

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in
Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen
Gerichtsbarkeit
(FGG-Reform-Gesetz - FGG-RG)

I.

Der Gesetzentwurf erfüllt alle mit der Novellierung angestrebten Kernaufgaben.

1. Er bündelt die Verfahrensvorschriften in den Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Familienrechts sachgerecht und transparent.
2. Er ist sprachlich durchweg gelungen und liefert einen tauglichen Beitrag zu dem rechtspolitischen Grundanliegen, sämtliche Verfahrensordnungen strukturell, terminologisch und nach ihren Regelungsinhalten aneinander anzugleichen.

II.

Im Bereich des Familienverfahrensrechts passt das er das Prozessrecht in den wesentlichen Punkten den heutigen Erfordernissen an (1). In den Kindschaftssachen ist der Paradigmenwechsel vom minderjährigen Kinder als Verfahrensobjekt hin zum Verfahrensobjekt weitgehend vollzogen (2).

1. Im Bereich des Familienverfahrensrechts passt der Entwurf das Prozessrecht in den wesentlichen Punkten den heutigen Erfordernissen an
 - a. Richtig ist die Neuausgestaltung des Verfahrens der einstweiligen Anordnung. Im familienrechtlichen Verfahren kodifiziert sie die Realität, nach der das formal vorläufige Verfahren der einstweiligen Anordnung in einer sehr beachtlichen Zahl der Fälle zu einem faktisch endgültigen Verfahren mutiert ist. Die strukturelle Angleichung an das ZPO-Verfahren von einstweiliger Verfügung und Arrest ist gelungen. Das

Antragserfordernis in § 52 Abs. 1 passt allerdings nicht zu den allgemeinen Grundsätzen des Amtsverfahrens.

b. Sachliche Gründe für die Neueinführung eines Anwaltszwanges in Unterhaltsverfahren (Hauptsache) erschließen sich aus familienrichterlicher Sicht nicht. Die familienrichterliche Praxis hat einen Anwaltszwang in diesem Bereich auch zu keiner Zeit vermisst oder gar angemahnt.

An dieser Stelle zu befürchtende, aber auch schadlos vermeidbare Mehrkosten im Bereich der Verfahrenskostenhilfe wären zweifellos sinnvoller im verfahrensrechtlichen Schutz der Kinder oder des wirtschaftlich Schwächeren angelegt.¹

c. An dem Erfordernis der zeitgleichen Anhörung der Beteiligten im familiengerichtlichen Verfahren hält der Gesetzentwurf zu Recht als einem Kernelement rechtsstaatlichen Vorgehens fest. Einer Sonderregelung für Fälle mit Gewaltimplikationen bedarf es nicht. Das Gericht ist auch in Fällen behaupteter Gefahr gewalttätiger Übergriffe nicht der Verpflichtung enthoben, den Wahrheitsgehalt solcher Behauptungen im Zuge einer Anhörung der Beteiligten abzuschätzen. Langjährige Erfahrungen als Familienrichter lehren, dass der Richter gut daran tut, sich gerade auf diesem Feld nicht auf Behauptungen oder eidesstattliche Versicherungen zu verlassen. In nicht auszuschließenden aber seltenen Ausnahmefällen gibt bereits das geltende Recht dem Familienrichter ausreichend Handhabe, von dem Grundsatz zeitgleicher Anhörung abzuweichen.

d. Ein Verstoß der Parteien gegen die Obliegenheit nach § 235 Abs. 3 ist bisher nicht sanktionsbewehrt. Es wird angeregt, wenn nicht in den Gesetzestext selbst, so doch zumindest in die Motive zu § 238 Abs. 3 einen solchen Verstoß als Beispielsfall ausdrücklich aufzunehmen.

e. Bedenken bestehen gegen den ersatzlosen Wegfall der gesetzlichen Mindestvoraussetzungen für eine unstreitige Scheidung nach Ablauf eines Trennungsjahres (§§ 1565, 1566 Abs. 1 BGB, § 630 ZPO). Nach dem Entwurf kann eine Ehe jetzt auf der Basis einer Zerrüttungsvermutung ohne vorherige Einigung der Parteien über regelungsbedürftige Folgesachen, insbesondere über die Zukunft der gemeinsamen Kinder geschieden werden. Das war - unter eher grenzwertiger Dehnung des Gesetzeswortlauts - in der Praxis zwar faktisch auch schon bisher so, weil die Gerichte dazu übergegangen sind, das Scheitern einer Ehe wegen behaupteter einjähriger Trennung kurzerhand zu unterstellen. Die engen Voraussetzungen des § 630 ZPO, unter

