

Die Familienpflegschaft (§ 1630 Abs. 3 BGB)

Diplomarbeit

an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege (FH)

Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen

Fachbereich Rechtspflege

vorgelegt von Miriam Klaußner
aus Limbach-Oberfrohna

Limbach-Oberfrohna, 31. Mai 2018

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung.....	1
II. Begriffsbestimmung.....	2
1. Allgemeine Definition.....	2
2. Entwicklung der Rechtsgrundlage.....	3
3. Verhältnis zu anderen Möglichkeiten der Sorgerechtsübertragung.....	4
III. Materiell-rechtliche Voraussetzungen.....	7
1. Allgemeines.....	7
2. Familienpflege.....	7
3. Längere Zeit.....	9
4. Antrags- und Zustimmungserfordernis.....	12
a) Überblick.....	12
b) Sorgeberechtigte Eltern.....	13
c) Pflegeperson.....	15
IV. Verfahren.....	16
1. Zuständigkeit.....	16
2. Verfahrensbeteiligte und Anhörungen.....	17
3. Grundsätzliche Entscheidungsbefugnis des Gerichts.....	18
4. Beginn der Familienpflegschaft.....	19
5. Beendigung der Familienpflegschaft.....	20
V. Rechtliche Stellung der Pflegeperson.....	23
1. Allgemeines.....	23

2. Übertragungsumfang.....	23
a) Mögliche Angelegenheiten.....	23
b) Diskussion zur Übertragung der gesamten elterlichen Sorge....	24
aa) Argumente gegen eine vollständige Übertragung.....	24
bb) Argumente für eine vollständige Übertragung.....	26
c) Stellungnahme.....	28
3. Auswirkungen der Übertragung.....	30
a) Folgen für die leiblichen Eltern.....	30
b) Rechte und Pflichten der Pflegeperson.....	32
VI. Fazit.....	34
Literaturverzeichnis.....	IV
Eidesstattliche Versicherung.....	VI

I. Einführung

Gemäß § 1626 Absatz 1 Satz 1 BGB haben Eltern die Pflicht und das Recht für das eigene minderjährige Kind zu sorgen. Verfassungsrechtlich geschützt durch Artikel 6 Absatz 2 GG stellt es ein natürliches Pflichtenrecht¹ dar. Es können jedoch auch Situationen eintreten, in denen die damit verbundenen Rechte und Pflichten den Betroffenen zu viel werden. Eltern können und/oder wollen die Sorge in all ihren Teilbereichen oder im erforderlichen Umfang nicht (mehr) ausüben. Gründe hierfür stellen unter anderem Überforderung und Vernachlässigung, zum Beispiel aufgrund der Berufstätigkeit eines Alleinerziehenden, oder auch (Sucht-)Krankheiten dar.² Nicht selten werden die betroffenen Kinder dann in Pflegefamilien untergebracht. Allerdings wird die elterliche Sorge nicht immer sofort entzogen. Eine ordnungsgemäße Betreuung durch die Pflegeeltern gestaltet sich daher im Alltag teilweise als schwierig. Man müsste zum Beispiel vor jedem Arztbesuch die noch sorgeberechtigten leiblichen Eltern um Zustimmung bitten. Doch schon Kontaktaufnahme oder Kommunikation können zu Lasten des Kindes scheitern. In solchen Fällen gibt die Möglichkeit, das höchstpersönliche Recht der elterlichen Sorge den Pflegeeltern als Dritte zu übertragen. Diese Übertragung von Teilen der elterlichen Sorge stellt die Familienpflegschaft nach § 1630 Absatz 3 BGB³ dar. Gemäß dieser Regelung kann das Familiengericht die elterliche Sorge auf Antrag den Personen übertragen, bei denen sich das Kind für längere Zeit in Familienpflege befindet.

Ziel dieser Arbeit ist es, diese Form der Familienpflegschaft als freiwillige gerichtliche Form der Übertragung der elterlichen Sorge zu untersuchen. Nach einer allgemeinen Begriffsbestimmung (Punkt II) werden die materiell-rechtlichen Voraussetzungen (Punkt III) und verfahrensrechtlichen Grundlagen (Punkt IV) untersucht. Anschließend soll die rechtliche Stellung der Pflegeeltern analysiert (Punkt V) und schließlich noch eine kurze Bewertung durchgeführt werden (Punkt VI).

1 Fröschle, Rn. 8.

2 Henne, S. 25.

3 Im Folgenden sind alle §§ ohne Angabe solche des BGB.

II. Begriffsbestimmung

1. Allgemeine Definition

Am Anfang stellt sich die Frage, ob und wie die Familienpflegschaft nach § 1630 Absatz 3 allgemein zu definieren ist. Zieht man die Fachliteratur zu Rate, fällt auf, dass zu der gesetzlich normierten Übertragung an sich keine spezielle Begriffsbestimmung vorliegt. Vielmehr wird der Begriff Familienpflege selbst ausreichend definiert.⁴ Festzuhalten ist aber, dass es sich hierbei um eine freiwillige und jederzeit widerrufliche Übertragung des Sorgerechts unter Mitwirkung des Gerichtes handelt.⁵ Insoweit grenzt sie sich zu einer Vormundschaft oder einer Vollmacht ab.⁶ Dem Pflegekind soll eine gewisse rechtliche Einbindung in die Pflegefamilie ermöglicht werden.⁷ Der Pflegeperson werden daher soziale, aber auch teilweise rechtliche Konsequenzen der Elternschaft zugesprochen.⁸ Auch sollen Spannungen zwischen dem Leben in der Pflegefamilie und der Entscheidungsbefugnis der Eltern abgebaut werden.⁹ Diesbezüglich steht die Norm auch im Zusammenhang mit § 1688. Gleichzeitig ist aber eine Begünstigung oder Benachteiligung weder der Eltern, noch der Pflegeperson vorgesehen.¹⁰ So soll durch die gerichtliche Entscheidung aufgrund sorgfältiger Prüfung eine eindeutige Verteilung der Kompetenzen stattfinden.¹¹ Das führt schließlich zu einer Kontinuität der Erziehung des Pflegekindes.¹² Zwar werden durch diese Übertragung die Rechte der leiblichen Eltern eingeschränkt, aber gleichzeitig erhalten sie die Möglichkeit, den Charakter des Pflegeverhältnisses weitgehend selbst mitzugestalten.¹³

4 siehe unten III.2.

5 Groß, FPR 2004, 411, 413.

6 siehe unten II.3.

7 Baer, FamRZ 1982, 221, 228.

8 Fröschle, Rn. 893.

9 Prenzlöw(Hrsg.)/Slago/Lack, S. 356.

10 Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 35.

11 Windel, FamRZ 1997, 713, 721

12 Groß, FPR 2004, 411, 413.

13 Henne, S. 48.

2. Entwicklung der Rechtsgrundlage

Zu Beginn ist ein kurzer Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 1630 Absatz 3 zu werfen. Dabei fällt auf, dass es keine systematische Vorgehensweise beziehungsweise Gesetzesgrundlage gab und gibt. Vielmehr kann man von einzelner Stückwerk sprechen, welches zunächst nur dringende Probleme lösen und eine generelle Reform des Pflegekinderwesens nicht vorwegnehmen sollte.¹⁴

Schon die Anfänge der entsprechenden Gesetzgebung gestalteten sich holprig. Das am 01. Januar 1900 in Kraft getretene BGB enthielt die zu betrachtende Rechtsnorm zunächst noch nicht. Vielmehr fanden sich in der damaligen Fassung des § 1630 noch allgemeine Regelungen zur Vertretung des Kindes. Erst mit dem Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957¹⁵ wurde der Paragraph mit den heute gültigen Regelungen eingeführt.

In dieser Fassung war der Absatz 3 jedoch noch nicht enthalten. Dessen Einführung war Teil des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18. Juli 1979, welches zum 01. Januar 1980 in Kraft trat.¹⁶ Ziel sollte die Ermöglichung einer ordnungsgemäßen, täglichen Betreuung von Kindern darstellen, die sich auf elterlichen Wunsch bei Pflegepersonen befinden.¹⁷ Zwar war dieser Absatz in dem ursprünglichen Gesetzesentwurf¹⁸ nicht vorgesehen, wurde aber nachträglich von dem damaligen Rechtsausschuss eingefügt und schließlich einstimmig angenommen.¹⁹

Aber auch diese Fassung des § 1630 Absatz 3 entspricht noch nicht der heutigen Formulierung. Die Fassung von 1979 eröffnete der Pflegeperson noch nicht die Möglichkeit, selbst den Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge zu stellen. Diese Option wurde erst mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16. De-

14 BT-Drs. 8/2788, S. 40.

15 BGBl. I, S. 624.

16 BGBl. I, S. 1062, 1071.

17 BT-Drs. 8/2788, S. 47.

18 vergleiche BT-Drs. 8/111, S. 3.

19 BT-PIPr 8/151, S. 12041.

zember 1997, in Kraft seit dem 01. Juli 1998, eingefügt.²⁰ Zwar sah man auch hier im ursprünglichen Gesetzesentwurf keine Änderung vor, allerdings erfolgte in diesem Fall bereits eine entsprechende Stellungnahme des Bundesrates.²¹ Als Intention stand dahinter, einem gegebenenfalls fehlenden Interesse der Eltern am eigenen Antragsrecht entgegenzuwirken. Der Pflegeperson, welche im Wesentlichen für das Kind verantwortlich ist, sollte die Möglichkeit eingeräumt werden, in dessen Interesse unter Vorbehalt der elterlichen Zustimmung die Übertragung selbst beantragen zu können. Dieser Vorschlag wurde schließlich auch in die Beschlussempfehlung²² aufgenommen und verabschiedet.

Zu einer erneuten eventuell weiterreichenden und indirekt angekündigten Reform kam es letzten Endes nicht mehr. Damit verbleibt es bis heute bei den vorliegenden Regelungen.

3. Verhältnis zu anderen Möglichkeiten der Sorgerechtsübertragung

Es stellt sich nun die Frage, welche anderen Möglichkeiten Eltern zur Verfügung stehen, die elterliche Sorge zu übertragen.

