

**Stellungnahme zum Entwurf der Bundesregierung,  
betreffend ein Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen  
und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit  
(FGG-Reformgesetz – FGG-RF<sup>1</sup>)**

**I. Zielsetzung und Schwerpunkt dieser Stellungnahme**

Der Gesetzesentwurf bringt eine in Umfang und Inhalt grundlegende Neuregelung aller Aspekte der sogenannten Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie derjenigen Familiensachen, die nicht den kontradiktorischen Streitverfahren der Zivilprozessordnung (jetzt: Familienstreitsachen) zuzurechnen sind. Kernstück des Reformgesetzes ist das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), welches das bisherige Gesetz zur Regelung der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) ersetzen soll. Alle erstinstanzlichen Verfahren fallen in die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte. In dieser Stellungnahme soll daher aus Sicht des amtgerichtlichen Rechtsanwenders vornehmlich das neu zu schaffende Verfahrensrecht des FamFG unter rechtspraktischen Gesichtspunkten bewertet werden. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den allgemeinen Verfahrensregeln sowie den heute noch unter dem Oberbegriff der Vormundschaft behandelten Komplexen. Die familiengerichtlichen Bestimmungen bleiben infolge ihrer Abtrennbarkeit hier ebenso ohne Berücksichtigung wie die Register- und Aufgebotssachen .

**II. Aktuelle Gesetzeslage**

Das bis zum heutigen Tage geltende Gesetz zur Regelung der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) wurde am 17.5.1898 vom Deutschen Kaiser Wilhelm II. in Straßburg unterzeichnet<sup>2</sup>. Es trat zusammen mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) am 1.1.1900 in Kraft<sup>3</sup>. Dies ist insofern bemerkenswert als die grundlegenden Verfahrensordnungen der großen Kodifikationsbewegung des 19. Jahrhunderts, die man gemeinhin als „Reichsjustizgesetze“ bezeichnet<sup>4</sup>, schon im Jahre 1877 verabschiedet wurden. Der zwanzig Jahre später liegende Entstehungszeitpunkt hat keineswegs primär mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches zu tun, wie die Entstehungsgeschichte der Civilprozeßordnung

---

<sup>1</sup> Im Folgenden wird die Abkürzung FGG-RF-E für den nun vorliegenden Gesamtgesetzentwurf, die Abkürzung FGG für das geltende und die Abkürzung FamFG für das neue Gesetz über das Verfahren in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (und der Familiensachen) verwendet.

<sup>2</sup> RGBl. 1898, S. 189 ff.

<sup>3</sup> § 185 FGG der ursprünglichen Fassung.

<sup>4</sup> Dies sind vornehmlich das *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG) vom 7.1.1877 (RGBl. 1877, S. 41 ff.), die *Civilprozeßordnung* (heute: *Zivilprozessordnung*; ZPO [CPO]) vom 30.1.1877 (RGBl. 1877, S. 83 ff.) und die *Strafprozessordnung* (StPO) vom 1.2.1877 (RGBl. 1877, S. 253 ff.).

(CPO, jetzt: ZPO) zeigt. Sie bringt vielmehr zum Ausdruck, dass man den im FGG geregelten gerichtlichen Verfahren eine nachgeordnete Rolle beimaß und die Kodifikation als notwendig gewordene Ansammlung von restlichen „Auffangregelungen“ betrachtete. Diesen Charakter hat das FGG bis zum heutigen Tage nicht ablegen können. Die mit ihm verbundene stiefmütterliche Behandlung des Gesetzes war der Verständlichkeit keineswegs dienlich. So verwundert es wenig, dass das Gesetz vielen Juristen weiterhin als „Buch mit „sieben Siegeln“ erscheint und dass nicht nur im Bereich des Familienrechts, sondern auch im Betreuungs- und Unterbringungsrecht immer wieder erhebliche verfahrensrechtliche Schwierigkeiten auftreten. Sie beginnen mit der sehr unglücklichen und der Unterscheidung wenig dienenden Hinzufügung von Buchstaben zu den Normenziffern (so in §§ 69a – o und §§ 70 a – n FGG) sowie einer Vielzahl von gegenseitigen Bezugnahmen. Als ein Paradebeispiel des Verweisungsirrgartens kann § 69i FGG angeführt werden, der zum Teil mit Paragraphenangabe (Abs. 2, 3, 7, 8), teilweise aber auch ohne (Abs. 1 Satz 1, 6) auf Vorschriften des BGB, andere Normen des FGG oder auf „eigene“ Absätze verweist, was dann ggf. eine Weiterverweisung nach sich zieht (z.B. durch Bezugnahme auf § 69d Abs. 3 FGG).

Was dem Juristen schwer gelingt muss dem rechtssuchenden Bürger unmöglich sein. Im Sinne der stets notwendigen Normenklarheit ist so eine grundlegende Reform des FGG längst überfällig und in der Vergangenheit ja schon mehrfach -wenn im Ergebnis ohne Erfolg angegangen worden. Das Scheitern der Versuche hatte verschiedene Gründe. Hervorzuheben und für das jetzige Reformvorhaben von entscheidender Bedeutung sind die aus der zu regelnden Materie herrührenden Schwierigkeiten. So darf bei der sicher gebotenen kritischen Betrachtung des nun vorliegenden Entwurfes zu keinem Zeitpunkt der eingangs erwähnte Charakter der Kodifikation außer Betracht gelassen werden. Anders als in den anderen großen Verfahrensordnungen werden im FamFG weiterhin nicht ein Haupt- und mehrere mehr oder weniger selbständige Nebenverfahren geregelt. Es geht um eine Vielzahl von Spezialverfahren, die mehr oder weniger gleichberechtigt nebeneinander stehen. Schon das Spektrum, das die unterschiedlichen Grundrechtseingriffe aufzeigt, erstreckt sich über

- Freiheitsentzug (Unterbringungs- und Freiheitsentziehungssachen),
- körperliche Unversehrtheit (Zwangsbehandlung),
- Unverletzlichkeit der Wohnung (Anordnung der Vorführung in Betreuungs-, Unterbringungs- und Freiheitsentziehungssachen),
- Postgeheimnis (Betreuung mit entsprechendem Aufgabenkreis),
- Eltern-/Kindesrechte (Sorge-/Umgangsrecht; Adoption),
- Persönlichkeitsrechte (Adoption),
- Eigentum (Einwilligungsvorbehalt. Register),
- allgemeine Handlungs- und Vertragsfreiheit (Einwilligungsvorbehalt) und
- reine Vermögensrechte (Nachlass, Aufgebot).

Die dargelegte Vielfalt zeigt, dass es aufgrund der Verschiedenheit der Eingriffe und der beteiligten Interessen für jedes Verfahren spezielle Regelungen geben muss. Dies macht eine radikale Vereinheitlichung bzw. Schaffung eines umfassend gültigen allgemeinen Teils nahezu unmöglich.

