

Ulrike Donat  
Rechtsanwältin  
FA Familienrecht  
Holstenstr. 194 c  
22765 Hamburg  
Tel.: (040)39106180  
Fax: (040)39106183  
[u.donat@hamburg.de](mailto:u.donat@hamburg.de)  
[www.ulrike-donat.de](http://www.ulrike-donat.de)  
07.02.2008

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz - FGG-RG) - Stand 07.09.2007 (BT-Drs. 16/6308)**

zur Anhörung im Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages am 11.02.2008

hier: **Allgemeiner Teil, Freiheitsentziehungsverfahren**

**I. Anwendungsbereich in grundrechtsrelevanten Verfahren - grundsätzliche Überlegungen**

Der Gesetzentwurf regelt nicht nur die Materie der „klassischen“ FGG-Verfahren wie Nachlaßsachen, Registersachen und Vormundschaftssachen, bei denen streitige oder nicht-streitige Verfahren zwischen Privaten einen Ordnungsrahmen durch den Staat erhalten, sondern ebenfalls eine ganz andere Art von Verfahren, die hoheitliche Eingriffe des Staates in Grundrechte des Bürgers im Über-Unterordnungsverhältnis betreffen, also eine eigentlich verwaltungsgerichtliche Materie. Der Grund liegt allein darin, daß bei den ordentlichen Gerichte richterliche Bereitschaftsdienste bestehen, nicht aber regelmäßig bei den Verwaltungsgerichten. Statt aber allein die Eilkompetenz den ordentlichen Gerichten zuzuweisen, wird seit der Abschaffung der „grundrechtsfreien besonderen Gewaltverhältnisse“ der Aufgabenbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit systemwidrig ausgeweitet.

Das bisherige FGG und FEVG finden Anwendung bei **Eingriffen in die persönliche Freiheit (Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 5 EMRK)**

- der Bundespolizeibehörden nach BPolG, BKAG, BZollG

und aufgrund Bundesrecht

- AusIG (Abschiebehaft, Vorbereitungs Haft, Sicherungs Haft)
- InfektionsschutzG
- bei freiheitsentziehenden Maßnahmen für Personen unter Betreuung

darüber hinaus aber auch

- bei anderen **bundespolizeilichen Eingriffen** in Grundrechte (z. B. Wohnungsdurchsuchung, Wohnraumüberwachung)
- aufgrund Verweisung für alle freiheitsentziehenden Maßnahmen der **Landespolizeibehörden** nach den Polizeigesetzen und nach PsychKG
- für andere Grundrechtseingriffe nach Landespolizeirecht (Wohnungsdurchsuchung, Wohnraumüberwachung, TK-Überwachung, polizeiliche Beobachtung...)

Im Zuge der Sicherheitsdiskussion werden die Eingriffsmöglichkeiten der Bundespolizeibehörden in bürgerliche Freiheitsrechte immer zahlreicher, im Zuge der Verlagerung von Kompetenzen von der Landespolizei auf Bundespolizeibehörden und insgesamt durch die Ausweitung polizeilicher Eingriffsbefugnisse kommt der Regelung des Verfahrensrechtes für die Überprüfung solcher Grundrechtseingriffe immer stärkere Bedeutung zu.

Die Reformziele „Flexibilisierung“ durch „weitgehende Formlosigkeit des Verfahrens und freie gerichtliche Kompetenz zur individuellen Verfahrensgestaltung“ sind hier aus rechtsstaatlichen Gründen fehl am Platz. Hier zählen allein rechtsstaatliche Verfahrensgarantien, wie sie die Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) bietet. Auch andere „ausnahmslos öffentlich-rechtliche Streitigkeiten“ sollten nach dem Reformentwurf nunmehr ausnahmslos den Verwaltungsgerichten zugewiesen sein (s. 163) - warum nicht das klassische polizeiliche Eingriffsrecht?

Eine bloße Übernahme bisheriger Regelungen wird den Anforderungen nicht gerecht. Das Grundgesetz stellt die meisten der betroffenen Eingriffe unter Richtervorbehalt (Art. 104, Art. 13 GG). Das Bundesverfassungsgericht hat immer wieder die **Bedeutung der betroffenen Grundrechte und der Verfahrensrechte** für deren Sicherung betont, so z.B. BVerfG, B v. 19.01.2007 - 2 BvR 1206/04 = NVwZ 2007, 1044

*„Die freiheitssichernde Funktion des [Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG](#) setzt weiterhin Maßstäbe für die Aufklärung des Sachverhalts und damit für die Anforderungen in Bezug auf die tatsächliche Grundlage der richterlichen Entscheidungen. Es ist unverzichtbare Voraussetzung rechtsstaatlichen Verfahrens, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht (vgl. [BVerfGE 70, 297](#) <308>; 83, 24 <32>; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des [Bundesverfassungsgerichts vom 23. März 1998 - 2 BvR 2270/96](#) -, [NJW 1998, S. 1774](#) <1775>). Angesichts des hohen Ranges des Freiheitsgrundrechts gilt dies in gleichem Maße, wenn die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer freiheitsentziehenden Maßnahme in Rede steht (vgl. Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Dezember 2005, a.a.O.).“*

Die Ausgestaltung des Verfahrens und des Rechtsmittelzuges entscheidet darüber, ob bei derart schwerwiegenden Eingriffen „**effektiver Rechtsschutz**“ (Art. 19 Abs. 4

GG) und das **Rechtsstaatsgebot** sowie die Justizgrundrechte (Art. 101, 103, 104 GG) gewahrt sind.

Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichtes zum Freiheitsentziehungsrecht ist in den letzten Jahren überaus umfangreich. Dabei haben sich mehrere Problembereiche gezeigt:

1.  
Die Instanzgerichte setzen verfassungsrechtliche Anforderungen an die Verfahrensgestaltung nur um, wenn sie sich direkt aus den einschlägigen gesetzlichen Verfahrensordnungen ablesen lassen.
2.  
Rechte auf persönliche Anhörung, Gehör, Antragsrechte, Beteiligung, Akteneinsichtsrechte, Rechtsmittelbelehrung werden von den Instanzgerichten nicht selbstverständlich gewährt, obwohl sie sich unmittelbar aus der Verfassung ergeben.
3.  
Es gibt eine Fülle von Unklarheiten bei Kompetenzüberschneidungen, z.B.
  - a) im Ausländerrecht zwischen Verwaltungsgerichten (als Gericht der Hauptsache) und den ordentlichen Gerichten (als Haftgerichte)
  - b) bei polizeilichen Gemengelagen zwischen repressivem Eingreifen zur Strafverfolgung und präventivem Eingreifen zur Gefahrenabwehr (Verwaltungsgerichte für die Überprüfung präventivpolizeilicher Eingriffe, ordentliches /FGG-Gericht für die Überprüfung von präventivpolizeilichen Freiheitsentziehungen teilweise nur im Eilfall, teilweise auch nachträglich, ordentliches/Straf-Gericht für die Überprüfung von Eingriffen im Ermittlungsverfahren nach StPO).
4.  
Für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren fehlt eine kodifizierte Verfahrensordnung zur nachträglichen Rechtmäßigkeitsprüfung von Eingriffsakten vollständig.
5.  
Familien- und Vormundschaftsrichter sind in der Anwendung des Polizei- und Ausländerrechtes häufig überfordert, an den ordentlichen Gerichten fehlt es schon an der entsprechenden Literatur in den Gerichtsbibliotheken.

Es gibt z.B. eine anhaltende Diskussion über die gerichtliche Zuständigkeit zur Überprüfung von erkenntungsdienstlichen Maßnahmen und anderen Datenerhebungen, die sowohl zur Strafverfolgung als auch zur Gefahrenabwehr verwendet werden. Dies weitet sich aus auf DNA-Analysen, doppel funktionale Freiheitsentziehungen, Videoüberwachungsmaßnahmen, Beschlagnahmen und vermutlich in Zukunft auch auf TK-Überwachung und Verwendung von Daten aus der Vorratsdatenspeicherung und ähnlichen neuen Befugnissen.

Das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) gebieten die gerichtliche Überprüfung von Grundrechtseingriffen.

Für Eingriffe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren wird das gerichtliche Verfahren und die Zuständigkeit des Strafgerichtes vom BGH und BVerfG gegenwärtig aus einer analogen Anwendung des § 98 Abs. 2 StPO hergeleitet, früher aus §§ 23 EGGVG. Das dabei anzuwendende Verfahren ist nicht geregelt. Es bleibt daher vieles unklar und wird die Gerichte weiter erheblich beschäftigen, wie z.B. die persönliche Anhörung der betroffenen Bürger, die Geltung des Verbotes der Mehrfachverteidigung, die Anforderungen an die gerichtliche Sachverhaltsermittlung und Beweiserhebung im nachträglichen Verfahren, die Begründungspflichten des Gerichtes, die Rechtsmittelbelehrung usw.

Besondere Probleme ergeben sich zudem daraus, daß besonders schwerwiegende Eingriffe unter **Richtervorbehalt** stehen. Der Richter ist dabei aber nicht nur eine unabhängige Justizgewährungsinstitution, sondern übt zugleich exekutive Funktionen aus. Eilrichter stehen in der Entscheidungssituation unter erheblichem Druck von den Polizeibehörden, während der Bürger i.d.R. auf die Eilentscheidung wenig Einfluß nehmen kann, schon weil ihm wesentliche Informationen vorenthalten werden. Die „Waffengleichheit“ als Gebot eines fairen Verfahrens im Rechtsstaat ist dabei stets in Gefahr, wie sich im anwaltlichen Notdienst in Heiligendamm 2007 in extremer Zuspitzung gezeigt hat. Daher müssen auch eilrichterliche Entscheidungen - sowie die anordnenden Entscheidungen der Beschwerdegerichte - zur Grundrechtssicherung nachträglich überprüft werden können.

