

Cornelia Bohnert

Beteiligung und Vertretung Minderjähriger in Kindschaftssachen

Zusammenfassung

Der Minderjährige ist in familiengerichtlichen Verfahren, die in § 151 FamFG als Kindschaftssachen bezeichnet sind, in der Regel notwendiger Beteiligter. Als Beteiligter hat der Minderjährige Gehör und kann Rechte selbstständig ausüben, soweit solche das bürgerliche Recht oder das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vorsehen und der Minderjährige mindestens 14 Jahre alt ist. Steht er nicht unter elterlicher Sorge oder ist der gesetzliche Vertreter (Eltern, Elternteil, Vormund, Ergänzungspfleger) von der Vertretung ausgeschlossen, betrifft das Verfahren eigene Rechte des Vormunds oder Ergänzungspflegers oder handelt es sich um Interessenskonflikte in rein vermögensbezogenen Angelegenheiten, ist die Bestellung eines Verfahrenspflegers zur Vertretung des Minderjährigen erforderlich, eine Verfahrensbeistandschaft nicht hinreichend. Verfahrensbeistand und Verfahrenspfleger unterscheiden sich hinsichtlich der Ausrichtung ihrer Aufgaben und in den verfahrensrechtlichen Befugnissen. Nur in Unterbringungssachen hat der Verfahrensbeistand prozessual die Stellung des Verfahrenspflegers.

Schlüsselwörter: Elterliche Sorge, notwendiger Beteiligter, Verfahrensbeistand, Verfahrensbeistandschaft

Abstract

The minor is necessary party to the court proceedings concerning his person or property. As a party he has to be heard before court and is able to exercise his rights, in cases in which the civil law or the FamFG provides this and the minor has a minimum age of 14 years. In case that there is no person having parental custody, or this person is suspended of representation, or the court proceeding concerns own interests of the guardian or exclusive concerns matters of property of the minor the court has to appoint a representative to take over the functions of the minor. To appoint a guardian ad litem within the meaning of § 158 FamFG is not sufficient, apart of § 167 I FamFG. There are differences in respect of duties and competences.

Keywords: parental custody, necessary party to, guardian ad litem, court-appointed representative

DOI: 10.5771/2365-1083-2016-1-48

1. Einleitung

Die Kindschaftssachen i. S. d. § 151 FamFG enthalten ganz unterschiedliche Verfahren, die verfahrensrechtlich neben der sachlichen Zuständigkeit der Familiengerichte verbindet, dass der Minderjährige betroffen ist¹, d. h. in subjektiven Rechten durch die Entscheidung tangiert wird. Er ist **Muss-Beteiligter**² und muss im Verfahren vertreten sein³, sofern er nicht selbst handlungsfähig ist. Ihm stehen als Beteiligtem zahlreiche Rechte zu.⁴

2. Verfahrensrechtliche Handlungsfähigkeit

Mit dem Beteiligtenstatus ist Verfahrensfähigkeit nicht zwingend verknüpft.⁵ Beteiligungsfähig sind alle natürlichen Personen (§ 8 Nr. 1 1. Alt. FamFG). Eigene **verfahrensrechtliche Handlungsfähigkeit** des Minderjährigen besteht nach Maßgabe des § 9 I Nr. 2 und 3 FamFG.⁶ Im Übrigen handeln die nach Bürgerlichem Gesetzbuch dazu befugten Personen (§ 9 II FamFG). Zu den Ausnahmen zählt unter § 151 Nr. 1 FamFG das Verfahren nach § 113 III BGB.⁷ Soweit dem mindestens 14 Jahre alten Minderjährigen gem. §§ 1617 c I und II, 1618 i. V. m. 1617 c I BGB die Entscheidung über den Anschluss gegeben ist, ist die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters zum eigenen Handeln des Minderjährigen erforderlich. Für § 151 I Nr. 4 FamFG ist der Widerspruch des mindestens 14 Jahre alten Minderjährigen gegen die Bestellung des Benannten (§ 1778 I Nr. 5 BGB) und der Antrag nach § 1887 II S. 2 BGB zu erwähnen. Die Verfahrensfähigkeit besteht nur hinsichtlich der **explizit eingeräumten Rechte** und begründet keine Verfahrensfähigkeit als solche.⁸

Verfahrensfähigkeit des Minderjährigen besteht darüber hinaus, wenn und soweit das FamFG diese einräumt (§ 9 I Nr. 4 FamFG).⁹ Danach ist in **Unterbringungssachen** (§ 151 I Nr. 6 und 7 FamFG) der Minderjährige nach Vollendung des 14. Lebens-

- 1 Zu unmittelbarer Betroffenheit Bahrenfuss/*Bahrenfuss*, FamFG, 2013, § 7 Rn. 26; Schulte-Burnert/Weinreich/*Schöpflin*, FamFG, 2012, § 7 Rn. 17; Oberloskamp/*Gottschalk*, 2010, § 3 Rn. 45.
- 2 Zur Einordnung als Mussbeteiligter BGH, ZKJ 2011, S. 465 = FamRZ 2011, S. 1788; OLG Oldenburg, ZKJ 2011, S. 101. *Bohnert*, NZFam 2014, S. 107 ff.
- 3 Vgl. auch Oberloskamp/*Gottschalk*, 2010, § 3 Rn. 34.
- 4 Vgl. §§ 10 I, II S. 1, 12 S. 1, 13 I, III, 14 II, 18 I, 22, 25, 30 IV, 36, 36 a II, 43 I, 44, 52 I, 54 I FamFG, Pflichten sind erwähnt in §§ 27, 28, 33, 34, 49 II FamFG.
- 5 Ähnlich *Sommer*, FPR 2012, S. 374 ff.
- 6 Unberücksichtigt bleiben die verfahrensrechtlichen Befugnisse aus § 1600 Nr. 1 bis 3, 1600 a II BGB (Abstammungssachen). In Verfahren auf Grund des § 1598 a II BGB treten aber die ausgeführten Probleme auf (vgl. § 1629 II a BGB).
- 7 Üblicherweise wird auch § 112 I BGB genannt, jedoch ist der Minderjährige nicht antragsberechtig. Für die Anmeldung zum Handelsregister und für aus der Geschäftstätigkeit folgende gerichtliche Streitigkeiten ist das Familiengericht nicht zuständig.
- 8 Ebenso Kemper/Schreiber/*Schreiber*, FamFG, 2015, § 9 Rn. 9.
- 9 Allgemein zur Beteiligung von Minderjährigen *Schael*, FamRZ 2009, S. 265 ff.