### III. Stellungnahme zum Entwurf

Das gesamte Reformgesetz umfasst 112 Artikel. Dokumentiert bereits dies einen beachtlichen Umfang so gilt dies für den Entwurf eines FamFG, der insgesamt 491 Bestimmungen enthält, umso mehr. Insgesamt ist der Entwurf recht umfangreich ausgefallen. Eine differenzierte Stellungnahme muss sich so mit den grundsätzlichen Vorgaben ebenso auseinandersetzen wie mit einzelnen Regelungen. Daher sollen zunächst die Schwerpunkte der Reform kommentiert werden. Als diese sind bezeichnet worden<sup>5</sup>:

- Die Einführung einer Definition, wer Beteiligter des Verfahrens ist,
- die Klärung der Frage, wann eine förmliche Beweisaufnahme nach den Regeln der Zivilprozessordnung stattzufinden hat,
- die Einführung einer generellen Befristung der Beschwerde sowie
- die Verkürzung des Rechtsmittelzuges durch Abschaffung der weiteren Beschwerde zum Oberlandesgericht.

Hierzu im einzelnen:

- *Die Einführung einer Definition, wer Beteiligter des Verfahrens ist.*

Dieser grundlegende Ansatz ist zu begrüßen. In der jüngeren Vergangenheit war die Vernachlässigung von Beteiligtenrechten häufiger Gegenstand der obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>6</sup>. Da hiermit möglicherweise erhebliche und irreversible Verfahrensfehler verbunden sein könnten bedeutet die nunmehr geschaffene Klarheit für den Rechtsanwender einen Gewinn. Allerdings wird das letztlich angestrebte Ziel, nämlich eine Vereinfachung und Klarheit, durch den Dualismus allgemeiner (in §§ 7 ff. FamFG-E) und nachfolgend für jedes Verfahren besonders aufgeführter besonderer Bestimmungen nicht ganz erreicht. Hinzu kommt die Einräumung eines recht weiten Ermessens. So wird beispielsweise in § 274 Abs. 4 FamFG-E ein sehr weit gefasster Kreis der potentiell Beteiligten im Rahmen einer Ermessensbestimmung aufgeführt (die dort Genannten „können ... im Interesse des Betroffenen“ beteiligt werden). Der Gedanke der Bestimmtheit wird so

---

<sup>5</sup> S. 2 d. Entwurfes

<sup>6</sup> Dies gilt vor allem im Bereich des Rechtes der Freiheitsentziehung, wobei beispielhaft verwiesen auf die Entscheidungen zur Ehegattenanhörung im Abschiebungshaftrecht (vgl. OLG München, unveröffentlichte Beschlüsse vom 18.9.2006, 34 Wx 113/06, und 25.10.2006, 34 Wx 120/06; sowie BayObLG NVwZ-Beilage 2000, S. 150 f.). Eine Ausweitung der hier festgelegten Grundsätze auf das Betreuungs- und Unterbringungsrecht kann nur als eine Frage der Zeit bezeichnet werden.

stark eingeschränkt. Es lässt sich fragen, ob hier nicht möglicherweise eine Generalklausel den gleichen Dienst erfüllt hätte.

§ 7 FamFG-E (Beteiligte) bestimmt in seinem Absatz 3, dass das Gericht von Amts wegen oder einen entsprechenden Antrag hin Personen, die nicht zu den in § 7 Abs. 1, 2 FamFG-E genannten notwendigen Beteiligten zählen, als weitere Beteiligte hinzuziehen kann. Dieses neu geschaffene Antragsrecht wird der Justiz zusätzliche Arbeit bereiten. Denn zunächst muss jeder, der potentiell als Beteiligter in Betracht zu ziehende ist, gemäß § 7 Abs. 4 Satz 2 FamFG-E über das Antragsrecht belehrt werden. Will das Gericht dem Antrag nicht entsprechen hat es die Ablehnung gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 FamFG-E zu bescheiden. Die Folgen werden nicht ohne Auswirkung auf das gerichtliche Verfahren bleiben. Beispielhaft seien das Betreuungs- und Unterbringungsrecht betrachtet. Dort sind in §§ 274 Abs. 4 Satz 1, 315 Abs. 4 Satz 1 FamFG-E etliche Personen genannt, die ausweislich der Begründung zu diesen Vorschriften den in § 7 Abs. 3 FamFG-E angesprochenen potentiellen Beteiligtenkreis darstellen. Sie alle sind damit nach § 7 Abs. 4 FamFG-E vom Gericht über das Verfahren zu informieren und über das Antragsrecht zu belehren. Dieses Erfordernis erfordert zusätzlichen Aufwand und zieht fast zwangsläufig Anträge auf formelle Beteiligung nach sich. Dass diese Befürchtung keine abstrakte ist wird jeder im Betreuungsdezernat Tätige sofort bestätigen.

Die Erstreckung der Beteiligtenfähigkeit in § 8 Abs. 3 FamFG-E auf „Behörden“ hätte im Sinne der Normenklarheit etwas bestimmter gefasst sein können, da jene bekanntlich keine Rechtspersönlichkeit besitzen.

- *Die Klärung der Frage, wann eine förmliche Beweisaufnahme nach den Regeln der Zivilprozessordnung stattzufinden hat.*

Auch dieser Ansatz ist zu begrüßen. Bisher ist gesetzlich allein fixiert der in § 12 FGG geregelte Amtsermittlungsgrundsatz, der allerdings in einer Vielzahl von Verfahren ohne ausdrückliche Klarstellung durch Normen<sup>7</sup> oder Rechtsprechung als eine Art förmlicher Beweiserhebung ausgestaltet wird. Weitergehende Regelungen zur Durchführung der Beweisaufnahme fehlen im FGG.

Durch die unterschiedlichen Verfahren bedingt fällt im Entwurf die erwünschte Deutlichkeit nicht so aus, wie es wünschenswert wäre. In § 26 FamFG-E (Ermittlung von Amts wegen) wird zunächst die bekannte Amtsermittlung als Grundsatz beibehalten. Dies dürfte aufgrund der zu regelnden Materie auch zwingend sein. Die nachfolgenden Regeln der Beweiserhebung (§§ 29 ff. FamFG-E) konkretisieren das Erfordernis der förmlichen Beweisaufnahme alsdann wenig. Denn in § 30 Abs. 1 FamFG (Förmliche Beweisaufnahme) bleibt es generalklauselartig dem Ermessen des Gerichtes überlassen, ob es ei-

---

<sup>7</sup> So z.B. im Betreuungsrecht durch § 68b FGG und im Unterbringungsrecht durch § 70e FGG.

ne förmliche Beweisaufnahme durchführt. Ausgenommen vom Ermessen sind die gesetzlich vorgeschriebenen Fälle der förmlichen Beweisaufnahme (30 Abs. 2 FamFG), doch finden sich hierzu zusätzliche Ausnahmen in den einzelnen Verfahren (z.B. § 282 FamFG).

