

DEUTSCHES INSTITUT
FÜR JUGENDHILFE UND
FAMILIENRECHT e. V.



FORUM FÜR FACHFRAGEN

Postfach 10 20 20
D-69010 Heidelberg

Fon 0 62 21/98 18-0
Fax 0 62 21/98 18-28

institut@dijuf.de
www.dijuf.de

Vf 1.120 Ho/K

STELLUNGNAHME

vom 28. Oktober 2009

Erforderlichkeit einer Ergänzungspflegschaft für Kinder und Jugendliche als Beteiligte in familiengerichtlichen Verfahren

Das anfragende Jugendamt berichtet von folgender Praxis: Seit Inkrafttreten des FamFG wird das Jugendamt in Sorgerechtsstreitigkeiten – etwa nach § 1671 BGB – und in Umgangsverfahren vom Familiengericht zum Ergänzungspfleger für Minderjährige bestellt, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Das Familiengericht begründet die Anordnung der Ergänzungspflegschaft mit der Stellung der Kinder als formell Beteiligte in den genannten Verfahren. Zwar seien für verfahrensunfähige Kinder grundsätzlich deren Eltern zur Vertretung befugt, wenn diese Inhaber der elterlichen Sorge seien. Bei Sorgerechts- und Umgangsstreitigkeiten bestehe jedoch ein Interessenkonflikt zwischen den Interessen des Kindes und den seiner Eltern. Daher lägen die Voraussetzungen für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft nach § 1629 Abs. 2 S. 3, § 1796 BGB vor. Das Bestellen eines Ergänzungspflegers sei dabei auch dann erforderlich, wenn eine Verfahrensbeistandschaft bestehe, denn ein Verfahrensbeistand sein kein gesetzlicher Vertreter des Kindes (§ 158 Abs. 4 S. 6 FamFG).

Die Fachkräfte im anfragenden Jugendamt sind hingegen der Auffassung, dass Minderjährige nur materiell, aber nicht formell am Verfahren beteiligt seien. Sofern hinsichtlich der materiellen Beteiligung ein erheblicher Interessengegensatz bestehe, sei dem Minderjährigen ein Verfahrensbeistand zu bestellen (§ 158 FamFG). Sie bitten um Mitteilung der Rechtsauffassung des Instituts.

I. Stellung Minderjähriger in familiengerichtlichen Verfahren nach Inkrafttreten des FamFG

Kinder und Jugendliche sind schon vor Inkrafttreten des FamFG in der Regel materiell Beteiligte im Sinne des FGG in familiengerichtlichen Verfahren gewesen, da ihre Rechte und Pflichten durch familiengerichtliche Entscheidungen meist unmittelbar betroffen sind. Sie waren nach den Regelungen im FGG jedoch grundsätzlich nicht formell beteiligt. Ihnen standen primär Anhörungsrechte zu (§ 50b FGG). Durch das FamFG werden Kinder und Jugendliche nun in vielen Konstellationen zu (formell) Beteiligten des Verfahrens:

So sind Beteiligte kraft Gesetzes die Antragsteller eines Verfahrens (§ 7 Abs. 1 FamFG). Kinder und Jugendliche sind demnach etwa kraft Gesetzes Beteiligte, wenn ihr gesetzlicher Vertreter in ihrem Namen eine Vaterschaftsanfechtung beantragt (§ 1600 Abs. 1 BGB, § 171 Abs. 1 FamFG). Als Beteiligte sind Kinder und Jugendliche ferner hinzuzuziehen („Muss-Beteiligte“), wenn ihre Rechte durch das Verfahren unmittelbar betroffen sind (§ 7 Abs. 2 Nr 1 FamFG). Der Begriff der unmittelbaren Betroffenheit entspricht dem der (bloß) materiellen Beteiligung nach dem FGG (*Bork/Jacoby/Schwab-Jacoby* § 7 Rn 13). In Kindschafts-, Abstammungs-, und Adoptionssachen werden Kinder und Jugendliche daher meist durch das Familiengericht als Muss-Beteiligte hinzuzuziehen sein.

Die formelle Stellung als Beteiligter (vgl insgesamt *Jacoby FamRZ* 2007, 1703) ist Anknüpfungspunkt für eine Reihe von Rechten und Pflichten im familiengerichtlichen Verfahren. So besitzen Beteiligte ein Recht auf Unterrichtung und Belehrung (§ 7 Abs. 4 FamFG), haben ein Akteneinsichtsrecht (§ 13 Abs. 1 FamFG), sind ihnen Entscheidungen bekanntzumachen (§ 15 Abs. 1 FamFG), sind sie anzuhören (§ 34 FamFG), besitzen bestimmte Mitwirkungspflichten (§ 27 FamFG) und sind bei einer Beeinträchtigung ihrer Recht zur Beschwerde befugt (§ 59 FamFG). Anders als ande-

ren Beteiligten können Kindern und Jugendlichen als Beteiligten wie bisher die Kosten eines Verfahrens nicht auferlegt werden (§ 81 Abs. 3 FamFG).

