



Stellungnahme

9. August 2020

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und
Betreuungsrechts vom 23.06.2020

Die Kinderrechtekommission begrüßt nachdrücklich den Referentenentwurf, der eine umfassende Reform des gesamten Vormundschafts- und Betreuungsrechts enthält und damit eine langjährige Diskussion zu einem beeindruckenden Abschluss bringt. Er enthält eine Fülle an überaus wichtigen und mutigen Schritten in Richtung auf eine Stärkung der Subjektstellung des Kindes, eine Verdeutlichung der Personensorgepflichten des Vormunds im Verhältnis zum Mündel wie zu tatsächlich pflegenden Personen, eine Modernisierung der Vermögenssorge sowie eine Verstärkung der personellen Ressourcen. Der Entwurf setzt die bereits im Eckpunktepapier von 2014 enthaltenen Zielsetzungen konsequent und meist stimmig um. Die Kommission begrüßt es sehr, dass verschiedene Schwachstellen des 2. Diskussionsentwurfs (nachfolgend: DE) beseitigt wurden; allerdings bleibt noch Überarbeitungsbedarf (nachfolgend unter II.). Da der Entwurf nun nicht nur eine vollständige Neufassung des Vormundschafts-, sondern auch des gesamten Betreuungsrechts enthält, ergibt sich aus dem Vergleich der beiden Normkomplexe weiterer Reformbedarf (nachfolgend unter III.).

II.

1. Struktur, Sprache

Das Vormundschaftsrecht wird von derzeit 87 auf insgesamt 35 Paragraphen verschlankt, ein Fokus auf die Personensorge des Vormunds gelegt und diese fast vollständig neu geregelt. Damit einher geht eine Neustrukturierung des 3. Abschnitts des vierten Buches (Konzentration aller Genehmigungserfordernisse für Rechtsgeschäfte im Vormundschaftsrecht; Neugliederung der Regeln zur Pflegschaft; Gleichlauf der Binnensystematik von Vormundschafts- und Betreuungsrecht, Verlagerung der Regeln zu Vermögenssorge und zur gerichtlichen Aufsicht in das Betreuungsrecht, zu Aufwendungsersatz und Vergütung beruflicher Vormünder in das VBVG

und zu den verfahrensrechtlichen Elementen im BGB in das FamFG). Diese Umstrukturierung wird von der Kommission in der Hoffnung begrüßt, dass sie die Rechtsanwendung vereinfacht.

Vermisst wird eine sprachliche Modernisierung des Vormundschaftsrechts, die in den Eckpunkten von 2014 angekündigt worden war¹. Zwar fällt mit § 1784 BGB auch der Begriff des „Religionsdieners“ weg, und die „Pflegschaft für die Leibesfrucht“ (§ 1912 BGB) wird durch die „Pflegschaft für ein ungeborenes Kind“ (§ 1810 BGB-E) ersetzt. Weitergehende Modernisierungen, insbesondere in Bezug auf den Begriff des Mündels, bleiben aber leider aus, und der Leser des Entwurfs sucht vergebens nach einer Begründung.

2. Stärkung der personellen Ressourcen für eine persönlich geführte Vormundschaft

a) Begrenzung der Vormundschaftsführung durch einen Verein (§ 1774 BGB-E)

Eine wesentliche Strukturänderung des Entwurfs liegt in dem Wegfall der Möglichkeit, den Verein als endgültigen Vormund zu bestellen (arg. § 1774 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E). Damit soll nicht nur die jüngere Rechtspraxis nachgezeichnet werden. Vielmehr liegt darin ein wichtiges Signal zur Realisierung einer persönlich geführten Vormundschaft im Interesse des Kindes². So sehr diese Umstellung auch zu begrüßen ist, so sehr führt sie doch zu einer Ungleichbehandlung von Verein und Jugendamt, bei dem aus staatsorganisatorischen Gründen von einem parallelen Schritt abgesehen wurde³.

Die Strukturänderung führt zu einem weitreichenden Eingriff in die Personalhoheit eines Vereins. Dessen Entscheidung, welcher Vereinsmitarbeiter am besten zur Führung der Vormundschaft geeignet ist, ist künftig kein rein verbandsinterner Organisationsakt mehr, sondern unterliegt im Rahmen der Auswahlentscheidung der vollen gerichtlichen Überprüfung⁴. Zur Rechtfertigung wird auf ein „praxisorientierte[s] Gesamtgefüge“⁵ verwiesen, das angestrebt wird. Freilich wird dieses Ziel bereits dadurch erreicht, dass der Verein und das Jugendamt – anders als nach geltendem Recht – in die Auswahl des bestgeeigneten Vormunds eingebunden werden (§ 1778 f. BGB-E). Die Umstrukturierung lässt sich aber auch nicht uneingeschränkt überzeugend mit dem Hinweis auf eine stärkere Personalisierung der Vormundschaft rechtfertigen, da dieses Ziel für die vorläufige Vormundschaft des Vereins⁶ wie auch die Amtsvormundschaft⁷ durch das Betrauen eines einzelnen Mitarbeiters mit der Vormundschaftsführung sichergestellt werden soll.

¹ Eckpunktepapier ZKJ 2015, 145 ff.

² Entwurf S. 178.

³ Entwurf S. 213.

⁴ Veit, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), 17. Göttinger Workshop (2019), 121, 128.

⁵ Entwurf S. 213.

⁶ Entwurf S. 225.

⁷ Entwurf S. 466.

Im Interesse der Gleichbehandlung bedarf es deshalb des Erhalts des Vormundschaftsvereins im Kreis der endgültigen Vormünder. Dies ist auch mit Blick auf die organisationsinternen Umverteilungsmöglichkeiten im Fall einer Verhinderung des mit der Führung der Vormundschaft betrauten Mitarbeiters nötig. Zwar könnte auch der Vereinsvormund durch eine individuelle Absprache einen Dritten – und damit an sich auch den Verein – in die Ausübung der Sorge einbinden⁸. Diese Lösung hätte aber nicht nur vergütungsrechtliche Probleme für den Verein zur Folge⁹, sondern würde auch dem dienst-/arbeitsrechtlichen Verhältnis von Verein und Mitarbeiter zuwiderlaufen¹⁰.

