei Einführung des Verbots der Eheschließung für Minderjährige, nicht der Fehler gemacht werden, wegen der Unmöglichkeit der Begründung einer *neuen* eingetragenen Lebenspartnerschaft, den Lebenspartner aus neuen gesetzlichen Regelungen zu streichen, denn es gibt ihn nach wie vor und daran wird sich vermutlich noch viele Jahre nichts ändern.

Geklärt werden sollte zudem, ob und warum tatsächlich nur vollbürtige Geschwister befreite Betreuer werden sollen.

Klärungsbedürftig ist außerdem, ob die Befreiung tatsächlich auch für die zum Betreuer bestellte Behörde und den Verein aufhebbar sein soll.

Klargestellt werden sollte m.E. des Weiteren, dass auch § 1851 BGB-E gegenüber spezielleren Genehmigungstatbeständen subsidiär sein soll.

Ein weiterer, m.E. allerdings entscheidender Punkt scheint mir schließlich, dass sich aus der Begründung des zweiten Diskussionsteilentwurfs ergibt, dass der Normzweck auf die Verhinderung der Veruntreuung von Geld, Wertpapieren oder Kostbarkeiten des Betreuten durch den Betreuer gerichtet ist. Der Wortlaut geht darüber aber eindeutig hinaus, denn er bezieht sich auch auf Rechtsgeschäfte, bei denen eine solche Veruntreuung nicht zu befürchten ist, wie z.B. bei auf die Kündigung von Verträgen gerichtete Rechtsgeschäfte, aus denen sich Zahlungsansprüche ergeben können. Um jeden Streit, der aus diesem Auseinanderfallen von Normzweck und Wortlaut resultieren könnte, zu vermeiden, scheint mir auch insoweit eine Klarstellung zwingend erforderlich.

Autoren und Herausgeber

Prof. Dr. Gabriele Britz, Richterin des Bundesverfassungsgerichts, Schlossbezirk 3, 76006 Karlsruhe; Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen, Hein-Heckroth-Straße 5, 35390 Gießen

Dr. Martina Cappenberg, Dipl. Psychologin, Kinderpsychologische Praxis, Königsstraße 46, 48143 Münster

Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, LL.M., Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Diana Eschelbach, Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Amalienstraße 33, 80799 München

Prof. Dr. Stefan Heilmann, Richter am OLG Frankfurt am Main, Zeil 42, 60313 Frankfurt am Main; Fachhochschule Frankfurt am Main

Dr. Heinz Kindler, Deutsches Jugendinstitut e.V., Nockherstraße 2, 81541 München

Prof. Dr. Volker Lipp, Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Prof. Dr. Ludwig Salgo, Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main, Senckenbergstr. 31, 60325 Frankfurt

Prof. Dr. Eva Schumann, Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Weender Landstr. 2, 37073 Göttingen

Prof. Dr. Barbara Veit, Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Verzeichnis der Teilnehmer des Workshops