Zu fordern ist daher ein einheitliches Verfahrensrecht für die gerichtliche Überprüfung von Grundrechtseingriffen durch die Polizei (im Eilfall sowie für die nachträgliche Überprüfung) und für die nachträgliche Überprüfung von Richterentscheidungen bei Ausübung des Richtervorbehaltes.

hilfsweise:

Die nachträgliche Überprüfung erledigter polizeilicher Freiheitsentziehungen und anderer erledigter polizeilicher Eingriffsakte wird den Verwaltungsgerichten übertragen.

Die folgenden Ausführungen stehen unter dem Vorbehalt, daß eine gesonderte Regelung des Verfahrensrechtes für polizeiliche Eingriffsakte oder eine allgemeine Zuweisung der nachträglichen gerichtlichen Überprüfung an die Verwaltungsgerichte nicht erfolgt. Es bleibt aber der Hinweis auf die erheblichen Regelungslücken, Kompetenzüberschneidungen und Unterschiede in der Kontrolldichte im Verfahren der verschiedenen Gerichtszweige, die sich mit dem Gebot effektiven Grundrechtsschutzes nicht vereinbaren lassen.

## II. Verfahren: Allgemeine Vorschriften

Zu begrüßen ist die Vereinheitlichung und die Integration der Freiwilligen Gerichtsbarkeit in das Gerichtsverfassungsgesetz.

### zu § 13 FamFG : Akteneinsicht

Das Akteneinsichtsrecht wurde verbessert gegenüber dem Entwurf vom 14.02.2006

### zu § 30 FamFG: Förmliche Beweisaufnahme

**Abs. 2 ist zu ergänzen:**

Eine förmliche Beweisaufnahme hat immer stattzufinden, wenn die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer behördlichen Eingriffsmaßnahme Streitgegenstand ist.

In diesen Fällen handelt es sich der Sache nach um ein verwaltungsrechtliches Fortsetzungsfeststellungsverfahren. Die gerichtliche Kontrolldichte darf durch die Verschiebung in ein anderes Verfahren nicht geringer sein, als im Verwaltungsprozess. Andernfalls ist das Rechtsstaatsgebot und der effektive Rechtsschutz verletzt.

### zu § 39 FamFG: Rechtsbehelfsbelehrung

Die Möglichkeit der Ergänzung des Beschlusses (§ 43 FamFG) und die Gehörsrüge (§ 44 FamFG) ist in die Rechtsmittelbelehrung aufzunehmen wegen der abweichenden Frist. Beide Rechtsbehelfe stehen systematisch unglücklich, sind nicht leicht auffindbar und nicht allgemein bekannt.

## III. Rechtsmittel

### Instanzenzug

Die in der Entwurfsbegründung genannten Gründe für die direkte Anrufung des BGH als zweite Rechtsmittelinstanz überzeugen nicht - de facto ist der Zugang zum BGH für den Bürger mit extrem hohen Hürden versperrt, z.B. der Beauftragung eines beim BGH zugelassenen Anwaltes. Die Annahme, der BGH würde weit häufiger von den Bürgern angerufen, wird von der Unterzeichnerin nicht geteilt.

Ich schließe mich insoweit der Kritik von Prof. Knittel an.

**Hilfsweise** rege ich an, für den Fall einer zulassungsabhängigen Rechtsbeschwerde das **Zulassungsverfahren zu regeln wie in § 124 a VwGO**

- (1) Das Beschwerdegericht lässt die Rechtsbeschwerde in seiner Entscheidung zum wenn die Zulassungsgründe..... vorliegen. Das Rechtsbeschwerdegericht ist an die Zulassung gebunden. Zu einer Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ist das Beschwerdegericht nicht befugt.

(2) Wird die Rechtsbeschwerde nicht in dem Urteil des Beschwerdegerichtes zugelassen, so ist die Zulassung innerhalb eines Monats nach Zustellung der vollständigen Beschwerdeentscheidung zu beantragen.

(5) Über den Antrag entscheidet das Rechtsbeschwerdegericht durch Beschluss. Lässt das Rechtsbeschwerdegericht die Rechtsbeschwerde zu, wird das Antragsverfahren als Rechtsbeschwerdeverfahren fortgesetzt.

### **zu § 44 FamFG: Abhilfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör**

Der Regelungsbereich der Anhörungsrüge des § 46 RefE sollte erweitert werden auf andere „schwerwiegende Verfahrensverstöße“, für die bislang umstritten ist, ob sie ebenfalls der Anhörungsrüge (analog) unterliegen oder der sofortigen Verfassungsbeschwerde unterliegen (vgl. hierzu OVG Lüneburg, B. v. 08.02.2006, NJW 2006, 2506 und zur Problematik, wenn die letzte Instanz eine klärungsbedürftige Frage - dort: die Kosten - „übersieht“ LG Lüneburg, B. v. 06.11.2006 - 10 T 21/04, Nachfolgeentscheidung des Sachverhaltes von BVerfG, B. v. 13.12.2005 - 2 BvR 447/05).