jahres grundsätzlich verfahrensfähig (§ 167 III FamFG).¹⁰ Für **alle Kindschaftssachen** ist § 60 FamFG einschlägig.¹¹ Steht der **mindestens 14 Jahre alte Minderjährige** unter elterlicher Sorge oder Vormundschaft kann er „in allen **seine Person** betreffenden Angelegenheiten ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters das Beschwerderecht ausüben“ (§ 60 S. 1 FamFG).¹² Satz 2 des § 60 FamFG erweitert den Kreis der Angelegenheiten dadurch, dass „das Gleiche [...] in sonstigen Angelegenheiten [gilt], in denen das Kind oder der Jugendliche vor einer Entscheidung des Gerichts gehört werden soll.“ Damit wird auf §§ 34, 159 FamFG Bezug genommen.

3. Anhörungsrechte

Das **Recht auf Gehör** im gerichtlichen Verfahren ist als subjektives Recht¹³ zur Gewährleistung fairer Verfahrensführung¹⁴ abgesichert (Art. 103 I GG). Die Vorschriften zur **Anhörung** sind Ausdruck der **Amtsermittlungspflicht** des Gerichts in Kindschaftssachen. Nach § 26 FamFG hat das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. Für die Ermittlung der Entscheidungsgrundlage ist die **persönliche Anhörung des Betroffenen** nicht in jedem Fall erforderlich, aber in der Regel ein geeignetes Mittel.¹⁵ Das rechtliche Gehör ist auch im **Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren** zu gewähren.¹⁶

Die persönliche Anhörung des Kindes oder Jugendlichen ist in § 159 I bis III FamFG (als Konkretisierung von § 34 FamFG) geregelt.¹⁷ Persönliche Anhörung meint Gewährung **mündlichen Gehörs**¹⁸ in der Regel unter Verschaffung eines **persönlichen Eindrucks** von dem Kind oder dem Jugendlichen seitens des entscheidenden Gerichts.¹⁹ Es ist aber auch die Anhörung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter zulässig.²⁰ Anhörungspflicht besteht, sofern der Jugendliche das 14. Lebens-

10 Die Bestellung des Betreuers für den bereits 17 Jahre alten Minderjährigen ist Betreuungssache.

11 Für Ehesachen vgl. § 125 FamFG.

12 Diese Befugnis harmonisiert nicht mit der restriktiven Fassung des § 9 I FamFG; dazu Bahrenfuss/Schlemm, FamFG, 2013, § 9 Rn. 6. Die Rücknahme ermöglicht § 67 IV FamFG.

13 BVerfG, FamRZ 2011, S. 272 = FF 2011, S. 175; BVerfG, NJW 2010, S. 336.

14 v. Münch/Kunig, GG, 2012, Art. 103 Rn. 3.

15 Vgl. BVerfG, FamRZ 2010, S. 186 = BeckRS 2009, 42309.

16 Vgl. BGH, NJW-RR 2011, S. 1507 = FamRZ 2011, S. 1577; FamRZ 2011, S. 880 = FGPrax 2011, S. 120.

17 Dazu Schweppe/Bussian, ZKJ 2012, S. 13.

18 Prütting/Helms/Hammer, FamFG, 2014, § 159 Rn. 2; Keidel/Engelhardt, FamFG, 2014, § 159 Rn. 4, Schulte-Bunert/Weinreich/Ziegler, FamFG, 2012, § 159 Rn. 2.

19 Kemper/Schreiber/Völker/Clausius, FamFG, 2015, § 159 Rn. 2.

20 Keidel/Engelhardt, FamFG, 2014, § 159 Rn. 21, Schulte-Bunert/Weinreich/Ziegler, FamFG, 2012, § 159 Rn. 18; Für Sorgerechtsstreitigkeiten verlangt BGH ZKJ 2011, S. 220 mit kritischer Anmerkung Heilmann, ZKJ 2011, S. 225, hingegen auch im Beschwerdeverfahren die Anhörung durch das Beschwerdegericht.

jahr vollendet hat und das Verfahren **nicht ausschließlich vermögensbezogene Angelegenheiten** betrifft.

Der unter 14 Jahre alte Minderjährige ist persönlich anzuhören, wenn das Verfahren **personensorgerechtliche Angelegenheiten** betrifft und „die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind“ (§ 159 II FamFG). Der **Wille** des noch nicht 14 Jahre alten Kindes spielt nur in Hinsicht auf die religiöse Kindererziehung eine Rolle.²¹ **Neigungen und Bindungen** entfalten keine Rechtswirkungen, fließen jedoch u. U. in die Beweiswürdigung mit ein, sofern es um personensorgerechtswirksame Entscheidungen geht. Ohne Altersbegrenzung ist der Mündel vor Beschluss über die Festsetzung von Zahlungen zu hören (§ 168 IV S. 1 FamFG); dies betrifft aber eine ausschließlich vermögensbezogene Angelegenheit.

Daneben findet sich in § 159 IV S. 2 FamFG für das Gericht die Pflicht, Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Diese Formulierung bezieht sich in erster Linie auf die Information über den Verfahrensablauf und das absehbare Ergebnis, gibt dem Minderjährigen aber auch das Recht dann persönlich angehört zu werden, wenn das Gericht von der persönlichen Anhörung absehen darf oder will. Geht es um vermögensbezogene Angelegenheiten, kann nach § 159 I S. 2 FamFG der **mindestens 14 Jahre alte Minderjährige schriftlich angehört** werden.²² Auch soweit keine persönliche Anhörung erfolgt, bleiben die Gehörsrechte daher unberührt. Verfügt der Betroffene nicht über hinreichende Kenntnisse der deutschen Sprache oder ist er sprachbehindert, ist ihm ein **Dolmetscher** oder ein **Sprachmittler** beizuordnen (§§ 185, 186 GVG, Art. 6 III EMRK analog).²³ Weitere Vorschriften zur Anhörung (auch) des Minderjährigen finden sich in §§ 3 I S. 2, IV S. 2 FamFG. Da § 60 S. 3 FamFG die Altersuntergrenze auch für den Ausnahmefall, dass es auf den Willen des mindestens 12 Jahre alten Kindes ankommt, aufrecht erhält, ist die Anhörung des noch nicht 14 Jahre alten Minderjährigen zwar u. U. verfahrensrechtlich erforderlich, begründet aber keine verfahrensrechtliche Handlungsfähigkeit.

