

# Teil I **Kommentierung der auf die Betreuung anwendbaren Vorschriften der §§ 1632–1908 k BGB**

## Bürgerliches Gesetzbuch: §§ 1632, 1698 a, 1698 b BGB

### Vorbemerkungen

1. **Übersicht.** Das BGB kennt verschiedene Formen der Wahrnehmung fremder Interessen durch gerichtlich bestellte gesetzliche Vertreter. **1**

	Vormundschaft	Betreuung	Pflegschaft
Wesen	Ersetzt Fürsorge der Familie, betrifft Vertretung in allen Angelegenheiten; der elterlichen Sorge angenähert	Vertretung in bestimmten Aufgabenkreisen, ausnahmsweise in allen Angelegenheiten	betrifft Vertretung in einzelnen Teilgebieten
Materielles Recht	§§ 1773–1894 BGB	§§ 1896–1908 k BGB sowie einzelne Vorschriften aus §§ 1784–1894 (§ 1908 i)	§§ 1909–1921 BGB, hilfswise §§ 1773–1894 (§ 1915); §§ 1960, 1961
Verfahrensrecht	§§ 151 ff FamFG	§§ 271 ff FamFG	§§ 340, 151 Nr 5 FamFG
Alter des Betroffenen	Minderjährige	Volljährige, geschäftsfähig oder geschäftsunfähig	Minder-, Volljährige, geschäftsfähig oder geschäftsunfähig
Wirkungskreis	folgt aus dem Gesetz	ergibt sich aus dem Bestellungsbeschluss	ergibt sich aus dem Bestellungsbeschluss

2. **Stellung.** Vormund, Betreuer und Pfleger üben eine Fürsorgetätigkeit für Personen aus, die nicht in der Lage sind, ihre Angelegenheiten selbst wahrzunehmen. Sie haben die Stellung eines amtlichen Organs<sup>1</sup>, handeln aber nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt<sup>2</sup>, sondern stehen dem Mündel, Betreuten, Pflegenden als Subjekt des Privatrechts gegenüber (AunJugendamt und Betreuungsbehörde). Demgegenüber hielt das BVerfG<sup>3</sup> die Vormundschaft unter Hervorhebung ihrer öffentlich-rechtlichen Elemente für Ausübung öffentlicher Gewalt, um dem Mündel den Schutz des Art 104 Abs 2 GG zu gewähren. Diese Notwendigkeit ist zwischenzeitlich durch Änderung der §§ 1800, 1631 b und Einführung des § 1906 durch das BtG entfallen. Zuzugeben ist, dass das Vormundschaftsrecht auch öffentlich-rechtliche Bestandteile enthält<sup>4</sup>. **2**

1 RGZ 151, 57/62.

2 BGHZ 17, 108 = NJW 1955, 867; RGZ 132, 257, 259; RGRK-Dickescheid Rz 2 vor § 1773; Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 355; Schreiber AcP 178 (1978), 531/9.