¹ Vgl. unten unter III.

denen nach dem seinerzeitigen Willen des Gesetzgebers eine solche Scheidung ursprünglich nur möglich sein sollte, hat die Praxis auf diesem Wege faktisch ausgehebelt. Der Gesetzgeber sanktioniert diese Praxis jetzt. Damit gibt er aber ein erklärtes Ziel des Scheidungsverbands restlos auf, nämlich über die staatlichen Gerichte im Zuge der Auseinandersetzung einer Ehe seiner Garantenstellung gegenüber den minderjährigen Kindern aus Art. 6 Abs.2 Satz 2 GG, aber auch der gegenüber dem wirtschaftlich Schwächeren, gerecht zu werden².

Es wird angeregt, für eine Scheidung nach bloß einjähriger Trennungszeit auch künftig zumindest eine formlose Vereinbarung der Parteien über Sorge, Umgang, unterhaltsrechtliche Fragen und evtl. auch die der Nutzung von Ehwohnung und Hausrat zu fordern, die das Familiengericht im Zuge der ohnehin vorgesehenen Anhörung nach § 128 Abs. 2 zusätzlich abfragen und das Ergebnis dann auch protokollieren könnte.

2. **In den Kindschaftssachen** ist der Paradigmenwechsel in der Behandlung der minderjährigen Kinder vom Verfahrensobjekt hin zum Verfahrenssubjekt weitgehend vollzogen.

a. Aus der Sicht des Kindeswohls zu begrüßen ist die Regelung zur Zuständigkeit **in § 154³**. Die Regelung schließt eine Gesetzeslücke und hilft einem in der Praxis immer wieder zu beklagenden Missstand wirkungsvoll ab.

b. Zu begrüßen ist die Kodifizierung des Beschleunigungsgebotes in Kindschaftssachen und ihres Vorrangs (**§ 155**).

Die meisten Familienrichter haben zwar längst erkannt, dass Kinder gerade in jener Zeit besonders belastet sind, in der der Streit zwischen ihren Eltern über Aufenthalt, Sorgerecht oder Umgangsrecht schwelt und dass vornehmlich eine von den Eltern selbst erarbeitete Konfliktlösung, aber auch eine akzeptierte rasche Regelung durch das Gericht dem Kindeswohl dient. Eine zügige Behandlung von Kindschaftssachen ist ihnen deswegen durchweg schon jetzt ein Anliegen. Die Kodifizierung gibt ihnen aber Rückendeckung gegenüber anderen Prozessführenden und stärkt ihre Rolle in den Gerichtspräsidien bei der Verteilung von Richterarbeitskraft im (Richter-)„Mangelfall“.

Der Forderung verschiedener Interessengruppierungen nach einer gesetzlichen

² Auf die Ausführungen unten unter II. 3 wird verwiesen.

³ Sie macht einen nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung aus dem Jahr 1980 international seit langem geltenden Grundgedanken nutzbar und folgt den dort vereinbarten Prinzipien zumindest im Bereich der gerichtlichen Zuständigkeit.

Ausnahme von dem Beschleunigungsgebot in Fällen mit behaupteter, aber bestrittener Gewaltimplikation wird ausdrücklich entgegengetreten. Es gibt keine empirische belegte Lebenserfahrung, nach der eine dilatorische Bearbeitung streitiger Sorge- und Umgangsrechtsverfahren dem Wohl des Kindes dient, wenn ein Gewaltvorwurf im Raum steht. Aus rechtlichen Gründen ist es im Gegenteil gerade in diesen Fällen zwingend, dass das Gericht der Gewaltvorwurf und die aus den behaupteten gewalttätigen Übergriffen abzuleitenden Konsequenzen für das bisherige personale Beziehungsgeflecht des Kindes zügig klärt. Denn es widerspräche allen verfassungsrechtlichen Grundsätzen, wenn die Entscheidung darüber, was dem Wohl des Kindes bei solchen Fallgestaltungen dient und welche Grundrechtseingriffe verhältnismäßig sind, über längere Zeiträume hinweg ungeprüft demjenigen überlassen ist, der die gewalttätige Übergriffe behauptet.

