

## **Pflegschaft als „Teil-Sorge“: Kooperation und Konflikt zwischen Eltern und Pfleger/in**

Prof. Dr. Helga Oberloskamp, Bonn (Bericht)

Reinhard Prenzlau, BAG Verfahrensbeistandschaft/Interessenvertretung für Kinder und Jugendliche e. V., Garbsen

### **Inhaltsübersicht**

1. Elterliche Sorge
2. Ersatzrechtinstitute der Vormundschaft und Pflegschaft
  - 2.1. Vormundschaft
  - 2.2. Pflegschaft
3. Kategorien von Pflegschaft
  - 3.1. Einheitsbegriff
  - 3.2. Vier Funktionen mit vier Kategorien
    - Ergänzungspflegschaft
    - Personensorgerechtpflegschaft
    - Ersatzpflegschaft
    - Pflegepersonenpflegschaft
4. Verfahren der Reduzierung des Sorgerechts und der Pflegerbestellung
  - 4.1. Einrichtung des Instituts der Pflegschaft und der Bestellung des Pflegers
  - 4.2. Pfleger bei automatischem „Loch“
  - 4.3. Pfleger bei gerichtlich verursachtem „Loch“
5. § 1796
6. § 1666
7. § 1630 III
  - 7.1. Familienrichter oder Rechtspfleger
  - 7.2. Pflegerauswahl
8. Die automatische Rechtsmacht von Pflegepersonen
  - 8.1. Voraussetzungen
  - 8.2. Umfang der Kompetenzen
9. Einzelfragen bei Vorhandensein eines Pflegers
  - 9.1. Umfang der Pflegschaft hinsichtlich Gegenständen (Aufgabenkreise)
  - 9.2. Umfang der Pflegschaft hinsichtlich Zeit (unbefristet – befristet)
  - 9.3. Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und Belassung in der elterlichen Familie

## Ausführungen

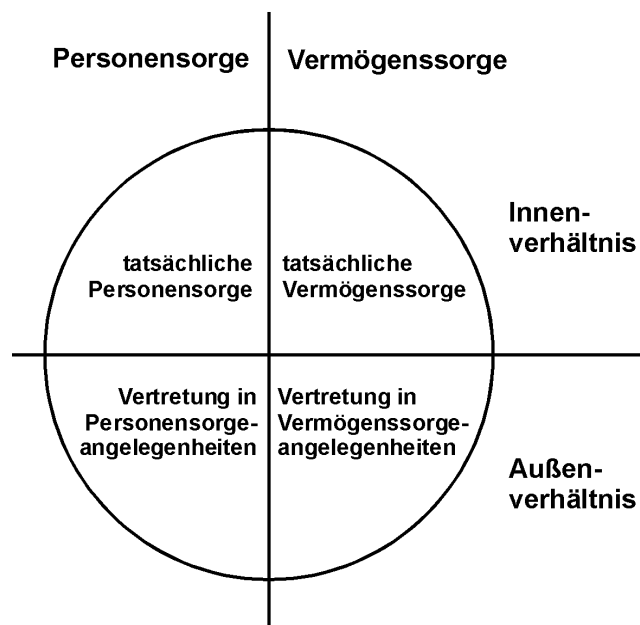
### 1. Elterliche Sorge

Wie Ihnen allen bekannt und wie auch die Überschrift noch einmal verdeutlicht, ist Pflegschaft ein Teil der elterlichen Sorge (e.S.). Traditionell wird die e.S. als Kreis dargestellt, der nach den Vorgaben des Gesetzes (§§ 1626 I, 1629 I 1 BGB) aus vier Teilen besteht:

- der Personensorge und der Vermögenssorge, die jeweils wieder
- in einen tatsächlichen und einen rechtlichen Teil zerfallen.

Die tatsächliche Sorge betrifft das faktische Innenverhältnis Eltern – Kind, die rechtliche Sorge oder Vertretung das juristische Außenverhältnis Kind – Dritter.