Eine Weiterung des Verfahrens bringt § 30 Abs. 4 FamFG-E. Hiernach ist den Beteiligten zu den Ergebnissen der förmlichen Beweisaufnahme die Gelegenheit zur Äußerung zu geben, soweit dies der Sachaufklärung dient oder zur Gewährung rechtlichen Gehöres erforderlich ist. Eine weitere Konkretisierung des Beteiligungserfordernisses nimmt der Entwurf nicht vor; hier bleiben Ermessensspielräume, die mangels gesetzlicher Bestimmtheit durch die höchstrichterliche Rechtsprechung ausgeformt werden müssen. Diese Kritik wird ergänzt durch § 37 Abs. 2 FamFG-E, wonach die einen Beteiligten belastende Entscheidung nur ergehen kann, soweit dieser sich hierzu äußern konnte. In Verbindung mit dem betreuungsrechtlichen Beteiligtenkreis des § 274 Abs. 4 FamFG-E droht hier eine starke Ausweitung des Verfahrens; jedenfalls ist eine genauere Definition der „belastenden Entscheidung“ notwendig. Auch diese gibt das Gesetz nicht vor und dürfte ebenfalls im Wege der Rechtsfortbildung erfolgen.

In § 29 Abs. 2 FamFG-E (Beweiserhebung) wird erstmalig der Gedanke eines -förmlichen- Beweisanspruches in der Freiwillige Gerichtsbarkeit etabliert. Er wird verknüpft mit einer Pflicht zur Bescheidung der Ablehnung. Dieser neue Formalismus wird die Arbeit der Gerichte nicht erleichtern und führt im Falle der Zurückweisung des Antrages zu einer deutlichen Mehrbelastung der Gerichte gegenüber der jetzigen Rechtslage. Gerade in Betreuungssachen dürfte zuweilen von Seiten einiger Angehörigen oder Betroffener mit einer erheblichen Anzahl förmlicher Anträge und entsprechender Entscheidungen zu rechnen sein.

Zu begrüßen ist ausdrücklich die Bezugnahme auf die Vorschriften der ZPO. Denn auch wenn in der Sache dies nichts Neues bedeutet ist nun durch das Gesetz selbst die notwendige Klarheit geschaffen.

- *Die Einführung einer generellen Befristung der Beschwerde.*

Die Schaffung eines einheitlichen Rechtsbehelfes bzw. Rechtsmittels beseitigt die zum Beispiel in Betreuungssachen durchaus häufiger erforderliche doppelte Belehrung (z.B. bei Einrichtung der Betreuung und gleichzeitiger Genehmigung einer unterbringungsähnlichen Maßnahme oder Einrichtung eines Einwilligungsvorbehaltes) und führt so vor der Hand zu einer größeren Klarheit im System. Der letztlich hinter diesem Ansinnen stehende Gedanke der Verringerung von Rechtsmittelverfahren müsste allerdings bei konsequenter Beachtung der Betroffenenrechte in einigen Verfahren zu einer erheblichen Ausweitung der Verfahrenspflegerbestellungen führen. Denn zumindest in Betreuungssachen ist die Einlegung einer Beschwerde mehrere Monate nach der gerichtlichen Ent-

scheidung nicht selten, weil erst dann die tatsächlichen Auswirkungen der Betreuerbestellung für den Betroffenen spürbar werden. Gleiches gilt für Rechtsmittel derjenigen Angehörigen, die nicht zum Betreuer bestellt worden sind. In dieser Situation wäre der Rechtsbehelf verfristet. Ohne gravierende Verletzung seiner Rechte kann ein Betroffener, der bekanntlich durch eine der in § 1896 Abs. 1 BGB beschriebenen kognitiven Einschränkungen einer rechtlichen Vertretung bedarf, hierauf kaum verwiesen werden. Eine obligatorische Verfahrenspflegerbestellung, die ein entsprechendes Vorgehen allein rechtfertigen könnte, ist im Entwurf nicht vorgesehen und soll sicher aus Kostengründen auch nicht in das neue Gesetz übernommen werden. Zur Wahrung der Betroffenenrechte müsste so regelmäßig über ein Aufhebungsverfahren i.S.d. § 294 FamFG-E (sonst § 48 FamFG-E) nachgedacht werden. Ob dieses mit einer ihrerseits anfechtbaren Entscheidung enden soll regelt die Vorschrift nicht; man muss dieses wohl infolge des eingetretenen Fristablaufes für die eigentliche Beschwerde bejahen. Unter dem Gesichtspunkt der Arbeitsbelastung der Amtsgerichte ist so wenig gewonnen. Die mit der abgeschafften unbefristeten Beschwerde erreichte Rechtsmittelreduzierung wird so mit einem nahezu zwingend durchzuführenden Aufhebungsverfahren erkaufte.

- *Die Verkürzung des Rechtsmittelzuges durch Abschaffung der weiteren Beschwerde zum Oberlandesgericht.*

Es erscheint auf den ersten Blick sinnvoll, den Rechtsbehelf- bzw. Rechtsmittelzug in der freiwilligen Gerichtsbarkeit den allgemeinen Tendenzen im Zivil- und Strafrecht anzugleichen. Allerdings muss aus den Erfahrungen der Praxis sehr bezweifelt werden, ob die Landgerichte die vereinheitlichenden Tendenzen, welche die Oberlandesgerichte in der Vergangenheit gewährleistet haben, erbringen können. Der Entwurf will dies auch gar nicht sicherstellen, sondern die Vereinheitlichung im Wege der Zulassungsbeschwerde überlassen. Der Weg zum Bundesgerichtshof allerdings ist weit: neben der Zulassung des Rechtsmittels muss seine Annahme durch den Senat und die Vertretung durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt hinzukommen. Verbunden mit der sicher zu konstatierenden Tendenz der Beschwerdegerichte, nicht allzu viele Verfahren „weiterzuleiten“, dürfte der vereinheitlichende Effekt der weiteren Beschwerde mangels ausreichender Zahl der Verfahren eingeschränkt werden. Aus der Sicht des Betreuungsrichters beim Amtsgericht ist ein Weiteres hervorzuheben. Betreuungssachen unterscheiden sich von den meisten Verfahren der Zivil- und Strafprozeßordnung dadurch, dass sie nicht zergliedert werden können in eine das Erkenntnisverfahren abschließende Entscheidung und die nachfolgende Vollstreckung. Nach Einrichtung der Betreuung kann eine ganze Reihe von Entscheidungen notwendig werden, welche von der Gewichtung des Eingriffes her in die Betroffenenrechte stärker eingreifen als die Grundentscheidung (Einrichtung eines Einwilligungsvorbehaltes, Unterbringung, unterbringungsähnliche Maß-

nahmen). Bereits jetzt ist im Falle einer weiteren Beschwerde die Akte längere Zeit dem Amtsgericht „entzogen“. Wird nun eine Sache durch das Landgericht dem Bundesgerichtshof vorgelegt, so steht es zu befürchten, dass hier noch längere Zeiträume bis zur abschließenden Entscheidung vergehen. Neben den praktischen Problemen durch die Abwesenheit und die Parallelführung von Akten müssen so bis zur endgültigen Klärung der Ausgangsfrage durch den Bundesgerichtshof auf unsicherer Grundlage weitere Beschlüsse gefasst und Eingriffe in Betroffenenrechte vorgenommen werden.