Da die elterliche Sorge ein höchstpersönliches Recht darstellt, ist sie grundsätzlich unverzichtbar.²³ Allerdings besteht die ungeschriebene Möglichkeit, die Ausübung der elterlichen Sorge Dritten zu überlassen. Ein solch abstraktes Rechtsgeschäft begründet sich meist in einem schuldrechtlichen Vertrag, zum Beispiel einem Dienstvertrag, wobei explizite Regelungen nicht notwendig sind.²⁴ Denkbar ist auch eine auf persönlicher Vertrauensbasis gründende Gefälligkeit.²⁵ Die Ausübungsüberlassung ist jedoch keine direkte Übertragung des elterlichen Sorgerechts und scheidet somit als Alternative in diesem Kontext aus, zumal bei der

20 BGBl. I, S. 2946, 2967.

21 BT-Drs. 13/4899, S. 9, 152.

22 BT-Drs. 13/8511, S. 14, 74.

23 OLG Celle, FamRZ 2011, 488.

24 Fröschle, Rn. 719.

25 Fröschle, a. a. O.

bloßen Überlassung die Vertretungsbefugnis bedenklich ist.²⁶ Auch der jederzeit mögliche, einseitige Widerruf begründet keine zufriedenstellende Rechtsposition.²⁷

Eine zunächst treffendere Option ist die Ausstellung einer Vollmacht. Mittels einer sogenannten Sorgerechtsvollmacht ist eine Übertragung auf Dritte, zum Beispiel Schule oder Verwandte, möglich.²⁸ Insoweit kann dann auch eine Vertretung des Kindes direkt oder indirekt über die Eltern erfolgen.²⁹ Allerdings ist fraglich, ob dies wirklich das Problem löst, die elterliche Sorge nicht mehr ausüben zu können oder zu wollen. Wenn die Vollmacht im eigenen Namen der Eltern erteilt wurde, ergibt sich aus deren Rechtsnatur, dass am Ende nicht das minderjährige Kind, sondern vielmehr die Eltern, beziehungsweise der sorgeberechtigte Elternteil, vertreten werden. Folglich ist eine Vollmacht nur dann sinnvoll, wenn der Übertragungsumfang eingegrenzt ist, zumal die elterliche Sorge davon nicht berührt wird.³⁰ Die aus der elterlichen Sorge resultierende Rechtsmacht kann in dieser Form nicht einfach, zum Beispiel durch unwiderrufliche Vollmacht, beendet werden.³¹ Als weiterer Nachteil ist aufzuführen, dass bei einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht (im Gegensatz zu einer gerichtlichen Übertragung) Kindeswohl-Aspekte nicht zwingend beachtet werden.³²

Auch besteht grundsätzlich die Alternative einer Freigabe zur Adoption. Hier handelt es sich jedoch nicht um eine bloße Übertragung, sondern vielmehr um eine komplette Aufgabe der elterlichen Sorge. Nach § 1754 treten dann die Adoptiveltern an die Stelle der leiblichen Eltern. Eine Aufhebung des entstandenen Annahmeverhältnisses ist nur nach den §§ 1759, 1760, 1763 möglich. In diesem Fall stellt die gerichtliche Übertragung eine mildere Variante dar.³³

26 Fröschle, Rn. 721.

27 Baer, FamRZ 1982, 221, 229.

28 Palandt/Götz, § 1626 Rn. 3.

29 Fröschle, Rn. 721 ff.

30 Wesche, Rpfleger 2014, 349, 350.

31 Fröschle, Rn. 725.

32 OLG Celle, FamRZ 2017, 450, 452.

33 siehe unten IV.5.

Schließlich ist auch fraglich, ob zugunsten der Pflegeeltern nicht bereits die Regelung des § 1688 eine ausreichende Betreuung gewährleistet. Laut dieser Vorschrift ist eine Pflegeperson berechtigt, die Angelegenheiten des täglichen Lebens des Kindes zu entscheiden sowie Arbeitsverdienst zu verwalten und Unterhalts-, Versicherungs-, Versorgungs- und andere Sozialleistungen geltend zu machen und zu verwalten (Absatz 1). Diskutiert werden kann in diesem Fall bereits, wo „Angelegenheiten des täglichen Lebens“ anfangen oder aufhören. Einen Anhaltspunkt dafür gibt es zwar in § 1687 Absatz 1 Satz 3, dennoch dürfte sich die genaue Abgrenzung im konkreten Fall als schwierig erweisen. Auch liegt insoweit lediglich eine Vertretung der eigentlichen Sorgeberechtigten vor, und nach § 1688 Absatz 3 können die Befugnisse durch Erklärung der Inhaber der elterlichen Sorge oder gerichtliche Entscheidung geändert werden. Die elterliche Sorge bleibt also unangetastet.³⁴ Hinzu kommt, dass weiterreichende Entscheidungen immer noch in den Händen der Eltern liegen. Dadurch könnte im Einzelfall eine ordnungsgemäße Betreuung des Kindes nicht möglich sein. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn auf der Seite der leiblichen Eltern kein Interesse vorhanden ist oder sie für die Pflegeeltern nicht erreichbar sind. Dann können über § 1688 hinausgehende Entscheidungen nur schwer oder gegebenenfalls zu Lasten des Kindes gar nicht getroffen werden. Diese Schlechterstellung des Pflegekindes soll die Regelung des § 1630 Absatz 3 verhindern.³⁵

Zusammenfassend soll die Möglichkeit der Übertragung der elterlichen Sorge im Rahmen der Familienpflegschaft nach § 1630 Absatz 3 die Defizite anderer Regelungen ausgleichen oder ergänzen.

³⁴ NK-BGB/*Rakete-Dombek*, § 1630 Rn. 1.

³⁵ *Wesche*, *Rpfleger* 2014, 349, 350; BT-Drs. 8/2788, S. 47.

III. Materiell-rechtliche Voraussetzungen

1. Allgemeines

In § 1630 Absatz 3 Satz 1 heißt es: „Geben die Eltern das Kind für längere Zeit in Familienpflege, so kann das Familiengericht auf Antrag der Eltern oder der Pflegeperson Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf die Pflegeperson übertragen.“

Daraus ergeben sich folgende materiell-rechtlichen Voraussetzungen: Zunächst ist zu klären, was in diesem Fall unter Familienpflege zu verstehen ist. Weiterhin ist der Begriff der längeren Zeit zu konkretisieren und die Antragsbefugnisse zu untersuchen.

2. Familienpflege

Fraglich ist also, was Familienpflege bedeutet. Der Gesetzgeber selbst hat diesbezüglich keine Legaldefinition in die Regelungen eingepflegt. Insoweit ist es umstritten, ob für den Begriff der Familienpflege die §§ 33, 44 SGB VIII heranzuziehen sind. Es gibt Mindermeinungen die eine Identität des Begriffes in den familien- und jugendhilferechtlichen Regelungen ablehnen³⁶ oder auch für das Vorliegen einer Pflegeerlaubnis nach § 44 SGB VIII als Grundvoraussetzung plädieren.³⁷ Die überwiegende Ansicht findet sich jedoch in der Mitte. So wird anerkannt, dass die jugendhilferechtlichen Regelungen für eine Auslegung des Begriffes im Familienrecht herangezogen werden können.³⁸

36 jurisPK-BGB/*Hamdan*, § 1630 Rn. 15.

37 BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 9.

38 BGH, FamRZ 2001, 1449, 1451; MüKoBGB/*Huber*, § 1630 Rn. 17; NK-BGB/*Rakete-Dombek*, § 1630 Rn. 14; Palandt/*Götz*, § 1630 Rn. 9.

Allerdings geht der Begriff der Familienpflege darüber hinaus.³⁹ Jedes tatsächliche Pflegeverhältnis eines minderjährigen Kindes außerhalb des leiblichen Elternhauses auf familiärer Basis wird als Familienpflege im Rahmen der familienrechtlichen Vorschriften anerkannt.⁴⁰ Ein Pflegevertrag oder gar eine Pflegeerlaubnis nach § 44 SGB VIII ist nicht erforderlich.⁴¹

Im Allgemeinen muss sich der Lebensmittelpunkt des Pflegekindes überwiegend außerhalb der elterlichen Herkunftsfamilie befinden.⁴² Eine Unterbringung kann bei Verwandten (zum Beispiel den Großeltern), Schwägerten, Stiefeltern oder Dritten erfolgen.⁴³ Ebenfalls kommt der leibliche nichteheliche Vater als Pflegeperson in Betracht.⁴⁴ Auch ist der Wortlaut der Vorschrift, die nur von einer Pflegeperson spricht, nicht zu starr zu sehen. So sind Ehepaare als Pflegeeltern durchaus als zweckmäßig und Kindeswohl dienlich anerkannt.⁴⁵ Ergänzend wird auch die Adoptionspflege nach § 1744 in Vorbereitung einer Minderjährigenadoption zur Familienpflege nach § 1630 Absatz 3 gezählt.⁴⁶ Eine bloße Tagespflege nach § 23 SGB VIII reicht im Vergleich zu einer gewollten Vollzeitpflege nach § 33 SGB VIII nicht aus.⁴⁷ Demgegenüber ist eine nur am Wochenende stattfindende Rückkehr zu den leiblichen Eltern möglich,⁴⁸ sofern der überwiegende Teil der Woche einschließlich der Nächte in der Pflegefamilie verbracht wird.⁴⁹

39 Erman/Döll, § 1630 BGB, Rn. 10; Wesche, Rpfleger 2014, 349, 350.

40 BGH, FamRZ 2001, 1449, 1451; Heilmann/Fink, § 1630 BGB Rn. 15; MüKoBGB/Huber, § 1630 Rn. 18; NK-BGB/Rakete-Dombek, § 1630 Rn. 14; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 38; Groß, FPR 2004, 411, 413.

41 BGH, FamRZ 2001, 1449, 1451; Heilmann/Fink, § 1630 BGB Rn. 15; jurisPK-BGB/Hamdan, § 1630 Rn. 15; NK-BGB/Rakete-Dombek, § 1630 Rn. 14; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 40.

42 Fröschle, Rn. 732.

43 Heilmann/Fink, § 1630 BGB Rn. 15; MüKoBGB/Huber, § 1630 Rn. 18; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 39; Groß, FPR 2004, 411, 413.

44 LG Köln, DAVorm 1992, 232-233; NK-BGB/Rakete-Dombek, § 1630 Rn. 14.

45 AG Erfurt, FamRZ 2015, 59, 60; AG Ibbenbüren, FamRZ 2009, 1331; Baer, FamRZ 1982, 221, 229; Gleiß/Suttner, FamRZ 1982, 122, 124.

46 Palandt/Götz, § 1630 Rn. 9.

47 MüKoBGB/Huber, § 1630 Rn. 18; Wesche, Rpfleger 2014, 349, 351.

48 Fröschle, Rn. 732; Groß, FPR 2004, 411, 413.

49 jurisPK-BGB/Hamdan, § 1630 Rn. 16; MüKoBGB/Huber, § 1630 Rn. 18; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 39.

Auch der familiäre Rahmen kann unter Umständen nicht im klassischen Sinne verstanden werden. So wird dies meist mit der Entstehung von engen und auf Vertrauen basierenden wechselseitigen Bindungen zwischen Pflegekind und Pflegeperson gleichgesetzt.⁵⁰ Das Pflegekind soll wie eventuelle leibliche Kinder in die Familiengemeinschaft integriert sein.⁵¹ Das Verhältnis zwischen Pflegekind und Pflegeperson sollte dabei nicht nur auf die bloße Versorgung ausgerichtet sein, sondern auch erzieherischen Charakter haben.⁵² Daher wird Familienpflege bei einer Unterbringung im Heim oder einem Internat grundsätzlich nicht anerkannt.⁵³ Etwas anderes gilt nur, wenn der Charakter eines Heimes als solches aufgrund von Größe und familienähnlicher Individualität in Betreuung, Erziehung und Versorgung in den Hintergrund gerät.⁵⁴ Zum Beispiel kann in einem SOS Kinderdorf eine solche Art faktischer Elternschaft gegeben sein.⁵⁵

Insgesamt ist aber durchaus eine Einzelfallprüfung durchzuführen.⁵⁶

3. Längere Zeit

Die Voraussetzung der längeren Zeit ist ein eher dehnbarer Begriff. Nach dem Gesetzeswortlaut heißt es, dass Eltern ihr Kind für längere Zeit in Familienpflege geben. Es stellt sich also die Frage, ob man dies genauer konkretisieren kann. Vorweg ist festzuhalten, dass es keinen absoluten⁵⁷ abstrakten⁵⁸ Zeitbegriff gibt. Vielmehr ist auch hier jeder Einzelfall gesondert zu prüfen.⁵⁹ Bei dieser Prüfung ist zum Einen auf die Eltern und zum Anderen auf das Kind abzustellen.

50 jurisPK-BGB/*Hamdan*, § 1630 Rn. 16; Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 38, 39.