Gegen die Aufnahme des Vereins in den Kreis der endgültigen Vormünder spricht auch nicht das Vergütungsrecht. Zwar hat der Entwurf mit der Aufnahme des Vereinsvormunds in den Kreis der endgültigen Vormünder die Grundlage für einen Vergütungsanspruch des Vereins (§ 5 Abs. 1 S. 1 VBVG-E) und den Wegfall des Vergütungsverbots (§ 1836 Abs. 3 BGB) gelegt. Dies bedeutet aber nicht, dass dem Verein nicht auch für den Fall seiner eigenen Bestellung zum Vormund ein Vergütungsanspruch gesetzlich zugewiesen werden könnte; für die vorläufige Vormundschaft des Vereins ist diese Lösung bereits im Entwurf verankert (§ 5 Abs. 1 S. 2 VBVG-E).

Zwar genügt die Vormundschaftsführung des Vereins bzw. des Jugendamtes nicht in gleicher Weise der Idealvorstellung des BGB, auf der auch der Entwurf fußt, möglichst eine individuelle Betreuung des Kindes durch eine natürliche Person zu gewährleisten. Jedoch lässt sich dieses Ziel durch eine strikte Festschreibung eines Subsidiaritätsprinzips erreichen, wie es vor dem Erlass des 2. BtÄndG von 2005 in den §§ 1791a und b BGB verankert war¹¹.

b) Fallzahl für den Vereinsvormund (§ 54 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII-E)

Der Entwurf führt die Fallzahl 50, die im Rahmen der kleinen Vormundschaftsreform 2011 für die Amtsvormundschaft etabliert wurde (§ 55 Abs. 2 S. 4 SGB VIII), nun auch für den Vereinsvormund ein (§ 54 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII-E). So sehr dieser Schritt grundsätzlich gutzuheißen ist, so bedauerlich ist es, dass die Kritik an deren Höhe, die nicht nur von der Kommission¹², sondern auch im Bundestag¹³ und in der Literatur¹⁴ und Rechtspraxis¹⁵ immer wieder artikuliert wurde, nicht aufgegriffen und eine deutlich niedrigere Obergrenze sowohl für die Amts- als auch Vereinsvormundschaft verankert worden ist. Dies wäre aber angesichts der

⁸ S. DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2017, 491 für das Jugendamt als Dritten.

⁹ Elmauer/Kauermann-Walter JAmt 2019, 368, 373.

¹⁰ Veit, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), 17. Göttinger Workshop (2019), 121, 129.

¹¹ Staudinger/Veit (2020), Vorbem. 46 zu §§ 1773 ff., § 1791a Rn. 14, § 1791b Rn. 11 ff.

¹² Stellungnahme vom 30.3.2010, S. 5, https://www.dfgt.de/resources/SN-Kiko_Vormundschafts_ReformG.pdf.

¹³ SPD-Fraktion BT-Drucks. 17/2411, S. 2.

¹⁴ Veit/Salgo ZKJ 2011, 82, 83; Wiesner/Elmauer (5. Aufl. 2015), § 55 SGB VIII Rn. 97.

¹⁵ S. Joos JAmt 2014, 6, 7 m.w.N.

wachsenden Aufgaben des Vormunds, die die Reform mit sich bringt (s. §§ 1789, 1795 BGB-E), im Interesse des betroffenen Mündels dringend geboten.

Die 2011 in das SGB VIII aufgenommene Fallzahl 50 orientierte sich an einer Empfehlung der amtsgerichtlichen Praxis und der sog. Dresdener Erklärung¹⁶ aus der Zeit vor der Reform, also ohne die Erweiterungen der Personensorgepflichten des Vormunds, wie sie die kleine Reform brachte (Pflicht zur persönlichen Förderung und Gewährleistung von Pflege und Erziehung des Mündels [§ 1800 S. 2 BGB], Pflicht zum Regelkontakt mit dem Mündel [§ 1793 Abs. 1a BGB]). Sie war also schon 2011 zu hoch, bleibt doch dem einzelnen Mitarbeiter beim Jugendamt, der mit der Führung der Vormundschaft betraut wurde, bei einer Fallzahl von 50 Vormundschaften und Pflugschaften unter Berücksichtigung der ihm obliegenden Aufgaben nur ein kleines Zeitfenster, v.a. für den persönlichen Kontakt, das weiter reduziert wird, wenn man die zum Teil erheblichen Fahrtzeiten zur „üblichen Umgebung des Mündels“ (§ 1793 Abs. 1a S. 2 BGB) mit in den Blick nimmt. Durch die große Reform wird nun der Pflichtenkreis des Vormunds im Bereich der Personensorge gegenüber 2011 nochmals stark erweitert (u.a. Besprechungspflicht mit dem Mündel [§ 1790 Abs. 2 S. 2 BGB-E], Auskunftspflicht gegenüber nahestehenden Angehörigen oder sonstigen Vertrauenspersonen [§ 1790 Abs. 4 BGB-E], Pflicht zur Kooperation mit der Pflegeperson [§ 1796 Abs. 2 BGB-E], Sorgeverantwortung auch bei Einschaltung eines zusätzlichen Pflegers [§ 1776 BGB-E] oder einer Pflegeperson als Pfleger [§ 1777 BGB-E]), so dass die Fallzahl 50 erst recht zu hoch ist. Wenn gleichwohl nun an dieser festgehalten wird, auch für den Vereinsvormund diese Fallzahl verbindlich wird, so besteht entweder die Gefahr einer dauerhaften Überforderung des einzelnen Mitarbeiters beim Verein bzw. Jugendamt oder der Vernachlässigung der einen oder anderen Pflichtaufgabe. Beides ginge aber letztlich zu Lasten des Mündels. Hinzu kommt, dass in der derzeitigen Rechtspraxis das Adverb „höchstens“ häufig überlesen wird¹⁷. Die Kinderrechtekommission plädiert deswegen nachdrücklich für eine deutliche Reduzierung der Fallzahl auf 30 sowie die Ersetzung der Formulierung „soll höchstens“ durch „darf auf keinen Fall mehr als“.

c) Eignungskriterien für die Auswahl des Realvormunds (§ 55 Abs. 2 S. 2 SGB VIII-E)

Die Kommission begrüßt es, dass § 55 Abs. 2 SGB VIII um einen Satz 2 erweitert wurde, wonach die Auswahl- und Eignungskriterien, die im BGB für die Auswahl des Vormunds festgeschrieben werden (§§ 1778, 1779, 1784 BGB-E), nun auch für die Auswahl des mit der Führung der Vormundschaft zu betrauenden Mitarbeiters maßgebend sind.