II. Vertretung eines Minderjährigen, der das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, in familiengerichtlichen Verfahren

Beteiligte eines Verfahrens müssen verfahrensfähig sein, um ihre Rechte wahrnehmen bzw ihren Pflichten nachkommen zu können. Das FamFG definiert in § 9 FamFG anders als das FGG die Verfahrensfähigkeit. Nach § 9 Abs. 1 Nr 2 FamFG sind die nach BGB beschränkt Geschäftsfähigen verfahrensfähig, soweit sie für den Gegenstand des Verfahrens als geschäftsfähig anerkannt sind. Soweit ein Mensch geschäftsunfähig ist oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, handelt für ihn sein gesetzlicher Vertreter (§ 9 Abs. 2 FamFG).

Kinder unter 14 Jahren sind grundsätzlich nicht verfahrensfähig. Ausnahmen, wie die Verfahrensfähigkeit als Folge des Erteilens einer Ermächtigung zum selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch den gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Familiengerichts (§ 112 BGB), sind selten. Kinder bedürfen daher in familiengerichtlichen Verfahren einer gesetzlichen Vertretung durch ihre sorgeberechtigten Eltern bzw durch einen Vormund oder durch einen Pfleger mit einem entsprechenden Aufgabenkreis.

§ 9 FamFG enthält keine Regelung dazu, inwieweit eine Interessenkollision zwischen den Interessen des gesetzlichen Vertreters des Kindes und den Interessen des Kindes – beispielsweise wegen einer eigenen Verfahrensbeteiligung des gesetzlichen Vertreters – sich auf die Befugnis des gesetzlichen Vertreters zur Vertretung des Kindes auswirkt. Entsprechende Regelungen kennt jedoch bereits das BGB: Nach § 1629 Abs. 2 S. 3, § 1796 BGB ist einem allein sorgeberechtigtem Elternteil, einem Vormund oder Pfleger bzw gemeinsam sorgeberechtigten Elternteil die Vertretungsbefugnis für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten entziehen, wenn das Interesse des Minderjährigen zu dem Interesse seines gesetzlichen Vertreters, eines von diesem vertretenen Dritten oder seinem Ehegatten, seinem Lebenspartner bzw. einem Verwandten in gerader Linie in erheblichem Gegensatz steht.

Von einem erheblichen Interessengegensatz ist bereits dann auszugehen, wenn auf Grund der Interessenverschränkung die Gefahr besteht, der gesetzliche Vertreter werde im Konfliktfall die Kindesinteressen nicht mit der gebotenen Zielstrebigkeit ver-

folgen. Ein derartiger Interessengegensatz muss sich bezogen auf den Einzelfall hinreichend konkret abzeichnen (wie hier *Wagnitz*, in: MünchKommBGB, § 1796 Rn 5; *Diederichsen*, in: Palandt, BGB, § 1796 Rn 2). Die Vertretungsbefugnis entfällt nicht mit dem Auftreten des Interessengegensatzes, sondern erst mit der Bekanntmachung des Entziehungsbeschlusses (*Diederichsen* § 1796 Rn 5; *Wagnitz* § 1796 Rn 16).

Bereits vor dem Inkrafttreten des FamFG wurde das Vorliegen eines derartigen Interessenkonflikts bezogen auf bestimmte Verfahren bzw Verfahrenshandlung diskutiert wie die Anfechtung der Vaterschaft, die Ersetzung der Einwilligung eines Elternteils in die Adoption oder das Ausüben eines Zeugnisverweigerungsrechts in Strafverfahren und erfolgte im Einzelfall dann ein Entzug der Befugnis, das Kind bezogen auf ein bestimmtes Verfahren oder eine bestimmte Verfahrenshandlung zu vertreten (vgl etwa *Hoffmann*, Personensorge zur Vaterschaftsanfechtung, § 4 Rn 37, zur Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts in Strafverfahren aaO § 11 Rn 30 f). Für eine Vielzahl familiengerichtlicher Verfahren stellte sich diese Fragestellung jedoch nicht, da das Kind selbst anders als nach den Regelungen seit Inkrafttreten des FamFG nicht formell Beteiligter des Verfahrens war. Dies galt auch für die für das Kind so bedeutsamen Verfahren wie Entscheidungen über Art und Weise des Umgangs (§ 1684 BGB), den Entzug von Teilen der elterlichen Sorge (§ 1666 BGB) oder die Übertragung (von Teilen) der elterlichen Sorge auf einen Elternteil (§ 1671 BGB). Es war daher eine deutliche Stärkung der Position des Kindes im Verfahren, dass diesem seit dem Inkrafttreten der Kindschaftsrechtsreformgesetze nach § 50 FGG ein Verfahrenspfleger – in der Terminologie des FamFG Verfahrensbeistand – bestellt werden konnte.