3 BVerfGE 10, 302 = NJW 1960, 811.

4 Vgl die ges Unfallversicherung, § 2 Abs 1 Nr 10 SGB VII.

- 3 Jedoch überwiegen die privatrechtlichen, da die Stellung des Vormunds weitgehend der des Inhabers der elterlichen Sorge nachgebildet ist; die Unterschiede zwischen dem Vormund und dem elterlichen Sorgerechtsinhaber (verstärkte Aufsichts- und Genehmigungsrechte des VormG) sind mehr quantitativer als qualitativer Art. Die Vorschriften, die die Pflichten und Aufgaben des Vormunds gegenüber dem Vermögen und der Person des Mündels regeln, haben privatrechtlichen Charakter. Daraus folgt, dass der nach §§ 1773 ff bestellte Vormund als solcher Inhaber eines grundrechtlich geschützten Pflege- und Erziehungsrechtes sein kann<sup>5</sup>. Nicht so weit der elterlichen Sorge angenähert ist die Betreuung. Dies erklärt sich einmal daraus, dass es sich um Volljährige handelt, die zwar der Hilfe und Fürsorge bedürfen, aber nicht mehr erzogen werden; zum anderen umfasst die Fürsorge nicht Person und Vermögen des Betreuten im vollen Umfang, sondern im Grundsatz nur die Teilgebiete, bei denen ein Bedürfnis für Hilfe besteht. Noch weniger angelehnt an die elterliche Sorge ist die Pflegschaft – soweit man die verschiedenen Formen der Pflegschaft überhaupt zusammenfassen darf – denn sie erfasst nur Teilbereiche, bei denen Hilfe gewährt wird, und kann sich auf Minderjährige oder Volljährige erstrecken.
- 4 **3. Aufsicht.** Da mit den Befugnissen von Vormund, Betreuer und Pfleger amtliche Pflichten unlösbar verknüpft sind, werden sie einer Aufsicht unterstellt (§§ 1837 ff, 1908 i, 1915). Oberstes Aufsichtsorgan ist (soweit es um Betreuung geht) das Betreuungsgericht (§ 1837). Es wird unterstützt durch den Gegenbetreuer (§§ 1792, 1799) und die Betreuungsbehörde (§ 7 BtBG). Aufsichtsmittel sind Gebote, Verbote, Ordnungsmittel (§§ 1837, 1908 i, 1915), Entlassung (§§ 1886, 1908 b, 1915) sowie die Erteilung bzw Verweigerung der insbes nach §§ 1810 ff, 1821 ff, 1896 ff, 1908 i, 1915 erforderlichen Genehmigungen. Unter der Aufsicht des Betreuungsgerichts handeln Betreuer selbstständig: **Grundsatz der Selbständigkeit**<sup>6</sup>. Sie (und grundsätzlich nicht das Betreuungsgericht) entscheiden – Betreuer und Pfleger im Rahmen ihrer Aufgabenkreise – über alle Bereiche der Personen- und Vermögenssorge des betreuten Pflinglings. Nur wenn sie den Rahmen der Gesetzmäßigkeit und der Zweckmäßigkeit überschreiten, pflichtwidrig oder die Belange des Schutzbefohlenen gefährdend handeln, darf das Betreuungsgericht aufgrund seiner Aufsichtspflicht einschreiten. Ist dieser Rahmen gewahrt, kann das Betreuungsgericht nur Ratschläge erteilen. Nicht befugt ist das Betreuungsgericht, bindende Anweisungen für die Tätigkeit zu geben. Vormund, Betreuer und Pfleger, nicht das Gericht, vertreten Mündel, Betreuten, Pflingling (Ausnahme: § 1846). Der gesetzliche Rahmen ist verschieden weit, je nachdem, ob es sich um eine gewöhnliche oder eine befreite Betreuung handelt (vgl §§ 1852 ff), je nachdem wer Betreuer ist, ob eine (Privat) Person, die Betreuungsbehörde, ein Verein oder ein Angestellter des Vereins.
- 5 **4. Verfahren. – a) Zuständigkeit.** Die sachliche Zuständigkeit für Betreuungssachen liegt beim Amtsgericht, Abt Betreuungsgericht (§§ 23 a Abs 2 Nr 1, Abs 2 Nr 1, 23 c GVG); für Vormundschaft und Pflegschaft für Kinder ist das Familiengericht zuständig, für sonstige Pflegschaften das Betreuungsgericht, für Nachlasspflegschaften das Nachlassgericht. Landesrechtlich ist es nach Art 147 EG, § 486 FamFG zulässig, auch anderen Behörden, zB Notariaten, betreuungsgerichtliche Aufgaben zu übertragen. So ist in Württemberg (etwa: OLG-Bezirk Stuttgart; vgl § 1 Abs 4 BaWüLFGG) der Bezirksnotar im Wesentlichen zuständig, aber nicht für Unterbringungen. Die funktionelle Zuständigkeit liegt teils beim Rechtspfleger, teils beim Richter (§§ 3, 15 RPfLG). Die örtliche Zuständigkeit folgt aus § 272 FamFG.

5 Lindacher FamRZ 1963, 166 mwN.

6 BGHZ 17, 108, 116 = NJW 1955, 867; BGHZ 20, 313, 321 = NJW 1956, 1148.

**b) Amtsverfahren.** Das Gericht wird weitestgehend von Amts wegen tätig (§ 1896) und ermittelt den Sachverhalt von Amts wegen (§ 26 FamFG). **6**

**5. Weitere Regelungen.** Das Betreuungsrecht des BGB wird ergänzt durch das VVG, FamFG, RPfLG, KostO sowie das BtBG. **7**

**6. Zum zwischenstaatlichen Recht.** Vgl Art 24 EGBGB; § 104 FamFG; Erwachsenenschutz – Übereinkommen v 13.1.2000 (BGBl II 2007, 324), das aber nur im Verhältnis zu Frankreich und Schottland gilt. **8**

**7. Landesrecht.** Solche Regelungen finden sich in Form der Ausführungsgesetze der einzelnen Bundesländer zum Betreuungsrecht, der 16 verschiedenen Unterbringungs- bzw PsychKG – Gesetze, der Befreiungen für die Betreuungsbehörde (§ 1908i Rz 63 ff). Ferner gestattet § 19 RPfLG, die funktionelle Zuständigkeit anders zu regeln. Nach § 23d GVG können Zuständigkeiten auf einzelne Amtsgerichte konzentriert werden. **9**

**8. Einigungsvertrag.** Der Einigungsvertrag hat in Art 234 §§ 14 und 15 EGBGB Vormundschaft und Pflegschaft behandelt; Vormundschaften und Pflegschaften wurden in solche des BGB übergeleitet. Das BtG ist nach der Wiedervereinigung in Kraft getreten, gilt also von vornherein für Gesamtdeutschland. **10**

#### § 1632 BGB Herausgabe des Kindes; Bestimmung des Umgangs ...

**(1) Die Personensorge umfasst das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es den Eltern oder einem Elternteil widerrechtlich vorenthält.**

**(2) Die Personensorge umfasst ferner das Recht, den Umgang des Kindes auch mit Wirkung für und gegen Dritte zu bestimmen.**

**(3) Über Streitigkeiten, die eine Angelegenheit nach Absatz 1 oder 2 betreffen, entscheidet das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils.**

**(4) ...**

**1. Anwendbarkeit.** § 1632 Abs 1, 2 und 3 ist im **Betreuungsrecht** sinngemäß anzuwenden (§ 1908i Abs 1), nicht aber § 1632 Abs 4 (Familienpflege). Statt *Kind* ist *Betreuer* zu lesen, statt *Eltern* *Betreuer*, anstelle des Familiengerichts ist das Betreuungsgericht (AG) zuständig. **1**

