



Deutscher Familiengerichtstag e.V.

**Kinderrechtekommission des Deutschen
Familiengerichtstags e. V.**

Berichterstattung

Prof. Dr. Barbara Veit, Götting

Stellungnahme der Kinderrechtekommission des DFGT zum 2. Diskussionsteilentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz v. 3.9.2018*

I. Vorbemerkung

Die Kinderrechtekommission unterstützt den 2. Diskussionsteilentwurf (DiskE) als Reaktion auf die heutigen sozialen Rahmenbedingungen in der Vormundschaft (unter I.). Angesichts tragischer Fälle von Kindesmisshandlungen und -vernachlässigungen mit zum Teil tödlichen Folgen während bestehender Amtsvormundschaften¹ kam es 2011 zu ersten Korrekturen des Vormundschaftsrechts aus Gründen des Kindesschutzes². Schon während des Gesetzgebungsverfahrens wurden weitergehende Reformen von Seiten des Gesetzgebers angekündigt. Angesichts der jahrelangen stiefmütterlichen Behandlung dieses Rechtsgebietes kann der jetzt vorliegende Entwurf, der das gesamte Vormundschaftsrecht umfassend reformieren will³, schon als „Meilenstein“ im Versuch, die Personensorge für die Mündel zu stärken und die Vermögenssorge zu modernisieren, bezeichnet werden.

Die Kommission begrüßt die mutigen Schritte des Entwurfs hin zu einer Stärkung der Subjektstellung des Kindes, einer Verdeutlichung der Personensorgepflichten des Vormunds im Verhältnis zum Mündel ebenso wie zu den tatsächlich pflegenden Personen, sowie zu einer Verstärkung der personellen Ressourcen und der Einführung einer vorläufigen Vormundschaft. Gleichwohl gehen diese Schritte zum Teil nicht weit genug oder es

* In die Stellungnahme sind Teile des Beitrags „Veit, Die Reform des Vormundschaftsrechts nach dem zweiten Diskussionsteilentwurf“, erscheint demnächst in der FamRZ, eingeflossen.

¹ S. Fall Kevin, Bremische Bürgerschaft, LT-Drucks. 16/1381.

² Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts v. 29.6.2011, BGBl I S 1306.

³ Entwurf S. 1.

werden die damit beabsichtigten positiven Ansätze sofort wieder in einer Weise relativiert, dass wiederholt die Gefahr besteht, dass der im Eckpunktepapier des BMJV skizzierte Paradigmenwechsel⁴ ausbleibt. Diese Widersprüchlichkeit des Entwurfs zeigt sich vor allem an folgenden drei Stellen:

- (1) Zwar sieht der Entwurf verschiedene Verbesserungen der Subjektstellung des Mündels vor, jedoch wird der altertümlich und herabsetzend anmutende Begriff des Mündels beibehalten.
- (2) Die personellen Ressourcen für eine persönlich geführte Vormundschaft werden durch verschiedene Mechanismen verbessert, zugleich wird aber der Subsidiaritätsgrundsatz, der im geltenden Recht sicherstellen soll, dass vorrangig ein ehrenamtlicher Einzelmündel die Vormundschaft führt, abgeschafft.
- (3) Erfreulicherweise versucht der Entwurf, die tatsächlich gelebten Sorgeverhältnisse besser als im geltenden Recht rechtlich abzubilden. Gleichwohl fehlt der Mut, sich vom romantischen Idealbild der Einheitssorge für alle Vormünder zu verabschieden.

Nach Ansicht der Kommission besteht an diesen Stellen der größte Nachbesserungsbedarf, was nachfolgend näher erläutert werden soll (näher dazu unter III.). Zudem sollen noch einige regelungsbedürftige Punkte herausgestellt werden, zu denen sich der Entwurf bislang nicht geäußert hat (unter IV.).

II. Die sozialen Rahmenbedingungen

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Vormundschaft eine Einzelmündenschaft sein (arg. §§ 1791a, 1791b, 1887 BGB, 56 Abs. 4 SGB VIII). Trotz aller, allerdings nicht weiter belegten Bemühungen um ehrenamtliche Einzelmündel, die auch schon bei Erlass des BGB schwierig zu finden waren⁵, spielt diese Form der Vormundschaft heute nur noch eine geringe Rolle; den praktischen Regelfall stellt stattdessen die bestellte Amtsvormundschaft dar⁶.

Mit dieser Entwicklung geht eine Verlagerung der Aufgabenbereiche einher. Standen noch bei Erlass des BGB die bestellte Einzelmündenschaft durch Verwandte über Waisenkinder sowie die gesetzliche Amtsvormundschaft für außerehelich geborene Kinder im Vordergrund, so spielen diese Fälle keine große Rolle mehr⁷. Vielmehr geht es heute in erster Linie um Rechtsfürsorge für Kinder und Jugendliche, deren Eltern das Familiengericht zuvor wegen Kindeswohlgefährdung die elterliche Sorge entzogen hat. Die meisten dieser Kinder wurden in ihren Familien nicht nur mit wiederholten und vielfältigen Gefähr-

⁴ ZKJ 2015, 145.

⁵ Staudinger/Veit (2014), Vorbem. zu §§ 1773 ff. BGB Rn. 27.

⁶ Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht (6. Aufl.), § 70 III Rn. 18-20.

⁷ Näher Staudinger/Veit (2014), Vorbem. zu §§ 1773 ff. BGB Rn. 28.

dungen konfrontiert, sondern auch bereits körperlich und/oder seelisch geschädigt⁸ und wachsen außerhalb ihrer Herkunftsfamilie in Pflegefamilien oder im Heim auf⁹.

Sicherheit, Kontinuität und Stabilität der Beziehungen sind vor allem für diese Kinder von zentraler Bedeutung¹⁰, wenn man bedenkt, dass sie durchschnittlich mehr als fünf Jahre¹¹ in der Pflegefamilie leben; ein Großteil der Kinder ist jünger als 6 Jahre¹², erfährt also dort die zentralen Schritte der Sozialisation¹³. Zu einem großen Prozentsatz sind diese Pflegeverhältnisse faktisch auf Dauer angelegt¹⁴. Die Pflegefamilie ist damit der Ort, an dem die besonders vulnerable Klientel der Mündel¹⁵ tragfähige Bindungen aufbaut und eine Förderung ihrer Entwicklung zu eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeiten erfahren kann¹⁶.

Damit verändern sich auch die Aufgaben des Vormunds. Das Gesetz geht nach wie vor von der umfassenden Sorgeverantwortung aller Vormünder aus, unabhängig davon, ob sie das Kind selbst pflegen, erziehen oder die tatsächliche Pflege und Erziehung nur organisieren. Erste Ansätze, die rechtliche Lage mit dieser Lebenswirklichkeit in Einklang zu bringen, waren bereits 2011 erkennbar. In dem jetzt vorliegenden DiskE folgen weitere wichtige Schritte in diese Richtung. Die Kinderrechtekommission begrüßt dieses Vorhaben. Angesichts der Defizite in der Praxis, die ihren krassesten Ausdruck in den Kindes-Todesfällen gefunden haben, ist der vorliegende Entwurf, der erstmals die personale Beziehung zwischen Vormund und Mündel in den Vordergrund stellt, aus Sicht der Kinderrechtekommission ein wichtiger und notwendiger Schritt auf dem Weg zu mehr Kinderschutz und einer persönlich geführten Vormundschaft.

III. Der Inhalt des Referentenentwurfs

1. Die Auswahl des bestgeeigneten Vormunds und der Subsidiaritätsgrundsatz

Das BGB enthält klare Vorgaben für die Auswahl eines geeigneten Vormunds. Es werden sowohl die Kriterien festgelegt, nach denen die Eignung der auszuwählenden Person (§ 1779 Abs. 1 S. 1 BGB) bestimmt wird, als auch Vorgaben für die Auswahl zwischen mehreren geeigneten Personen gemacht (§ 1779 Abs. 2 BGB). Darüber hinaus wird die Konkurrenz zwischen der Einzel-, Vereins- und Amtsvormundschaft geregelt; Verein und Jugendamt dürfen nur dann zum Vormund bestellt werden, wenn eine als ehrenamtlicher Einzelvormund geeignete Person nicht vorhanden ist (§§ 1791a Abs. 1 S. 2, 1791b Abs. 1

⁸ Kinderrechtekommission des DFGT FamRZ 2014, 891, 892 m.w.N.

⁹ Statistisches Bundesamt 2016, Statistik der Kinder- und Jugendhilfe 2014, S. 71.

¹⁰ Kinderrechtekommission des DFGT FamRZ 2014, 891, 892.

¹¹ Kindler/Scheuerer-Englisch/Gabler/Köckeritz, in: Kindler/Helming/Meysen/Jurczyk (Hrsg.), Handbuch Pflegekinderhilfe (2011), S. 131.

¹² Diouani-Streek ZKJ 2015, 50.

¹³ Kindler/Scheuerer-Englisch/Gabler/Köckeritz, in: Kindler/Helming/Meysen/Jurczyk (Hrsg.), Handbuch Pflegekinderhilfe (2011), S. 132.

¹⁴ GK-SGB VIII/Salgo, § 33 Rn. 2.

¹⁵ Salgo/Zenz FamRZ 2009, 1378, 1391.

¹⁶ Salgo ZKJ 2015, 357.

S. 1 BGB). Trotz dieser Vorgaben wird aber vom Familiengericht in der Regel einfach das Jugendamt bestellt¹⁷; den statistischen Regelfall bildet die Amtsvormundschaft bzw. -pflegschaft¹⁷.

Der Entwurf will nun die personellen Ressourcen für eine persönlich geführte Vormundschaft ausbauen, um die anderen Vormünder neben dem Jugendamt zu stärken, zugleich aber auch die Rolle des Jugendamts, die es in der Rechtswirklichkeit hat, rechtlich abbilden¹⁸. Um beide Ziele zu erreichen, werden die verschiedenen Vormundstypen in einer eigenen Norm zusammengefasst (§ 1775 Abs. 1 BGB-E), die Eignungs- und Auswahlkriterien stärker als bisher an den Bedürfnissen und Interessen des Mündels ausgerichtet (§§ 1779 Abs. 2, 1780 Abs. 1 BGB-E) und das Jugendamt in die Auswahl des bestgeeigneten Vormunds einbezogen (§ 1779 Abs. 1 BGB-E). Alle drei Maßnahmen sind grundsätzlich zu begrüßen; sie bergen aber auch Schwachstellen:

a) Die neuen Vormundstypen (§ 1775 BGB-E)

Zu begrüßen ist der Wegfall des Vereins als endgültiger Vormund. Damit wird nicht nur die jüngere Praxis nachgezeichnet, die seit der Rechtsprechung des BGH zur Vergütung des Vereins bei Bestellung eines Vereinsmitarbeiters als Vormund¹⁹ dazu übergegangen ist, anstelle des Vereins den Vereinsmitarbeiter zu bestellen²⁰. Vielmehr führt die Ersetzung des Vereins durch den Vereinsvormund (§ 1775 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E) zu einer stärkeren Annäherung an die Idealvorstellung des BGB, dass eine möglichst persönliche und individuelle Betreuung des Kindes wie in seiner Herkunftsfamilie am ehesten durch eine natürliche Person gewährleistet wird²¹. Dass keine vergleichbare Ersetzung des Jugendamtes durch den Mitarbeiter der Behörde vorgesehen wird, hat staatsorganisatorische Gründe, würde doch mit einer solchen bundesrechtlichen Regelung in die kommunale Selbstverwaltung eingegriffen²².

Die Kommission begrüßt die neu festgeschriebene Pflicht des Jugendamtes für den Fall, dass es zum Vormund bestellt wird, dem Familiengericht vorab mitteilen, welchem seiner Mitarbeiter es die Ausübung der Aufgaben des Amtsvormunds übertragen hat (§ 1781 Abs. 2 BGB-E). Damit kommt im größtmöglichen Umfang der Gedanken einer personalisierten Vormundschaft auch für die Amtsvormundschaft zum Ausdruck. Selbst wenn in der Verankerung einer Mitteilungspflicht ein Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung liegen sollte, wäre dieser im Interesse des Mündelwohls gerechtfertigt, eröffnet er doch die Möglichkeit, dem Mündel eine zweifache Anhörung, wie sie das geltende Recht vorsieht (im Rahmen des Verfahrens nach § 1779 BGB sowie nach § 55 Abs. 2 SGB VIII), zu

¹⁷ S. Oberloskamp/Oberloskamp, Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige (4. Aufl.), § 1 Rn 51 ff.

