

PETER HOFFMANN ● MARISKA HINRICHS

RECHTSANWALT

RECHTSANWÄLTIN

RA PETER HOFFMANN  
STRASSENBAHNRING 13 20251 HAMBURG

PETER HOFFMANN  
RECHTSANWALT  
FACHANWALT FÜR FAMILIENRECHT

MARISKA HINRICHS  
ANGESTELLTE RECHTSANWÄLTIN

STRASSENBAHNRING 13  
20251 HAMBURG

TELEFON +49 40 41 160 69 0  
TELEFAX +49 40 41 160 69 99  
MOBIL +49 172 4503345

P.HOFFMANN@RECHTSANWALTHOFFMANN.COM  
M.HINRICHS@RECHTSANWALTHOFFMANN.COM

WWW.RECHTSANWALTHOFFMANN.COM

IN BÜROGEMEINSCHAFT MIT:

VIVIANE SPETHMANN  
RECHTSANWÄLTIN  
FACHANWÄLTIN FÜR FAMILIENRECHT

SVEN OLIVER SPETHMANN  
RECHTSANWALT

Hamburg, den 25.02.2022 - D1/187-22

Mein Zeichen: Ho

**Referat zur Reform des Vormundschaftsrechts**  
**(Bundgesbl. 2021 I, 882; vom 04.05.2021; Inkrafttreten am 01.01.2023)**  
bei der Stiftung zum Wohl des Pflegekindes am 19.02.2022 zum Thema

**»Pflegeeltern als Vormund«**

**I. Bedingungen und Entwicklungsaufgaben von Pflegekindern**

In der Pflegefamilie sollen Kinder tragfähige Bindungen aufbauen und eine Förderung ihrer Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit erfahren.

Wenn Kinder zu Pflegekindern werden (müssen), hatten sie dazu noch keine Gelegenheit, denn sie hatten pathologische Bindungserfahrungen. Wodurch sind Pflegekinder gekennzeichnet: Ihr wesentliches Kennzeichen ist nicht die Tatsache, dass sie außerhalb ihres Elternhauses und innerhalb einer Pflegefamilie leben. Ihr wesentliches Kennzeichen ist in den allermeisten Fällen eine schwerwiegende Gefährdung, meistens auch

Schädigung, in zahlreichen Fällen auch Behinderung. Eine solche Gefährdung oder Schädigung ist die notwendige Voraussetzung dafür, dass Kinder aus der Herkunftsfamilie herausgenommen werden dürfen, wie das Bundesverfassungsgericht immer wieder betont. Vor der Herausnahme war es regelmäßig trotz einer hohen Zahl ambulanter Hilfen nicht gelungen, die Gefahr abzuwenden.

Es kommt im Interesse der Pflegekinder deshalb darauf an, ihnen die Gelegenheit zu korrigierenden Erfahrungen zu geben und entstehende sowie entstandene positive und stabile Bindungen zwischen Pflegekind und Pflegeeltern auch rechtlich abzusichern. Nur so kann das eingangs formulierte Ziel, tragfähige Bindungen aufzubauen und die Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit erreicht werden.

Bindungen und Beziehungen des Kindes zur Pflegeperson verstärken sich mit zunehmender Dauer des Pflegeverhältnisses.

Eine Sicherung der Kontinuität des Kindes in der Pflegefamilie und auch eine Stärkung der sorgerechtlichen Stellung der Pflegeperson gehen nach der bisherigen Rechtslage damit nicht einher.

Eine umfassende sorgerechtliche Verstetigung wird erreicht, wenn die Pflegeperson selbst zum Vormund bestellt wird. (vgl. Professor Dr. Veit, FamRZ 2021, 1501, 1503)

## **II. Welche Möglichkeiten gab es dazu bisher? Wie waren die Erfahrungen?**

Die bisherige Alltagssorge der Pflegeeltern gem. § 1688 BGB in der bisherigen Fassung genügte nur für einen sehr geringen Teil der Probleme, da die meisten relevanten Bereiche außerhalb der Alltagssorge liegen und damit der elterlichen Sorge oder der Vormundschaft vorbehalten blieben.

Die Übertragung der Angelegenheiten der elterlichen Sorg auf die Pflegeeltern e gem. § 1630 Abs. 3 BGB erfolgte nur selten, da ein solcher Antrag zwar von den Pflegeeltern gestellt werden konnte, jedoch nur mit Zustimmung der sorgeberechtigten Herkunftseltern zulässig war. Diese Zustimmung wurde nur äußerst selten erteilt.

