

Stellungnahme der Wissenschaftlichen Vereinigung für Familienrecht e.V.

verfasst von Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Schwab

**zum 2. Diskussionsteilentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für
Verbraucherschutz:**

Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts vom September 2018

I. Zur allgemeinen Konzeption

1) Das Vorhaben, nach einer Reihe von kleineren Reformen eine **grundlegende Modernisierung des Vormundschaftsrechts** in Angriff zu nehmen,¹ ist zu begrüßen. Die Regeln des Vormundschaftsrechts des BGB stehen zum Teil im Widerspruch zur Wirklichkeit des heutigen Vormundschaftswesens und sind in vielerlei Hinsicht verbesserungswürdig. Der Gesetzgeber sollte sich allerdings klar darüber sein, dass eine völlige Neugestaltung dieses Rechtsgebietes außergewöhnlicher rechtstechnischer Sorgfalt bedarf, weil die geplanten Änderungen im Recht der gesetzlichen Vertretung tief in das Recht der gesetzlichen Treuhandverhältnisse (Elterliche Sorge, Vormundschaft, Pflegschaft, rechtliche Betreuung) und in das gesamte Zivilrecht eingreifen.

2) Der Entwurf sieht ein **prinzipielle Neustrukturierung der bisherigen §§ 1773 – 1921 BGB** vor. Nur noch wenige Paragraphen werden künftig die gleichen Rechtsfragen behandeln wie die bisher unter der gleichen Zahl stehenden Vorschriften. Für die geplante Gestaltung gibt es sachliche Gründe. So erscheint es sinnvoll, die Ergänzungspflegschaft für Minderjährige (§ 1909 BGB) und die Pflegschaft für ungeborene Kinder (§ 1912 BGB) direkt an die Regelungen für die – auf Minderjährige beschränkte – Vormundschaft anzuschließen (künftig § 1810 – 1813 BGB-DTE). Es ist dann folgerichtig, die übrigen Pflegschaften als „sonstige“ am Ende des vierten Buches des BGB zu belassen (§§ 1883 bis 1889 BGB-DTE). Konsequenter ist es auch, die Pflegschaften, die nicht speziell Minderjährige betreffen, nach dem Betreuungsrecht zu platzieren (§ 1889 Abs.1 BGB-DTE). Jedenfalls wäre eine solche Struktur anzustreben, wenn man vor der Aufgabe stünde, ein neues Gesetzbuch zu entwerfen. Wenn man solche Gestaltungen freilich als Veränderungen eines schon bestehenden und über hundert Jahre lang geltenden Gesetzbuchs unternimmt, nimmt man in Kauf, dass sich Bürger wie Fachleute an eine völlig neue Gliederung und Zählung des Gesetzes gewöhnen müssen. Die juristische Literatur zum geltenden Vormundschafts-, Pflegschafts- und Betreuungsrecht (mittelbar auch zur elterlichen Sorge) wird mit einem Schlag teilweise oder gänzlich obsolet. Auch wird

¹ Der 2. Diskussionsteilentwurf wird in dieser Stellungnahme als DTE zitiert. Ihm gingen Eckpunkte vom 13.10.2014 sowie ein 1. Diskussionsteilentwurf vom 18.8.2016 voraus. Soweit auf Texte des 1. Diskussionsteilentwurfes Bezug genommen wird, wird dies als „1. DTE“ gekennzeichnet.

es ausländischen Rechtsanwendern schwer fallen, das neue Normgefüge sogleich zu durchschauen. Es sollte diskutiert werden, ob diese Nachteile durch die Vorteile der Reformkonzeption aufgewogen werden.

3) Eine gleiche Abwägung erfordert die geplante **Verlagerung** großer Teile des bisherigen **Vormundschaftsrechts in das Betreuungsrecht**. Das betrifft vor allem die für die Vermögenssorge im Rahmen gesetzlicher Treuhandverhältnisse geltenden Regeln. Dass die detaillierten Vorgaben für die Vermögensverwaltung vom Vormundschaftsrecht (§§ 1802 bis 1832 BGB) in das Betreuungsrecht (§§ 1837 bis 1862 BGB-DTE) wandern sollen, hat einige Logik für sich, weil umfangreiche Vermögen in der Praxis am ehesten bei rechtlich betreuten Personen anzutreffen sind. Freilich hat eine solche Verschiebung für die Rechtsanwender wie für die betroffenen Bürger die genannten einschneidenden Folgen: Das Gesamtsystem der im dritten Abschnitt des 4. Buches des BGB geregelten Rechtsverhältnisse erhält eine neue Ordnung; viele Regelungen finden sich an völlig anderer Stelle des Gesetzbuchs als bisher, selbst wenn sie unverändert bleiben. Das Betreuungsrecht soll, auch soweit es in der Sache unangetastet bleibt, eine völlig neue Paragraphenzählung erhalten, sodass nach dem Inkrafttreten der Reform die bisherige Literatur für die Praxis kaum mehr brauchbar sein wird. Die Umstellung auf die neue Paragraphenordnung verbunden mit weitreichenden Änderungen geht noch über das hinaus, was Wissenschaft und Praxis als Folge der Schuldrechtsmodernisierung von 2001 zu leisten hatten. Der Gesetzgeber sollte den Aufwand und die Kosten einer solchen Planung bei Einschätzung ihrer Notwendigkeit in Rechnung stellen.