¹⁸ Entwurf S. 74.

¹⁹ BGH FamRZ 2011, 1394.

²⁰ Oberloskamp/Hoffmann, Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige (4. Aufl.), § 2 Rn. 65a.

²¹ S. Reichstagsprotokolle 1920 Aktenstück Nr. 1666 S. 1253.

²² So Entwurf S. 108.

ersparen und die Gelegenheit zu geben, sofort den für ihn zuständigen Mitarbeiter im Jugendamt kennenzulernen. Zu begrüßen sind auch die angekündigten Änderungen des § 55 SGB VIII²³.

Die Kommission befürwortet auch den Wegfall der Gegenvormundschaft (§ 1792 BGB). Diese Rechtsfigur hat schon im geltenden Recht keinen praktischen Anwendungsbereich gehabt²⁴, so dass ihre Streichung – zumindest für das Vormundschaftsrecht – nur folgerichtig ist. Sie ist auch entbehrlich, weil die dem Gegenvormund obliegende Überwachung des Vormunds (§ 1799 BGB) ohnehin dem Gericht obliegt und die mit der Rechtsfigur erstrebte Entlastung der Gerichte²⁵ mangels Bestellung von Gegenvormündern in der Praxis nicht eingetreten ist.

b) Die neuen Eignungs- und Auswahlkriterien

Deutlicher als im geltenden Recht wird nach dem Entwurf das Familiengericht aufgefordert, den Vormund auszuwählen, „der am besten geeignet ist, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen“ (§ 1779 Abs. 1 BGB-E). Die für diese Entscheidung erforderlichen Prüfungsschritte (Eignung und Auswahl) sind, anders als de lege lata, nicht nur auf eine Norm konzentriert, sondern auf zwei verteilt (§§ 1779 und 1780 BGB-E) und zudem in ihrer Reihenfolge vertauscht.

aa) Die neuen Eignungskriterien

Die ausdrückliche Erweiterung der Eignungskriterien um die Kooperationsfähigkeit (§ 1780 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E) ist uneingeschränkt zu unterstützen, da sie der Rechtsklarheit dient. In der Sache zeichnet sie die bisher überwiegend vertretene Ansicht nach, wonach die Kooperations-, Förder- und Bindungsfähigkeit als „sonstige Umstände“ (§ 1779 Abs. 2 S. 1 BGB-E) in die Eignungsprüfung einfließen²⁶. Neu ist die Erweiterung dieser Fähigkeit, auf alle, d.h. natürlichen wie juristischen Personen, die „an der Erziehung des Mündels beteiligt (...) sind“. Davon erfasst werden die Pflegeperson, das Jugendamt und der zusätzliche Pfleger (§ 1777 BGB-E) ebenso wie der Kinderhort und die Schule, aber auch die Herkunftseltern des Kindes, wenn dieses trotz Einrichtung einer Vormundschaft von ihnen weiter erzogen wird (etwa bei Minderjährigkeit beider Eltern).

Eine Pflegeperson, bei der das Kind in Dauerpflege lebt, dürfte im Regelfall diese Kriterien ebenso erfüllen wie die neuen Auswahlkriterien (§ 1779 Abs. 2 Nr. 1, 3 BGB-E), womit sie in der Regel als der bestgeeignete Vormund für den Mündel ausgewählt wird. Hiervon geht erfreulicherweise auch der Entwurf selbst aus, wenn er in der Begründung darauf hinweist, dass „ein geeigneter ehrenamtlicher Vormund am ehesten auch die Auswahlvo-

²³ Entwurf S. 123.

²⁴ MünchKommBGB/Spickhoff (7. Aufl.), § 1792 Rn. 2.

²⁵ MünchKommBGB/Spickhoff (7. Aufl.), § 1792 Rn. 2.

²⁶ Staudinger/Veit (2014), § 1779 BGB Rn. 28

raussetzungen nach (Anm. d. Verf.: § 1779) Absatz 2 erfüllen dürfte²⁷. Darin liegt eine erfreuliche Bestätigung der bisherigen OLG-Rechtsprechung zur besonderen Eignung von Pflegeeltern, die die Vormundschaft für das eigene Pflegekind übernehmen wollen²⁸.

Allerdings stellt sich die Frage, wieso der Entwurf die Fähigkeit einer Person, mit Interessenkonflikten umzugehen, nicht in den Kriterienkatalog aufgenommen hat. Solche Konflikte können immer wieder auftreten, sei es etwa zwischen den Pflegeeltern als Vormund und den Herkunftseltern, die ihr Umgangsrecht wahrnehmen wollen oder dem Jugendamt als Amtsvormund mit dem Jugendamt als Leistungsbehörde. Um der mit solchen Konflikten einhergehenden Gefahr einer unzureichenden Wahrnehmung der Mündelinteressen zu begegnen, sollte der Katalog in § 1780 Abs. 1 BGB-E um folgende Nr. 5 erweitert werden:

„ihrer Fähigkeit zum Umgang mit Interessenkonflikten mit den unter Nr. 4 genannten Personen oder sonstigen berechtigten Interessen verfolgenden Personen“.

bb) Die Begrenzung der Eignungskriterien auf natürliche Personen

Wenig überzeugend ist die Begrenzung aller Eignungskriterien auf natürliche Personen (arg. § 1780 Abs. 2 BGB-E: „natürliche Person“). Dahinter steckt die Grundannahme, dass das Jugendamt immer geeignet ist²⁹, weil ihm die Führung der Vormundschaft als staatliche Pflichtaufgabe (§§ 2 Abs. 3 Nr. 11, 55 SGB VIII) obliegt. Dass dies nicht alle Jugendämter und Gerichte so sehen, zeigt die jüngste Diskussion um die Frage, ob die fehlende Sach- und Fachkunde in asyl- und ausländerrechtlichen Fragen bei einer Amtsvormundschaft für unbegleitet eingereiste minderjährige Flüchtlinge als besonderer Grund i.S.v. § 1775 BGB die Einrichtung einer Mitvormundschaft rechtfertigt³⁰. Hinzu kommt, dass gerade beim Jugendamt mit der Bestellung als Amtsvormund strukturell bedingte Interessenkonflikte auftreten³¹. Zumindest das hier vorgeschlagene neue Eignungskriterium sollte deshalb

auf alle beruflich tätigen Vormünder einschließlich des Jugendamtes

angewendet werden können.

²⁷ Entwurf S. 118.

²⁸ OLG Brandenburg FamRZ 2014, 1863, 1864; OLG Karlsruhe FamRZ 2013, 1665, 1667; OLG Stuttgart FamRZ 2013, 1318; OLG Nürnberg FamRZ 2012, 1959, 1969.

²⁹ Entwurf S. 118, 120.

³⁰ Dafür OLG Frankfurt FamRZ 2014, 166; FamRZ 2014, 1128; FamRZ 2014, 2015 [LS]; AG Gießen FamRZ 2010, 1027 f; a.A. BGH FamRZ 2017, 1938, 1939 unter Bezugnahme auf die Entscheidungen FamRZ 2013, 1206, 1207 f; FamRZ 2014, 472, 473, jeweils zur Ergänzungspflegschaft.

³¹ Erwähnt sei nur der Fall, dass das Jugendamt als Amtsvormund beim Jugendamt als Leistungsbehörde Hilfe zur Erziehung beantragt (DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2012, 325, 326).

Selbst wenn eine Ergänzung in dieser Richtung im BGB abgelehnt wird, müsste zumindest

§ 55 Abs. 2 SGB VIII um eine Regelung erweitert werden, wonach die Eignungskriterien auch bei der Auswahl des mit der Führung der Vormundschaft zu betrauenden Mitarbeiters zu beachten sind.

Zudem sollte dort auch

eine allgemeine Pflicht zur strikten Aufgabentrennung aufgenommen werden

um zu vermeiden, dass sich die Aufgaben des Amtsvormunds mit denen des ASD oder des PKD überlappen und dadurch Interessenkonflikte entstehen³².

cc) Die neuen Auswahlkriterien

Die Kommission begrüßt die Erweiterung der geltenden Auswahlkriterien (§ 1779 Abs. 2 S. 2 BGB), da damit klarer als im geltenden Recht zum Ausdruck kommt, dass die Auswahl des Vormunds immer aus der Sicht der persönlichen Verhältnisse des Mündels zu treffen ist³³. Die Nennung des Willens an vorderster Stelle des Kriterienkatalogs unterstreicht die erhebliche Bedeutung, die gerade diesem Kriterium auch nach der Rechtsprechung des BVerfG bei der Auswahl des bestgeeigneten Vormunds zukommt³⁴. Erfreulich ist auch die Ergänzung des Katalogs um den wirklichen Willen der Eltern, wird damit doch der nach geltendem Recht notwendige Erst-Recht-Schluss zur Beachtlichkeit des mutmaßlichen Elternwillens³⁵ entbehrlich. Weiter eröffnet das neue Kriterium des kulturellen Hintergrunds die Möglichkeit, bei Mündeln mit Migrationshintergrund in besonderer Weise auf diese Besonderheiten Rücksicht zu nehmen.

c) Die Erstreckung der Auswahl auf das Jugendamt

Mit der Erstreckung der Auswahl auf das Jugendamt beseitigt der Entwurf einen Webfehler, der das materielle Recht seit der Einfügung der Vereins- und Amtsvormundschaft durch das NEhefG von 1969 in das BGB nicht nur in Bezug auf die Führung der Vormundschaft³⁶, sondern auch die Auswahl gekennzeichnet hat, weil es die Auswahlvorschrift des § 1779 BGB nicht auf diese Vormünder erstreckt hat. Allerdings birgt dieser Paradigmenwechsel erhebliche Gefahren für den Vorrang des ehrenamtlich tätigen Einzelvormunds, wie ihn das geltende Recht kennt (§§ 1791a Abs. 1 S. 2 BGB, §§ 53 Abs. 1, 56 Abs. 4 SGB VIII).

³² Zu dieser Forderung Kunkel FamRZ 2015, 901, 903.

³³ Entwurf S. 118.

³⁴ BVerfG FamRZ 2009, 1389 f; FamRZ 2008, 1737, 1738 m Anm. Kohne JAmt 2009, 167.

³⁵ MünchKommBGB/Spickhoff (7. Aufl.), § 1779 Rn. 7.

³⁶ Zu diesem Webfehler Veit FamRZ 2016, 2045, 2051.

Zwar betont der Entwurf, dass ein geeigneter ehrenamtlicher Vormund am ehesten auch die neuen Auswahlkriterien (§ 1779 Abs. 2 BGB-E) erfüllen dürfte; er weist jedoch zugleich darauf hin, dass der Vorrang des ehrenamtlichen Einzelvormunds zurücktreten müsse, wenn der Mündel und seine Lebensverhältnisse nach einer professionellen Aufgabenwahrnehmung verlangten³⁷. Gerade dies dürfte aber bei einer Vielzahl der unter Vormundschaft stehenden Kinder der Fall sein, die zumeist traumatische Erfahrungen im Elternhaus gemacht haben. Da das Jugendamt wegen der „bei ihm gebündelten Fachkompetenz“ in besonderer Weise geeignet gilt³⁸, besteht die Gefahr, dass sich an der bisherigen Bestellpraxis nicht viel ändert und im Regelfall das Jugendamt als Vormund bestellt wird.

Diese Gefahr ließe sich nur durch ein klares Bekenntnis zum Vorrang des ehrenamtlichen Einzelvormunds vor allen beruflich tätigen Vormündern beseitigen. Diesen Weg beschreitet der Entwurf freilich nicht, sondern beseitigt den Grundsatz der Subsidiarität der Amtsvormundschaft ganz³⁹. Zwar soll es den Vorrang des Ehrenamtes weiter geben, aber nur noch im Verhältnis zu den Berufsvormündern, die als natürliche Personen tätig sind (§ 1780 Abs. 2 BGB-E), aber nicht mehr gegenüber dem Jugendamt. Damit gelingt es dem Entwurf zwar, die Bedeutung der Amtsvormundschaft, die dieser in der Realität zukommt, besser abzubilden⁴⁰. Jedoch gerät dadurch die Wertentscheidung des Entwurfs zugunsten der ehrenamtlichen Einzelvormundschaft ins Wanken.