**2. Herausgabe (Abs 1).** Ein Betreuer mit dem Aufgabenkreis „Personensorge“ hat ua das Recht, die „Herausgabe“ des Betreuten zu fordern; der Aufgabenkreis „Aufenthaltsbestimmung“<sup>1</sup> oder „alle Angelegenheiten“ reicht ebenfalls aus. Hat beispielsweise die Tochter das Personensorgerecht und hält sich die betreute Mutter besuchsweise bei ihrem Sohn auf, dann kann die Tochter aus § 1632 Abs 1 verlangen, dass die Mutter wieder „herausgegeben“ wird. Dazu muss nicht vorher ein Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 BGB angeordnet werden<sup>2</sup>; denn es geht nicht um die Abgabe rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen. **2**

**3. Umgangsbestimmung (Abs 2).** Ein Betreuer mit dem Aufgabenkreis „Personensorge“ hat ferner das Recht, den „Umgang“ des Betreuten zu bestimmen. Er hat deshalb zB das Recht, das Altenheim anzuweisen, bestimmte Personen nicht zum Betreuten zu lassen. Das sind Personen, die schädlichen Einfluss auf **3**

1 OLG Frankfurt FamRZ 2003, 964 = FGPrax 2003, 81.

2 AA HK-BUR-Bauer § 1632 Rz 26.

den Betreuten ausüben, die ihm seine Vermögenswerte wie zB Taschengeld abschwatzen, ihn zu bestimmten rechtlichen Schritten drängen wollen und beunruhigen. Dazu muss nicht vorher ein Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 angeordnet werden<sup>3</sup>; die Umgangsbestimmung hat damit überhaupt nichts zu tun. Umfasst der Aufgabenkreis des Betreuers weder allgemein die Personensorge noch im Besonderen die Regelung des Umgangs, ist er nicht zu **Kontaktverboten** gegenüber Dritten, insbesondere den Eltern des Betroffenen, befugt<sup>4</sup>. Die Regelung des **Besuchsrechts** kann dem Betreuer zugewiesen werden<sup>5</sup>. Verwandte des Betreuten haben kein gegenüber einem Umgangsbestimmungsrecht des Betreuers höherrangiges Umgangsrecht<sup>6</sup>. Doch muss ein vernünftiger nachvollziehbarer Grund für ein Kontaktverbot bestehen<sup>7</sup>, sonst kann das Betreuungsgericht dem Betreuer entsprechende Weisungen erteilen (§ 1837).

- 4 4. Durchsetzung (Abs 3).** Die sinngemäße, also nur entsprechende Anwendung auf das Betreuungsrecht ergibt:
- 5 a) Herausgabe.** Erfolgt die Herausgabe nicht freiwillig, ist der Betreuer darauf angewiesen, beim Betreuungsgericht eine entsprechende **Herausgabeverfügung** zu beantragen. Hierzu hat der Richter den Betreuten persönlich anzuhören, weil es um eine wichtige Frage des Wohls des Betreuten geht. Die Vollstreckung erfolgt nach §§ 88 ff FamFG. Zur Befolgung des Herausgabebeschlusses kann der Dritte mit Ordnungsgeld bzw Ordnungshaft angehalten werden (§ 89 FamFG), notfalls kann zusätzlich angeordnet werden, dass Gewalt angewandt werden kann (§ 90 FamFG). Da §§ 4, 8 BtBG keine konkrete Pflicht der Betreuungsbehörde zur Hilfe begründen und § 88 Abs 2 FamFG wohl nicht entsprechend anwendbar ist, bleibt nur, dass der Betreuer einen Gerichtsvollzieher beauftragt. Der Herausgabebeschluss ist nach §§ 58 ff FamFG mit befristeter Beschwerde anfechtbar. Die Herausgabe kann auch durch eine **einstweilige Anordnung** geboten werden (§ 49 Abs 2 FamFG), wobei die Anhörung ggf nachzuholen ist<sup>8</sup>.
- 6 b) Umgang.** Der Betreuer kann beim Betreuungsgericht einen entsprechenden Beschluss, der einem Dritten der Umgang mit dem Betreuten verbietet, beantragen. Der Richter hat den Betreuten hierzu persönlich anzuhören. Auch hier ist das Wohl des Betreuten der zentrale Aspekt, der nach § 26 FamFG aufzuklären ist. Der Dritte ist als Gegner Beteiligter im Sinne des § 7 Abs 2 Nr 1 FamFG. Die Entscheidung lautet zB, dass dem ... verboten wird, den Betreuten aufzusuchen und dem Dritten ein Ordnungsgeld angedroht wird; Kostenentscheidung: § 81 FamFG. Es genügt nicht, wenn im Beschluss als Begründung angegeben wird, dass der Betreute nach den Besuchen seiner Schwester jeweils „verwirrt“ war etc, weil das nicht konkret genug ist. Gegen den Beschluss ist Beschwerde (§§ 58 ff FamFG) statthaft<sup>9</sup>.
- 7** Das Umgangsrecht kann auch in der Weise geklärt werden, dass der Dritte sich zunächst an das Verbot des Betreuers hält, dann aber beim Betreuungsgericht beantragt, dass der Betreuer angewiesen wird (§ 1837 Abs 1 BGB; vgl § 1837 Rz 11), entsprechende Besuche zu gestatten. So ist es, wenn zB die betreute Mutter bei ihrer Tochter lebt und die Tochter allen anderen Verwandten einen Besuch verbietet, die Betreute also vom Kontakt mit der Umwelt abschließt. Eine