4) In die Reform soll – über die genannten Verschiebungen der Rechtsmaterien hinaus – auch das **Betreuungsrecht einbezogen** werden. Allerdings enthält der Entwurf noch keine völlige Überarbeitung des Betreuungsrechts, zu welcher derzeit unterschiedliche Arbeitsgruppen tagen. Vielmehr erfassen die Normvorschläge des Entwurfs nur Teile des Betreuungsrechts, insbesondere soweit sie die Vermögensverwaltung und die Fragen von Vergütung und Aufwendungsersatz betreffen. Hinsichtlich weiterer Veränderungen des Betreuungsrechts befindet sich der Entwurf gleichsam im Wartestand. Das ist insofern riskant, als damit die ins Auge gefasste Gesamtreform der §§ 1773 bis 1921 BGB von schwer berechenbaren Entwicklungen im Betreuungsrecht abhängig ist (man denke nur an die neuesten Entscheidung des BVerfG, betreffend die Fixierung von Personen, vom 24.7.2018, FamRZ 2018, 1442, sowie an die zahlreichen Postulate, die aufgrund der UN-Behindertenkonzvention erhoben werden). Es besteht die Gefahr, dass sich eine Reform, die alles auf einmal will, übernimmt.

5) Im weiteren Reformprozess sollte darauf geachtet werden, dass **im gesamten Bundes- und Landesrecht** auf die Vorschriften des Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts vielfach Bezug genommen wird. Vor allem die Verweisungen auf die Vorschriften über die Pflegschaft und damit durch „weiterleitende“ Verweisung auf das Vormundschaftsrecht sind sehr häufig. Die Reform sollte es wenigstens im Bereich des Bundesrechts nicht auf nachträgliche Bereinigungen ankommen lassen, wie dies nach Einführung der eingetragenen Lebenspartnerschaft der Fall war.

6) Im Zusammenhang mit der Gesamtkonzeption fällt auf, dass die Entwürfe **das Recht des der elterlichen Sorge** nicht grundsätzlich einbeziehen, sondern nur einige Folgeänderungen vorsehen. Das ist insoweit verständlich, als diese Materie in jüngerer Vergangenheit Gegenstand fortlaufender und grundlegender Veränderungen war. Gleichwohl ergeben sich Probleme und Verwerfungen.

a) Wenig gelungen erscheint die Regelung der gesetzlichen Vertretung der Eltern in § 1629 BGB-DTE insoweit, als die Grenzen der **Vertretungsmacht bei (drohenden) Interessenkollisionen** nach wie vor nicht im Kontext mit der elterlichen Sorge, sondern durch „Verweisung nach hinten“ geregelt werden sollen. Führt die Verweisung nach heute geltendem Recht in das Vormundschaftsrecht (§§ 1795, 1796 BGB), so soll sie künftig im Betreuungsrecht münden (§ 1629 Abs.2/ §§ 1824, 1825 BGB-DTE). Das wird der grundsätzlichen Bedeutung dieser Regeln auch für das Eltern-Kind-Verhältnis nicht gerecht, zumal sie keineswegs nur die Vermögensverwaltung betreffen, sondern für gesetzliche Vertretungsverhältnisse auch in persönlichen Angelegenheiten gelten. Was Eltern im Namen ihrer Kinder tun dürfen und was nicht, sollte nicht erst durch einen Sprung in das Betreuungsrecht ermittelbar sein.

b) Gesetzestechnisch nicht überzeugend gelöst ist auch der Komplex der gerichtlich **genehmigungsbedürftigen Geschäfte** im Rahmen der elterlichen Vermögenssorge (§ 1643 BGB). Wie das bisherige Gesetz greift auch der Reformentwurf hier zur Technik der „Verweisung nach hinten“, allerdings nicht mehr in das Vormundschaftsrecht, sondern – noch weiter hinten! – in das Betreuungsrecht (§ 1643 BGB-DTE in Verbindung mit §§ 1852 bis 1856 BGB-DTE). Gleichzeitig wird aber diese Verweisung durch etliche Sonderregelungen durchbrochen, sodass sich der Gehalt der Norm nur durch ein **ständiges Hin- und Herwandern des Blicks zwischen den Normen der elterlichen Sorge und des Betreuungsrechts** ergibt – für juristische Laien ein Paragraphendickicht.