Die gesetzlichen Bestimmungen §§ 1887, 1791 b BGB lauten in der noch geltenden Fassung eindeutig, dass der ehrenamtlichen Einzelvormundschaft der Vorrang gegenüber der Amtsvormundschaft einzuräumen ist. Dies bedeutet, dass die Bestellung der Amtsvormundschaft die Ausnahme und die ehrenamtlichen Einzelvormundschaft die Regel sein soll.

In der Praxis erfolgt dies umgekehrt: 80 % der Vormundschaften etwa wurden als Amtsvormundschaften eingerichtet, darüber hinaus gab es Vereinsvormundschaften, Berufsvormundschaften und ehrenamtliche Einzelvormundschaften.

In den vergangenen 10 Jahren gab es bei mir etwa 40 Verfahren zu diesem Thema, in denen von 2 Ausnahmen abgesehen sämtliche Verfahren damit endeten, dass den Pflegeeltern die Vormundschaft oder Pflegschaft (für einzelne Angelegenheiten der elterlichen Sorge) übertragen wurde.

Die Entscheidungen der Gerichte wurden regelmäßig kurz mit dem Vorrang der Einzelvormundschaft vor der Amtsvormundschaft begründet, nachdem die Eignung der Pflegeperson nach den allgemeinen Kriterien (§ 1773 BGB) festgestellt und die Kindeswohlprüfung vorgenommen wurde.

### III. Stellung der Jugendämter dazu

Die entsprechenden Anträge von Pflegeeltern stießen regelmäßig auf Widerstand der Jugendämter. Nur in wenigen von den 40 Verfahren wurde der Antrag vom Jugendamt unterstützt.

Diese Praxis ist umso überraschender, als der Gesetzgeber dazu flankierend das Jugendamt verpflichtet hat:

*»Das Jugendamt hat dem Vormundschaftsgericht Personen und Vereine vorzuschlagen, die sich im Einzelfall zum Pfleger oder Vormund eignen«, § 53 Abs. 1 SGB VIII.*

Ergänzend besteht die Verpflichtung des Jugendamtes aus **§ 56 Abs. 4 SGB VIII**:

*»Das Jugendamt hat in der Regel jährlich zu prüfen, ob im Interesse des Kindes oder des Jugendlichen seine Entlassung als Amtspfleger oder Amtsvormund und die Bestellung einer Einzelperson oder eines Vereins angezeigt ist, und dies dem Vormundschaftsgericht mitzuteilen«.*

Markante Äußerungen von Jugendämtern in den Verfahren:

*»Wir befürchten einen Machtverlust!« (Jugendamt in Schleswig-Holstein, 2013)*

*»Es ist schwierig, was die Zusammenarbeit mit den leiblichen Eltern und die Kontakte angeht, weil dann durchaus eine große Macht bei den Pflegeeltern liegt« (vgl. Katzenstein, Fritzsche, PFAD 2022, Heft 1, S. 10)*

*»Wir halten die Pflegeeltern zwar als für die Übernahme der Vormundschaft geeignet, lehnen die Übernahme der Vormundschaft durch Pflegeeltern jedoch grundsätzlich ab.« (Jugendamt in Baden-Württemberg, 2020)*

(Anmerkung zu dem Aspekt »Besuchskontakte den Herkunftseltern«: Es handelt sich um eine sehr verbreitete rechtliche Fehlvorstellung, dass die Vormundschaft der Pflegeeltern diese in die Lage versetzen würde, das Umgangsrecht der Herkunftseltern zu beeinflussen, einzuschränken oder gar auszusetzen.

Das Umgangsrecht der Herkunftseltern gemäß § 1684 BGB ist ein eigenes Recht, das weder durch eine Amtsvormundschaft noch durch eine ehrenamtliche Einzelvormundschaft beeinträchtigt werden kann. Offensichtlich besteht der Rechtsirrtum, dass über das Aufenthaltsbestimmungsrecht, das in der Vormundschaft enthalten ist, darauf Einfluss genommen werden könnte. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist jedoch lediglich dazu geeignet, den Aufenthalt eines Kindes an einem beliebigen Ort oder bei einer beliebigen Person zu bestimmen. Eine Beeinträchtigung eines gesetzlich normierten Umgangsrechts aus den §§ 1684, 1685 BGB ist über das Aufenthaltsbestimmungsrecht jedoch nicht möglich. Gleichwohl hält sich der entsprechende Mythos hartnäckig.