#### **IV. Zu den Regelungen im Einzelnen**

##### **1. Allgemeines Verfahrensrecht**

###### *Abgabe des Verfahrens*

Übersehen worden sein dürfte die Zuständigkeit des Oberlandesgerichtes im Bezirk des angegangenen Gerichtes bei der Abgabe von Betreuungssachen. Die recht sinnvolle Spezialregelung des § 46 Abs. 2 FGG ist entfallen. Dies ist in der Begründung zu § 5 FamFG-E (Gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit) nicht erwähnt<sup>8</sup>, so dass offen bleibt, ob ein Versehen oder eine bewusste Entscheidung vorliegt.

###### *Bekanntgabe von Dokumenten*

§ 15 FamFG-E (Bekanntgabe; formlose Mitteilung), die zentrale Vorschrift über die Bekanntgabe gerichtlicher Verfügungen verwendet den neuen Terminus der „Dokumente“, ohne dass dieser im Gesetz definiert würde. Dies ist misslich, da der entsprechende Begriff in den anderen Verfahrensordnungen nicht verwendet wird und so ohne Rückgriffsmöglichkeit auf Bestandteile der übrigen Rechtsordnung eine neue Kategorie geschaffen wird.

Die Art der Bekanntgabe von Dokumenten wird in das Ermessen des Gerichtes gestellt. Ausgenommen sind zwingende Formvorgaben wie in § 33 Abs. 2 und § 41 Abs. 1 Satz 2 FamFG-E, auf die § 15 FamFG-E allerdings weder ausdrücklich noch inzident Bezug nimmt. Es erscheint zumindest nach heutigem Verständnis etwas ungewöhnlich, einen Beschluss auch als „Dokument“ zu verstehen; nach der Begründung zu § 15 FamFG-E allerdings soll dies der Fall sein<sup>9</sup>. Eine Legaldefinition hätte so der gesetzlichen Normenklarheit gedient.

Im Falle der Notwendigkeit einer Bekanntgabe wird sich die Aufgabe zur Post gemäß § 15 Abs. 2 FamFG-E zum kostensparenden Regelfall herausbilden. Dies gilt auch für Beschlüsse, sofern nicht der Betroffene dem Inhalt widerspricht (§ 41 Abs. 1 FamFG-E). Da die §§ 287 Abs. 1, 324 FamFG-E keine Sonderegelungen enthalten sind auch Entscheidungen in Betreuungs- und Unterbringungsverfahren umfasst. In Kombination mit der stets fristgebundenen Beschwerde werden so die Risiken der fehlerhaften Arbeit der Postzustelldienste

---

<sup>8</sup> Vgl. S. 386 des Entwurfes.

auf die Betroffenen verlagert. Dies aber dürfte, da die Betroffenen eines Betreuungsverfahrens krankheitsbedingt in der Wahrnehmung ihrer Rechte eingeschränkt sind, kaum zulässig sein.

#### *Verfahrenseinleitung*

Die für das Betreuungsrecht wichtige Klarstellung des Unterschiedes zwischen verfahrensbeginnendem Antrag und bloßer Anregung (§§ 23, 24 FamFG-E [Verfahrenseinleitender Antrag – Anregung des Verfahrens]) ist sehr zu begrüßen. Hier gab es in der Vergangenheit bei den „antragstellenden“ Bürgern erhebliche Rechtsunsicherheit. Gleiches gilt für die Regelung zur Verfahrensleitung in § 28 FamFG-E (Verfahrensleitung), insbesondere für die Vermerk-erstellung des Abs. 4, welche die leidige Frage nach Protokollerstellung oder -lediglich- Vermerkabfassung nun klarstellt.

#### *Form des Beschlusses*

Die Formvorschrift für den Beschluss (§ 38 FamFG-E) enthält einige Selbstverständlichkeiten, jedoch mit den in jedem Fall obligatorischen Angaben der Bezeichnung des Entscheiders sowie der Erlassmodalitäten (Abs. 3) gegenüber der bisherigen Rechtslage zusätzliche Anforderungen. Sie werden einer Vereinheitlichung in den Formalien dienen und sind insoweit gut zu heißen.

#### *Verhältnis Eil- zu Hauptsacheverfahren*

Zu begrüßen ist aus der Sicht der Praxis auch die in § 52 FamFG-E geregelte Entkoppelung von Eil- und Hauptsacheverfahren. Allerdings wird gerade in Betreuungs- und Unterbringungsverfahren der in Abs. 1 der Vorschrift angesprochene Antrag eines Betroffenen auf Durchführung eines (Hauptsache-)Verfahrens nicht gestellt werden. Dies aber ist nahezu immer geboten, so dass über die Möglichkeit der Einleitung von Amts wegen die Entkopplung in diesem Bereich regelmäßig wieder aufgehoben wird.

#### *Bekanntgabe eines Beschlusses*

Die Bekanntgaberegelerung des § 41 Abs. 2 FamFG-E (Bekanntgabe des Beschlusses) vereinfacht die Möglichkeiten der mündlichen Verkündung gegenüber Anwesenden. Dies ist zu begrüßen. Allerdings ist es etwas misslich, dass nichts darüber aussagt wird, ob die Entscheidung zu diesem Zeitpunkt bereits vollständig abgefasst vorliegen muss. Denn aufgrund der positiv hervorzuhebenden neuen Systematik des FamFG-E nimmt beispielsweise § 287 FamFG-E auf die allgemeinen Vorschriften zur Bekanntgabe bezug. Hier wäre es wichtig

---

<sup>9</sup> S. S. 399 f des Entwurfes.



klarzustellen, ob an die Intentionen des 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes<sup>10</sup> angeknüpft werden soll. Der Praxis wäre sehr geholfen, wenn lediglich die nach § 41 Abs. 2 FamFG-E zu verkündende Beschlussformel schriftlich abgefasst sein müsste. Denn gerade in Unterbringungssachen müssen nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes zum amtsrichterlichen Eildienst<sup>11</sup> häufig Entscheidungen außerhalb der üblichen Geschäftszeiten getroffen werden. Hier kann dem Erfordernis der Übergabe an die Geschäftsstelle nur so genüge getan werden, dass der Richter die tatsächliche Niederlegung des Beschlusses im verwaisten Büro der Seviceeinheit bzw. Geschäftsstelle selbst vornimmt. Sinn der „Übergabe“ (vgl. den Wortlaut in § 38 Abs. 2 FamFG-E) aber war und ist das Verlassen der Entscheidung aus der Sphäre des Richters nebst Dokumentation dieses Zeitpunktes durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle. Diesem aber wird durch die bisherige Praxis nicht entsprochen. Im Sinne einer möglichst frühzeitigen Legitimation des Freiheitsentzuges durch eine gerichtliche Entscheidung sollte daher auf die früheren Überlegungen zurückgegriffen werden. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 1.2.2006<sup>12</sup> eine zwangsweise Medikamentengabe im Rahmen des Betreuungsrechtes durch das Amtsgericht zu genehmigen ist. Eine Zwangsmedikamentation aber wird oftmals zu Beginn der aus akutem Anlaß erfolgenden Unterbringung notwendig. Im Sinne der Rechtmäßigkeit solcher einschneidender Massnahmen erscheint ein frühzeitiger Eintritt der Wirksamkeit der Entscheidung auch im Sinne der Betroffenen geboten; die Notwendigkeit einer „unverzöglichen“ schriftlichen Begründung der Entscheidung könnte klarstellend zusätzlich aufgenommen werden.