Um zu vermeiden, dass die besondere Bedeutung der ehrenamtlichen Einzelvormundschaft für den Mündel damit nicht letztlich leerläuft, obwohl gerade diese am ehesten „eine familiär geprägte Beziehung zum Mündel“ erwarten lässt, die für die betroffene Klientel der Mündel von herausragender Bedeutung ist⁴¹, sollte der Subsidiaritätsgrundsatz nicht abgeschafft, sondern umgekehrt deutlicher herausgestellt werden.

Dieser Schritt ist auch verfassungs- und völkerrechtlich geboten. Art. 6 Abs. 1 GG gibt nahen Verwandten ein Recht darauf, bei der Auswahl vorrangig berücksichtigt zu werden, sofern tatsächlich eine engere familiäre Beziehung zum Kind besteht⁴² und dem Wohl des Kindes nicht durch die Auswahl einer familienfremden dritten Person besser gedient ist⁴³. Die Pflegefamilie, bei der das Kind in Dauerpflege lebt, fällt ebenfalls in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG⁴⁴ und ist bei gleicher Eignung wie die Verwandten des Kindes nicht nachrangig gegenüber diesen⁴⁵. Einen besonderen Schutzauftrag des Staates gerade gegenüber Kindern, die außerhalb ihrer Herkunftsfamilie groß werden, normiert auch Art. 20 UN-KRK, der die Pflicht des Staates begründet, die gegenüber der Herkunftsfami-

³⁷ Entwurf S. 118.

³⁸ BGH FamRZ 2017, 1938, 1940 m. Anm. Keuter.

³⁹ Entwurf S. 84.

⁴⁰ Entwurf S. 74.

⁴¹ Entwurf S. 122.

⁴² BVerfG FamRZ 2014, 1435, 1437; FamRZ 2014, 1843, 1844; FamRZ 2014, 1841, 1842.

⁴³ BVerfG FamRZ 2014, 1435, 1437; FamRZ 2014, 1841, 1842; FamRZ 2014, 1843, 1844.

⁴⁴ BVerfGE 79, 51 Rn. 28; OLG Nürnberg NJW 2014, 2883 f mwN.

⁴⁵ Heilmann/Dürbeck, Praxiskommentar Kindschaftsrecht (2015), § 1779 BGB Rn. 11.

lie „andere Betreuung“ des Kindes sicherzustellen⁴⁶. Eine solche Sicherstellung bildet aber gerade die umfassende rechtliche Absicherung der tatsächlichen Sorgeverhältnisse durch eine vorrangige Bestellung der Pflegeperson als Vormund. Die Verankerung des Subsidiaritätsgrundsatzes ist also dringend notwendig. Deshalb fordert die Kinderrechtskommission,

den in § 1780 Abs. 2 BGB-E enthaltenen Vorrang auf alle Vormünder zu erstrecken und in § 1779 BGB-E zu verankern.

d) Die vorläufige Vormundschaft (§ 1782 BGB-E).

Die Kommission begrüßt die Einführung der Rechtsfigur der vorläufigen Vormundschaft (§ 1782 BGB-E), mit der vermieden werden soll, dass das Jugendamt vorschnell zum endgültigen Vormund bestellt wird, obwohl eine besser geeignete Person als Vormund hätte gefunden werden können⁴⁷.

Um sicherzustellen, dass die Gerichte nicht mehr wie bisher einfach mit Blick „auf die bestehende Familienproblematik“ von Ermittlungen absehen und das Jugendamt bestellen⁴⁸, wird vorgegeben, dass für den Fall, dass bei Anordnung der Vormundschaft noch keine Auswahl des bestgeeigneten Vormunds erfolgen konnte⁴⁹, das Jugendamt oder der Verein als vorläufiger Vormund zu bestellen ist. Dies soll etwa der Fall sein, wenn zu diesem Zeitpunkt noch keine Gelegenheit bestanden hat, im persönlichen Umfeld des Mündels zu ermitteln, oder das Gericht die bisherigen Bemühungen des Jugendamts zur Ermittlung des geeigneten Vormunds noch nicht für ausreichend hält⁵⁰.

Die Bestellung des vorläufigen Vormunds ist grundsätzlich auf drei Monate befristet (§ 1782 Abs. 2 S. 1 BGB-E). Kann allerdings in dieser Zeit trotz eingeleiteter Ermittlungen der bestgeeignete Vormund noch nicht gefunden werden, kann die Frist durch gerichtliche Entscheidung um weitere drei Monate verlängert werden (§ 1782 Abs. 2 S. 2 BGB-E). Allerdings sind diese

Fristen recht knapp bemessen

sie mögen zwar für den Fall passen, dass die bereits gefundene Person noch nicht bestellt werden konnte, weil etwa noch ein Führungszeugnis fehlt⁵¹. Jedoch darf bezweifelt werden, ob sie auch in den schwierigen Fällen genügen, in denen, wie häufig nach Entzug der elterlichen Sorge und Trennung des Kindes von der Herkunftsfamilie, nach Anordnung der Vormundschaft die Lebensverhältnisse des Mündels noch im Umbruch sind⁵², dieser sich gar, wie bereits im gerichtlichen Sorgerechtsentzugsverfahren, gegen

⁴⁶ Schmahl, Kinderrechtskonvention (2. Aufl.), Art. 20 Rn. 5.

⁴⁷ Entwurf S. 86.

⁴⁸ OLG Celle ZKJ 2011, 435, 437.

⁴⁹ Entwurf S. 123.

⁵⁰ Entwurf S. 123 f.

⁵¹ Zu diesem Fall Entwurf S. 125.

⁵² So selbst der Entwurf S. 124.

jede Trennung von seinen Eltern wendet und sich nicht mit der Frage auseinandersetzen kann oder will, wer anstelle der Eltern die Verantwortung übernehmen soll⁵³.

Zudem bietet die offen formulierte Voraussetzung für die Fristverlängerung („wenn trotz eingeleiteter Ermittlungen des Familiengerichts [...]“) Raum für vielfältigste Gründe (z.B. fehlendes Führungszeugnis des bestgeeigneten Vormunds⁵⁴ oder anderweitige Verhinderung, fehlende Anhörung des Mündels oder anderer Verfahrensbeteiligter, Fehlen von Sachverständigengutachten zur Klärung der Eignungskriterien von bestimmten Personen usw.), womit die Gefahr einhergeht, dass der Ausnahmefall zum Regelfall wird. Um diese Gefahr zu bannen, müsste in § 1782 Abs. 2 S. 2 BGB-E folgender Zusatz aufgenommen werden:

im Ausnahmefall.

Geklärt werden müsste weiter das Verhältnis dieses sog. vorläufigen Vormunds zur Bestellung eines endgültigen Vormunds im einstweiligen Anordnungsverfahren nach §§ 49 ff. FamFG.

e) Auswahlverfahren

Darüber hinaus müsste das Auswahlverfahren dadurch effektiver gestaltet werden, dass die Pflicht des Jugendamts, das Gericht bei der Suche nach dem besten für den Mündel geeigneten Vormund zu unterstützen (§§ 53 Abs. 1, 56 Abs. 4 SGB VIII), stärker konkretisiert wird. Diese Pflicht ist mancherorts unbekannt, andernorts besteht Konkurrenzdenken oder eine negative, mindestens ambivalente Haltung der professionell Tätigen in den Jugendämtern gegenüber den Ehrenamtlichen⁵⁵. Zwar ist das Gericht an Vorschläge des Jugendamts ebenso wenig gebunden wie an die von Einzelpersonen, etwa Verwandten des Mündels⁵⁶. Dennoch zeigen Erfahrungen aus der Praxis, dass dort, wo Jugendämter ihre Mitteilungs- und Rekrutierungspflichten nach dem SGB VIII ernst nehmen und etwa Vereine vorschlagen, deutlich mehr Vereine und Vereinsmitarbeiter von den Gerichten zum Vormund bestellt worden sind als dort, wo das Jugendämter dies nicht getan haben⁵⁷. Nichts anderes lässt sich für Einzelvormünder sagen; wiederholt wird die Vermutung geäußert, dass die Praxis die Möglichkeiten, Einzelvormünder zu gewinnen, nicht immer ausgeschöpft hat⁵⁸. Deshalb müsste im SGB VIII (etwa durch Ergänzung von § 53 Abs. 1 SGB VIII) oder/und im FamFG eine Regelung aufgenommen werden,

wonach das Jugendamt seine Bemühungen um die Suche nach einem geeigneten Vormund dem Familiengericht nachweisen muss.

⁵³ Zu diesem Beispiel Entwurf S. 119.

⁵⁴ Entwurf S. 126.

⁵⁵ Näher Schumann, in: Hansbauer (Hrsg.), Neue Wege in der Vormundschaft? (2002), S. 202.

⁵⁶ S. DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2016, 142 ff. (zu einem Vorschlag des Jugendamts); OLG Hamm FamRZ 2015, 522 (zu Vorschlägen von Verwandten des Mündels).

⁵⁷ Elmauer/Kauermann-Walter JAmt 2016, 116.

⁵⁸ Zenz DAVorm 2000, 365, 372; Wiesner/Wiesner (5. Aufl.), § 55 SGB VIII Rn 63a.

f) Der Vormundswechsel (§ 1805 BGB-E)

Zu begrüßen ist die Entscheidung des Entwurfs, die vielfältigen Entlassungsregeln des geltenden Rechts (§§ 1886 – 1889 BGB) durch eine übersichtlichere und klarere Neuregelung zu ersetzen, die nicht mehr nach den verschiedenen Vormündern differenziert. Positiv hervorzuheben ist auch die deutliche Unterscheidung zwischen Entlassung (§ 1805 BGB-E) und Neubestellung (§ 1806 BGB-E) einerseits sowie Entlassung des Vormunds und Beendigung der Vormundschaft (§ 1807 BGB-E) andererseits (anders im geltenden Recht [§§ 1882 ff. BGB]).

Die Neuregelungen finden auch insoweit Zustimmung in der Kommission, als sie dem Vorrang des ehrenamtlichen Einzelvormunds dienen. Wenn die Neuregelungen nämlich vorsehen, dass das Gericht von Amts wegen einen beruflich tätigen Vormund zu entlassen hat, wenn eine andere Person geeignet und bereit ist, die Vormundschaft ehrenamtlich zu führen, und zum Kreis der beruflichen Vormünder auch das Jugendamt zählen, wie sich aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf § 1775 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E ergibt (§ 1805 Abs. 1 Nr. 2 BGB-E), so wird damit eine Subsidiarität der beruflichen Vormundschaft vor der ehrenamtlichen Einzelvormundschaft verbürgt, wie sie das geltende Recht kennt (§§ 1791a Abs. 1 S. 2, 1791b Abs. 1 S. 1 BGB). Dies zeigt sich auch darin, dass der Wechsel etwa vom Jugendamt zur Pflegeperson als Vormund nicht erst dann erfolgen soll, wenn dies dem Wohl des Mündels dient (§ 1887 Abs. 1 BGB), sondern nur dann unterbleiben darf, wenn er dem Wohl des Mündels etwa im Hinblick auf dessen Interesse an der Kontinuität seiner Bezugsperson, widerspricht⁵⁹, also in der Regel erfolgen muss.

Deutlich widersprochen werden muss allerdings der Neuregelung zum Vormundswechsel auf Antrag (§ 1805 Abs. 3 BGB-E), da diese den sog. Subsidiaritätsgrundsatz wieder vollständig aushebelt. Während nämlich das geltende Recht diese Möglichkeit für das Jugendamt und den Verein als Vormund nur eröffnet, um der natürlichen Person als Vormund den Weg in die Vormundschaft zu ebnen (§§ 1887 Abs. 2 S. 3, 1889 Abs. 2 S. 1 BGB), beschränkt sich der Entwurf nicht auf diese Form des Wechsels von der beruflichen zur ehrenamtlichen Vormundschaft, sondern eröffnet generell den Wechsel auf Antrag, wenn dieser dem Mündel „besser dient“ (§ 1805 Abs. 3 S. 1 BGB-E). Antragsberechtigt sind der amtierende Vormund, der über 14-jährige Mündel, jeder andere, der ein berechtigtes Interesse des Mündels geltend macht, sowie derjenige, der zum neuen Vormund bestellt werden soll (§ 1805 Abs. 3 S. 3 BGB-E). Damit wird dem Jugendamt die Möglichkeit eröffnet, die Entlassung des ehrenamtlichen Vormunds, etwa der Pflegeperson, mit der Begründung zu beantragen, dass eine professionelle Führung der Vormundschaft dem Mündelwohl besser dient. Damit hängt laufend ein Damoklesschwert über der Pflegefamilie, das nur schwer mit dem Interesse des Mündels nach Sicherheit, Kontinuität und Stabilität seiner (auch rechtlichen) Beziehungen zu seinen Pflegeeltern⁶⁰ in Einklang zu bringen ist. Diese Unsicherheit wird auch nur unzureichend dadurch gemindert, dass im Rahmen der Kindeswohlprüfung ein entgegenstehender Wille des Mündels und der

⁵⁹ Entwurf S. 157.

