

Stellungnahme zum Entwurf des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG)

Art. 1 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit umfasst 9 Bücher. Das Buch 1 (§§ 1- 110) enthält die Vorschriften des Allgemeinen Teils und ist Gegenstand der Anhörung am 11.02.2008. Die Vorschriften des Allgemeinen Teils können kritisch aber nur durch Einbezug von Normen aus den Besonderen Teilen gewürdigt werden. Meine Ausführungen beziehen sich auf ausgewählte Bestimmungen des Buches 1, die durch Vorschriften des Buches 2 (Verfahren in Familiensachen) ausgestaltet oder ergänzt werden.

Der Entwurf verfolgt für Familiensachen (Buch 2) zwei Hauptlinien, die sich auch in den Bestimmungen des Allgemeinen Teils niederschlagen:

1) Es sollen einvernehmliche Regelungen von Konflikten unter den Beteiligten gefördert und selbst für eingriffsorientierte Verfahren konsensgetragene Entscheidungen ermöglicht werden. Zur Erreichung dieses Ziels betont der Gesetzgeber die Notwendigkeit der Anwesenheit der Beteiligten im Verfahren und sieht vermehrt Beratungsansprüche und Beratungspflichten vor.

2) Soweit Minderjährige als Beteiligte im Verfahren einbezogen sind oder soweit die Entscheidung Angelegenheiten eines Minderjährigen¹ tangiert, will der Gesetzentwurf das Kindeswohl sowohl im Verfahren als auch in Hinsicht auf die Umsetzung der Entscheidung absichern. Diesem Ziel dienen die Stärkung der Rechte von Minderjährigen im Verfahren und die Ausweitung der Mitwirkungspflichten der Jugendämter sowohl im Erkenntnis- als auch im Vollstreckungsverfahren.

Nachstehend sollen daher die Regelungen aus dem Allgemeinen Teil untersucht werden zu:

1. *Verfahrensfähigkeit von Minderjährigen; Anhörung Minderjähriger*
2. *Voraussetzungen der Bestellung eines Verfahrensbeistands, dessen prozessuale Stellung und die Auswirkungen der Bestellung auf die Vertretung Minderjähriger im Verfahren*
3. *Beratungspflichten des Gerichts, des Jugendamtes und des Sachverständigen; Kosten*
4. *Beteiligtenstatus des Jugendamtes und Umfang der Anhörungspflichten*
5. *Aufgaben des Jugendamtes bei Vollzug und Vollstreckung von Beschlüssen in Familiensachen*
6. *Rechtsmittel; Einstweilige Anordnung*

¹ Wie üblich wird für die Bezeichnung von Personen und Funktionsträgern nur die männliche Form verwendet.

Zu 1: Verfahrensfähigkeit von Minderjährigen, Anhörung Minderjähriger

Der Gesetzentwurf betont in der Begründung zu § 9 FGG-RG die rechtliche Verknüpfung von Beteiligtenfähigkeit und Verfahrensfähigkeit (S. 180) und definiert die Verfahrensfähigkeit als „Fähigkeit des Beteiligten, selbst oder durch einen selbst gewählten Vertreter wirksam Erklärungen im Verfahren abzugeben“ (S. 180). Das gibt Gelegenheit die Regelung zur Verfahrensfähigkeit Minderjähriger zu prüfen. Die Stellung als Beteiligter im Verfahren setzt Rechtsfähigkeit voraus, die Wahrnehmung von Rechten im Verfahren bedingt Verfahrensfähigkeit als Handlungsfähigkeit im gerichtlichen Verfahren. Die Verfahrensfähigkeit Minderjähriger wird in **§ 9 FGG-RG** geregelt. Er lautet:

„(1) Verfahrensfähig sind

1. ...

2. die nach bürgerlichem Recht beschränkt Geschäftsfähigen, soweit sie für den Gegenstand des Verfahrens nach bürgerlichem Recht als geschäftsfähig oder nach öffentlichem Recht als handlungsfähig anerkannt sind,

3. diejenigen, die in diesem Gesetz dazu bestimmt werden.

(2) Soweit ein Geschäftsunfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter nicht verfahrensfähig ist, handeln für ihn die nach bürgerlichem Recht dazu Befugten. ...“

Nach **§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 1. Alt. FGG-RG** sind demnach verfahrensfähig Minderjährige,

- die für die Angelegenheiten der §§ 112, 113 BGB vom gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Gerichts ermächtigt worden sind.
- Das Familienrecht kennt darüber hinaus Fälle eigener verfahrensrechtlicher Handlungsbefugnis des Minderjährigen nach §§ 1303 Abs. 2, 1315 Abs. 1 Satz 3, 1316 Abs. 2 Satz 2, 1600, 1600 a Abs. 2 Satz 2, 1626 c Abs. 2 Satz 3, 1673 Abs. 2 Satz 3 2. HS iVm 1628, 1746 Abs. 2, 1747 Abs. 1 Satz 1 und 1749 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 iVm 1750 Abs. 3 Satz 2, 1762 Abs. 1 Satz 4, 1778 Abs. 1 Nr. 5, 1887 Abs. 2 Satz 2 BGB. Eine Zustimmung des Sorgeberechtigten ist nicht erforderlich. Soweit das Bürgerliche Gesetzbuch eigenes Handeln vorschreibt, muss prozessrechtlich auch Verfahrensfähigkeit eingeräumt werden. Der Gesetzentwurf hat dies in § 125 FGG-RG für die Aufhebung der Ehe (§ 121 Nr. 2 FGG-RG) berücksichtigt und durch § 9 Abs. 1 Nr. 3 FGG-RG auf Ehesachen nach § 121 Nr. 1 und 3 FGG-RG erweitert.

Vorschlag: § 9 Abs. 1 Nr. 2 FGG-RG lautet: „die nach bürgerlichem Recht beschränkt Geschäftsfähigen nach Maßgabe der §§ 112, 113 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und soweit sie nach bürgerlichem Recht ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters handlungsfähig sind.“

Nach **§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt. FGG-RG** sind außerdem verfahrensfähig Minderjährige,

- die nach öffentlichem Recht handlungsfähig sind. Im Sozialverwaltungsrecht ist nach § 36 Abs. 1 Satz 1 SGB I handlungsfähig, wer das fünfzehnte Lebensjahr vollendet hat, wenn der gesetzliche Vertreter diese Handlungsfähigkeit nicht durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Leistungsträger einschränkt (§ 36 Abs. 2 Satz 1 SGB I). Auf detail-

lierte Ausführungen zu dieser Norm soll hier verzichtet werden. Die vorgesehene Parallelisierung, die zur Verfahrensfähigkeit von Minderjährigen mit Vollendung des 15. Lebensjahres in Verfahren nach den FGG-RG führen würde, passt nicht zur Altersstufung der Handlungsbefugnisse nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, beschränkt die Vertretungsbefugnis von Sorgeberechtigten im Verfahren und überfordert Minderjährige, da sie ihre Rechte selbst wahrnehmen müssen. Es bestehen darum Zweifel, ob eine so weit gefasste Verfahrensfähigkeit, die nicht nur Rechte, sondern auch verfahrensbezogene Pflichten mit sich bringt, mit dem Sorgerecht und dem Kindeswohl zu vereinbaren ist.

Vorschlag: Der Satzteil „oder nach öffentlichem Recht als handlungsfähig anerkannt sind“ ist zu streichen.

§ 9 Abs. 1 Nr. 3 FGG-RG erfasst § 125 FGG-RG und ist außerdem im Unterbringungsverfahren relevant; nach §§ 167 Abs. 3, 316 FGG-RG sind beschränkt geschäftsfähige Minderjährige verfahrensfähig, wenn sie das 14. Lebensjahr vollendet haben. Die Vertretung durch den gesetzlichen Vertreter oder einen Verfahrenspfleger bleibt erforderlich.

Vorschlag: § 167 Abs. 3 FGG-RG wird ergänzt: „Die Vertretung des Minderjährigen im Unterbringungsverfahren wird dadurch nicht berührt“.