¹⁶ BT-Drucks 17/3617, 8; Dresdener Erklärung DAVorm 2000, 437, 439.

¹⁷ Joos JAmt 2014, 6, 7.

d) Mitteilungspflicht des Jugendamtes (§ 57 Abs. 2 SGB VIII-E)

Die Kommission begrüßt die Regelung des § 57 Abs. 2 SGB VIII-E, mit der das Jugendamt verpflichtet wird, dem Gericht vor seiner Bestellung als Amtsvormund mitzuteilen, welchen Bediensteten es mit der Aufgabe der Vormundschaftsführung betrauen will. Dadurch wird ein weiterer Beitrag zur personalisierten Vormundschaft geleistet. Freilich müsste diese Pflicht in Einklang gebracht werden mit derjenigen, vor Übertragung der Aufgaben auf den Mitarbeiter den Mündel zur Personalentscheidung anzuhören (§ 55 Abs. 2 S. 3 SGB VIII-E). Will man vermeiden, dass die Anhörung des Mündels nicht zur reinen Förmerei wird, müsste sich die Anhörung des Kindes durch das Familiengericht auf diesen Mitarbeiter erstrecken und § 168 FamFG-E insoweit ergänzt werden. Entsprechendes könnte und müsste für den Verein gelten, wenn dieser in den Kreis der endgültigen Vormünder aufgenommen wird.

3. Die Förderung der ehrenamtlichen Vormundschaft

a) Vorrang der ehrenamtlichen Einzelvormundschaft (§ 1779 Abs. 2 BGB-E, § 57 Abs. 4 SGB VIII-E)

Von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist die Entscheidung des Entwurfs, den Vorrang des ehrenamtlichen Vormunds vor beruflichen Vormündern nicht mehr – wie noch im 2. DE – auf natürliche Personen zu beschränken, sondern auf alle beruflich tätigen Vormünder einschließlich dem Jugendamt zu erstrecken (§ 1779 Abs. 2 BGB-E [„gegenüber den in § 1774 Abs. 1 Nummer 2 bis 4 genannten Vormündern“]). Dieser Vorrang wird noch dadurch verstärkt, dass das Jugendamt jährlich zu prüfen hat, ob im Interesse des Minderjährigen die eigene Entlassung als Vormund und die Bestellung einer natürlichen Person, die die Vormundschaft ehrenamtlich führt, angezeigt und dies dem Familiengericht mitzuteilen ist (§ 57 Abs. 4 S. 1 SGB VIII-E). Entsprechendes soll sogar gelten, wenn dem Jugendamt „sonst Umstände bekannt werden, aus denen sich ergibt, dass die Vormundschaft nunmehr ehrenamtlich geführt werden kann“ (§ 57 Abs. 4 S. 2 SGB VIII-E). Leider erschließt sich aus dem Entwurf aber nicht, welche Fälle von dieser Alternative erfasst werden sollen¹⁸.

b) Vorläufige Vormundschaft (§ 1781 BGB-E)

Begrüßt wird die Rechtsfigur der vorläufigen Vormundschaft (§ 1781 BGB-E) als geeignetes Mittel, um den Vorrang der ehrenamtlichen Vormundschaft sicherzustellen und den derzeit zu beobachtenden Automatismus zu durchbrechen, wonach das Familiengericht mit der Anordnung der Vormundschaft ungeprüft das Jugendamt zum Amtsvormund bestellt¹⁹. Mit Bestellung des

¹⁸ S. Entwurf S. 468.

¹⁹ Entwurf S. 224.

Vormundschaftsvereins bzw. des Jugendamtes zum vorläufigen Vormund erhält das Gericht für eine begrenzte Zeit die Möglichkeit, die Suche nach einem geeigneten Vormund zu veranlassen oder fortzusetzen, wenn zur Zeit der Anordnung der Vormundschaft hierzu noch keine Gelegenheit bestand oder das Gericht die bisherigen Bemühungen des Jugendamtes zur Ermittlung des geeigneten Vormunds für nicht ausreichend hält²⁰.

Die Kinderrechtekommission begrüßt auch die nun in den § 1781 Abs. 2 S. 2 BGB-E, § 57 Abs. 2 S. 2 SGB VIII-E verankerte Pflicht des Vormundschaftsvereins bzw. des Jugendamtes, dem Familiengericht zeitnah nach der Bestellung zum vorläufigen Vormund mitzuteilen, welchem Mitarbeiter die Ausübung der Aufgaben des vorläufigen Vormunds übertragen worden ist. Auf diese Weise erfährt das Gericht zeitnah, welche Person für den Mündel realiter die Verantwortung trägt²¹. Dies schließt auch die Mitteilung jedes Zuständigkeitswechsels innerhalb dieser Zeit ein. Allerdings ist die Erfüllung dieser Pflicht mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden, der ohne zusätzliche finanzielle Mittel nicht geleistet werden kann. Die Kommission plädiert deswegen dafür, in der Begründung näher zu erläutern, wie eine möglichst „schlanke“ Erfüllung dieser grundsätzlich unverzichtbaren Pflicht ermöglicht werden kann (etwa durch kurze Nachricht). Freilich muss zugleich deutlich werden, dass sich diese Verschlinkung auf die Mitteilungspflicht beschränkt und nicht auf die Auswahl des geeigneten Mitarbeiters erstrecken darf. Vielmehr müssen insoweit die Grundsätze für die Auswahl des endgültigen Vormunds durch das Familiengericht beachtet werden. Um dies sicherzustellen, müssten § 57 Abs. 2 SGB VIII und § 1781 Abs. 2 S. 2 BGB-E um einen zu § 55 Abs. 2 S. 2 SGB VIII inhaltsgleichen Satz erweitert werden.

