

**Schriftliche Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes
zur Reform des Verfahrens in Familiensachen
und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGG-Reformgesetz**

1. Einführende Bemerkung

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum FGG-Reformgesetz (BT-Drucks. 16/6308 vom 07.09.2007) kann aus der Sicht der familiengerichtlichen Praxis in Bezug auf Buch 1 und Buch 2 insgesamt als gelungen angesehen werden. Der Gesetzentwurf weist klare gesetzestechnische Strukturen auf, ist übersichtlich gegliedert, in seiner Regelungstechnik transparent und in sprachlicher Hinsicht wesentlich verständlicher gestaltet als die vergleichbaren Regelungen der ZPO (§§ 606 - 661 ZPO) und des FGG. Positiv zu bewerten ist auch, dass der Entwurf viele Streitfragen der Praxis in prozessualer Hinsicht regelt und damit dem Bedürfnis der anwaltlichen und familiengerichtlichen Praxis entgegenkommt.

Exemplarisch zeigt sich die positive Bewertung hinsichtlich der gesetzestechnischen Strukturen an den Bestimmungen zum einstweiligen Rechtsschutz, die in der ZPO sowie dem FGG in zahlreichen Bestimmungen enthalten sind, während der Entwurf die Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes in den §§ 49 ff.-E übersichtlich regelt, eine saubere Abgrenzung zum Arrest in § 119-E vornimmt und den Bereich der Leistungsverfügungen im Unterhalt in den §§ 246-E gesondert regelt, was wegen deren praktischen Bedeutung sinnvoll ist.

Zu begrüßen ist auch die Herausnahme des einstweiligen Rechtsschutzes aus den Ehesachen (§§ 620 ff. ZPO) und deren Überleitung selbständige Verfahren. Hierdurch wird eine häufige Fehlerquelle in der Antragspraxis insbesondere zu den Verfahren zur elterlichen Sorge und zur Umgangsbefugnis eines Elternteils beseitigt.

Gelungen ist auch der Ansatz des Gesetzesentwurfs, das Regelungsgeflecht zwischen ZPO, FGG und HausratsVO aufzulösen und die verstreuten Regelungen in einer geschlossenen Kodifizierung zusammenzufassen. Zwar verzichtet auch der Gesetzesentwurf nicht auf Weiterverweisungen (s. vor allem § 113 Abs. 1-E; dort wird in Ehesachen und Familienstreitsachen auf die allgemeinen Vorschriften der ZPO und die Vorschriften der ZPO über das Verfahren vor den Landgerichten entsprechend verwiesen). Diese Regelungstechnik ist jedoch deutlich übersichtlicher als etwa § 621 a ZPO, der die systema-

tische Einbindung der FGG-Verfahren in die Bestimmungen zu den Familiensachen regelt.

Ferner werden durch diese Regelungstechnik die komplexen und in der Praxis häufig zu Fehlern verleitenden Regelungen der §§ 629 ff. ZPO zum Verbundverfahren aufgelöst. Die im bestehenden Recht erfolgte Einordnung aller Familienverfahren des Verbunds nach den dominierenden Bestimmungen der ZPO ist wenig gelungen und wird in der Praxis häufig nicht verstanden und ist somit fehlerträchtig. Die Regelungen der §§ 142 ff.-E sind hingegen deutlich klarer geregelt.

Dies beruht u.a. auf der Tatsache, dass künftig sämtliche Entscheidungen, auch soweit es sich um klassische Zivilprozessverfahren handelt, als Beschluss und nicht mehr in Urteilsform erlassen werden. Dies mag bei Entscheidungen zum Güterrecht oder zur Vermögensauseinandersetzung zwischen Ehegatten zunächst als befremdlich und in Bezug auf sonstige allgemeine Zivilsachen auch widersprüchlich erscheinen, weil die Entscheidungen nicht nur in ihrer äußeren Form, sondern teilweise auch in Bezug auf Folgeregelungen (z.B. vorläufige Vollstreckbar) unterschiedlich ausgestaltet sind. Aufgrund der Regelungstechnik des Gesetzesentwurfs sind jedoch die tatsächlichen Unterschiede in den praktischen Auswirkungen gering, so dass die Überleitung der Unterhaltssachen, Güterrechtssachen und sonstigen Familiensachen (i.S. des § 111 Nr. 8 - 10-E) in selbständigen Verfahren im Hinblick auf eine einheitliche Regelung akzeptabel ist.