21 Religionsmündigkeit tritt in Stufen ein, vgl. §§ 3 II, 5 RelKG.

22 Schulte-Bunert/Weinreich/Ziegler, FamFG, 2012, § 159 Rn. 5.

23 Vom rechtlichen Gehör zu unterscheiden ist die Vernehmung als Beteiligter oder Zeuge.

4. Beschwerderecht

Das eigene Beschwerderecht hängt daher davon ab,

- dass der Minderjährige unter elterlicher Sorge oder Vormundschaft steht
- das 14. Lebensjahr vollendet hat und
- die Entscheidung des Gerichts das Personensorgerecht betrifft.²⁴

Der Minderjährige muss daher im familiengerichtlichen Verfahren (durch einen Dritten) vertreten werden, wenn

- er (noch) nicht unter elterlicher Sorge steht, d. h. weder von einem Elternteil noch einem Vormund vertreten wird,
- der Elternteil oder der Vormund im Einzelfall von der Vertretung ausgeschlossen ist und
- der Minderjährige das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat²⁵ oder
- es ausschließlich um eine Angelegenheit der Vermögenssorge geht.²⁶

5. Vertretung in Kindschaftssachen und Verfahrensbeistandschaft

Die Frage der Vertretung des Minderjährigen in Kindschaftssachen wird in der Literatur²⁷ und Rechtsprechung zumeist **verkürzt** auf Funktion und Reichweite der Verfahrensbeistandschaft i. S. d. § 158 FamFG erörtert.²⁸ Der Verfahrensbeistand hat, abgesehen von dem als Verfahrensbeistand bezeichneten Verfahrenspfleger in Unterbringungssachen zu Lasten des Minderjährigen, keine Vertretungsbefugnis (vgl. § 158 IV S. 6 FamFG). Seine verfahrensrechtlichen Rechte und Pflichten sind überwiegend informell (vgl. § 158 IV S. 1 FamFG). Als Beteiligter kann er Anträge stellen, Anregungen geben und zu Gunsten des Minderjährigen Rechtsmittel einlegen. Dabei ist die Abgrenzung des subjektiven Interesses des Minderjährigen und seines objektiven Wohls im Rahmen der Befugnis zur Einlegung der Beschwerde „zu Gunsten des Kin-

24 BGH, FamRZ 2011, S. 1788, OLG Hamm, FamRZ 2014, S. 600; OLG Zweibrücken, FamRZ 2012, S. 1961 = NJW-Spezial 2012, S. 1287; vgl. Kemper/Schreiber/Völker/Clausius/Wagner, FamFG, 2015, § 158 Rn. 7 ff.; Prütting/Helms/Hammer, FamFG, 2014, § 158 Rn. 3 f.; Keidel/Engelhardt, FamFG, 2014, § 158 Rn. 11 ff.

25 Prütting/Helms/Prütting, FamFG, 2014, § 9 Rn. 13 verlangt für die Beiordnung eines Verfahrensbeistands Verfahrensfähigkeit des Minderjährigen; Anders aber Prütting/Helms/Hammer, § 158 Rn. 12, wonach die Verfahrensbeistandschaft explizit für Kinder unter 14 Jahren konzipiert ist.

26 Ebenso Röchling (Hrsg.), 2009, § 2 Rn. 44; Zur Frage der Vertretung des Minderjährigen durch einen Ergänzungspfleger bei genehmigungspflichtiger Ausschlagung einer Erbschaft Roth, NJW-Spezial 2015, S. 423 f. m.w.N.

27 Vgl. Bahrenfuss/Schlemm, FamFG, 2013, § 158 Rn. 4 ff.

28 Das OLG Stuttgart, FamRZ 2014, S. 1482 hat jedoch entgegen des Trends entschieden, dass die Vertretung des Kindes der Unterstützung durch einen Verfahrensbeistand vorgeht.

des oder Jugendlichen“ die Herausforderung.²⁹ Die Verfahrensbeistandschaft kann aber nicht in allen einschlägigen Kindschaftssachen zur Anwendung kommen.³⁰

Die Bestellung eines Verfahrensbeistands ist nach § 158 I FamFG ggf. zur Wahrung der Interessen des Minderjährigen erforderlich. Absatz 2 konkretisiert die allgemeinere Bedingung durch Regelbeispiele und verdeutlicht, dass es auf Interessen der gesetzlichen Vertreter oder des gesetzlichen Vertreters und entgegen gerichtete Interessen des Minderjährigen ankommt. Das Regel-/Ausnahmeverhältnis des Absatzes 2 ist auf Verfahren, die die (gemeinsame) elterliche Sorge betreffen, zugeschnitten.³¹ Das ergibt sich auch aus der Konkretisierung der Aufgaben des Verfahrensbeistands in § 158 IV S. 3 FamFG.³² Im Übrigen entlastet der Verfahrensbeistand das Gericht bei dessen Fürsorgepflichten gegenüber dem Minderjährigen (Absatz 4 S. 2).

6. Grenzen der Verfahrensbeistandschaft: Ergänzungspflegschaft, Verfahrenspflegschaft

Alle Angelegenheiten, die in Absatz 2 aufgeführt sind, beziehen sich auf personensorgerichtliche Befugnisse, so dass in ausschließlich vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Verfahrensbeistandschaft nicht in Betracht kommt. Sie kann auch nicht genügen, wenn der nicht selbst handlungsfähige und nicht vertretene Minderjährige Betroffener ist.³³ Im Folgenden werden diese Ausnahmefälle aufgegriffen, dabei folgt die Darstellung der Gliederung des Gesetzes.