Zudem weist die Kommission darauf hin, dass das Adverb „höchstens“ in **§ 1781 Abs. 3 S. 2 BGB-E** noch nicht ausreichend verdeutlicht, dass die Fristverlängerung nicht zum Regelfall werden darf, sondern mit Blick auf den mit dem Wechsel zum endgültigen Vormund verbundenen Abbruch einer Bindung von Mündel und vorläufigem Vormund die absolute Ausnahme bleiben muss. Deswegen sollte der Begriff „höchstens“ durch „ausnahmsweise, aber höchstens“ ersetzt werden.

c) Unterstützungs- und Beratungspflichten von Jugendamt und Verein

aa) Unterstützungspflicht gegenüber dem Gericht (§ 53 SGB VIII-E)

Sehr begrüßt werden die Neufassung von § 53 SGB VIII (Aufspaltung in zwei Normen [§§ 53 und 53a SGB VIII-E]) und die Erweiterung der Vorschlagspflicht des Jugendamtes gegenüber dem Gericht (§ 53 Abs. 1 SGB VIII-E) um eine Begründungspflicht (§ 53 Abs. 2 SGB VIII-E).

²⁰ Entwurf S. 223 f.

²¹ Entwurf S. 225.

Allerdings bleibt die Gefahr von Kompetenzvermischungen zwischen dem Jugendamt als (vorläufigem) Amtsvormund und dem Jugendamt als dem Träger der „anderen Aufgabe der Jugendhilfe nach § 53 SGB VIII“. Zumindest müsste in § 55 SGB VIII-E eine Regelung aufgenommen werden, dass die Ausübung der Aufgaben nach § 53 SGB VIII-E nicht dem Mitarbeiter anvertraut werden darf, der mit der Führung der vorläufigen Vormundschaft betraut wurde.

bb) Querschnittsarbeit von Jugendamt und Verein (§ 53a, § 54 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII-E)

Sowohl dem Jugendamt als auch dem Verein obliegen wichtige Querschnittsaufgaben gegenüber dem Vormund, um eine qualifizierte Vormundschaftsführung zu gewährleisten (§ 53a, § 54 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII-E). Diese nehmen nach dem Entwurf sogar zu. Zum einen wachsen dem Vormund neue Aufgaben gegenüber dem Mündel zu (§§ 1789 f. BGB-E). Zum anderen soll die Pflegeperson, die die tatsächliche Sorgeverantwortung für das Kind wahrnimmt, künftig stärker in die Sorgeverantwortung neben dem Vormund eingebunden werden können (§ 1777, § 1792 Abs. 4 BGB-E). Dieser muss dann mit der Pflegeperson kooperieren (§ 1792 Abs. 2 BGB-E) und sich in Angelegenheiten, deren Regelung für den Mündel von erheblicher Bedeutung sind, mit ihr einigen (§ 1792 Abs. 4 BGB-E). Auf diese neuen Aufgaben sind aber weder der Vormund noch die Pflegeperson vorbereitet; sie brauchen deshalb Unterstützung und Begleitung zur Bewältigung dieser Herausforderung. Damit kommen aber auch auf das Jugendamt und den Verein neue Querschnittsaufgaben zu, die nur bewältigt werden können, wenn die Strukturen hierfür geschaffen bzw. verbessert und die notwendigen Finanzmittel bereitgestellt werden²².

4. Die Personensorge des Vormunds

Die Kommission begrüßt die Neuregelungen zur Personensorge des Vormunds und verweist zur Begründung auf ihre Stellungnahme zum 2. DE. An dieser Stelle soll nur noch näher auf einzelne Neuerungen des Referentenentwurfs gegenüber dem 2. DE eingegangen werden.

a) Gerichtliche Entscheidung über Meinungsverschiedenheiten (§ 1793 Abs. 1 BGB-E)

Wie bereits der 2. DE sieht nun auch der Referentenentwurf vor, dass das Familiengericht bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Vormund und dem nach § 1777 BGB-E bestellten Pfleger in der Sache entscheiden muss und die Konfliktlösung nicht einem der beiden Sorgeverantwortlichen wie im Recht der elterlichen Sorge (§ 1628 BGB) übertragen kann, obwohl dies dem Grundsatz der Eigenständigkeit und der Eigenverantwortlichkeit der beiden mehr entsprochen hätte (näher dazu Stellungnahme der Kommission zum 2. DE). Der Entwurf greift

²² Veit, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), 17. Göttinger Workshop (2019), 121, 131.

nun auch das Problem auf, inwieweit das Gericht von den Meinungen der Konfliktparteien abweichen kann, und stellt in der Begründung klar, dass es keine Konfliktlösung vorschlagen kann, die sich von Meinungen der beiden Konfliktparteien unterscheidet, sondern nur zwischen den beiden Meinungen wählen und ggf. einen Kompromiss vorschlagen kann²³. Freilich bleiben Zweifel, ob diese Klarstellung genügt, da der Normwortlaut diese Begrenzung nicht trägt. Wenn eine so wichtige Weichenstellung nur in einer Gesetzesbegründung steht, sind Rechtstreitigkeiten bis in die höchste Ebene vorzusehen. Deshalb plädiert die Kommission für eine Klarstellung auch im Gesetzestext.

Letztlich überzeugt es im Ganzen nicht, dass die Konfliktlösung des Gerichts nur in der in der Begründung vorgezeichneten Weise erfolgen kann. Dies hätte zur Folge, dass das Gericht immer im Rahmen der von den Konfliktparteien vorgegebenen Lösungsansätze bleiben müsste, selbst wenn eine ganz andere Lösung dem Kindeswohl am besten dienen würde. Das angerufene Gericht ist aber zur Konfliktlösung aufgerufen, zu der die Konfliktparteien nicht in der Lage sind, und muss seine Entscheidung ausschließlich am Kindeswohl ausrichten (§ 1697a BGB) mit der Folge, dass es sich im Einzelfall auch über die Meinung beider Konfliktparteien hinwegsetzen können muss. Darin liegt auch kein unzulässiger Eingriff in die Autonomie der Konfliktparteien. Vielmehr unterscheidet sich diese grundlegend von der Elternautonomie. Dem Gericht obliegt mithin eine umfassende Entscheidungskompetenz in der Sache, wenn Vormund und Pflegeperson den Konflikt nicht selbst bewältigen können, und dies müsste im Normtext zum Ausdruck kommen.