2. Ausweitung der Zuständigkeit der Familiengerichte

Die Einführung des „Großen Familiengerichts“ entspricht einer langjährigen Forderung der Praxis und wurde in dem Entwurf nunmehr vollzogen. Zu begrüßen ist insoweit insbesondere die Überführung der Vormundschaftssachen und der Pflegschaftssachen für Minderjährige, die Adoptionssachen, die Befreiung vom Eheverbot und die Verfahren aus dem Bereich der religiösen Kindererziehung in das familiengerichtliche Verfahren. Aufgrund des Gesichtspunkts der Übersichtlichkeit der Verfahrensregelungen ist es auch hinzunehmen, dass Gewaltschutzsachen generell als Familiensachen gelten und die bisherige Einschränkung nach § 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 a GVG entfällt.

Die Abgrenzung der sonstigen Familiensachen nach § 266-E im Verhältnis zu allgemeinen Zivilsachen kann als hinreichend bestimmt angesehen werden. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Verweisung auf § 348 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 lit. a - k ZPO. Die Umsetzung des Ziels der Reform, Verfahren zwischen Ehegatten grundsätzlich den Familiengerichten zuzuordnen, kann in bestimmten Bereichen zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Dies ist angesichts der Komplexität des gesamten Regelungsbereichs unvermeidbar. Im Hinblick auf den eindeutigen Normzweck des § 266-E können Grenzfälle durch höchstrichterliche Entscheidungen geklärt werden. Insgesamt sind die vorgenommenen

Abgrenzungen hinreichend konkret und können deshalb in der Praxis regelmäßig ohne Schwierigkeiten umgesetzt werden.

3. Mehrbelastung der Familiengerichte

Zu den Kindschaftssachen gemäß §§ 151 ff.-E sieht § 155-E das Vorrang- und Beschleunigungsgebot vor. Danach soll spätestens ein Monat nach Beginn des Verfahrens ein Erörterungstermin stattfinden. In der gerichtlichen Praxis wird dies als besondere Belastung angesehen. Ich halte diese Einschätzung nicht für zutreffend. Die frühe Erörterung ermöglicht es dem Familienrichter, alsbald Maßnahmen zur Steuerung des Verfahrens einzuleiten und gegebenenfalls auch frühzeitig Auskünfte einzuholen bzw. Sachverständigengutachten anzuordnen, sofern dies geboten ist. Hierdurch kann ein überflüssiger Verfahrensaufwand vermieden werden.

Zweifel bestehen allerdings daran, dass das zuständige Jugendamt in der Lage ist, innerhalb eines Monats nach Zuleitung des Antrags bereits einen mündlichen Bericht abzugeben. Die Situation in den Jugendämtern ist vor allem aufgrund personeller Engpässe kaum geeignet, diesem gesetzlichen Gebot gerecht zu werden. Dies kann zur Folge haben, dass dem Familienrichter im ersten frühen Termin noch keine brauchbaren Informationen vorliegen, um insbesondere im Bereich der elterlichen Sorge und des Umgangsrechts die gebotenen Maßnahmen zu ergreifen. Dies wird zu einer Mehrbelastung der Familiengerichte führen. Im Hinblick auf die Bedeutung eines frühen Termins für das Kindeswohl ist dies jedoch hinzunehmen.

Kritischer ist die Regelung des § 166-E zu sehen, die eine Erweiterung der Prüfungspflichten durch das Familiengericht vorsieht. Insbesondere die Regelung des Abs. 3-E verlangt im Falle der Ablehnung einer Maßnahme nach den §§ 1666 - 1667 BGB eine Überprüfung im Abstand von drei Monaten. Regelmäßig wird die Prüfung darin bestehen, dass das Familiengericht das zuständige Jugendamt mit der Prüfung der Verhältnisse beauftragt, also einen eingehenden Bericht über die familiäre Situation der betroffenen Familie und insbesondere der Kinder einfordert. Insoweit werden dem Familiengericht im Grundsatz Aufgaben übertragen, die sich für die Jugendämter aus SGB VIII ergeben. Die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind sehr stark von dem Fürsorgegedanken geprägt. Dennoch stellt sich die Frage, ob diese Überprüfungspflicht eine originäre richterliche Aufgabe darstellt.