⁶⁰ Kinderrechtekommission des DFGT FamRZ 2014, 891, 892.

Vorrang des ehrenamtlichen Vormunds zu „berücksichtigen“ (§ 1805 Abs. 3 S. 1 BGB-E) sind. Um den Kontinuitätsinteressen in der Pflegefamilie Rechnung zu tragen, muss der Vormundswechsel auf Antrag davon abhängig gemacht werden, dass triftige Gründe des Mündelwohls diesen erfordert. Deshalb plädiert die Kommission dafür, § 1805 Abs. 3 S. 1 BGB-E wie folgt zu ändern:

Das Familiengericht hat auf Antrag den bisherigen Vormund zu entlassen und einen neuen Vormund zu bestellen, wenn triftige Gründe des Mündelwohls dies erfordern.

Zudem ist das Konkurrenzverhältnis zur Bestellung eines zusätzlichen Pflegers (§ 1777 BGB-E) offen. Dieses müsste, um den Bedürfnissen des Mündels in vollem Umfang Rechnung zu tragen, im Sinn eines gesetzlich verankerten Vorrangs von § 1777 BGB vor dem Vormundswechsel gelöst werden. Deshalb plädiert die Kommission dafür, § 1805 Abs. 3 BGB-E um den Satz zu erweitern:

§ 1777 bleibt unberührt.

3. Die gesetzliche Amtsvormundschaft

Die vorgeschlagene Regelung zur Amtsvormundschaft bei vertraulicher Geburt (§ 1788 BGB-E) ist zu begrüßen. Sie schließt insoweit eine Lücke im Gesetz, als in den Fällen der vertraulichen Geburt de lege lata nur eine Vormundschaft angeordnet werden kann, wenn das vertraulich geborene Kind nicht unter elterlicher Sorge steht. Solange aber auch nur ein Elternteil rechtlich wie tatsächlich in der Lage ist, die Sorge auszuüben, besteht für die Anordnung der Vormundschaft kein Bedürfnis. Ist die gebärende Frau verheiratet, so ruht zwar ihre Sorge (§ 1674 BGB), diese wird dann aber vom Ehemann wahrgenommen (§ 1678 BGB). Für ihn besteht zwar im Regelfall mangels Kenntnis von der vertraulichen Entbindung seiner Ehefrau, ein tatsächliches Ausübungshindernis; dieses bewirkt aber mangels gerichtlicher Feststellung der Ausübungsverhinderung (§ 1674 Abs. 1 BGB) noch kein Ruhen. Damit fehlt es aber an den Voraussetzungen sowohl für eine Anordnung der Vormundschaft. Wenn der Entwurf nun eine gesetzliche Amtsvormundschaft für die Fälle der vertraulichen Geburt vorsieht, so ändert dies nichts daran, dass es im Fall der verheirateten Kindesmutter an den Voraussetzungen für eine Vormundschaft fehlt. Deswegen plädiert die Kommission dafür den Ruhenstatbestand des § 1674a S. 1 BGB wie folgt auf den Ehemann der Kindesmutter zu erweitern:

Die elterliche Sorge der Mutter und für ein nach § 25 Abs. 1 des Schwangerschaftskonfliktgesetzes vertraulich geborenen Kind und des im Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Kindesmutter verheirateten Kindesvaters ruht.

§ 1678 BGB bedarf dagegen keiner Änderung, weil dieser voraussetzt, dass die Verhinderung bzw. das Ruhen nur in der Person eines Elternteils vorliegt. Sobald die Verhinderung aber in der Person beider Eltern vorliegt, kommt § 1678 BGB nicht zur Anwendung.

4. Das neue Konzept der Personensorge des Vormunds

Die Kommission begrüßt den Versuch des Entwurfs, die vom Vormund tatsächlich gelebten Beziehungsebenen abzubilden.

a) Die Beziehungsebene des Vormunds zum Mündel

Im geltenden Recht fehlen, von wenigen Ausnahmen einmal abgesehen (§§ 1793 Abs. 1 S. 2, 1626 Abs. 2 BGB), Regelungen zum Verhältnis zwischen Vormund und Mündel. Zwar wurden 2011 erste wichtige Verbesserungen eingeführt, indem eine persönliche und nicht delegierbare Pflicht des Vormunds zum monatlichen Kontakt mit dem Mündel sowie zur Förderung und Gewährleistung seiner Pflege und Erziehung aufgenommen wurden (§§ 1793 Abs. 1a, 1800 S. 2 BGB). Eine umfassende Ausrichtung der Sorge des Vormunds an den Mündelinteressen fehlt aber derzeit im Gesetz. Dieser blinde Fleck im Dickicht des Vormundschaftsrechts ist umso misslicher, als gerade die hier betroffenen Kinder aufgrund ihrer problembeladenen Vorgeschichte darauf angewiesen sind, im Mittelpunkt der Vormundschaftsführung zu stehen. Schon 1992 wurde auf dem 59. DJT die Forderung aufgestellt, ein Recht des Kindes auf eine persönlich geführte Vormundschaft in das Gesetz aufzunehmen. Seither forderten vor allem Salgo und Zenz immer wieder eine stärkere Berücksichtigung der Mündelinteressen⁶¹.

Umso mehr ist es zu begrüßen, dass der Entwurf diese Forderungen nun aufgreift und den Vorschriften zur Vormundschaftsführung leitbildartig einen Katalog an Kindesrechten (§ 1789 BGB-E) voranstellt. Hiermit korrespondieren die Pflichten des Vormunds (§§ 1790, 1791, 1796 BGB-E), die stärker als bisher an den Rechten und Interessen des Kindes ausgerichtet werden. So wird der Vormund ausdrücklich zur Pflege, Erziehung und Beaufsichtigung des Mündels „gemäß der [vorgenannten] Rechte (sic!) des Mündels“ verpflichtet (§ 1796 Abs. 1 S. 1 BGB-E). Die Rechtsstellung der Mündel wird erheblich gegenüber derjenigen von Kindern verbessert, die unter elterlicher Sorge stehen. So wird ein Recht auf Erziehung und Förderung gegen den Vormund festgeschrieben, aus dem sich klagbare Ansprüche ableiten lassen, was so im Eltern-Kind-Verhältnis nicht gilt. Die Wünsche und Interessen des Mündels sind bei der Führung der Vormundschaft auch nicht nur zu „berücksichtigen“ (s. § 1626 Abs. 2 BGB), vielmehr ist sein Wille zu „achten“. Die Sorgeangelegenheiten sind auch nicht nur mit ihm zu besprechen, vielmehr ist er in die Entscheidungsfindung unmittelbar einzubeziehen (§ 1791 Abs. 2 S. 2 BGB-E: „an Entscheidungen zu beteiligen“), um zu vermeiden, dass „über seinen Kopf hinweg“ entschieden wird⁶².

Diese Verstärkung der Rechtsstellung des Mündels wirft freilich die Frage auf, ob einem Kind wirklich mehr Mitbestimmungsrechte gegenüber seinem Vormund zustehen sollten als gegenüber seinen Eltern; immerhin spricht für eine Gleichbehandlung, dass es bei der Erziehung aller Kinder immer um das gleiche Spannungsverhältnis zwischen dem Eigen-

⁶¹ Salgo/Zenz FamRZ 2009, 1378, 1385; Zenz/Salgo frühe Kindheit 2010, Heft 4, 29, 33.

⁶² Entwurf S. 133.

willen des Kindes und der Notwendigkeit einer Führung durch den Sorgeberechtigten geht⁶³. Dennoch lässt sich die Ungleichbehandlung mit der besonderen Schutzbedürftigkeit der betroffenen Mündel rechtfertigen, die vor dem Sorgerechtsentzug nicht im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit ihrer Eltern standen. Gerade wegen dieser negativen Erfahrungen im sozialen Umfeld bedürfen sie „des besonderen „Hinhörens“ und „Ernstnehmens“⁶⁴.

Allerdings bleiben einige unübersehbare Schwächen, die beseitigt werden müssten:

- (1) *Der antiquiert und herabsetzend anmutende Begriff „Mündel“ ist durch den des „Kindes“ ersetzt werden.*
- (2) *Die Beachtung der Mündelrechte kann nicht auf den Vormund begrenzt bleiben, sondern muss auf alle an der Erziehung mitwirkenden Personen, vor allem die tatsächlich pflegende Person, erstreckt werden.*
- (3) *Eine dem § 1789 Abs. 1 BGB-E entsprechende Regelung muss in § 1799 BGB-E aufgenommen werden, um zu vermeiden, dass der Mündel im Bereich der Vermögenssorge weniger Rechte hat als im Bereich der Personensorge.*
- (4) *Die Beziehungsebene des Kindes zur Herkunftsfamilie müsste abgebildet werden.*

Die Aufnahme einer dem § 1626 Abs. 3 BGB in vollem Umfang entsprechenden Regelung im Kapitel 1 (Allgemeine Vorschriften) des 2. Untertitels (Führung der Vormundschaft) scheidet dabei freilich aus, da diese Norm von einer gesunden Eltern-Kind-Beziehung ausgeht, dieser Grundsatz aber nicht in den Fällen passt, in denen eine in der Herkunftsfamilie misshandeltes oder vernachlässigtes Kind bislang keine dem Kindeswohl dienliche Bindungen zu seinen Herkunftseltern aufbauen konnte. Deshalb könnte diese Vorschrift nur mit den Modifikationen in Bezug genommen werden, die die Kommission bereits an anderer Stelle in ihren Forderungskatalog zur Reform des Pflegekinderwesens aufgenommen hat⁶⁵.

b) Die Beziehungsebene des Vormunds zur tatsächlich pflegenden Person

Im geltenden Recht sucht man vergebens nach Regeln zum Rechtsverhältnis zwischen dem Vormund und der Pflegeperson. Vielmehr ergeben sich die beiderseitigen Rechte und Pflichten ausschließlich aus einer privatrechtlichen Vereinbarung, mit der der Vormund der Pflegeperson Entscheidungs- und Vertretungsbefugnisse einräumt (sog. Pfl-

⁶³ Schwab, in: Dutta, Vormundschaft in Europa (2016), S. 30.

⁶⁴ Entwurf S. 133; Salgo/Zenz FamRZ 2009, 1378, 1385.

⁶⁵ Kinderrechtekommission des DFGT FamRZ 2014, 891, 899.

gevereinbarung). Er kann allerdings diese Übertragung von Rechten und Pflichten jederzeit frei widerrufen, die Pflegeperson unterliegt seiner Kontrolle und bleibt weitgehend von seinem Willen abhängig⁶⁶. Die Pflegeperson ist nie davor gefeit, dass der Vertragspartner die Vertretungsmacht ggf. soweit einschränkt, dass eine dem Wohl des Minderjährigen förderliche Erziehung nicht mehr möglich ist, bzw. die Vertretungsmacht ganz widerruft. Die damit verbundene Unsicherheit der sorgerechtlichen Stellung der Pflegeperson ist mit deren Interesse an rechtlicher Stabilisierung gerade bei langjährigen Pflegeverhältnissen nicht vereinbar.