Vorteil: Entlastung des Bundesverfassungsgerichtes

### **zu § 62 FamFG: Statthaftigkeit der Beschwerde nach Erledigung der Hauptsache**

Besondere Probleme ergeben sich in der Praxis, wenn bereits während andauernder Freiheitsentziehung das Beschwerdeverfahren durchlaufen wurde. Dann muß es einen eigenen Instanzenzug ab der ersten Instanz für die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit geben!

Bei der Wahrnehmung des Richtervorbehaltes entscheiden Richter im Eilverfahren unter Zeitdruck - in jeder anderen Verfahrensordnung kann eine fehlerhafte Eilentscheidung bei fortbestehendem Rechtsschutzinteresse nachträglich in einem Hauptsacheverfahren mit vollem Instanzenzug überprüft werden.

Die frühere Auffassung, „kein Rechtsschutz gegen Richterentscheidungen“ ist durch BVerfGE 97, 27, 39 und BVerfGE 107, 395, 406 überholt.

### **zu § 65 FamFG: Beschwerdebegründung**

Abs. 4 ist zu streichen. Andernfalls können Verstöße gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter nicht geltend gemacht werden - dies ist mit Art. 101 GG nicht zu vereinbaren.

## zu § 69 FamFG: Beschwerdeentscheidung

Die Beschwerdeentscheidung ist stets zu begründen

Andernfalls bleibt unklar, auf welche Erwägungen das Beschwerdegericht seine Entscheidung stützt - die Anhörungsrüge (§ 44 FamFG) liefe leer, das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz kann nicht gesichert werden ohne Begründung gerichtlicher Entscheidungen.

### IV. Kosten §§ 80 ff.

Die Aufhebung des Verbotes der isolierten Anfechtung der Kostenentscheidung wird praktisch kaum Bedeutung haben, wenn die Beschwerde auch gegen Kostenentscheidungen von einer Beschwer über €600 abhängig gemacht wird - in vielen Fällen liegen die Kosten wegen der begrenzten Gegenstandswerte (Kindschaftssachen, Versorgungsausgleich; Gewaltschutz etc.) darunter. Zudem liegt nach § 567 Abs. 2 ZPO der Beschwerdewert bei Kostenentscheidungen bei €200. Es ist keinem Bürger und keiner Bürgerin einsichtig, warum es keine praktische Beschwerdemöglichkeit geben soll, wenn er/ sie mit Kosten in dieser Höhe zu Unrecht belastet wird. Gerade „Billigkeitsentscheidungen“ sind in hohem Maße subjektiv, anders als die Anknüpfung an das Maß des Obsiegens bzw. Unterliegens nach §§ 91 ff ZPO.

### V. Freiheitsentziehungsverfahren §§ 415 ff.

Das gesetzgeberische Ziel der Aufhebung der Rechtszersplitterung wird nur insofern erreicht, als die Verweisung von FEVG in FGG entfällt - alle anderen Problemkreise (s.o. unter I.) werden nicht angegangen.

Allein die Integration des FEVG wird der komplexen Materie und den Verfahrensfragen, die gegenwärtig die Gerichte, BürgerInnen und AnwältInnen beschäftigen, nicht ansatzweise gerecht.

Im Gesetzentwurf fehlt - wie auch bisher im FEVG - eine klare Unterscheidung des Verfahrens

#### - während der Freiheitsentziehung:

Ausübung des Richtervorbehaltes, Übernahme von Exekutivfunktionen durch den Richter bei gleichzeitiger Justizgewährungspflicht, in einem Eilverfahren, möglicherweise über 2 Beschwerdeinstanzen

#### - nach Beendigung der Freiheitsentziehung:

volle gerichtliche Kontrolle nach objektiven Maßstäben mit umfassender Beweisaufnahme ohne Zeitdruck, ggf. von einem

anderen Richter/Spruchkörper als demjenigen, der eine problematische Eilentscheidung zu verantworten hat

Der bisherige § 13 Abs. 2 FEVG ist unverändert in § 428 FamFG-E übernommen, obwohl es bereits nach der geltenden Rechtslage **bundesweit unterschiedliche Auffassungen** gibt, ob danach das Verfahren auf nachträgliche Überprüfung der Rechtswidrigkeit polizeilicher Eingriffe der Verwaltungsgerichtsbarkeit entzogen ist (so OLG Schleswig-Holstein), oder ob die nachträgliche Überprüfung weiterhin dem Gericht der Hauptsache, nämlich den Verwaltungsgerichten, obliegt (so OVG Bremen, OVG Thüringen, OVG Hessen, differenziert: OVG NRW und OVG Baden-Württemberg je nachdem, ob es während der Freiheitsentziehung schon eine Richterentscheidung oder eine Richterbefassung gegeben hat). Aktuell sind hierzu diverse Verfahren in Mecklenburg-Vorpommern und Brandenburg anhängig.