Das Gericht muss nach den Grundregeln unseres Rechtsstaats den Vortrag aller Beteiligten, auch die des bestreitenden Elternteils, ernst nehmen und auf seine Richtigkeit und Glaubwürdigkeit überprüfen. Allein die Tatsache, dass ein Ehegatte die Ehemwohnung verlassen und an einem anderen Ort Zuflucht gesucht hat, begründet keine Vermutung und ist erst Recht kein Beweis für behauptete, aber bestrittene gewalttätige Übergriffe. Das Gericht ist in solchen Fällen eines „Gefahrenverdachts“ stattdessen gehalten, diesen Gefahrenverdacht mit rechtsstaatlichen Mitteln zu überprüfen. Für die Dauer der Klärung des Wahrheitsgehalts einer solchen streitigen Tatsache kann es - und zwar nur mit dem Ziel der Klärung des Verdachts - in die Grundrechte aller Beteiligten aus Art. 6 GG nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit eingreifen. Die Entscheidung darüber, was im Einzelfall verhältnismäßig ist, hat der Gesetzgeber zu Recht in die Hand des Familienrichters gelegt und ihm das dafür erforderliche verfahrensrechtliche Instrumentarium lückenlos zur Verfügung gestellt.

c. Richtig ist die Betonung der vorrangigen elterlichen Verantwortung für ihre Kinder im Gesetz (§ 156). Sie verstärkt den Erfahrungssatz, dass eine von Eltern und Kindern gemeinsam gefundene Problemlösung jeder wie auch immer gearteten gerichtlichen Entscheidung in ihrer langfristigen Befriedungswirkung überlegen ist.

d. Richtig ist die Umformulierung der richterlichen Pflichten zur Anhörung des Kindes⁴

4 Vorgesehen ist wie nach bisherigen Recht die Anhörung des Kindes/ der Kinder und seiner/ihrer Eltern, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass damit alle für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes maßgeblichen Personen eingebunden sind. Vernachlässigt wird dabei immer noch, dass in den Familienverbänden, die das Familiengericht „liquidiert“, immer öfter auch Stiefgeschwister aufwachsen, deren Wohl durch die familiengerichtliche Regelung mittelbar betroffen ist und die nicht selten für die verfahrensbeteiligten Kinder über nicht unerhebliche Zeiträume hinweg prägende Wirkung gehabt haben. Der Verlust solcher Bezugsgrößen hat für Kinder Gewicht. Diesen Gedanken sollte der Gesetzgeber zumindest für die Zukunft bei der Umschreibung des Kreises der in die Anhörung einzubeziehenden Beteiligten im Auge behalten.

(§ 159). Sie verdeutlicht noch besser als das geltende Recht, dass der Richter nicht über die Zukunft eines Kindes entscheiden sollte, das er nie gesehen hat. Nur eine ausführliche, offene und gekonnte persönliche Anhörung des Kindes genügt dem prozessualen Unmittelbarkeitsprinzip und erübrigt in den allermeisten Fällen auch den Einsatz von Verfahrenbeistand und Sachverständigen als bloße Informanten „zweiter Hand“.

e. Überfällig ist die vorgesehene Regelung in **§ 1684 Abs. 3 BGB**, die die Einrichtung einer Umgangspflegschaft vorsieht. Damit erhält die gerichtliche Praxis für die Anordnung eines betreuten Umgang eine Rechtsgrundlage zur Durchsetzung eines torpedierten Umgangsrechts, die die vollstreckungsrechtlichen Vorschriften um ein taugliches Verfahrensinstrument ergänzt.

f. Gelegentlich in diesem Zusammenhang geäußerte Bedenken gegen die Möglichkeit der Anordnung von Ordnungshaft (**§ 89**) werden aus familienrichterlicher Sicht nicht geteilt. Die Familiengerichte werden dieses Instrument aller Erfahrung nach mit Augenmaß und ohnehin nur als ultima ratio nutzen.

g. Strukturell richtig, wenn auch in der Gesamtschau außerordentlich problematisch⁵, ist die Erweiterung des Kataloges der Ausnahmefälle, in denen der Bedarf für die Bestellung eines Verfahrensbeistandes regelhaft zu prüfen ist (aa. und bb). Die Präzisierung der Aufgaben des Verfahrensbeistands wird begrüßt (cc)..

aa. Die Aufnahme insbesondere der Ziff. 6 mit den Fällen der Einschränkung oder des Ausschlusses des Umgangsrechts ist im Grundsatz konsequent, weil hier der totale Verlust einer Hauptbezugsperson des Kindes in Frage steht mit allen damit verbundenen möglichen Folgen für seine Persönlichkeitsentwicklung.

bb. Angeregt wird allerdings eine Entschärfung der Vorschrift dahingehend, dass die Bestellung eines Verfahrensbeistands hier im Regelfall nur zu prüfen ist, wenn das Umgangsrecht nicht nur vorübergehend begrenzt werden soll. Eine regelhaft zu prüfende Bestellung eines Verfahrensbeistands bei jeglicher Beschränkung des Umgangsrechts würde weit über das Ziel hinausschießen; sie ist etwa sicher verzichtbar in Fällen, in denen bloß für eine Übergangszeit der Einsatz eines Umgangspflegers nach dem neuen **§ 1684 Abs. 3 BGB** notwendig wird.