Positiv sind im Allgemeinen Teil die Regelung der Verfahrenskostenhilfe in §§ 76 ff. FamFG-E, die gesonderte Anführung der Vollstreckung in §§ 86 ff. FamFG-E und die Regelung der Internationalen Zuständigkeit §§ 97 ff. FamFG-E zu erwähnen.

Längst überfällig aber nun vollzogen ist die Abschaffung des Begriffes der „Vormundschaft“.

## **2. Adoption; §§ 186 ff. FamFG -E**

---

<sup>10</sup> Im Zuge des 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes war bereits der Versuch unternommen worden, eine beschleunigte Herbeiführung der sofortigen Wirksamkeit durch die Verkündung der Entscheidung herbeizuführen (vgl. BT-Drcks. 13/7158 vom 11.3.1997, S. 38). Indes dürfte es inzwischen als herrschende Ansicht bezeichnet werden, dass im Falle der Verkündung die Entscheidung schriftlich abgefasst sein muss (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler-Kayser, FGG, § 69a Rn. 13 mit Verweis auf § 16 [dort Rn. 4]; ausdrücklich so auch der lediglich im Internet veröffentlichte [unter [www.abschiebungshaft.de](http://www.abschiebungshaft.de)] Beschluss des OLG Frankfurt vom 28.10.2005 [34 Wx 125/05]).

<sup>11</sup> Urteile und Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichtes vom 20.2.2001 (NJW 2001, S. 1121 ff.), 15.5.2002 (NJW 2002, S. 3161 ff.), 3.12.2002 (NJW 2003, S. 2303 ff.), 10.12.2003 (NJW 2004, S. 1442 ff.), 4.2.2005 (NJW 2005, S. 1637 ff.), 13.12.2005 (NVwZ 2006, S. 579 ff.), 28.9.2006 (NJW 2007, S. 1444).

<sup>12</sup> Beschluß vom 1.2.2006, XII ZB 236/05.

Die im Gesetz vorgesehene Beteiligung der Eltern in § 188 Abs. 1 Ziff. 1 lit. b FamFG-E (Adoptionssachen) ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes aus Gründen der Rechtsklarheit sehr zu begrüßen. Denn § 50a FGG gilt für Adoptionssachen nicht; § 55c FGG verweist lediglich auf § 50b FGG<sup>13</sup>.

Die Vorschrift des § 189 FamFG-E (Gutachterliche Äußerung einer Adoptionsvermittlungsstelle) entspricht dem geltenden § 56d FGG. Dabei setzt sie durch die vorrangige Erwähnung der Adoptionsvermittlungsstelle in empirischer Hinsicht den falschen Schwerpunkt, da zumeist das Jugendamt tätig wird. Die Qualifizierung der Stellungnahme des jeweiligen Jugendamtes als eine „gutachterliche“ zieht eine zumindest nach dem jetzigen Reformgesetz etwas irreführende Parallele zum förmlichen Beweisverfahren und dient nicht der systematischen Klarheit. Im übrigen dürften die tatsächliche Form und der Inhalt der Stellungnahmen weder heute noch in Zukunft von Charakter und Stellenwert einem Gutachten entsprechen, welches durch einen vom Gericht bestellten Sachverständigen angefertigt wird. Schließlich ist das Verhältnis des § 189 FamFG-E („gutachterliche Stellungnahme“) zu § 194 FamFG-E (Anhörung des Jugendamtes) aus dem Gesetz und auch der Begründung heraus nicht leicht verständlich. Auf die Rechtspraxis ist bereits hingewiesen worden. Es müsste jedenfalls im Lichte des § 194 Abs. 1 Satz 2 FamFG-E schon klar gestellt werden, wann eine „gutachterliche Stellungnahme“ und wann eine Äußerung als Folge der Anhörung vorliegen soll.

Die Möglichkeit der Bestellung eines Verfahrenspflegers durch § 191 FamFG-E (Verfahrensbeistand) erscheint kaum praxisrelevant und wird auch in der Begründung des Entwurfes nicht näher erläutert. Sie dürfte vor dem Hintergrund eines durch das Jugendamt zu erstellenden „Gutachtens“ auch kaum notwendig sein.

In der Vorschrift des § 192 FamFG-E (Anhörung der Beteiligten) wird die Notwendigkeit der Anhörung insbesondere des Kindes betont und in Abs. 3 einer Ausnahme unterworfen, wenn Nachteile für die Entwicklung, Erziehung oder Gesundheit des Kindes zu befürchten sind. Wünschenswert wäre zumindest in der Begründung eine Stellungnahme zu der Frage gewesen, ob das Gericht abseits der Anhörung sich in jedem Fall von dem Kind einen persönlichen Eindruck zu verschaffen und wo die Anhörung stattzufinden hat. Es wäre in Schaffung einer Parallele zum Betreuungsrecht durchaus sinnvoll, dass dies in der üblichen Umgebung des Kindes stattzufinden hat. So wäre jedenfalls ein nachhaltiger Eindruck von der häuslichen Situation zu erzielen.

§ 193 FamFG-E (Anhörung weiterer Personen) erweitert das Verfahren durch die Anhörung der Kinder der/des Annehmenden bzw. der/des Anzunehmenden deutlich und entwertet weiter die Aussagekraft des „Gutachtens“ des Jugendamtes.

---

<sup>13</sup> Vgl. Keidel/Kuntze/Winkler-Kayser, FGG, § 69a Rn. 13.

### 3. Betreuung; §§ 271 ff. FamFG-E

#### *Definition der Betreuungssachen*

Die Definition der „Betreuungssachen“ in § 271 FamFG-E erscheint verfehlt. In Ziff. 2 hätte es (im Sinne der jetzigen Ziff. 3) heißen müssen, dass alle gerichtlichen Entscheidungen, welche eine eingerichtete Betreuung betreffen, auch Betreuungssachen sind. Die gesonderte Erwähnung des Einwilligungsvorbehaltes ist überflüssig. In Ziff. 3, welche Unterbringungen und unterbringungsähnliche Maßnahmen nach § 1906 Abs. 1 und Abs. 4 BGB als „Unterbringungssachen“ bezeichnet und ausdrücklich von den Betreuungssachen ausklammert, wird die Klarheit einer zweifelhaften Systematik geopfert. Natürlich sind Unterbringungen im Rahmen einer Betreuung auch Betreuungssachen. Denn inhaltlich geht es dort um die Genehmigung der Entscheidung des Betreuers mit erheblicher Grundrechtsrelevanz. Dies ist in § 1903 BGB, aber auch in §§ 1904, 1905 BGB nicht anders, und die entsprechenden Entscheidungen sollen unzweifelhaft Betreuungssachen sein. Dass in all' diesen Verfahren *inhaltlich* andere Vorschriften gelten sollen, ist unbestritten. Allen aber ist die grundsätzliche Situation, nämlich die bereits erwähnte Genehmigung der Entscheidung des Betreuers mit erheblicher Grundrechtsrelevanz „unter dem Dach“ der bestehenden Betreuung gemein. Man sollte sie, und das würde dem Verständnis der juristisch ungebildeten Beteiligten sehr entgegenkommen, als Betreuungssachen und erst nachfolgend als speziellere Ausprägung derselben als Unterbringungssachen bezeichnen, für die besondere Regelungen gelten. Denn kein Betroffener, kein Betreuer wird verstehen, warum das Verfahren zur Genehmigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nebst Zwangsbehandlung keine Betreuungssache sein sollte, die Genehmigung einer heiklen Operation in einer anderen Station derselben Klinik aber schon.