Die Annahme, der Betroffene und die Verwaltungsbehörde seien nur „Beteiligte“ (§ 418), obwohl es sich um ein kontradiktorisches Streitverfahren handelt, basiert auf einem antiquierten Verständnis, es handele sich hier um „freiwillige Gerichtsbarkeit“ - tatsächlich handelt es sich um staatliches Eingriffsrecht, das im Verwaltungsprozeß zu überprüfen wäre.

### **zu § 415 FamFG Freiheitsentziehungssachen**

Die Definition der Freiheitsentziehung ist nach wie vor zu eng.

*„Freiheitsentziehung ist die schwerste Form der Freiheitsbeschränkung. Eine Freiheitsbeschränkung liegt vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich oder rechtlich) zugänglich ist. Der Tatbestand der Freiheitsentziehung kommt nur in Betracht, wenn die - tatsächlich und rechtlich an sich gegebene - körperliche Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben wird“*  
(BVerfG, Beschluss vom 15.02.2002, 2 BvR 2292/02, st. Rspr.).

Freiheitsentziehende Maßnahmen **außerhalb einer „abgeschlossenen Einrichtung“**, z. B. durch einen Polizeikessel oder bei schlichtem Festhalten oder Fesselung durch Polizeibeamte, „Verwahrung“ in Fahrzeugen usw. fehlen im Wortlaut, sollen nach der Begründung allein durch das Wort „insbesondere“ erfaßt werden.

Auch für **andere polizeiliche Eingriffsmaßnahmen unter Richtervorbehalt** ist eine Verfahrensregelung erforderlich. Ggf. sind diese in den Anwendungsbereich dieses Abschnittes einzufügen, sofern nicht der gesamte Komplex gesondert in einem eigenen Verfahrensrecht für staatliche Eingriffe geregelt wird.

Entweder sollte die Vorschrift deutlich ausdrücken, daß Freiheitsentziehungssachen nur die Verfahren **zur erstmaligen Anordnung der Freiheitsentziehung oder während andauernder Freiheitsentziehung** dem FamFG unterliegen, im übrigen aber - insbesondere der Antrag auf **nachträgliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit** - von dem **Gericht der Hauptsache** - in der Regel dem Verwaltungsgericht, ggf. aber auch Strafgerichte - zu entscheiden sind.



Oder es sollten hier Differenzierungen für den Gang des Verfahrens eingefügt werden.

Nicht ausdrücklich geregelt ist nach wie vor die **Annexkompetenz bei Vollzugsmängeln** (s. BVerfG vom 13.12.2005 - 2 BvR 447/05).

### **zu § 416 FamFG Örtliche Zuständigkeit**

Die Rangfolge ist zu klären. Kann die Polizei erst einen Bürger vom Ergreifungsort verschleppen an einen anderen Gewahrsamsort, kann sie verfassungswidrig Einfluß nehmen auf den „gesetzlichen Richter“ (Art. 101 GG). Dies ist bei der Zuständigkeitsregelung zu verhindern. Daher muss in jedem Fall für die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung der Gerichtsstand mit dem Wohnort oder dem Ergreifensort identisch sein.

### **zu § 417 FamFG Antrag**

Die Regelung muss wegen der verfassungsrechtlichen Vorgaben ergänzt werden:

#### **Abs. 2**

„Der Antrag muss durch Tatsachen begründet werden. Er muss die Rechtsgrundlage der Freiheitsentziehung und die Gründe einer unterbliebenen vorherigen Richterentscheidung erkennen lassen. Der Antrag muss der betroffenen Person und den Beteiligten nach § 418 unverzüglich zur Kenntnis gebracht werden.“

Zwar gilt hier § 22 FamFG-E ergänzend, das ist allerdings nicht klagelastig und führt zu Missverständnissen. Die dortige „Soll“-Vorschrift für eine Begründung ist zu schwach. Freiheitsentziehende Maßnahmen erfolgen immer auf Initiative einer Behörde, für die aus dem Rechtsstaatsprinzip und aus der Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) sowie aus der Freiheitsgarantie und Art. 104 GG unmittelbar die Pflicht zur Begründung der Eingriffsmaßnahme und zur Bekanntgabe der Rechtsgrundlage folgt.

Ein Bürger kann sich gegen eine staatliche Eingriffsmaßnahme nur dann angemessen zur Wehr setzen, wenn diese eindeutig rechtlich und tatsächlich begründet ist. Die Sollvorschrift des § 22 - die sich an alle Antragsteller, insbesondere auch an Bürger richtet, die ein Verfahren einleiten wollen - ist hierfür zu schwach. An Behörden im Bereich der Eingriffsverwaltung sind weit strengere Anforderungen an Darlegungs- und Begründungspflichten zu stellen, als an Bürger untereinander im (staatlich überwachten) Rechtsverkehr.