Auch nicht verfahrensfähige Minderjährige sind in Familiensachen Beteiligte im Sinne des **§ 7 Abs. 1 und 2 FGG-RG**. Nach **§ 9 Abs. 2 FGG-RG** werden die Verfahrensrechte nicht verfahrensfähiger Minderjähriger in der Regel von den sorgeberechtigten Eltern oder einem alleinsorgeberechtigten Elternteil wahrgenommen. Deren Vertretungsrecht ist ausgeschlossen, wenn ein Verfahrenspfleger² bestellt ist. Für die Verfahren in Familiensachen wird die Verfahrenspflegschaft nach § 50 FGG durch die Verfahrensbeistandschaft ersetzt. Das schließt trotzdem nicht aus, dass eine Verfahrenspflegschaft für den Minderjährigen vom Gericht bestellt werden kann, wenn die Voraussetzungen zur Bestellung der Verfahrensbeistandschaft nicht vorliegen, die Wahrnehmung der Rechte des Minderjährigen aber zum Beispiel wegen psychischer Erkrankung des gesetzlichen Vertreters oder Meinungsverschiedenheiten unter gemeinsam Sorgeberechtigten eingeschränkt ist. Nach § 1629 Abs. 2 a BGB idF des Entwurfs eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren werden die Eltern von der Vertretung ausgeschlossen. Auch für Vollstreckungsverfahren kommt die Bestellung einer Verfahrenspflegschaft in Betracht.

Vorschlag: § 9 Abs. 2 lautet: „Für einen Geschäftsunfähigen oder einen nicht verfahrensfähigen Minderjährigen handelt der gesetzliche Vertreter, soweit nicht ein Verfahrenspfleger bestellt ist.“

Nach §§ 34, 159 und 191 FGG-RG wird der Minderjährige gehört. Ich unterstütze den **Vorschlag des Bundesrates**, dass eine Anhörung nur dann entbehrlich ist, wenn Bindungen oder der Wille des Minderjährigen nicht bedeutsam sind (vgl. **§ 159 Abs. 2 FGG-RG**)³.

² Im Verfahren zur vorsorglichen Bestellung eines Betreuers erscheint die Bestellung eines **Verfahrenspflegers nur bei** Vorliegen einer Konfliktlage notwendig (vgl. § 276 FGG-RG).

³ Anlage 2 S. 402; ablehnende Gegenäußerung der Bundesregierung auf S. 416.

Zu 2: Voraussetzungen der Bestellung eines Verfahrensbeistands, dessen prozessuale Stellung und die Auswirkungen der Bestellung auf die Vertretung Minderjähriger im Verfahren

Der Gesetzentwurf verwendet den Begriff des „Beistands“ in unterschiedlichen rechtlichen Zusammenhängen und hat überdies den Begriff der Verfahrenspflegschaft durch den Begriff der Verfahrensbeistandschaft ersetzt. Dieser Wortgebrauch gibt Anlass zur Darstellung der jeweiligen Inhalte und zu kritischer Auseinandersetzung mit der Verfahrensbeistandschaft.

Vorschriften zu „Beistand“ und „Verfahrensbeistand“ finden sich in den §§ 12, 158, 173, 174, 191, 234, 270 Abs. 1 iVm 158, 234 FGG-RG; dabei wird der Begriff des Beistands mit unterschiedlicher Bedeutung verwendet.

a) Der Begriff „Beistand“ im Sinne der **§§ 173, 234, 270 iVm 234 FGG-RG** bezieht sich auf die Beistandschaft nach **§§ 1712 ff. BGB**; auf schriftlichen Antrag wird das Jugendamt Beistand des Kindes⁴. Die Aufgaben des Beistands umfassen die Feststellung der Vaterschaft (Feststellung der Vaterschaft und Feststellung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer Vaterschaftsanerkennung [§ 640 Abs. 2 Nr. 1 ZPO⁵, § 169 Nr. 1 FGG-RG]) und die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen einschließlich der Vollstreckung von Unterhaltstiteln. Nach § 1716 BGB wird durch die Beistandschaft „die elterliche Sorge nicht eingeschränkt“; da jedoch „im Übrigen“ die „Vorschriften über die Pflegschaft ... sinngemäß“ gelten, kann der Beistand als Vertreter des Kindes handeln (§§ 1915, 1793 BGB analog)⁶. Für die Geltendmachung der Rechte des Minderjährigen vor Gericht schließt § 53a ZPO, den §§ 173, 234 FGG-RG übernehmen, den sorgeberechtigten Elternteil von der Vertretung im Verfahren aus. Der Beistand nach § 1712 BGB hat daher gerichtlich wie außergerichtlich Rechte und Pflichten eines Ergänzungspflegers. Neben der Beistandschaft nach §§ 1712 ff. BGB, §§ 173, 234 FGG-RG ist eine Beistandschaft nach § 174 FGG-RG ausgeschlossen, anwaltliche Vertretung nicht erforderlich, § 114 Abs. 4 Nr. 2 FGG-RG.

b) Nach **§ 12 Satz 1 bis 3 FGG-RG** können „die Beteiligten mit Beiständen erscheinen. Beistand kann sein, wer in Verfahren, in denen die Beteiligten das Verfahren selbst betreiben können, als Bevollmächtigter zur Vertretung befugt ist. Das Gericht kann andere Personen als Beistand zulassen.“ Dazu gehören

- Rechtsanwälte ohne Prozessvollmacht, vgl. § 10 Abs. 2 Satz 1 FGG-RG
- Juristen mit Befähigung zum Richteramt, vgl. § 10 Abs. 2 Nr. 2, 2. Variante.

⁴ Nach Maßgabe des Landesrechts auch ein rechtsfähiger Verein, vgl. § 54 Abs. 1 S. 2 SGB VIII.

⁵ Nach Abs. 2 Nr. 2 idF des Entwurfs des Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren (Referentenentwurf der Bundesregierung vom 26. April 2007) kann Gegenstand auch der Antrag auf Ersetzung der Einwilligung sein.

⁶ Palandt, BGB, 65. Aufl. 2006, § 1617 Rz. 1. Nach Schlüter, Familienrecht, 12. Aufl. 2006, S. 252, Lüderitz/ Dethloff, Familienrecht, 28. Aufl. 2007, S. 382 Rz. 235, Rauscher, Familienrecht, 2. Aufl. 2008, S. 957 Rz. 1094 stehen Vertretungsrecht des Elternteils und des Beistands nebeneinander.

- Volljährige Familienangehörige und Personen, die als solche gelten (§ 11 LPartG), vgl. 1. Variante.
- Sonstige (volljährige) Personen, die vom Gericht zugelassen werden, wenn ... hierfür ... ein Bedürfnis besteht.

Beistände unterscheiden sich offensichtlich von Bevollmächtigten durch das Fehlen der Bevollmächtigung. Daraus folgt, dass Beistände im Sinne des § 12 FGG-RG keinerlei Rechte für den Beteiligten wahrnehmen können und auf juristischen Rat und psychischen Hilfestellung eingeschränkt sind. Eine solche Unterstützung kann auch für Minderjährige sinnvoll sein. Beistände stellen eine begrenzte Öffentlichkeit dar, die Möglichkeit eigener Stellungnahme ist ihnen nicht eingeräumt. Nur nach § 68 a Satz 4 FGG, § 279 Abs. 3 FGG-RG kann dem Betroffenen nahe stehenden Personen Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden (vgl. auch § 1847 BGB). Auch der nach § 138 FGG-RG beigeordnete Rechtsanwalt ist nach Absatz 2 ohne Prozessvollmacht und nur Beistand.

Vorschlag: a) (Ergänzung von **§ 12 FGG-RG**) „Das Gericht soll auf Wunsch des Minderjährigen eine Person als Beistand zulassen.“ b) (Ergänzung von **§ 12 FGG-RG**) „Auf Verlangen des Beteiligten ist dem Beistand Gelegenheit zur Äußerung zu geben.“

Beteiligte als Beistände aufzuführen, §§ 10 Abs. 2 Nr. 2 3. Var., 12 Satz 2 FGG-RG, erscheint hingegen verfehlt.