c) Ein **grundsätzlicher Systembruch** im Recht des minderjährigen Kindes entsteht nach dem Entwurf dadurch, dass für die unter Vormundschaft stehenden Kinder in **§ 1789 BGB-DTE eigene Kindesrechte** proklamiert werden (**„Rechte des Mündels“**), die für Kinder unter elterlicher Sorge nicht formuliert sind, jedenfalls nicht in dieser Weise. So hat nach § 1789 BGB-DTE „der Mündel“ (wie das Kind leider noch genannt wird) insbesondere das Recht auf Förderung seiner Entwicklung und Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit (Nr.1) und auf Achtung seines Willens, seiner persönlichen Bindungen, seines religiösen Bekenntnisses und kulturellen Hintergrunds (Nr. 4). Wenn man solche Rechte des Kindes auch ohne weiteres auch für Kinder unter elterlicher Sorge herleiten kann, so fällt doch auf, dass sie für Mündel eigens im Gesetz fixiert sind, für die übrigen Kinder aber nicht. So entsteht der Eindruck, dass den unter Vormundschaft lebenden Kindern Rechte von anderer Qualität zukommen als sonstigen Kindern. Dass das Postulat der Nr. 1 auch nach bisherigem Recht ausdrücklich in § 1 Abs.1 SGB VIII verankert ist (für alle Kinder im Rahmen der Jugendhilfe!) behebt die Schieflage nicht: Ein und dasselbe Gesetzbuch behandelt die Rechte von Kindern im Rahmen des Sorgeverhältnisses

unterschiedlich. Das Postulat der Nr.4 findet sich im SGB VIII überhaupt nicht, sondern müsste bei elterlicher Sorge eigens begründet werden.

d) Hinzu kommt, dass der Entwurf den **Ausschluss von Gewalt** bei der Vormundschaft weiter zieht als bei der elterlichen Sorge: Haben hier die Kinder ein Recht auf gewaltfreie *Erziehung* (§ 1631 Abs.2 S.1 BGB), so soll dort darüber hinaus auch ein Recht auf gewaltfreie *Pflege* gewährleistet werden (**§ 1789 Nr.2 BGB-DTE**, dazu *Veit/Marchlewski*, FamRZ 2017, 779, 780). Der Unterschied kann je nach Interpretation gravierend sein, man denke an die Anwendung physischen Zwanges zur Lebensrettung des Kindes (z.B. physisches Zurückhalten an der Fußgängerampel bei „rot“). Da zur Pflege zweifellos auch die Lebens- und Gesundheitserhaltung gehört, wird die Erstreckung des Gewaltverbotes auf diesen Bereich unnötige Rechtsfragen generieren, welche die sinnvolle Betreuung eines Kleinkindes erschweren. Die Begründung, das Kind unter Vormundschaft habe einen „besonderen Schutzbedarf“ (Begründung zum 2.DTE, S.133), ist nicht substantiiert und überzeugt gerade in diesem Zusammenhange nicht.

e) Diese Zusammenhänge zeigen, dass die völlige Neugestaltung des Vormundschaftsrechts **ohne wirklichen inneren Kontext mit den Rechtsregeln der elterlichen Sorge** problematisch erscheint. Gleichgültig, ob von Eltern, Vormündern oder Pflegern betreut, hat ein Kind dieselben Grundbedürfnisse und grundlegenden Rechte, die einheitlich darzustellen sind. Das schließt Sonderregeln nicht aus, die sich speziell aus der Situation der Vormundschaft ergeben, etwa das Recht auf persönlichen Kontakt mit dem Vormund (§ 1789 Nr.3 BGB-DTE). Doch im Übrigen ist der Eindruck zu vermeiden, als gäbe es zwei unterschiedlich Sorten von Kindern mit unterschiedlichen Rechten. Siehe ferner unter II 3.

6) Die vorgeschlagenen Änderungen des BGB werden zahlreiche Anpassungen des Gesetzes über das **Verfahren in Familiensachen** und im **Sozialgesetzbuch VIII** notwendig machen. Hierzu verhalten sich die vorgelegten Entwürfe noch nicht (Begründung 2. DTE, S. 256), sodass dazu auch keine Stellung genommen werden kann.

II. Zum Vormundschaftsrecht

1) Die einzelnen **Vormundschaftstypen** sind im Entwurf übersichtlicher gestaltet als im bisherigen Recht. Unter den Neuerungen ragt die Regelung hervor, dass die Betreuungsvereine – außer bei der vorläufigen Vormundschaft – nicht mehr als solche (d.h. als juristische Personen) das Betreueramt ausüben sollen, vielmehr werden die Mitarbeiter der Vereine als Einzelvormünder bestellt (**„Vereinsvormund“**, **§ 1775 Abs.1 Nr.3 BGB-DTE**). Diese Konstruktion ist aus dem Betreuungsrecht übernommen („Vereinsbetreuer“, § 1897 Abs.2 S.1 BGB) und auch schon *de lege lata* vom BGH als zulässig anerkannt (BGH FamRZ 2011, 1396). Ob die Übertragung dieser Rechtsfigur auf das Vormundschaftsrecht sinnvoll ist, kann bezweifelt werden (*Schwab*, Entwicklung des deutschen Vormundschaftsrechts, in: *Dutta et al.* (Hrsg.), Vormundschaft in Europa, Bielefeld 2015, S. 15 ff., 22). Der Angestellte eines Vereins, der eine Vormundschaft zwar theoretisch selbständig als „natürliche Person“, aber im Rahmen seines Dienstverhältnisses mit dem Verein führt, ist letztlich in der