#### IV. Das gesetzliche Leitbild der Institution Vormundschaft

Die Bestellung der Pflegeperson als Vormund genügt in idealer Weise dem Leitbild der ehrenamtlichen Vormundschaft, da sie elterngleich das Kind selbst pflegen und erziehen. Dies galt bereits nach bisherigem Recht und gilt auch nach neuem Recht.

(§§ 1887, 1791 b BGB) *»Das Leitbild des Gesetzes ist die ehrenamtlichen Einzelvormundschaft, bei der ein Vormund als natürliche Person für ein oder wenige Mündel bestellt ist, für die er ähnlich sorgt wie Eltern für ihre Kinder (s BVerfGE 54, 251, 266)« (Staudinger/Veit (2020) Vorbem. zu §§ 1773 ff Rn. 29 m.w.N.).«*

*»Seine (des Vormunds) Rechtsstellung entspricht in der gesetzlichen Grundstruktur damit der Stellung der Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern.« (aaO. § 1793 Rn. 2)*

*»Das Verhältnis zwischen Vormund und Mündel ist dem Eltern-Kind-Verhältnis nachgebildet« (aaO. Vorbem. zu §§ 1773 ff Rn. 21 m.w.N.);*

*»Der Vormund fällt ... unter den Begriff des Erziehungsberechtigten i.S.v. Art. 6 Abs. 3 GG«. (aaO.)*

*»Dem Vormund wird ... eine elternähnliche Stellung zugesprochen ...« (aaO.)*

Diesem gesetzlichen Leitbild kann im Regelfall nur ein **ehrenamtlicher Einzelvormund** entsprechen, der über eine entsprechende eigene Motivation verfügt.

Eine umfassende sorgerechtliche Verstetigung wird erreicht, wenn die Pflegeperson selbst zum Vormund bestellt wird. Ihre Bestellung als Vormund genügt in idealer Weise dem Leitbild der ehrenamtlichen Vormundschaft (Staudinger/Veit, Vorbemerkung zu §§ 1773 ff Rz. 29).

## V. Die neuen gesetzlichen Regelungen

**Die im Folgenden genannten Vorschriften enthalten die Neufassung und treten zum 01.01.2023 in Kraft.**

1. § 1795 Abs. 1 S. 2 betont, dass der Vormund auch dann vollumfänglich für die Personensorge persönlich verantwortlich ist, wenn er den Mündel nicht in seinem Haushalt pflegt und erzieht. Der Mündel soll den Vormund als Erziehungsverantwortlichen erleben (Bundestagsdrucksache 19/24445, S. 126).

Vormund und Pflegeperson sind zur gegenseitigen Information und zur Zusammenarbeit verpflichtet (§§ 1796 Abs. 2, 1792 Abs. 2 BGB).

Kritisch:

Diese Regelung blendet erneut die Realität aus, dass der beruflich tätige Vormund die tatsächliche Pflege und Erziehung gerade nicht leistet, sondern dauerhaft darauf angewiesen ist, dass diese Aufgabe von anderen wahrgenommen wird (Veit, FamRZ 2021; Staudinger/Veit § 1793 Rz. 5).

Es ist äußerst fraglich, ob diese Aufgabe, die am Idealbild eines vollumfänglich pflegenden und erzielenden Vormunds ausgerichtet ist, von einem beruflich tätigen Vormund, der in der Regel einmal im Monat den Kontakt zu Mündel halten soll (§ 1790 Abs. 3 S. 2 BGB) und zugleich für bis zu 50 Mündel zuständig ist (§§ 54 Abs. 1 Nr. 2, 55 Abs. 3 SGB VIII) erfüllt werden kann. Die einfache Berechnung zeigt, dass bereits diese gesetzliche Höchstzahl-Regelung nicht umgesetzt werden kann: Bei 50 Mündel und 12 Kontakten pro Jahr ergeben sich 600 Kontakte jährlich. Arbeitsrechtlich geht man von 220 Arbeitstagen aus (nach Abzug von Wochenenden und Urlaub), sodass etwa 3 Mündelkontakte pro Tag stattfinden müssten, einschließlich Dokumentation und sonstige Tätigkeiten. Dies liegt fernab von jeglicher Realität.

2. Um das genannte Ziel zu erreichen, sieht das Gesetz folgende Bestimmungen vor:

Nach §§ 1796 Abs. 2, 1792 Abs. 2 BGB sind Vormund und Pflegeperson zu gegenseitiger Information und Zusammenarbeit im Interesse des Mündels zu dessen Wohl verpflichtet.