Mit dem FamFG hat der Gesetzgeber weitere Schritte in Richtung auf eine adäquate Berücksichtigung der Interessen des Kindes in familiengerichtlichen Verfahren getan, denn die nun auch (formelle) Stellung Minderjähriger in familiengerichtlichen Verfahren als Beteiligte stärkt die Position Minderjähriger. In Folge sind nun vielfach die (sorgeberechtigten) Eltern bzw ist ein (sorgeberechtigter) Elternteil und der Minderjährige Beteiligte des Verfahrens. Es stellt sich daher die Frage, ob ein sorgerechtigter Elternteil bzw beide gemeinsam sorgerechtigten Eltern den Minderjährigen in dem Verfahren vertreten können.

Nach Auffassung des Instituts besteht grundsätzlich ein erheblicher Interessenkonflikt iSd § 1796 BGB, wenn sorgerechtigten Eltern bzw ein sorgerechtigter Elternteil zugleich ihre Verfahrensrechte und die des Minderjährigen in einem Verfahren wahrnehmen. Sorgerechtigten Eltern bzw ein sorgerechtigter Elternteil können daher

als Beteiligte grundsätzlich nicht zugleich als gesetzliche Vertreter des Minderjährigen im gleichen Verfahren agieren (wie hier *Jacoby*, in: Bork/Jacoby/Schwab, § 9 Rn 12; *Wagner*, in: Bassenge/Roth, § 158 Rn 19; *Zorn*, in: Bork/Jacoby/Schwab, § 158 Rn 21; *Schael FamRZ 2009, 265*). Ihnen ist daher bezogen auf das konkrete Verfahren regelmäßig (zumindest) der Teil der elterlichen Sorge zu entziehen, der zur Vertretung des Kindes in dem Verfahren berechtigt. Eine Entziehung kann nur dann unterbleiben, wenn ein erheblicher Interessengegensatz aufgrund besonderer Umstände im konkreten Fall trotz der jeweiligen Stellung als Beteiligter in keiner Weise erkennbar ist (*Wagnitz*, in: MünchKommBGB, § 1796 Rn 14). Da die Verfahrensvertretung weder Rechtsstreit noch Rechtsgeschäft ist, ist die Vertretung hingegen nicht bereits nach § 1629 Abs. 2 S. 1, § 1795 Abs. 1 Nr 1, 3 Abs. 2, § 181 BGB, kraft Gesetzes ausgeschlossen.

Hingegen lassen sich weitergehende Eingriffe in die elterliche Sorge, die über die Vertretung des Kindes im Verfahren hinausgehen, nicht über die Beteiligtenstellung sowohl des Kindes als auch der Eltern rechtfertigen. In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten des FamFG entschieden, dass, wenn ein Gericht einen Ergänzungspfleger für das Kind mit dem Aufgabenkreis „Vertretung des Kindes im Anfechtungsverfahren“ nach Entzug dieser Teile der elterlichen Sorge bestellt, darin bei gemeinsamer Sorge der Eltern regelmäßig nicht zugleich auch die konkludente Entscheidung enthalten ist, dem anfechtungsunwilligen Elternteil oder gar beiden Eltern das Sorgerecht auch hinsichtlich der Entscheidung über das „ob“ der Anfechtung zu übertragen (BGHZ 180, 51 = FamRZ 2009, 967). Der Ergänzungspfleger ist gleichwohl nicht nur „Briefkasten“ und „Sprachrohr“ für das Entgegennehmen und die Abgabe von Erklärungen. Um die Verfahrensrechte als gesetzliche Vertreter des Kindes im Interesse des Kindes wahrzunehmen, hat er zu prüfen, welche Vorgehensweise dem Wohl des Kindes dient – beispielsweise, ob das Einlegen einer Beschwerde erfolgen sollte oder nicht.