3 BayOblG FamRZ 2000, 1524; aA HK-BUR-Bauer § 1632 Rz 46.

4 OLG München FamRZ 2008, 1030.

5 BayOblG FamRZ 2000, 1524.

6 BayObLG FamRZ 2002, 907 (Schwester des Betreuten).

7 OLG Hamm Rpfleger 1985, 294 (Kind).

8 OLG Frankfurt FamRZ 2003, 964 = FGPrax 2003, 81.

9 Vgl den Fall BayObLG FamRZ 2002, 907.

einstweilige Verfügung (§§ 935 ff ZPO) scheidet daneben aus. Der Kontakt des Betreuten mit seinem Anwalt<sup>10</sup>, auch schon vor Mandatserteilung, Verfahrenspfleger, Abgeordneten, Menschenrechtskonvention, Behörden, Botschaften, Gerichten, Staatsanwaltschaft, Polizei usw kann weder vom Betreuer noch vom Betreuungsgericht unterbunden werden. Der Kontakt mit nahen Angehörigen (Eltern, Kinder, Geschwister, Geschwisterkinder) kann nur ganz ausnahmsweise unterbunden werden, weil ihnen möglicherweise Grundrechte zur Seite stehen<sup>11</sup>, vgl Art 6 Abs 1, 1 Abs 1, 2 Abs 1 GG. Hier kommt es darauf an, festzustellen, was der Betreute wünscht und was seinem Wohl dient.

c) **Zuständig** ist jeweils der Richter, nicht der Rechtspfleger<sup>12</sup>; § 15 Abs 1 Satz 1 Nr 7 RPflG. **8**

### § 1698 a BGB Fortführung der Geschäfte in Unkenntnis der Beendigung der elterlichen Sorge

**(1)** <sup>1</sup>Die *Eltern* dürfen die mit der Personensorge und mit der Vermögenssorge für das *Kind* verbundenen Geschäfte fortführen, bis sie von der Beendigung der *elterlichen Sorge* Kenntnis erlangen oder sie kennen müssen. <sup>2</sup>Ein *Dritter* kann sich auf diese Befugnis nicht berufen, wenn er bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts die Beendigung kennt oder kennen muss.

**(2)** Diese Vorschriften sind entsprechend anzuwenden, wenn die *elterliche Sorge* ruht.

**1. Anwendbarkeit.** § 1698 a BGB ist im **Betreuungsrecht** sinngemäß anzuwenden (vgl § 1908 i Abs 1 BGB, welcher auf § 1893 Abs 1 BGB verweist und dieser auf §§ 1698 a, b). Statt *Kind* ist Betreuer zu lesen, statt *Eltern* Betreuer. **1**

**2. Inhalt der Regelung.** Endet die Betreuung (zB durch Tod des Betreuten, Aufhebung bzw Entlassung des Betreuers), dann endet an sich auch die Vertretungsbefugnis des Betreuers (§ 1902 BGB). Dasselbe gilt, wenn der Aufgabenkreis beschränkt wird, zB wenn die Vermögenssorge gestrichen wird. Der Betreuer würde ab jetzt als Vertreter ohne Vertretungsmacht handeln (§ 179 BGB), also sich selbst verpflichten, obwohl er vom Ende seines Amtes noch nichts weiß. Zum Schutze des Betreuers bestimmt daher § 1698 a BGB, dass er noch wirksam handeln kann, solange ihm die Beendigung des Amtes nicht bekannt ist oder bekannt sein muss (**Abs 1 Satz 1**); für solche Tätigkeiten wird er noch vergütet und erhält dafür Ersatz seiner Aufwendungen. Er verpflichtet den Betreuten, im Falle des Todes die Erben. Kennt der Geschäftsgegner (Dritte) die Beendigung des Amtes oder muss er sie kennen, dann hat er keine Ansprüche gegen den Betreuten oder dessen Erben; er kann sich nicht auf die wegen Satz 1 fortwirkende Rechtsmacht des Betreuers berufen (**Abs 1 Satz 2**). **2**

**3. Kennenmüssen.** Der Beteiligte (Betreuer, Dritte) wird so behandelt, als habe er das Ende des Amtes tatsächlich gekannt, wenn er es kennen musste. Das ist gleichbedeutend mit „infolge Fahrlässigkeit nicht kennen“. **3**

10 BayObLG Rpfleger 1990, 361.

11 KG FamRZ 1988, 1044; *Jürgens/Klüsener*, BGB § 1632 Rz 12.

12 *Jürgens/Klüsener*, § 1632 Rz 10.