51 Gierke, S. 4.

52 Erman/*Döll*, § 1630 BGB, Rn. 10; Prenzlów(Hrsg.)/*Slago/Lack*, S. 357; *Wesche*, Rpfleger 2014, 349, 351.

53 jurisPK-BGB/*Hamdan*, § 1630 Rn. 16.

54 Heilmann/*Fink*, § 1630 BGB Rn. 15; MüKoBGB/*Huber*, § 1630 Rn. 18; Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 38.

55 *Groß*, FPR 2004, 411, 413.

56 Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 37.

57 jurisPK-BGB/*Hamdan*, § 1630 Rn. 17; NK-BGB/*Rakete-Dombek*, § 1630 Rn. 14.

58 MüKoBGB/*Huber*, § 1630 Rn. 19.

59 MüKoBGB/*Huber*, § 1630 a. a. O.

Da der Gesetzgeber von „für“ und „geben“ und nicht von „seit“ und „gaben“ spricht, ist die bisherige Dauer der Familienpflege nicht zwingend ausschlaggebend.⁶⁰ Dabei ist es nicht einmal erforderlich, dass sich das Kind bereits in Pflege befindet. Respektive kommt es auf die innere Einstellung der leiblichen Eltern an, ob eine längere Verweildauer des Kindes außerhalb der Herkunftsfamilie vorgesehen ist. Es ist also auf der einen Seite die Vorstellung der Eltern bei der Antragstellung maßgebend.⁶¹ Sollte sich das Kind bereits schon in einer Pflegefamilie befinden, kann die bisherige Dauer gleichwohl eine entsprechende Indizwirkung darstellen.⁶² Auch sollten diesbezüglich die beiderseitigen Absichten von Herkunfts- und Pflegefamilie übereinstimmen.⁶³

Auf der anderen Seite ist jedoch auch die kindliche Sicht der Dinge zu berücksichtigen. So spricht man im Allgemeinen von einer kindlichen Zeitperspektive,⁶⁴ die durchaus von der eines Erwachsenen abweichen kann. Dabei sind das Alter sowie körperliche und seelische Konstitution Anhaltspunkte, die sich von Kind zu Kind gravierend unterscheiden können.⁶⁵ Allgemeine Richtwerte sind daher nicht angebracht. Eine wichtige Rolle spielt dabei auch, ob sich das Kind bereits in der Pflegefamilie eingelebt und stabile Bindungen und Beziehung aufgebaut hat.⁶⁶ Dann ist auch ein Fortdauern der Familienpflege wahrscheinlicher, und die Pflegeperson hat durch den engeren Kontakt zu dem Kind eher das Bedürfnis, wichtige Entscheidungen selbst und besser treffen zu können.⁶⁷ Wenn das Kind noch nicht in einem anderen familiären Umfeld lebt, ist insoweit lediglich eine Prognose möglich. Man stellt insoweit darauf ab, ob die beabsichtigte Dauer der Familienpflege für das Kind ausreichend ist, um enge Beziehungen zu der Pflegefamilie und auch dem entsprechenden sozialen Umfeld zu entwickeln.⁶⁸

60 MüKoBGB/Huber, § 1630 Rn. 19; Henne, S. 55.

61 MüKoBGB/Huber, § 1630 Rn. 19.

62 MüKoBGB/Huber, § 1630 a. a. O; NK-BGB/Rakete-Dombek, § 1630 Rn. 14; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 42.

63 Fröschle, Rn. 893.

64 jurisPK-BGB/Hamdan, § 1630 Rn. 17.

65 BeckOK BGB/Veit, § 1630 Rn. 10.

66 Fröschle, Rn. 893; Henne, S. 55.

67 Henne, S. 55.

68 Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 41; Fröschle, Rn. 893.

In der Literatur werden jedoch trotz aller Hinweise auf eine erforderliche Einzelfallprüfung Zeiträume für eine Mindestdauer vorgeschlagen. Folgt man zum Beispiel der Ansicht, dass für die Familienpflege eine Pflegeerlaubnis nach § 44 SGB VIII notwendig ist, zählt eine Unterbringung von bis zu acht Wochen noch nicht zur längeren Zeit. Das ergibt sich im Umkehrschluss aus § 44 Absatz 1 Satz 2 Nummer 4 SGB VIII.⁶⁹ Ansonsten liegen die Mindestzeiträume bei drei⁷⁰ bis sechs⁷¹ oder auch pauschal mehreren Monaten.⁷² Aber auch hier stellt man wieder auf das kindliche Zeitempfinden und die individuelle Fähigkeit, Bindungen aufzubauen, ab.⁷³ So wird sich ein Kleinkind schon nach einigen Wochen oder ein paar Monaten in der Pflegefamilie verwurzelt haben, wohingegen man bei Jugendlichen von etwa einem Jahr als Mindestdauer ausgeht.⁷⁴

In der Rechtsprechung wiederum finden sich noch keine Anhaltspunkte für einen Richtwert der Mindestdauer. Es wurde jedoch bei der Verweildauer von zwei Jahren⁷⁵ oder längeren Abschnitten⁷⁶ eine längere Zeit problemlos festgestellt.

Zusammenfassend wird man also die Voraussetzung der längeren Zeit bejahen, wenn bei Antragstellung eine Unterbringung des Kindes von mindestens drei Monaten vorgesehen ist. Eine zweifelsfreie Feststellung ist ab einem Jahr möglich.

69 BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 10.1.

70 Prenzlów(Hrsg.)/*Slago/Lack*, S. 357.

71 MüKoBGB/*Huber*, § 1630 Rn. 19 m. w. N.

72 Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 42 m. w. N.

73 NK-BGB/*Rakete-Dombek*, § 1630 Rn. 14; Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 41.

74 jurisPK-BGB/*Hamdan*, § 1630 Rn. 17; NK-BGB/*Rakete-Dombek*, § 1630 Rn. 14; Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 42.

75 AG Ibbenbüren, FamRZ 2009, 1331.

76 OLG Celle, FamRZ 2017, 450, 451; OLG Braunschweig, FamRZ 2002, 118; KG Berlin, FamRZ 2006, 1291, 1292.

4. Antrags- und Zustimmungserfordernis

a) Überblick

Das Verfahren für die Familienpflegschaft nach § 1630 Absatz 3 wird auf Antrag formell eingeleitet. Eine Einleitung von Amts wegen kommt nicht in Betracht.⁷⁷ Der Antrag selbst kann jederzeit auch während des laufenden Pflegeverhältnisses gestellt werden.⁷⁸ So ist es möglich, die Übertragung gleich zu Beginn der Familienpflege oder auch erst nach einer gewissen Zeit, zum Beispiel wenn sich die Voraussetzung der längeren Zeit oder auch das Bedürfnis einer Sorgerechtsübertragung erst später ergibt, vorzunehmen.⁷⁹ Gemäß Satz 1 der betrachteten Norm kann die Familienpflege sowohl von den Eltern, als auch von der Pflegeperson beantragt werden. Diese Antragsbefugnisse sind jedoch getrennt zu untersuchen.

Kein Antragsrecht haben hingegen ein Vormund oder auch ein „normaler“ Pfleger. Insofern fehlt es an entsprechenden Verweisungen wie zum Beispiel in dem § 1800.⁸⁰ Das ist die logische Konsequenz daraus, dass Vormundschaft oder Pflegschaft nur bei fehlender elterlichen Sorge nach § 1773 beziehungsweise Verhinderung des Sorgeberechtigten gemäß § 1909 angeordnet wird. Vorhandene elterliche Sorge ist aber gerade Voraussetzung für eine Übertragung. In solchen Fällen ist zu überprüfen, ob die Pflegeperson nicht direkt zum Vormund/Pfleger bestellt werden könnte.⁸¹

Ebenfalls kein explizites Antragsrecht wird dem Kind selbst zugesprochen.⁸² Dies ist durchaus schlüssig, da das Kind selbst nicht Inhaber der Sorge sein oder gar

77 Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 44.

78 Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 45; Henne, S. 56

79 *Baer*, FamRZ 1982, 221, 229.

80 BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 12.2; jurisPK-BGB/*Hamdan*, § 1630 Rn. 19; *Wesche*, Rpfleger 2014, 349, 351.

81 MüKoBGB/*Huber*, § 1630 Rn. 20; *Baer*, FamRZ 1982, 221, 229.

82 BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 12; jurisPK-BGB/*Hamdan*, § 1630 Rn. 19; NK-BGB/*Rakete-Dombek*, § 1630 Rn. 15; Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 44, 48.

werden kann. Dennoch sind Wille und Wunsch des Kindes unter dem Kindeswohlaspekt einzubeziehen.⁸³

Auch ist eine Anregung durch das Jugendamt nicht vorgesehen.⁸⁴ Es handelt sich allein um ein Verfahren, welches nur durch die leiblichen Eltern und oder die Pflegeperson eingeleitet werden kann.

b) Sorgeberechtigte Eltern

Es wird zunächst das Antragsrecht der Eltern untersucht. Dies war auch in der ersten Fassung des § 1630 Absatz 3 die einzige Option, ein entsprechendes Verfahren einzuleiten. Dabei wird auf die Inhaberschaft der elterlichen Sorge, zum Teil nur der Personensorge (§ 1626 Absatz 1 Satz 2),⁸⁵ abgestellt⁸⁶. Es kann ja schließlich nur das übertragen werden, was man selbst innehat. Frei nach dem Grundsatz „nemo dat, quod non habet“ können nur die Angelegenheiten übertragen werden, die den Eltern auch zustehen.⁸⁷

Das bedeutet, dass grundsätzlich bei gemeinsamer elterlichen Sorge auch beide Elternteile gemeinsam den Antrag stellen müssen.⁸⁸ Sofern ein Elternteil allein-sorgeberechtigt ist, steht ihm das Antragsrecht auch allein zu.⁸⁹ Eine ergänzende Zustimmung des Nichtsorgeberechtigten wäre nicht zielführend.

Kontrovers ist die Frage, wie zu verfahren ist, wenn lediglich ein Elternteil von gemeinsam Sorgeberechtigten eine Übertragung wünscht und der andere dies jedoch ablehnt. Dass der Pflegeperson dann lediglich die Befugnisse des § 1688 verbleiben, findet keine Unterstützung. Die herrschende Meinung tendiert in so

83 NK-BGB/*Rakete-Dombek*, § 1630 Rn. 17.

84 Prenzlou(Hrsg.)/*Slago/Lack*, S. 357.

85 Gierke, S. 16.

86 BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 12; Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 45.

87 MüKoBGB/*Huber*, § 1630 Rn. 20.

88 jurisPK-BGB/*Hamdan*, § 1630 Rn. 18; *Wesche*, Rpfleger 2014, 349, 351.