### Elterliche Sorge und Vormundschaft



Innerhalb dieses Kreises und damit auch innerhalb jedes Viertels sind Einzelbestandteile der e.S. (Rechte und Pflichten) angesiedelt, die das Gesetz nirgendwo abschließend aufzählt und die folglich auch nicht statisch und ein für alle Mal festliegend sind. Vielmehr können sie sich – neben den seit Jahrzehnten bekannten - aus den gesellschaftlichen Gegebenheiten neu entwickeln oder aufgrund von rechtlichen und sozialen Verschiebungen aus einem Schattendasein auf einmal ins Rampenlicht

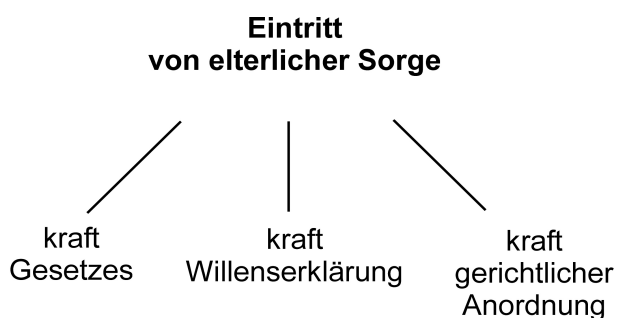
rücken. So hat die Jugendhilfepraxis z.B. 1991 nach Inkrafttreten des SGB VIII das Recht, erzieherische Hilfe zu beantragen (§ 27 SGB VIII), neu entdeckt. Es vergeht dann immer eine gewisse Zeit, bis auch die Gerichte hiervon Kenntnis nehmen und das Pflichtrecht in ihre Rechtsprechung einbeziehen.

Folgende Rechte lassen sich im Sektor Personensorge u.a. feststellen:

- Pflege
- Gesundheitsfürsorge
- Erziehung
- Beaufsichtigung
- Aufenthaltsbestimmung
- Umgangsbestimmung
- Herausgaberecht
- Namengebungsrecht
- Religionsbestimmungsrecht
- Datenpreisgaberecht
- mediales Verwertungsrecht
- Schwangerschaftsabbruchsrecht.

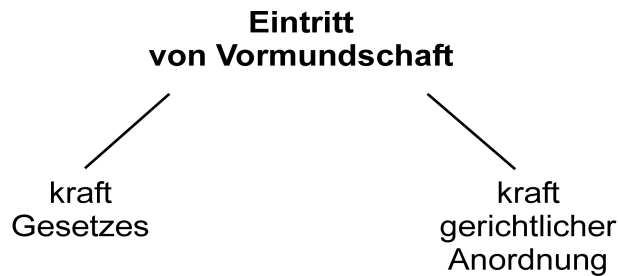
Das Gesetz, das besonders in § 1631 I einige dieser Rechte namentlich aufzählt, kennzeichnet die offene, nicht abschließende Benennung durch das Wort „insbesondere“. Dieses Wort bedeutet in der Rechtssprache, dass die genannten Bestandteile keine sind, die besondere im Sinne von herausragende Bedeutung haben, sondern vielmehr dass es sich um eine beispielhafte Aufzählung handelt, die beliebig ergänzt werden kann.

E. S. entsteht – so wie Rechte in unserer Rechtsordnung schlechthin – entweder kraft Gesetzes oder kraft Willenserklärung. Darüber hinaus kann sie – wie viele andere Familienrechte – auch durch richterliche Anordnung begründet werden.



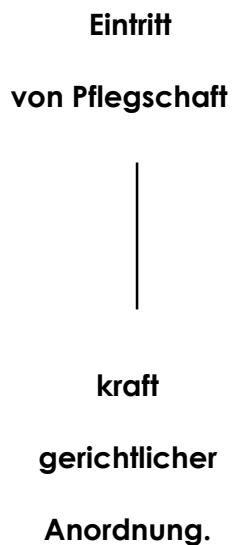
## 2. Ersatzrechtinstitute der Vormundschaft und Pflegschaft

2.1 Der e.S. in ihrer Gänze entspricht das **Rechtsinstitut der Vormundschaft**. Ein Vormund hat alle Befugnisse und Pflichten, die Eltern haben (§ 1773 I Alt.1 BGB), oder zumindest die komplette gesetzliche Vertretung (§ 1773 I Alt.2 BGB). § 1793 I 1 BGB spricht dies ausdrücklich aus, indem er auf die §§ 1626, 1629 BGB verweist. Allerdings kann Vormundschaft nicht kraft Willenserklärung begründet werden.