**§ 1698b BGB Fortführung dringender Geschäfte nach Tod des Kindes**

**Endet die *elterliche Sorge* durch den Tod des *Kindes*, so haben die *Eltern* die *Geschäfte*, die nicht ohne Gefahr aufgeschoben werden können, zu besorgen, bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann.**

- 1 **1. Anwendbarkeit.** § 1698b BGB ist im **Betreuungsrecht** sinngemäß anzuwenden (§ 1908i Abs 1, welcher auf § 1893 Abs 1 BGB verweist und dieser auf §§ 1698a, b BGB). Statt *Kind* ist Betreuer zu lesen, statt *Eltern* Betreuer, anstelle des Familiengerichts ist das Betreuungsgericht zuständig. Die Vorschrift berechtigt den Betreuer, bestimmte Notgeschäfte noch in Vertretung der Erben vorzunehmen<sup>1</sup> und verpflichtet ihn sogar hierzu. Bei Verstoß würde er aus § 1833 BGB haften. Im Übrigen ist die Sicherung des Nachlasses des verstorbenen Betreuten Sache der Erben und bei einem Fürsorgebedürfnis Aufgabe des Nachlassgerichts bzw eines vom Nachlassgericht zu bestellenden Nachlasspflegers (§§ 1960, 1962 BGB). Die Verpflichtung trifft nur einen Betreuer, der vor dem Tod des Betreuten einen ausreichenden Aufgabenkreis hat (der Gesundheitsbetreuer muss sich nicht nach dem Tod des Betreuten um eine Dachreparatur kümmern). Seit der Neuregelung des Vergütungsrechts ist streitig, ob solche Tätigkeiten noch besonders vergütet werden; vgl § 5 VBVG.
- 2 **2. Unaufschiebbar Geschäfte.** Darunter fallen zB: dringende Reparaturen (Wasserrohrbruch usw), Beseitigung von Gefahrenquellen (Gas abstellen, Heizung im Winter einschalten), Versorgung von Haustieren. **Nicht unaufschiebbar** sind: Kündigung der Wohnung, Bezahlung von Schulden, Auflösung der Wohnung, Bestattung, Bezahlung der Beerdigungskosten, Erbauseinandersetzung. Die Zustimmung zur Organentnahme richtet sich nicht nach § 1698b BGB, sondern nach dem TPG; es handelt sich grundsätzlich um keine *erbrechtliche* Frage, die Leiche wird nicht vererbt, sie gehört nicht den Erben (von denen § 1698b BGB spricht).
- 3 Auch die Frage, wer die **Totenfürsorge** hat, hat nichts mit dem Erbrecht zu tun, weil (wenn der Erblasser nichts angeordnet hat) nach Gewohnheitsrecht die Totenfürsorge den nächsten Angehörigen zusteht<sup>2</sup>, hilfsweise den Personen, welchen sie der Verstorbene anvertrauen wollte (das sind nicht zwingend die Erben des Vermögens); die Totenfürsorge betrifft die Frage der Gestaltung und des Ortes der Beerdigung. Hiervon zu unterscheiden ist die gesundheitspolizeiliche Frage, wer für die Bestattung zu sorgen hat; sie ist geregelt in den Bestattungsgesetzen der Länder. Schlagen die nächsten Angehörigen die Erbschaft aus, haben sie gleichwohl nach den Regelungen in den Bestattungsgesetzen der Länder die Bestattungskosten zu tragen, es sei denn, sie sind selbst sozialhilfebedürftig. Die erbrechtliche Frage, dass die Erben die Kosten der Bestattung zu zahlen haben (§ 1968 BGB), wird davon nicht berührt; wenn die Erben die Erbschaft wegen Überschuldung ausschlagen, unterbleibt die Suche nach weiteren Erben, der Staat wird Erbe (§ 1936 BGB).

1 LG Koblenz FamRZ 1995, 1376.

2 BGH FamRZ 1978, 15; FamRZ 1992, 657; Palandt/Edenhofer Rz 9 vor § 1922.

Erster Titel. **Vormundschaft (§§ 1773–1895 BGB), soweit auf die Betreuung anwendbar**

**§ 1784 BGB Beamter oder Religionsdiener als Vormund**

**(1) Ein Beamter oder Religionsdiener, der nach den Landesgesetzen einer besonderen Erlaubnis zur Übernahme einer Vormundschaft bedarf, soll nicht ohne die vorgeschriebene Erlaubnis zum Vormunde bestellt werden.**

**(2) Diese Erlaubnis darf nur versagt werden, wenn ein wichtiger dienstlicher Grund vorliegt.**

Schrifttum: *Kröger*, Der Beamte als Vormund und Pfleger (Betreuer), SchlHA 1992, 85; *Deinert*, Die Betreuung als beamtenrechtliche Nebentätigkeit, DAV 1995, 1031.

**1. Geltungsbereich.** § 1784 ist auf den **Betreuer** gem § 1908 i Abs 1 BGB entsprechend anwendbar, ebenso auf den Gegenbetreuer, Verfahrenspfleger, nicht aber auf den Behördenbetreuer (§ 1897 Abs 1 BGB). Wenn der Behördenbetreuer auf Verlangen der Behörde entlassen wird, er indes die Betreuung als Privatperson weiterführen will (§ 1908 b Abs 4 BGB), ist § 1784 BGB anwendbar<sup>1</sup>, falls der Betreuer noch Beamter ist.