89 OLG Braunschweig, FamRZ 2002, 118; AG Ibbenbüren, FamRZ 2009, 1331; BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 12; Palandt/*Götz*, § 1630 Rn. 10; Fröschle, Rn. 893; *Wesche*, Rpfleger 2014, 349, 351.

einem Fall zu einer Übertragung der Entscheidungsbefugnis nach § 1628.⁹⁰ Die zu übertragende Entscheidung stellt dann lediglich das Recht dar, den Antrag nach § 1630 Absatz 3 zustellen.⁹¹ Somit wird das Recht der elterlichen Sorge des ablehnenden Elternteils auch nicht direkt übergeben.⁹² Das käme sonst einem Entzug der Sorge nach § 1666 gleich, was wiederum eine Vormundschaft oder Pflegschaft nach sich zieht und eine Übertragung nach § 1630 Absatz 3 ausschließt. Allerdings ist auch die Übertragung der Entscheidungsbefugnis nur in einem bestimmten Rahmen zulässig. Sollte der gewünschte Übertragungsumfang so groß werden, dass er de facto einer Teilentziehung des ablehnenden Elternteils gleichkommt, ist § 1628 abzulehnen.⁹³ Ebenfalls ein Ablehnungsgrund der Entscheidungsübertragung nach § 1628 stellt der Missbrauch der Vorschrift dar, etwa wenn bei mehreren Anträgen in einem zeitlichen Abstand immer nur einzelne Teilbereiche der elterlichen Sorge übertragen werden sollen.⁹⁴ Zwar könnte man hier die einzelnen Verfahren verbinden, aber auch so wird man die Übertragung der Entscheidungsbefugnis nach § 1628 im Ergebnis ablehnen müssen. Anderenfalls wird dem § 1630 Absatz 3 die Grundlage, die freiwillige Einigkeit aller Beteiligten ohne gerichtlichen Zwang, entzogen.⁹⁵

Das Antragsrecht nicht hindernd ist das Bestehen einer Betreuung für den antragsberechtigten Elternteil.⁹⁶ Selbst die Aussprache eines Einwilligungsvorbehaltes ist aufgrund der Höchstpersönlichkeit der elterlichen Sorge nicht blockierend.⁹⁷ Auch minderjährige Eltern können einen Antrag stellen. Da sie gemäß § 106 beschränkt geschäftsfähig sind, gilt insoweit § 1750 Absatz 3 Satz 2 analog.⁹⁸ Dabei darf jedoch ihre elterliche Sorge nicht ruhen. Folglich kommt hier nur eine Übertragung im Rahmen der Personensorge in Betracht (§ 1673 Absatz 2 Satz 2).⁹⁹

90 BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 12; MüKoBGB/*Huber*, § 1630 Rn. 20; Gierke, S. 16/17; *Groß*, FPR 2004, 411, 413; *Wesche*, Rpfleger 2014, 349, 351; a.A. NK-BGB/*Rakete-Dombek*, § 1630 Rn. 15; *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 46.

91 Gierke, S. 17.

92 Gierke, a. a. O.

93 MüKoBGB/*Huber*, § 1630 Rn. 20.

94 Henne, S. 57/58.

95 Henne, S. 58.

96 BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 12.3; jurisPK-BGB/*Hamdan*, § 1630 Rn. 18.

97 BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 12.3; jurisPK-BGB/*Hamdan*, § 1630 Rn. 18.

98 *Groß*, FPR 2004, 411, 413.

99 Fröschle, Rn. 896.

c) Pflegeperson

Das mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz eingeführte Antragsrecht der Pflegeperson soll dem möglicherweise fehlenden Interesse der Eltern an einer Antragsstellung entgegenwirken.¹⁰⁰ Die Pflegeperson wird eher die Herausforderungen einer ordnungsgemäßen, täglichen Betreuung des Kindes erkennen.¹⁰¹ Auch wird sie sich ihrer Rechte und Möglichkeiten bewusster sein, als Eltern, die ihr Kind in einer anderen Familie als der eigenen untergebracht haben. Das eigene Initiativrecht wertet zudem die Stellung der Pflegeperson auf.¹⁰²

Soweit also der Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge von der Pflegeperson gestellt wurde, ist nach § 1630 Absatz 3 Satz 2 die Zustimmung der Eltern erforderlich. Ein Eingriff in das höchstpersönliche Elternrecht soll nicht ohne eine Beteiligung der Betroffenen ablaufen.¹⁰³ Lediglich bei der Verfahrenseinleitung werden sie „übergangen“. ¹⁰⁴ Hinsichtlich der Zustimmungsbefugnis der Eltern gilt das Gleiche, wie bereits hinsichtlich der Antragsbefugnis ausgeführt wurde. Also gemeinsam sorgeberechtigte Eltern müssen auch gemeinsam zustimmen, und bei einem alleinsorgeberechtigten Elternteil reicht die alleinige Zustimmung.¹⁰⁵ Sollte die Zustimmung fehlen, kommen nur noch die Verfahren nach § 1666 oder § 1632 Absatz 4 in Betracht.¹⁰⁶

Zum Teil wird diskutiert, ob nach einem Antrag durch die Eltern die Pflegeperson ebenfalls ihre Zustimmung zur Übertragung erteilen muss. Die eine Ansicht verneint ein solches Erfordernis, da sich aus dem Pflegeverhältnis eine Pflicht zur Übernahme ergäbe¹⁰⁷ und der Gesetzestext dies auch nicht vorsieht.¹⁰⁸ Gleichwohl ist die praktische Relevanz zu hinterfragen. So wird im Zweifelsfall eine

100BT-Drs. 13/4899, S. 152, 13/8511, S. 74; BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 12.1 m. w. N.

101Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 36; Gierke, S. 17/18.

102Salgo, FamRZ 1999, 337, 343.

103Gierke, S. 18.

104Henne, S. 58.

105OLG Braunschweig, FamRZ 2002, 118; KG Berlin, FamRZ 2006, 1291, 1292; jurisPK-BGB/*Hamdan*, § 1630 Rn. 19.

106NK-BGB/*Rakete-Dombek*, § 1630 Rn. 16.

107*Windel*, FamRZ 1997, 713, 721.

108Gierke, S. 18.

Übertragung der elterlichen Sorge nicht einfach von den Eltern beantragt werden. Vielmehr werden wohl vorher bereits Gespräche und Absprachen zwischen den Eltern und der Pflegeperson stattgefunden haben.¹⁰⁹ Die wohl richtigere Ansicht setzt eine Zustimmung der Pflegeperson jedoch als ungeschriebene Kondition voraus.¹¹⁰ Dieser Ansicht ist eher zu folgen, da niemand zur Übernahme der mit der elterlichen Sorge einhergehenden Rechte und Pflichten gezwungen werden kann.¹¹¹ Auch soll den Eltern nicht das Recht eingeräumt werden, Teile des Sorgerechts nur nach ihrem Willen abzugeben.¹¹² Damit wäre dem Kindeswohl nicht gedient.¹¹³

IV. Verfahren

1. Zuständigkeit

Die Familienpflege nach § 1630 Absatz 3 ist gemäß § 111 Nummer 2 FamFG eine Familiensache, genauer eine die elterliche Sorge betreffende Kindschaftssache (§ 151 Nummer 1 FamFG).¹¹⁴ Damit liegt die sachliche Zuständigkeit bei den Amtsgerichten als Familiengerichte (§§ 23a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 23b Absatz 1 GVG).¹¹⁵ Es wird auch vertreten, dass die Familienpflege unter § 151 Nummer 5 FamFG zu zählen ist.¹¹⁶ Dies führt aber im Endeffekt zum gleichen Ergebnis.

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich über § 152 Absatz 2 FamFG nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes. Damit ist im Allgemeinen der Lebensmittelpunkt im Zusammenhang mit einer gewissen Aufenthaltsdauer gemeint. Dieser wird bei bereits bestehender Familienpflege am Wohnsitz der Pflegeeltern liegen.

109Fröschle, Rn. 894; Salgo, FamRZ 1999, 337, 343.

110MüKoBGB/Huber, § 1630 Rn. 23 m. w. N.; NK-BGB/Rakete-Dombek, § 1630 Rn. 17; Prenzlöw(Hrsg.)/Slago/Lack, S. 357; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 47.

111 Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. a. a. O.

112Henne, S. 60.

113Henne, a. a. O.

114BeckOK BGB/Veit, § 1630 Rn. 18; FamFG/Hammer, § 151, Rn. 7.

115MüKoBGB/Huber, § 1630 Rn. 33; NK-BGB/Rakete-Dombek, § 1630 Rn. 20.

116jurisPK-BGB/Hamdan, § 1630 Rn. 28.

Sollte es um geplante Familienpflege gehen, könnte unter Umständen aber auch noch der Wohnsitz der leiblichen Eltern ausschlaggebend sein.

Hinsichtlich der funktionellen Entscheidungsbefugnis liegt in Kindschaftssachen grundsätzlich eine Vorbehaltsübertragung auf den Rechtspfleger vor (§ 3 Nummer 2a RPfIG). Allerdings ist gemäß § 14 Absatz 1 Nummer 4 RPfIG die Übertragung der elterlichen Sorge nach § 1630 Absatz 3 dem Richter vorbehalten.¹¹⁷

2. Verfahrensbeteiligte und Anhörungen

Die Beteiligung an einem Verfahren zur Übertragung der elterlichen Sorge nach § 1630 Absatz 3 erfolgt nach den allgemeinen Regelungen der Verfahren im Familienrecht, also den allgemeinen Vorschriften des FamFG in Verbindung mit den Spezialregelungen für das Kindschaftsrecht. Die durchzuführenden Anhörungen bilden Ermittlungsmöglichkeiten im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes nach § 26 FamFG.¹¹⁸

Da es sich um ein Antragsverfahren handelt,¹¹⁹ ist nach § 7 Absatz 1 FamFG der Antragsteller zu beteiligen. Gemäß § 7 Absatz 2 Nummer 1 FamFG sind auch die unmittelbar von dem Verfahren, hier der Sorgerechtsübertragung, Betroffenen zu beteiligen. In beiden Optionen sind das je nach Fall die leiblichen Eltern des Kindes oder die Pflegeperson. Im Verfahren nach § 1630 Absatz 3 geht man hinsichtlich der Pflegeperson sogar von einer zwingenden Beteiligung aus.¹²⁰ Nach § 160 Absatz 1 Satz 1 FamFG sind die Eltern von dem Gericht zu dem Verfahren anzuhören. Die Anhörung der Pflegeperson erfolgt nach § 161 FamFG, wenn das Kind seit längerer Zeit in Familienpflege lebt. Hinsichtlich der längeren Zeit ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen.

¹¹⁷NK-BGB/*Rakete-Dombek*, § 1630 Rn. 20.

¹¹⁸FamFG/*Hammer*, § 151, Rn. 32.

¹¹⁹BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 18.

¹²⁰FamFG/*Hammer*, § 161, Rn. 2.

Eine persönliche Anhörung des Kindes ist nach den Grundsätzen des § 159 FamFG durchzuführen.¹²¹ Und auch das Jugendamt ist vor einer Entscheidung anzuhören (§ 162 FamFG) und über § 50 SGB VIII am Verfahren zu beteiligen.

3. Grundsätzliche Entscheidungsbefugnis des Gerichts

Die Basis für die Entscheidung des Gerichtes bildet der Antrag, auf dessen Grundlage das Verfahren eingeleitet wird.¹²² Da es sich um ein freiwilliges Verfahren handelt, scheidet ein Tätigwerden von Amts wegen aus.¹²³ Daher muss der Antrag als Sachantrag auch so explizit wie möglich formuliert werden.¹²⁴ Insbesondere in Bezug auf die zu übertragenden Angelegenheiten der elterlichen Sorge,¹²⁵ ist eine Auslegung nicht vorgesehen.¹²⁶

Nach dem Wortlaut des Gesetzestextes „kann“ das Gericht die Sorge dem Antrag entsprechend übertragen. Diese Wortwahl steht im Allgemeinen eher für ein freies Ermessen des Gerichtes. In der vorliegenden Konstellation wird jedoch überwiegend von einem pflichtgebundenen Ermessen ausgegangen.¹²⁷ So ist die Entscheidung zum Einen an den Antragsinhalt des Sachantrages gebunden.¹²⁸ Dieser bildet den fundamentalen Rahmen für die Übertragung.¹²⁹ In diesem Rahmen steht es dem Gericht zum Anderen jedoch frei, dem Antrag (teilweise) stattzugeben oder ihn abzulehnen.¹³⁰ Die erforderlichen Tatsachen sind dabei von Amts wegen zu ermitteln.¹³¹ Maßstab bildet insoweit der allgemeine Normzweck und dass es dem Kindeswohl entspricht.¹³² Das Kindeswohl ist sowohl verfahrensrechtlich, als auch materiell-rechtlich bei der Entscheidungsfindung einzubezie-

121Prenzlow(Hrsg.)/Slago/Lack, S. 357.