eigenständigen Führung des Amtes stark eingeschränkt. Er unterliegt der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers und kann vom Verein jederzeit und ohne Begründung zurückgezogen werden; er ist nach dem Entwurf zu entlassen, sobald der Verein es beantragt (§ 1805 Abs.2 Nr.2 BGB-DTE). Im Spannungsverhältnis zwischen unselbständiger Arbeit und selbstverantwortlicher Führung des Vormundamtes kann es zu Konflikten kommen, die schwerlich im Kindesinteresse sind. Unverständlich erscheint, dass die Haftungsvorschriften des Entwurfs (per Verweisung in das Betreuungsrecht!) den Verein von einer Haftung für die Tätigkeit des Vereinsvormunds freistellen wollen, es haftet nur der Vereinsvormund selbst (§ **1827 Abs.1 iVm. § 1795 Abs.1 BGB-DTE**). Die Haftung des Vereins nach § 1827 Abs. 3 BGB-DTE betrifft nur den Fall, dass der Verein als solcher das Vormundamt ausübt, was bei der vorläufigen Vormundschaft noch zulässig sein soll (§ 1775 Abs.2 Nr.2 BGB-DTE). Der Ausschluss einer Vereinshaftung für die „Vereinsvormünder“ ist nicht begründbar (siehe unten II 9 c).

Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass die dem „Vereinsbetreuer“ entsprechende Figur des „Behördenbetreuers“ (§ 1897 Abs.2 S.2 BGB) nicht auf die Vormundschaft übertragen werden soll, das Jugendamt ist also stets „als solches“ Vormund (§ **1775 Abs.1 Nr.4 BGB-DTE**). Ob die dafür gegebene Begründung – Verbot eines bundesrechtlichen Eingriffs in die kommunale Selbstverwaltung (Begründung zum 2. DTE, S. 108) – stichhaltig ist, sei dahingestellt. Besser wäre es, auch auf den „Vereinsvormund“ zu verzichten. Dass der Entwurf die Führung der Vormundschaft durch den Verein als juristische Person nicht für prinzipiell ungeeignet hält, zeigt der Vorschlag, diese Rechtsfigur bei der vorläufigen Vormundschaft einzusetzen (§ 1775 Abs.2 Nr. 2 BGB-DTE).

2) Die Berufung zum Vormund soll wie bisher entweder durch die Benennung der Eltern oder durch gerichtliche Auswahl geschehen. Für die **gerichtliche Auswahl des Vormunds** behält der Entwurf den **Vorrang der ehrenamtlich tätigen natürlichen Person** bei (§ **1780 Abs.2 S.1 BGB-DTE**), im Übrigen soll zwischen den verschiedenen Vormundtypen kein Rangverhältnis bestehen. Das bedeutet vor allem, dass weder der Berufsvormund noch der Vereinsvormund Vorrang vor der Amtsvormundschaft des Jugendamts haben soll, das **Subsidiaritätsprinzip wird aufgegeben** (Begründung zum 2. DTE, S.81). Der Zusammenhang der Vorschrift ergibt auch, dass der Vorrang der ehrenamtlich tätigen natürlichen Person nicht gegenüber der Amtsvormundschaft bestehen soll (*Veit/Marchlewski*, FamRZ 2017, 779, 780) – eine bedenkliche Einengung.

Rechtspolitisch wird offenbar die Amtsvormundschaft favorisiert. Dahin könnte sich auch das Prinzip auswirken, dass – soweit der Vormund nicht verbindlich von den Eltern benannt ist – das Gericht denjenigen als Vormund **auszuwählen** hat, „der **am besten geeignet** ist, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen“ (§ **1779 Abs.1 BGB-DTE**). Das Erfordernis der „Best-Eignung“ kann die in Frage kommenden ehrenamtlich tätigen Personen trotz ihres theoretischen Vorrangs aus dem Felde schlagen. Denn welche Privatperson kann es mit dem organisierten Fachwissen und der Betreuungsroutine eines Amtes oder eines auf Vormundschaften/Pflegschaften/Betreuungen spezialisierten Vereins aufnehmen? Es würde also sehr darauf ankommen, welche Aspekte man in die „beste Eignung“ hineinpackt, vor

allem, wie sehr die persönlichen Beziehungen zum Mündel (vgl. § 1779 Abs.2 Nr.1 BGB-DTE) in den Eignungsbegriff und damit in die Auswahl einfließen. Das erscheint nach dem vorgeschlagenen Normtext offen; es fällt auf, dass selbst der Umstand, dass der Vormund bereit wäre, das Kind bei sich aufzunehmen und also als Pflegeperson zu fungieren (§ 1792 BGB-DTE), bei der Auswahl keine Rolle spielen soll.

Da kein Rangverhältnis mehr zwischen Berufsbetreuern und Vereinsvormündern einerseits, der Amtsvormundschaft andererseits bestehen soll, wird es in vielen Fällen auf eine Art Qualitätsvergleich der in Betracht kommenden professionellen Vormünder hinauslaufen – für die Gerichte eine schwierige Aufgabe mit schwer begrenzbarem Arbeitsaufwand. Die Wissenschaftliche Vereinigung schlägt vor, die bei der Typologie der Vormünder und bei den Auswahlvorschriften erkennbare Tendenz zugunsten der Amtsvormundschaft zu überdenken, dabei auch offen zu legen, welche Nachteile das bisherige Subsidiaritätsprinzip für das Mündelwohl mit sich gebracht haben soll.