b) Auskunftspflicht des Vormunds (§ 1790 Abs. 4 BGB-E)

Während die vorangegangenen Entwürfe das Verhältnis des Vormunds zur Herkunftsfamilie des Kindes aussparten, sieht der jetzige Entwurf nun eine Auskunftspflicht des Vormunds gegenüber Familienangehörigen vor (§ 1790 Abs. 4 BGB-E). Dieser Vorstoß ist grundsätzlich zu begrüßen, wird damit doch eine Lücke im geltenden Recht geschlossen, die die h.M. im Verhältnis zwischen Vormund und Herkunftseltern durch eine Analogie zu § 1686 BGB zu füllen versucht²⁴. Jedoch bleibt der Kreis der Berechtigten nicht wie im Recht der elterlichen Sorge auf rechtliche Eltern und den nur leiblichen Vater beschränkt (§ 1686, § 1686a Abs. 1 Nr. 2 BGB), sondern erfasst alle „nahestehende(n) Angehörige(n) oder sonstige Vertrauenspersonen“, also neben Eltern auch Großeltern und Geschwister, Lehrer, Betreuer in einer Kindertagesstätte usw. Damit will der Entwurf die Personen erfassen, zu denen der Mündel ein besonderes Vertrauensverhältnis hat und die ein ernsthaftes Interesse am Mündel zeigen²⁵. Die Kommission begrüßt diese Ausweitung. Das Kind wird häufig nicht den Mut haben, um Kontakt mit der Lehrerin, der Kita-

²³ Entwurf S. 235.

²⁴ BGH FamRZ 2017, 1666 Rn. 7.

²⁵ Entwurf S. 232.

Erzieherin, den Nachbarn etc. zu bitten, und diese wissen oft nicht, wo sich das Kind befindet und ob ein Kontakt angezeigt ist. Die Aufrechterhaltung dieser Beziehungen kann für das Kind von besonderer Bedeutung sein. Um den Personenkreis nicht ausufern zu lassen, werden mit den Erfordernissen des berechtigten Interesses sowie der Kindeswohldienlichkeit überzeugende Grenzen gezogen. Dies gilt dagegen nicht in gleicher Weise für das Kriterium der Zumutbarkeit einer Auskunft für den Vormund, da es nicht um dessen Interessen, sondern ausschließlich um die Kindeswohldienlichkeit der Auskunft geht. Die Kommission plädiert deshalb dafür, den letzten Halbsatz in § 1790 Abs. 4 BGB-E zu streichen.

c) Genehmigungspflicht eines Aufenthaltswechsels (§ 1795 Abs. 2 Nr. 3 BGB-E)

Zu begrüßen ist, dass jede Entscheidung des Vormunds, die mit einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Mündels ins Ausland verbunden ist, der familiengerichtlichen Genehmigungspflicht unterworfen wird (§ 1795 Abs. 2 Nr. 3 BGB-E), und zwar unabhängig davon, ob er vorübergehend oder dauerhaft, freiwillig oder unfreiwillig ist, da jeder Wechsel ins Ausland erhebliche Auswirkungen auf das Kind haben kann.

5. Die Vermögenssorge des Vormunds

Auch hier verweist die Kommission weitgehend auf ihre Ausführungen zum 2. DE und beschränkt sich auf einzelne Neuerungen, die in den Vorentwürfen noch fehlten.

a) Allgemeine Grundsätze der Vermögensverwaltung (§ 1798 Abs. 1 BGB-E), Entscheidungsmaßstab für Familiengericht (§§ 1644, 1800 BGB-E)

Eine erhebliche Verbesserung gegenüber dem geltenden Recht und den Vorentwürfen stellt die Festlegung allgemeiner Grundsätze für die Vermögenssorge des Vormunds dar (§ 1798 Abs. 1 BGB-E). Dies erleichtert nicht nur dem Vormund die Verwaltung des Mündelvermögens, sondern hilft auch bei der „entsprechenden“ Anwendung der Regeln des Betreuungsrechts (§1798 Abs. 2 BGB-E). Es bleibt zu hoffen, dass dadurch in der künftigen Rechtspraxis des Vormundschaftsrechts die Schwierigkeiten vermieden werden können, die im Betreuungsrecht seit jeher mit der Verweisungsnorm des § 1908i BGB bestehen²⁶. Die Grundsätze bestimmen aber nicht nur die Vermögenssorge des Vormunds, sondern bilden auch den Entscheidungsmaßstab für familiengerichtliche Genehmigungen (§ 1800 Abs. 1 BGB-E) und die gerichtliche Aufsicht (§ 1802 Abs. 2 S. 1 BGB-E).

Als allgemeine Vermögensverwaltungsgrundsätze werden die wirtschaftliche Vermögensverwaltung, das wachsende Bedürfnis des Mündels zu selbständigem und verantwortungsbewusstem Handeln sowie der Schutz und Erhalt des Mündelvermögens

²⁶ Entwurf S. 143 f.

herausgestellt (§ 1798 Abs. 1 BGB-E). Vor allem soll letzterer Grundsatz sicherstellen, dass der Mündel bei Erreichen der Volljährigkeit ein ungeschmäleretes Vermögen erhält²⁷.

Damit unterliegt die Vermögensverwaltung des Vormunds letztlich denselben Schranken wie die der Eltern, obwohl diese „nur“ zu einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung verpflichtet sind (§ 1642 BGB)²⁸. Allerdings obliegt nach § 1626 Abs. 2 BGB auch ihnen die Verpflichtung, die wachsende Eigenverantwortlichkeit des Kindes zu stärken²⁹, und auch ihre Vermögenssorge ist ein treuhänderisches Recht mit der Folge, dass sie zur Bewahrung des Kindesvermögens zum Nutzen des Kindes verpflichtet sind³⁰.