Vorschlag: (Ergänzung von **§ 12 Satz 2 FGG-RG**) „Beteiligte sind als Beistände ausgeschlossen.“

c) Der Beistand nach **§ 69 JGG** hat hingegen in der Hauptverhandlung die Rechte des Verteidigers, im Verfahren nach **§ 151 Nr. 8 FGG-RG** kann er auf veränderte Umstände (vgl. § 53 JGG) hinweisen.

d) Die Bestellung eines Verfahrensbeistands kommt nur in Betracht, wenn der Minderjährige Beteiligter ist. Die Voraussetzungen für die Bestellung eines Verfahrensbeistands sind in **den §§ 158, 174, 191, 270 iVm 158 FGG-RG** nicht einheitlich gefasst. § 158 FGG-RG knüpft die Pflicht entweder an den Antrag des 14 Jahre alten Minderjährigen, Abs. 2 Nr. 1, oder an eine (potentielle) Konflikt- und Gefahrensituation. §§ 174, 191 FGG-RG sehen ebenfalls die Möglichkeit vor, dass der Minderjährige einen Antrag stellt, stellen aber sonst darauf ab, ob die Bestellung zur Wahrnehmung von Interessen des Minderjährigen erforderlich ist. Anwaltliche Vertretung des Minderjährigen schließt Verfahrensbeistandschaft in der Regel aus (§ 158 Abs. 5 FGG-RG). Unterbleiben soll die Bestellung auch, wenn der Minderjährige durch Vormund oder Ergänzungspfleger vertreten wird; Interessenskonflikte zwischen dem Minderjährigen und diesen sollten mit den Mitteln des Vormundschaftsrechts zu verhindern sein. Die Aufgaben des Verfahrensbeistands sind in § 158 Abs. 4 FGG-RG dezidiert umschrieben⁷. Da der Verfahrensbeistand „... das Interesse des Kindes im gerichtlichen Verfahren zur Geltung zu bringen [hat]“ (Satz 1) und „im Interesse des Kindes Rechtsmittel einlegen“ [kann] (Satz 4), jedoch Satz 5 ausdrücklich festhält, dass der Verfahrensbeistand nicht gesetzlicher Ver-

⁷ Zu §§ 158, 174 FGG-RG sehr kritisch die Stellungnahme des Bundesrates, Anlage 2 S. 376 ff.

treter des Kindes ist, sind seine prozessuale Stellung und seine Rechte unscharf bezeichnet. Dass Verfahrensbeistandschaft wie Verfahrenspflegschaft außergerichtliche Vertretung nicht umfassen, versteht sich von selbst. Soll Satz 5 auch die Vertretung des Kindes im Verfahren ausschließen, müsste bei entgegenstehenden Interessen von Elternteil und Kind, bei Konfliktlagen zwischen Elternteil und Minderjährigem und deshalb drohender Beeinträchtigung von Rechten im Verfahren statt eines Verfahrensbeistands oder zusätzlich zum Verfahrensbeistand ein Verfahrenspfleger bestellt werden. Der Verfahrensbeistand hätte nach der Begründung⁸ (Verfahrensbeistandschaft als Unterstützung des Kindes durch dritte Person, S. 238) prozessual nur die Stellung eines Beistands im Sinne des § 12 FGG-RG. Lediglich psychischer Beistand und gegebenenfalls rechtlicher Rat würden dem Rechtsschutzbedürfnis, als subjektivem im Fall von § 158 Abs. 2 Nr. 1 FGG-RG, als objektivem Rechtsschutzbedürfnis im Fall von Nr. 2 bis 6, aber jedenfalls dann nicht genügen, wenn der Minderjährige nicht verfahrensfähig ist. Das würde auch nicht dadurch ausgeglichen, dass nach Satz 4 der Verfahrensbeistand aus eigenem Recht beschwerdebefugt ist.

Nur soweit der Minderjährige verfahrensfähig ist, wäre Verfahrensbeistandschaft als Unterstützung bei der eigenen Wahrnehmung seiner Rechte im Verfahren ausreichend. Im Übrigen ist die Verfahrensbeistandschaft als Verfahrenspflegschaft auszugestalten. Der Verfahrenspfleger hat alle Rechte des Vertretenen im Prozess, sie sind im objektiven Interesse des Beteiligten auszuüben.

Vorschlag: a) Die Bezeichnung „Verfahrensbeistand“ ist zu überdenken, da im Anwendungsbereich des FGG-RG drei weitere „Beistände“ mit je unterschiedlicher Stellung im Verfahren vorkommen. b) Die Verfahrensbeistandschaft für verfahrensfähige Minderjährige kann als Beistandschaft im Sinne des **§ 12 FGG-RG** ausgestaltet werden. Die Verfahrensbeistandschaft für Minderjährige, die vertreten werden müssen, ist als Verfahrenspflegschaft auszugestalten; es muss eindeutig geregelt sein, dass der Verfahrensbeistand **Rechte und Pflichten eines Verfahrenspflegers** hat und den Minderjährigen im Verfahren vertritt⁹. Die Verweisung auf **§ 158 Abs. 8 FGG-RG analog** ist auch in § 174 FGG-RG vorzusehen.

Fasst man die Aufgabe des Verfahrensbeistands als Vertretung des Minderjährigen im Verfahren¹⁰, wird das Vertretungsrecht des Sorgeberechtigten eingeschränkt. Daraus resultieren Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Bestellung auf Wunsch des Minderjährigen. Die Wahrnehmung sorgerechtllicher Pflichten und Rechte vom Willen des Minderjährigen abhängig zu machen, ist bisher jedenfalls dem BGB fremd.

Vorschlag: § 158 Abs. 2 Nr. 1 FGG-RG ist zu streichen.

⁸ In der Gegenäußerung der Bundesregierung zu § 158 FGG-RG, Anlage 2 S. 415 f., wird jedoch von der Beibehaltung der bewährten Verfahrenspflegschaft gesprochen.

⁹ Das gilt auch für die Verfahrensbeistandschaft in Unterbringungssachen.

¹⁰ Ähnlich Jakobi, FamRZ 2007, 1709.

Zu 3: Beratungspflichten des Gerichts, des Jugendamtes und des Sachverständigen; Kosten

Im Verfahren in Familiensachen hat das Gericht nach **§ 26 FGG-RG** von Amts wegen die erforderlichen Ermittlungen durchzuführen; die Verfahrensleitung obliegt dem Gericht (§ 28 Abs. 1 FGG-RG). Der Gesetzentwurf sieht überdies die Pflicht zu Hinweisen und außergerichtlicher Beratung und zur Vermittlung im Verfahren vor. Dies soll näher dargestellt werden.

- a) Nach **§§ 135 Abs. 1, 156 Abs. 1 Satz 3 FGG-RG** hat das Gericht auf Informationsgespräche über Mediation mit Dritten oder eine sonstige Möglichkeit außergerichtlicher Streitbeilegung hinzuweisen. Nur nach § 135 Abs. 1 FGG-RG kann die Teilnahme bei anhängigen Folgesachen auch angeordnet werden. Die Nichtteilnahme kann bei der Verteilung der Kosten Berücksichtigung finden (§ 150 Abs. 4 Satz 2 FGG-RG).
- b) Auf Beratungsangebote ist nach **§§ 128 Abs. 2, 136 Abs. 4, 156 Abs. 1 Satz 2 und § 165 Abs. 3 Satz 3 FGG-RG** hinzuweisen. Nur nach § 156 Abs. 1 Satz 4 kann die Teilnahme angeordnet werden. Wird der Anordnung nicht entsprochen, können dem Beteiligten (teilweise) die Kosten des Verfahrens auferlegt werden (§ 81 Abs. 2 Nr. 5 FGG-RG). Die Umsetzung der im Gesetzentwurf vorgesehenen Beratungspflichten erfolgt zwar nicht ausschließlich, aber weithin durch die Jugendämter. Sozialrechtliche Grundlagen sind dafür §§ 17 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 18 Abs. 1 und 3 SGB VIII und, im Rahmen der Hilfe zur Erziehung, §§ 27 Abs. 2, 28 SGB VIII. Diese Leistungen werden nach dem SGB VIII nur auf Antrag erbracht, eine Anordnungsbefugnis des Gerichts gegenüber der Behörde ist nicht gegeben¹¹. Eine Heranziehung der Leistungsempfänger zu den Kosten ist nach SGB VIII ausgeschlossen.