Die Möglichkeit, beim Bestehen eines Gegensatzes zwischen den Interessen des Kindes und den Interessen der Eltern (*Zorn* § 158 Rn 8; *Stölzel*, in: Meysen, FamFG 2009, § 158 Rn 8) für das Kind in Kindschaftssachen (§ 158 FamFG), in Abstammungssachen (§ 169 FamFG) und in Adoptionssachen (§ 174 FamFG) einen Verfahrensbeistand zu bestellen, führt nicht dazu, dass ein teilweiser Entzug der elterlichen Sorge nach § 1629 Abs. 2 S. 3, § 1796 BGB und das Bestellen eines Ergänzungspflegers entbehrlich ist. Der Verfahrensbeistand ist ausdrücklich nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes (§ 8 Abs. 4 S. 6 FamFG). Er ist nicht iSd § 9 Abs. 2 FamFG nach bürgerlichem Recht zur Ver-

tretung befugt. Er kann daher die Beteiligtenrechte des Kindes nicht wahrnehmen. Der Verfahrensbeistand handelt *de lege lata* in eigenem Namen und besitzt eigene Verfahrenspflichten und -rechte. Dass seine Tätigkeit den Interessen des Kindes verpflichtet ist (§ 158 Abs. 4 S. 1 FamFG), reicht ebenso wenig wie seine Beschwerdebefugnis (§ 158 Abs. 4 S. 5 FamFG) aus, um diese Mängel in der formellen Vertretung des Kindes auszugleichen.

Das geltende Recht könnte daher zu einem vom Gesetzgeber wohl nicht intendierten Bedeutungsverlust der Verfahrensbeistandschaft in Verfahren, in denen ein Minderjähriger unter 14 Jahren beteiligt ist, führen (*Zorn* § 158 Rn 21), denn die parallele Bestellung von Verfahrensbeistand/Ergänzungspfleger in Kindschaftssachen zur Vertretung im Verfahren ist nicht angezeigt (so im Ergebnis auch der Arbeitskreis 10 des DFGT, in einem anderen Arbeitskreis des DFGT ist jedoch mehrheitlich die Auffassung vertreten worden, dass bei Bestellung eines Verfahrensbeistand eine Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht erforderlich sei, vgl. Arbeitskreis 11 des DFGT, siehe <http://www.dfgt.de>).

III. Vertretung eines Minderjährigen, der das 14te Lebensjahr vollendet hat, in familiengerichtlichen Verfahren

Jugendliche sind nach § 9 Abs. 1 Nr 3 FamFG in einem Verfahren, das ihre Person betrifft, verfahrensfähig, wenn sie das 14. Lebensjahr vollendet haben, sie nicht geschäftsunfähig sind und sie ein ihnen nach bürgerlichem Recht zustehendes Recht geltend machen. Sie sind zudem nach § 167 Abs. 3 FamFG auch bei Geschäftsunfähigkeit in Verfahren verfahrensfähig, die eine zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche freiheitsentziehende Unterbringung zum Gegenstand haben. Diese Regelung des § 9 Abs. 1 Nr 3 FamFG wurde erst aufgrund der Beratungen im Rechtsausschuss in das FamFG aufgenommen (BT-Drucks. 16/9733, 31, 352).

Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, sind zumindest alle Kindschafts-, Abstammungs- und Adoptionssachen des FamFG. Zudem muss dem Kind oder Jugendlichen in einer dieser Sachen nach bürgerlichem Recht ein subjektives Recht zustehen. Solche Rechte sind etwa das Umgangsrecht nach § 1684 Abs. 1 BGB (wie hier *Heiter FamRZ 2009, 85, 87; Niepmann*, in: *Meysen, FamFG 2009, § 9 Rn 5; Bork/Jacoby/Schwab/Jacoby § 9 Rn 13; aA Schael FamRZ 2009, 265, 267: Akzessorität nur bei einem ausdrücklichen materiellen Mitwirkungsrecht), alle Widerspruchsrechte des Kindes beispielsweise nach § 1671 Abs. 2 Nr 1, § 1762 Abs. 1, § 1778 Abs. 1*

Nr 5, § 1887 Abs. 2 BGB bzw seine Mitwirkungsrechte etwa nach § 1617b Abs. 1 S. 3, § 1758 Abs. 1 BGB.

Durch die Regelung in § 9 Abs. 1 Nr 3 FamFG entsteht demnach ein Gleichklang zwischen den materiell-rechtlichen Regelungen im BGB und den verfahrensrechtlichen Regelungen im FamFG. Welches einem Jugendlichen nach bürgerlichem Recht zustehendes Recht im Einzelnen zukünftig als Recht bewertet werden wird, das ein Jugendlicher iSd § 9 Abs. 1 Nr 3 FamFG geltend machen kann, bleibt – insbesondere im Hinblick auf das Umgangsrecht nach § 1684 Abs. 1 BGB – abzuwarten.