#### *Örtliche Zuständigkeit des Betreuungsgerichtes*

§ 272 FamFG-E regelt die örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichtes. Sein Abs. 2 widerspricht teilweise dem vorangehenden Absatz. In Abs. 1 wird eine Reihenfolge der ausschließlichen Zuständigkeiten aufgestellt. Das Gericht, in dessen Bedürfnis das Bedürfnis der Fürsorge entsteht, wird in Abs. 1 Ziff. 3 ebenso wie in Abs. 2 für zuständig erklärt. Warum nun in Abs. 2 das nach Abs. 1 Ziff. 3 vorrangige Gericht dem nachrangigen des Abs. 1 Ziff. 4 seine Entscheidung mitteilen soll erschließt sich unmittelbar weder aus dem Gesetz noch seiner Begründung. Abs. 1 Ziff. 4 gilt weiterhin für Deutsche, die im Ausland leben<sup>14</sup>. Besteht bei irgendeinem deutschem Gericht ein Bedürfnis für eine Entscheidung nach § 300 FamFG-E oder nach §§ 1908i, 1846 BGB (i.V.m. § 271 FamFG-E) ist die Zuständigkeit nach § 272 Abs. 1 Ziff. 3 FamFG-E gegeben.

---

<sup>14</sup> Vgl. Keidel/Kuntze/Winkler-Kayser, FGG, § 65 Rn. 6 zur bisherigen Regelungslage.

### *Anhörung des Betroffenen*

§ 278 Abs. 3 FamFG-E (Anhörung des Betroffenen) erweitert die Möglichkeiten der Anhörung im Wege der Rechtshilfe, da die Evidenzprognose entfällt. Hierdurch wird der Ausnahmecharakter der Fremdanhörung<sup>15</sup> etwas relativiert. Dies wird von der Praxis gewiß positiv aufgenommen werden.

### *Anhörung sonstiger Beteiligter*

Die Begründung zu § 279 FamFG-E (Anhörung der sonstigen Beteiligten, der Betreuungsbehörde und des gesetzlichen Vertreters) weist zu Recht darauf hin, dass die Anhörung der nahe stehenden Personen in Abweichung zu § 68a Satz 3 FGG über den Beteiligtenbegriff des § 274 FamFG-E geregelt wird<sup>16</sup>. Dieses Konstrukt ist systematisch folgerichtig. Allerdings trägt es nicht ganz zur beabsichtigten Klarheit bei, da die Anhörung der sonstigen Beteiligten -wie bisher auch- zunächst nur für Einrichtung der Betreuung und die Einrichtung eines Einwilligungsvorbehaltes gilt. Die weitere Anwendung erfolgt dann über die Bezugnahme auf die Erstbestellung, was so über die Untersuchung der Beteiligung und die Berücksichtigung der Verweisung die Anwendung gegenüber der bisherigen Rechtslage leider nicht vereinfacht.

### *Einholung eines Gutachtens*

Die Notwendigkeit der Einholung eines Gutachtens im Wege der förmlichen Beweisaufnahme nach § 280 FamFG-E (Einholung eines Gutachtens) ist konsequent. Im Sinne der sonst geübten Ausdifferenzierung der Regelung wäre jedoch eine gesetzliche Bestimmung zur Qualifikation des Gutachters, zumindest als Regelfallaussage<sup>17</sup>, im Sinne der Rechtsklarheit bei der vorgenommenen Neuschaffung des Gesetzes angeraten gewesen. Gleiches gilt für den in Abs. 2 Satz 2 angedeuteten Inhalt des Gutachtens<sup>18</sup>, der wegen der Verwendung des Wortes „auch“ nach seinem klaren Wortlaut nicht abschließend ist. In der Praxis sind vielfach inhaltlich mangelhafte Gutachten anzutreffen. Diesem Missstand hätte im Gesetzeswege begegnet werden können.

### *Ärztliches Zeugnis*

---

<sup>15</sup> Vgl. Keidel/Kuntze/Winkler-Kayser, FGG, § 68 Rn. 10 zur bisherigen Regelungslage.

<sup>16</sup> S. S. 599.

<sup>17</sup> Es dürfte als im wesentlichen unstreitig gelten, dass die Qualifikation des Gutachters von der Art der gerade zu treffenden gerichtlichen Entscheidung abhängt. Daher sind in der Regel Fachärzte für Psychiatrie pp. zu bestellen, vgl. Keidel/Kuntze/Winkler-Kayser, FGG, § 68b Rn. 7 m.w.N. Bei der im Entwurf vorgestellten systematischen Fokussierung der hier in Rede stehenden einleitenden Normen auf die Erstbestellung des Betreuers und der Einrichtung eines Einwilligungsvorbehaltes dürfte sogar nach einhelliger Ansicht die Erstellung des Gutachtens durch einen Facharzt notwendig sein.

<sup>18</sup> S. zu den Anforderungen nach dem jetzigen stand der Rechtsprechung (und Lehre) Keidel/Kuntze/Winkler-Kayser, FGG, § 68b Rn. 5 f. m.w.N.

Bislang gibt es keine gesetzliche Aussage zum Inhalt eines ärztlichen Zeugnisses. Dieser Zustand wird auch durch § 281 Abs. 2 FamFG-E (Ärztliches Zeugnis; Entbehrlichkeit eines Gutachtens) und dessen Bezugnahme auf § 280 Abs. 2 FamFG-E nicht beseitigt. Dort sind als notwendiger Inhalt erwähnt die Untersuchung sowie Angaben zum Aufgabenkreis und der Dauer der Maßnahme. Diese aber reichen wegen des Wortes „auch“ in § 280 Abs. 2 Satz 2 FamFG-E gerade nicht. Insofern gilt das zum Inhalt des Gutachtens Gesagte entsprechend

#### *Vorführung zur Untersuchung*

In der Vorschrift es § 283 FamFG-E (Vorführung zur Untersuchung) wäre eine Aussage zum zwangsweisen Betreten der Wohnung im Hinblick auf Art. 13 GG und überdies aus Klarstellungsgründen sehr wünschenswert gewesen. Denn eine Vorführung erfolgt keineswegs immer unter zwangsweisem Betreten der Wohnräume.