**2. Sinn der Vorschrift.** § 1784 soll verhindern, dass dienstliche Interessen beeinträchtigt werden<sup>2</sup>. Das Betreuungsgericht soll den Beamten nicht vor Erteilung der Erlaubnis zum Betreuer ernennen, auch dann nicht, wenn es mit der Erteilung der Genehmigung rechnet. Der Verstoß hat keine Nichtigkeit zur Folge. Für eine Bestellung zum Betreuer unter Entlassungsvorbehalt (wenn die Genehmigung versagt wird) ist kein Platz, weil § 1790 BGB in § 1908 i BGB nicht für anwendbar erklärt ist.

**3. Beamte nach den Landesgesetzen.** Die Vorschrift ist anzuwenden auf Beamte nach den Landesgesetzen (Landesbeamte, Beamte der Gemeinden, Gemeindeverbände sowie der dem Landesrecht unterstehenden Stiftungen, Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts); entsprechend auf **Richter** im Landesdienst (dh solche am AG, LG, OLG, Arbeitsgericht, Sozialgericht, Verwaltungsgericht). Sie gilt auch für **Angestellte und Arbeiter** dieser Dienststellen, setzt also nicht den beamtenrechtlichen Begriff des Beamten voraus<sup>3</sup>. Zwar geht der historische Gesetzgeber vom beamtenrechtlichen Begriff aus, er will aber das öffentliche Interesse schützen. Wenn der Staat heute seinen Arbeitern und Angestellten in Tarifverträgen und Anstellungsverträgen das Einholen einer Genehmigung vor Übernahme einer Vormundschaft zur Pflicht macht, dann tut er dies auch im öffentlichen Interesse. Es wäre also widersprüchlich, § 1784 nur auf Beamte anzuwenden. Für **Bundesbeamte, Bundesrichter** fehlt, historisch bedingt, eine Regelung<sup>4</sup>. Da die Bundesbeamten gem § 65 BBG und entsprechend die Bundesrichter gem § 46 DRiG zur Übernahme der Betreuung eine Genehmigung brauchen, ist § 1784 BGB auf sie entsprechend anzuwenden. Entsprechendes gilt für **Soldaten** (§ 21 SoldG). Diese Personen brauchen für die Übernahme einer Betreuung nicht nur eine **Nebentätigkeitsgenehmigung**<sup>5</sup>, sondern müssen die Einkünfte auch an den Dienstherrn abführen, soweit bestimmte Beträge überschritten werden.

1 HK-BUR-*Deinert* § 1784 Rz 14.

2 Motive IV S. 1072.

3 MünchKomm-*Wagenitz* § 1784 Rz 2; HK-BUR-*Deinert* § 1784 Rz 8; aA *Staudinger-Engler* § 1784 Rz 3.

4 Vgl Motive IV S. 1073.

5 Dazu *Deinert* DAVorm 1995, 1031; *Kröger* SchlHA 1992, 85.

- 4 **4. Religionsdiener.** Die Landesgesetze enthielten bis zur Weimarer Reichsverfassung (vgl Art 137 Abs 3) entsprechende Regelungen (vgl für Preußen Art 72 AGBGB). Heute finden sich keine Regelungen mehr in den Landesgesetzen. Welche staatskirchenrechtliche Stellung die Religions- oder Glaubensgemeinschaft hat, ob sie insbesondere eine Religionsgemeinschaft des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts ist, ist unerheblich. Ob es sich um eine Religionsgesellschaft handelt, muss ggfs durch Auslegung ermittelt werden. Zu den Religionsdienern gehören Pfarrer, Kirchenbeamte, in der Kirchenverwaltung eingesetzte Personen. Das Gericht wird bei Anhaltspunkten für eine solche Tätigkeit ermitteln müssen (§ 26 FamFG), ob der Ausgewählte einer Genehmigung seiner Religionsgemeinschaft, zB auch aufgrund Anstellungsvertrags, bedarf.
- 5 **5. Betreuung Angehöriger.** Die unentgeltliche Betreuung eines Angehörigen ist nach § 42 Abs 1 BRRG, § 65 BBG (nur anzeigepflichtig, aber) nicht genehmigungspflichtig. Wer *Angehöriger* ist, ist nicht definiert; Verwandtschaft ist nicht erforderlich. Unentgeltlichkeit liegt vor, wenn nur Aufwendungen ersetzt werden, sei es auch in Form der Aufwendungspauschale (§ 1835 a BGB). Für diesen Personenkreis ist somit § 1784 BGB nicht einschlägig.
- 6 **6. Verstoß gegen § 1784 BGB.** Ist gegen § 1784 BGB verstoßen worden, so ist die Bestellung zum Betreuer nicht deswegen nichtig oder anfechtbar (es handelt sich nur um eine Soll-Vorschrift). Wenn die Genehmigung nachträglich versagt wird, berührt dies die Wirksamkeit ebenfalls nicht. Der Betreuer ist aber dann gem § 1888 BGB zu entlassen; diese Regelung tritt neben § 1908 b BGB.
- 7 **7. Abs 2.** Was ein wichtiger Grund ist, ergibt sich aus dem beamtenrechtlichen Nebentätigkeitsrecht<sup>6</sup>; doch ist Abs 2 als Bundesrecht gegenüber Landesrecht vorrangig. Wird die Genehmigung versagt, so kann der Beamte hiergegen zum Verwaltungsgericht klagen, der öffentliche Angestellte (§ 11 BAT) zum Arbeitsgericht. Das Betreuungsgericht ist an die Entscheidung des Dienstherrn bzw Gerichts gebunden.