Vorschlag: a) Auch im Rahmen des Vermittlungsverfahrens (§ 165 FGG-RG) sollte die Möglichkeit der Verpflichtung zur Beantragung einer entsprechenden Beratung vorgesehen werden. b) Wird die Verpflichtung zur Beantragung einer Beratungsleistung angeordnet, sind die Kosten der Beratung als Kosten des Verfahrens (**§ 81 FGG-RG**) einzuordnen.

- c) Das Jugendamt hat aber nicht nur Anträgen auf Beratung zu entsprechen, sondern ist auch verpflichtet im Verfahren beratend teilzunehmen¹². Vorgesehen ist in Kindschaftsachen die Mitwirkung zur Streitbeilegung im Termin (**§§ 156 Abs. 1 iVm Abs. 3 Satz 1, 165 Abs. 2 und 3 FGG-RG**), die Erörterung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung (**§ 156 Abs. 3 FGG-RG**) und die Erörterung der Maßnahmen bei Kindeswohlgefährdung (**§ 157 Abs. 1 FGG-RG**). Diese Aufgaben gehen über den Umfang der Mitwirkungspflichten nach bisheriger Rechtslage weit hinaus und verursachen erhebliche Personalkosten.

Vorschlag: Nimmt das Jugendamt beratend am Verfahren teil, entfällt die Pflicht zur Stellungnahme.

¹¹ Münchener Kommentar- Olzen, FamR II, 4. Aufl. 2002, § 1666 Rz. 176, anders aber Münchener Kommentar- Strick, § 50 SGB VIII Rz. 2, im Verfahren nach § 1666 BGB.

¹² Ablehnend für die bestehende Rechtslage Münchener Kommentar- Strick, FamR II, 4. Aufl. 2002, § 50 SGB VIII Rz. 5.

- d) In Kindschaftssachen kann das Gericht nach **§ 163 Abs. 2 FGG-RG** anordnen, dass der Gutachter auf die Herstellung des Einvernehmens zwischen den Beteiligten hinwirken soll¹³. Diese Pflicht des Sachverständigen ist mit den Aufgabe objektiver Beurteilung schwer zu vereinbaren, da sie einen Perspektivwechsel¹⁴ vorsieht, pädagogische Kompetenzen verlangt und Bemühungen wiederholt, die nach dem Gesetzentwurf dem Gericht, gegebenenfalls auch dem Verfahrensbeistand aufgegeben sind.

Vorschlag: § 163 Abs. 2 FGG-RG ist zu streichen.

Zu 4: Beteiligtenstatus des Jugendamtes und Umfang der Anhörungspflichten

Die Aufgaben der Jugendämter in gerichtlichen Verfahren sind komplex¹⁵. Den Aufgaben entsprechend variiert die Stellung des Jugendamtes im gerichtlichen Verfahren. Die Komplexität ist weiter erhöht worden, indem der Gesetzentwurf vorsieht, dass das Jugendamt auf Antrag als Beteiligter hinzuzuziehen ist, wenn das Gesetz Anhörung des Jugendamtes vorschreibt.

- a) Als Amtsvormund oder Amtspfleger ist das Jugendamt gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen und hat die dem Minderjährigen als Beteiligtem nach dem FGG-RG zukommenden Rechte und Pflichten; es ist nicht selbst beteiligt¹⁶.
- b) Verfahrenspflegschaften¹⁷ können auch als Amtspflegschaften begründet werden. Der Vertreter des Minderjährigen ist nicht selbst Beteiligter.
- c) Das Jugendamt muss nach dem Gesetzentwurf in kindschaftsrechtlichen Verfahren auf Antrag¹⁸ in Verfahren beteiligt werden, bei denen es anzuhören ist, **§§ 7 Abs. 2 Nr. 2, 162 Abs. 2 FGG-RG**, in betreffenden Lebenspartnerschaftssachen (**§§ 270 Abs. 1, 162 Abs. 2 FGG-RG**), außerdem nach **§ 212 FGG-RG iVm § 2 GewSchG**, nach **§ 172 Abs. 2 FGG-RG** bei Vaterschaftsanfechtungsverfahren, nach **§ 188 Abs. 2 FGG-RG** in Adoptionssachen sowie nach **§ 204 Abs. 2 FGG-RG** in Wohnungszuweisungssachen. Die Beteiligtenstellung bringt die Wahrnehmung zahlreicher Rechte und Pflichten mit sich. Wird das Jugendamt auf Antrag hinzugezogen, ist dessen Beteiligtenstellung, nicht aber die Ausrichtung der daraus folgenden Handlungskompetenz von der Stellung des Minderjäh-

¹³ Zu Ermittlungsauftrag und seiner Ermöglichung Schwab (Hrsg.), Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl. 2004, S. 174 Rz. 472.

¹⁴ Heiter, KindPrax 2004, 88.

¹⁵ Die geplante Änderung des § 640 d ZPO durch den Entwurf des Gesetzes zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft (BR- Dr. 624/ 06) würde weitere Mitwirkungspflichten einführen, das Buch 6 wird aber durch Art. 29 Nr. 15 FGG-RG aufgehoben.

¹⁶ AA Finke/ Garbe, Familienrecht in der anwaltlichen Praxis, 4. Aufl. 2001, S. 405 Rz. 39.

¹⁷ Gernhuber/ Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 50 Rz. 12 f., Münder u.a., FK zum SGB VIII, 5. Aufl. 2006, § 50 Rz. 20 ff.

¹⁸ Heiter, Kind-Prax 2005, 219.

rigen unabhängig. Die Beteiligtenstellung ist für das Jugendamt, da es in den Gesamtverlauf der Verfahren einbezogen wird, arbeitsaufwändig und kostenintensiv. Sie verschafft dem Jugendamt eine von § 50 Abs. 1 SGB VIII nicht abgedeckte weitere Verantwortlichkeit und birgt überdies, da § 158 Abs. 8 FGG-RG nicht für analog anwendbar erklärt ist, das Risiko, an den Verfahrenskosten beteiligt zu werden (§ 81 Abs. 1 FGG-RG, dessen Abs. 3 ebenfalls nicht analog anwendbar ist). Meine Rückfrage bei der Praxis stieß auf Bedenken und Ablehnung. Erfolgt eine Anhörung ohne Hinzuziehung, besteht keine Beteiligtenstellung¹⁹, wohl aber Beschwerderecht in den im Gesetz ausdrücklich geregelten Fällen (§§ 162 Abs. 3 Satz 2, 176 Abs. 2 Satz 2, 194 Abs. 2 Satz 2, 205 Abs. 2 Satz 2 FGG-RG).

Vorschlag: a) §§ 162 Abs. 2, 172 Abs. 2, 188 Abs. 2, 204 Abs. 2, 212 sind zu streichen. b) Werden die Regelungen beibehalten, ist jeweils **§ 158 Abs. 8 FGG-RG** für **analog** anwendbar zu erklären.

d) Der Schwerpunkt der Verfahrensaufgaben des Jugendamtes liegt aber zweifelsfrei auf der Mitwirkung im Wege der Anhörung²⁰. Konnte die in § 50 Abs. 1 SGB VIII bestehende Differenzierung zwischen der Unterstützung des Gerichts und der Mitwirkung in Verfahren unter Bezug auf §§ 49, 49 a FGG bislang dahingehend gedeutet werden, dass die Anhörung in den dort genannten Verfahren obligatorisch, im Übrigen aber fakultativ und nur von der Amtsermittlungspflicht im Einzelfall gesteuert war, muss diese Auffassung angesichts der Neuregelung aufgegeben werden. Es sind dadurch Anhörungspflichten auch für Verfahren begründet, bei denen bisher eine solche Pflicht nicht oder nicht zwingend besteht. Der Katalog der §§ 49, 49 a FGG lässt nach meiner Auffassung eine sinnvolle Differenzierung unter den verschiedenen Gruppen von gerichtlichen Verfahren erkennen, die der Gesetzentwurf nur teilweise übernimmt. Wenn die Begründung des Gesetzentwurf von „einer gewissen Erweiterung“ der Anhörungspflichten redet und fünf Vorschriften nennt (S. 242), entspricht dies nicht der künftigen Rechtslage.