3) Der Entwurf verfolgt – in Fortsetzung der Reform von 2011² – das Ziel, die **persönliche Verbindung und die persönlichen Kontakte zwischen Mündel und Vormund** zu stärken und die persönliche Verantwortung des Vormunds für das Kind zu akzentuieren (**§ 1791 Abs.3 BGB-DTE**). Das ist zu begrüßen, wenngleich nach einer zutreffenden Feststellung die Gesamtregelung des Entwurfs das „romantische Bild des vollumfänglich pflegenden und erziehenden Vormunds“ malt (Veit/Marchlewski, FamRZ 2017, 779, 781), das im Regelfall der Wirklichkeit gar nicht entsprechen kann. Dass der Vormund an dieselben Erziehungsmaximen gebunden wird wie Eltern (vgl. § 1626 Abs.2 BGB mit § 1791 Abs.2 BGB-DTE), versteht sich von selbst. Dieser Zusammenhang hätte es nahegelegt, die Prinzipien der Pflege und Erziehung eines Kindes einheitlich zu regeln, statt diesen wichtigen Bereich gesondert für Eltern und Vormünder/Pfleger zu thematisieren. Einer Proklamation besonderer Mündelrechte (§ 1789 BGB-DTE) bedarf es nicht, sie ist eher missverständlich (siehe oben I 6 e).

4) Für die typischen Fälle, in denen der Mündel nicht beim Vormund, sondern in einer Pflegefamilie oder einem Heim lebt, ist es – wie der Entwurf erkennt – wichtig, das **Rechtsverhältnis zwischen der Pflegeperson und dem Vormund** angemessen auszugestalten. Gerade hier zeigt das geltende Recht ein schwer begreifliches Auseinanderfallen der Rechtspositionen der Beteiligten einerseits und der tatsächlichen Pflege und Erziehung des Kindes andererseits. Zutreffend fasst der Entwurf daher Möglichkeiten ins Auge, die Rechtsstellung der Pflegefamilie zu stärken. Freilich zeigt sich, dass die rechtliche Konstruktion einer Beteiligung der tatsächlichen Pflegepersonen an der vormundschaftlichen Verantwortung auf konstruktive Probleme stößt.

Zu begrüßen ist die im Entwurf vorgeschlagene Regelung, dass die Pflegeperson unter bestimmten Voraussetzungen die **Befugnis** haben soll **in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu entscheiden und insoweit den Vormund zu vertreten** (**§ 1798 Abs.1 S.1 BGB-DTE**) sowie bei Gefahr im Verzug alle notwendigen Rechtshandlungen vorzunehmen (**§ 1798**

² Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 29. Juni 2011 (BGBl. I S. 1306).

Abs.1 S.2 iVm. § 1629 Abs.1 S.4 BGB-DTE). Eine derartige Regelung besteht schon nach geltendem Recht für Pflegepersonen bei Kindern unter elterlicher Sorge (§ 1688 Abs.1 BGB). Allerdings sollte folgender Punkt überlegt werden:

Nach § 1688 Abs.1 S.2 BGB ist die Pflegeperson befugt, den **Arbeitsverdienst** des Kindes zu verwalten sowie **Unterhalts-, Versicherungs-, Versorgungs- und sonstige Sozialleistungen** für das Kind geltend zu machen und zu verwalten. Diese für die Alltagssorge wichtige Befugnis soll der Pflegeperson bei Vormundschaft *nicht* eingeräumt werden, dem Vormund also vorbehalten sein. Das wird damit begründet, dass der Vormund für die Vermögenssorge verantwortlich ist und hierüber dem Gericht Rechnung legen muss (Begründung zum 2. DTE, S. 143). Der Entwurfsvorschlag bedeutet, dass die Pflegeperson in jedem Fall die Mittel, die für den Unterhalt des Kindes anfallen, erst beim Vormund anfordern muss. Da es diesem vorbehalten ist, diese Mittel „zu verwalten“, kann dies zu einer starken Einschränkung der Eigenständigkeit der Pflege führen. Wenn man den Bereich der Unterhaltsbeschaffung dem Bereich der „Vermögenssorge“ zurechnet, müsste dies konsequent auch für die Unterhaltsaufwendungen gelten, für die dann ebenfalls der Vormund im Einzelnen rechenschaftspflichtig wäre. Zudem: Wenn die Pflegeperson aus der Aufgabe der Beschaffung der Unterhaltsmittel ausgeschlossen ist, sollte ihr zumindest ein Anspruch gegen den Vormund eingeräumt werden, die angemessenen Unterhaltsmittel für das Kind monatlich vorzuschießen. Die Frage sollte erneut durchdacht werden.