6.1 Die elterliche Sorge betreffende Verfahren

§ 151 I Nr. 1 FamFG nennt die die elterliche Sorge betreffenden Verfahren. Der Minderjährige ist nicht vertreten, wenn der gesetzliche Vertreter (bei gemeinsamem Sorge-

²⁹ Zu den Auffassungen über den Inhalt der Interessenvertretung *Röchling*, § 5 Rn. 20 ff.

³⁰ Zu den „die Person des Kindes oder Jugendlichen“ betreffenden Verfahren vgl. Keidel/*Zimmermann*, FamFG, 2014, § 9 Rn. 14, Keidel/*Engelhardt*, FamFG, 2014, § 158 Rn. 4.

³¹ § 158 II Nr. 1 FamFG stellt auf den Interessengegensatz zu dem seiner gesetzlichen Vertreter (plurale Form) oder nach ständiger Rechtsprechung zu einem seiner gesetzlichen Vertreter ab, Entzugsverfahren (Nr. 2) können zwar in analoger Anwendung des § 1666 BGB auch im Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht vorkommen, haben aber angesichts der Möglichkeit der Entlassung des gesetzlichen Vertreters keine praktische Bedeutung. Verbleibeanordnungen (Nr. 4) betreffen auch Belange des Erziehungsberechtigten (vgl. §§ 1632 IV, 1682 BGB), Umgangsregelungen (Nr. 5) sind primär auf Konflikte unter umgangsbestimmungsberechtigten und umgangsberechtigten Elternteilen ausgerichtet.

³² Interessenkonflikte entstehen insbesondere, wenn der bisher allein Sorgeberechtigte der Übertragung nicht zustimmt, der angehörte Minderjährige jedoch die Übertragung wünscht, die Kindesmutter zustimmt, der Minderjährige der Übertragung auf den Kindesvater aber widerspricht, jedoch unter 14 Jahre alt ist, oder die Sorgerechtslage entgegen des Antrags oder von Amts wegen (§ 1696 BGB) geändert wird.

³³ Die Verfahrensbeistandschaft ist nicht etwa „milderes Mittel“ zur Vertretung des Minderjährigen durch einen Ergänzungspfleger, so aber *Eckebrecht/Große-Boymann/Gutjahr*, 2010, § 2 Rn. 93.

recht beide) aus rechtlichen Gründen (§§ 181, 1629 II S. 1 i. V. m. 1795 BGB) an der Vertretung verhindert ist und das Rechtsgeschäft **genehmigungsbedürftig** ist. Verfahrensrechtlich handlungsfähig ist nur der **Ergänzungspfleger** bei entsprechendem Zuschnitt seiner Aufgaben.³⁴ Soweit es rechtsgeschäftlich zu sonstigen Interessenskonflikten kommt, kann für eine einzelne Angelegenheit oder einen Kreis von Angelegenheiten die Vertretungsbefugnis entzogen werden (§§ 1629 II S. 3 i. V. m. 1796 BGB). Für das Sorgerechtsverfahren, das mit dem Entzug endet, ist eine gesetzliche Vertretung des Minderjährigen gegeben. Bei **Genehmigungsbedürftigkeit** des Rechtsgeschäfts vertritt der Ergänzungspfleger den Minderjährigen.

In Verfahren zur Übertragung der Alleinentscheidungsbefugnis bei Konfliktlagen im Einzelfall (§ 1628 BGB), bei **Antrag auf Übertragung** des Sorgerechts auf einen allein (§ 1671 I und II BGB) und Widerspruchsrecht des 14 Jahre alten Jugendlichen kann die Verfahrensbeistandschaft genügen. Für die übrigen, eine **Übertragung der Sorge** auf den (anderen) Elternteil betreffenden Rechtsgrundlagen (§§ 1671 III, 1678 II, 1680 II und III i. V. m. II analog, 1681 I i. V. m. 1680 II BGB analog) ist hingegen die Vertretung des Minderjährigen wegen fehlender sorgerechterlicher Verantwortlichkeit nicht gesichert und eine **Verfahrenspflegschaft** erforderlich.³⁵

In Verfahren auf Grundlage des § 1666 BGB ist die Entscheidung vor Ablauf der Beschwerdefrist zwar nicht bestandsfähig, der Minderjährige daher nominell vertreten. Für die Einlegung des Rechtsmittels seitens des mussbeteiligten Kindes ist aber wegen persönlicher Konfliktlage zwischen Sorgeberechtigten und Kind bzw. mutmaßlichem Versagen der Sorgeberechtigten von einer angemessenen Vertretung nicht auszugehen. Angesichts dessen wäre die Bestellung eines Verfahrenspflegers die angemessene Lösung.³⁶ Die Praxis hält hingegen die Verfahrensbeistandschaft für ausreichend. Der BGH³⁷ hat wiederholt betont, dass bei Sorgerechtsstreitigkeiten³⁸ nur eine **Verfahrensbeistandschaft** zu Gunsten des Kindes in Betracht kommt,³⁹ selbst wenn die Voraussetzungen eines Sorgerechtsentzugs gegeben wären⁴⁰; die Entziehung der Vertretung sei unverhältnismäßig. Diesen Ansatz hat er auf Entzugsverfahren i. e. S. übertra-

34 Die Vertretung durch den Ergänzungspfleger schließt eigene Handlungsfähigkeit des Minderjährigen aus.

35 Bei vertraulicher Geburt liegt ein Fall gesetzlicher Vormundschaft vor (§ 1791 c I BGB analog), so dass im Feststellungsverfahren nach § 1574 a S. 2 BGB eine Verfahrenspflegschaft nicht erforderlich erscheint. Bei Feststellen des Ruhens kommt es darauf an, ob der Minderjährige noch einen vertretungsberechtigten Elternteil hat.