Verfahren in Angelegenheiten, die die Person des Minderjährigen betreffen:

1) Keine Anhörungen gibt es nach geltender Rechtslage in den namensrechtlichen Amtsverfahren nach §§ 1617 Abs. 2 Satz 1, 1618 Satz 4 BGB und nach § 1765 Abs. 2 BGB; jedoch nach § Nr. 18 Abs. 1c des NamÄndVwV in Verfahren nach dem NamensänderungsG.

2) Keine Anhörung gibt es derzeit in verwandtschaftsrechtlichen Verfahren²¹. Für Adoptionsverfahren ist in Ersetzungsverfahren nach § 1746 BGB keine Anhörung vorgeschrieben.

¹⁹ Nach Borth, FamRZ 2007, 1928 und Willutzki, Kindschaftsrecht und Jugendhilfe, 2006, S. 228 wird das Jugendamt automatisch Beteiligter, wenn ein Sachantrag gestellt wird; dito Begründung zu § 162 FGG-RG, S. 241. Wegen der Amtsermittlungspflicht sind aber Beweisanregungen möglich und ausreichend.

²⁰ Zum Inhalt der Äußerung Wiesner (Hrsg.), SGB VIII, 3. Aufl. 2006, Anhang § 50 S. 948 Rz 11 ff.

²¹ Soweit sie das Jugendamt als Amtsvormund oder Beistand betreibt, erfolgt die Anhörung (nur) nach §§ 640 Abs. 1, 2. HS, 613 ZPO analog; § 640 ZPO wird durch Art. 29 Nr. 15 FGG-RG aufgehoben.

3) Von den Antragsverfahren in personensorgerechtlichen Angelegenheiten fehlen im Katalog des § 49 a FGG die Verfahren nach § 1626 c Abs. 2 Satz 3 BGB (Ersetzung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eines minderjährigen Elternteils zu dessen Sorgeerklärung), und § 1672 Abs. 2 Sätze 1 und 2 BGB (Rückübertragung des Alleinsorgerechts auf die Mutter eines nichtehelichen Kindes oder Begründung gemeinsamen Sorgerechts für das nichteheliche Kind), da die Interessen und das Wohl des Kindes zwar berührt, nicht aber direkt betroffen sind. Für Verfahren nach § 1672 Abs. 2 BGB wurde die erweiternde Auslegung des § 49 a FGG empfohlen²².

4) Keine Anhörungen gibt es de lege lata auch bei Ersuchen um Genehmigung nach § 1821 Nr. 6 und 7 BGB (Abschluss eines Lehrvertrages, Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses)

5) Von den eingriffsorientierten Amtsverfahren sind in § 49a FGG die Verfahren nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 3, 1796 BGB analog (Entziehung der Vertretungsmacht), § 1674 (Feststellung des Ruhens und revozierender Beschluss) und die Abänderung einer Sorgerechtsübertragung nach § 1696 Abs. 1 BGB nicht aufgeführt; diese einzubeziehen entspricht langjährigen Forderungen. Dasselbe gilt auch für die Rückübertragung des Sorgerechts nach Besserung der Erziehungsbedingungen und der Erziehungsfähigkeit, § 1696 Abs. 2 BGB. Die Eilbedürftigkeit bei gerichtlichen Maßnahmen nach §§ 1693, 1846 BGB erklärt hingegen in diesen Fällen den Verzicht auf die Anhörung nach bisheriger Rechtslage.

6) Bezüglich der Zuständigkeiten des Gerichts in Hinsicht auf die Regelung der Ausübung der elterlichen Sorge gibt es nur im Verfahren nach § 1631 Abs. 3 BGB (Unterstützung bei der Ausübung der Personensorge) eine Mitwirkungspflicht. Das ist sinnvoll, da bei entsprechendem Hilfebedarf der Eltern in der Regel bereits Kontakt mit der Jugendhilfe besteht oder Leistungen der Jugendhilfe in Betracht kommen. Die übrigen Verfahren sind hingegen in § 49a FGG nicht genannt. Rechtsgrundlagen für entsprechende Verfahren sind § 1628 BGB (Übertragung der Alleinentscheidungsbefugnis im Einzelfall), § 1630 Abs. 2 BGB (Entscheidung von Konflikten zwischen Eltern[teil] und Pfleger), §§ 1687 Abs. 2, 1687a iVm. 1687 Abs. 2, 1687b Abs. 3, 1688 Abs. 3 und 4, 1751 Abs. 1 Satz 5 iVm. 1688 Abs. 3 Satz 2 BGB; 9 Abs. 3 LPartG (Regelung der Wahrnehmung elterlicher Sorge); § 1798 BGB (Meinungsverschiedenheiten unter mehreren Vormündern); § 1686 BGB (Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes). Alle Verfahren verbindet, dass es um die Beilegung von einzelfallbezogenen Streitigkeiten geht, nie um Sorgerechtsregelungen als solche. Dazu können auch Verfahren nach § 1801 BGB gerechnet werden.

7) Von den Verfahren in Ehesachen, soweit Minderjährige betroffen sind, ist nach geltender Rechtslage nur die Anhörung bei nachträglicher Genehmigung einer Ehe, die unter Verstoß gegen das Gebot des § 1303 Abs. 1 BGB geschlossen wurde, vergessen worden (vgl. § 1315 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB).

8) Die Anhörung der Jugendämter soll nach § 49 a Abs. 2 FGG bei Wegweisungen nach § 2 GewSchG erfolgen, soweit Kinder im Haushalt der Beteiligten leben.

²² Vgl. Bohnert in Hauck/Noftz, SGB VIII, K § 50 Rz. 36 f.

9) Ebenfalls nicht obligatorisch ist nach § 49 a Abs. 2 FGG die Anhörung des Jugendamtes bei gerichtlicher Zuweisung der Ehewohnung, wenn Kinder im Haushalt des Ehegatten wohnen.

10) In Verfahren zur Bestellung eines Vormunds oder Pflegers richten sich die Mitwirkungspflichten nach § 53 Abs. 1 SGB VIII, eine Anhörung ist in § 1779 Abs. 1 BGB vorgesehen.

Verfahren in vermögenssorgerechtliche Angelegenheiten:

11) Keine Anhörungen gibt es nach geltender Rechtslage in Verfahren zu gerichtlichen Anordnungen in Vermögenssorgeangelegenheiten, bei Genehmigungen, Ermächtigungen und Entscheidungen nach §§ 1856 f. BGB. Selbst die Prüfung, ob das Vermögenssorgerecht entzogen werden soll, erfolgt ohne obligatorische Anhörung. Das ist auch konsequent, da die Jugendämter in Angelegenheiten der Vermögenssorge überhaupt nicht beraten; auch die Beratung von Vormündern und Pflegern ist auf Fragen des erzieherischen Bedarfs beschränkt. Kontrolle der Vermögenssorge ist bislang nicht Aufgabe des Jugendamtes, lediglich die Kenntnis von Vermögenssorgerechtsverstößen verpflichtet die Jugendämter zur Information des Gerichts, § 53 Abs. 3 Satz 5 SGB VIII. Keine Mitwirkung besteht in Verfahren, bei denen es um Aufwendungsersatz, Aufwandsentschädigung oder Vergütung geht.

12) In Verfahren über den Unterhaltsanspruch eines Minderjährigen ist das Jugendamt als gesetzlicher Vertreter auskunftsverpflichtet nach Maßgabe des § 643 Abs. 1 ZPO²³, eine Anhörung erfolgt nach geltender Rechtslage nicht. Auch für die Entscheidung über Auskunftsansprüche nach § 1605 BGB besteht keine Anhörungspflicht.

Nach **§ 162 Abs. 1 FGG-RG** hat das Gericht in allen kindschaftsrechtlichen Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, das Jugendamt anzuhören²⁴. Diese Vorschrift wird ergänzt durch **§ 176 Abs. 1 FGG-RG** (Anhörung in Verwandtschaftssachen²⁵), **§ 194 Abs. 1 FGG-RG** (Anhörung in Adoptionssachen), **§ 205 FGG-RG** (Anhörung in Wohnungszuweisungssachen), **§ 213 FGG-RG** (Anhörung in Verfahren nach § 2 GewSchG) und **nach §§ 269 Abs. 1 Nrn. 3 und 4, 270 FGG-RG** (Lebenspartnerschaftssachen).