Wenn aber für beide die gleichen Grundsätze gelten, müsste im Interesse der Rechtsklarheit zumindest in der Begründung näher erläutert werden, warum für die familiengerichtliche Genehmigung unterschiedliche Maßstäbe gelten (§ 1800 Abs. 1 BGB-E einerseits und § 1644 BGB-E andererseits). Davon abgesehen unterstreicht der in beiden Normen gewählte Kindeswohlmaßstab („wenn das Rechtsgeschäft dem Kindeswohl nicht widerspricht“), dass die Genehmigung grundsätzlich zu erteilen ist, sofern kein Widerspruch mit dem Kindeswohl vorliegt. Damit wird deutlich, dass sowohl die Eltern als auch der Vormund grundsätzlich frei in der Verwaltung des Kindesvermögens sind und nur ausnahmsweise Beschränkungen unterliegen³¹.

b) Schenkungsverbot (§ 1798 Abs. 3 BGB-E)

Zu Recht schreibt der Entwurf auch das Schenkungsverbot des § 1804 BGB fort (§ 1798 Abs. 3 BGB-E) und widersteht der Versuchung, wie im Betreuungsrecht das allgemeine Schenkungsverbot aufzuheben und Schenkungen des Vormunds einem gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt (§ 1854 Nr. 8 BGB-E) zu unterwerfen (arg. § 1799 Abs. 1 BGB-E). Vielmehr gelten für den Vormund dieselben Beschränkungen, die auch für Eltern gelten (§ 1641 BGB).

c) Trennungsgebot und Verwendungsverbot (§ 1836 BGB-E)

Während das geltende Recht das Trennungsgebot nicht deutlich vom Verwendungsverbot trennt, sondern ersteres als vom Begriff der „Verwendung“ i.S.v. § 1805 BGB mit umfasst angesehen wird³², differenziert die Neufassung von § 1836 BGB-E deutlich zwischen dem Trennungsgebot (Abs. 1) und dem Verwendungsverbot (Abs. 2), d.h. dem Verbot, Vermögen des Mündels für sich

²⁷ Entwurf S. 241.

²⁸ § 1642 BGB enthält über seinen Wortlaut hinaus einen allgemeinen Grundsatz für die Vermögenssorge der Eltern (Staudinger/Heilmann [2016], § 1642 Rn. 7; BeckOGK/Fröschle/Kerscher [1.6.2020] § 1642 Rn. 6, 17).

²⁹ Zur Geltung dieses Grundsatzes im Bereich der Vermögensverwaltung BeckOGK/Fröschle/Kerscher (1.6.2020) § 1642 Rn. 17.

³⁰ OLG Frankfurt FamRZ 2019, 457, 458; Staudinger/Heilmann (2016), § 1642 Rn. 7.

³¹ Entwurf S. 211.

³² Staudinger/Veit (2020), § 1805 Rn. 6.

zu verbrauchen oder zu nutzen. Von dem Verwendungsverbot sieht Abs. 3 für das Verfügungsgeld zu Recht Ausnahmen vor. Lebt der Vormund mit dem Mündel in einem gemeinsamen Haushalt, so kann der Vormund das Verfügungsgeld (§ 1839 Abs. 1 BGB-E) für sich und den Mündel verwenden, soweit dies dem Willen des Mündels entspricht. Mangels weiterer Einschränkungen dürfte dieser Wille freilich nur beachtlich sein, wenn der Mündel aufgrund seines Entwicklungsstands in der Lage ist, die Reichweite seiner Erklärung zu verstehen. Im Interesse der Rechtsklarheit wäre eine diesbezügliche Erläuterung in der Begründung vorteilhaft.

6. Sonstige Neuerungen

a) Aufsichtspflicht des Gerichts (§ 1802 f. BGB-E)

Die Kommission begrüßt die Festschreibung getrennter Maßstäbe, an denen sich die Aufsicht des Familiengerichts über den Vormund und des Betreuungsgerichts über den Betreuer ausrichtet (§§ 1802, 1862 BGB-E). Dadurch wird deutlich, dass für die Verantwortung von Vormund und Betreuer unterschiedliche Grundsätze gelten.

Der Rechtsklarheit dienen auch die differenzierten Regeln zur Berichtspflicht des Vormunds betr. die persönlichen Verhältnisse des Mündels (§ 1863, § 1802 Abs. 2 S. 3 BGB-E). So ist der Vormund künftig nicht nur zu einem Jahresbericht, sondern auch zu einem Bericht über die persönlichen Verhältnisse des Mündels zu Beginn der Vormundschaft verpflichtet (§ 1863 Abs. 1 BGB-E). Die verpflichtenden Angaben im Jahresbericht werden gegenüber dem geltenden Recht (§ 1840 Abs. 1 S. 2 BGB) deutlich konkreter umschrieben (§ 1863 Abs. 3 S. 3 BGB-E).

Die Kinderrechtskommission begrüßt weiter die stärkere Einbindung des Mündels in die familiengerichtliche Aufsicht durch Festschreibung einer Pflicht zur persönlichen Anhörung (§ 1803 Nr. 1 BGB-E) bzw. zur persönlichen Besprechung mit dem Mündel (§ 1803 Nr. 2 BGB-E). Zwar haben die Mündel während der Vormundschaft Kontakte zu unterschiedlichsten Aufgabenträgern (Vormund, Pflegeperson, Jugendamt usw.). Dadurch wird jedoch ein zusätzlicher Kontakt zum Familiengericht nicht entbehrlich. Vielmehr stellt die nun verankerte Besprechungspflicht des Gerichts sicher, dass dieses sich einen persönlichen Eindruck vom Mündel und seiner Zufriedenheit mit der Amtsführung des Vormunds verschaffen kann³³. Umgekehrt kann der Mündel, ohne selbst aktiv werden zu müssen, sich mit dem Gericht über den Vormund und seine Amtsführung austauschen. Zudem besteht auch keine uneingeschränkte Besprechungspflicht des Gerichts; vielmehr soll die Beteiligung des Mündels nur in „geeigneten Fällen“ erfolgen und auch nur dann, wenn die Besprechung „nach dem Entwicklungsstand des Mündels angezeigt ist“. Das Kind muss also die nötige Reife haben, um den zugrundeliegenden

³³ Entwurf S. 252.