36 Ebenso OLG Oldenburg, Beschl. v. 8.2.2011 11 – UF 195/10.

37 Zuletzt BGH, NJW 2012, S. 1150 = FamRZ 2012, S. 140.

38 Im gegebenen Fall im Verfahren nach § 1671 I BGB.

39 *Lack/Salgo*, FPR 2012, S. 353 ff. und *Kuleisa-Binge*, FPR 2012, S. 363 ff. befürworten dies, sofern es um Konflikte im personensorgerechtlichen Bereich geht, und betonen, dass der Verfahrensbeistand neben die vertretungsberechtigten Eltern tritt; Nach *Prenzlów*, FPR 2012, S. 366 ff. ist die Mitwirkung des Verfahrensbeistands bei Einigungsbemühungen seine Hauptaufgabe.

40 Für Unterbringungs- und hochstreitige Sorgerechtsverfahren s. BGH, NJW 2012, S. 2584 = FamRZ 2012, S. 1556, ZKJ 2011, S. 220 mit Anmerkung *Heilmann*, ZKJ 2011, S. 225; BGH, ZKJ 2010, S. 327.

gen. Die wirksame Vertretung der Kindesinteressen sei durch das Institut der Verfahrensbeistandschaft gesichert.⁴¹ Die gesetzliche Vertretung durch die Eltern bleibt dann unberührt. Auch die formelle Beteiligung des Minderjährigen zwingt nicht zur Bestellung eines Verfahrenspflegers.⁴² Der BGH votiert damit gegen die Verfahrensbeistandschaft⁴³, verwendet aber die Begriffe Verfahrenspflegschaft und Ergänzungspflegschaft innerhalb seiner Ausführungen synonym.

Wird das Sorgerecht teilweise entzogen, muss ein **Ergänzungspfleger** bestellt werden; ob darüber hinaus für **Folgeverfahren** eine Verfahrenspflegschaft erforderlich ist, hängt von der Ausgestaltung des Aufgabenkreises des Ergänzungspflegers ab.⁴⁴ Auf die **Verfahrensbeistandschaft** als solche sind die §§ 1909 ff. BGB nicht anwendbar.⁴⁵ Sie führt zu einer Einschränkung der Vertretungsbefugnis im gerichtlichen Verfahren bzw. gewährleistet (nur) die rechtliche Vertretung eines Beteiligten hinsichtlich seiner prozessualen Rechte.⁴⁶ Nach Auffassung des Senats sind die Sorgerechtsachen von anderen kindschaftsrechtlichen Verfahren dadurch abgegrenzt, dass ein wirksamer Schutz der Interessen des Kindes neben und trotz dessen Vertretung seitens der Eltern oder eines sorgeberechtigten Elternteils möglich ist; die **Interessenwahrnehmung** also **keine Vertretung** erfordert.⁴⁷

6.2 Verfahren zu Umgangssachen

Da Umgangssachen (§ 151 Nr. 2 FamFG) personensorgerichtliche Angelegenheiten sind, treten Vertretungsfragen dann auf, wenn nur das Kind den Umgang mit dem umgangsberechtigten Elternteil wünscht oder verweigert. Da in diesen Fällen von einem Konflikt mit dem den Umgang bestimmenden Elternteil oder den gemeinsam umgangsregelungsbefugten Elternteilen auszugehen ist, würde die Ablehnung einer **Verfahrenspflegschaft** für den noch nicht 14 Jahre alten Minderjährigen ihm den **Zugang** zu einer gerichtlichen Regelung (Gestattung, Ausgestaltung, Umgangsverbot) verschließen.

Wird eine Umgangssache auf Anregung eröffnet, ist der zu seinen Neigungen und Bindungen angehörte, noch nicht 14 Jahre alte Minderjährige nicht verfahrensfähig, nur für den Jugendlichen wäre die Verfahrensbeistandschaft ausreichend. **Umgangs-**

41 Eine Verfahrenspflegschaft ist aber bei gesetzlichem Vertretungsausschluss unumgänglich, vgl. BGH, FamRZ 2012, S. 263 (Kurzfassung), XII ZB 510/10, juris.

42 BGH, ZKJ 2011, S. 465 = FamRZ 2011, S. 1788.

43 Er deutet aber an, dass es sonstige Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit geben kann, bei denen die Vertretung des Minderjährigen im Verfahren die Bestellung eines Verfahrenspflegers voraussetzt.

44 Anders teilweise BT-Drucks. 16/6308 S. 238; es kann dann zu einer Verbindung von Ergänzungs- und Verfahrenspflegschaft kommen.

45 Vgl. *Locher*, jurisPK-BGB, § 1909 Rn. 34 ff.; zum Ausschluss des Elternteils aus prozessualen Gründen Rn. 46.

46 Wäre daher auch in Verfahren nach § 1667 BGB angezeigt.

47 Dazu BGH, FamFR 2012, S. 263.

und **Umgangsbestimmungspfleger**⁴⁸ nehmen für Folgeverfahren die verfahrensrechtliche Vertretung des Kindes wahr, wenn der Aufgabenkreis entsprechend zugeschnitten wird.

Da Herausgabeansprüche des Sorgeberechtigten (vgl. § 151 Nr. 3 FamFG) einen rechtswidrigen Aufenthalt des Minderjährigen beim Elternteil oder einem Dritten voraussetzen, ist eine vergleichbare Konfliktlage regelmäßig nicht gegeben. Das gilt auch für die Vollstreckung.⁴⁹

6.3 Vormundschafts- und Pflegschaftssachen

Neben den oben genannten Verfahren⁵⁰ werfen vor allem Vormundschafts- und Pflegschaftssachen (§ 151 Nr. 4 und 5 FamFG) Vertretungsprobleme auf. Dazu gehören:

- Einstweilige Maßregeln des Familiengerichts (§ 1846 BGB)⁵¹
- Bestellung des Vormunds (§§ 1773, 1779, 1791 a, 1791 b BGB).

Für diese Verfahren besteht **keine gesetzliche Vertretung** des Minderjährigen. Zwar kommt es auch in Vormundschaftssachen auf einen Eindruck von dem Kind oder Jugendlichen und teilweise auf dessen Willen an, nur der mindestens 14 Jahre alte Minderjährige ist aber beschwerdebefugt. Die Verfahrensbeistandschaft kommt nur in Folgeverfahren vor, wenn der Mündel durch den Vormund vertreten wird, in Ausnahmesituationen⁵² aber eine Unterstützung des Minderjährigen durch einen Verfahrensbeistand notwendig ist.