Fasst man die Übersicht zusammen, zeichnet sich ab, dass eine obligatorische Anhörung des Jugendamtes **in den in Nr. 1 bis 6 aufgeführten Verfahren zu den bislang bereits vorgesehenen Verfahren hinzukommt**, in den in den **Nr. 8 und 9** genannten Verfahren ist die Anhörung nunmehr **Pflicht**, die Anhörungspflichten in Vormundschafts- und Pflegschafts-

²³ Wegfall durch Art. 29 Nr. 15 FGG-RG.

²⁴ Zur strittigen Frage, ob das Jugendamt frei entscheiden kann, ob und in welcher Weise es seinen Gesetzesauftrag erfüllt Fieseler/ Schleicher/ Busch (Hrsg.) Kinder- und Jugendhilferecht, Loseblatt Stand 09/07 § 50 Rz. 12 bis 21, 31 f.; zur Auslegung der Mitwirkung als Pflicht auch Kunkel (Hrsg.), SGB VIII, 3. Aufl. 2006, § 50 Rz. 7.

²⁵ Soweit die Begründung zu § 171 Abs. 2 Satz 3 FGG-RG auf S. 244 f. die Anhörung des Jugendamtes zur Sachverhaltsermittlung im Falle einer Anfechtung durch die Behörde nach § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB-E vorsieht, bestehen dagegen erhebliche Bedenken; die Anhörung des Jugendamtes hat immer (nur) die Aufgabe erzieherische Umstände vorzutragen.

sachen gehen **über Nr. 10 hinaus**. Nach § 151 Nr. 8 FGG-RG ist die Anhörung überdies in Verfahren vorgeschrieben, bei denen eine familienrichterliche Zuständigkeit **nach dem JGG** besteht. Da in diesen Verfahren nach §§ 52 SGB VIII, 38, 43 JGG die Jugendgerichtshilfe mitwirkt, führt die Pflicht zur Stellungnahme (tätig wird der Mitarbeiter des Allgemeinen Sozialen Dienstes im Jugendamt) zu einer Dopplung, da es Aufgabe der Jugendgerichtshilfe ist, über die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten und zum erzieherischen Bedarf Stellung zu nehmen. Außerdem führt es zu einer prozessual schwer erträglichen Komplikation hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Stellung des Jugendamtes.

Anhörungen in Ehesachen (Nr. 7) sind hingegen im Gesetzentwurf nicht vorgesehen.

Keine Anhörungen wird es auch in Zukunft in vermögenssorgerechtlichen Verfahren geben.

Die Vielzahl der Verfahren, in denen die Anhörung nicht nur Pflicht des Gerichts, sondern vor allem **Pflicht des Jugendamts** zu fachlich begründeter Stellungnahme ist - mit höchst unterschiedlicher Tragweite der jeweiligen Entscheidung mit Blick auf das Kindeswohl - überstrapaziert erstens die Leistungsfähigkeit der Jugendämter. Sie schränkt zweitens die Unabhängigkeit des Familienrichters mit Blick auf das Amtsermittlungsprinzip ein, steht drittens dem Beschleunigungsgebot entgegen und verursacht viertens hohe Kosten. Aus jugendhilferechtlicher Sicht ist überdies zu betonen, dass zentrale Aufgaben der Jugendhilfe bleiben müssen: die Beratung²⁶ von Sorge-, Erziehungs- und Umgangsberechtigten mit dem doppelten Ziel der Sicherung des Kindeswohls wie der Vermeidung gerichtlich ausgetragener Konflikte, die Deckung weiterreichenden Hilfebedarfs durch Gewährung und Umsetzung von erzieherisch ausgerichteten Sozialleistungen und der präventive wie eingreifende Kinder- und Jugendschutz. Das Bemühen, die richterliche Entscheidung und ihre Folgen verstärkt auf Aspekte der Sicherung des Kindeswohls auszurichten, indem das Jugendamt als Fachbehörde angehört werden muss, gehorcht einem lobenswerten Impetus, der im Gesetzentwurf vorgesehene Umfang verkennt aber das Machbare und ist überdies geeignet, die Mitwirkung des Jugendamtes im Verfahren zu diskreditieren, da eine personen- und problemangemessene Stellungnahme umfangreiches Datenmaterial, ausführliche Gespräche mit den Betroffenen und Zeit verlangt, und es oft an allem fehlt. Fachkompetenz ist überdies nur bei erzieherischen Fragestellungen gegeben.

Vorschlag: a) Es ist dem Jugendamt ein von der Beteiligtenstellung (**§ 7 FGG-RG**) unabhängiges, umfassendes Recht auf Gehör in allen Verfahren zu geben, bei denen Angelegenheiten eines Minderjährige betroffen sind. b) Die Zahl der Verfahren, in denen das Jugendamt anzuhören und daher das Jugendamt Stellung zu nehmen verpflichtet ist, ist drastisch zu reduzieren. c) Es ist die Pflicht der Beteiligten zur Mitwirkung bei der Vorbereitung der Stellungnahme des Jugendamtes in **§ 27 FGG-RG** aufzunehmen. d) Für Kenntnisse aus der Beratung nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 SGB VIII ist eine Übermittlungsbefugnis in § 65 Abs. 1 SGB VIII aufzunehmen. d) Die Stellungnahme des Jugendamtes ist kostenrecht-

²⁶ Soweit die Änderung des § 50 Abs. 2 durch Art. 50 Nr. 3 c) FGG-RG eine Information über Inhalte des Beratungsprozesses vorsieht, fehlt weiterhin eine Übermittlungsbefugnis, da § 69 Abs. 1 Nr. 1 SGB X für Beratungsdaten nicht anwendbar ist.

lich wie die Anhörung des Sachverständigen zum Beispiel nach § 68 b Abs. 4 Satz 1 FGG einzuordnen (§ 81 FGG-RG).

Zu 5: Aufgaben des Jugendamtes bei Vollzug und Vollstreckung von Beschlüssen in Familiensachen

Der Gesetzentwurf beabsichtigt, in Amtsverfahren die Vollstreckung der Entscheidung ebenfalls als Amtsverfahren durchführen zu lassen. Nach der Begründung (S. 217) wird „die Vollstreckung dann von Amts wegen veranlasst und durchgeführt, wenn auch das Amtsverfahren von Amts wegen eingeleitet werden kann“. In § 88 Abs. 2 FGG-RG sind dem Jugendamt auch in Vollstreckungsverfahren Aufgaben zugewiesen.

- a) Nach **§ 87 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG** wird das Gericht „in Verfahren, die von Amts wegen eingeleitet werden können, von Amts wegen tätig und bestimmt die im Fall der Zuwiderhandlung vorzunehmenden Vollstreckungsmaßnahmen“. Diese Pflicht ist zu unterscheiden von der gerichtlichen Befugnis zu Festsetzung von Zwangsgeld und Zwangshaft nach § 35 Abs. 1 FGG-RG. Die Festsetzung von Zwangsgeld und Zwangsmaßnahmen erfolgt zur Durchsetzung gerichtlicher Anordnungen mit vollstreckbarem Inhalt (Vornahme oder Unterlassung bestimmter Handlungen) im Verfahren. Für die Durchsetzung verfahrensleitender Anordnungen spielt es keine Rolle, ob das laufende Verfahren von Amts wegen oder auf Antrag eingeleitet ist. §§ 86 ff. FGG-RG betreffen hingegen die Vollstreckung verfahrensabschließender Entscheidungen²⁷ iSd § 86 Abs. 1 FGG-RG²⁸; für die örtliche Zuständigkeit bei Vollstreckung von Herausgabebeschlüssen stellt § 88 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG darauf ab, in welchem Gerichtsbezirk „die Person“²⁹ zum Zeitpunkt der Einleitung der Vollstreckung ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Undeutlich wird die Rechtslage überdies durch § 87 Abs. 1 Satz 2 FGG-RG, der einräumt, dass „der Berechtigte die Vornahme von Vollstreckungshandlungen beantragen“ und das Gericht den Antrag ablehnen kann. Vollstreckungsmaßnahmen sind die Festsetzung von Ordnungsmitteln³⁰ und die Anordnung der Anwendung unmittelbaren Zwangs, §§ 89 f. FGG-RG³¹. Die Belehrung über die Folgen einer Zuwiderhandlung (**§ 89 Abs. 2 FGG-RG**) ist nicht (mehr) Bestandteil des Vollstreckungsverfahrens. Dass im Vollstreckungsverfahren das Gericht

²⁷ Nach Gaul, in FS für Ishikawa, 2001, S. 116 f., weitere Nachweise in FN 144, ist selbst im Antragsverfahren nach § 1632 Abs. 3 BGB von Amts wegen zu vollstrecken; ebenso Bassenge/ Roth, FGG RPfIG, 11. Aufl. 2007, § 33 Rz. 7 f.