Umso erfreulicher ist es, dass der Entwurf erstmals die Beziehungsebene zwischen dem Vormund und der Pflegeperson ausgestaltet. Inhaltlich reichen die Regeln von allgemeinen Verhaltenspflichten bis hin zur Festschreibung von Sorgekompetenzen der Pflegeperson samt Konfliktlösungsregeln. Diese Entscheidung des Entwurfs kann nicht hoch genug eingeschätzt werden. Die Pflegefamilie ist der Ort, an dem der Mündel tragfähige Bindungen aufbaut und eine Förderung seiner Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit erfährt⁶⁷. Umso wichtiger ist es deshalb, dass die sozialen Bindungen in der Familie auch rechtlich gewährleistet werden⁶⁸. Auf diesem Weg ist die Verrechtlichung der tatsächlichen Beziehung von Mündel und Pflegeeltern von besonderer Bedeutung. Gleichwohl bleibt der Entwurf hinter den Erwartungen, die die Zielsetzung verspricht, nämlich, die tatsächlich gelebten Verantwortlichkeiten in den Pflegefamilien auch rechtlich abzubilden⁶⁹, zurück. Dies zeigt sich an mehreren Stellen:

aa) Der Grundsatz der Gesamtverantwortung

Der Entwurf verharrt leider bei dem romantischen Bild der vollen Sorgeverantwortung aller Vormundstypen für die Mündel, und zwar unabhängig davon, ob sie die Mündel selbst pflegen und erziehen oder nicht. Zwar macht der Entwurf deutlicher als die 2011 eingeführte Regelung des § 1800 S. 2 BGB, dass sich die Sorgeverantwortung des Berufsvormunds von der eines erziehenden Vormunds unterscheidet, der den Mündel in seinen Haushalt aufnimmt. Während letzterer die Pflege und Erziehung des Mündels tatsächlich leistet oder zumindest hierzu in der Lage ist, ist diese Möglichkeit dem beruflich tätigen Vormund von vornherein versperrt. Diesem Umstand versucht der Entwurf durch die Erläuterung Rechnung zu tragen, dass dem nicht erziehenden Vormund auch nicht die Pflicht zur Pflege und Erziehung, sondern (nur) zur Förderung und Gewährleistung der Pflege und Erziehung obliegt (§ 1796 Abs. 1 S. 2 BGB-E).

Damit wird zwar deutlich klarer als im geltenden Recht (§ 1800 S. 2 BGB) herausgestellt, auf wen sich diese Förder- und Gewährleistungspflicht bezieht. Gleichwohl vermittelt die weitere Verwendung der Verben „fördern“ und „gewährleisten“ nur ansatzweise, dass sich

⁶⁶ Zur Pflegevereinbarung Küfner/Schönecker in: Kindler/Helming/Meysen/Jurczyk (Hrsg.), Handbuch Pflegekinderhilfe (2011), S. 71 ff.

⁶⁷ Salgo ZKJ 2015, 357.

⁶⁸ Zum Konzept des sog. „permanency-planning“ Salgo ZKJ 2015, 357, 361; Diouani-Streek, Kontinuität im Kinderschutz – Perspektivplanung für Pflegekinder (2015), S. 178 ff.

⁶⁹ Entwurf S. 73 ff.

die Sorgewahrnehmung durch einen beruflich tätigen Vormund grundlegend von der eines ehrenamtlich tätigen Vormunds unterscheidet, der den Mündel in seinen Haushalt aufnimmt (oder zumindest jederzeit aufnehmen kann). Während sich der erziehende Vormund auch tatsächlich um den Mündel kümmert, ist diese Möglichkeit dem beruflich tätigen Vormund gänzlich gesperrt, vielmehr organisiert er nur die Pflege und Erziehung, die tatsächlich von anderen (Pflegestelle, Heim) geleistet werden⁷⁰. Anstatt aber diese Realitäten stärker abzubilden und den Grundsatz der vollumfänglichen Sorge nur noch für den ehrenamtlichen Einzelvormund vorzusehen, für den beruflich tätigen Vormund dagegen eine klare Aufgaben- und Verantwortungsteilung zwischen diesem und der tatsächlich pflegenden Stelle vorzunehmen⁷¹, verharret auch der zweite Entwurf⁷² bei der Einheitssorge für alle Vormunds-typen und betont, dass die Verantwortung für den Mündel grundsätzlich bei einem einzigen Vormund (ungeteilt) liegen müsse⁷³.

Zugleich soll aber die Stellung der tatsächlich pflegenden Person gestärkt werden. Das Dilemma, einerseits an der vollumfänglichen Sorgeverantwortung des Vormunds festhalten und andererseits die Pflegeperson stärker in die Verantwortung einbinden zu wollen, versucht der Entwurf mit dem Hinweis auf die „Gesamtverantwortung des Vormunds“⁷⁴ Rechnung zu tragen. Was das genau heißt, wird freilich nicht eigens für den nur organisierenden Vormund umschrieben. Vielmehr lässt sich die Frage nur den differenzierten Regeln zur Beziehungsebene zwischen dem Vormund und der Pflegeperson entnehmen. Diese weisen zwar erhebliche Fortschritte gegenüber dem geltenden Recht und den Vorschlägen des ersten Entwurfs auf. Gleichwohl bleiben Bruchstellen, vor allem beim Alltagssorgerecht der Pflegeperson (§ 1798 BGB-E) und der Rechtsfigur des zusätzlichen Pflegers (§ 1777 BGB-E), die zugleich die Schwäche des Konzepts der Einheitssorge deutlich machen.

bb) Das Alltagssorgerecht der Pflegeperson (§ 1798 BGB-E)

Die Aufnahme eines an § 1688 BGB angelehnten Alltagssorgerechts⁷⁵ ist zu begrüßen, weil sie eine Lücke schließt, die im geltenden Recht mit einer analogen Anwendung dieser Norm geschlossen wird⁷⁶. Gleichwohl liegt darin nur eine unwesentliche Verbesserung der Rechtsstellung der tatsächlich pflegenden Person gegenüber einer Ermächtigung zur Vornahme der Alltagsangelegenheiten durch den Vormund⁷⁷, da dieser in beiden Fällen Inhaber des Alltagssorgerechts bleibt, mithin also jederzeit etwas anderes erklären kann, nur – im Unterschied zu den Eltern (§ 1688 Abs. 3 BGB) – mit der Einschränkung, dass diese Begrenzung auch zum Wohl des Mündels erforderlich sein muss (§ 1798 Abs. 3 BGB-E).

⁷⁰ Schwab in: Dutta Vormundschaft in Europa (2016), S. 25 spricht vom „Organisationsvormund“.

⁷¹ Näher Veit FamRZ 2016, 2045, 2053 ff.

⁷² Zu dieser Schwachstelle im ersten Entwurf bereits Veit/Marchlewski FamRZ 2017, 779, 781.

⁷³ Entwurf S. 78, 109.

⁷⁴ Entwurf S. 134, 111.

⁷⁵ Entwurf S. 143.

⁷⁶ S MünchKommBGB/Spickhoff (7. Aufl.), § 1800 Rn. 9.

⁷⁷ Hoffmann DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2012, 268, 269.

Diese Aufrechterhaltung der Verantwortung des Vormunds auch für Alltagsfragen ist zwar folgerichtiger Ausdruck der vollen Sorgeverantwortung des Vormunds, wie sie in § 1796 Abs. 1 S. 2 BGB-E festgeschrieben ist; die Pflegeperson vertritt nicht das Kind, sondern den Vormund, was nur Sinn ergibt, wenn dieser auch voll sorgeberechtigt bleibt⁷⁸. Gleichwohl werden die tatsächlich gelebten Verantwortlichkeiten in den Pflegefamilien damit nur unzureichend abgebildet. Dies würde eher durch

eine „sorgerechtliche Mindestausstattung“⁷⁹ der Pflegeperson ex lege mit einem Alltagssorgerecht in Vertretung des Kindes gewährleistet.

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

Von zentraler Bedeutung ist die gerichtliche Übertragung von einzelnen Sorgeangelegenheiten oder einer bestimmten Art von Sorgeangelegenheiten auf die Pflegeperson (§ 1778 BGB-E). Damit wird ihr die Möglichkeit eröffnet, Sorgekompetenzen zu erlangen; dies ist ihr im geltenden Recht versagt, da § 1630 Abs. 3 BGB im Vormundschaftsrecht nicht in Bezug genommen wird (§ 1800 S. 1 BGB). Die Übertragung dient auch gerade bei Dauerpflegeverhältnissen in der Regel dem Wohl des Mündels, wird doch mit der gerichtlichen Entscheidung die emotionale Sorgebeziehung zwischen Pflegeperson und Kind rechtlich stärker stabilisiert⁸⁰ als über das Alltagssorgerecht.

Die Pflegeperson erhält im Umfang der gerichtlichen Entscheidung die Stellung eines Pflegers (§ 1778 Abs. 1 BGB-E), auf den die Vorschriften über die Pflegschaft für Minderjährige (§§ 1810 ff. BGB-E) entsprechende Anwendung finden (§ 1778 Abs. 4 BGB-E). Versteht man den Begriff des Pflegers wie in § 1630 Abs. 3 BGB, der als Vorbild für diese Norm diente⁸¹, so erhält die Pflegeperson vom Vormund unabhängige Entscheidungs- und Vertretungskompetenzen für das Kind⁸² (arg. § 1915 Abs. 1 S. 1 BGB [§ 1813 BGB-E]) mit der Folge, dass sich im Umfang der gerichtlichen Zuweisung die Sorgeverantwortung des Vormunds reduziert. Der Umfang dieser Sorgekompetenz lässt sich Absatz 2 entnehmen, wonach Sorgeangelegenheiten, deren Regelung für den Mündel von erheblicher Bedeutung ist, der Pflegeperson nur gemeinsam mit dem Vormund übertragen werden; dass der Vormund weiter Träger von Sorgeverantwortung bleibt, ergibt sich aus § 1790 Abs. 1 S. 2 letzter HS BGB-E. Insoweit entsteht also eine gemeinsame Sorge von Vormund und Pflegeperson als Pfleger mit der Folge, dass beide im gegenseitigen Einvernehmen handeln müssen (§ 1794 Abs. 3 BGB-E). Angelegenheiten der Alltagssorge werden dagegen der Pflegeperson zur Alleinsorge zugewiesen.

⁷⁸ Veit/Marchlewski FamRZ 2017, 779, 782.

⁷⁹ Staudinger/Salgo (2014) § 1688 BGB Rn. 11.

⁸⁰ Zur Bedeutung der rechtlichen Stabilisierung von Pflegeverhältnissen näher DFGT, Kinderrechtekommission, FamRZ 2014, 891, 892 f.

⁸¹ Entwurf S. 114.

⁸² S. Entwurf S. 114.

Diese Neuregelung ist zu begrüßen, da sie die dogmatischen Schwachstellen vermeidet, die noch dem ersten DiskE anhafteten⁸³. Der Entwurf bekennt sich an dieser Stelle deutlich zu einer gespaltenen Sorge zwischen dem Vormund und der Pflegeperson als Pfleger. Die Pflegeperson erhält im übertragenen Sorgebereich die volle Sorgeverantwortung mit einem Alleinentscheidungsrecht in Alltagsfragen und einem Mitentscheidungsrecht des Vormunds in erheblichen Angelegenheiten. Die Rechtsfolgen ergeben sich deutlich aus dem Zusammenspiel von § 1778 Abs. 2 BGB-E und § 1790 Abs. 1 S. 2 letzter HS BGB-E. Auch mögliche Abgrenzungsprobleme zwischen Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung und Angelegenheiten der Alltagssorge dürften sich über eine entsprechende Anwendung der in § 1687 Abs. 1 S. 3 BGB genannten Kriterien und der hierzu ergangenen Rechtsprechung lösen lassen.

Es bleiben allerdings vier Schwachstellen:

- (1) Unklar bleibt der persönliche Anwendungsbereich der Vorschrift. Obwohl sie an § 1630 Abs. 3 BGB anknüpft⁸⁴, ist sie ihrem Wortlaut nach nicht auf Familienpflegeverhältnisse beschränkt, sondern erfasst allgemein „die Pflegeperson“. Anders als in § 1797 BGB-E und § 1798 Abs. 2 BGB-E fehlt in § 1778 BGB-E ein Hinweis darauf, dass dessen Absatz 1 auch in Fällen der Heimerziehung gilt, mit der Folge, dass in diesen Fällen eine Erweiterung von sorgerechtlichen Kompetenzen nicht vorgesehen ist. Dies ist freilich umso misslicher, als auch hier im Laufe der Zeit wichtige Bindungen für das Kind zu Heimerziehern und -betreuern entstehen können, die der rechtlichen Absicherung bedürfen⁸⁵. Deswegen wird dafür plädiert, § 1778 um folgenden Abs. 5 zu ergänzen:

„Die Absätze 1 bis 4 finden auf die Person gemäß § 1797 Abs. 3 entsprechende Anwendung“.