⁵ Siehe unten unter III.

cc. Richtig und wichtig - nicht nur aus kostenrechtlichen Gründen - ist die Begrenzung des Aufgabenkatalogs des Verfahrensbeistandes in Abs.4.

Dieser Aufgabenkatalog macht jetzt bei einer Zusammenschau mit § 156 klar, dass an den Verfahrensbeistand originär richterlichen Aufgaben delegiert werden, die ein Familienrichter mit hinreichendem Zeitbudget mit Blick auf das Unmittelbarkeitsprinzip in der weit überwiegenden Mehrzahl aller Streitfälle vorzugsweise selbst erledigen sollte.

III.

Der jetzt nahezu komplette Rückzug des Staates aus der unmittelbaren Wahrnehmung seines Wächteramtes nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG ist insgesamt gesehen besorgniserregend, rechtssystematisch eher widersprüchlich und verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Sowohl bei einem Auseinanderbrechen der familiären Bezüge eines Kindes im Zuge der Trennung seiner Eltern⁶ als auch gerade in den besonders brisanten Fallkonstellationen des § 158 Abs. 2, in denen nach aller Lebenserfahrung das Wohl eines Kindes besonders gefährdet ist, sind die einschlägigen Vorschriften des Entwurfs ein Einfallstor für eine schleichende Privatisierung dieses Kernbereichs staatlichen Handels. Sie konterkariert so landläufige politischen Absichtserklärungen zum staatlichen Kinderschutz.

Ausgerechnet in den Fällen des § 158 Abs. 2, in denen das Kindeswohl, offenbar auch aus der Sicht des Gesetzgebers, besonders in Gefahr ist, nimmt der Entwurf dem Familienrichters die Freiheit der Gestaltung des Verfahrens. Gerade dort, wo das verfahrensrechtliche Unmittelbarkeitsprinzip bei der Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen für den Familienrichter wegen der Folgeschwere des möglichen Grundrechtseingriffs unentbehrlich ist, wird ihm die verfahrensrechtliche Gestaltungshoheit faktisch entzogen und er wird auf bloße Informationen aus zweiter Hand verwiesen. Das wäre nicht einmal zu beanstanden, wenn die Aufgaben des regelhaft zu bestellenden Verfahrensbeistand von einem Träger unmittelbarer Staatsgewalt, also etwa - wie früher dem Jugendamt - zu übertragen wäre. Denn beide, das Gericht und das Jugendamt, sind unmittelbare Vertreter der Staatsgewalt und auf die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze eingeschworen. Die als Verfahrensbeistände tätigen Professionen folgen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit aber vor allem betriebswirtschaftlichen Grundsätzen und

⁶ oben unter II 1 e

den Gesetzes des Marktes. Sich hier auf berufsethische Zusicherungen zu verlassen, wäre blauäugig. Eine staatlichen Qualitätskontrolle und Überwachung der Tätigkeit des Verfahrensbeistands nach Inhalt und Umfang durch den Familienrichter wird wegen des notorisch knappen Zeitbudgets der Familienrichter zumindest faktisch entfallen⁷.

Bereits die Regelung des geltenden Rechts zum Verfahrenspfleger ist höchst bedenklich. Schon sie nötigt (oder ermutigt) den Richter, ein im Grundgesetz als originäre Aufgabe des Staates definiertes Wächteramt praktisch privaten Dritten anzuvertrauen.

Einem Ausbau solcher schleichenden „Privatisierungstendenzen“ im Wege der geplanten Verschärfung der bisherigen Kann - Vorschrift wird deswegen entschieden widersprochen. Sie geht zu Lasten des verfahrensrechtlichen Unmittelbarkeitsprinzips, dem die Richterschaft auch sonst mit gutem Grund verpflichtet ist und versagt den Schwächsten der Gesellschaft noch weitergehend als bisher staatlichen Schutz.

Irgendwann ist es an der Zeit, dass der Gesetzgeber Farbe bekennt und zu der Frage Stellung nimmt, was für unsere Gesellschaft wichtiger ist, der Kinderschutz oder der Schutz derjenigen Professionen, die daran verdienen.

Dr. Häußermann

⁷ Die parallele Entwicklung im Zusammenhang mit der Verwendung des Ergebnisses von Sachverständigengutachten durch die Familiengerichte in Sorge- und Umgangsverfahren ist seit Jahren ein Ärgernis .