#### *Inhalt des Beschlusses*

§ 286 FamFG-E (Inhalt der Beschlussformel) übernimmt den bislang nur in der Lehre verwendeten Terminus der Beschlussformel<sup>19</sup> in das Betreuungsverfahrenrecht. Dies erscheint vor dem Hintergrund des § 38 FamFG-E konsequent, denn nach dessen Abs. 2 enthält der Beschluss eine Art Rubrum mit Bezeichnung aller Beteiligten, die Angabe der konkreten Entscheider und ihre Zugehörigkeit zu einem bestimmten Gericht sowie den aus den übrigen Verfahrensordnungen bekannten Tenor, der nun eben Beschlussformel genannt wird<sup>20</sup>. Die Intention der Einheitlichkeit ist aus systematischen Gründen positiv zu bewerten. Sie hat aber zur Folge, dass nun die Beschlüsse in Betreuungssachen nach außen einen sehr viel stärker hoheitlichen Charakter aufweisen werden, der nicht im Sinne der Beteiligten und ihres ohnehin oft skeptischen Verhältnisses zu staatlichen Maßnahmen sein dürfte. So folgt zum Beispiel aus § 286 Abs. 3 FamFG-E, dass die Angabe des Überprüfungszeitpunktes der Beschlussformel zuzurechnen ist. Nach alledem sollte nach der Intention des jetzigen Zeitpunktes der eine Betreuung einrichtende Beschluss wie folgt aussehen:

**Amtsgericht Ratzeburg**  
**2 XVII X/XX**



**B e s c h l u s s**  
**über die Bestellung eines Betreuers**

<sup>19</sup> Z.B. Keidel/Kuntze/Winkler-Kayser, FGG, § 69 Rn. 8 m.w.N.

<sup>20</sup> Die Parallele wird in der Begründung zu § 38 FGG-RG-E ausdrücklich gezogen (S. 429).

## und die Einrichtung eines Einwilligungsvorbehaltes

In dem Betreuungsverfahren für

**XXXX, geb. am XXXX,**  
**wohnhafte:** X-Str., 23909 Ratzeburg,

- *Betroffener und Beteiligter zu 1.* -

**Pflegerin für das Verfahren:** Rechtsanwältin X, X-Str., 23909 Ratzeburg,

- *Beteiligte zu 2.* -

weiterhin beteiligt:

**Betreuungsamt** für den Kreis Kreises Herzogtum Lauenburg, Barlachstr., 23909 Ratzeburg,

- *Beteiligte zu 3.* -

**XXXX, X-Str., 23909 Ratzeburg,**

- *Ehefrau des Betroffenen und Beteiligte zu 4.* -

hat das Amtsgericht Ratzeburg – Betreuungsgericht- durch den Richter XXXX am XXXX beschlossen:

1. XXXX, X-Str., 23909 Ratzeburg, wird als Berufsbetreuer zum Betreuer bestellt.
2. Als Aufgabenkreise werden bestimmt:
  - **die Gesundheitssorge,**
  - **die Aufenthaltsbestimmung,**
  - **die Vermögenssorge**
3. Für den Aufgabenkreis der Vermögenssorge wird ein **Einwilligungsvorbehalt** angeordnet.
4. Das Gericht wird spätestens bis zum XXXX über eine Aufhebung oder Verlängerung der Betreuung und des Einwilligungsvorbehaltes beschließen.
5. Die Entscheidung ist sofort wirksam.

### Gründe:

XXX

Diese Annäherung an kontradiktorische Verfahren dürfte nach den Erfahrungen im Betreuungsdezernat der Verständlichkeit und Akzeptanz entsprechender gerichtlicher Entscheidungen wenig dienen.

In jedem Fall sollte die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit der Entscheidung im Sinne des § 287 Abs. 2 FamFG-E ebenfalls einen Teil der Beschlussformel darstellen. Dies ist bislang so nicht vorgesehen.

### *Aufhebung der Betreuung und Einschränkung des Aufgabenkreises des Betreuers*

In § 294 Abs. 1 FamFG-E (Aufhebung und Einschränkung der Betreuung [eigentlich: des Aufgabenkreises des Betreuers] oder des Einwilligungsvorbehaltes) muss es heißen „...die Anordnung...“.

### *Betreuungsrechtliche Eilverfahren*

Zwar wird nun in §§ 300 und 301 FamFG-E (Einstweilige Anordnung und Einstweilige Anordnung bei gesteigerter Dringlichkeit) ohne sprachliche Unterscheidung die einstweilige Anordnung im Sinne des § 69f FGG ausdifferenziert geregelt. Allerdings fehlt im Entwurf - anders als bei § 334 FamFG-E- sowie der Begründung eine Auseinandersetzung mit möglichen Entscheidungen nach §§ 1908i, 1846 BGB<sup>21</sup>. Eine Klarstellung bei Schaffung eines so umfangreichen Gesetzes wäre hilfreich gewesen, zumal das Bürgerlichen Gesetzbuch hierfür keinerlei Verfahrensregeln und -garantien bereithält.

### *Beschwerde*

§ 303 Abs. 1 FamFG-E (Ergänzende Vorschriften über die Beschwerde) begründet eine Beschwerdeberechtigung der Betreuungsbehörde unabhängig von ihrer Beteiligung nach § 274 Abs. 2 FamFG-E. Insoweit sind die Begründung (S. 608) oder der Gesetzeswortlaut missverständlich.

### *Aufhebung des Einwilligungsvorbehaltes*

§ 306 FamFG-E (Aufhebung des Einwilligungsvorbehaltes) wäre systematisch richtiger hinter § 294 FamFG-E zu platzieren oder aber besser noch als dessen Abs. 4 zu formulieren.

## **4. Unterbringung; §§ 312 ff. FamFG-E**

### *Vorführung des Betroffenen*

§ 319 Abs. 5 FamFG-E (Anhörung des Betroffenen im Wege der Vorführung) könnte im Sinne der Gesamtsystematik direkt auf § 283 Abs. 2 FamFG-E (Vorführung zur Untersuchung) Bezug nehmen, um die Gewaltanwendungsmöglichkeit klarzustellen. Entsprechendes erfolgt in § 322 FamFG-E (Vorführung zur Untersuchung, Unterbringung zur Begutachtung), doch gilt dieser Hinweis nur für die Vorführung zur Untersuchung und die Unterbringung zur Begutachtung.

### *Anhörung des Betroffenen*

---

<sup>21</sup> Diese waren bisher neben den Maßnahmen nach § 69f FGG möglich, vgl. Keidel/Kuntze/Winkler-Kayser, FGG, § 69f Rn. 26 m.w.N.

Die gegenüber § 70d FGG nun eingeschränkte Anhörungsnotwendigkeit des § 320 FamFG-E (Anhörung der sonstigen Beteiligten und der zuständigen Behörde) ist aus Sicht der Praxis zu begrüßen, da der bisherige Kanon der anzuhörenden Personen bzw. Stellen kaum einzuhalten ist.

## **5. Verfahren in Freiheitsentziehungssachen; §§ 415 ff. FamFG-E**

Es ist sehr zu begrüßen, dass nunmehr das Verfahren in Freiheitsentziehungssachen, welches bislang im Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen (FEVG)<sup>22</sup> geregelt ist, in das FamFG als einheitliches Gesetz der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit integriert wird.