Darin unterscheidet sich die rechtliche Situation grundlegend von der Sachlage der jüngsten obergerichtlichen Entscheidungen in Sorgerechtssachen.⁵³ Im Verfahren zur Bestellung des Vormunds⁵⁴ muss daher ein **Verfahrenspfleger** bestellt werden⁵⁵; dass die Fürsorgepflicht des Staates für den Mündel Anlass ist, ist kein Gegenargument.⁵⁶

Für **Eilmaßnahmen** des Gerichts kann hingegen situationsbedingt die **Beschränkung der Verfahrensrechte** des Minderjährigen hingenommen werden. Die Lücke,

48 Zu den Unterschieden *Heilmann*, FamRZ 2014, S. 1753 f.

49 Ähnlich Prütting/Helms/Hammer, FamFG, 2014, § 158 Rn. 6.

50 Teilweise auch in direktem Zusammenhang.

51 Ähnlich ist die Situation bei § 1693 BGB.

52 Vgl. OLG Hamm, FamRZ 2012, S. 1312.

53 BGH, NJW 2012, S. 1150 = FamRZ, 2012, S. 436; BGH, ZKJ 2011, S. 465 = FamRZ 2011, S. 1788; Abgrenzung BGH, FamRZ 2012, S. 859; OLG Koblenz, NJW 2011, S. 236, OLG Stuttgart, ZKJ 2010, S. 36 = FamRZ 2010, S. 1166 gegen OLG Oldenburg, NJW 2010, S. 1888 = FamRZ 2010, S. 660.

54 Soweit eine Übertragung der Sorge auf den anderen Elternteil dem Wohl des Kindes widerspricht, ein (anderer) Elternteil nicht bekannt ist oder die Vertretung hinsichtlich beider ausgeschlossen wird.

55 In einer Pflegschaftssache LG Oldenburg, FamRZ 2010, S. 660 = NJW 2010, S. 1888, für das Verfahren zur Bestellung als Vormund nur LG Dortmund, FamRZ 2010, S. 1170.

56 Für die Bestellung des Verfahrenspflegers ist eine Vertretung des Minderjährigen auszuschließen.

die entsteht, da in Kindschaftssachen die Bestellung eines Verfahrenspflegers nicht vorgesehen ist, kann geschlossen werden, wenn man auf die gerichtliche Fürsorgepflicht zurückgreift, die wiederum Ausdruck der verfassungsrechtlichen Gewährleistung rechtlichen Gehörs ist. Aufgabe des Verfahrenspflegers ist die Vertretung des Minderjährigen im Verfahren, soweit dieser seine Verfahrensrechte nicht selbst ausüben kann.

Für die Bestellung eines **Vertretungs- oder Verhinderungsvormunds** oder eines **Mitvormunds** ist hingegen die Vertretung des Minderjährigen gesichert, sofern sie präventiv geschieht. Anderenfalls besteht dieselbe Situation wie bei erstmaliger Bestellung. Dasselbe gilt für die Bestellung eines Ersatzpflegers. Bei Bestellung eines **Ergänzungspflegers** ist hingegen die rechtliche Vertretung des Minderjährigen durch den Elternteil oder Vormund gesichert.⁵⁷

Bei Behördenvormundschaft oder -plegschaft ist vorgesehen, dass der Minderjährige **vor Auswahl** des Mitarbeiters zu hören ist. Diese Pflicht verlängert die Rechte des Minderjährigen im gerichtlichen Verfahren um ein rechtliches Gehör für den letzten Teilakt, da die Führung der Vormundschaft oder Plegschaft immer durch eine natürliche Person erfolgt. Die Regelung kennt **keine untere Altersgrenze** für die Anhörung. Besteht vor Erreichen der Altersuntergrenze nur die Gelegenheit zur Äußerung im Verfahren, erstarkt das rechtliche Gehör für den letzten Teilakt.⁵⁸ Das Jugendamt „soll das Kind oder den Jugendlichen zur Auswahl des Beamten oder Angestellten mündlich hören“ (§ 55 II S. 2 SGB VIII). Will der Minderjährige sich nicht äußern, bleibt dies folgenlos.

Die Anhörungspflicht tangiert aber die Rechte der Mitarbeiter der Behörde. Die Vorschrift ist daher **einschränkend auszulegen**. Danach ist der Minderjährige im Regelfall persönlich, d. h. mündlich zu hören, er kann ohne Bezug auf eine konkrete Person z. B. Wünsche über die Geschlechtszugehörigkeit des Vormunds äußern (Rollen-spezifisch). Ihm soll dadurch das Gefühl vermittelt werden, als Person respektiert zu werden.

Im Verfahren zur Aufhebung der Vormundschaft (§ 1884 I S. 1 und 2 BGB) kommt eine Vertretung des Minderjährigen der Sache nach nicht in Betracht. Den Antrag nach § 1887 I BGB kann **der mindestens 14 Jahre alte Mündel** selbst stellen (Absatz 2 S. 2), im Übrigen ist ein **Verfahrenspfleger** notwendig. Für Verfahren wegen Pflichtverletzungen in personensorgerechtsbezogenen Angelegenheiten (§ 1666 BGB analog) lassen sich die Rechtsprechung des BGH und die Bedenken dagegen übertragen; es würde danach eine **Verfahrensbeistandschaft** genügen.⁵⁹ Erfolgt die Entlassung auf Betreiben des Vormunds (Antrag nach § 1887 II BGB oder § 1889 BGB), liegt im Zweifel keine Kollisionslage vor; die Bestellung eines Verfahrensbeistands bleibt möglich.

57 Nur die Vormundschaft betrifft das Verfahren nach § 1797 I S. 2 BGB, nur die Ergänzungspflegschaft betrifft das Verfahren auf Grundlage des § 1630 III BGB.