### § 1785 BGB Übernahmepflicht

**Jeder Deutsche hat die Vormundschaft, für die er von dem Familiengericht ausgewählt wird, zu übernehmen, sofern nicht seiner Bestellung zum Vormund einer der in den §§ 1780 bis 1784 bestimmten Gründe entgegensteht.**

- 1 Für die Betreuung gelten §§ 1785, 1786 BGB (Ablehnungsgründe) nicht, weil in § 1898 Abs 2 BGB ausdrücklich geregelt ist, dass keine Pflicht zur Übernahme einer Betreuung besteht. Umstritten ist, ob § 1785 BGB für den Verfahrenspfleger gilt; wer auf den Verfahrenspfleger § 1915 Abs 1 BGB anwendet<sup>1</sup>, kommt zwangsläufig zu § 1785 BGB. Das ist indes nicht richtig: der Verfahrenspfleger ist kein Pfleger im Sinne des § 1915 BGB, seine Stellung ist nicht im BGB geregelt, sondern in §§ 276, 317 FamFG; er ist „Beteiligter“ (§ 274 Abs 2 FamFG). Dabei soll eine rechtskundige Person beigeordnet werden, die dieselben Aufgaben wie ein Anwalt hat; lediglich aus fiskalischen Gründen wurde die Verfahrenspflegschaft auch anderen Personen eröffnet. Deshalb hat der Verfahrenspfleger keine Übernahmepflicht<sup>2</sup>. Die Frage ist von Bedeutung, weil nicht-berufsmäßige (= ehrenamtliche) Verfahrenspfleger keine Vergütung erhalten, auch nicht, wenn der Betroffene vermögend ist (vgl § 278 FamFG).

6 BVerwG NJW 1996, 139.

1 So Pohl BtPrax 1992, 19.

2 BVerfG NJWE-FER 2000, 282/3.



### § 1787 BGB Folgen der unbegründeten Ablehnung

**(1) Wer die Übernahme der Vormundschaft ohne Grund ablehnt, ist, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, für den Schaden verantwortlich, der dem Mündel dadurch entsteht, dass sich die Bestellung des Vormundes verzögert.**

**(2) Erklärt das Familiengericht die Ablehnung für unbegründet, so hat der Ablehnende, unbeschadet der ihm zustehenden Rechtsmittel, die Vormundschaft auf Erfordern des Familiengerichts vorläufig zu übernehmen.**

**1. Geltungsbereich.** § 1787 Abs 1 BGB ist für die **Betreuung** für entsprechend anwendbar erklärt worden (§ 1908 i Abs 1 BGB), § 1787 Abs 2 BGB dagegen nicht, denn eine vorläufige Betreuung kennt das Betreuungsrecht zwar (§§ 300, 301 FamFG), aber nicht für den Fall der Weigerung, das Betreueramt zu übernehmen. Die Verweisung passt nicht<sup>1</sup>: Zwar besteht eine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Übernahme einer Vormundschaft (vgl § 1788 BGB), aber keine Pflicht zur Übernahme einer Betreuung (vgl § 1898 Abs 2 BGB); im Gesetzgebungsverfahren war eine solche Verpflichtung geplant gewesen (daher rührt § 1898 Abs 1 BGB), als dies später anders beschlossen wurde, hat man wohl vergessen, die Verweisung auf § 1787 BGB aus § 1908 i Abs 1 BGB wieder herauszunehmen. Es gibt auch keine Pflicht, auf einen Brief des Betreuungsgerichts, in dem man gefragt wird, ob man zur Übernahme einer Betreuung bereit ist, zu antworten. Deshalb hat § 1787 keinen unmittelbaren Anwendungsfall. Er kann allenfalls in den Fällen (zusätzlich) analog angewandt werden, in denen ein bestellter Betreuer die Betreuung „niederlegt“, dh die Arbeit einstellt, ohne dass eine Entlassung durch das Betreuungsgericht erfolgt.

**2. Herrschende Meinung.** Die hM<sup>2</sup> bejaht die Anwendbarkeit des § 1787 Abs 1 BGB im Betreuungsrecht, zB dann, wenn die ausgewählte Person rechtswidrigerweise ihre Zustimmung versagt oder auf die Anfrage, ob sie bereit zur Übernahme ist, nicht binnen angemessener Frist reagiert. Zuständig ist dann das Betreuungsgericht, nicht das Familiengericht.