Der Vormund ist verpflichtet, auf die Belange der Pflegeperson Rücksicht zu nehmen (§ 1796 Abs. 1 S. 1 BGB) und bei seinen Entscheidungen die Auffassung der Pflegeperson und die von ihr im Erziehungsalltag gesammelten Erfahrungen einzubeziehen (§ 1796 Abs. 1 S. 2 BGB).

3. Das Alltagssorgerecht der Pflegeperson (§ 1796 BGB) bestimmt, dass die Pflegeperson in Angelegenheiten des täglichen Lebens entscheiden und den Vormund insoweit vertreten kann (§ 1797 Abs. 1 S. 1 BGB). Der Vormund kann die Befugnisse beschränken oder ausschließen, soweit dies zum Wohl des Mündels erforderlich ist (§ 1797 Abs. 3 BGB). Dies gilt - anders als bisher - auch dann, wenn zugunsten der Pflegeperson eine Verbleibensanordnung erlassen wurde.

Anders als bisher hat die Pflegeperson keine Befugnis mehr, den Arbeitsverdienst zu verwalten sowie Unterhalts-, Versicherungs-, Versorgung- und sonstige Sozialleistungen für das Kind geltend zu machen.

4. Der Pflegeperson können einzelne Sorgeangelegenheiten vom Familiengericht übertragen werden (§ 1777 Abs. 1 BGB). Die Pflegeperson hat die Stellung eines Pflegers, und es gelten die Regeln über die Ergänzungspflegschaft (§ 1777 Abs. 4 S. 2 BGB). Sie kann dann selbstständig und unabhängig von Vormund in dem ihr übertragenen Sorgebereich die Verantwortung für den Mündel wahrnehmen und das Kind vertreten (§§ 1777 Abs. 4 S. 2, 1809 Abs. 1 S. 2 BGB).

Kritisch:

Dies gilt allerdings nur sehr eingeschränkt:

Diese alleinige Verantwortung der Pflegeperson im übertragenen Bereich beschränkt sich auf Alltagsangelegenheiten.

Demgegenüber werden Sorgeangelegenheiten, deren Regelung für den Mündel von erheblicher Bedeutung ist, nur zur gemeinsamen Wahrnehmung mit dem Vormund übertragen (§ 1777 Abs. 2 BGB).

Es kann also die Pflegeperson im übertragenen Sorgebereich nicht gänzlich selbstständig und eigenverantwortlich handeln, sondern in Bezug auf Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung ist sie an die Mitentscheidung des Vormunds gebunden (§ 1792 Abs. 4 BGB).

Fraglich ist, wie ein Vormund in einer Angelegenheit mitverantwortlich sein kann, die er nicht selbst zum Wohl des Mündels wahrnehmen kann. (Dürbeck, FamRZ 2020, 1789, 1792).

Diese Situation erfordert eine erhebliche Kooperationsbereitschaft und Kooperationsfähigkeit. Dies gilt bereits über die Frage des Einvernehmens, aber auch über die Frage, was als eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung oder eine Angelegenheit des täglichen Lebens ist.

Bei Streitigkeiten entscheidet das Familiengericht.

5. Das Gesetz will die Bestellung natürlicher Personen fördern (Bundstagsdrucksache 19/24445, S. 122), da die Person, die die Vormundschaft ehrenamtlich führt, »am ehesten in der Lage ist, Zeit und persönliche Zuwendung für den Mündel aufzubringen und daher von besonderem Wert für ihn ist ... (S. 129).

## VI. Die Auswahl des Vormunds

Gemäß § 1778 Abs. 1 BGB soll der **am besten zur Führung der Vormundschaft geeignete Vormund** ausgewählt werden.

### 1. Gleichrangigkeit der Vormundschaftstypen

Mit dem Wegfall der Subsidiarität von Amtsvormundschaft und Vereinsvormundschaft ergibt sich eine Gleichrangigkeit der verschiedenen Vormundschaftstypen in § 1774 Abs. 1 BGB.

### 2. Auswahlkriterien nach § 1778 BGB

- Wille des Mündels,
- familiäre Beziehungen des Mündels,
- persönliche Bindungen des Mündels,
- religiöses Bekenntnis und kultureller Hintergrund des Mündels,
- der wirkliche oder mutmaßliche Wille der Eltern,
- die Lebensumstände des Mündels

### 3. Kriterien der Eignung der natürlichen Person

- Kenntnisse und Erfahrungen,
- persönliche Eigenschaften,
- persönliche Verhältnisse und Vermögenslage,
- Fähigkeit und Bereitschaft zur Zusammenarbeit mit anderen an der Erziehung des Mündels beteiligten Personen

4. Kriterien für die Eignung eines Berufs- und Vereinsvormunds
  - Arbeitsbelastung,
  - Anzahl und Umfang der bereits zu führenden Vormundschaften und Pflegschaften (Höchstgrenze 50 Fälle)
  
5. Vorrang der ehrenamtlichen Einzelvormundschaft?

Nach § 1778 Abs. 1 BGB hat das Familiengericht diejenige Person zu bestellen, die am besten geeignet ist, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen. Es wird betont, dass im Einzelfall das Jugendamt der geeignetste Vormund sein kann (GesE S. 253).