Sachverhalt zu erfassen und zur Darstellung seiner Situation beizutragen³⁴. Ein wichtiger Indikator wird dabei das Alter des Kindes sein. Die Kommission plädiert für die Aufnahme einer Altersgrenze von 10 Jahren als Untergrenze, um auf diese Weise eine vorschnelle Überforderung von zu jungen Kindern zu vermeiden und um Rechtssicherheit zu erreichen.

Darüber hinaus sollte dem Kind zumindest in Bezug auf die Besprechung des Anfangs- und Jahresberichts des Vormunds über die persönlichen Verhältnisse des Mündels (§ 1803 Nr. 2 BGB-E) ein „Antragsrecht“, sowie ein „Vetorecht“ eingeräumt werden mit der Folge, dass gegen seinen Willen keine Besprechung stattfinden kann. Damit die Erfüllung dieser neuen Aufgabe des Familiengerichts auch gelingt, müssen die Rechtspfleger, die von ihrer Ausbildung nicht auf die Beteiligung von Kindern und Jugendlichen vorbereitet sind, stärker als bisher an diese Aufgabe herangeführt werden.

b) Entlassung des Vormunds (§ 1804 BGB-E)

§ 1804 BGB-E führt alle Gründe für eine Entlassung des Vormunds zusammen und beseitigt die bisherigen Differenzierungen, die wesentlich vom Subsidiaritätsgrundsatz mitbestimmt sind (§§ 1886 ff. BGB). Diesen Neuerungen kann weitgehend zugestimmt werden; allerdings müsste, um dem Vorrang der ehrenamtlichen Einzelvormundschaft in vollem Umfang Rechnung zu tragen, das Verb „berücksichtigen“ in § 1804 Abs. 3 S. 2 BGB-E durch „beachten“ ersetzt werden (näher zu diesem Punkt bereits die Stellungnahme der Kommission zum 2. DE).

c) Internationales Privatrecht (Art. 7, 24 EGBGB)

Zu begrüßen sind die Änderungen der Art. 7 und 24 EGBGB (Anknüpfung der Geschäftsfähigkeit an den gewöhnlichen Aufenthalt anstatt an die Staatsangehörigkeit), da dadurch ein Gleichlauf mit anderen europäischen Rechtsordnungen und den Vorgaben völkerrechtlicher Übereinkommen (Haager Kindes-/Erwachsenenschutzübereinkommen, GFK) erreicht und der Rechtsverkehr erleichtert wird.

Die Kommission weist darauf hin, dass die Aufrechterhaltung des Grundsatzes: „Ehe macht mündig“ in Art. 7 Abs. 2 S. 2 EGBGB-E erneut die Zweifelhaftigkeit des „Kinderehenbekämpfungsgesetzes“³⁵ nur allzu deutlich hervortreten lässt: Das Kinderehenbekämpfungsgesetz führt dazu, dass etwa eine in Bulgarien wirksam geschlossene Ehe einer siebzehnjährigen Bulgarin zwar in Deutschland „zu ihrem Schutz“ aufgehoben wird (Art. 13 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB), sie aber weiter wirtschaftlich höchst gefährliche Geschäfte vornehmen darf. Denn eine einmal erlangte Geschäftsfähigkeit bleibt erhalten (Art. 7 Abs. 2 S. 3

³⁴ Entwurf S. 251.

³⁵ BGBl. 2017 I 2429.

EGBGB-E). Für im Inland geschlossene Ehen macht Satz 2 ohnehin keinen Sinn. In sich stimmig und überzeugend ist die Regelung des Art. 7 Abs. 2 S. 2 EGBGB-E nur dann, wenn das BVerfG die Regelung des Art.13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB für verfassungswidrig hält³⁶.

d) Neufassung von § 1631 Abs. 2 BGB

Die Kinderrechtekommission lehnt die Neufassung von § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB-E ab, weil die Formulierung „unter Ausschluss der Gewalt“ der Norm eine andere Struktur gibt, ohne dass aus der Begründung ein Grund für diese Änderung erkennbar wäre. Während die geltende Formulierung am Pflichtrecht der Eltern zur Pflege und Erziehung ausgerichtet ist, wird dieser Kontext durch die Normänderung aufgeweicht. Hinzu kommt, dass die Neufassung zu weit geht, da vom Gewaltausschluss z.B. auch das Festhalten beim Wickeln, das Wegtragen aus dem Sandkasten bei Regen etc. erfasst würde, obwohl diese Maßnahmen der Eltern zum Schutz des Kindes erforderlich sind. Demgegenüber hat die bisherige Formulierung „gewaltfreie Erziehung“ genaue Konturen, die nicht ohne Grund aufgegeben werden sollten. Die Kommission plädiert stattdessen dafür, § 1631 Abs. 2 BGB unverändert zu lassen und § 1788 Nr. 2 BGB-E wie folgt zu fassen: „Der Mündel hat insbesondere ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Erziehungsmaßnahmen sind unzulässig.“

e) Aufgabenverteilung zwischen Familienrichter und Rechtspfleger (§ 3 Nr. 2a, § 14 Abs. 1 Nr. 10 RpflG)

Die Kommission vermisst eine Änderung der Aufgabenverteilung im RpflG zwischen Familienrichter und Rechtspfleger für den Bereich der Vormundschaft. Zwar soll § 14 Abs. 1 Nr. 10 RpflG gestrichen werden (Art. 3 Nr. 1a des Referentenentwurfs). Damit entfällt aber nur eine Sonderregel für die Anordnung der Vormundschaft oder Pflegschaft über einen Angehörigen eines fremden Staates. Dagegen wird die Grundregel nicht verändert, wonach für die Anordnung der Vormundschaft sowie die Auswahl des Vormunds der Rechtspfleger zuständig ist (§ 3 Nr. 2a RpflG), soweit nicht der Richter – was in der Rechtspraxis eher die Ausnahme ist – die Entscheidung trifft (§ 8 RpflG). Diese Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger widerspricht aber der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG, wonach die Vormundauswahl unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ein integraler Bestandteil der Entscheidung über den Entzug der elterlichen Sorge ist³⁷, so dass sich künftig ohnehin jeder Familienrichter stärker mit dem Vormundschaftsrecht beschäftigen muss, selbst wenn ihm dies bislang nur wenig geläufig war³⁸. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, plädiert die Kommission nachdrücklich dafür,

³⁶ Zum Vorlagebeschluss des BGH FamRZ 2019, 181 ff.