In Abgrenzung hierzu sieht § 166 Abs. 2-E vor, dass eine regelmäßige Überprüfung einer vom Familiengericht angeordnete kinderschutzrechtliche Maßnahme stattzufinden hat. Dies gebietet sich aus dem Grundsatz der Überprüfung eines Eingriffs in Elternrechte (Art. 6 GG) und ist deshalb aus diesem Gesichtspunkt heraus geboten. Die Regelung des Abs. 3-E übersteige jedoch die originären Aufgaben des Gerichts.

4. Bestellung von Verfahrensbeiständen nach §§ 158, 174-E

Der Gesetzesentwurf präzisiert im Verhältnis zur derzeitigen Regelung die Bestellung eines Verfahrensbeistands (derzeit Verfahrenspfleger).

Die gerichtliche Praxis zeigt, dass die Bestellung von Verfahrenspflegern (künftig Verfahrensbeiständen) selten erfolgt. Dies beruht sicherlich in erster Linie auf der unscharfen Bestimmung des § 50 FGG, hat ihre Ursache aber auch darin, dass durch die Bestellung eines Verfahrenspflegers häufig schleppender verläuft und positive Wirkungen für das minderjährige Kind häufig nicht sichtbar sind.

Die nunmehr in § 158 Abs. 2-E getroffene Abgrenzung zur Bestellung eines Verfahrensbeistandes sind weitgehend eindeutig. Sie sind nach meiner Beurteilung jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn in die Rechtsstellung des minderjährigen Kindes massiv eingegriffen werden muss, also Entscheidungen zu treffen sind, die dessen Lebenswege grundlegend beeinflussen und nicht mehr von den Eltern selbst bestimmt werden. Es ist deshalb richtig, in den Verfahren nach den §§ 1666, 1666 a BGB, im Falle des Ausschlusses oder einer erheblichen Beschränkung des Umgangsrechts sowie im Falle einer Trennung des Kindes von seiner langjährigen Obhutsperson einen Verfahrenspfleger zu bestellen. Im Übrigen sollte das Gesamtkonzept nochmals überdacht werden. Insbesondere ist die Bestimmung des § 158 Abs. 2 Nr. 1-E, wonach einem Kind ab dem 14. Lebensjahr ein Verfahrenspfleger zu bestellen ist, wenn dies von dem Kind beantragt wird, nochmals auf seine Praktikabilität hin zu überprüfen. Im Hinblick auf die gesetzliche Regelung der §§ 158, 159-E muss das Familiengericht dafür Sorge tragen, dass ein Kind zwischen dem 14. und 18. Lebensjahr über dieses Antragsrecht informiert wird, weil ansonsten diese Bestimmung ins Leere ginge. Möglich ist es zwar, ein betroffenes Kind durch einen schriftlichen Hinweis zu informieren. Dies halte ich aber wegen den möglichen Einflussnahmen eines Elternteils und auch wegen der schwierigen Vermittlung des Regelungsinhalts einer solchen Verfahrensbeistandschaft für problematisch. Der Familienrichter wird deshalb in jedem Fall das betroffene Kind persönlich anhören und dieses entsprechend informieren müssen.

Überprüft werden sollte auch die Bestellung eines Verfahrensbeistands in Abstammungssachen gemäß den §§ 169 ff.-E. Der in § 174-E enthaltende Begriff „soweit dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist“, ist zu unscharf und weiter angelegt als die Regelung des § 158-E. Hinzu kommt, dass in diesen Fällen sich eine Verfahrensbeistandschaft und die gesetzliche Vertretung überschneiden können, soweit Eltern von der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen sind (§§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB). Insoweit wird vorgeschlagen, die Bestellung eines Verfahrensbeistands auf

die Fälle zu begrenzen, in denen das Anfechtungsverfahren das Kindeswohl i.S. des § 1600 Abs. 5 BGB-E beeinträchtigen kann.