Der Hauptfall des Entstehens der Vormundschaft kraft Gesetzes ist die Amtsvormundschaft für eine minderjährige nicht verheiratete Mutter, Hauptfälle der Entstehung kraft Anordnung nach Entzug des Sorgerechts oder nach Tod der Eltern.

2.2 Das **Rechtsinstitut der Pflegschaft** ist vorgesehen für Fälle, in denen die e.S nur teilweise nicht ausgeübt werden kann, wobei es gleichgültig ist, um welchen Teil es sich handelt. Die heute im Gesetz vorhandene Pflegschaft entsteht nur noch durch richterliche Anordnung, nicht mehr – wie vor 1998 – kraft Gesetzes und schon gar nicht aufgrund Willenserklärung, selbst dann nicht, wenn Eltern Teile der e.S. freiwillig an Pflegeeltern abgeben (§ 1630 III BGB).



Einen Hauptfall der Anordnung von Pflegschaften gibt es wohl nicht, die Anlässe hierfür sind zu unterschiedlich. Es lassen sich allerdings Kategorien bilden. Mit diesen möchte ich mich im Folgenden auseinandersetzen.

### 3. Kategorien von Pflegschaften

3.1 Das Gesetz benutzt keine unterschiedlichen Begriffe für die verschiedenen Konstellationen, in denen eine Pflegschaft nötig wird. Es spricht einfach von Pflegschaft. Als eigenständiges Rechtsinstitut kommt sie im 4. Buch des BGB, d.h. dem Familienrecht, im Abschnitt 3 (Vormundschaft, Rechtliche Betreuung, Pflegschaft) vor, den man mit „Staatliche Rechtsfürsorge“ überschreiben könnte, und wird dort im Titel 3 in den §§ 1909 – 1921 behandelt. Hier sind auch in den Überschriften (die an dieser Stelle tatsächlich der Gesetzgeber gemacht hat, die also, wie wir sagen, authentisch sind) charakterisierende Wörter vorhanden wie „Ergänzungspflegschaft“, „Abwesenheitspflegschaft“, „Pflegschaft für eine Leibesfrucht“ etc. An anderen verstreuten Stellen im Gesetz kommt nur das Wort Pfleger vor, z.B. in § 1630 BGB. Vielleicht lässt sich eine Kategorisierung je nach unterschiedliche Funktionen von Pflegschaften feststellen.

3.2 Ich persönlich finde im Minderjährigenbereich, und nur der interessiert uns hier, vier Kategorien, wobei – wie häufig – die letzte keine einheitliche ist, sondern ein gewisses Sammelsurium in sich vereinigt.

- Die erste ist die Pflegschaft, die in einem Einzelfall nötig wird, weil die Sorgerechtsinhaber in einer bestimmten Angelegenheit nicht tätig werden können. Diese Pflegschaft ist ganz punktuell und in der Regel zeitlich sehr überschaubar. Hier scheint es gerechtfertigt zu sein, von **Ergänzungspflegschaft** zu sprechen, weil der Pfleger die Rechtsmacht der Eltern, die in einem bestimmten Sektor sozusagen gelähmt ist (so *Brüggemann*), ergänzt. Ihre Rechtsgrundlage ist § 1909 I 1 BG.
- Die zweite ist eine Pflegschaft, deren zeitliche Dauer völlig ungewiss ist und die sich oft auf ganze Bereiche bezieht, in denen keine genau vorhersehbaren Einzelaktionen anstehen. Hier von Ergänzungspflegschaft zu sprechen, ist zwar nicht falsch, aber wenig hilfreich. Eindeutiger wäre etwa Sorgerechts-, noch genauer **Personensorgerechtspflegschaft**. Allerdings sind dann die Ausschnitte, auf die sich die Pflegschaft bezieht, nicht ohne weiteres erkennbar. Ihre Rechtsgrundlage ist wohl auch § 1909 I 1 BGB.
- Die dritte Pflegschaft, die das Gesetz sehr eindeutig beschreibt, ist die sog. **Ersatzpflegschaft**. Sie kann angeordnet werden in Fällen, in denen zweifelsfrei ein Vormund benötigt wird, seine Bestellung aber noch längere Zeit beanspruchen

wird. Hier kann zur zeitlichen Überbrückung ein Pfleger bestellt werden, der das Nötigste regeln soll. Ihre Rechtsgrundlage ist § 1909 III BGB.