**es fehlt:**

(1)

Jede Person, die auf Veranlassung einer staatlichen Behörde in ihrer Freiheit beschränkt wird oder der die Freiheit entzogen wird, ist sofort über den Rechtsgrund der Maßnahme und ihre Rechte zu belehren.

(2)

Jede Person, die auf Veranlassung einer staatlichen Behörde in ihrer Freiheit beschränkt wird oder der die Freiheit entzogen wird, hat jederzeit das Recht, bei Gericht eine erstmalige richterliche Entscheidung und eine persönliche Anhörung zu beantragen.

(3)

Anträge des Betroffenen, des Verfahrenspflegers und der Beteiligten nach § 418 Abs. 3 auf Aufhebung der Freiheitsentziehung oder Aussetzung ihrer Vollziehung sind in jedem Fall zu prüfen und zu bescheiden

**Begründung:**

(1)

folgt aus Art. 5 Abs. 2, Art. 6 EMRK, dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG).

(2)

Es gibt unzählige Fälle, in denen Verwaltungsbehörden nicht oder nicht rechtzeitig aus unterschiedlichen Gründen ihrer Pflicht zur Richtervorführung nachkommen. Die wertsetzende Bedeutung des Freiheitsgrundrechtes aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und der verfassungsrechtliche Richtervorbehalt müssen auch dadurch garantiert werden, daß das Antragsrecht des betroffenen Bürger selbst festgeschrieben wird.

Es folgt ohnehin aus dem Rechtsstaatsprinzip, dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) und dem Freiheitsgrundrecht selbst (s. BVerfGE 50 276, 286; OLG Celle, B. v. 04.11.2002 - 17 W 64/02; KG Berlin B. v. 24.04.2002 - 25 W 8/02) sowie aus Art. 5 Abs. 4 EMRK (s. hierzu EGMR NJW 2001, 51, 53).

Die Erfahrung zeigt aber, daß Anträge von Betroffenen und ihren Verfahrensbevollmächtigten häufig von Gerichten und Verwaltungsbehörden ignoriert werden unter Hinweis auf das angeblich alleinige Antragsrecht der Verwaltung mit der Begründung: „wir warten auf den Antrag der Polizei“ - das kann viele Stunden dauern.

Nach der stRspr des Bundesverfassungsgerichtes hat aber das Gericht *von Amts wegen* tätig zu werden, wenn es von einer Freiheitsentziehung ohne Richterentscheidung erfährt - der Richtervorbehalt und das Unverzögerlichkeitsgebot verpflichten **alle staatlichen Behörden** zum beschleunigten Tätigwerden, damit

diese Grundrechtssicherung „praktisch wirksam“ wird (grundsätzlich hierzu BVerfG, B. v.13.12.2005 - 2 bVR 447/2005 = NVwZ 2006, 579).

Die anwaltliche Praxis zeigt die Notwendigkeit, die Belehrung und das Antragsrecht zu kodifizieren.

(3)

Der bisherige § 10 Abs. 2 FEVG steht in der Tradition der habeas-corpus-Rechtsbehelfe und soll ohne nachvollziehbare Begründung entfallen. Jedoch hat sich der förmliche Haftaufhebungsantrag nach § 10 Abs. 2 FEVG - insbesondere des Betroffenen selbst - in den letzten Jahren als unverzichtbares Instrument erwiesen, wenn sich ergibt, daß die Haftvoraussetzungen nicht oder nicht mehr vorliegen. Der Haftrichter erfährt im Zweifel von Amts wegen nichts von Verletzungen des Beschleunigungsgebotes - daher ist das Antragsrecht und Haftaufhebungsverfahren unverzichtbar. Nur ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch kann die Rechte des Betroffenen wahren.

### **zu § 425 FamFG: Dauer und Verlängerung der Freiheitsentziehung**

Angesichts des Anwendungsbereiches des FEVG - das durch die Regelungen dieses Abschnittes ersetzt werden soll - ist die Höchstdauer der Freiheitsentziehung bis zu einem Jahr (mit Verlängerungsmöglichkeit?!) nicht einsichtig.

Die höchstzulässige Dauer der Freiheitsentziehung *muss* sich wegen Art. 104 GG nicht aus dem Verfahrensrecht, sondern aus der gesetzlichen Ermächtigung zur Freiheitsentziehung dem Grunde nach ergeben!

Die vorgeschlagene Regelung kann so keinen Bestand haben, weil das Grundgesetz eine Freiheitsentziehung (außerhalb der aus gesundheitlichen Gründen erforderlichen Unterbringung, die in §§ 325 ff des RefE geregelt ist) wegen des hohen Ranges der persönlichen Freiheit, allenfalls aus polizeilichen Gründen rechtfertigt.