- (2) Die Sorgerechtsübertragung auf die Pflegeperson ist zwingend an die Zustimmung der Pflegeperson bzw. des Vormunds geknüpft (§ 1778 Abs. 1 Nr. 2 BGB-E). Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, hängt doch das Gelingen des Zusammenwirkens von Vormund und Pflegeperson bei Aufgabenspaltung wesentlich davon ab, ob sie grundsätzlich Einvernehmen erzielen können⁸⁶. Gleichwohl sind Fälle denkbar, in denen aus unterschiedlichsten Gründen die Zustimmung des Vormunds nicht erteilt wird, aus Gründen des Mündelwohls gleichwohl eine stärkere rechtliche Stabilisierung der Sorgebefugnisse der Pflegeperson vonnöten ist. Deshalb plädiert die Kommission dafür, in § 1778 Abs. 1 BGB-E

die Möglichkeit einer von der Pflegeperson beantragten Sorgerechtsübertragung auch gegen den Willen des Vormunds im Ausnahmefall

⁸³ Näher Veit/Marchlewski FamRZ 2017, 779, 780.

⁸⁴ Entwurf S. 114.

⁸⁵ Staudinger/Salgo (2015), § 1632 BGB Rn. 65.

⁸⁶ Entwurf S. 115.

vorzusehen⁸⁷.

- (3) Wenig gelungen ist auch die Regelung des § 1794 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E, wonach das Gericht auf Antrag über die hinsichtlich einer Sorgeangelegenheit bestehenden Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Vormund und der Pflegeperson als Pfleger entscheidet. Offensichtlich soll es eine Sachentscheidung treffen, wie dem Hinweis in der Entwurfsbegründung auf die §§ 1630 Abs. 2, 1797 Abs. 1 S. 2, 1798 BGB zu entnehmen ist⁸⁸. Da dem Gericht aber häufig die Sachnähe fehlen dürfte, sollte sich der Gesetzgeber zur Konfliktlösung eher an der Regelung des § 1628 orientieren. Die Übertragung von § 1628 BGB wäre Ausdruck des grundsätzlichen Vertrauens des Staates in die Kompetenz der von ihm gewählten Träger von Sorgeverantwortung. Dem Entwurf lässt sich kein Grund für die unterschiedliche Behandlung von Vormund und Pflegeperson einerseits und Eltern andererseits entnehmen. § 1628 BGB bietet einerseits ein Angebot zur Konfliktlösung und wahrt andererseits in größtmöglichem Umfang die Elternautonomie⁸⁹. Zwar kommt weder dem Vormund noch der Pflegeperson als Pfleger der verfassungsrechtliche Schutz von Art. 6 Abs. 2 GG zugute. Eine gerichtliche Sachentscheidung hätte also vor der Verfassung Bestand. Fraglich ist aber, ob sie wirklich erforderlich ist. Der Staat wird seinem gesteigerten staatlichen Schutzauftrag gegenüber Kindern, die nicht unter elterlicher Sorge stehen, bereits durch die Auswahl des bestgeeigneten Vormunds/Pflegers gerecht. Anders als Kinder, die unter elterlicher Sorge stehen, haben Kinder unter Vormundschaft gleichsam einen Anspruch auf die optimalen „Ersatzeltern“. Gerade für diese sollte aber der Grundsatz der Eigenständigkeit und Eigenverantwortlichkeit⁹⁰ weiterhin Geltung beanspruchen.

Die Kommission plädiert deshalb dafür, § 1794 Abs. 1 BGB-E um folgenden Passus zu ergänzen:

„Können sich der Vormund und der nach § 1778 bestellte Pfleger in einer einzelnen Angelegenheit oder einer bestimmten Art von Angelegenheiten der Sorge, deren Regelung für den Mündel von erheblicher Bedeutung ist, nicht einigen, so überträgt das Gericht die Entscheidung einem der beiden Sorgeverantwortlichen.“

- (4) Leider sieht der Entwurf keine Möglichkeit vor, dass die Pflegeperson in einzelnen oder einer bestimmten Art von Sorgeangelegenheiten eine umfassende Alleinsorge durch gerichtliche Entscheidung erhalten kann, wie sie für die Pflegeperson im Verhältnis zu den Eltern in § 1630 Abs. 3 BGB vorgesehen ist. Dieser Weg sollte aber eröffnet und § 1778 BGB-E um einen Absatz erweitert werden, der

⁸⁷ Zu dieser Forderung auch die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum 2. Diskussionsteilentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Nr. 38/2018 von November 2018, S. 4.

⁸⁸ Entwurf S. 138.

⁸⁹ Staudinger/Peschel-Gutzeit (2017), § 1628 BGB Rn. 12.

⁹⁰ Motive IV S. 1025.

eine analoge Regelung zu § 1630 Abs. 3 BGB enthält und zugleich vorsieht, dass ausnahmsweise von dem Zustimmungserfordernis des Vormunds für diese Übertragung abgesehen werden kann,

um dem Kontinuitätsinteresse vor allem von Dauerpflegefamilien Rechnung zu tragen. Zwar führt diese Aufgabenspaltung dazu, dass dem Kind damit zwei Sorgeverantwortliche gegenüber stehen; jedoch erlebt das Kind diese Situation auch in allen Fällen der Ergänzungspflegschaft, die neben der Vormundschaft eingerichtet wird⁹¹. Der Entwurf steht einer Aufgabenspaltung aber – von der beschriebenen Ausnahme abgesehen – zu Unrecht skeptisch gegenüber. Er verweist auf die Gefahr, dass sich jeder nur teilweise Sorgeberechtigte auf den anderen verlässt und in der Folge schlimmstenfalls niemand handelt⁹². Dabei wirkt die Erinnerung an den Fall Kevin nach, in dem sich die im Jugendamt Zuständigen (Vormund, Casemanager) aufeinander verließen und die notwendigen Kindesschutzmaßnahmen unterließen. Diese Bedenken sind aber bei einer Sorgeübertragung auf eine Pflegeperson unberechtigt. Zwar hätte sie zur Folge, dass der Vormund insoweit keine unmittelbare Kontrollfunktion mehr über die tatsächlich pflegende Person hätte. Diese müsste und könnte aber dem Familiengericht zuwachsen mit der Folge, dass sich dessen Aufsichts- und Beratungspflicht nicht auf den Vormund beschränken, sondern insoweit auf die tatsächlich pflegende Person erstrecken würde.

Neben dem Gericht ist das Jugendamt aufgrund seines allgemeinen Schutzauftrags (§§ 8a, 42 SGB VIII) zum Kindesschutz und zur Aufsicht über das Pflegeverhältnis verpflichtet (§§ 37 Abs. 3, 44 Abs. 3 SGB VIII). Denkbar wäre, diese Aufsichtspflicht des Jugendamts auch ins BGB aufzunehmen, um sicherzustellen, dass in allen Pflegeverhältnissen, also auch solchen, die nicht auf Vermittlung des Jugendamtes zustande kamen, eine dem Wohl des Mündels förderliche Erziehung gewährleistet wird⁹³.

d) Der zusätzliche Pfleger (§ 1777 BGB-E)

Die Einführung der neuen Rechtsfigur des zusätzlichen Pflegers ist grundsätzlich als Maßnahme zur Stärkung des Vorrangs der ehrenamtlichen Vormundschaft⁹⁴ zu begrüßen, vermeidet sie doch zum einen, dass eine dem Kind nahestehende natürliche Person, die grundsätzlich zur Wahrnehmung der Belange des Mündels besonders qualifiziert erscheint, nur deshalb als ungeeignet angesehen und nicht als Vormund ausgewählt wird, weil sie Schwierigkeiten mit der Erledigung einzelner Sorgeangelegenheiten hat (§ 1780 Abs. 2 BGB-E). Zum anderen kann sie Hürden für die dem Mündel nahestehende Person, etwa die Großmutter oder eine familienfremde Pflegeperson, abbauen, die Vormundschaft zu übernehmen, weil die Möglichkeit eröffnet wird, konfliktträchtige bzw. belastende Sorgeangelegenheiten – der Entwurf nennt beispielhaft Unterhaltsdurchsetzung oder die Ge-

⁹¹ Näher Veit FamRZ 2016, 2045, 2054.

⁹² Entwurf S. 113.

⁹³ Veit FamRZ 2016, 2045, 2054 f.

⁹⁴ Entwurf S. 113.

staltung des Umgangs des Kindes mit seinen Eltern – ⁹⁵ auf einen zusätzlichen Pfleger übertragen zu lassen.

So wertvoll dieser Vorstoß zur Förderung des Ehrenamtes deshalb auf jeden Fall ist, so sehr weist er doch auch Schwachstellen auf:

Es überzeugt nicht, wenn dieser Pfleger zwar im Umfang der Übertragung die Alleinentscheidungs- und Vertretungsmacht für den Mündel wie ein Ergänzungspfleger erlangt (s. § 1777 Abs. 3 S. 1 BGB-E), zugleich aber verpflichtet bleibt, bei seinen Entscheidungen die Auffassung des Vormunds nicht nur, wie nach dem ersten Entwurf, zu „berücksichtigen“⁹⁶, sondern „ein(zu)beziehen“ (§ 1793 Abs. 3 BGB-E). Ob mit der veränderten Begriffswahl eine größere Bindung an die Vorgaben des Vormunds verbunden ist, bleibt unklar. Gegen diese Pflicht wäre auch nichts zu erinnern, wäre sie lediglich Ausdruck der beiderseitigen Kooperationspflicht, die dem Vormund und dem Pfleger obliegt (§ 1793 Abs. 2 BGB-E). Bedenklich wäre jedoch, wenn die Zielrichtung dieser Formulierung sein sollte, dass der Vormund auch im übertragenen Sorgebereich die Mitverantwortung tragen⁹⁷ und er sich „ein eigenes Urteil aus der Perspektive des Mündels bilden (müsse)“⁹⁸, um bei aus seiner Sicht dem Mündelwohl abträglichen Entscheidungen des Pflegers das Familiengericht zur Entscheidung der Meinungsverschiedenheit anzurufen (§ 1794 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E)⁹⁹. Diese Mitverantwortung ist auch nicht etwa, wie im Verhältnis zwischen Vormund und Pflegeperson, auf erhebliche Angelegenheiten beschränkt (vgl. § 1778 Abs. 2 BGB-E), sondern erfasst alle Sorgeangelegenheiten. Der Pfleger ist also vollumfänglich von den Vorgaben des Vormunds abhängig, der Sache nach also eher ein „Vertreter mit gebundener Marschroute“, der de facto nicht den Mündel, sondern den Vormund vertritt¹⁰⁰. Dahinter wird wieder das Idealbild der Einheitssorge für alle Vormünder und damit der Erhalt der Gesamtverantwortung des Vormunds für den Mündel offenbar¹⁰¹. Wie sich allerdings diese Vorstellung mit der Zielrichtung der Vorschrift in Einklang bringen lässt, eine zumindest teilweise bestehende Unfähigkeit des Vormunds aufzufangen, bleibt unklar. Wie kann eigentlich die Meinung eines Vormunds in einem Bereich, in dem er zu kindeswohl dienlicher Ausübung der Sorge tatsächlich gerade nicht in der Lage ist, trotzdem noch rechtlich relevant sein? Eine Antwort auf diesen dogmatischen Widerspruch sucht man im Entwurf vergebens. Will man diesen Widerspruch vermeiden, so bleibt nur eine echte Aufspaltung der Sorgekompetenzen zwischen dem Vormund und dem Pfleger¹⁰². Um dies deutlich zum Ausdruck zu bringen, plädiert die Kommission für

eine Streichung von § 1793 Abs. 3 BGB.

⁹⁵ Entwurf S. 80.

⁹⁶ So die Formulierung in § 1793 Abs. 2 S. 2 BGB-E im ersten Entwurf.

⁹⁷ Entwurf S. 111, S. 80.

⁹⁸ Entwurf S. 111.

⁹⁹ Entwurf S. 80.

¹⁰⁰ S. Veit/Marchlewski FamRZ 2017, 779, 783.

¹⁰¹ Entwurf S. 111.

¹⁰² So schon die Kritik am ersten Entwurf Veit/Marchlewski FamRZ 2017, 779, 785.