- Die vierte Kategorie von Pflegschaften betrifft keine echte Pflegschaft. Sie bezieht sich eindeutig nur auf Pflegeeltern oder Pflegepersonen und könnte daher **Pflegepersonenpflegschaft** heißen, was aber weder sprachlich schön noch inhaltlich richtig ist. Sie kommt in zwei Varianten vor; dem § 1630 III BGB („Die Pflegeperson hat die Rechte und Pflichten eines Pflegers.“) und dem § 1688 I BGB („... die Pflegeperson (ist) berechtigt, in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu entscheiden sowie den Inhaber der elterlichen Sorge in solchen Angelegenheiten zu vertreten“). Im ersten Fall hat die Ersatzperson oder –institution nur die Rechte eines Pflegers, ist aber kein Pfleger. Im zweiten Fall ist die Pflegeperson nicht Pfleger des Kindes, sondern kraft Gesetzes Bevollmächtigter der sorgeberechtigten Eltern.

#### **4. Verfahren der Reduzierung des Sorgerechts und der Pflegerbestellung**

4.1 Die Pflegschaften der ersten drei Kategorien und die Pflegepersonenpflegschaft des § 1630 III sind Pflegschaften, bei denen man scharf zwischen der **Einrichtung des Instituts** der Pflegschaft und der **Bestellung des Pflegers** unterscheiden muss. Zur Verdeutlichung kann man wieder unseren Kreis der e.S. bemühen, den ich persönlich immer als Kuchen bezeichne. Bevor eine Person ausgesucht und mit bestimmten Aufgaben betraut wird, muss den Eltern zuvor etwas weggenommen werden. Aus ihrem Kuchen der e.S. wird ein Kuchenstück – warum auch immer – herausgeschnitten. Erst wenn dies geschehen ist, kann das entstandene Loch wieder mit einer Person oder Institution, die die weggefallenen Funktionen übernimmt, aufgefüllt werden. Das Herausschneiden des Kuchenstücks kann kraft Gesetzes oder kraft gerichtlicher Feststellung geschehen.

4.2 Wenn wir die Ersatzpflegschaft, die praktisch sowieso kaum vorkommt, einmal außer Betracht lassen, so haben wir als Fall des automatischen Entstehens eines Lochs den § 1795 BGB. Ihm zufolge sind die Eltern und der Vormund in einer Reihe von Fällen außerstande, das Kind zu vertreten, nämlich bei Rechtsgeschäften zwischen dem Kind und nahen Angehörigen des Vormunds.

*Beispiel:* Das Kind erbt ein Haus. Der Vormund des Kindes kann das Haus nicht an seinen Ehegatten verkaufen.

Diese rechtliche Unmöglichkeit tritt ein, ohne dass ein Gericht sie aussprechen müsste. Das Gesetz unterstellt einfach, dass der Vormund sich in einem Interessenkonflikt befindet, egal ob das wirklich so ist oder nicht. Es nimmt an, dass der Vormund nicht gleichzeitig die Interessen seiner Ehefrau und des Kindes wahrnehmen kann. Daher ist das trotzdem vorgenommene Rechtsgeschäft nichtig. Es

kann gerettet werden, wenn anstelle der Eltern ein **Ergänzungspfleger** ausgewählt und bestellt wird.

4.3 In allen anderen Fällen der Notwendigkeit eines Pflegers ist zunächst durch das Gericht ein Kuchenstück aus dem Kuchen der e.S. herausgeschnitten worden. Das trifft zu für die Fälle

- des § 1796 BGB
- des § 1666 BGB sowie
- des 1630 III BGB.

a) Anders als im Fall des § 1795, der Rechtsgeschäfte bei einer abstrakten Interessenkollision unmöglich macht, erfordert der § 1796 BGB eine konkrete Interessenkollision. Er stellt jedoch nicht auf Rechtsgeschäfte ab, sondern meint eine irgendwie geartete Interessenkollision.