Wie lange eine Freiheitsentziehung aus seuchenpolizeilichen, ausländerpolizeilichen oder allgemeinpolizeilichen Gründen zulässig ist, muss die gesetzliche Eingriffsbefugnis selbst wegen Art. 104 Abs. 1 GG abschließend regeln. Daher ist im Verfahrensrecht eine eigenständige Regelung zur Dauer überflüssig, soweit sie nicht engmaschigere Überprüfungen vorsieht, als die gesetzliche Eingriffsbefugnis.

Daher muss es in **Abs. 1** heißen:

*„...ist eine Frist entsprechend der gesetzlichen Ermächtigung, auf die die Freiheitsentziehung gestützt wird, unter Beachtung des Art. 104 GG und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu bestimmen.“*

außerdem ist zu ergänzen:

*„Die Zulässigkeit einer Verlängerung richtet sich nach der gesetzlichen Regelung, die zur Freiheitsentziehung ermächtigt“*

### **zu § 429 FamFG: Ergänzende Vorschriften für die Beschwerde**

Ein Beschwerderecht für die Verwaltungsbehörde ist überflüssig. Es sollte in jedem Fall wie bisher beschränkt werden auf die Fälle, in denen ein Antrag der Behörde auf richterliche Anordnung einer Freiheitsentziehung abgelehnt wird.

Nach Freilassung, also nach Erledigung, hat die Behörde keine eigenen Rechte, die ein Beschwerderecht rechtfertigen - nur Bürger sind Grundrechtsträger, hier ist der Schutz vor staatlicher Macht zu regeln. Behörden benötigen diesen Schutz nicht und haben daher nachträglich kein Rechtsschutzinteresse, da sie nicht in Individualrechten verletzt sein können.

Das Beschwerderecht ist auf alle Personen des Abs. 2 ohne die Einschränkung „wenn sie im ersten Rechtszug beteiligt worden sind“ zu erweitern, weil andernfalls Fehler bei der Entscheidung über die Beteiligung nicht korrigiert werden können. Zudem kann es Fälle geben, in denen Angehörige erst wegen der Dauer oder Vollzugsmängeln bei der Freiheitsentziehung zu einem späteren Zeitpunkt eingreifen wollen.

### **zu § 430 FamFG Auslagensersatz**

Diese Vorschrift ist überflüssig und schädlich. Sie sollte

gestrichen

werden. § 81 ist ausreichend. **Andernfalls** muß der Text ergänzt werden

*„.... Die Auslagen sind auch dann der Körperschaft, der die Verwaltungsbehörde angehört, aufzuerlegen, wenn sie zurWahrung der Rechte des Betroffenen erforderlich waren oder wenn die Kostentragung aus anderen Gründen der Billigkeit entspricht.“*

Bisher gilt § 13 a FGG neben § 15, 16 FEVG - nach der Rechtsprechung sind die Kosten nach billigem Ermessen, also insbesondere nach dem Verhältnis von Siegen und Unterliegen bzw. Veranlassung des Verfahrens (und nicht: der Freiheitsentziehung!) zu verteilen. Andernfalls bleiben beim Bürger trotz erfolgreicher Abwehr eines Grundrechtseingriffs Kosten „hängen“, z.B. bei Verletzung

des Richtervorbehaltes, des Unverzögerlichkeitsgebotes oder Vollzugsmängeln. Dies gilt insbesondere im nachträglichen Feststellungsverfahren.

### Sachverhaltsermittlung, Beweisaufnahme

**es fehlt:**

Begehrt eine von Freiheitsentziehung betroffene Person nach der Freilassung nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung oder ihres Vollzuges, hat auf ihren Antrag eine förmliche Beweisaufnahme stattzufinden.

Die Regelung in § 30 FamFG im allgemeinen Teil sieht eine förmliche Beweisaufnahme nur vor, wenn das FamFG dies vorsieht. Daher ist die vorstehende Bestimmung aufzunehmen. Im nachträglichen Feststellungsverfahren ist die objektive Tatsachenlage maßgeblich, diese ist nach den allgemeinen Regel der förmlichen Beweisaufnahme zu klären.

### V. Kostenrecht

#### zu §§ 76 ff: Verfahrenskostenhilfe

Verfahrenskostenhilfe muß die Rechtsprechung des BVerfG beachten: Die Bewilligung von Prozeßkostenhilfe soll der armen Partei **Zugang zum Recht, effektiven Rechtsschutz und „Waffengleichheit“** verschaffen. Sie ist ein Gebot der Gleichheit vor Gericht (Art. 3 GG) und des Sozialstaatsprinzips. Soweit Kostenhilfe danach erforderlich ist, ist sie nicht disponibel und darf auch nicht auf Kosten der Anwaltschaft zur Kostensenkung mißbraucht werden.