Kritisch zu bewerten ist § 158 Abs. 4 -E. Danach soll der Verfahrensbeistand nicht nur die Interessen der Kindes wahren und hierzu entsprechende Feststellungen zu treffen, was regelmäßig auch Gespräche mit beide Elternteilen beinhaltet, sondern auch am Zustandekommen einer einvernehmlichen Regelung über den Verfahrensgegenstand mitwirken. Dies überschneidet sich einerseits mit der Pflicht des Familiengerichts, den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln, kann aber insbesondere zu einem Eingriff in die originäre Tätigkeit des Richters führen, der auf der Grundlage des ermittelten Sachverhalts zu prüfen hat, welche Verfahrensmaßnahmen zu treffen sind und in welcher Weise das Verfahren abgeschlossen wird. In Bezug auf den Verfahrensverlauf wird dies zu doppelten Ermittlungen und unter Umständen zu gegenläufigen Verfahrensverläufen führen. Insbesondere kann sich hieraus ein Eingriff in die Verfahrenssteuerung durch den Familienrichter ergeben. Der Wirkungsbereich des Verfahrensbeistandes sollte entsprechend dem Vorschlag des Bundesrats gefasst werden.

5. Abänderung gerichtlicher Entscheidungen in Unterhaltssachen gemäß §§ 238 ff.-E

§ 238-E ersetzt § 323 ZPO in der heutigen Fassung. § 238 Abs. 2-E enthält die in § 323 Abs. 2 ZPO enthaltene Präklusionsregelung. Allerdings wird im letzten Halbsatz eine „Öffnungsklausel“ für die Fälle einer groben Unbilligkeit eingeführt. Evident soll diese Bestimmung einen Abänderungsantrag zulassen, wenn ein Verfahrensbeteiligter seine Offenbarungspflicht zu Einkommens- oder sonstigen Verhältnissen in betrügerischer Weise verschwiegen hat. Bei solchen Sachlagen hat die Rechtsprechung in analoger Anwendung der §§ 579, 580 ZPO dennoch die Abänderungsklage zugelassen. Die bestehende Formulierung birgt die Gefahr, dass künftig versucht wird, präkludierte Tatsachen über diese allgemeine Billigkeitsklausel in den Prozess einzuführen. Es wird deswegen vorgeschlagen, insgesamt diese Billigkeitsklausel zu streichen, jedenfalls aber das Wort „insbesondere“, weil dann die Abänderung auf die zuvor dargestellten Sachlagen eindeutig begrenzt werden kann.

6. Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde gemäß § 70-E

Die Regelung des § 70-E übernimmt das durch das Gesetz der Reform des Zivilprozesses vom 27.07.2001 (BGBl. I, 1887) neugestaltete Rechtsbeschwerderecht gemäß §§ 574 ff. Zu begrüßen ist insoweit, dass in Bezug auf die Familienstreitsachen nach § 112-E (Unterhaltssachen, Güterrechtssachen, sonstige Familiensachen und Lebenspartnerschaftssachen) die Nichtzulassungsbeschwerde i.S. des § 543 Abs. 1 Nr. 2 ZPO nicht

vorgesehen ist. § 117-E enthält insoweit nur Bestimmungen zur Beschwerde. Der Entwurf übernimmt damit die in § 26 Nr. 9 EGZPO enthaltene Regelung, die dort allerdings bis zum 1. Januar 2010 begrenzt ist, als dauerhaftes Recht. Dies ist deshalb sinnvoll, weil der zuständige Senat des Bundesgerichtshofs aufgrund den gesetzgeberischen Neuregelungen zum Unterhaltsrecht, zum Versorgungsausgleich, zum Zugewinn und auch zum vorliegenden FamFG in den nächsten Jahren eine hohe Belastung zu erwarten hat. Die Regelung des § 70 Abs. 2-E hat sich bereits bisher in der Praxis als ausreichend erwiesen und wird von den Familiensenenaten verantwortungsbewusst gehandhabt. Im Übrigen wird die Zulassung einer Nichtzulassungsbeschwerde die Familiensenate der Oberlandesgerichte erheblich belasten.