7. Das neue Konzept der Vermögenssorge

a) Allgemeine Grundsätze zur Vermögensverwaltung

Die Verschiebung der Vorschriften zur Vermögenssorge (§§ 1802 ff. BGB) aus dem Vormundschafts- ins Betreuungsrecht wird von der Kommission grundsätzlich begrüßt, trägt der Entwurf damit doch dem Umstand Rechnung, dass der Hauptanwendungsbereich dieser Vorschriften im Betreuungsrecht liegt, weil nur ein kleiner Teil der Mündel über nennenswertes Vermögen verfügt¹⁰³. Die Vorschriften zur Vermögensverwaltung gelten künftig „entsprechend“, womit zum Ausdruck kommt, dass im Betreuungsrecht andere Grundsätze gelten als im Vormundschaftsrecht.

Welche dies allerdings sind, lässt sich dem Entwurf durch die Umstrukturierung des Fürsorgerechts ungleich schwerer entnehmen als dem geltenden Recht. Es handelt sich dabei um den Grundsatz der wirtschaftlichen Vermögensverwaltung in §§ 1799 Abs. 1, 1850 Abs. 2 BGB-E, die Beachtung der wachsenden Selbständigkeit in § 1791 Abs. 2 BGB-E sowie der Grundsatz der Sicherung des Mündelvermögens in den §§ 1799, 1840 BGB-E, die allerdings bislang nicht in einen inneren Zusammenhang gestellt worden sind.

Dies wäre aber umso wichtiger, als die Bedeutung der Mündelrechte für die Vermögensverwaltung unklar bleibt. So ist schon merkwürdig, dass der Entwurf den Mündel zwar aus der Objektstellung herausholen und seine Subjektstellung stärken will (oben unter Punkt II.4.a.), aber offen lässt, wie sich dieser Paradigmenwechsel im Vermögenssorgerecht auswirkt, und man gar eine Vorschrift, die wie im Bereich der Personensorge auf die Mündelrechte Bezug nimmt (s. § 1796 Abs. 1 BGB-E), im Recht der Vermögenssorge vergeblich sucht.

Die Kommission würde es deshalb begrüßen,

wenn die unterschiedlichen Grundsätze der Vermögensverwaltung in einer Norm, etwa in § 1799 zusammengeführt und in ein Verhältnis zueinander gesetzt würden.

b) Das Schenkungsverbot

Aus dem geltenden Recht (§ 1804 BGB) übernommen wird das Verbot des Vormunds, Schenkungen im Namen des Mündels vorzunehmen (§ 1799 Abs. 2 BGB-E). Erweitert wird dagegen die Ausnahme von diesem Verbot. Sind im geltenden Recht Pflicht- und Anstandsschenkungen ausgenommen¹⁰⁴, die auch im Schenkungs- und Bereicherungsrecht Sonderregeln unterliegen (§§ 534, 814 letzte Var. BGB), so wird diese Ausnahme künftig um den Zusatz erweitert, dass es sich um Pflicht- und Anstandsschenkungen handeln muss, „die nach seinen [Anm. d. Verf.: des Mündels] Lebensverhältnissen als Gelegenheitsgeschenke üblich und angemessen sind“ (§ 1799 Abs. 2 S. 2 letzter HS BGB-E).

¹⁰³ BeckOGK BGB/Fröschle (Stand 1.10.2018), § 1802 Rn. 6 („Luxusvorschriften“).

¹⁰⁴ S. §§ 1641 S. 2, 534 und 814 letzter HS. BGB.

Dieser Wortlaut ist aber zumindest irreführend, entsteht doch der Eindruck, als werde hier eine weitere Ausnahme vom Schenkungsverbot geschaffen. Erst die Entwurfsbegründung belegt, dass dem nicht so sein soll¹⁰⁵. Deshalb plädiert die Kommission dafür, im Interesse der Rechtsklarheit

§ 1799 Abs. 2 letzter Halbsatz zu streichen.

c) Das Trennungsgebot und das Verwertungsverbot

(1) Der Entwurf schreibt ausdrücklich sowohl das Gebot, das Vermögen des Mündels getrennt vom Vermögen des Vormunds zu halten (§§ 1799 Abs. 1 S. 1, 1840 Abs. 1 S. 1 BGB-E), als auch das Verbot fest, das Vermögen des Mündels für sich zu verwenden (§§ 1799 Abs. 1 S. 1, 1840 Abs. 3 BGB-E). Darin liegt der Sache nach zwar keine Änderung gegenüber dem geltenden Recht, wohl aber eine begrüßenswerte Klarstellung, da im geltenden Recht nur das Verwendungsverbot geregelt ist (§ 1805 BGB), von dem aber nach überwiegender Ansicht auch das Trennungsgebot umfasst wird¹⁰⁶. Mit diesem Trennungsgebot wird ein Zugriff des Vormunds auf das Vermögen des Mündels verhindert. Um dies zu erreichen und Missbrauch zu vermeiden, hat der Vormund nicht nur die Pflicht, das Vermögen des Mündels zu inventarisieren, sondern auch tatsächlich die Vermögensmassen für Dritte erkennbar zu trennen, etwa Buchgeld auf getrennten Konten zu halten¹⁰⁷. Dem Vormund wird auch ausdrücklich untersagt, Vermögen des Betreuten für sich zu nutzen, etwa in Form eines verzinslichen Darlehens¹⁰⁸.

Wenig überzeugend ist aber die Ausnahme vom Trennungsgebot für ein bestehendes gemeinsames Girokonto von Vormund und Mündel, auf dem das Verfügungsgeld bereitgehalten wird, wenn beide miteinander in einer ehelichen Gemeinschaft leben und das Familiengericht nichts anderes anordnet (§§ 1799 Abs. 1 S. 1, 1840 Abs. 1 BGB-E). So wichtig diese Ausnahme im Betreuungsrecht auch sein mag und einem praktischen Bedürfnis von Betreuten und deren Ehegatten bzw. Lebenspartnern als Betreuer Rechnung trägt¹⁰⁹, so zweifelhaft erscheint sie doch im Vormundschaftsrecht – nicht zuletzt angesichts des jüngst erlassenen Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen¹¹⁰. Wichtiger wäre es, ebenso wie in § 1840 Abs. 4 BGB-E auf die familiäre Gemeinschaft zwischen Vormund und Mündel abzustellen und für diesen Fall ein gemeinsames Girokonto von Mündel und Vormund zuzulassen. Die Kommission plädiert deswegen dafür, in § 1799 Abs. 1 folgende Regelung aufzunehmen:

„Der Vormund hat das Vermögen des Mündels getrennt von seinem Vermögen zu halten. Dies gilt nicht für ein bestehendes Girokonto des Vormunds und des Mündels, wenn der Vormund mit dem Mündel einen

¹⁰⁵ S. Entwurf S. 148.

¹⁰⁶ Staudinger/Veit (2014), § 1805 Rn. 1.

¹⁰⁷ Staudinger/Veit (2014), § 1805 Rn. 7.

¹⁰⁸ MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs (7. Aufl.), § 1805 Rn. 3.

¹⁰⁹ Entwurf S. 186.

¹¹⁰ BGBl I 2017, 2429.

gemeinsamen Haushalt führt; Entsprechendes gilt für Haushaltsgegenstände“.

(2) Anders als im geltenden Recht enthält der Entwurf nicht nur ausdrückliche Ausnahmen vom Trennungs-, sondern auch vom Verwendungsverbot. So darf der Vormund Geld des Mündels für sich verwenden, wenn er die Vormundschaft nicht berufsmäßig führt und schriftlich eine vertragliche Regelung über die Verwendung getroffen wurde (§§ 1799 Abs. 1 S. 1, 1840 Abs. 3 S. 1 BGB-E)¹¹¹. Ein ehrenamtlich tätiger Vormund, etwa die Pflegemutter, darf also beim Mündel Geld aufnehmen, wenn sie mit dem Mündel eine schriftliche Vereinbarung über die Verwendung trifft. Obwohl die Norm dies nicht ausdrücklich sagt, muss die Vereinbarung wirksam sein, damit die Ausnahme vom Verwendungsverbot greift. Da der Vormund den Mündel bei Abschluss dieses Vertrags wegen des Verbots des Insichgeschäfts aber nicht vertreten kann (§§ 1790 Abs. 2, 1824 Abs. 2 BGB-E, 181 GB [§ 1795 Abs. 2 BGB]), muss der Mündel durch einen noch zu bestellenden Ergänzungspfleger vertreten werden (§§ 1810 Abs. 1, 1813 Abs. 1 BGB-E [§§ 1909 Abs. 1 S. 1, 1915 Abs. 1 S. 1 BGB]). Zudem bedarf der Vertrag noch der gerichtlichen Genehmigung, weil es sich um eine andere als vom Gesetz vorgesehene Form der Anlage des Mündelgeldes handelt (nach §§ 1799 Abs. 1 S. 1, 1850 BGB-E)¹¹².

Angesichts dieser Komplexität steht zu befürchten, dass diese Ausnahme vom Verwendungsverbot kaum praktisch relevant werden wird. Etwas anderes dürfte dagegen für die inzwischen anerkannte Ausnahme gelten, dass die Verwendung im überwiegenden Interesse des Mündels liegt¹¹³. Warum der Entwurf diese Ausnahme nicht vorsieht, bleibt unklar. Deswegen plädiert die Kommission dafür, diese Ausnahme noch in § 1840 Abs. 3 S. 2 BGB-E aufzunehmen und die Norm wie folgt zu formulieren:

„Dies gilt nicht, wenn die Betreuung nicht berufsmäßig geführt wird und sie dem überwiegenden Interesse des Betreuten dient oder eine schriftliche Vereinbarung über die Verwendung getroffen wurde.“

Unklar bleibt auch, warum §§ 1799 Abs. 1, 1840 Abs. 4 BGB-E zwar eine Ausnahme vom Verwendungsverbot für Haushaltsgegenstände vorsehen, wenn der Vormund mit dem Mündel einen gemeinsamen Haushalt führt, dies aber nicht für das Haushaltsgeld gilt. Dabei handelt es sich um das Verfügungsgeld, das für im Geschäftsverkehr übliche Barzahlungen als Bargeld verwaltet werden darf. Um zu vermeiden, dass die Großmutter als Vormundin etwa zur Erfüllung von Bargeschäften des täglichen Lebens zwei getrennte Geldbeutel mitnehmen muss¹¹⁴, sollte

in § 1799 BGB bestimmt werden, dass § 1840 Abs. 4 BGB-E auch für das Haushaltsgeld gilt.

¹¹¹ Zu diesem Problem im geltenden Recht Staudinger/Veit (2014) § 1805 BGB Rn 5 einerseits und BeckOGK BGB/Fröschle (Stand 1.10.2018), § 1805 Rn. 18 f. andererseits.

¹¹² Entwurf S. 187.

¹¹³ BeckOGK BGB/Fröschle (Stand: 1.10.2018), § 1805 Rn. 21 mwN.

¹¹⁴ Zu diesem Beispiel Fröschle, in: Coester/Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, 18. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2018, S. 7 (erscheint demnächst).

d) Verfügungs- und Anlagegeld

(1) Die Kommission begrüßt es sehr, dass der Entwurf, im Unterschied zum geltenden Recht, das zwar der Sache nach zwischen Anlage- und Verfügungsgeld unterscheidet (§ 1806 BGB), aber weder die Begriffe kennt noch sie klärt, nun ausdrückliche Begriffsbestimmungen enthält (s. §§ 1799 Abs. 1 S. 1, 1841 S. 1 BGB-E [Verfügungsgeld]), §§ 1799 Abs. 1 S. 1, 1843 Abs. 1 BGB-E [Anlagegeld]).

Während das geltende Recht nur Vorschriften zur Anlage des Anlagegelds des Mündelvermögens enthält (§§ 1806 ff. BGB), aber keine Regelung dazu vorsieht, wie das Verfügungsgeld bereitzuhalten ist, dies also der Entscheidungsautonomie des Vormunds überlässt, legt der Entwurf nun ausdrücklich fest, dass das Verfügungsgeld grundsätzlich auf einem Girokonto des Mündels bereitzuhalten ist (§§ 1799 Abs. 1 S. 1, 1841 BGB-E), womit die bereits gängige Praxis nachgezeichnet wird¹¹⁵. Durch den Kontenzwang soll der Gefahr des Verlustes und der Veruntreuung begegnet werden, die mit Bargeld einhergeht (s. § 935 Abs. 2 BGB); zudem können Kontobewegungen vom Gericht auf diese Weise einfacher kontrolliert werden als die Verwaltung von Bargeld¹¹⁶. Vorgaben dazu, welche Summen an Verfügungsgeld benötigt werden, macht der Entwurf aber nicht; vielmehr liegt diese Entscheidung, wie nach geltendem Recht, im pflichtgemäßen Ermessen des Vormunds¹¹⁷.