#### zu § 78 FamFG Anwaltsbeordnung

Die Begrenzung der Anwaltsbeordnung in § 78 Abs. 2 auf die Fälle „Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage“ ist unangemessen eng. Anwaltsbeordnung kann auch erforderlich sein, weil Betroffene das Verfahren nach ihrer individuellen Situation nicht verstehen oder nicht führen können (gesundheitliche, emotionale, intellektuelle, sprachliche Gründe, Machtgefälle zwischen Parteien u.ä.).

Der Wortlaut schließt auch die erforderliche Beordnung von Verkehrs- und Korrespondenzanwalt bei Ortsverschiedenheit von Wohnort und Gerichtsort unzulässig aus.

Das FamFG sollte nicht hinter die Standards des bisherigen Prozeßkostenhilferechts in familiengerichtlichen und sonstigen FGG-Verfahren zurückfallen.

**Formulierungsvorschlag**

„.....wenn wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage **oder aus sonstigen Gründen** die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint.“

**zu §§ 45, 46 FamGKG:**

Der Wert für Kindschaftssachen, Sorge- und Umgangsrecht, insbesondere die Wertbegrenzung nach oben auf € 3.000 ist angesichts des tatsächlichen Arbeitsaufwandes für streitige Verfahren (mehrer Verhandlungen, Güteversuche, Sachverständigengutachten, Abstimmung mit Verfahrenspflegern etc) und der Bedeutung für die Familie, die Grundrechte des Kindes und der Eltern, zumindest für die Anwaltsgebühren nach wie vor bei weitem zu gering bemessen. Kinder zählen offenbar weniger als die durchschnittlichen bei Trennung der Ehe zu verteilenden Vermögenswerte.

**zu § 48 FamGKG:**

Die Herabsetzung der Werte für Verfahren auf Wohnungszuweisung (bisher: Hauptsache Jahresmietwert, Eilverfahren halber Jahreswert auf jetzt € 4.000, Eilverfahren 2.000) und die Wertfestsetzung für Hausratsverfahren auf € 3.000/2.000 ohne Anpassungsmöglichkeit wird - jedenfalls für die Anwaltsgebühren - dem tatsächlichen Arbeits- und Zeitaufwand von RechtsanwältInnen nicht gerecht. Auch der Wert des Hausrates kann diese Werte weit übersteigen.

**zu § 49 FamGKG:**

auch diese Werte sind für angemessene Anwaltsgebühren zu gering.

**zu § 50 FamGKG:**

Versorgungsausgleich wird immer komplizierter, da zunehmend private Anrechte, Betriebsrenten usw. zu bewerten und einzubeziehen sind. Besonders kompliziert sind Wiederaufnahmeverfahren bei veränderten Erwerbsbiografien, veränderten Wertberechnungen durch Gesetzesänderungen, vorzeitigem Ruhestand etc., aber auch schuldrechtlicher Versorgungsausgleich, Härtefallverfahren usw. Die vorgesehene Wertfestsetzung ermöglicht keine dem Arbeitsaufwand und Haftungsrisiko von Anwälten angemessene Vergütung. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß außer FachanwältInnen mit besonderer Qualifikation ohnehin kaum einer die Berechnung versteht, bei der anwaltlichen Vertretung also auch noch besondere Kompetenz gefragt ist.

In allen Fällen geht der tatsächliche Vermögenswert des Streitgegenstandes weit über die vorgesehenen Werte hinaus.

Aus anwaltlicher Sicht bedeuten diese Werte einen unangemessenen Eingriff in die Berufsfreiheit.

**zu § 51 Abs. 3 FamGKG:**

Für die Anwaltsgebühren ist die Wertfestsetzung unangemessen. Sie sollte sich wie üblich nach dem Streitwert, also dem Wert der Forderung richten.

Die Erhebung von Gerichtskosten ist nicht erforderlich. Die Begrenzung gerichtlicher Gebühren rechtfertigt keine Beschränkung der Anwaltsvergütung.

**zu § 128 c GKG:**

Die Kostenregelung für Freiheitsentziehungssachen in § 128 c GKG ist verfehlt. Die Anordnung einer Freiheitsentziehung obliegt wegen Art. 104 GG, Art. 5 EMRK dem Richter, der Sache nach aber handelt es sich um Exekutivhandeln, nämlich einen polizeilichen Eingriff, der mit Steuermitteln zu finanzieren ist. Die Auferlegung zusätzlicher Kosten für den Eingriff, nur weil ein Richter über den Eingriff zu entscheiden hat, ist mit der Finanzverfassung nicht vereinbar. Eine „Sonderleistung“ wird dem Bürger, dem die Freiheit entzogen wird, nicht erbracht, er kann die Richterentscheidung auch nicht vermeiden, da sie gesetzlich vorgeschrieben ist. Es ist unbillig, demjenigen, dem die Freiheit entzogen wird, auch noch die Kosten für die vorgeschriebene Richterentscheidung aufzubürden. Auch für polizeiliche Eingriffe kann nur unter eng begrenzten Voraussetzungen Kostenersatz vom betroffenen Bürger verlangt werden.

Ulrike Donat