58 Vgl. von Wulffen/Schütze/von Wulffen, SGB X, 2014, § 24 Rn. 8.

59 Für die frühere Rechtslage ist eine Verfahrenspflegschaft geprüft worden, OLG Köln 2009, S. 438.

Für familiengerichtliche Verfahren im Zusammenhang mit

- Anordnungsbefugnissen des Gerichts im Bereich der Vermögenssorge⁶⁰,
- Verfahren wegen Pflichtverletzungen und ggf. wegen (Teil)Entlassung des Vormunds oder Ergänzungspflegers in vermögensbezogenen Angelegenheiten⁶¹,
- Verfahren bei Antrag oder Ersuchung um Genehmigung⁶² und zur Ersetzung der Einwilligung des Vormunds oder Ergänzungspflegers⁶³,
- Anordnung von Befreiungen für Einzelvormund oder Einzelpfleger oder
- Ermächtigung⁶⁴

besteht keine eigene Handlungsbefugnis des Minderjährigen. Ob die sorgerechtliche Verantwortung des Vormunds eine hinreichende Vertretung der Rechte des Minderjährigen sichert, ist zweifelhaft, soweit es sich um gerichtliche Sanktionen aus Anlass von Pflichtverletzungen handelt; es wäre daher die Bestellung eines **Verfahrenspflegers** angezeigt. In Genehmigungsverfahren, bei Befreiungen und Ermächtigung wäre hingegen eine **Interessenvertretung** seitens eines Verfahrensbeistands sinnvoll. Diese ist aber durch § 158 I FamFG **ausgeschlossen**.

Vormundschafts- bzw. Pflegschaftssachen sind auch

- Festsetzung berufsmäßiger Führung der Vormundschaft oder Pflegschaft, Gewährung von Vorschuss, Aufwendungsersatz, Aufwandsentschädigung und Vergütung, Abschlagszahlung (§§ 1835-1836, 1915 BGB, §§ 1 – 4 VBVG).

In derartigen Angelegenheiten ist der Minderjährige unmittelbar betroffen, wenn er **Schuldner** ist. Da diese Verfahren eigene Angelegenheiten des Vormunds oder Ergänzungspflegers betreffen, sollte der Rechtsgedanke aus § 181 BGB auf die Vertretung im Verfahren Anwendung finden. Eine **Verfahrenspflegschaft** ist erforderlich, da das Verfahren eigene Rechte des Vormunds betrifft⁶⁵, dieser daher nicht in Vertretung des

60 Belastende Anordnungen: §§ 1802 III, 1815 II, 1818 BGB; entlastende Anordnungen: §§ 1840 IV und 1854 II BGB.

61 Vgl. §§ 1837 II, 1837 IV i. V. m. 1666, 1796 I, 1798, 1843 I, 1857, 1886, 1888, 1892 II, 1915 BGB i. V. m. mit den genannten Vorschriften. Zum Sorgerechtsentzug wegen einer (intendierten) rechtsgeschäftlichen Handlung *Lafontaine*, jurisPK-BGB, 2014, § 1796 Rn. 30.

62 Die Genehmigung geschlossener Unterbringung auf Ersuchen des Vormunds ist Unterbringungssache (§§ 151 Nr. 6, 167, 313 ff. FamFG); Weitere Genehmigungsvorbehalte in personensorgerechtlichen Angelegenheiten finden sich in § 2 NamÄndG, §§ 3 II, 7 RelKEG, § 16 III VerschG; Auch die Genehmigung des Abschlusses eines mehrjährigen Ausbildungsvertrages kann hierzu gezählt werden; Die übrigen Genehmigungsvorbehalte betreffen Vermögensangelegenheiten (vgl. auch § 56 III S. 1 SGB VIII).

63 Vgl. §§ 112 II, 113 I, 1411 I S. 3, II, 1484 II, 1491 III, 1492 III, 1803 II, 1810, 1811, 1812 II und III, 1814, 1815 I, 1816, 1819, 1820 I, 1821, 1822, 1823, 1915 BGB i.V.m. den genannten Vorschriften.

64 Vgl. § 1825 BGB.

65 Z.B. Geltendmachung von Aufwendungsersatz und Vergütung (§§ 1835 ff. BGB) bei vermögendem Mündel.

Minderjährigen handelt. Die Rechte des Minderjährigen sind durch die gerichtliche Pflicht zur Prüfung der Abrechnung nicht per se gesichert. Eine Verfahrensbeistandschaft wäre ungeachtet der Pflicht, den mindestens 14 Jahre alten Minderjährigen anzuhören, nicht hinreichend. Für Vormundschaftssachen nach §§ 1303 II bis IV BGB, 1315 I S. 1 Nr. 1, 1315 I S. 2 BGB ist der **mindestens 16 Jahre alte Minderjährige** hingegen allein handlungsfähig.

6.4 Gerichtliche Bestellung eines sonstigen Vertreters gem. § 151 Nr. 5 FamFG

In § 151 Nr. 5 FamFG sind weiterhin Verfahren einbezogen, die die gerichtliche Bestellung eines **sonstigen Vertreters für den Minderjährigen** oder für eine Leibesfrucht betreffen. Gemeint sind in erster Linie Verfahren auf Grundlage der §§ 1912, 1913 S. 2 BGB. Eine Vertretung ist der Natur nach **ausgeschlossen**. Als sonstiger Vertreter kommt

- ein Verfahrenspfleger nach § 67 IV S. 3 JGG in Betracht.
- Nicht in die familiengerichtliche Zuständigkeit fällt die vorsorgliche Bestellung eines Betreuers für einen bereits 17 Jahre alten Betroffenen und ggf. die Bestellung eines Verfahrenspflegers zu Gunsten des Betroffenen.
- Sonstige Vertreter treten insbesondere in betreuungsrechtlichen Zuweisungssachen auf. Selbst wenn ausnahmsweise der Betroffene minderjährig ist (z. B. als Eigentümer eines Grundstücks), ist die betreuungsgerichtliche Zuständigkeit ausschließlich.
- Für die Bestellung sonstiger Vertreter sind im Übrigen die Sozial- und Verwaltungsgerichte in der Pflicht.