5) Zustimmung verdient grundsätzlich auch der Vorschlag des Entwurfs, wonach in geeigneten Fällen der Dauerpflege das Familiengericht auf Antrag einzelne **Sorgeangelegenheiten** oder eine bestimmte Art von Angelegenheiten **auf die Pflegeperson „als Pfleger“ übertragen** kann (**§ 1778 Abs.1 BGB-DTE**). Auch für diesen Regelungsvorschlag gibt es ein Vorbild in den Regelungen des elterlichen Sorgerechts, nämlich § 1630 Abs.3 BGB. Doch wird diese Regelung vom Entwurf nur eingeschränkt auf das Vormundschaftsrecht übertragen: Der Sorgebereich, welcher der Pflegeperson übertragen wird, wird nicht einfach – wie bei § 1630 Abs.3 BGB – aus dem Kompetenzbereich des Vormunds herausgeschnitten, vielmehr wird unterschieden:

- Sorgeangelegenheiten, deren Regelung für den Mündel *von erheblicher Bedeutung* ist, können Pflegeperson nur mit dem Vormund gemeinsam übertragen werden (§ 1778 Abs.2 BGB-DTE), während
- *andere Angelegenheiten* (wohl = des täglichen Lebens) der Pflegeperson allein zugewiesen werden können.

In diesem Regelungsvorschlag kommt ein – in dieser Allgemeinheit nicht gerechtfertigtes – Misstrauen gegenüber den Pflegefamilien zum Ausdruck. Die Voraussetzungen, unter den eine Teilübertragung des Sorgerechts statthaft ist, sind eng genug gestaltet (§ 1778 Abs. 1 Nr.1 bis 3 BGB-DTE), um der Pflegeperson eine wirkliche Eigenständigkeit zuzugestehen. Demgegenüber erscheint die Rechtslage, wonach in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung *weder der Vormund, noch die Pflegeperson* allein handeln kann, im praktischen Vollzug den Kindesinteressen wenig dienlich. Die Angelegenheiten „des täglichen Lebens“, für welche die Pflegeperson die alleinige Kompetenz erhalten kann, sind ihr in der Regel

schon durch die beschriebene Regelung des § 1798 Abs.1 BGB-DTE zugeordnet. Überhaupt kann die Duplizität einer Zuständigkeit für Alltagsangelegenheiten – einmal *unmittelbar kraft Gesetzes* in § 1798 BGB-DTE, zum anderen kraft *richterlicher Übertragung* im Rahmen des § 1778 BGB-DTE – eher zu Verwirrungen führen.

Einer „Gesamtverantwortung des Vormunds“, auf die vor allem der 1. Diskussionsteilentwurf gepocht hat (Begründung zum 1.DTE 52 f.: „strategische Gesamtverantwortung“), kann ohne weiteres dadurch Rechnung getragen werden, dass der Vormund, der ja fortlaufend Kontakt mit dem Kind halten muss (§ 1791 Abs.3 BGB-DTE), berechtigt und verpflichtet ist, Gericht und Jugendamt zu informieren, wenn er Anzeigen für einen Fehlgebrauch der Pflegerstellung wahrnimmt. Zutreffend sieht der Entwurf die Pflicht von Vormund und Pfleger vor, sich **gegenseitig zu informieren und zusammenzuarbeiten (§ 1793 Abs.2 BGB-DTE)**; das gilt auch für Bereiche, in denen einer der Fürsorger an sich allein zuständig ist, soweit sich Auswirkungen auf das Pflegeverhältnis im Ganzen ergeben.

6) Für die mögliche Gestaltung der Vormundschaft sieht der Entwurf eine Variante vor, welche die **ehrenamtliche Führung** des Amtes, dadurch erleichtern will, dass **zusätzlich ein Pfleger** für bestimmte Angelegenheiten oder Bereiche bestellt werden kann (**§ 1777 BGB-DTE, „zusätzlicher Pfleger“**). Diese Gestaltung setzt voraus, dass der Vormund einverstanden ist und die Übertragung der Aufgabe an den Pfleger dem Wohl des Mündels dient. Für den ihm übertragenen Bereich ist der Pfleger an sich allein zuständig, doch hat er bei seinen Entscheidungen die Auffassung des Vormunds einzubeziehen (**§ 1793 Abs.3 BGB-DTE**). Es handelt sich eigentlich um eine Spielart der geteilten Mitvormundschaft. Der Regelungsvorschlag überzeugt nicht. Reichlich unbestimmt erscheint, was unter der „Einbeziehung“ verstanden werden soll, ferner warum die Auffassung des ehrenamtlichen Vormunds in einer Angelegenheit bedeutsam sein soll, die ihm gerade durch die Pflegerbestellung vorenthalten wurde.

Nicht folgerichtig erscheint zudem, dass bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Vormund und Pfleger in einer dem Pfleger übertragenen Angelegenheit das Gericht entscheidet und dabei nicht an die Auffassungen der beteiligten Fürsorger gebunden sein, sondern nach eigener Erkenntnis der Kindesinteressen judizieren soll (Begründung zum 2. DTE, S. 138). Die gesamte Konstruktion erscheint wenig ausgereift. Ganz unverständlich ist, warum trotz der Abspaltung eines Kompetenzbereichs die Gesamtverantwortung letztlich beim Vormund gesehen wird (Begründung zum 2. DTE, S. 111; kritisch *Veit/Marchlewski*, FamRZ 2017, 779, 783, 785). Es kann ja sein, dass sich der Vormund mit seiner – dem Kindeswohl besser entsprechenden Auffassung – gegen Pfleger und Gericht gerade nicht durchsetzen können. Es sollte überlegt werden, wie die Konstellation eines Miteinander von ehrenamtlichen Vormündern mit professionellen Spezialisten besser gelöst werden kann; vielleicht wäre auch an eine geteilte Vormundschaft zu denken.