### *Begriff der Freiheitsentziehungssachen*

Durch die Formulierung „Gewahrsamsraum“ in § 415 Abs. 2 FamFG-E (Freiheitsentziehungssachen) dürfte die streitige Frage des Transitgewahrsams eine gesetzliche Klärung erfahren. Aus der Begründung des Gesetzes geht allerdings nicht hervor, ob dies auch so geplant war.

### *Verfahrenspfleger*

Die Vorschrift des § 419 FamFG-E (Verfahrenspfleger) klärt die seit langer Zeit leidige Frage einer Vertretung des Betroffenen in Abschiebehaftsachen. Das weite Ermessen des Abs. 1, das dem Wortlaut der § 276 Abs. 1 und 317 Abs. 1 FamFG-E entspricht, wird in der Begründung stark in Richtung einer seltenen Bestellung konkretisiert. Wann aber eine solche Bestellung notwendig sein soll erwähnt die Begründung, von der unterbleibenden Anhörung abgesehen, nicht. Sprachliche Verständigungsprobleme können nicht ausschlaggebend sein, da diese durch einen Dolmetscher beseitigt werden können. Intellektuelle Defizite von erheblichem Ausmaß müssten über eine Betreuung aufgefangen werden. Vor dem Hintergrund des in der Begründung zu recht aufgezeigten Unterschiedes zu Betreuung und Unterbringung hätte so eine den §§ 112 ff. StPO angenäherte Vorschrift näher gelegen. Die Ausformung wird so der obergerichtlichen bzw. höchstrichterlichen Rechtsprechung vorbehalten bleiben.

### *Wirksamwerden von Beschlüssen*

Zu § 422 FamFG-E (Wirksamwerden von Beschlüssen) sei nachdrücklich auf die Ausführungen zu § 41 FamFG-E verwiesen.

---

<sup>22</sup> Gesetz vom 29.6.1956, BGBl. I, SD. 599 ff.; inzwischen mehrfach geändert.



### *Dauer und Verlängerung der Freiheitsentziehung*

In § 425 Abs. 1 FamFG-E (Dauer und Verlängerung der Freiheitsentziehung) hätte zur Vermeidung von Missverständnissen im Hinblick auf die in § 62 Abs. 3 Satz 1 AufhG festgelegte Hafthöchstdauer von sechs Monaten klarstellend aufgenommen werden können, dass die dort aufgeführte Jahresfrist vorbehaltlich speziellerer Regelungen gilt.

### *Einstweilige Anordnung*

Die Regelung des § 427 Abs. 2 FamFG-E (Einstweilige Anordnung), nach der eine vorläufige Anordnung des Freiheitsentzuges bei Gefahr im Verzuge auch ohne Anhörung des Betroffenen erfolgen kann, ist im Hinblick auf die Abschiebungshaft unvollständig und dürfte zwingend zu ergänzen sein. Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung zur vorläufigen Festnahme des Betroffenen durch die Behörde oder Polizei dürfte anerkannt sein, dass bei bekanntem Aufenthalt zunächst ein richterlicher Beschluss über die Freiheitsentziehung zu erwirken ist<sup>23</sup>. Hieran hat auch die Neuschaffung des § 62 Abs. 4 AufhG<sup>24</sup> nichts geändert. In der geschilderten Konstellation muss die Anhörung unterbleiben, um nicht den Zweck des Gewahrsams zu vereiteln. Eine Gefahr im Verzug ist demgegenüber selten bzw. gar nicht gegeben. Die neue Norm muss diesem Umstand Rechnung tragen.

### *Mitteilung von Entscheidungen*

In § 431 FamFG-E (Mitteilung von Entscheidungen) wird weder im Gesetz noch der Begründung Art. 36 Abs. 1 lit. b des Wiener Übereinkommens über die konsularischen Beziehungen<sup>25</sup> erwähnt. Dies hätte aus Klarstellungsgründen in einer umfassenden Kodifikation wie dem FamFG erfolgen können.

## **V. Abschlussbemerkung**

Der Entwurf ist mit insgesamt 491 Bestimmungen zum Kerngesetz recht umfangreich ausgefallen. Dem Rechtshistoriker kommt sogleich der Gedanke an eine Parallele zu einem anderen, länger zurückliegenden großen Gesetzgebungsvorhaben. Die Abfassung des Preußischen Allgemeinen Landrechtes<sup>26</sup> war geprägt vom Gedanken einer grundlegenden, umfassenden Regelung bei klarer, vom Bürger verständlichen Sprache, und wurde, kurz vor der

---

<sup>23</sup> S. z.B. *Wilhelm und Mohr*, Die geplante Festnahme zum Zweck der Abschiebung und die Anhörung durch den Richter, InfAuslR 2007, S. 354 ff.

<sup>24</sup> Sog. Richtlinienumsetzungsgesetz (Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union) vom 19.8.2007 (BGBl. I, S. 1970 ff.), in weiten Teilen in Kraft getreten am 28.8.2007.

<sup>25</sup> Das Abkommen wurde am 31.10.1963 von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichnet, das Transformationsgesetz stammt vom 26.8.1969, vgl. insoweit zum Text des Abkommens BGBl. II 1969, S. 1585 ff.

<sup>26</sup> Das zum 1.7.1794 in Kraft getretene *Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten* umfasst mehr als 20.000 Paragraphen.

endgültigen Fertigstellung, aufgrund des überraschenden Umfangs von seinem Auftraggeber mit einem etwas abfälligen Kommentar bedacht<sup>27</sup>. Auch der nun vorliegende Entwurf ist angetreten, eine „allgemein verständliche Verfahrensordnung“ zu schaffen (S. 1 d. E.), und dabei letztlich nicht mehr ganz überschaubar geraten. Dies aber ist dem Vorhaben immanent. Handelte es sich doch schon beim FGG und geht es auch beim FamFG um ein Sammelsurium der unterschiedlichsten Verfahren, die nicht ohne weiteres in ein einheitliches dogmatisches System gezwängt werden können. Vor diesem Hintergrund sind die jetzigen Bemühungen in jeder Hinsicht loblich und auf Dauer nützlich, wenngleich ihnen der große Durchbruch versagt bleiben wird. Denn aus der empirischen Geschichtsforschung ist hinlänglich bekannt, dass jegliche Neuerung keine Begeisterung bei den Rechtsanwendern auslöst<sup>28</sup>. Dies gilt für ein umfassendes Reformvorhaben um so mehr. Gleichwohl ist im vorliegenden Entwurf ein deutlicher Gewinn an Systematik zu verzeichnen und die bisherige Gesetzeslage demgegenüber so desolat, dass der Neuanfang -allerdings unter Berücksichtigung der vorgebrachten Kritikpunkte- gewagt werden sollte.

Ratzeburg, den 6.2.2008

---

<sup>27</sup> So soll Friedrich II zu einem Vorentwurf geäußert haben: „Es ist aber sehr dicke, und Gesetze müssen kurz und nicht weitläufig seyn,“ (nach *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 3, Opladen 1989, S. 72).

<sup>28</sup> Vgl. im übertragenen, aber gleichwohl weiter gültigen Sinne zum Beharrungsvermögen der die Gesetze ausführenden Gewalten *Ralf Dahrendorf*, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, München 1968, S. 280.