6.5 Unterbringungssachen

Zu den Kindschaftssachen zählen auch Unterbringungssachen (§ 151 Nr. 6 und 7 FamFG). Der als Verfahrensbeistand bezeichnete Vertreter des Minderjährigen im Unterbringungsverfahren hat Rechte und Pflichten des **Verfahrenspflegers**. Die Voraussetzungen der Bestellung ergeben sich aus § 317 FamFG analog.

6.6 Ausübung familienrichterlicher Befugnisse durch den Jugendrichter

Schlussendlich verweist § 151 Nr. 8 FamFG auf die Aufgaben in Jugendstrafsachen nach Übertragung der Sanktionsbefugnis auf den Familienrichter bzw. nach Übertragung familienrichterlicher Befugnisse auf den Jugendrichter. Ersteres ist für die Frage der Vertretung des Minderjährigen unerheblich. Auf die Teilhabe des Personensorgeberechtigten als Beistand am Verfahren hat die Übertragung der Sanktionsbefugnis keine Auswirkungen. Die Befugnisse des Jugendrichters nach Übertragung beschränken sich auf die Möglichkeit der Belehrung nach § 1631 III BGB und Sorgerechtsentzugsverfahren. Dafür stellt sich die oben ausgeführte Frage erneut. Nach der hier vertrete-

nen Auffassung wäre eine Ergänzungspflegschaft für den noch nicht 14 Jahre alten Minderjährigen erforderlich, nach der Auffassung der Rechtsprechung würde auch in diesem Fall eine Verfahrensbeistandschaft hinreichen.

7. Zusammenfassung

Der Minderjährige ist in Kindschaftssachen in der Regel notwendiger Beteiligter. Als Beteiligter hat der Minderjährige Gehör und kann Rechte selbstständig ausüben, soweit solche das bürgerliche Recht oder das FamFG vorsieht und der Minderjährige mindestens 14 Jahre alt ist. Steht er nicht unter elterlicher Sorge, ist der gesetzliche Vertreter von der Vertretung ausgeschlossen, betrifft das Verfahren eigene Rechte des Vormunds oder Ergänzungspflegers oder handelt es sich um Interessenskonflikte in rein vermögensbezogenen Angelegenheiten, ist die Bestellung eines **Verfahrenspflegers** zur Vertretung des Minderjährigen erforderlich; eine **Verfahrensbeistandschaft ist hier nicht hinreichend**. Verfahrensbeistand und Verfahrenspfleger unterscheiden sich hinsichtlich der Ausrichtung ihrer Aufgaben und in den verfahrensrechtlichen Befugnissen.

Literatur

Bahrenfuss, D. (Hrsg.) (2013). *FamFG* (2. Aufl.). Berlin: ESV

Bohnert, C. (2014). Mitwirkungspflichten bei der Beweisaufnahme in Familiensachen. *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 1, 107-112.

Eckebrecht, M., Große-Boymann, T. & Gutjahr, J. (2010). *Verfahrenshandbuch Familiensachen* (2. Aufl.). München: C.H. Beck.

Heilmann, S. (2014). Die Ergänzungspflegschaft mit dem Aufgabenkreis „Regelung des Umgangs“ (Umgangsbestimmungspfleger). *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 61, 1753 ff.

Herberger, M., Martinek, M., Rüßmann, H. & Weth, S. (Hrsg.) (2014). *juris Praxis-Kommentar BGB* (7. Aufl.). Saarbrücken: juris.

Keidel, T. (2014). *FamFG-Kommentar. Familienverfahren – Freiwillige Gerichtsbarkeit. Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)* (18. Aufl.). München: C.H. Beck.

Kemper, R. & Schreiber, K. (Hrsg.) (2015). *Familienverfahrensrecht. Handkommentar* (3. Aufl.). Baden-Baden: Nomos.

Kuleisa-Binge, U. (2012). Verfahrensbeistandschaft, Ergänzungspflegschaft und Umgangspflegschaft. *Familie, Partnerschaft, Recht*, 18, 363-365.

Lack, K. & Salgo, L. (2012). Entwicklung der Verfahrensbeistandschaft seit Inkrafttreten des FamFG. *Familie, Partnerschaft, Recht*, 18, 353-358.

- von Münch (2012). *GG* (6. neu bearbeitete Aufl.). München: C.H. Beck.
- Oberloskamp, H. (2010). *Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige* (3. neu bearbeitete Aufl.). München: C.H. Beck.
- Prenzlow, R. (2012). Mitwirkung des Verfahrensbeistands am Zustandekommen einer einvernehmlichen Regelung – was ist daraus geworden? *Familie, Partnerschaft, Recht, 18*, 366-369.
- Prütting, H. & Helms, T. (Hrsg.) (2014). *FamFG. Kommentar mit FamGKG* (3. Aufl.). Köln: Schmidt.
- Röchling, W. (Hrsg.) (2009). *Handbuch Anwalt des Kindes Verfahrensbeistandschaft und Umgangspflegschaft für Kinder und Jugendliche* (2. Aufl.). Baden-Baden: Nomos.
- Roth, W. (2015). Ausschlagung der Erbschaft – ein Überblick über die Rechtsprechung. *Neue Juristische Wochenschrift-Spezial, 11*, 423-433.
- Schael, W. (2009). Minderjährige und ihre formelle Beteiligung in Verfahren über Kindschaftssachen nach dem FamFG. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 58*, 265-269.
- Schulte-Bunert, K. & Weinreich, G. (Hrsg.) (2012). *FamFG Kommentar* (3. Aufl.). Köln: Luchterhand.
- Schwepe, K. & Bussian, J. (2012). Die Kindesanhörung aus familienrichterlicher Sicht. *Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe, 1*, 13-20.
- Sommer, A. (2012). Die Rechtsstellung des Kindes im familiengerichtlichen Verfahren. *Familie, Partnerschaft, Recht, 18*, 374-377.
- von Wulfen, M. & Schütze, B. (Hrsg.). (2012). *SGB X. Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz* (8. Aufl.). München: C.H. Beck.

Korrespondenzadresse:

Prof. Dr. Cornelia Bohnert
Katholische Hochschule für Sozialwesen Berlin
Köpenicker Allee 39 – 57
10318 Berlin
bohnert@khsb-berlin.de