**3. Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht** sind (wenn man von der hM ausgeht) die grundlose Ablehnung und ein Verschulden des „Betreuers“. Es handelt sich um ein gesetzliches Schuldverhältnis, nicht eine unerlaubte Handlung. Der Anspruch **verjährt** daher nicht nach § 852 BGB, sondern (da § 197 Abs 1 Nr 2 BGB aufgehoben wurde) nach §§ 195 ff, 199 BGB. Der Schadensersatzanspruch ist im Prozessweg zu verfolgen, wobei das Prozessgericht (bei Betreuung) alle Voraussetzungen des § 1787 BGB (ohne Bindung an Entscheidungen des Betreuungsgerichts) festzustellen hat. Die Schadensersatzpflicht erstreckt sich auf den Verzögerungsschaden (zB weil ein Einwilligungsvorbehalt nicht rechtzeitig angeordnet werden konnte, so dass sich der Betroffene schädigte; Zinsverlust durch verspätet angelegtes Geld; Verluste wegen Verjährung oder Ablauf von Rechtsmittelfristen; erhöhte Kosten wegen der Verspätung) sowie die Kosten, die durch die grundlose Weigerung entstanden sind; keine Haftung für Schaden infolge (ersatzweiser) Bestellung eines ungeeigneten Betreuers. Fehlende Maßnahmen des Betreuungsgerichts aus §§ 1846, 1908 i Abs 1 BGB schließen den Anspruch gegen den Betreuer nicht aus.

1 AA Dodegge/Roth Rz D 140.

2 HK-BUR-Bauer § 1787 Rz 4; MünchKomm-Wagenitz § 1787 Rz 15; Knittel § 1787 Anm I; Jürgens § 1898 Rz 6; Bienwald § 1908 i Rz 30.

**§ 1788 BGB Zwangsgeld**

**(1) Das Familiengericht kann den zum Vormund Ausgewählten durch Festsetzung von Zwangsgeld zur Übernahme der Vormundschaft anhalten.**

**(2) Die Zwangsgelder dürfen nur in Zwischenräumen von mindestens einer Woche festgesetzt werden. Mehr als drei Zwangsgelder dürfen nicht festgesetzt werden.**

- 1 Zwangsgeld.** Es ist im Betreuungsrecht nicht zulässig, den als Betreuer Ausgewählten durch Festsetzung von Zwangsgeld zur Amtsannahme zu bewegen (§ 1898 Abs 2 BGB); § 1788 gilt also nicht entsprechend (§ 1908 i Abs 1 BGB). Ebenso ist es mE bei Verfahrenspflegern. Dagegen kann das Betreuungsgericht den Betreuer zur Befolgung seiner Anordnungen (zB Vorlage des Vermögensverzeichnisses, der jährlichen Abrechnung, der Bescheinigung über den Sperrvermerk) durch Festsetzung von Zwangsgeld anhalten (§§ 1908 i Abs 1, 1837 Abs 3 BGB). Das Verfahren richtet sich nach § 35 FamFG. Das Zwangsgeld wird mit den Verfahrenskosten (§ 119 Abs 5 KostO) nach § 1 JBeitrO beigetrieben. Es fließt in die Staatskasse. Das Zwangsgeld ist keine Strafe; kann der Betreuer nicht zahlen, wird es nicht (wie eine Geldstrafe) in eine Freiheitsstrafe umgewandelt.
- 2 Unzulässig** ist ein Zwangsgeld zur Erzwingung von Zweckmäßigkeitshandlungen; wegen ungebührlichen Verhaltens des Betreuers gegenüber dem Betreuungsgericht; wenn die Anordnung des Betreuungsgerichts nachträglich durchgeführt wurde<sup>1</sup> oder nicht mehr durchgeführt werden kann<sup>2</sup>, wenn der Zweck bereits erreicht ist<sup>3</sup> oder wenn der Betreuer inzwischen entlassen ist; nach beendigter Betreuung oder nach dem Ende des Amtes kann der Betreuer mit Zwangsgeld nur noch zur Rückgabe der Bestallungsurkunde oder zu einer formell ordnungsmäßigen Schlussrechnung gezwungen werden. Unzulässig ist Zwangsgeld ferner gegen Betreuungsbehörde und Betreuungsverein (§ 1837 Abs 3 Satz 2 iVm § 1908 i Abs 1 BGB); gegen Behördenbetreuer (§ 1908 g Abs 1 BGB); zulässig ist es jedoch gegen Vereinsbetreuer. Die Beitreibung hat zu unterbleiben, wenn der Betreuer zwischenzeitlich der Aufforderung nachgekommen ist<sup>4</sup>.

**§ 1791 a BGB Vereinsvormundschaft**

**(1) <sup>1</sup>Ein rechtsfähiger Verein kann zum Vormund bestellt werden, wenn er vom Landesjugendamt hierzu für geeignet erklärt worden ist. <sup>2</sup>Der Verein darf nur zum Vormund bestellt werden, wenn eine als Einzelvormund geeignete Person nicht vorhanden ist oder wenn er nach § 1776 als Vormund berufen ist; die Bestellung bedarf der Einwilligung des Vereins.**

**(2) Die Bestellung erfolgt durch Beschluss des Familiengerichts; die §§ 1789, 1791 sind nicht anzuwenden.**

**(3) <sup>1</sup>Der Verein bedient sich bei der Führung der Vormundschaft einzelner seiner Mitglieder oder Mitarbeiter; eine Person, die den Mündel in einem Heim des Vereins als Erzieher betreut, darf die Aufgaben des Vormunds nicht ausüben. <sup>2</sup>Für ein Verschulden des Mitglieds oder des Mitarbeiters ist der Verein dem Mündel in gleicher Weise verantwortlich wie für ein Verschulden eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters.**

1 BayObLG Rpfleger 1997, 476.

2 BayObLG FamRZ 1984, 197.

3 BayObLG FamRZ 1998, 1197.

4 Vgl BayObLG Rpfleger 1979, 215.