122jurisPK-BGB/Hamdan, § 1630 Rn. 30.

123Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 44.

124Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 a. a. O.; Wesche, Rpfleger 2014, 349, 351.

125NK-BGB/Rakete-Dombek, § 1630 Rn. 15.

126Wesche, Rpfleger 2014, 349, 351.

127MüKoBGB/Huber, § 1630 Rn. 24; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 50 f.

128NK-BGB/Rakete-Dombek, § 1630 Rn. 15.

129BeckOK BGB/Veit, § 1630 Rn. 15.

130MüKoBGB/Huber, § 1630 Rn. 25; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 50.

131NK-BGB/Rakete-Dombek, § 1630 Rn. 20.

132KG Berlin, FamRZ 2006, 1291, 1292; MüKoBGB/Huber, § 1630 Rn. 25; Palandt/Götz, § 1630 Rn. 8; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 50; Prenzlow(Hrsg.)/Slago/Lack, S. 357.

hen.¹³³ Anhand einer Prüfung von § 1697a¹³⁴ ist herauszufinden, ob die Übertragung der elterlichen Sorge die Lebenssituation des Kindes verbessert und diesem von Nutzen ist.¹³⁵ Ein Anhaltspunkt kann dabei auch eine bereits vorliegende Pflegeerlaubnis nach § 44 SGB VIII darstellen.¹³⁶ Eine Prüfung der Erforderlichkeit/Notwendigkeit ist indes nicht durchzuführen.¹³⁷

In welchem konkreten Umfang die Übertragung der elterlichen Sorge (antragsgemäß) erfolgen kann, wird später erläutert.¹³⁸ Wie lange eine Stellung als Pflegeperson andauern soll, ist abhängig von den Angaben im Antrag. Wenn insoweit keine Bestimmungen getroffen wurden, wird die Familienpflegschaft unbefristet bis zu einer Beendigung¹³⁹ bestehen bleiben. Allerdings ist es auch möglich, die Übertragung selbst bereits im Antrag oder im Rahmen der gerichtlichen Entscheidung zu befristen.¹⁴⁰

Die Entscheidung des Gerichts ergeht schließlich durch Beschluss und ist mit der befristeten Beschwerde nach § 58 FamFG anfechtbar.¹⁴¹

4. Beginn der Familienpflegschaft

Das Verfahren der freiwilligen gerichtlichen Sorgerechtsübertragung nach § 1630 Absatz 3 wird durch den materiellen Sachantrag eingeleitet.¹⁴² In der Praxis kam jedoch die Frage auf, ab wann die Familienpflegschaft schließlich tatsächlich beginnt.

133FamFG/Hammer, § 151, Rn. 28.

134BeckOK BGB/Veit, § 1630 Rn. 15; Fröschle, Rn. 897.

135Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 51.

136BeckOK BGB/Veit, § 1630 Rn. 15.1.

137MüKoBGB/Huber, § 1630 Rn. 25; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 51;

a. A. Erman/Döll, § 1630 BGB, Rn. 12.

138siehe unten V.2.

139siehe unten IV.5.

140Henne, S. 63.

141Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 49.

142BeckOK BGB/Veit, § 1630 Rn. 18.

Da mit der Übertragung die Pflegeperson die Rechte und Pflichten eines Pflegers erhält (§ 1630 Absatz 3 Satz 3), gibt es die Ansicht, dass gemäß der §§ 1915 Absatz 1 Satz 1, 1789, 1791 eine förmliche Verpflichtung durchgeführt und eine entsprechende Bestallungsurkunde¹⁴³ ausgehändigt werden muss.¹⁴⁴ Eine solche Verfahrensweise, kann jedoch nach dem Wesen der Familienpflege nach § 1630 Absatz 3 nicht gehalten werden. So handelt es sich hierbei, im Vergleich zu einer normalen Pflegschaft oder Vormundschaft, nicht um das Schließen einer Lücke bei fehlender elterlichen Sorge.¹⁴⁵ Vielmehr ist gerade das Vorhandensein von elterlicher Sorge Grundvoraussetzung für die Übertragung. Folglich liegt kein Ersatz sondern die bewusste Übertragung der Sorge vor.¹⁴⁶ Schon deshalb erscheint die Anwendung dieser Vorschriften aus dem Vormundschaftsrecht als fragwürdig. Auch die Rechtsprechung lehnt eine zusätzliche Verpflichtung und Bestallungsurkunde ab.¹⁴⁷

Die Familienpflegschaft beginnt daher mit Rechtskraft des erlassenen Beschlusses, soweit die elterliche Sorge übertragen wird.¹⁴⁸ Mit diesem Beschluss erfolgt auch die Legitimation als Sorgeberechtigte gegenüber Dritten.¹⁴⁹

5. Beendigung der Familienpflegschaft

Auch die Beendigung der Sorgerechtsübertragung nach § 1630 Absatz 3 ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt.¹⁵⁰ Daher bestehen in der Literatur einige Ansätze, die zum Teil durchaus umstritten sind. Dabei gibt es die Möglichkeit, die Familienpflege auf Antrag oder auch von Amts wegen durch das Gericht zu beenden.

143 Salgo, FamRZ 1999, 337, 343.

144 Wesche, Rpfleger 2014, 349, 352.

145 Wesche, Rpfleger 2014, a. a. O.

146 Wesche, Rpfleger 2014, a. a. O.

147 OLG Stuttgart, OLGR Stuttgart 2006, 188, 189.

148 Wesche, Rpfleger 2014, 349, 352.

149 Wesche, Rpfleger 2014, a. a. O.

150 AG Halberstadt, Beschluss vom 25. Mai 2010, 8 F 14/10 SO, Rn. 16, veröffentlicht unter www.juris.de.

Grundsätzlich ist man sich darüber einig, dass die Familienpflegschaft jederzeit auf Antrag der Eltern beziehungsweise mit dem Widerruf Ihrer Zustimmung beendet wird.¹⁵¹ Hintergrund kann ein neues/plötzliches Interesse am eigenen Kind mit dem Ziel einer Rückführung in die Herkunftsfamilie darstellen.¹⁵² Ein solcher Antrag kann dabei auch in einer entsprechenden Beschwerde¹⁵³ oder auch in einem Herausgabeverlangen¹⁵⁴ liegen. Dabei ist dem Antrag auf Rückübertragung des Sorgerechts zu entsprechen, sofern keine Kindeswohlgefährdung im Sinne von § 1666 zu erwarten ist.¹⁵⁵ Man stellt also nicht nur auf den Willen der Eltern ab. Das würde sonst der gewollten sicheren Rechtsposition der Pflegeperson entgegenstehen. Vielmehr ist der Aufhebungsantrag der Eltern hinsichtlich drohender Verwahrlosung oder auch generellen Versagens der Eltern kritisch zu prüfen.¹⁵⁶ Im Falle eines Herausgabeverlangens kann die Pflegeperson diesem auch mit einem Antrag auf Verbleibensanordnung nach § 1632 Absatz 4 entgegentreten.¹⁵⁷ Insoweit kollidieren auch nicht das verfassungsrechtlich geschützte natürliche Elternrecht aus Artikel 6 Absatz 2 GG und das Interesse der Pflegeperson an einer gesicherten Sorgerechtsposition.¹⁵⁸

Auch ein Antrag der Pflegeperson kann die Familienpflegschaft beenden.¹⁵⁹ Da niemand zu einer Übernahme der Familienpflegschaft gezwungen werden kann,¹⁶⁰ wäre es auch nicht zielführend, die Familienpflege entgegen dem Willen der Pflegeperson aufrechtzuerhalten. Das könnte für das Kind eher negative als positive Folgen haben.¹⁶¹ So wird das Ziel einer ordnungsgemäßen Betreuung bei fehlendem Interesse nicht mehr gewährleistet. Die Gegenmeinung¹⁶² vertritt

151 OLG Celle, FamRZ 2011, 1664, 1665 m. w. N.; jurisPK-BGB/*Hamdan*, § 1630 Rn. 20; Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 59; a.A. Fröschle, Rn. 908.

152 *Windel*, FamRZ 1997, 713, 722.

153 OLG Celle, FamRZ 2011, 1664; jurisPK-BGB/*Hamdan*, § 1630 Rn. 20.

154 MüKoBGB/*Huber*, § 1630 Rn. 31.

155 Heilmann/*Fink*, § 1630 BGB Rn. 19; Palandt/*Götz*, § 1630 Rn. 11; Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 59 m. w. N.; a.A. *Windel*, FamRZ 1997, 713, 722.

156 AG Halberstadt, Beschluss vom 25. Mai 2010, 8 F 14/10 SO, Rn. 16, veröffentlicht unter www.juris.de; jurisPK-BGB/*Hamdan*, § 1630 Rn. 20.

157 MüKoBGB/*Huber*, § 1630 Rn. 31; Fröschle, Rn. 909.

158 BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 17.1.

159 Palandt/*Götz*, § 1630 Rn. 11; Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 60.

160 Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 47.

161 MüKoBGB/*Huber*, § 1630 Rn. 30.

162 *Windel*, FamRZ 1997, 713, 722 (der Nachweis bezieht sich auf die gesamte folgende Darstellung der entsprechenden Argumentation).

jedoch, dass eine Aufhebung auf Antrag der Pflegeperson nicht ohne weiteres möglich sei. Andernfalls würde das eine Entbindung der pflegerischen Pflichten zum Nachteil des Kindes bedeuten. Lediglich die komplette Aufgabe des Pflegeverhältnisses führe zu einer legitimen Lösung von den Verpflichtungen. Selbige Ansicht geht auch von einer Übernahmepflicht der Familienpflege aus.¹⁶³ Demnach soll sich die Pflegeperson dieser auch nicht einfach entledigen können. Diese Argumentation ist zwar in sich schlüssig, jedoch im Hinblick auf das Wohl des Kindes nicht zufriedenstellend. Es ist doch sehr fragwürdig, ob ein Kind bei einer Pflegeperson, die eine mit der Übertragung der elterlichen Sorge einhergehende Verantwortung ablehnt, tatsächlich ordnungsgemäß betreut werden kann. Folglich ist auch hier der überwiegenden Meinung zu folgen.

Im Allgemeinen wird die Familienpflege auch durch den Tod des Kindes oder der Pflegeperson, einem Wechsel der Pflegeperson oder auch der Rückführung des Kindes in die Herkunftsfamilie beendet.¹⁶⁴ Ebenfalls ist die Übertragung bei einer Kindeswohlgefährdung durch die Pflegeperson gemäß § 1696 Absatz 1 von Amts wegen zu revidieren.¹⁶⁵

Die Übertragung des Sorgerechts auf die Pflegeperson wird schließlich durch einen Rückübertragungsbeschluss nach den allgemeinen Regelungen der §§ 48 Absatz 1, 166 FamFG aufgehoben.¹⁶⁶ Daneben existiert auch die Ansicht, dass die Familienpflege kraft Gesetzes und ohne eine gerichtliche Entscheidung mit Wegfall der insoweit akzessorischen elterlichen Sorge bei den leiblichen Eltern entfällt.¹⁶⁷

¹⁶³siehe oben *III.4.c*).

¹⁶⁴BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 17; *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 58.

¹⁶⁵*Staudinger/Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 60; *Fröschle*, Rn. 910; *Henne*, S. 70.