³⁷ BVerfG FamRZ 2015, 208 Rn. 31.

³⁸ Hammer JAmt 2015, 291, 294.

über eine neue Gewichtung der Zuständigkeiten von Richter und Rechtspfleger nachzudenken und einen Richtervorbehalt für die Anordnung der Vormundschaft sowie die Auswahl des Vormunds im RPfIG zu verankern.

III.

Mit den im Entwurf enthaltenen Reformen gelingt es den Verfassern, das Vormundschaftsrecht in beeindruckender Weise zu modernisieren. Der Vergleich mit den materiell- und organisationsrechtlichen Regeln des Betreuungsrechts offenbart allerdings weitere Optimierungsmöglichkeiten.

1. Rechtsfigur des “Verhinderungsvormunds“ (entsprechend § 1817 Abs. 4 BGB-E)

Anders als im Betreuungsrecht (§ 1817 Abs. 4 BGB-E) fehlt im geltenden Vormundschaftsrecht die Rechtsfigur eines Verhinderungsvormunds. Dies führt dazu, dass bei tatsächlicher Verhinderung des Vormunds (etwa infolge Auslandsaufenthalts, Krankheit usw.) das Familiengericht die im Interesse des Mündels erforderlichen Maßregeln selbst treffen (§ 1846 BGB) oder unter den Voraussetzungen des § 1909 BGB einen Ergänzungspfleger bestellen müsste. Ansonsten bleibt nur der Weg über eine Bevollmächtigung oder Ermächtigung; in der Amtsvormundschaft wird unter bestimmten Voraussetzungen eine amtsinterne Betrauung eines anderen Mitarbeiters im Verhinderungsfall bejaht³⁹. Angesichts dieser Rechtsunsicherheit bietet sich an, angelehnt an die Vorgaben des Betreuungsrechts die Rechtsfigur des Verhinderungsvormunds zu schaffen. Dadurch würde Rechtsklarheit für Vormund und Mündel für den Verhinderungsfall geschaffen. Die regelhafte Bestellung eines Verhinderungsvormunds für jeden Vormund hätte zur Folge, dass man die gemeinschaftliche Vormundschaft i.S.v. § 1775 BGB-E um diese Fallgestaltung erweitern müsste. Eine Kollision mit dem Grundsatz der ungeteilten Verantwortung eines Vormunds für den Mündel⁴⁰ würde nicht eintreten, da der Verhinderungsvormund nur für den Fall der Verhinderung bestellt wird und tätig werden soll, es also nicht zu einer gespaltenen Verantwortung kommen kann, wie dies in den Fällen der §§ 1776, 1777 BGB-E der Fall ist.

2. Anbindung des ehrenamtlichen Einzelvormunds an Verein/Jugendamt (analog § 5, § 15 Abs. 1 Nr. 4 BtOG-E)

Um die Qualität der Vormundschaftsführung durch den ehrenamtlichen Vormund zu verbessern, sieht das SGB VIII Beratungs- und Unterstützungsaufgaben des Vereins (§ 54 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII-E) und des Jugendamtes (§ 53a Abs. 1 SGB VIII-E) vor. Diese sind allerdings nur für das

³⁹ DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2016, 442, 443.

⁴⁰ Entwurf S. 214.

Jugendamt als Pflicht, dagegen für den Verein lediglich als Obliegenheit ausgestaltet⁴¹. Der ehrenamtliche Einzelvormund kann also frei entscheiden, ob er das gebündelte sozialpädagogische und -psychologische Fachwissen und die dort vorhandenen Vernetzungen mit unterschiedlichen Fachdiensten (Erziehungsberatung, Jugendhilfeeinrichtungen) in Anspruch nimmt oder nicht. Denkbar ist auch, dass er von diesen Angeboten gar nichts weiß. Um die damit verbundene Gefahr der Hilflosigkeit und Überforderung aber zu bannen und zugleich eine qualifizierte Vormundschaftsführung sicherzustellen, müsste der ehrenamtliche Vormund stärker an diese Institutionen gebunden werden. Für das Vereinsmitglied, das die Vormundschaft ehrenamtlich übernimmt, ist dies seit jeher gewährleistet⁴². Zu überlegen wäre deshalb, ob nicht – parallel zum Betreuungsrecht (§ 1816 Abs. 4 BGB-E, § 5 Abs. 2, § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BtOG-E) – in § 1774 BGB-E eine Ergänzung des Inhalts aufgenommen wird, dass eine natürliche Person nur dann zum ehrenamtlichen Vormund bestellt werden kann, wenn sie mit einem Vormundschaftsverein bzw. Jugendamt eine Vereinbarung über eine Begleitung oder Unterstützung geschlossen hat, um auf diese Weise sicherzustellen, dass sie für die Dauer der Vormundschaftsführung von der dort vorhandenen Fachexpertise profitieren kann. Auf diese Weise könnten das Ehrenamt attraktiver, die Zahl der Einzelvormünder erhöht und der Vorrang des ehrenamtlichen Einzelvormunds gesichert werden, da dieser dann nicht mehr – wie nach dem derzeitigen Entwurf – gegenüber dem Jugendamt zurücktreten müsste, wenn der Mündel und seine Lebensverhältnisse eine professionelle Aufgabenwahrnehmung verlangen⁴³.

Eine weitere Verbesserung der Verzahnung von ehrenamtlicher und beruflicher Vormundschaftsarbeit würde dadurch erreicht, dass die vertragliche Vereinbarung zwischen Vormund und Verein auch eine Erklärung des Vereins enthält, für den Fall der Verhinderung des Vormunds die Vormundschaftsführung zu übernehmen (entspr. § 15 Abs. 1 Nr. 4 BtOG-E).

⁴¹ Zu dieser Differenzierung im geltenden Recht näher Fröschle in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), 17. Göttinger Workshop (2019), 55, 58 f.

⁴² Veit, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), 17. Göttinger Workshop (2019), 121, 131.

⁴³ Entwurf S. 220.