- Dr. Christa **Bienwald**, Rechtsanwältin, Oldenburg
- Prof. em. Dr. Werner **Bienwald**, Rechtsanwalt, Oldenburg
- Simone Anna **Blumenthal**, M.A., Universität Göttingen
- Prof. Dr. Willem **Breemhaar**, Universiteit van Amsterdam, Niederlande
- Meike **Bullmann-Wüstneck** (LL.M.), Stiftung zum Wohle des Pflegekindes, Holzminden
- Dr. Peter **Clouth**, Rechtsanwalt, Frankfurt am Main
- Prof. em. Dr. Michael **Coester** (LL.M.), Ludwig-Maximilians-Universität München
- Prof. em. Dr. Dr. h.c. Dagmar **Coester-Waltjen** (LL.M.), Georg-August-Universität Göttingen
- Dr. Werner **Dürbeck**, RiOLG Frankfurt am Main
- Georg **Dodegge**, RiAG Essen
- Annika **Ellenberger**, Universität Göttingen
- Prof. Dr. Tobias **Fröschle**, Universität Siegen
- Dipl.-Soz. Michael **Greibe**, Stiftung zum Wohl des Pflegekindes, Holzminden
- Dipl.-Jur. Gesa **Güttler** (MLE), Universität Göttingen
- Dipl.-Jur. Philipp **Hagemann**, Universität Göttingen
- Dipl.-Rechtspfleger a.D. Uwe **Harm**, AG Bad Segeberg
- Prof. Dr. Birgit **Hoffmann**, Hochschule Mannheim
- Katrin **Hombach**, Hessisches Ministerium für Soziales und Integration, Wiesbaden
- Till **Jagel**, Universität Göttingen
- Elke **Jödicke**, Hessisches Ministerium für Soziales und Integration, Wiesbaden
- Dipl.-Päd. Jacqueline **Kauermann-Walter**, Sozialdienst katholischer Frauen Gesamtverein e.V., Dortmund
- Dipl.-Jur. Joachim **Klein**, Universität Göttingen
- Dipl.-Jur. Laura **Lanwert**, Universität Göttingen
- Prof. Dr. Volker **Lipp**, Universität Göttingen

Annette **Loer**, RiAG Hannover

Katharina **Lohse**, Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V., Heidelberg

Sigrind **Meinderink**, Behörde für Arbeit, Soziales, Familie und Integration, Hamburg

Lisa **Metz**, Universität Göttingen

MR Dr. Thomas **Meyer**, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin

Bernd **Mix**, Fachdienst Jugend und Familie, Ibbenbüren

Dorothea **Modde**, Universität Göttingen

Reinhard **Prenzlow**, Verfahrensbeistand Niedersachsen, Garbsen

PD Dr. Philipp M. **Reuß** (MJur), Ludwig-Maximilians-Universität München

Laila **Riemann**, Universität Göttingen

Horst-Heiner **Rotax**, RiAG i.R., Adendorf

Dipl.-Jur. Karina **Seebode**, Universität Göttingen

Dipl.-Rechtspfleger Roland **Schlitt**, AG Kassel

Dipl.-Rechtspfleger Peter **Schneider**, AG Langenfeld

Prof. Dr. Eva **Schumann**, Universität Göttingen

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Dieter **Schwab**, Universität Regensburg

Dr. Katja **Schweppe**, RiOLG Frankfurt am Main

Prof. Dr. Barbara **Veit**, Universität Göttingen

Alexander **Völker**, Universität Göttingen

Dr. Stefan **Werner**, Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

Peter **Winterstein**, Vizepräsident des OLG Rostock i.R., Schwerin

Heike **Wunderlich**, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin

Moshiraldin Mojib **Yazdani**, Universität Göttingen

Dipl.-Rechtspflegerin Dagmar **Zorn**, Hochschule für Wirtschaft und Recht, Berlin

Dieser Band vereinigt die Referate des am 19. Oktober 2018 veranstalteten 16. Göttinger Workshops zum Familienrecht, der sich mit den jüngsten Vorschlägen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Reform des Vormundschaftsrechts (2. Diskussionsteilentwurf) beschäftigte. Zum Auftakt wurden die wesentlichen Änderungen vorgestellt (Thomas Meyer, Heike Wunderlich), bevor das Grundkonzept der Sorgeverantwortung des Vormunds im Bereich der Personensorge aus Sicht der Wissenschaft (Dieter Schwab), der Kinder- und Jugendhilfe (Helga Oberloskamp) sowie der Familiengerichtbarkeit (Werner Dürbeck) untersucht wurde. Es folgte ein näherer Einblick in die Grundprinzipien der Vermögenssorge des Vormunds (Tobias Fröschle) sowie die Genehmigungspflichten des Vormunds bei Verfügungen über Forderungen und Wertpapiere (Dagmar Zorn).

Band 23 der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“

Die Reihe wird von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen herausgegeben und macht Veranstaltungen an der Fakultät einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ISBN: 978-3-86395-414-7

eISSN: 2512-6849

Universitätsverlag Göttingen