¹⁶⁶*Wesche*, *Rpfleger* 2014, 349, 352.

¹⁶⁷*Fröschle*, Rn. 905.

V. Rechtliche Stellung der Pflegeperson

1. Allgemeines

Grundsätzlich hat eine Pflegeperson gemäß § 1688 bereits die Befugnis, in Alltagsangelegenheiten Entscheidungen zu treffen.¹⁶⁸ Die Familienpflegschaft nach § 1630 Absatz 3 bringt eine weitere Verbesserung der Position der Pflegeperson mit sich.¹⁶⁹ Hinsichtlich der rechtlichen Stellung der Pflegeperson spricht die Norm in Satz 3 von Rechten und Pflichten eines Pflegers. Was dies genau bedeutet, ist in einigen Punkten äußerst umstritten. Das zeigte sich bereits in den Ausführungen zum Beginn und zur Beendigung der Familienpflegschaft.¹⁷⁰ Diese allgemein gehaltene Formulierung wird insbesondere hinsichtlich des möglichen Übertragungsumfanges ausführlich diskutiert.¹⁷¹ Aber auch die allgemeinen Folgen für die elterliche Sorge und die Pflegeperson sind zu untersuchen.¹⁷²

2. Übertragungsumfang

a) Mögliche Angelegenheiten

Grundsätzlich richtet sich der Übertragungsumfang nach dem genau zu bestimmenden Antragsinhalt.¹⁷³ Das bedeutet, dass nicht mehr, als freiwillig an elterlicher Sorge abgegeben wird, auch zu übertragen ist.¹⁷⁴ Dabei kann es sich um Angelegenheiten aus der Personen- und/oder Vermögenssorge, also im Grundsatz um sämtliche Angelegenheiten der elterlichen Sorge handeln.¹⁷⁵ Darunter fallen zum Beispiel die Gesundheitssorge oder schulische Angelegenheiten.¹⁷⁶

168BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 11.

169BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 a. a. O.

170siehe oben IV.4. und IV.5.

171siehe unten V.2.

172siehe unten V.3.

173siehe oben IV.3.

174MüKoBGB/*Huber*, § 1630 Rn. 25.

175BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 13; *Erman/Döll*, § 1630 BGB, Rn. 12; *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 52.

176OLG Stuttgart, OLGR Stuttgart 2006, 188.

Der Gesetzestext an sich bietet dabei einen großen Interpretationsspielraum, da er lediglich von „Angelegenheiten der elterlichen Sorge“ spricht.¹⁷⁷

Nicht diskutiert wird, dass einzelne Angelegenheiten, wie zum Beispiel auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht, übertragen werden können.¹⁷⁸ Auch die entsprechende gesetzliche Vertretung der zu übertragenen Angelegenheit wird nicht in Frage gestellt.¹⁷⁹

Im Streitfeld des Übertragungsumfanges stellt sich vielmehr das Problem, ob die Übertragung der gesamten elterlichen Sorge im Rahmen von § 1630 Absatz 3 möglich ist. So lehnt eine Ansicht in Literatur und Rechtsprechung die vollständige Übertragung der elterlichen Sorge ab, wohingegen andere Stimmen durchaus keine Hinderungsgründe sehen. Im Folgenden sollen die einzelnen Argumente der jeweiligen Positionen aufgezeigt und schließlich selbst Stellung genommen werden.

b) Diskussion zur Übertragung der gesamten elterlichen Sorge

aa) Argumente gegen eine vollständige Übertragung

Wenn es um die Argumentation gegen eine vollständige Übertragung der elterlichen Sorge geht, werden im wesentlichen drei Punkte genannt.

Der erste Punkt spielt auf das Wort „Angelegenheiten“ an. So soll laut Gesetzesbegründung lediglich eine ordnungsgemäße Betreuung ermöglicht werden.¹⁸⁰ Damit wären nur Alltagsangelegenheiten gemeint.¹⁸¹ Schon die Übertragung von Grundentscheidungen, wie Schul- und Berufswahl, würden diesen Rahmen über-

¹⁷⁷ *Gleiß/Suttner*, FamRZ1982, 122.

¹⁷⁸ Henne, S. 49.

¹⁷⁹ Henne, S. 52.

¹⁸⁰ BT-Drs. 8/2788, S. 47.

¹⁸¹ *Gleiß/Suttner*, FamRZ 1982, 122, 123.

treten.¹⁸² Die gerichtliche Zweckmäßigkeitprüfung kann insoweit keinen ausreichenden Schutz des verfassungsrechtlich geschützten Sorgerechts bieten.¹⁸³ Und auch das Kindeswohl ist zu unbestimmt, um als feste Richtschnur zu gelten.¹⁸⁴ Die leiblichen Eltern sind daher in gewisser Weise vor sich selbst zu schützen, wenn sie die Übertragung aller sorgerechtlichen Angelegenheiten beantragen.¹⁸⁵ Sie würden sich insoweit der rechtlichen Tragweite Ihrer Entscheidung nicht bewusst sein. Auch sieht der Gesetzestext die vollständige Übertragung der elterlichen Sorge nicht ausdrücklich vor.

Einen weiteren Punkt stellt die Rechtsnatur der elterlichen Sorge dar. Sie ist nicht nur ein höchstpersönliches Recht, sondern nach Artikel 6 Absatz 2 Satz 1 GG den Eltern zuvörderst obliegende Pflicht.¹⁸⁶ Wenn nun die gesamte elterliche Sorge auf die Pflegeperson übertragen werden soll, handle es sich um einen einfachen Weg, sich der eigentlich unverzichtbaren elterlichen Sorge missbräuchlich zu entledigen.¹⁸⁷ Darin wird eine Umgehung des direkten Entzuges der Sorge nach § 1666 gesehen.¹⁸⁸ Ein freiwilliger Verzicht ist aber nicht möglich.¹⁸⁹

Als drittes Argument greift das Wesen der Pflegschaft. Dabei wird aufgeführt, dass die komplette Übertragung der elterlichen Sorge im Ergebnis eine Adoption beziehungsweise Vormundschaft anstatt einer Pflegschaft bedeuten würde.¹⁹⁰ Eine solche „Quasi-Adoption“¹⁹¹ spricht jedoch gegen den Wortlaut der Vorschrift, welcher der Pflegeperson lediglich die rechtliche Stellung eines Pflegers einräumt. Eine richtige Adoption/Vormundschaft wird dabei ohne ausreichende Begründung einfach umgangen.¹⁹² Sollte tatsächlich seitens der leiblichen Eltern kein Interesse mehr am Kind bestehen, wäre eine direkte Freigabe zur Adoption

182 *Gleiß/Suttner*, FamRZ 1982, 122, 123.

183 Henne, S. 51.

184 *Gleiß/Suttner*, FamRZ 1982, 122, 123.

185 Henne, S. 51.

186 Erman/Döll, § 1630 BGB, Rn. 12.

187 *Gleiß/Suttner*, FamRZ 1982, 122, 123; Henne, S. 51.

188 Henne, S. a. a. O.

189 *Gleiß/Suttner*, FamRZ 1982, 122, 123.

190 OLG Jena, OLGR Jena 2009, 290, 291; NK-BGB/*Rakete-Dombek*, § 1630 Rn. 19; Palandt/*Götz*, § 1630 Rn. 11; *Windel*, FamRZ 1997, 713, 722.

191 *Gleiß/Suttner*, FamRZ 1982, 122, 123.

192 *Gleiß/Suttner*, FamRZ 1982, a. a. O.

der sinnvollere Weg.¹⁹³ Hinzukommt, dass eine Pflegschaft auf Beendigung und Rückführung des Kindes in die Herkunftsfamilie angelegt sei.¹⁹⁴ Aus diesem Grund sind bereits Grundentscheidungen nicht übertragbar, da diese zeitlich über die Familienpflege hinaus gehen würden.¹⁹⁵ Außerdem hindere die vollständige Übertragung der elterlichen Sorge die Rückführung.¹⁹⁶ Das Risiko, dass im Falle eines Herausgabeverlangens ein Antrag auf Verbleiben des Kindes in der Pflegefamilie nach § 1632 Absatz 4 positiv entschieden wird, steigt.¹⁹⁷

bb) Argumente für eine vollständige Übertragung

Wenn Literatur und Rechtsprechung sich für die Übertragung der gesamten elterlichen Sorge aussprechen, wird im Allgemeinen versucht, die entsprechenden Gegenargumente zu entkräften. Allerdings werden dabei auch weitere Aspekte beleuchtet.

Der erste Ansatz der Gegenmeinung war das Wort Angelegenheiten. Dem wird entgegen gehalten, dass man in den Wortlaut der Vorschrift auch sämtliche Angelegenheiten hinein lesen kann.¹⁹⁸ Eine Differenzierung, wie zum Beispiel in § 1628, wird nicht explizit vorgenommen.¹⁹⁹ Auch liest man aus der Gesetzesbegründung nicht heraus, ob die Möglichkeit einer kompletten Sorgerechtsübertragung überhaupt in Erwägung gezogen wurde.²⁰⁰ Vielmehr sollte „lediglich“ die Rechtsposition der Pflegeperson gestärkt werden.²⁰¹ So kann zum Beispiel eine vollständige Versorgung und Erziehung des Pflegekindes im Einzelfall nur dann möglich sein, wenn die gesamte Sorge übertragen wird.²⁰² Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die leiblichen Eltern ihren Pflichten als Sorgeberechtigte nicht nachkommen oder für die Pflegeperson nicht erreichbar sind.²⁰³ Auch kön-

193Henne, S. 52.

194Windel, FamRZ 1997, 713, 722.

195Windel, FamRZ 1997, a. a. O.

196Henne, S. 51.

197Gleiß/Suttner, FamRZ 1982, 122, 123.

198OLG Celle, FamRZ 2017, 450, 451.

199AG Erfurt, FamRZ 2015, 59, 60; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 53.

200OLG Celle, FamRZ 2017, 450, 452.

201OLG Celle, FamRZ 2017, a. a. O.

202KG Berlin, FamRZ 2006, 1291, 1292; AG Erfurt, FamRZ 2015, 59, 60.

203OLG Celle, FamRZ 2017, 450, 452; Baer, FamRZ 1982, 221, 229.

nen zeitlich gestaffelte Teilübertragungen kumulativ zu einer Gesamtübertragung führen.²⁰⁴

Das zweite Argument bezog sich auf die Höchstpersönlichkeit des elterlichen Sorgerechts. Dem wird entgegnet, dass die Familienpflegschaft nach § 1630 Absatz 3 eine freiwillige Übertragung darstellt. Bei gegenseitigem Einvernehmen von leiblichen Eltern und Pflegeperson spricht nicht wirklich etwas gegen eine vollständige Übertragung.²⁰⁵ Die Rechtsstellung der leiblichen Eltern wird aufgrund des ausdrücklich erklärten Willens nicht beeinträchtigt.²⁰⁶ Im Hinblick auf die Kindeswohlgerechtigkeit und Zweckmäßigkeit der Norm²⁰⁷ stellt sich die Übertragung als milderes Mittel gegenüber § 1666 dar, zum Beispiel, wenn es um eine notwendige ärztliche Behandlung geht.²⁰⁸ Auch wird der Gefahr eines faktischen Sorgerechtsverzichts vorgebeugt, indem grundsätzlich jederzeit und unbegründet der Antrag oder die Zustimmung widerrufen werden kann.²⁰⁹ Gleichzeitig haben die Eltern auch die aus einer zwar freiwilligen, aber eben auch gerichtlichen Übertragung resultierenden längerfristigen Konsequenzen zu tragen.²¹⁰ Zudem schützt die richterliche Entscheidung über den freiwilligen Antrag vor unangebrachten Maßnahmen.²¹¹

Im dritten Punkt wurde die Möglichkeit der Umgehung einer Adoption kritisiert. Diesbezüglich wird argumentiert, dass es sich bei der Übertragung des Sorgerechts im Rahmen der Familienpflegschaft eben nicht um eine „Quasi-Adoption“ handle. Das beruht bereits darauf, dass eine (teilweise) Rückübertragung jederzeit möglich ist.²¹² Im Gegensatz zu einer Adoption oder auch Vormundschaft ist die Übertragung unter Vorbehalt der Rücknahme des Antrages oder der Zustimmung reversibel.²¹³ Außerdem können so die schwerwiegenderen Folgen einer Adoption vermieden werden, obwohl sich die Eltern nicht in der Lage sehen, ihrer

204OLG Celle, FamRZ 2017, 450, 451.