Ist eine Person vorhanden, die das Amt ehrenamtlich führen würde, und ist diese gleich gut geeignet wie ein beruflich tätiger Vormund oder das Jugendamt, ist sie nach § 1779 Abs. 2 BGB-E vorrangig zu bestellen.

Kritisch:

Pflegekinder sind im Normalfall durch Traumata-Schädigungen, FASD-Schädigungen, multiple sonstige Einschränkungen etc. betroffen und stellen damit höhere Anforderungen. Sobald dies innerhalb eines Gerichtsverfahrens deutlich wird, besteht die Gefahr, dass das Gericht regelmäßig einen »sonstigen Berufsvormund« einsetzen anstelle von Pflegeeltern. Warum sollte ein Familienrichter hier irgendwelche Risiken eingehen, insbesondere in Hinblick auf seine Aufsichtspflichten gegenüber der Vormundschaft?

Da Berufsvormünder ohnehin selten und meistens ausgelastet sind, verbleibt wie bisher das Jugendamt als häufigste Auswahl.

*»Ob die Betonung der Auswahl des am besten geeigneten Vormundes daher zu einer Reduzierung der Anzahl an Bestellungen des Jugendamts führen wird, bleibt abzuwarten.« B. Hoffmann, Das Jugendamt 2020, 549)*

Da viele Pflegekinder medizinische oder psychologische Hilfen benötigen, ist zu erwarten, dass die Gerichte das Jugendamt als bestgeeigneter Vormund auszuwählen werden.

Um zu verhindern, dass dies zum Regelfall wird, ist die Möglichkeit geschaffen worden, einen zusätzlichen Pfleger dem ehrenamtlichen Vormund zur Seite zu stellen, der spezielle Angelegenheiten zu vertreten hat. Defizite und Eignungsmängel des ehrenamtlichen Einzelvormundes, §



1779 Abs. 2 S. 2 BGB sollen durch Bestellung eines zusätzlichen Pflegers kompensiert werden, § 1776 BGB. **Ob dies tatsächlich wirksam ist, bleibt abzuwarten.**

Damit nicht mehr routinemäßig die Jugendämter zu Vormündern bestellt werden, wurde das Institut der »vorläufigen Vormundschaft (§ 1781 BGB) eingerichtet.

Es wurde auch eine besondere Begründungspflicht des Jugendamts gegenüber dem Familiengericht installiert, für den Fall, dass das Jugendamt in einem gerichtlichen Auswahlverfahren nur sich selbst als Vormund vorschlägt, § 57 Abs. 4 S. 1 SGB VIII.

Kritisch: Den Jugendämtern werden auch hier weitere Aufgaben übertragen bzw. Aufgabenstellungen verschärft. Dies zieht sich durch das gesamte KJSG. In der ZKJ (Hefte 11 und 12/2021) enthalten einen sehr umfangreichen 12-seitigen Beitrag von Luthé »Beratung nach § 10a SGB VIII - kaum erfüllbare Anforderungen«, der sich nur mit dem ausufernden Umfang von Beratungsansprüchen im SGB VIII befasst, und den Konsequenzen betreffend Qualität und Quantität sowie auch den Möglichkeiten der Amtspflichtverletzung bei fehlerhafter Erfüllung der Ansprüche durch die nicht hinreichend vorbereiteten und qualifizierten Mitarbeiter Jugendämter. Dabei ist dies nur ein Aspekt des Mehraufwands bei den Jugendämtern im SGB VIII. Der weitere zusätzliche Aufwand im Bereich des Vormundschaftsrechts ist dabei noch gar nicht berücksichtigt worden.

Er stellt sich die Frage, wie dieser Mehraufwand von den Jugendämtern überhaupt bewältigt werden soll. Es entsteht damit die Befürchtung, dass die verschärften und ergänzten Bestimmungen bereits wegen des fehlenden qualifizierten Personals, das zur Umsetzung erforderlich ist, ebenso leerlaufen, wie die vorangegangenen.

Peter Hoffmann  
Rechtsanwalt