In diesem Zusammenhang soll auch die Regelung des § 72 Abs. 1 Satz 2 GVG i.d.F. des FGG-Reformgesetzes angesprochen werden, wonach Betreuungssachen, Unterbringungssachen nach § 1906 BGB sowie sonstige Freiheitsentziehungssachen (Abschiebehaft) künftig dem BGH zugeordnet werden sollen. Ich halte diese Verlagerung der Zuständigkeit zum BGH nicht für zweckmäßig, weil angesichts der Handhabung dieser Verfahren durch die beiden Vorinstanzen (als Tatsacheninstanzen), deren Grundlagen in der Tatsachenermittlung häufig den Anforderungen einer Prüfung im Rahmen einer Rechtsbeschwerde nicht genügen, die Belastbarkeit des BGH überfordern würde. Auch die Gegenargumente, insbesondere, dass das bisherige Verfahren der Divergenzvorlage nach § 28 Abs. 2 FGG als schwerfällig bezeichnet wird, ist deshalb nicht stichhaltig, weil diese Verfahren sehr selten vorkommen. Es sollte deshalb bei der Zuständigkeit der Oberlandesgerichte verbleiben.

7. Einzelfragen

1. Ordnungshaft nach § 89-E

Abweichend von § 33 FGG sieht § 89-E vor, dass es im Falle einer Zuwiderhandlung gegen eine Vollstreckungsanordnung zur Regelung des Umgangs bzw. zur Herausgabe einer Person künftig ein Ordnungsgeld und nicht lediglich ein Zwangsgeld i.S. des § 33 FGG verhängt werden kann. Falls dies nicht eingetrieben werden kann, kann sogar Ordnungshaft verhängt werden. Nach meiner Beurteilung ist dies der falsche Weg zur Umsetzung einer richterlichen Anordnungen zur Umgangsbefugnis bzw. Herausgabe von Personen. Zwar beinhaltet § 44 IntFamRVG eine entsprechende Regelung.

Gegen diese Bestimmung spricht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Es ist ausreichend, ein Zwangsgeld zur Umsetzung einer gerichtlichen Maßnahme zu verhängen. Eine Bestrafung ist nach Vollzug nicht mehr geboten und meiner Ansicht nach

auch rechtspolitisch nicht sinnvoll, weil ein zu vollziehendes Ordnungsmittel von den Betroffenen nur zu einer Verhärtung in Bezug auf künftige Regelungen führt, keinesfalls aber die Grundhaltung etwa eines Elternteils beeinflusst, künftig die Anordnungen des Familiengerichts einzuhalten.

2. Beschleunigte Verfahrenserledigungen von einstweiligen Anordnungen

Die Bestimmungen zu den einstweiligen Anordnungen nach den §§ 49 ff.-E enthalten keine Bestimmung zur beschleunigten Bearbeitung, wie das in § 155-E geregelt ist. Zwar sind Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes entsprechend ihrem Verfahrenscharakter stets beschleunigt zu bearbeiten. Die Wirklichkeit bei den Familiengerichten sieht insbesondere bei einstweiligen Anordnungen zum Unterhalt teilweise jedoch anders aus. Es sollte deshalb erwogen werden, eine vergleichbare Regelung wie § 155-E zu den §§ 49 ff.-E, insbesondere aber zu den §§ 246 ff.-E (einstweilige Anordnung zum Unterhalt) vorzusehen.