205OLG Celle, FamRZ 2017, 450, 452.

206OLG Celle, FamRZ 2017, a. a. O.

207Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 53.

208OLG Celle, FamRZ 2017, 450, 452.

209OLG Celle, FamRZ 2017, a. a. O.

210Gierke, S. 19.

211Henne, S. 48.

212Groß, FPR 2004, 411, 414.

213BeckOK BGB/*Veit*, § 1630 Rn. 13.1.; Henne, S. 50.

Sorge nachzukommen, aber eine Maßnahme nach § 1666 noch nicht in Betracht kommt.²¹⁴ Auch die Ausführungen zur rechtlichen Stellung als Pfleger sind im Hinblick auf die Möglichkeit des § 1909 Absatz 3 zweifelhaft.²¹⁵ Zudem ist nicht die förmliche Stellung eines Pflegers gemeint, sondern einzig dessen Rechte und Pflichten.²¹⁶

Weiterhin wird dafür plädiert, dass eine ständige Einbeziehung der leiblichen Eltern nicht gewollt sein kann.²¹⁷ Die Pflegeperson muss rechtlich imstande sein, zeitnah entscheiden zu können.²¹⁸ Auch lässt der § 1630 Absatz 3 einen größeren Handlungsspielraum zu, als § 1688.²¹⁹ Dies ist gerade dann von Vorteil, wenn der Pflegeperson praktisch die alleinige erzieherische Verantwortung obliegt.²²⁰ Gerade bei längerer Familienpflege, wie hier zumindest angedacht, kann ein eingeschränkter Wirkungsbereich keine ordnungsgemäße Betreuung gewährleisten.²²¹

Sofern ein Schritt auf die Gegenmeinung zugegangen wird, hält man zumindest die Übertragung der kompletten Personensorge für zulässig.²²² Dabei sind auch Grundentscheidungen wie Schul- und Berufsbildung oder auch die Religionswahl übertragbar.²²³

c) Stellungnahme

In Anbetracht der dargestellten Argumente ist festzuhalten, dass beide Seiten durchaus nachvollziehbar sind. Dennoch kann der Meinung, welche die Übertra-

214Henne, S. 49.

215Fröschle, Rn. 899.

216siehe unten V.3.b).

217AG Erfurt, FamRZ 2015, 59, 60; *Wesche*, Rpfleger 2014, 349, 351.

218Prenzlow(Hrsg.)/*Slago/Lack*, S. 357.

219Prenzlow(Hrsg.)/*Slago/Lack*, a. a. O.

220Baer, FamRZ 1982, 221, 229.

221Prenzlow(Hrsg.)/*Slago/Lack*, S. 357.

222KG Berlin, FamRZ 2006, 1291, 1292; NK-BGB/*Rakete-Dombek*, § 1630 Rn. 19; Palandt/*Götz*, § 1630 Rn. 11; Prenzlow(Hrsg.)/*Slago/Lack*, S. 357; Baer, FamRZ 1982, 221, 229.

223Palandt/*Götz*, § 1630 Rn. 11; Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1630 Rn. 54.

gung der gesamten elterlichen Sorge, insbesondere im Hinblick auf die Grundentscheidungen, ablehnt, nicht gefolgt werden.

Zwar sind die Bedenken hinsichtlich einer „Quasi-Adoption“ verständlich, wirken aber als gesuchter Abwehrmechanismus. In der Gesetzesbegründung wird die ordnungsgemäße, tägliche Betreuung des Pflegekindes als Ziel angestrebt.²²⁴ Hierbei lediglich Alltagsangelegenheiten zu sehen, verfehlt das Ziel. Insoweit greift schließlich bereits § 1688. Der einzige Unterschied wäre insoweit nur, dass über § 1688 die Eltern vertreten werden und nicht, wie bei einer Übertragung nach § 1630 Absatz 3, direkt das Kind. Auch wird in dieser Argumentation der gerichtliche Ermessensspielraum außen vorgelassen. Dass der zuständige Familiengericht bei der Übertragung auch Kindeswohlaspekte zu berücksichtigen hat, spielt für die ablehnende Meinung keine Rolle. So können in der täglichen Betreuung des Kindes Situationen eintreten, für die zwar das Sorgerecht nicht übertragen wurde, welche allerdings eine zügige Entscheidung fordern. Es scheint grotesk, wenn die leiblichen Eltern freiwillig ihre elterliche Sorge im Ganzen aufgeben wollen, dann aber wiederum ständig in Entscheidungen einbezogen werden müssen. Das würde der gewollten Stärkung der Rechtsposition der Pflegeperson entgegenstehen. Schwierig wird dies insbesondere, wenn sich die leiblichen Eltern vorerst um sich selbst kümmern müssen oder auch einfach nicht erreichbar sind. Auch das Kindeswohl würde zum Beispiel im Rahmen der Gesundheitssorge im Zweifel darunter leiden.

Ebenfalls erschließt sich nicht logisch, warum in diesem Rahmen nicht auch Grundentscheidungen übertragen werden können. Da die Familienpflege auf längere Zeit angelegt sein soll,²²⁵ ergeben sich automatisch Situationen, die auch solche Gebiete berühren. Dabei ist die Pflegeperson unter Umständen viel näher an dem Kind dran und kann eher dessen Wohl entsprechend entscheiden. Ein Beispiel dafür ist die Schulbildung. Da stellt sich die Frage, wie leibliche Eltern wissen können, welche Schulform den Begabungen oder auch dem Wissensstand des Kindes am besten entspricht. Das kann die Pflegeperson, die sich täglich um das Kind kümmert, meist besser einschätzen.

224BT-Drs. 8/2788, S. 47.

225siehe oben III.3.

Natürlich tritt somit die Gefahr auf, dass sich die leiblichen Eltern einfach nur ihrer Pflichten als Sorgeberechtigte zumindest vorübergehend entledigen wollen. Auch ist es möglich, dass es zu einem ständigen Hin und Her zwischen Übertragungs- und Rückübertragungsantrag kommt. Aber auf der anderen Seite ist es im Hinblick auf das Kindeswohl sehr bedenklich, das Kind bei Personen zu belassen, die sich mit der elterlichen Sorge überfordert fühlen. Einem drohenden Wechsel der Interessenlage der leiblichen Eltern wird durch die Möglichkeit eines Antrages der Pflegeperson nach § 1632 Absatz 4 eine Schranke gesetzt. Auch hier steht das Kindeswohl im Fokus, sodass hierbei keine ernstliche Gefahr gesehen werden kann. In so einem Fall geht laut höchstrichterlicher Rechtsprechung das Kindeswohl dem Elternrecht sogar vor.²²⁶

Im Übrigen wird das Argument der rechtlichen Stellung der Pflegeperson als Pfleger und eben nicht als Vormund der Sache nicht gerecht. Zum einen verweist der § 1915 Absatz 1 auf das Vormundschaftsrecht, sodass es diesbezüglich kaum Abweichungen gibt. Zum anderen schließt die Familienpflegschaft, wie bereits erwähnt, keine Lücke der elterlichen Sorge, sondern ersetzt diese, obwohl sie vorhanden ist.²²⁷

Abschließend ist jedoch zu sagen, dass jede Familienpflegschaft gesondert zu betrachten ist. So müssen die divergenten Anforderungen eines jeden Pflegeverhältnisses immer zu einer Einzelfallentscheidung führen.²²⁸

3. Auswirkungen der Übertragung

a) Folgen für die leiblichen Eltern

Mit der Rechtskraft des Übertragungsbeschlusses geht die elterliche Sorge auf die Pflegeperson über. Die leiblichen Eltern sind im Umfang der Übertragung von

²²⁶BVerfG, FamRZ 2010, 865.

²²⁷Wesche, Rpfleger 2014, 349, 352.

²²⁸Baer, FamRZ 1982, 221, 229; *Gleißl/Suttner*, FamRZ1982, 122, 123.

der elterlichen Sorge, gemäß § 1630 Absatz 1 ausgeschlossen.²²⁹ Auch ein vorrangiges Bestimmungsrecht, wie in § 1688 Absatz 3, ist nicht vorgesehen.²³⁰ Gleichwohl werden die Eltern nicht völlig aus Ihrer Rechtsstellung verdrängt.²³¹ Vielmehr steht ihnen grundsätzlich jederzeit die Möglichkeit offen, eine (teilweise) Rückübertragung zu beantragen.²³² Folgerichtig liegt somit auch kein Ruhen der Sorge vor.²³³

Unabhängig vom Vorhandensein beziehungsweise der Inhaberschaft der elterlichen Sorge, steht den leiblichen Eltern gemäß § 1684 Absatz 1 ein Umgangsrecht mit ihrem Kind zu.²³⁴ Dieses verfassungsrechtlich geschützte, höchstpersönliche und damit unübertragbare und unverzichtbare Recht²³⁵ ist insbesondere für das Kindeswohl erforderlich (§ 1626 Absatz 3 Satz 1).²³⁶ Dabei sind jedoch auf allen Seiten die Loyalitätspflichten aus § 1684 Absatz 2 zu beachten.

Auch kann das Kind aus der Pflegefamilie nach § 1632 Absatz 1 herausverlangt werden. Das wird im Allgemeinen als Widerruf des Übertragungsantrages oder der Zustimmung gewertet.²³⁷ Allerdings kann die Pflegeperson im Gegenzug einen Antrag auf Verbleibensanordnung stellen, sofern die Familienpflege tatsächlich schon längere Zeit besteht (§ 1632 Absatz 4).²³⁸ Insoweit gilt auch hier wieder der kindliche Zeitbegriff.²³⁹ Anders als bei der Übertragung des Sorgerechts nach § 1630 Absatz 3 ist jedoch keine Prognose vorgesehen. Vielmehr geht es darum, ob das Kind de facto seine Bindungen zu seinem pflegefamiliären Umfeld aufgebaut und eine Bezugswelt gefunden hat.²⁴⁰

229MüKoBGB/Huber, § 1630 Rn. 28; NK-BGB/Rakete-Dombek, § 1630 Rn. 1, 21; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1630 Rn. 56; Henne, S. 52.

230Gierke, S. 20.

231Erman/Döll, § 1630 BGB, Rn. 9.

232Erman/Döll, § 1630 BGB a. a. O.

233Groß, FPR 2004, 411, 414;

a.A. Wesche, Rpfleger 2014, 349, 352.

234Palandt/Götz, § 1684 Rn. 3, 4.

235Palandt/Götz, § 1684 Rn. 2.

236Gierke, S. 21.

237MüKoBGB/Huber, § 1630 Rn. 31.

238Palandt/Götz, § 1632 Rn. 13.

239OLG Celle, FamRZ 1990, 191; Palandt/Götz, § 1632 Rn. 13.