7) Nach **§ 1792 BGB-DTE** sollen Vormund und Mündel einander **Beistand und Rücksicht** schuldig sein, wenn der Vormund das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat, es wird also die Aussage des für Eltern und Kinder geltenden § 1618a BGB auf die Vormundschaft

übertragen. Dieser Vorschlag wirft Fragen auf. Die Rücksichtspflichten aus § 1618a BGB bestehen *auch dann, wenn die Kinder nicht bei den Eltern leben* (und überdies auch ohne Rücksicht auf das Alter der Kinder). Warum dann die gegenseitige Pflicht zur Rücksichtnahme im Vormundschaftsrecht vom Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft abhängen soll, ist kaum begründbar – es sei denn man beschränke die Regel auf diejenigen Rücksichten, die für ein gedeihliches Zusammenleben im selben räumlichen Bereich wichtig sind. Das müsste aber zum Ausdruck gebracht werden, denn die Regelung des § 1618a BGB kennt eine solche Eingrenzung nicht. Andererseits erschließt sich auch nicht ohne weiteres, warum *keine* Rücksichtspflichten bestehen sollen, wenn das Kind *nicht* beim Vormund lebt. Nach unserer Auffassung sollte auf eine Übernahme des § 1618a BGB in das Vormundschaftsrecht abgesehen werden: Die Maxime des § 1618a BGB ist *keine Folge des Sorgerechts*, sondern des Eltern-Kind-Verhältnisses im Allgemeinen, das zwischen Vormund und Mündel (anders als bei der Adoption) nicht besteht.

8) Noch bedenklicher ist das Vorhaben des Entwurfs, die Regelung des **§ 1619 BGB** auch auf das Verhältnis zwischen Vormund und Mündel zu übertragen (**1792 S. 2 Hs.2 BGB-DTE**). Abgesehen von der **Mithilfe im Haushalt** ist die Vorschrift selbst im Eltern-Kind-Verhältnis antiquiert. Gewiss ist einem beim Vormund lebenden Kind in eingeschränktem Maße eine Mithilfe im Haushalt zuzumuten; es ist aber nicht begründbar, dass das Kind, nur weil es vom Vormund erzogen wird, **in dessen Erwerbsbetrieb zu Dienstleistungen verpflichtet** sein soll, zumal ihm der Vormund – im Gegensatz zu den Eltern – nicht unterhaltspflichtig ist. Die Verweisung sollte gestrichen oder auf die Mithilfe im Haushalt beschränkt werden.

9) Die **Haftung des Vormunds** gegenüber dem Mündel soll nach dem Entwurf bedauerlicherweise durch eine Verweisung geregelt werden. Die sachliche Grundnorm des bisherigen § 1833 Abs.1 S. 1 BGB wird in das Betreuungsrecht verpflanzt (**§ 1827 Abs.1 BGB-DTE**); sodann verweist § 1795 Abs.1 BGB-DTE auf diese Vorschrift und fügt eine Sondervorschrift für den Vormund hinzu, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat. Der Regelungsvorschlag bedarf der rechtspolitischen Überprüfung.

a) Bei der Verweisung (**§ 1795 Abs.1 BGB-DTE**) auf die Vorschrift des Betreuungsrechts nimmt der Entwurf insofern eine Einschränkung vor, als er nur für „einen aus der Amtsführung des Vormunds herrührenden Schaden des Mündels“ gelten will. Eine solche Limitierung enthält die bezogene Vorschrift des Betreuungsrechts nicht, ebenso wenig der derzeit geltende § 1833 BGB. Es stellt sich die Frage, ob der Bezug auf den „aus der Amtsführung herrührenden Schaden“ eine kausale Einschränkung der Haftung formulieren soll (etwa: *bei* Amtsführung, aber nicht *gelegentlich* der Amtsführung, etc.) oder nur als überflüssiges Beiwerk anzusehen ist. Die Entwurfsbegründung gibt dazu keine Auskunft.

b) Als sehr problematisch erscheint die **Verweisung des § 1795 Abs.2 BGB-DTE auf § 1664 BGB**, wenn der Mündel zur Pflege und Erziehung in den Haushalt des Vormunds aufgenommen ist. Der Entwurf übersieht dabei mehrere Implikationen:

aa) Nach herrschender, wenngleich umstrittener Rechtsmeinung regelt § 1664 Abs.1 BGB nicht nur den Haftungsmaßstab (*diligentia quam in suis*), sondern bietet für das Eltern-Kind-

Verhältnis eine **eigenständige Haftungsgrundlage** (MüKoBGB/Huber, 7. Aufl., § 1664 Rn.1 m. Nachw.). Es fragt sich also, ob diese Haftungsgrundlage (und damit der darum geführte Meinungsstreit) in das Vormundschaftsrecht transferiert werden soll. Hier zeigt sich erneut, dass bei der Reform auch Normen des Kindschaftsrechts älterer Provenienz, auf die verwiesen wird, kritisch in den Blick genommen werden sollten.