Allerdings schreibt der Entwurf nicht nur vor, wie das Verfügungsgeld bereitzuhalten ist, sondern auch, wie es zu verwalten ist. Wenn dem Vormund vorgeschrieben wird, dass er den Zahlungsverkehr künftig bargeldlos vorzunehmen hat (§§ 1799 Abs. 1 S. 1, 1842 Abs. 1 BGB-E), so liegt damit zwar auf den ersten Blick eine Beschränkung der Autonomie des Vormunds. Sie ist jedoch gerechtfertigt, weil damit die Verwaltungshandlungen des Vormunds einfacher kontrollierbar werden und diese Verwaltungsform den heutigen Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs entspricht¹¹⁸, weshalb die Kommission diese Änderung begrüßt. Barzahlungen soll es nur noch dann geben, wenn diese im Geschäftsverkehr üblich sind (Bargeschäfte des täglichen Lebens) oder es um Auszahlungen an den Mündel (z.B. Taschengeld) geht (§§ 1799 Abs. 1 S. 1, 1842 Abs. 2 BGB-E).

(2) Kritischer einzuschätzen sind dagegen die Regeln zum sog. Anlagegeld. Dieses muss der Vormund grundsätzlich verzinst auf einem sog. Anlagekonto des Mündels bei einem Kreditinstitut anlegen (§§ 1799 Abs. 1 S. 1, 1843 Abs. 2 HS. 1 BGB-E). Damit wird die bisher in § 1807 Nr. 5 BGB vorgesehene Anlageform zur einzigen vom Gesetz genannten Form der Anlage und damit zur Regelanlage. Die anderen in § 1807 BGB gesetzlich vorgesehenen mündelsicheren Anlageformen sind zwar weiter möglich; der Vormund bedarf hierfür aber einer gerichtlichen Genehmigung (§§ 1800 Abs. 1, 1850 Abs. 1 BGB-E). Nur dann, wenn das Rechtsgeschäft dem Wohl des Mündels unter Berücksichtigung der

¹¹⁵ S. BeckOGK BGB/Fröschle (Stand: 1.10.2018), § 1806 Rn. 16; Staudinger/Veit (2014), § 1806 Rn. 17.

¹¹⁶ Entwurf S. 190.

¹¹⁷ Entwurf S. 191, 210; Staudinger/Veit (2014), § 1806 BGB Rn. 17.

¹¹⁸ Entwurf S. 192.

Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung nicht widerspricht (§ 1801 Abs. 1 BGB), erteilt das Gericht die Genehmigung. Fehlt diese aber, so ist die vereinbarte andere Anlegung, anders als nach geltendem Recht, das die Genehmigung als Gestattung (Innengenehmigung) ausgestaltet hat (§ 1811 BGB)¹¹⁹, endgültig unwirksam¹²⁰.

Dieser Wechsel von der Innen- zur Außengenehmigung wirft aber Fragen auf: so müssen bei der Genehmigung einer anderen Anlage, etwa in Form von Aktien, alle wesentlichen Vertragsbedingungen feststehen, was aber in Bezug auf den Kaufpreis oft nicht der Fall ist, so dass eine vorherige Genehmigung oft ausscheiden dürfte; auf einen bis zur nachträglichen gerichtlichen Genehmigung schwebend unwirksamen Anlagevertrag dürfte sich aber wohl kaum ein Vertragspartner einlassen¹²¹. Damit besteht aber die Gefahr, dass die Möglichkeit einer anderen als der gesetzlich vorgesehenen Anlage von Anlagegeld des Mündels letztlich leerläuft. Ob dies im Interesse einer Entbürokratisierung und eines damit verbundenen stärkeren Vertrauens in die Autonomie des Vormunds ist, muss bezweifelt werden. Deswegen spricht einiges dafür, die Rechtsfigur der bisherigen Gestattung (§ 1811 BGB), die vom Vormund nicht verlangt, dass er den genauen Inhalt und den Vertragspartner angibt, an dieser Stelle beizubehalten¹²² und § 1850 Abs. 1 BGB-E wie folgt zu formulieren:

„Das Familiengericht kann dem Vormund eine andere Anlegung des Anlagegeldes als die in § 1843 Abs. 2 HS 1 vorgeschriebene gestatten.“

¹¹⁹ Staudinger/Veit (2014), § 1811 BGB Rn. 25.

¹²⁰ Entwurf S. 205.

¹²¹ Fröschle, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, 16. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2018, S. 10 (erscheint demnächst); Zorn, in: Coester/Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, 18. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2018, S. 4 (erscheint demnächst).

¹²² Dafür Fröschle in: Coester/Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, 18. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2018, S. 10 (erscheint demnächst).

Zudem sollte in § 1843 BGB-E herausgestellt werden, dass der Vormund für diese andere Anlegung einer gerichtlichen Gestattung bedarf. Hierfür könnte dessen Abs. 2 um folgende, dem geltenden Recht (§ 1809 BGB) entsprechende Regelung erweitert werden:

„In diesem Fall soll der Vormund vor der Anlegung die Genehmigung des Gerichts einholen“.

e) Genehmigungstatbestände

Zu begrüßen ist die Zusammenführung und Neugliederung der Genehmigungstatbestände nach Lebenssachverhalten (§§ 1850 bis 1856 BGB-E), da dies der Rechtsklarheit dient.

Gelungen ist auch die Neuregelung des § 1801 BGB-E, die – ebenso wie § 1644 Abs. 1 BGB-E für das Kindschaftsrecht – erstmals den Genehmigungsmaßstab fest schreibt. Danach ist die Genehmigung zu erteilen, wenn das Rechtsgeschäft dem Wohl des Mündels unter Berücksichtigung der Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung nicht widerspricht. Das bedeutet, dass die Genehmigung grundsätzlich zu erteilen ist, sofern nicht die begründete Besorgnis besteht, dass das Rechtsgeschäft dem Interesse des Kindes widerspricht¹²³. Leider wird aber der Begriff der wirtschaftlichen Vermögensverwaltung nirgends definiert und damit ein bereits vorhandenes Defizit nicht beseitigt. Dies unterstreicht die Notwendigkeit einer näheren Umschreibung der allgemeinen Grundsätze (s. oben Punkt II.5.a)).

6. Vergütung und Aufwendungsersatz

Die Möglichkeit des geltenden Rechts, Ansprüche des Vormunds gegen den Mündel auf Vergütung bzw. Aufwendungsersatz, die bei Mittellosigkeit des Mündels von der Staatskasse befriedigt werden, auf diese übergehen zu lassen (§ 1836d BGB), soll gänzlich entfallen. Diese Möglichkeit wird es künftig nur noch im Betreuungsrecht geben (§ 1880 BGB-E), aber nicht mehr gegenüber dem Mündel, da diese Norm im Vormundschaftsrecht nicht in Bezug genommen wird (§ 1809 Abs. 1 letzter HS BGB-E). Diese Änderung gegenüber dem geltenden Recht ist besonders zu begrüßen, soll doch der Mündel nicht den Nachteil, überhaupt eines Vormunds bzw. Ergänzungspflegers zu bedürfen, auch noch mit dem Aufkommen für die Kosten dieser Fürsorge bezahlen müssen, wenn – wie im Regelfall – seine einzusetzenden Mittel zur Zeit der Inanspruchnahme der Fürsorge hierfür nicht genügen¹²⁴.

In § 1809 Abs. 2 BGB-E schreibt der Entwurf die Ehrenamtlichkeit der nicht berufsmäßigen Vormundschaft, d.h. die kostenlose Inpflichtnahme des Bürgers, weiter fort und erkennt ihm nur ausnahmsweise eine Vergütung zu (§§ 1809 Abs. 2 HS 2, 1882 BGB-E; anders für den berufsmäßig tätigen Vormund § 1809 Abs. 3 BGB-E). Damit wird aber ein

¹²³ Entwurf S. 104; Staudinger/Heilmann (2016), § 1643 BGB Rn. 49.

¹²⁴ Schwab in: Dutta Vormundschaft in Europa (2016), S. 25; Entwurf S. 97.

Anreiz zur Massenbetreuung gesetzt, der dem Wunsch nach Einzelvormundschaften eher zuwiderläuft¹²⁵. Wenn nun aber mit dem vorliegenden Entwurf der mit der kleinen Reform bereits beschrittene Weg aus der anonymisierten Vormundschaft konsequent fortgesetzt werden soll, so muss mit Blick hierauf auch das gesamte Vergütungssystem auf den Prüfstand gestellt werden.

IV. Notwendigkeit weiterer Reformen

Die im Entwurf angedachten Reformen des Gesetzgebers sind zur Verbesserung des Gefährdungsschutzes von Kindern, zur Stärkung ihrer rechtlichen Stellung sowie derjenigen ihrer Pflegeeltern ebenso wie zur Verbesserung der persönlich geführten Vormundschaft von großer Bedeutung. Gleichwohl fehlen noch zahlreiche Änderungen (v.a. im SGB VIII und FamFG), von denen einige nachfolgend benannt werden sollen, soweit sie nicht schon unter II. angesprochen wurden:

1. Änderungen im SGB VIII

Um das Potential an ehrenamtlichen Vormündern zu erhöhen, müsste das Angebot an fachlicher Schulung, Unterstützung und Beratung verbessert werden¹²⁶. Ein möglicher Weg zur Erreichung dieses Ziels wäre die Formulierung von Schulung, Beratung und Begleitung von Einzelvormündern als Pflichtaufgabe des Jugendamtes sowie ein Rechtsanspruch des Vormunds auf regelmäßige und individuelle Beratung in § 53 SGB VIII.

In § 55 Abs. 2 S. 4 SGB VIII ist die Fallzahl, die schon bei ihrer Einführung kritisiert wurde¹²⁷, auf 30 Fälle zu reduzieren.

Um sicherzustellen, dass die Auswahl des im Jugendamt mit der Führung der Vormundschaft betrauten Mitarbeiters auf den bestgeeigneten fällt, muss in § 55 Abs. 2 SGB VIII festgelegt werden, dass für die Auswahl § 1780 Abs. 1 BGB-E entsprechend gilt.

2. Lücken im Verfahrensrecht

Zur Verbesserung der verfahrensrechtlichen Stellung des Minderjährigen im familiengerichtlichen Verfahren müsste der Regelkatalog des § 158 Abs. 2 FamFG um die Anordnung der Vormundschaft und die Auswahl des Vormunds erweitert werden.

Zudem sollte in § 60 S. 1 FamFG verdeutlicht werden, dass sich das Beschwerderecht des Mündels auch auf die Auswahlentscheidung nach § 1779 BGB-E erstreckt.

Der Gesetzgeber sollte auch die Aufgabenverteilung zwischen Vormund und Rechtspfleger, wie sie im RpflG für den Bereich der Vormundschaft vorgesehen ist (§§ 3 Nr. 2a, 14

¹²⁵ Gernhuber/Coester-Waltjen (6. Aufl.), § 71 VII Rn. 62

¹²⁶ S. Zenz, DAVorm 2000, 365, 372.

¹²⁷ Staudinger/Veit (2014), § 1791b BGB Rn. 22 ff., 35.

Abs. 1 Nr. 10 RpfLG) neu überdenken. Wenn nach der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG die Vormundauswahl unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ein integraler Bestandteil der Entscheidung über den Entzug der elterlichen Sorge ist¹²⁸, sich künftig also ohnehin jeder Familienrichter stärker mit dem Vormundschaftsrecht beschäftigen muss, selbst wenn ihm dies bislang nur wenig geläufig war¹²⁹, sollte über eine neue Gewichtung der Zuständigkeiten von Richter und Rechtspfleger nachgedacht werden.

¹²⁸ BVerfG FamRZ 2015, 208 Rn. 31.

¹²⁹ Hammer JAmt 2015, 291, 294.