240Palandt/Götz, § 1632 a. a. O.

b) Rechte und Pflichten der Pflegeperson

Hinsichtlich der rechtlichen Stellung der Pflegeperson führt die betrachtete Norm nur an, dass die Pflegeperson im Umfang der Übertragung die Rechte und Pflichten eines Pflegers hat. Damit wird über § 1915 Absatz 1 Satz 1 im Allgemeinen auf die Regelungen der Vormundschaft verwiesen,²⁴¹ sofern § 1630 Absatz 3 keine abschließende Regelung trifft oder auch die Besonderheiten der Familienpflege Diskrepanzen erfordern.²⁴² Somit sind nach der herrschenden Meinung lediglich die Vorschriften des Pflegschafts-/Vormundschaftsrecht anwendbar, die nicht die förmliche Stellung eines Pflegers betreffen.²⁴³ Begründet wird dies damit, dass es sich hier nicht um eine zwangsweise gerichtliche Bestellung, sondern um ein freiwilliges Antragsverfahren handelt.²⁴⁴ Eine Pflegschaft im klassischen Sinne nach den §§ 1909 ff. liegt also mangels staatlichem Fürsorgebedürfnis nicht vor.²⁴⁵ Zusammenfassend wird die Familienpflegschaft daher aus einer Mischung der Beschränkungen aus Eltern- und Vormundschaftsrecht geführt.²⁴⁶

So gelten für die Pflegeperson auch die allgemeinen Vorschriften der Auskunftspflicht (§ 1839), des Jahresberichtes und der Rechnungslegung (§ 1840 f.).²⁴⁷ Wenn nun zum Beispiel die Vermögenssorge übertragen wurde, käme die Frage auf, ob die Beschränkungen aus den §§ 1638 ff. oder den §§ 1802 ff. gelten. Hier wird den vormundschaftsrechtlichen Regelungen der Vorrang gewährt.²⁴⁸ Auch hinsichtlich der Genehmigungserfordernisse für eventuelle Rechtsgeschäfte ist es umstritten, ob lediglich § 1643 oder auch die Erfordernisse aus den §§ 1812 ff. angewendet werden. So gibt es eine Ansicht, die zwar die §§ 1812 ff. für anwendbar erklärt,²⁴⁹ aber die Genehmigungen nach § 1822 Nr. 2, 4, 6, 7, 12, 13 durch die Eltern und nur subsidiär durch das Familiengericht erteilen lässt.²⁵⁰

241 Fröschle, Rn. 901.

242 Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 124.

243 OLG Stuttgart, OLGR Stuttgart 2006, 188, 189; BeckOK BGB/Veit, § 1630 Rn. 11; MüKoBGB/Huber, § 1630 Rn. 29.

244 MüKoBGB/Huber, § 1630 a. a. O.

245 a. A. Windel, FamRZ 1997, 713, 721, der in der Familienpflege eine besondere Art der Ergänzungspflegschaft nach § 1909 sieht.

246 Groß, FPR 2004, 411, 414.

247 Fröschle, Rn. 902.

248 Fröschle, Rn. 902; Groß, FPR 2004, 411, 414.

249 Groß, FPR 2004, a. a. O.

250 Gleißl/Suttner, FamRZ 1982, 122, 125.

Eine andere Ansicht sieht in der Pflegeperson einen Empfänger „echten“ Sorge-rechts ohne dabei ein „richtiger“ Pfleger zu sein und gibt damit den Regelungen für leibliche Eltern den Vorrang.²⁵¹ Auf der sicheren Seite wäre man als Pflegeperson wohl dann, wenn man der ersten Ansicht folgt. Allein aus rechtlicher Sicht ist das Vorhandensein einer Genehmigung, ohne deren Erforderlichkeit, sinnvoller, als deren Fehlen.

Sollte es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den leiblichen Eltern und der Pflegeperson kommen, sind diese über § 1630 Absatz 2 durch das Gericht zu entscheiden.²⁵² Zwar haben die leiblichen Eltern auch die Möglichkeit eines Rückübertragungsantrages, jedoch ist im Hinblick auf das Kindeswohl eine Uneinigkeit nicht immer eine so schwere Störung, die einen solchen Schritt rechtfertigt.²⁵³

Für ihre Tätigkeit im Rahmen der Familienpflege erhält die Pflegeperson einen Anspruch auf Aufwandsentschädigung nach den §§ 1630 Absatz 3 Satz 3, 1915 Absatz 1 Satz 1, 1835a.²⁵⁴ Unter Umständen wird auch eine Vergütung gemäß § 1836 als möglich angesehen.²⁵⁵ Diese Gelder sind, abhängig von den Vermögensverhältnissen des Pflegekindes (§§ 1836c f.), von diesem oder aus der Staatskasse zu zahlen.²⁵⁶ Daneben kann die Pflegeperson Hilfe zur Erziehung geltend machen.²⁵⁷ Insbesondere wird der Anspruch auf Pflegegeld aufgrund der Familienpflege (§ 39 SGB VIII) nicht berührt.²⁵⁸

251 *Wesche*, Rpfleger 2014, 349, 352.

252 *BeckOK BGB/Veit*, § 1630 Rn. 16; *Erman/Döll*, § 1630 BGB, Rn. 13; *MüKoBGB/Huber*, § 1630 Rn. 28; *NK-BGB/Rakete-Dombek*, § 1630 Rn. 20; *Fröschle*, Rn. 904; *Gleiß/Suttner*, *FamRZ* 1982, 122, 124.

253 *Gleiß/Suttner*, *FamRZ* 1982, a. a. O.

254 *OLG Stuttgart*, *OLGR Stuttgart* 2006, 188, 189; *BeckOK BGB/Veit*, § 1630 Rn. 16; *MüKoBGB/Huber*, § 1630 Rn. 32; *Palandt/Götz*, § 1835 Rn. 3; *Groß*, *FPR* 2004, 411, 414.

255 *Fröschle*, Fußnote 47 zu Rn. 903.

256 *Fröschle*, Rn. 903.

257 *OVG Bautzen*, *FamRZ* 2009, 1524 (Leitsatz).

258 *BayObLG München*, *BayObLGR* 2002, 266, 267.

VI. Fazit

Nach der nun durchgeführten Untersuchung der Familienpflegschaft nach § 1630 Absatz 3 ist erkennbar, dass diese Möglichkeit der Übertragung der elterlichen Sorge durchaus eine attraktive Option für Pflegefamilien darstellt.

Ein großer Vorteil dabei ist, dass es sich um ein freiwilliges Verfahren handelt, welches auf gegenseitigen Konsens ausgerichtet ist. So steht es den leiblichen Eltern frei, die Übertragung zu beantragen oder ihr zuzustimmen. Auch die Rückgängigmachung ist zum Teil an den Willen der Eltern gebunden. Darin liegt aber gleichzeitig auch ein Nachteil. So sind die Pflegefamilien im gewissen Umfang von den leiblichen Eltern abhängig. Das ist zwar im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Garantie des Elternrechts vertretbar, gleichwohl kann das im Einzelfall dem Kind nicht unbedingt zum Vorteil gereichen. Allerdings wird es für diesen Konflikt wohl kaum eine alle zufriedenstellende Lösung geben. Die Übereinstimmung von elterlichem Willen und Pflegefamilie führt dagegen dazu, dass das Beste für das Kind herauskommen kann. Sofern das Sorgerecht auf die Pflegeperson übertragen werden soll, bietet dies dem Kind viele Chancen. So sind den Pflegepersonen über die Grundbefugnisse nach § 1688 hinaus weitere Entscheidungskompetenzen übertragbar. Die Rechtsposition einer Pflegeperson wird dadurch auch gegenüber Dritten gestärkt. Die überwiegende Meinung, die gesamte elterliche Sorge übertragen zu können, erfüllt damit das gesetzgeberische Ziel, eine ordnungsgemäße Betreuung zu ermöglichen. Mit der Rechtsstellung eines Pflegers steht die Pflegeperson zudem unter einer gewissen gerichtlichen Kontrolle, welche die Eltern vor Missbrauch der abgegebenen eigentlich höchstpersönlichen Rechtsposition schützt.

Alles in allem ist in der Familienpflege nach § 1630 Absatz 3 eine sinnvolle Möglichkeit zu sehen, die elterliche Sorge (vorübergehend) für eine adäquate Betreuung an die Pflegeperson zu übertragen.

Literaturverzeichnis

Baer, Ingrid,

Die neuen Regelungen der Reform des Rechts der elterlichen Sorge für das "Dauerpflegekind", FamRZ 1982, 221

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman,
BeckOK BGB, 44. Edition (Stand: 01.11.2017), München 2017

Fröschle, Tobias,

Sorge und Umgang – Elternverantwortung in der Rechtspraxis –, 1. Auflage, Bielefeld 2013

Gierke, Malte,

Familienpflege – Die rechtliche Stellung von Pflegeeltern, Hamburg 2009

Gleißl, Renate/Suttner, Bernhard,

Zur Rechtsstellung der Pflegeeltern nach neuem Recht, FamRZ 1982, 122

Groß, Gerlinde,

Die Stellung der Pflegeeltern im Grundgesetz und im Zivilrecht, FPR 2004, 411

Heilmann, Stefan (Hrsg.),

Praxiskommentar Kindschaftsrecht, Köln 2015

Henne, Anne-Kathrin,

Die Rechte der leiblichen Eltern von Pflegekindern, Tübingen 2009

Kaiser, Dagmar/Schnitzler, Klaus/Friederici, Peter/Schilling, Roger (Hrsg.),

NomosKommentar BGB, Band 4: Familienrecht, §§ 1297-1921, 3. Auflage, Bonn 2014

Palandt, Otto,

Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage, München 2018

Prenzlow, Reinhard(Hrsg.),
Handbuch Elterliche Sorge und Umgang - Pädagogische, psychologische und
rechtliche Aspekte, 2. Auflage, Köln 2016

Prütting, Hanns/Helms,Tobias (Hrsg.),
FamFG Kommentar, 4. Auflage, Köln 2018

Salgo, Ludwig,
Die Pflegekindschaft in der Kindschaftsrechtsreform vor dem Hintergrund verfas-
sungs- und jugendhilferechtlicher Entwicklungen, FamRZ 1999, 337

Schwab, Dieter (Hrsg.),
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Familienrecht II:
§§ 1589-1921, SGB VIII, 7. Auflage, München 2017

von Staudinger, Julius,
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 4: Familienrecht, §§ 1626 –
1633, RKEG (elterliche Sorge 1 - Inhaberschaft und Inhalt), Berlin 2015

Viefhues, Wolfram (Hrsg.),
juris PraxisKommentar BGB, Band 4 Familienrecht, 7. Auflage, Saarbrücken
2015

Wesche, Otto,
Die Krux des § 1630 Absatz 3 BGB, Rpfleger 2014, 349

Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.),
Ermann BGB, Band 2, 15. Auflage, Köln 2017

Windel, Peter A.,
Zur elterlichen Sorge bei Familienpflege, FamRZ 1997, 713

Eidesstattliche Versicherung

Hiermit erkläre ich, dass diese Diplomarbeit selbstständig und ohne Benutzung anderer als die der angegebenen Hilfsmittel angefertigt wurde. Sämtliche Quellen oder indirekt übernommene Gedanken sind als solche kenntlich gemacht. Diese Diplomarbeit wurde weder in gleicher noch ähnlicher Form eine Prüfungsbehörde vorgelegt. Die gedruckte und digitalisierte Form der Diplomarbeit sind identisch.

Miriam Klaußner

Limbach-Oberfrohna, 31. Mai 2018