bb) Die Haftungserleichterung des § 1664 Abs.1 trifft nicht nur den Bereich des Zusammenlebens von Eltern und Kind, sondern die **gesamte Ausübung der elterlichen Sorge**, also auch z.B. die Vermögensverwaltung. Es ist dann nicht einzusehen, dass diese Haftungserleichterung dem Vormund im gesamten Umfang nur deshalb zukommen soll, weil er das **Kind in seinen Haushalt aufgenommen** hat. Eine Pflichtwidrigkeit in der Vermögensverwaltung hat z.B. regelmäßig mit der häuslichen Gemeinschaft von Mündel und Vormund nichts zu tun.

cc) Statt der vorgeschlagenen, eindeutig unausgegorenen Regelung sollte überlegt werden, die Haftungserleichterung bei der *diligentia quam in suis* generell den **ehrenamtlichen Vormündern** zuzugestehen, die ja eine für das Kind wichtige Betreuungsleistung unentgeltlich erbringen. Es sollte überlegt werden, ob die Haftung von ehrenamtlich Tätigen für *jede Fahrlässigkeit* angesichts der Kompliziertheit des Lebensmanagements in der heutigen Zeit angemessen ist (vgl. BGH III. ZS vom 2.8.2018, FamRZ 2018, 1708 m. Anm. Schwab). Eine Regelung der Haftung des Vormunds sollte zudem nicht in Form einer Verweisung geschehen, sondern mit Hilfe einer eigenständigen, sorgfältig formulierten Vorschrift.

c) Die Haftungsvorschrift soll nach dem Entwurf so gestaltet werden, dass bei Führung der Vormundschaft durch den **Angestellten eines Vereins** als Einzelvormund, aber im Rahmen des Dienstverhältnisses („Vereinsvormund“) nur der Vormund selbst haften soll. Das ist nach derzeit für Vereinsbetreuer geltendem Recht streitig (Begründung zum 1. DTE S. 174) und in der Sache unhaltbar: Es ist nicht begründbar, warum der Verein, der unter seinen Mitarbeitern den Vormund auswählt, ihm gegenüber weisungsbefugt ist, für seine Tätigkeit vom Mündel oder vom Staat Vergütung verlangen und die Tätigkeit des Vormunds jederzeit beenden kann, außerhalb jeglichen Pflichtverhältnisses gegenüber dem Mündel stehen soll.

III. Zur Vermögenssorge

1) Die detaillierten Regelungen der Vermögenssorge und der genehmigungsbedürftigen Geschäfte (§§ 1802 bis 1832 BGB) will der Entwurf **in das Betreuungsrecht verlagern (§§ 1837 bis 1862 BGB-DTE)**, auf das dann das Vormundschaftsrecht (partiell) verweist (**§§ 1799 bis 1802 BGB-DTE**). Dabei werden die bisher im Vormundschaftsrecht geregelten Vorschriften der Sache nach und in der Textgestaltung verändert – mit der „Verschiebung“ sind z. T. grundlegende Novellierungen verbunden. Das wird voraussichtlich zu **Unsicherheiten in der Rechtspraxis** führen, die sich an die seit über einem Jahrhundert weitgehend stabilen Vorschriften gewöhnt hat. Die neuformulierten Normtexte werden, wenn sie in Kraft treten sollten, neue Interpretationsfragen aufwerfen. Für das weitere

Gesetzgebungsverfahren stellt sich daher die Frage, welche Änderungen in der Sache als zwingend notwendig erscheinen oder ohne Schaden für die Mündelinteressen entbehrlich werden können.

2) Die vorgeschlagenen Einzelregelungen erscheinen nicht weniger kompliziert als die bisherigen. Die kurze Frist für die Stellungnahme lässt es nicht zu, die neuen Vorschriften auf ihre **Anwendungsprobleme** hin zu testen. Inwieweit die neuen Regeln geeignet sind, die zweckmäßige Vermögensverwaltung und Vermögenssicherung im Interesse der Betreuen und Mündel sicherzustellen, sollte vor einer Beschlussfassung über die Reform sorgfältig anhand von **konkreten Fällen** getestet werden. Es empfiehlt sich, zu den einzelnen Normbereichen wie § 1851 BGB-DTE (bisher §§ 1812, 1813 BGB) oder §§ 1853 bis 1856 BGB-DTE (bisher § 1822 BGB) kompliziertere Fälle, die nach bisherigem Recht entschieden wurden, durchzuspielen, um die Anwendungsprobleme des geplanten neuen Rechts zu erfassen. Soweit es um die Vermeidung von Vermögensgefährdungen geht, könnte auch, soweit nicht schon geschehen, der Rat erfahrener Vermögensverwalter eingeholt werden. Vermutlich hätten Vermögen, die strikt nach den bisherigen Regeln der „Mündelsicherheit“ verwaltet wurden, die großen Wirtschaftskrisen des 20. Jahrhunderts nicht überstanden.