Geltendmachen setzt ein aktives Tun durch den Jugendlichen selbst (*Heiter FamRZ 2009, 85, 87*) voraus – etwa durch eine verfahrenseinleitende Anregung oder einen derartigen Antrag bzw eine ausdrückliche Äußerung des Jugendlichen. Zudem besteht die Verfahrensfähigkeit nur solange, wie der Jugendliche ein ihm zustehendes Recht geltend macht. Verzichtet er auf die weitere Geltendmachung des Rechts, endet auch die Verfahrensfähigkeit (*Heiter FamRZ 2009, 85, 86, 88*). Die Verfahrensfähigkeit bezieht sich zudem nur auf den Gegenstand, für den der Jugendliche seine Verfahrensfähigkeit geltend macht. § 9 Abs. 1 Nr 3 FamFG bestimmt keineswegs, dass ein Kind ab Vollendung des 14. Lebensjahrs in allen seine Person betreffenden Angelegenheiten verfahrensfähig ist. Ein Jugendlicher kann auch – etwa bei einer Verbindung von Verfahren (§ 20 FamFG) – hinsichtlich bestimmter Gegenstände eines Verfahrens verfahrensfähig sein und bezogen auf andere nicht.

Für einen verfahrensfähigen Jugendlichen ist das Bestellen eines Ergänzungspflegers für das Verfahren nicht erforderlich. Das Gericht hat jedoch dann sorgfältig zu prüfen, ob für das Verfahren ein Verfahrensbeistand nach § 158 FamFG bestellt werden muss. De lege lata dürfte die Verfahrensbeistandschaft ihren Hauptanwendungsbereich gerade in diesen Konstellationen haben.

Im Rahmen seiner Verfahrensfähigkeit hat ein Jugendlicher grundsätzlich alle verfahrensrechtlichen Rechte und Pflichten. So kann er Anträge aller Art stellen, ist berechtigt bzw verpflichtet, an Terminen teilzunehmen, ist Adressat gerichtlicher Zustellungen, besitzt ein Recht auf Akteneinsicht, kann Verfahrenskostenhilfe (BT-Drucks. 16/9733, 366) beantragen etc. Der Jugendliche ist befugt, mit der Wahrnehmung seiner Rechte einen Rechtsanwalt (*Heiter FamRZ 2009, 85, 86, 88*) zu bevollmächtigen.

Soweit ein Jugendlicher nicht verfahrensfähig ist, bedarf er als Beteiligter ebenso wie ein Kind einer Vertretung durch seinen gesetzlichen Vertreter (§ 9 Abs. 2 FamFG) und

wird daher wie bei einem Minderjährigen, der das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, regelmäßig ein Ergänzungspfleger zu bestellen sein. Dies gilt auch, wenn er auf das selbstständige Geltendmachen eines Rechts verzichtet, denn dann ist er für das Verfahren nicht verfahrensfähig. Einem Jugendlichen wird seine Verfahrensfähigkeit durch das FamFG keinesfalls aufgedrängt.

IV. Überlegungen de lege ferenda

Schon vor dem Inkrafttreten des FamFG wurde die Regelung des § 158 Abs. 4 S. 6 FamFG, nach der der Verfahrensbeistand nicht zur gesetzlichen Vertretung befugt ist, als misslungen bezeichnet, da gerade die eigene Betroffenheit der gesetzlichen Vertreter – insbesondere erhebliche Interessenkonflikte – von jeher Grund für die Notwendigkeit ist und war, einem Kind oder einem Jugendlichen einen Verfahrensbeistand zu bestellen, diese jedoch zugleich dazuführt, dass dem gesetzlichen Vertreter die Befugnis zu entziehen ist, das Kind in dem Verfahren zu vertreten und daher ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist, da der Verfahrensbeistand de lege lata nicht zur gesetzlichen Vertretung des Kindes befugt ist (*Jacoby FamRZ 2007, 1703*). De lege ferenda sollte der Verfahrensbeistand zur Vertretung eines Kindes oder Jugendlichen in dem Verfahren befugt sein, für das er bestellt wurde. Ein Eingriff in die elterliche Sorge ist gleichwohl nicht erforderlich, wenn in § 158 FamFG eine Regelung entsprechend der für den Beistand in § 173 FamFG getroffen würde, nach der bezogen auf das Verfahren, für das er bestellt wurde, Handlungen des Verfahrensbeistands solchen der Sorgeberechtigten vorgehen. Eine derartige Regelung de lege ferenda wäre auch unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in elterliche Rechte vorzugswürdig.