*Beispiel:* Der Stiefvater will das durch seine ledige Mutter gesetzlich vertretene Kind adoptieren. Die Adoption ist kein Rechtsgeschäft, deshalb ist § 1795 nicht anwendbar. Nach § 1796 kann die Mutter nur dann nicht für das Kind handeln, wenn eine konkrete Interessenkollision vorliegt. Das wäre etwas dann der Fall, wenn der 10jährige Junge vom Stiefvater nicht adoptiert werden will, die Mutter die Adoption aber möchte, um zu verbergen, dass das Kind von einem anderen Mann stammt.

In diesem Fall muss das Gericht zunächst die konkrete Interessenkollision feststellen und aussprechen, dass die Mutter nicht für das Kind handeln kann. In einem zweiten Schritt kann ein Pfleger bestellt werden, der dann entscheidet, ob er als gesetzlicher Vertreter des Kindes in dessen Adoption durch den Stiefvater einwilligt.

b) Ähnlich verhält es sich mit § 1666 BGB. In einem ersten Schritt stellt das Gericht fest, dass das Kind im Bereich der Gesundheitsfürsorge gefährdet ist und die Eltern nichts zur Abwendung der Gefahr unternehmen. Es entzieht den Eltern daher insoweit die e.S.. Anschließend bestellt es für diesen Bereich einen Pfleger.

c) In § 1630 III BGB schließlich sind auch diese zwei Schritte vorhanden, wenn sie auch nicht so deutlich werden. Zunächst geben die leiblichen Eltern Teile der elterlichen Sorge frei, sodann überträgt das FamG diese auf die Pflegeperson.

4.4 In den Fällen, in denen die Pflegschaft kraft gerichtlicher Anordnung eintritt, ist zu prüfen, welches Rechtspflegeorgan - **Familienrichter oder Rechtspfleger** - funktionell zuständig ist. Die Abgrenzung der Zuständigkeiten findet sich im RPflG, das in Familiensachen grundsätzlich den Rechtspfleger zuständig sein lässt. Untersteht

die Angelegenheit allerdings dem sog. Richtervorbehalt, so kann § 14 die Angelegenheit doch wieder dem Richter übertragen.

a) Im Fall des § 1796 BGB entscheidet der Rechtspfleger über das Vorliegen der Interessenkollision, und ggfs. wählt er einen Pfleger aus und bestellt ihn.

b) Im Fall des § 1666 BGB entscheidet der Richter über die Kindeswohlgefährdung und den Eingriff in das Sorgerecht (§ 14 I Nr.2 RPflG). Er darf auch schon den Pfleger auswählen. Der Rechtspfleger wählt einen Pfleger aus, wenn dies der Richter nicht getan hat, und in jedem Fall bestellt er ihn.

c) Im Fall des § 1630 III BGB entscheidet der Richter über die Übertragung des Sorgerechts auf die Pflegeeltern (§ 14 I Nr. 4 RPflG). Da als neue Teil-Sorgeberechtigte nur die Pflegeeltern in Betracht kommen, gibt es keine Auswahl und Bestellung.

4.5 In den Fällen, in denen ein **Pflegerauswahl** ist, hat der Rechtspfleger die Wahl zwischen

- ehrenamtlichem Einzelvormund
- professionellem Einzelvormund
- Vereinsvormund
- Amtsvormund.

Wie diese Möglichkeiten sich zueinander verhalten, ist nicht Thema unserer Arbeitsgruppe.

## **5. Die automatische Rechtsmacht von Pflegepersonen**

5.1 Anders als alle bisher erörterten Fälle, in denen das Gericht prüft und entscheidet, treten die Rechte und Pflichten von Pflegepersonen in § 1688 kraft Gesetzes ein, sofern die entsprechenden **Voraussetzungen** erfüllt sind: Diese sind:

a) Ein Kind lebt in Familienpflege (Abs.1) oder Einrichtung (Abs.2). Hier kommt es nur auf den faktischen Zustand der Pflege an, rechtliche Erfordernisse wie Pflegeerlaubnis oder dgl. sind bedeutungslos, solange es sich nicht um einen sorgeberechtigten Elternteil handelt.

b) Das Kind lebt dort längere Zeit. Wann dies vorliegt, lässt das Gesetz offen. Die Praxis nimmt eine längere Zeit spätestens an, wenn das Kind die Hälfte seines Lebens dort lebt. Der Zeitraum kann jedoch bei diversen Widrigkeiten im Leben des Kindes auch durchaus kürzer sein.



c) Die sorgeberechtigten Eltern haben nichts anderes erklärt (Abs.3).