²⁸ Undeutlich ist die Gruppe der Beteiligten, deren Einvernehmen vorliegen muss. Gegen die Vollstreckbarkeit gerichtlich gebilligter Vergleiche in Umgangssachen Schweitzer, Die Vollstreckung von Umgangsregelungen, 2007, S. 75, 78 f., 163.

²⁹ Nach geltender Rechtslage ist örtlich zuständig das Gericht am Wohnsitz des Kindes (§§ 64, 36 FGG analog), anders nach §§ 10, 12 IntFamRVG.

³⁰ Vgl. § 44 IntFamRVG, der entfallen soll, Art. 45 1. a) und 9. FGG-RG.

³¹ Vgl. Beschluss des Bundesrates zu §§ 88 ff., Anlage 2 S. 371.

die Vollstreckungshandlungen anordnet, ist nicht zu verwechseln mit der Einleitung des Vollstreckungsverfahrens durch das Gericht. Die Vollstreckung aller in Amtsverfahren ergehenden abschließenden Entscheidungen einschließlich der Kostenfestsetzungsbeschlüsse (vgl. § 81 Abs. 1 Satz 3 FGG-RG) ist unzweckmäßig und völlig unpraktikabel; überlegen ließe sich allenfalls die amtsseitige Vollstreckung von Beschlüssen über die Herausgabe eines Minderjährigen, da der betreffende Beschluss den Widerspruch der Sachlage zur Aufenthaltsbestimmung des Aufenthaltsbestimmungsberechtigten ausweist und das Vorliegen einer zumindest abstrakten Gefährdungslage voraussetzt. Aber auch dagegen sprechen gewichtige Gründe: Erstens ist das Verfahren auf Herausgabe des Kindes nach § 1632 Abs. 3 iVm Abs. 1 BGB ein Antragsverfahren. Zweitens werden in der Praxis nur ein Bruchteil der Herausgabebeschlüsse auch vollstreckt³², da sich häufig die Einstellungen der Beteiligten oder die Umstände ändern oder der Aufenthaltsbestimmungsberechtigte menschliche Nöte und Kosten scheut. Eine Vollstreckung ohne vorgehenden Antrag des Herausgabeberechtigten würde daher die Fallzahlen erheblich erhöhen, damit die Gerichte stärker in Vollstreckungsverfahren einbinden, und dem Recht des Herausgabeberechtigten zur Änderung der Aufenthaltsbestimmung als Bestandteil seines Personensorgerechts widersprechen. Auch der Schutz des Kindeswohls verlangt nicht zwingend eine Amtsvollstreckung, da das Jugendamt nach § 42 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII im Fall akuter Gefährdung des Wohl des Minderjährigen zur Inobhutnahme verpflichtet ist und in diesem Falle auch polizeiliche Gefahr besteht, so dass eine Zuführung durch die Polizei erfolgen kann. Steht nach Änderung der Sachlage das Kindeswohl der Herausgabe entgegen, ist der Vollstreckungsantrag abzulehnen.

Vorschlag: § 87 Abs. 1 FGG-RG lautet: „Das Gericht wird nur auf Antrag tätig. Es bestimmt die vorzunehmenden Vollstreckungshandlungen. Wird der Antrag abgelehnt, ergeht die Entscheidung als Beschluss.“

b) Nach **§ 88 Abs. 2 FGG-RG** „leistet [das Jugendamt] dem Gericht in geeigneten Fällen Unterstützung.“ Wegen der Einordnung dieser Pflicht in § 88 FGG-RG sieht der Gesetzesentwurf eine Unterstützung³³ daher nur bei der Vollstreckung von Herausgabebeschlüssen, nicht auch im Rahmen des § 35 FGG-RG vor. Folgt man dem Vorschlag und schließt eine Vollstreckung von Amts wegen aus, käme eine Unterstützung bei der Auswahl der Vollstreckungshandlungen nach vollstreckungsverfahrenseinleitendem Antrag in Betracht. Diese wäre als Anhörung über die Auswirkungen der Maßnahme auf das Wohl des Kindes denkbar. Da der Herausgabebeschluss festschreibt, dass die Rückführung oder die Herausgabe zum Zweck des Umgangs kindeswohlgemäß ist, und das Jugendamt in Umgangssachen nach § 18 Abs. 3 SGB VIII berät, erscheint diese Anhörung jedoch entbehrlich. Für eine Mitwirkung bei der Umsetzung der Anordnung von Ord-

³² Insbesondere bei Herausgabe zum Zwecke des Umgangs gegebenenfalls fortwährend vollstreckt werden müsste; s. a. Rauscher, aaO, S. 1013, Rz. 1141.

³³ Nach Keidel/ Kuntze/ Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, § 33 Rz. 37 soll das Gericht das Jugendamt ermächtigen können, die Herausgabe des Kindes zu erzwingen und sich dazu der Hilfe des Gerichtsvollziehers oder der Polizei zu bedienen.

nungshaft oder des unmittelbaren Zwanges gegen den Herausgabepflichtigen und das Kind³⁴, „die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers, soweit dieser im Auftrag des Gerichts tätig wird“³⁵, fehlt jede Rechtsgrundlage im SGB VIII. Sie widerspricht dem Rollenverständnis der Jugendhilfe auch dann, wenn sie „der Vermeidung von Gewaltanwendung dienen“ soll (Begründung S. 218). Diese Bedenken bestehen auch gegen die nach **§ 9 des Abs. 1 Nr. 4 letzte Var. IntFamRVG** bestehende Unterstützungspflicht. Die Einräumung eines allgemeinen Rechts auf Gehör genügt, damit die Jugendhilfe Gefährdungen des Kindeswohls jederzeit und in jedem Stadium eines Verfahrens einbringen kann. Die seelischen Folgen erzwungenen Umgangs für das Kind hat das Gericht primär im Rahmen seiner Entscheidung über die Regelung des Umgangs mit einzubeziehen. Außerdem bestehen gegen die Vollstreckung von Zwangs- und Ordnungshaft erhebliche Bedenken, wenn sich ein Minderjähriger in der Obhut des Betroffenen befindet.

Vorschlag: a) **§ 88 Abs. 2 FGG-RG** ist zu streichen. b) **Zwangs- und Ordnungshaft** darf nur vollstreckt werden, wenn sich der Minderjährige **nicht** mehr in der Obhut des Herausgabepflichtigen befindet. c) Die Vollstreckung der **Herausgabe der persönlichen Sachen** des Kindes sollte ebenfalls **nach §§ 88 ff. FGG-RG** möglich sein (vgl. § 50 d FGG).

- c) In den Vollzug von Beschlüssen zur Regelung des Umgangs kann das Jugendamt als Umgangspfleger (§ 1684 Abs. 3 idF des Art. 50 Nr. 28 FGG-RG) oder bei Umgangsbegleitung (§ 1684 Abs. 4 BGB) involviert sein. Umgangsbegleitung wird in der Praxis an die Stellung eines Antrags des Sorgeberechtigten nach § 27 Abs. 1 SGB VIII geknüpft; eine Heranziehung zu den Kosten ist jugendhilferechtlich nicht möglich. Bei Umgangspflegschaft kann ein Vollstreckungsverfahren betrieben werden, eine Beteiligung bei der Umsetzung von Anordnungen im Vollstreckungsverfahren kommt aber als Umgangspfleger nicht in Betracht.
- d) Gegen die Aufgabenzuweisung bei Zuführung zur geschlossenen Unterbringung psychisch kranker Minderjähriger nach § 167 Abs. 5 FGG-RG bestehen keine Bedenken. Die Befugnis zur Anwendung von Zwang ergibt sich aus §§ 167 Abs. 1 iVm 326 Abs. 2. Die Kosten zählen zu den Gerichtskosten und sind erstattungsfähig (**§ 81 FGG-RG**).
- e) Über § 167 Abs. 6 FGG-RG wird mittelbar die Möglichkeit geschlossener Unterbringung des Minderjährigen in einer jugendhilferechtlichen Einrichtung erwähnt (was § 151 Nr. 6 FGG-RG nicht erkennen lässt)³⁶. Die Unterbringung in geschlossenen Einrichtungen der Jugendhilfe ist **nach geltender Rechtslage ausgeschlossen**. Will man derartige Einrichtungen wieder vorsehen (und damit die Praxis legalisieren), ist eine entsprechende Rechtsgrundlage in das SGB VIII einzufügen. Für die Mitwirkung bei der zwangsweisen

³⁴ Einschränkungen bei Bumiller/ Winkler, FGG, 8. Aufl. 2006, § 33 Rz. 16; Vollstreckungsschuldner ist aber ausschließlich der Dritte, Gernhuber/ Coester-Waltjen, aaO, § 57 Rz. 58.