3. Wirksamkeit von Entscheidungen nach § 116-E

§ 116 Abs. 3 Satz 2-E ersetzt die Bestimmungen der ZPO zur vorläufigen Vollstreckbarkeit. § 116 Abs. 3 Satz 3-E ordnet für Unterhaltssachen wegen der existenziellen Bedeutung ausdrücklich an, dass das Familiengericht die sofortige Wirksamkeit anordnen soll. Diese Regelung ist sinnvoll. In Bezug auf die weiteren Familienstreitsachen (Güterrechtssachen und sonstige Familienrechtssachen) sollte jedoch erwogen werden, eine unmittelbare Verweisung auf die Bestimmung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit in der ZPO vorzunehmen, weil insoweit die Regelung des § 116 Abs. 3 Satz 2-E i.V.m. § 120-E der Gläubigerschutz deutlich schwächer ist als in den Bestimmungen nach den §§ 708 ff. ZPO. Dies gilt insbesondere für die Fälle des Erlasses des Versäumnis- oder eines Anerkenntnisurteils. Die Regelungen der §§ 708 ff. ZPO stellen ein ausgewogenes System für Gläubiger und Schuldner einer Forderung dar; vor allem ermöglicht die vorläufige Vollstreckbarkeit bei Forderungen aus einer Vermögensauseinandersetzung die Sicherung eines in erster Instanz zugesprochenen Anspruchs, was insbesondere dann erforderlich sein kann, wenn weitere Gläubiger vorhanden sind und der Zeitpunkt des Zugriffs für die Realisierung des Anspruchs wichtig ist. Der in § 116 Abs. 3 Satz 2-E enthaltene Begriff der sofortigen Wirksamkeit ist auf die echten FGG-Verfahren abgestimmt und passt nicht für ZPO-Verfahren. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass zwischen der Anordnung der Wirksamkeit einer Entscheidung und der Sicherstellung der vorläufigen Vollstreckbarkeit nach den §§ 708 ff. ZPO zu unterscheiden ist. Die Sicherstellung des Existenzminimums im Unterhalt erfolgt bis zur Rechtskraft der Unterhaltsentscheidung regelmä-

ßig durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung in Form einer Leistungsverfügung nach §§ 246 ff. - E. Nach § 166 Abs. 3 S. 2, 3 - E in Verbindung mit § 120 Abs. 2 - E kann zwar vor Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung vollstreckt werden. Diese Bestimmung ist aber nicht mit § 56 Abs. 1 S. 1, 2 - E (Außerkräftreten einer einstweiligen Anordnung) abgestimmt; nach Abs. 1 S. 2 bleibt die einstweilige Anordnung bis zur Rechtskraft der Entscheidung wirksam. Je nachdem, ob die durch einstweilige Anordnung festgelegte Unterhaltspflicht über oder unter dem durch die Entscheidung festgesetzten Betrag liegt, wird es zu verfahrensrechtlichen Problemen kommen, weil aus zwei verschiedenen Regelungen Unterhalt verlangt werden kann.

Abschließende Bemerkung

Der Gesetzesentwurf ist in gesetzestechnischer Hinsicht gelungen und wird deshalb einerseits zu einer Vereinfachung der Verfahrensgänge führen, weil die Bestimmungen transparenter sind. Andererseits ist an dieser Stelle jedoch darauf hinzuweisen, dass insbesondere die „Verfeinerungen der rechtlichen Bestimmungen“ eine Mehrbelastung der Familiengerichte zur Folge hat. Da in den Ländern nahezu durchgängig in der Justiz Personalstellen abgebaut werden, sollte der Entwurf nochmals daraufhin überprüft werden, inwieweit eine Reduzierung des Verfahrensaufwandes erreicht werden kann. Dies gilt insbesondere für die Prüfungspflichten und die Bestellung von Verfahrensbeiständen. Der Bundesgesetzgeber kann nicht an der Tatsache vorbeigehen, dass die Bundesländer gesetzgeberische Maßnahmen durch eine entsprechende personelle Verstärkung umsetzen, auch wenn diese auf dringenden gesellschaftspolitischen Regelungsbereichen beruhen. Dies zeigt sich gegenwärtig in besonders signifikanter Weise im Bereich der Insolvenzordnung. Es ist den Rechtsuchenden nicht damit gedient, wenn der Bundesgesetzgeber gesetzliche Regelungen erlässt, gleichzeitig aber die Bundesländer nicht bereit sind, die entsprechenden personellen Voraussetzungen zur Umsetzung der gesellschaftlich gebotenen rechtlichen Regelungen zu schaffen.