5.2 Der **Umfang der Kompetenzen** der Pflegeperson ergibt sich aus dem Begriff der „Angelegenheiten des täglichen Lebens“ (AtL), den auch § 1687 BGB verwendet. Dort dient er dazu, die Rechtsmacht zwischen Elternteilen, die trotz Trennung ein gemeinsames Sorgerecht ausüben, klarzustellen. In AtL entscheidet der obhutsberechtigte Elternteil allein, in allen anderen Fällen die Eltern gemeinsam (§§ 1627, 1628 BGB). Ebenso soll es zwischen sorgeberechtigten Eltern und Pflegeperson sein. Letztere entscheidet in AtL allein, ansonsten die Eltern. § 1687 versucht zu klären, was AtL sind: es sind in der Regel solche Angelegenheiten, die häufig vorkommen und die keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben (Abs. 1 Satz 3).

## **6. Einzelfragen bei Vorhandensein eines Pflegers**

### 6.1 Umfang der Pflegschaft hinsichtlich Gegenständen (Aufgabenkreise)

In den §§ 1795, 1796 BGB ergibt sich der Aufgabenkreis von alleine. Im Umfang der Interessenkollision ist die Pflegschaft nötig.

Im Fall des § 1666, der uns in dieser Veranstaltung wohl am meisten bewegt, ist es Aufgabe des Jugendamtes, dem Gericht einen entsprechenden Vorschlag zu machen (§ 50 SGB VIII). Er muss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Das bedeutet nicht zwingend, dass der Aufgabenkreis möglichst klein sein muss. Mit ihm muss es dem Pfleger möglich sein, vernünftig im Interesse des Pflegelings tätig zu werden, ohne ständig das Gericht erneut anzurufen.

In der Konstellation des § 1630 III hängt der Aufgabenkreis vom Willen des Sorgeberechtigten ab. Von diesem Willen kann das Gericht allerdings abweichen und ein Weniger übertragen.

Zum Umfang der Befugnisse bei § 1630 III ist schon etwas gesagt worden. In Abweichung von den AtL können die Eltern der Pflegeperson weniger Kompetenzen einräumen. Dies gilt nicht bei § 1632 IV BGB. Hier kann nur der Richter den Zugschnitt verändern (§ 1688 IV BGB).

### 6.2 Umfang der Pflegschaft hinsichtlich Zeit (unbefristet – befristet)

Die Fälle der §§ 1795, 1796 können wieder vernachlässigt werden. Die Pflegschaft erschöpft sich, wenn die Angelegenheiten, für die die Pflegschaft angeordnet worden ist, erledigt sind.

Anders ist es bei § 1666. Hier ist es gerichtliche Praxis, keine Befristungen vorzusehen. Unter erzieherischen Gesichtspunkten ist dies sehr ungeschickt. Eine Befris-

tung wäre besser, auch um den Eltern eine Perspektive einzuräumen. Es sollte darüber nachgedacht werden, wie bei der Betreuung immer zu befristen und auch Höchstfristen im Gesetz vorzusehen.

Im Fall des § 1630 III hängt die zeitliche Vorgabe nur am Willen der sorgeberechtigten Eltern. Wenn sie Ihre Kompetenzen zurück wollen, wird sie der Richter im Normalfall zurück übertragen müssen. Hält der dies für schädlich für ein Kind, muss er auf ein Verfahren nach § 1666 „umsteigen“.

In der Konstellation des § 1688 ist die Dauer der Befugnisse der Pflegeperson an die Fremdunterbringung geknüpft.

### 6.3 Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und Belassung in der elterlichen Familie

In der Praxis findet man nicht selten das Vorgehen, dass ein Kind auch nach Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts in seiner elterlichen Familie belassen wird. Rechtlich ist dies ohne weiteres möglich. Wenn man dieses Recht hat, so bedeutet dies ja gerade, dass man entscheidungsbefugt ist und keinesfalls verpflichtet ist, das Kind herauszunehmen. Wiederum als erzieherische Maßnahme kann es sinnvoll sein, den Eltern sozusagen eine letzte Chance zu geben. Fraglich ist, ob das Gericht die Verpflichtung aussprechen könnte, das Kind woanders unterzubringen.