³⁵ Begründung S. 218.

³⁶ Vgl. auch die Begründung des Entwurf des Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls (BT- Drs. 16/ 6815) unter II 1. b) bb). Ebenso Hoffmann, R & P 2007, 176.

Zuführung in eine geschlossene Einrichtung der Jugendhilfe fehlt eine Rechtsgrundlage; sie widersteht dem Selbstverständnis der Jugendhilfe ganz und gar.

Vorschlag: Soll die geschlossene Unterbringung in einer jugendhilferechtlichen Einrichtung wieder vorgesehen werden, ist eine Änderung des SGB VIII erforderlich. Von der Pflicht zur Mitwirkung des Jugendamtes bei **zwangsweiser Zuführung sollte abgesehen werden.**

Zu 6: Rechtsmittel; Einstweilige Anordnung

Nach **§ 63 Abs. 1 FGG-RG** ist die Beschwerde immer befristet einzulegen; die Rechtsbeschwerde ist nach §§ 70 Abs.1 und 2, 74 Abs. 1 FGG-RG³⁷ nur zulässig, wenn sie zugelassen ist und der BGH die Auffassung teilt, dass die Voraussetzungen des § 70 Abs. 2 FGG-RG gegeben sind, sowie die Entscheidung sich nicht als inhaltlich richtig darstellt.

- a) Rechtliche Bedenken bestehen einerseits auf Grund der generellen Befristung in § 63 Abs. 1 FGG-RG in Hinsicht auf unkundige Beteiligte, insbesondere die **beschwerdeberechtigten Minderjährigen** (vgl. **§ 60 FGG-RG**). Die Beschwerdeberechtigung nach § 57 Abs. 1 Nr. 8 und 9 FGG ist im Gesetzentwurf nicht übernommen; Pflegepersonen können aber nach §§ 7 Abs. 3, 161 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG als Beteiligte hinzugezogen werden, Verwandte als Beistände zugelassen werden³⁸.
- b) Mit einem umfassenden Rechtsschutz ist außerdem die Verdopplung von Zulassungsprüfung (**§ 70 Abs. 1 und 2 FGG-RG**) und Zulässigkeitsprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht (**§ 74 Abs. 1 und 2 FGG-RG**) schwerlich zu vereinbaren. Dass dem angehörten Jugendamt in den genannten Fällen nur die Beschwerde, nicht aber die (Sprung-) Rechtsbeschwerde nach **§§ 70, 75 FGG-RG** offen stehen soll, ist zu prüfen.
- c) Abweichend von der geltenden Rechtslage will der Gesetzentwurf die Abhängigkeit von einstweiliger Anordnung (**§§ 49 ff. FGG-RG**) und Hauptsacheverfahren aufgeben (Begründung S. 167, 199). Das wird- ähnlich wie zum Beispiel derzeit bereits im Unterbringungsrecht- dazu führen, dass zumindest in Kindschaftssachen die Zahl der einstweiligen Anordnungen die Zahl der Entscheidungen in Hauptsacheverfahren deutlich übersteigen und die einstweilige Anordnung zur regelmäßigen Entscheidungsform werden wird³⁹. Auswirkungen auf die Gewährung rechtlichen Gehörs, auf die Anhörung des Jugendamtes und auf die Zahl der angeordneten Gutachten sind zu erwarten (vgl. **§ 51 Abs. 2 S. 1 FGG-RG**). Für betreffende Verfahren ist nach **§ 156 Abs. 3 FGG-RG** der Erlass der einstweiligen Anordnung „mit dem Jugendamt [...] zu erörtern“, nach **§ 157 Abs. 1 Satz 2 FGG-RG** ist das Jugendamt zur Erörterung einer einstweiligen Anordnung zu laden. Wird das Jugendamt trotz Eilbedürftigkeit der Entscheidung vor Erlass angehört

³⁷ Die §§ 111 ff. FGG-RG erhalten dazu keine Regelungen.

³⁸ Kritisch zur Fassung des § 7 FGG-RG Jakobi, FamRZ 2007, S. 1704 f. unter Hinweis auf die Einschränkung der gerichtlichen Informations- und Belehrungspflichten durch § 7 Abs. 4 FGG-RG.

³⁹ In Antragsverfahren übernimmt § 52 Abs. 2 FGG-RG eine § 926 ZPO entsprechende Regelung.

(vgl. § 162 Abs. 1 Satz 2 FGG-RG), erscheint die Anwesenheit im Termin nicht erforderlich.

Vorschlag: a) Die **Zulassungsbeschränkung** der Rechtsbeschwerde und die generelle **Befristung von Rechtsmitteln** sind zu prüfen. b) Vor Erlass einer einstweiligen Anordnung in Kindschaftssachen ist das Jugendamt anzuhören oder der Erlass der einstweiligen Anordnung ist im Beisein des Jugendamtes zu erörtern; eine nachträgliche Stellungnahme des Jugendamtes erübrigt sich.

Die Übersicht hat ergeben, dass die Aufgaben der Jugendämter in den verschiedenen Familiensachen im Gesetzentwurf unterschiedlich ausgestaltet und sehr vielfältig sind. Das Jugendamt wird insgesamt 43 mal (einschl. Verweisungen) genannt! Einerseits war es mein Bestreben die Aufgaben zu harmonisieren, andererseits votiere ich für eine erhebliche Vereinfachung und Arbeitserleichterung auch und gerade aus Gründen des Kindeswohls. Die Aufgaben der Jugendämter außerhalb des Verfahrens sind wichtig und müssen wichtiger bleiben, als eine ausufernde Befassung im Verfahren. Ein allgemeines Recht auf Gehör erlaubt jederzeit die Belange des Minderjährigen im Verfahren ins Bewusstsein zu rücken. Meine wichtigsten Anliegen lassen sich in fünf Thesen zusammenfassen:

1. Zu § 9 Abs. 1 FGG-RG: Der Schutz des Minderjährigen verlangt, dass er auch in Familiensachen vertreten wird, soweit er nicht nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 verfahrensfähig ist. Der Text des § 9 Abs. 1 Nr. 2 ist zu ändern, der Bezug zum öffentlichen Recht in § 9 Abs. 1 Nr. 2 FGG-RG ist nicht sachgerecht.
2. Zu § 9 Abs. 2 FGG-RG: Wird dem nicht verfahrensfähigen Minderjährigen ein Verfahrensbeistand bestellt, hat dieser die Rechte und Pflichten eines Verfahrenspflegers.
3. Zu §§ 34, 159 FGG-RG: Der Minderjährige ist in der Regel im Verfahren persönlich zu hören. Die Anhörung ist kindgerecht zu gestalten.
4. Zu § 34 a FGG-RG: Dem Jugendamt wird ein umfassendes Recht auf Gehör eingeräumt. Die Pflicht zur Stellungnahme des Jugendamtes, der die Pflicht zur Anhörung durch das Gericht entspricht, ist hingegen auf Verfahren, die die Regelung des Sorgerechts, das Umgangsrecht oder den Eingriff in das Personensorgerecht betreffen, zu begrenzen.
5. Zu §§ 87, 88 FGG-RG: Die Vollstreckung von Herausgabebeschlüssen erfolgt nur auf Antrag. Die Pflicht des Jugendamtes zur Unterstützung bei der Vollstreckung wird gestrichen.